

POSICIONS METODOLOXICAS NO ESTUDIO DO DEREITO ROMANO: O PENSAMENTO DE M. KASER.

Julio G. Camiñas

Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO

1. Estudio crítico das fontes.
2. Pluralismo metodolóxico.
3. Casuísmo xurídico romano: Casuística e sistema.
 - Inducción contra sistema e deducción.
 - Illas sistemáticas. Caso e norma.
 - Intuición xurídica.
 - Coñecemento por familiaridade.
 - A tradición.
 - Realismo xurídico.
 - Irracionalismo e «auctoritas». Estamento de xuristas.
 - Xurista romano e xuíz inglés.
 - Nacionalismo xurídico.

1. Estudio crítico das fontes.

O pensamento de Kaser constitúe un presuposto necesario para entende-la significación actual do método histórico-crítico e, sobre todo, para a comprensión do dereito romano como «dereito do caso». As súas posicións metodolóxicas en ámbalas cuestións, e en tantas outras, tiveron unha gran repercusión na romanística máis recente.

Adoita relacionarse a Kaser con posicións conservadoras, ó ser un crítico da crítica interpolacionista. Entre 1968 e 1972 publica unha serie de ensaios en que afronta a cuestión metodolóxica, facéndoo sempre desde a experiencia dun trato frecuente coas fontes, do que é un bo expoñente o seu tratado de dereito privado romano, modélico no seu xénero. Aínda que o xuízo inicial acerca da pouca importancia das alteracións posclásicas se foi moderando progresivamente, seguiu mantendo unha posición prudente na valoración das modificacións textuais (1).

En efecto, ó seu xuízo, as alteracións textuais, tanto prexustinianas como xustinianas, salvo notables excepcións, non teñen carácter innovador nin substancial (2), senón puramente formal, simplificador e vulgarizante (3), e encontrarían na falsificación a súa causa fundamental (4).

Segundo Kaser, os cambios nos textos clásicos que tiveron lugar no paso do volume ó códex -primeiro estrato de Wieacker- non terían en xeral tampouco valor substancial; trataríase simplemente de reducir e simplifica-

-
- (1) As posicións conservadoras na crítica dos textos foron mantidas por Kaser na súa comunicación no Segundo Congreso Internacional da «Società italiana di Storia del diritto» en 1967, que foi publicada en forma de extracto en 1968 e logo no artigo titulado «Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen (Ueber die Grenzen der Interpolationenkritik)», en *La critica del Testo* (Firenze 1971) 291 e ss.; posteriormente, moderando a súa posición, volveu sobre a cuestión en «Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung» (Sber. Ak. Wien 1972) e en «Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an der römischen Rechtsquellen» en *Anzeiger der phil.-hist. Klasse der Oesterreichischen Akademie der Wissenschaften*, 116 (Wien 1979) 83-113 [= *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (Wien-Köln-Graz 1986) 112 ss.].
- (2) Por interpolación substancial entende toda modificación que tivera por obxecto cambia-lo fondo do dereito. Sendo «reformatischen Interpolationen» cando é o propio redactor quen introduce un novo principio, o que durante todo o período posclásico só o emperador pode facelo e só Xustiniano o fixo. Se a alteración, soamente, tivo por finalidade o ter en conta un cambio do dereito xa realizado, entón, sería unha «adaptatorischen Interpolationen». Estas serían realizadas no comezo da época posclásica, Kaser, «Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung» (Sber. Ak. Wien 1972) p. 36.
- (3) As interpolacións formais non achegarían ningunha novidade en canto ó fondo; utilizarían o propio texto para facer glosas explicativas, paráfrases ou sumas. Podería tratarse incluso da introducción no texto dun pensamento xurídico clásico extraído doutra fonte. A propósito da expresión *id est*, propia do comezo dunha glosa, anota inmediatamente e de forma que deixa ver, ás claras, a súa posición: : «Nicht jeder *id est*-Satz ist glossiert», Kaser, «Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung» (Sber. Ak. Wien 1972) p.37 y nt.61.
- (4) Kaser, *Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an den römischen Rechtsquellen*, en *Anzeiger der phil.-hist. Klasse der Österreichischen Akademie der Wissenschaften*, 116. Jg. (1979) 83 ss. [= *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (Wien-Köln-Graz 1986) p.113].

lo riquísimo material que ofrecía a xurisprudencia clásica (5); de modo particular, para elimina-las controversias entre os xuristas (6). Neste sentido, solucións que aparecen como novas, puideron ser opinións de xuristas, preferidas fronte ás doutros, agora suprimidas.

