

PREMESSA

L'intolleranza è male pervadente. Ne è intrisa la storia dell'uomo e si avverte incontenibile nei tempi moderni che soffrono la irresponsabilità individuale e collettiva e l'impatto degli stili di vita.

Indulgere alla tolleranza non è fragilità.

Ne era convinto Voltaire che elevava la tolleranza a 'codice' valoriale (*Traité sur la tolerance*, 1763) sebbene il teorema trovasse respiro già nell'antichità classica. A renderne prova una traccia terenziana dell'*Heautontimorùmenos* – *homo sum, humani nihil a me alienum puto* (v. 77) – che restituisce la dirompente forza della tolleranza ponendo i termini di un'etica relazionale e di un'etica della responsabilità, commisurando i nessi di intrapersonale e interpersonale, estendendo le argomentazioni morali, avvalorando l'ineluttabilità del giuridico.

Pensieri che evocano lo spirito illuministico. Sarebbe stato Immanuel Kant a dire che «L'illuminismo è l'uscita dell'uomo dallo stato di minorità che egli deve imputare a se stesso» (*Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo*, 1784) e si avverte il senso della rinascenza illuministica e la lezione volteriana: «La natura dice a tutti gli uomini: Vi ho fatto nascere deboli e ignoranti, perché vegetiate alcuni minuti sulla terra e la ingrassiate con i vostri cadaveri. Poiché siete deboli, aiutatevi; poiché siete ignoranti, illuminatevi e sopportatevi. Quand'anche foste tutti della stessa opinione, il che certamente non accadrà mai, quando non vi fosse che un solo uomo di opinione contraria, gli dovrete perdonare: poiché sono io che lo faccio pensare come pensa ... Sono io sola che vi unisco ancora vostro malgrado grazie ai vostri reciproci bisogni, nel cuore stesso delle vostre guerre crudeli intraprese con tanta leggerezza, teatro eterno di errori, di casi e di sventure.

Sono io sola che, in una nazione, limito le conseguenze funeste della divisione interminabile tra la nobiltà e la magistratura, tra questi due corpi e quelli del clero, tra il borghese stesso e il coltivatore. Essi ignorano tutti i limiti dei loro diritti; ma tutti ascoltano loro malgrado, alla lunga, la mia voce che parla al loro cuore. Io sola mantengo l'equità nei tribunali, dove tutto sarebbe lasciato senza di me in balia dell'indecisione e dei capricci, in mezzo a un mucchio confuso di leggi fatte spesso a caso e per un bisogno passeggero, diverse tra di loro da provincia a provincia, da città a città, e quasi sempre in contrasto tra di loro nello stesso luogo. Io sola posso ispirare la giustizia, quando le leggi non ispirano che liti. Chi mi ascolta giudica sempre bene; e chi non cerca che di conciliare opinioni contraddittorie, si perde. Vi è un edificio immenso di cui ho posto le fondamenta con le mie mani: era solido e semplice, tutti gli uomini potevano entrarvi con sicurezza; essi hanno voluto aggiungervi gli ornamenti più bizzarri, più grossolani e più inutili; la costruzione cade in rovina da tutte le parti; gli uomini ne prendono le pietre e se le tirano in testa; io grido loro: 'Fermatevi, allontanatevi da queste funeste rovine che sono opera vostra e abitate con me in pace nell'edificio incrollabile che è il mio'. Con questo auspicio si chiude il *Trattato sulla tolleranza* (edizione del 1763).

La storia parla e ammonisce, richiama l'uomo alla tolleranza, *Kultur* che si fa *Zivilisation* immersa in un mondo di razionalità utilitaria: scandisce il tempo dell'uomo, il suo *Sein*, il suo *Zeit*.

Se la storia restituisce il *sensus* della continuità in termini di progressione, il diritto scandisce il cammino dell'uomo solido edificio su cui fondano le valenze di legittimazione consociativa ed è ancora il diritto a scandire le tonalità storiche e cucire la trama di passato, presente, futuro pregiando l'accadere che è divenire alla ricerca dell'*Abgrund*, alla ricerca del fondamento.

Ogni relazione presenta le sue difficoltà e altrettante difficoltà e complicazioni pone l'endiadi di 'tempo' e 'istante' e Aristotele insegnava che se il tempo non fosse, l'istante non sarebbe (*Phys.* 220 a 9 ss.) e il presente dell'uomo si coinvolge nel *fluere* del tempo che si fa ogni volta istante.

Accompagna il diritto questi processi e se ne prende cura con concretezza ed effettualità.

Vale questa traccia per il giurista storico e per il giurista moderno restando da disegnare, nell'età globale, una nuova semantica giuridica, una nuova teoria dei fenomeni giuridici. Una semantica che restituisce risposte a istanze vitali – *quid igitur est tempus? – quid igitur est ius?* Le risposte si rinvergono e trovano senso nella profondità del pensiero di Aurelio Agostino che enuncia, nelle *Confessiones*, che il tempo è misurato al suo passare: *Praetereuntia metimur tempora, cum sentiendo metimur; praeterita vero, quae iam non sunt, aut futura, quae nondum sunt, quis metiri potest, nisi forte audebit quis dicere metiri posse quod non est? Cum ergo praeterit tempus, sentiri et metiri potest, cum autem praeterierit, quoniam non est, non potest* (16.21). Il diritto è misurato al suo passare: il passato e il futuro gli appartengono e ne segnano gli orizzonti ontologici.

M. d'O.

Napoli, 9 aprile 2020

DIRITTO E STORIA: PERCORSI IN SINERGIA

1. Più di ogni altro diritto, antico e moderno, il diritto romano si dispone in forma storica. La storia salda la vicenda del diritto descrivendone la linea ondulante di progresso e di decadenza, di riprese, cadute, ritorni; sulla storia incombe l'onere di restituire la gnoseologia del diritto sottraendone le trasformazioni alla casualità¹.

La cultura giuridica romana di età repubblicana ne ha consapevolezza e realizza che riflettere sul *ius*, prescindendo dalla storia, avrebbe avuto l'effetto di consumare la fluida energia, lo *Streben* ininterrotto e inesauribile che spinge il diritto nella direzione del progresso². Al III secolo risale un'immagine suggestiva del giurista, non già

¹ Del binomio 'diritto-storia' – osserva l'Orestano – è «possibile parlare in molti significati e sotto molti aspetti ... tutti riconducibili – in ultima analisi – a un problema unico, quello della 'storicità del diritto' ... problema dei problemi» (R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 175). Occorre riconoscere – ribadisce l'autore – che la storia è matrice e fondamento del diritto: in definitiva, «la storicità del diritto deve essere ritenuta costitutiva e parte integrante delle vicende che ne traggono alimento e vita, e non una sorta di 'fondale' davanti al quale si muovano (o si fanno muovere) i protagonisti o le folle delle vicende stesse» (p. 177). La tematica delle interazioni tra cultura storica e cultura giuridica, che dà luogo a un carattere storico del pensiero giuridico romano, è considerata di grande rilievo da S. MAZZARINO, *Il pensiero storico classico*, II/1, Roma-Bari 1974, 278 ss.; II/2, 6 s. Viene ulteriormente approfondita dall'autore: ID., *Intorno ai rapporti fra annalistica e diritto: problemi di esegesi e di critica testuale*, in *La critica del testo. Atti II Congr. Soc. it. stor. dir.*, I, Firenze 1971, 441 ss.; ID., *Vico, l'annalistica e il diritto*, Napoli 1971, 22 ss.

² Di differente avviso, Schulz coglieva un atteggiamento della *scientia iuris* di rifiuto per la storia: la giurisprudenza romana avrebbe addirittura proceduto come ispirata da una sorta di «insensibilità storica» (F. SCHULZ, *Storia della giurispru-*

chiusa nei confini del proprio tecnicismo³, che riverbera per gran tempo a significare la disponibilità a discutere, ricercare, determinare il progresso del diritto e della città: Fabio Pittore incarna l'immagine dell'intellettuale aperto la cui formazione è l'esito problematico della interazione dei saperi⁴.