Tampouco a forma retórica ou didáctica dun texto deberá levarnos, sen máis, ó seu xuízo, a poñelo baixo sospeita, pois os clásicos virían resultar menos inimigos da abstracción e a sistemática do que se afirmara. Igualmente, a posible influencia da retórica deberá apreciarse caso por caso, ó non resulta-los seus respectivos estilos tan opostos (7); por outro lado, ó seu entender, sería moi limitada a influencia do dereito vulgar sobre o Dixesto, sobre as institucións e sobre as propias constitucións do Código anteriores a Constantino (8); polo contrario, sería importante a influencia das escolas orientais na reelaboración dos textos dos xuristas clásicos (9); sen embargo, as alteracións dos textos non serían realizadas polos propios profesores, quen encontraban nas fontes clásicas as bases para as súas creacións, senón que foron os Compiladores os encargados de adecua-los textos á doutrina das escolas.

O propio Xustiniano, levado do seu clasicismo, interviría para restaura-lo dereito romano da época clásica (10); a súa actuación estaría guiada pola defensa da certeza do dereito, máis ca por un verdadeiro respecto cara á xurisprudencia clásica; así, os materiais da época precedente servirían máis para conserva-lo dereito existente que como puro medio para realizar reformas.

(5) Non conservándose nada máis ca unha parte pequena da literatura da que dispuxeron os comisarios de Xustiniano, estes terían que resumir e compendia-los textos, Kaser, «*Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* (SBer. Ak. Wien 1972) p.32 ss.

(6) Kaser, «*Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* (SBer. Ak. Wien 1972) p.22 ss., onde pon de relevo como un gran número de controversias nos foron transmitidas nos comentarios *ad edictum* e *ad Sabinum* de Ulpiano e Paulo a pesar das mutilacións realizadas polos compiladores. As propias *inscriptiones* do Dixesto permitiríannos descubrir outras. A seu entender, en tódolos casos as dúas solucións deben considerarse como clásicas, salvo que se poida demostra-lo contrario.

(7) Kaser, «*Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* (SBer. Ak. Wien 1972) p.53 ss.

(8) Kaser, «*Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* (SBer. Ak. Wien 1972) p. 71, «Ein vulgarisierender Einfluss auf den stofflichen Inhalt der Digesten, der Institutionen und der vorkonstantinischen Stücke des Codex lässt sich nur in wenigen, eng umgrenzten Einzelfällen nachweisen, die Levy genau durchforscht hat».

(9) Kaser, «*Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* (SBer. Ak. Wien 1972) p.71 ss.

(10) Kaser, «*Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* (SBer. Ak. Wien 1972) p.16 ss.

As modificacións substanciais das fontes clásicas serían realizadas só polos compiladores xustiniaños, podendo distinguirse varias categorías (11): aquelas que tiñan o obxecto de acomoda-lo dereito dos xuristas ó novo dereito imperial, definido nas constitucións de Xustiniano e naquelas dos seus predecesores que foron retomadas no Código; aquelas que pretendían elimina-las institucións desusadas e adaptarse á praxe (12); as que suporían adaptacións de orde procesual (13); as provocadas polo cambio na situación política, a relixión ou as relacións económicas e sociais, que influíran pouco sobre o dereito dos xuristas (14); ou aquelas que obedecían á recepción das doutrinas das escolas orientais (15).

As posicións de Kaser non poden levar, sen máis, nin el o pretende, a asumir de antemán como substancialmente xenuíños os textos da Compilación. Non pode prescindirse, polo tanto, da crítica textual, pero a crítica interpolacionística, hoxe en crise, necesita de novos esforzos para cambia-lo seu rumbo, o que é moi diferente do simple rexeitamento.

Neste sentido, propón Kaser que deixen de considerarse os textos xurisprudenciais como expresión dun ordenamento xurídico orientado a un sistema de conceptos (16). En coherencia coa súa forma de entende-la creación do dereito en Roma, pensa Kaser que as *regulae iuris* están unidas directamente á casuística romana e abertas ás excepcións que a súa aplicación ó caso concreto esixa. Así, propugna a necesidade de facer converxe-la liña da crítica textual de Wieacker e a de investigación por «problemas xurídicos» do propio Kaser; por outra parte, resalta a necesidade de ter en conta o carácter literario dos escritos dos xuristas clásicos, a súa liberdade expositiva e, por iso, a mobilidade posible da súa terminoloxía (17).

(11) Kaser, «*Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* (SBer. Ak. Wien 1972) p.83 ss.