denza romana, tr. it. Firenze 1968, 135, 240, ma v. già ID., *Principii del diritto romano*, tr. it. Firenze 1946, 89 ss.). Posizione segnata da esasperazione analitica. Si percepisce, viceversa, tutta l'ampiezza della cultura giurisprudenziale esito di una somma di saperi. Per l'età repubblicana, v. il nostro *Per una storia della cultura dei giuristi repubblicani*, in *BIDR*, 90, 1987, 221 ss., ove si traccia un andamento della storia intellettuale dei giuristi: dati e testimonianze provano la pluralità degli interessi, delle questioni, che hanno tenuto occupata la giurisprudenza sino agli albori del Principato. Dei percorsi riconducibili ad altrettanti saperi, interagenti col giuridico, il sapere storico riveste rilievo particolare e spinge il diritto nella direzione del progresso secondo i ritmi di uno sviluppo necessario. Intensa la dialettica dottrinale su questi temi. Alle riflessioni di G. GROSSO, *Meditazioni sulle tendenze e sulle concezioni dei romani*, in *Festschrift F. Schulz*, II, Weimar 1951, 172 ss. che, nella scia di Schulz, suppone attendibile il prodursi di un occultamento del ruolo della storia nelle vicende del diritto, si oppone la lettura di C.A. MASCHI, *Il diritto romano nella prospettiva storica della giurisprudenza classica*, Milano 1966, *passim*, che conclude per la presenza positiva della «prospettiva storica» a fondamento del metodo giurisprudenziale. Del resto, la convinzione che la giurisprudenza romana non fosse una scienza specialistica – come supponeva Schulz – ricorre nelle analisi dottrinali: alla lettura del Bretone si deve se l'immagine di una *scientia iuris* chiusa nel proprio isolamento lasci il posto a quella di una giurisprudenza sensibile alle sollecitazioni di un contesto storico articolato e mosso (M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982², 340 ss.); e il Talamanca avverte circa i rischi che comporta il cambio di metodologia in cui lo storico dell'esperienza giuridica «viene ad imbattersi, quando debba reimmergere la giurisprudenza come fenomeno culturale, in un contesto che non gli è immediatamente familiare» (M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR*, 80, 1977, 339).

³ È possibile individuare almeno tre percorsi prioritari, riconducibili ad altrettanti saperi, che impegnano la *scientia iuris* di età repubblicana: lo storico-annalistico, il filologico-grammaticale, l'antiquario-sociale. Questo non significa, certo, che ai giuristi difetti una eterogeneità di interessi culturali: probabilmente, manca la visione d'insieme utile ad accorpare le tendenze in precisi filoni di cultura (si rimanda, in tema, al nostro *Per una storia della cultura*, cit., spec. 222, nt. 4).

⁴ Con Q. Fabio Pittore si è agli inizi del processo di laicizzazione della storiografia, percorso parallelo e contestuale al processo di laicizzazione del diritto. La

Sarà Sesto Elio, agli inizi del II secolo, a realizzare il definitivo congiungimento del diritto con la storia della città. Dodici Tavole, *interpretatio, legis actio*, le tre parti del diritto corrispondenti ai tre fondamentali momenti della storia della *civitas*, sono poste sullo stesso piano: *cunabula iuris* mediante cui il *ius* è sorto, si è sviluppato, è stato comunicato e può essere, da ora, scientificamente studiato⁵.

congiunzione di storia e diritto si pone, dunque, attraverso il filtro della laicizzazione: l'alternativa alla storia pontificale, ferma alla narrazione di tipo annalistico, è data dall'argomentazione e dalla narrazione ragionata. Su Q. Fabio Pittore, annalista in greco, fonti in H. PETER, *Historicorum Romanorum Reliquiae*, I², Leipzig 1914, 5 ss. Per la letteratura, cfr. D. TIMPE, *Fabius Pictor und die Anfänge der römischen Historiographie*, in ANRW, I/2, Berlin-New York 1972, spec. 931 e B. GENTILI, G. CERRI, *Storia e biografia nel pensiero antico*, Roma-Bari 1983, 34 ss. Sulla cultura greca diffusa all'interno dei circuiti mediterranei, per tutti, si rimanda a S. MAZZARINO, *Il pensiero storico classico*, II/1, cit. spec. 71 ss.

⁵ Su Sesto Elio vasta e stratificata letteratura. Svaluta il dato del congiungimento del diritto alla storia della città, R.A. BAUMAN, *Lawyers in Roman Republican Politics: a Study of the Roman Jurists in their Political Setting, 316-82 BC.*, München 1983, spec. 133, 139 ss., su cui rilievi critici di F. D'IPPOLITO, in *Labeo*, 31, 1985, 326 s. La valenza storica del disegno eliano è approfondita da S. MAZZARINO, *Il pensiero storico classico*, II/1, cit., 278; il nesso tra l'opera eliana e le XII Tavole viene analizzato da D. NÖRR, *Pomponius oder zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen*, in ANRW, II/15, Berlin-New York 1976, 497 ss.; adde, M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in AA.VV., *Società romana e produzione schiavistica*, III. *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma-Bari 1981, 15, 304 ss. Una figura di giurista, del rilievo di Sesto Elio, si incontra non casualmente al sorgere del II secolo quando vari motivi culturali e sociali concorrono nel segnare la fine dell'antica compenetrazione di sacro e di giuridico soggetta a erosione per tutto il III secolo: processo di laicizzazione che rimanda, secondo una prospettiva che valorizza i contributi individuali, a una dimensione soggettiva del fenomeno prevalente su quella oggettiva che conduce ad Appio Claudio. Lo ricorda Pomponio: ... *postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba eius libertini filius subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret et senator et aedilis curulis. hic liber, qui actiones continet, appellatur ius civile Flavianum, sicut ille ius civile Papirianum: nam nec Gnaeus Flavius de suo quicquam adiecit libro. augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur ius Aelianum* (D. 1.2.2.7, Pomp. l. sing. ench.).