(12) Kaser, «*Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* (SBer. Ak. Wien 1972) p. 87.

(13) Kaser, «*Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* (SBer. Ak. Wien 1972) p.88 ss.

(14) Kaser, «*Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* (SBer. Ak. Wien 1972) p.90 ss.

(15) Kaser, «*Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* (SBer. Ak. Wien 1972) p.92.

(16) Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p.76, o dereito romano da antigüidade non logrou formar un sistema nin sequera na súa forma axiomática.

(17) Kaser concede carácter secundario á crítica formal das fontes e, por iso, ataca a afirmada pureza de estilo clásico. Enfronta o xurista funxible dos hipercríticos cos xuristas e o particular estilo de cada un, que é necesario recoñecer, Kaser, «*Zur Methodologie der römischen*

En definitiva, Kaser mantivo unha posición de moderación na crítica, que ben pode recibir a cualificación de conservadora, en contraste con pasados excesos naquela, pero tamén marcou un novo camiño por onde canaliza-lo esforzo crítico con prometedores resultados.

2. Pluralismo metodolóxico.

Constitúe tamén unha característica do pensamento metodolóxico de Kaser o mantemento (18) da compatibilidade entre o punto de vista histórico -que dá o ton de calidade ás súas obras-, e a utilidade de aprofundar no ámbito da dogmática en canto ás relacións entre o dereito romano e as categorías xurídicas modernas. Incluso o método da inducción, a partir do que se entende como unha evolución posterior, foi tamén acertadamente empregado por Kaser ó tratar de reencontra-lo concepto orixinario de *ius*.

Na súa obra *Das Altrömische ius*, encontramos ata onde se debe chegar co método bonfantiano. Nesta obra, por outra parte, encontramos xustificadas nos remotos antecedentes -desde a orixe ata mediados do século III a.C.- moitas das posicións posteriores de Kaser sobre o que sería descubrimento, incluso creación do dereito polos xuristas.

A lectura de *Das Altrömische ius* resulta de grande utilidade para a busca dunha explicación ó problema de como xorde o dereito. Este problema implica tamén o da comprensión de qué é o dereito, cal é a súa lexitimación para obrigar, en que e como se distingue o dereito doutras ordes normativas presentes na sociedade, como son a moral ou os usos sociais. Ó tratar de atopar na Historia unha resposta a estas cuestións afirmase, ó mesmo tempo, no plano conceptual o carácter histórico da realidade xurídica.

Rechtsquellenforschung (Sber. Ak. Wien 1972) p.47 ss. Esta mesma idea atopámola en Mayer-Maly, rec. a Wieacker, *Textstufen Klassischer Juristen* (Göttingen 1960), en ZSS 77(1960) 510 ss., cando obxecta ó autor que presupuxera unha excesiva coherencia no pensamento de cada xurista, cando sería máis certo que en todo escritor hai páxinas e frases de distinto valor e que poden xustificar xuízos contradictorios. Para a posición de Kaser sobre as fontes véxase BLANCH, *Acerca de las fuentes jurídicas del Derecho romano*, en RFDUC 75 (1989-90) 61 ss. (18) En 1955, encontramos esta toma de posición en p. IX-X de Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1: *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (München 1955).

Na miña propia experiencia investigadora tiven a ocasión de enfrontarme con tal problemática ó estudia-la calumnia. Alí aparecía un mal coñecido *iusiurandum calumniae*, que requiría comprende-lo concepto de *ius* e a súa orixinaria significación de «formule religieuse que a force de loi»; e *iudex* como «celui qui dit la formule de justice» (19). *Ius iurae*, de onde *iusiurandum*, viña indicarnos o pronunciar unha fórmula sagrada que comprometía a intervención dos deuses. Aparecía, por outra parte, a relación con *sacramentum*, ó que Varrón atribúe o significado de «ea pecunia quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro» (20); iso obrigaba a resolver intelectualmente a relación entre esa cantidade depositada, probablemente ó tempo que se prestaba un xuramento, e aquela referencia que aínda conservaba Gayo 4, 171, *modo iusiurandi religione*, para indicala forma en que o xuramento de calumnia refreaba a litixiosidade calumniosa. A sanción para o infractor do *iusiurandum calumniae* admitía contrapostas posibilidades que era necesario esclarecer.

Nas solucións a estes problemas viña resultar esclarecedora a persoal e documentada maneira de entende-lo concepto de *ius*, que Kaser presenta en *Das Altrömische Jus*. A orixinal síntese que alí se contén da orixe e desenvolvemento inicial da noción de *ius*, permítenos entender, sempre ó nivel do aproximativo, a distinción entre dereito e relixión.