Catone il Censore assumerà quel deposito sapienziale eliano traducendo il nesso di storia e diritto nella concretezza della vita quotidiana e nel valore dell'unità cittadina: dal rigore scientifico, proprio di Catone, deriva una concezione della storia che è valore in sé, valore di tradizione e di legalità, di valorizzazione delle radici italiche⁶.

Nella seconda metà del II secolo si compone una cultura del progresso civile. Sintomatico riscontro è nel peculiare raccordo che si instaura con la tradizione e che non viene scalfito neanche dai sussulti che la filosofia greca opera nelle coscienze.

In un testo celebre Cicerone allude a una derivazione della storiografia letteraria dalla storiografia pontificale:

Cic. *de or.* 2.52 ... Erat enim historia nihil aliud nisi annalium confectio, cuius rei memoriaeque publicae retinendae causa ab initio rerum Romanarum usque ad P. Mucium pontificem maximum res omnis singulorum annorum mandabat litteris pontifex maximus efferebatque in album et proponebat tabulam domi, potestas ut esset populo cognoscendi: ii qui etiam nunc annales maximi nominantur. 53. Hanc similitudinem scribendi multi secuti sunt, qui sine ullis ornamentis monumenta solum temporum hominum locorum gestarumque rerum reliquerunt. Itaque qualis apud Graecos Pherecydes, Hellenicus Acusilas fuit aliique permulti, talis noster Cato et Pictor et Piso, qui neque tenent quibus rebus ornatur oratio – modo enim huc ista sunt importata – et dum intellegatur quid dicant, unam dicendi laudem putant esse brevitatem. 54. Paulum se erexit et addidit maiorem historiae sonum vocis vir optimus, Crassi familiaris, Antipater, ceteri non exornatores rerum, sed tantummodo narratores fuerunt. Est, inquit Catulus, ut dicis. Sed iste ipse Coelius neque distinxit historiam varietate locorum, neque verborum conlocatione et tractu orationes levi et aequabili perpolivit illud opus, sed ut homo neque doctus neque maxime aptus ad dicendum, sicut potuit, dolavit; vicit tamen, ut dicis, superiores.

⁶ Nelle *Origines* il Catone giurista si congiunge al Catone storico. Il tema italico è intensamente avvertito (cfr. P. CATALANO, *Appunti sopra il più antico concetto giuridico di Italia*, in *Atti Accad. Torino*, 96, 1961-62, 108 ss.). Sullo schema storiografico catoniano, per tutti, v. E. GABBA, *Considerazioni sulla tradizione letteraria sulle origini della Repubblica*, in AA.VV., *Les origines de la République romaine (Entretiens Fondation Hardt, XIII)*, Vandoeuvres-Genève 1966, 138 ss., 164 ss.; adde, A. LA PENNA, *Storiografia di senatori e storiografia di letterati*, in *Problemi*, 2, 1967, 58 ss.

Nessi che risultano provati per L. Cassio Emina⁷, benché il rilievo di Emina deve cogliersi nell'attenzione, giuridica, alle istituzioni della *res publica*; nesi altrettanto certi per Q. Fabio Massimo Serviliano⁸, come risulta da una notizia di Macrobio circa una produzione di Serviliano aperta all'antico diritto pontificale⁹; e per Servio Fabio Pittore evocato dall'Arpinate, nel *Brutus*, come *et iuris et litterarum et antiquitatis bene peritus*¹⁰.

La prospettiva del *ius magistratuum* è dominante nella produzione storico-giuridica di C. Sempronio Tuditano¹¹ e di M. Giunio Graccano¹² con i quali si imbastisce un raccordo privilegiato col presente storico. Intellettuali divisi da un 'insano' trasporto per la politica collocati su opposte sponde: nelle posizioni assunte non appare onorata la notazione di Polibio secondo cui la storia è essenziale alla verità allo stesso modo in cui la vista è necessaria alla creatura vivente. I *libri magistratuum* di Tuditano¹³, il *De potestatibus* di Gracca-

⁷ Sull'opera annalistica di Cassio Emina, cfr. H. FUNAIOLI, *Grammaticae Romanae Fragmenta*, I, Lipsiae 1907, 17. Se il giurista abbia trattato il tema della censura nell'opera storica, ovvero, se lo abbia elaborato in un'opera apposita è un fatto in definitiva marginale, ma è certo che a Emina deve attribuirsi la prima elaborazione del *ius magistratuum*.