As cualificacións de lícito e ilícito, sentido que Kaser dá a *ius* e a *iniuria*, non atopan fundamento na idea dunha orixinaria e abstracta norma xurídica, senón que a súa definición se operaba en relación con cada caso concreto. Os deuses son chamados a intervir no procedemento do *sacramentum* a través do xuramento que prestan as partes e que provoca a sacralización da perda do proceso ó supoñe-la infracción do xuramento. Nas grandes liñas do *per sacramentum* ve Kaser os riscos dun primitivo duelo xudicial, en que os deuses revelarían o *ius*. A morte que pode ser inflicta ó adversario perdedor actúa unha sanción sacral para quen é perxuro por resolución xudicial dos deuses. A evolución deste procedemento permitiríalle librarse ó perdedor de tal pena asumindo un discutible -polo inexpiable do perxuro- *piaculum*, antecedente da *poena sacramenti* coa que se sancionaría logo o litigante calumnioso.

(19) Ernout-Meillet, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine, Histoire des mots*⁴ (París, 1959, reproducido nun só volume en París 1985) sv. *ius*.

(20) Varr., *De lingua latina* 5, 180.

Con prudente comparación, presenta o paralelismo entre os ritos da declaración de guerra e aqueles que integran a ordalía, facendo do *iustum bellum* non só a guerra regularmente declarada, senón aquela xustificada por unha *iusta causa* que comprometería o apoio dos deuses na victoria. Antes das XII Táboas a *iniuria*, ó contrario ó *ius*, e o delicto aparecerían confundidos, operándose a separación antes da Lei, que xa distingue varias categorías de delitos.

Ó tratar de fixa-los contornos do relixioso e o xurídico no xuramento da calumnia, resultoume especialmente convincente a resposta de Kaser: *Ius* e *iniuria* non concernen senón ós homes, deixando para o ilícito relixioso *nefas* e sendo *fas* o permitido ós homes polos deuses. Os límites entre o relixioso e o xurídico precísanse ó nega-las formulacións que facían derivar da relixión o dereito. A pesar de ser revelado polos deuses, a esencia do dereito é profana. O formalismo do dereito non é un traspaso do formalismo relixioso, senón que o formalismo, en si mesmo, sería anterior á propia relixión. O xuramento sinalaría, sen embargo, o punto máximo de confluencia de relixión e dereito, sen chegar sequera neste límite a confundirse. A relixión colabora co *ius* profano, sen absorbelo, préstalle unha sanción sacral.

3. Casuismo xurídico romano.

A concepción romana do dereito como «dereito do caso» afásta da estrutura normativista (21) á que responde o modelo continental do ordenamento xurídico, e achégao a posicións realistas, que, en tradución orsiana, levan a entender por dereito «aquilo que aproban os xuíces». Iso non é identificable, sen embargo, cun simple xudicialismo xurídico, pois o dereito encontrado polo xurista faise eficaz co seu recoñecemento xudicial; desta forma, o xurista e a súa función sitúase nun plano creador e non de simple aplicador de normas legais.

Ó se-la norma legal un criterio máis, enténdese que o dereito xorde como realidade cando o xurista formula o criterio que ó seu parecer é aplicable ó caso concreto, que resultará eficaz, converténdose en dereito,

(21) O normativismo entende a norma no sentido abstracto, como un modelo do que se derivan siloxisticamente consecuencias adaptables ás infinitas vicisitudes da vida social, Miguel Reale, *La crisis del normativismo jurídico*, en *Estudios a Legaz y Lacambra I* (Santiago, 1960) p. 190.

a través do recoñecemento xudicial; en consecuencia, na busca do dereito débese ir antes á xurisprudencia ca á lei, e iso incluso cando o ordenamento xurídico presenta unha estruturación legal da normatividade. En efecto, as decisións xudiciais sinalan a norma encontrada, entre as moitas que desde o *corpus* lexislativo poden ser traídas ó caso; precisa o significado real que adopta no contraste cos feitos e precisa a canle procesual que tivo que seguirse, e haberá de repetirse, para facer eficaz a *ratio iuris*.

Nesta orde de ideas, e polo que se refire ó dereito romano, constitúe un elemento esencial do pensamento de Kaser a concepción segundo a cal a determinación do *ius* non se pode facer máis ca a propósito de cada litixio; ó descubrirse o dereito nunha revelación fragmentaria de proceso en proceso, xorde o precedente que incorporado ó sistema de precedentes permite alcanzar regras de dereito, afastadas da abstracción pola súa vinculación ó caso.