⁸ Si intravede, con Q. Fabio Massimo Serviliano, la saldatura tra annalistica e diritto pontificale (cfr. F. BÖMER, *Thematik und Krise der römischen Geschichtsschreibung*, in *Historia*, 2, 1953, 189 ss., spec. 202). L'attività 'storiografica' del collegio pontificale costituisce oggetto di analisi: per tutti, con ampie indicazioni bibliografiche, v. B.W. FRIER, *Libri annales pontificum maximorum: the Origins of the Annalistic Tradition*, Roma 1979, 255 ss.

⁹ Macrobi. *sat.* 1.16.25.

¹⁰ Cic. *Brut.* 81.

¹¹ C. Sempronio Tuditano è di parte ottimate (App. *b.c.* 1.80). Per tutti, v. S. MAZZARINO, *Il pensiero storico classico*, II/1, cit., 187 ss.

¹² M. Giunio Graccano è di parte popolare (Plin. *n.h.* 39.36). Cfr. B. ZUCHEL-
LI, *Un antiquario romano contro la nobilitas: M. Giunio Graccano. Gli storiografi latini tramandati in frammenti*, in *Studi urbinati*, 49, 1975, 109 ss.

¹³ Un «mito filologico» C. CICHORIUS, *Das Geschichtswerk des Sempronius Tuditanus*, in *Wiener Studien*, 24, 1902, 588 ss., riteneva fosse l'opera annalistica attribuita a Sempronio Tuditano. Aderisce a tale lettura M. BRETONE, *Tecniche*², cit., 454, a cui si rimanda per la relativa discussione.

no¹⁴ sono improntati alla necessità di esaltare una verità di parte.

Il II secolo presenta ancora due figure di intellettuali per i quali storia e diritto si intersecano secondo piani dipendenti: L. Celio Antipatro¹⁵ e P. Rutilio Rufo¹⁶.

Cicerone sembra apprezzare, di Celio Antipatro, le doti di giureconsulto – *iuris valde peritus*¹⁷ – benché Pomponio lo considererà storico più che giurista¹⁸. È un fatto che proprio a un giurista-storico, come Antipatro, risalga la rottura della cultura storiografica di ispirazione annalistica: la novità è nella ricerca di una trama narrativa idonea a rendere centralità alla dimensione istituzionale giuridico-politica. La figura di Rutilio Rufo viene tratteggiata da Cicerone con inusitata intensità – *doctus vir et Graecis litteris euriditus, Panetii auditor, prope perfectus in Stoicis*¹⁹ – e non è improbabile che tanto giudizio origini in una reazione agli esiti del processo ingiusto, di concussione, imbastito nei confronti di Rufo²⁰. Come giurista, Rufo – allievo di Bruto, Manilio, P. Mucio Scevola, di educazione filosofica greca e seguace di Servio Sulpicio Galba e di C. Lelio, amico defe-

¹⁴Cfr. M. BREZONE, *Tecniche*², cit., 14.

¹⁵Celio Antipatro ama rifugiarsi nella sospensione del sogno e del prodigio. Significative le tracce nelle fonti: Cic. *divin.* 1.49; Liv. 29.25.1.

¹⁶Il ricordo che Velleio Patercolo dedica a Rutilio Rufo trascende in una sorta di esaltazione – *vir non saeculi sui, sed omnis aevi optumus* (Vell. Pat. 2.13.12) –, testimonia lo spessore del personaggio.

¹⁷Cic. *Brut.* 102.

¹⁸D. 1.2.2.40, Pomp. *l. sing. ench.*, su cui cfr. A. SICARI, *Pomponio e Celio Antipatro*, in *Studi C. Sanfilippo*, II, Milano 1982, 547 ss.; M. BORIONI, *Una nuova edizione di Celio Antipatro*, in *BSL.*, 13, 1983, 31 ss.; ma v. già W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz-Wien-Köln 1967², 7 s.

¹⁹Cic. *Brut.* 113.

²⁰Su P. Rutilio Rufo, esponente di rilievo della cultura romana del II secolo, cfr. F. MÜNZER, *Römische Adelsparteien und Adelsfamilien*, Stuttgart 1920, 283 ss., cui adde N. TERZAGHI, *Valerio Corvo e Rutilio Rufo*, in *Studi etruschi*, 8, 1934, 157 ss.; M. SCHANZ, C. HOSIUS, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*, I⁴, rist. München 1959, 207 s. La vicenda del processo di concussione imbastito dai *publicani* e gli esiti del processo in M. BREZONE, *Tecniche*², cit., 68 ss., ivi fonti e letteratura.

rente di Q. Mucio Scevola – opera a sostegno dell'attività giurisdicente del pretore; come storico pone le basi di un genere storiografico ignoto ai Romani: l'opera autobiografica²¹.

Il secolo si chiude preannunciando le linee teoriche alla base dell'impegno storiografico dei giuristi del periodo successivo sovrastato dall'impianto ciceroniano.

Può dirsi di Varrone, per ciò che attiene alla produzione storiografica di tipo giuridico, senza nulla togliere alla sua grandezza, che rimane vittima della sua stessa poligrafia di erudizione²², limite grave che non gli consente di aprirsi convincentemente al clima di radicale rinnovamento in atto.

Motivi giuridici e motivi storici si intersecano nel *De re publica* ciceroniano²³ ove la teorizzazione della forma di governo non prescindere da un'analisi della costituzione romana, sulle orme di Polibio. La distanza con Varrone si coglie nel divario rispetto a un patrimonio

²¹ Per una documentazione della sua attività di storico si rinvia a F. MÜNZER, *Römische Adelsparteien und Adelsfamilien*, cit., 283 ss.

²² Non sempre agevole è isolare il giuridico in Varrone e insoluta è la questione della esistenza di *Libri iuris civilis* varroniani. In tema, cfr. F. SANIO, *Varroniana in den Schriften der römischen Juristen*, Leipzig 1867, 209; P. BONFANTE, *Sui 'libri iuris civilis' di M. Terenzio Varrone*, in *RIL*, 42, 1909, 318 s.; F. STELLA MARANCA, *Varrone giureconsulto*, in *AUBA*, 1, 1934, 167 s. e, più di recente, A. CENDERELLI, *Varroniana. Istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, Milano 1973, *passim*. Al centro della riflessione varroniana sono le opere sulle antichità nazionali, prima fra tutte, le *Antiquitates rerum humanarum et divinarum* esposte secondo un doppio criterio sistematico e storico. A corollario una produzione storico-erudita immensa e le opere propriamente storiche, il *De vita sua libri III* e gli *Annalium libri III*. Alla base della distinzione tra il genere letterario delle *Historiae* e quello delle *Antiquitates* rimane l'antitesi cronologia/sistema: su questi aspetti, L. LANTELLA, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia (apunti per un seminario di Storia del diritto romano)*, Torino 1979, 34 ss.

²³ Una interpretazione della teoria politica ciceroniana in G. CRIFÒ, *Osservazioni sull'ideologia politica di Cicerone*, in *BIDR*, 62, 1959, 271 ss. Per ulteriori indicazioni sul dibattito intorno alla visione politica di Cicerone, cfr. la rassegna di P.L. SCHMIDT, *Cicero 'De re publica': die Forschung der letzten fünf Dezennien*, in *ANRW*, I/4, Berlin-New York 1973, 316 ss.; nonché, l'introduzione di F. CANCELLI a M.T. CICERONE, *Lo Stato*, Milano 1979, *passim*. Adde, L. PERELLI, *Rassegna di studi sul pensiero politico ciceroniano (1970-1984)*, in *BSL*, 15, 1985, 51 ss.

fatto di prevalenti strumenti antiquari; il distacco dall'antica analistica è nelle cose.

L'Arpinate affida a Scipione il compito di tessere l'elogio della storia, la vitale sinergia col diritto:

Cic. *de rep.* 2.1 Is dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod in illis singuli fuissent fere quorum suam quisque rem publicam constituisset legibus atque institutis suis, ut Cretum Minos; Lacedaemoniorum Lycurgus; Atheniensium, quae persaepe commutata esset, tum Theseus tum Draco tum Solo, tum Clisthenes tum multi alii; postremo exsanguem iam et iacentem doctus vir Phalereus sustentasset Demetrius, nostra autem res publica non unius esset ingenio sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquot constituta saeculis et aetatibus.

Passaggio cruciale per intendere l'interna mobilità di una vicenda intellettuale – la storiografia elaborata dai giuristi – che deve sopportare le differenze rispetto alla storia fatta dagli storici per potersi efficacemente realizzare.

Tra storiografia dei giuristi e antiquaria, ancora nel I secolo, si muove L. Cincio²⁴ che affronta temi delicati, la questione della potestà consolare e gli usi antichi intorno ad essa; articola una produzione sui fasti, sui comizi, sull'*officium iurisconsulti*, sulla materia militare.

Al declinare del secolo M. Valerio Messalla Rufo²⁵ e Q. Elio Tuberone il giovane²⁶ immaginano sinergici i percorsi di storia e diritto.

²⁴Delle tematiche trattate da L. Cincio, da non confondere con L. Cincio Alimento, residuano testimonianze in F.P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I. *Liberae rei publicae iuris consulti*, Lipsiae 1896, 252 ss., e in G. FUNAIOLI, *Gramm. Romanae Fragmenta*, I, cit., 371 ss. Del *Liber de consulum potestate* vi è testimonianza in Fest. *verb. sign.*, v. «*praetor*» (276, lin. 15-277, lin. 2).

²⁵Macrob. *sat.* 1.9.14. Sul *De familiis* di Valerio Messalla Rufo, di stretta osservanza politica cesariana, v. M. SCHANZ, C. HOSIUS, *Geschichte*, I⁴, cit., 600, cui adde H. BARDON, *La littérature latine inconnue*, I. *L'époque républicaine*, Paris 1952, 270, nt. 4.

²⁶Allievo di Ofilio, avversario sconfitto da Cicerone nella *Ligariana* (v. C. CANTEGRIT-MOATTI, *Droit et politique dans la 'pro Murena' de Ciceron*, in *RHD*, 61, 1983, 515 ss.), Q. Elio Tuberone il giovane si avvicinò allo studio del diritto al-

Il rapporto con Cesare ne avrebbe segnato le teoriche²⁷: Valerio Messalla Rufo sembra rivolgersi allo studio della storia per corrispondere a un desiderio di Cesare stesso più che per intimo convincimento; per Elio Tuberone, di originaria fede pompeiana, la via al diritto è posteriore all'interesse per la storia e segue andamenti teorici inversi.

Riferisce Pomponio:

D. 1.2.2.46, Pomp. *l. sing. ench.* ...Tubero doctissimus quidem habitus est iuris publici et privati et complures utriusque operis libros reliquit: sermone etiam antiquo usus affectavit scribere et ideo parum libri eius grati habentur.

Tuberone è personaggio-chiave. La sua elaborazione storiografica appare come un ponte verso la grande storiografia di età augustea e tiberiana; un 'carico' concettuale che tende naturalmente a conciliarsi «con la volontà restauratrice degli augustei e con il loro proposito di recuperare, insieme con l'*antiquitas* leggendariamente vissuta, anche il più recente passato»²⁸.

Si incontra Fenestella, in età tardo-augustea, con il quale la metodologia storiografica guadagna una dimensione di immediata concre-

l'indomani di quell'insuccesso. La questione della identità di Q. Elio Tuberone, ricordata da Gell. *n.a.* 1.22.7 – se si tratti, o meno, del giovane Tuberone – è approfondita nel nostro *Per una storia della cultura*, cit., 253, nt. 117 a cui si rimanda.

²⁷ Negli anni dell'affermazione Cesare appare interessato a sollecitare una storiografia a lui favorevole, così da contrastare l'anti-cesarismo a tal punto diffuso da compromettere il suo disegno di *clementia*. Sulla *clementia* cesariana, nemesi raffinata che polarizza consensi, vanifica resistenze, amalgama ideologie e impulsi i più disparati, si rimanda a J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la république*, Paris 1963, spec. 262, *ivi* fonti e letteratura. L'obiettivo cesariano della ricerca del consenso degli intellettuali è al centro dell'analisi di F. D'IPPOLITO, *L'organizzazione degli intellettuali nel regime cesariano*, in *Quaderni di storia*, 8, 1978, 245 ss.

²⁸ M. BRETONE, *Tecniche*², cit., 18. Che Tuberone abbia scritto *Historiae* non è in dubbio (Suet. *div. Iul.* 83): spunti di rilievo in S. MAZZARINO, *Il pensiero storico classico*, II/2, cit., 50.

tezza e il grado di attendibilità della narrazione poggia sulla visione diretta dell'accadimento, ove possibile, per i tempi più vicini²⁹. Gli *Annales* scorrono su filoni tematici – storia del costume, del diritto, della cultura – e la materia giuridica ritorna in quella storia delle magistrature di cui sopravvive un unico frammento a proposito dell'*officium quaestoris*³⁰.

Giurista celebre, caposcuola, almeno in un momento della sua produzione Masurio Sabino, nel *De indigenis*³¹, indulge alle sollecitazioni storico-erudite. Opera così poco giuridica³², il *De indigenis*, evocante motivi varroniani filtrati attraverso Valerio Messalla Rufo, da non essere recepita, in alcun tratto, dai compilatori dei Codici Gregoriano, Teodosiano e del Digesto.

Storiografia dei giuristi e storiografia pura corrono su piani paralleli.

Plinio loda Aristone per la sua perizia nel conoscere la storia:

Plin. *ep.* 1.22 Quam peritus ille et privati iuris et publici! quantum rerum, quantum exemplorum, quantum antiquitatis tenet!

Le parole che Plinio il giovane riserva ad Aristone, allievo di Cas-

²⁹ Il metodo 'cronachistico' di fare storia avvicina Fenestella a Polibio che prediligeva l'apprendimento diretto delle notizie (Polyb. 12.4c. 2-5).

³⁰ Cfr. H. PETER, *HRR.*, II, cit., CVIII ss., 79 ss. Traccia giuridica nell'opera storica è la tesi sulle origini della *provocatio ad populum* (Sen. *ep. ad Luc.* 108.31). L'*officium quaestoris* viene ricordato in D. 1.13.1.1, Ulp. *l. sing. de off. quaest.*: sul testo, M. WIEACKER, *Textstufen Klassischer Juristen*, rist. Göttingen 1975, 408 s. L'analisi del *genus quaerendi* di D. 1.13.1.1 è in M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano. Colloquio italo-francese. II. Quaderni Lincei*, CCXXI/2, Roma 1977, 214 nt. 606 ove si avverte che dal testo non «si può ricavare in quale contesto diairetico venisse adoperata l'espressione *genus quaerendi*, onde non è escluso un uso, estremamente sbiadito, di *genus* come 'figura', al di là della concreta adibizione di un qualsiasi procedimento divisorio».

³¹ Gell. *n.a.* 4.9.8.

³² Lo sosteneva già il Krüger: «Nichtjuristisch sind die libri memorialium, die libri fastorum un die commentarii de indigenis» (P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, München-Leipzig 1912², 166).

sio Longino e collega di Nerazio nel *consilium* di Traiano, confermano il giudizio di stima come giureconsulto – *peritissimus privati iuris et publici*³³ – e ne consacrano la statura esaltandone l'avvedutezza nel cogliere i nessi di storia e diritto³⁴.

In un passaggio delle *Noctes Atticae* Gellio riconosce a Labeone analoghe doti³⁵.

Il ricorso alla storia, alla memoria, all'antichità, nel clima di desolante cupezza che investe i valori romano-nazionali, avrebbe consentito al diritto di pervenire a una più complessa e profonda determinazione della sua essenza:

Gell. *n.a.* 13.12.2 ... ratum tamen pensumque nihil haberet, nisi quod iussum sanctumque esse in Romanis antiquitatibus legisset ...

Le osmosi di diritto e storia tornano nitide a esordio del commento di Gaio alle Dodici Tavole un nesso che il giurista legge nel segno della necessità:

³³ Plin. *ep.* 8.14.

³⁴ Aristone rimane estraneo alle dispute scolastiche attratto, piuttosto, dalla concretezza del diritto. Lo testimonia ancora Plinio il giovane: *non quidem gymnasia sectatur aut porticus nec disputationibus longis aliorum otium suumque delectat, sed in toga negotiisque versatur, multos advocacione, plures consilio iuvat* (*ep.* 1.22). Su *Titius Aristo*, v. F.P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*. II/2. *Primi post principatum constitutum saeculi iuris consulti*, Lipsiae 1901, 359 ss. Adde, W. KUNKEL, *Herkunft*², cit., 141 ss.; A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli 1968, 204 s., con indicazione di fonti e letteratura.

³⁵ In Labeone «la visione dell'antico come realtà operante sorregge una condotta personale ostinatamente polemica» (M. BRETONE, *Tecniche*², cit., 339). *Libertas* e *antiquitas* interagiscono costituendo un fondamento necessario al *ius*: tanto il passato del diritto è seguito dal futuro quanto ne è preceduto, cosicché, esistenza e temporalità del diritto si rivelano dimensioni circoscritte entro un circolo, un *saepturnum*. Labeone vive intensamente questo clima e questi valori: un folle e smisurato senso della libertà lo prendeva al punto che nulla riteneva valido che non fosse prescritto nei libri delle antiche istituzioni romane, così accusava l'antagonista Capitone (*agitabat ... hominem libertas quaedam nimia atque vecors*, ricorda Gellio *n.a.* 13.12.2). D'altronde, che Labeone avesse assunto atteggiamenti critici nei confronti del regime augusteo c'era da attenderselo: distaccato e critico *noluit, cum offerretur ei ab Augusto consulatus, quo suffectus fieret, honorem suscipere* (D. 1.2.2.47, Pomp. *l. sing. ench.*).