O casuismo aparece así como algo máis ca un resultado. É, en verdade, unha nova actitude metodolóxica que combinada co método histórico crítico -na depuración dos textos que conteñen as solucións maxistralmente obtidas polos xuristas romanos- permite abrir novos horizontes ó dereito romano, tanto na investigación como na docencia. Nesa liña orientouse, en efecto, un importante sector da romanística moderna; o pensamento de Kaser constitúe un obrigado tema de análise para esta corrente, na que tamén me sitúo; unha recente análise de Giaro sobre os puntos de vista de Kaser pon de relevo a permanente actualidade e interese do seu pensamento, ó mesmo tempo que suscita, na miña opinión, a oportunidade de novas reflexións (22).

Casuística e sistema.

Giaro comeza por relativizar, acertadamente, a contraposición entre casuística e sistema ó sinalar que o pensar segundo casos e segundo conceptos aparecen combinadamente. Para Kaser a característica máis xeral e de conxunto do dereito romano sería o seu afirmado casuismo (23);

(22) Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 180 ss.

(23) Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 185.

uniríase así, ás liñas máis recentes da romanística que tratan de evitarlo concepto de sistema (24).

O casuísmo kaseriano hai que enténdelo como un descubrimento ou achado, creador do dereito (*schöpferische Rechtsfindung*), co que viría responder a aquel ambiente cultural alemán finisecular e de comezos do presente século (25), que podemos representar en Dilthey e a súa afirmación de que «o dereito non se fai senón que se atopa», sen dúbida idea patrimonio común dos novos universitarios do momento (26). A Xurisprudencia ofrece unha solución para cada caso xurídico presentado, o que produce esa asociación de afinidade, coñecida polo demais, entre o dereito do caso romano (27) (*Fallrecht*) e o *Case Law* anglosaxón.

Inducción contra sistema e deducción.

A decisión do caso faise por vía inductiva, pois para Kaser, o dereito romano non coñeceu ningún sistema nin, tampouco, a deducción no sentido da xurisprudencia dos conceptos ou a pandectística (28).

Illas sistemáticas

Giaro pregúntase se os clásicos coñecían o sistema e a lóxica deductiva, aínda que fose noutras presentacións distintas das que antes acertadamente rexeitaba Kaser (29). Cuestionase así un aspecto importante, entre os moitos desta orde que ofrece o pensamento kaseriano. A resposta buscada nas obras de Kaser non o leva nada máis ca a sinala-lo

(24) Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 184, onde lemos «Die Tendenz der heutigen Romanistik ist wohl ausgesprochen „antisystematisch».

(25) Sería sumamente interesante a realización de estudos que presentasen en «visión xenética» as intuicións centrais do pensamento dos máis ilustres romanistas.

(26) Dilthey, *Introducción a las ciencias del espíritu* (trad. por Eugenio Imaz [de *Einleitung in die Geisteswissenschaften*] para o Fondo de Cultura Económica, México, 1944) p.82.

(27) Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 186. En nt. 18, sinala como «Kaser gebraucht die Termini «Fallrecht» und «Kasuistik» promiscue».

(28) Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 191, «Freilich kannte das antike römischen Recht kein System und keine Deduktion im Sinne der Begriffsjurisprudenz».

(29) Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 191.

recoñecemento de insignificantes illas de sistemática no «caótico mar das institucións» (30). Tal afirmación é feita por Kaser en «Zur Methode» en relación coa Xurisprudencia de finais da República, modelada por un contexto que limita o esforzo dos xuristas por un sistema (31), en tal momento, a materias específicas como a tutela e o *furtum*; tamén admitiría Kaser, máis recentemente, a existencia de sistemas parciais no ámbito do *ius honorarium*.

O achado do *ius*, na concepción de Kaser, parte «de abaixo», dos concretos casos xurídicos e non desde arriba, desde o sistema. O achado (*Rechtsfindung*) do *ius* en Roma é un exemplo representativo do pensamento baseado no caso xurídico. Opoñeríase, deste modo, ó sistema que é cerrado e estático, coma un edificio construído, en sentido aristotélico (32).

A lexislación romana sería lagoeira e conxuntural, sendo, en cambio, o dereito consuetudinario preponderante no período de formación do dereito romano. Neste sentido, corresponde a unha distinta estrutura da orde xurídica, propia da época posclásica, a tendencia a fundamentalo dereito na lexislación en contra do que reflecte a realidade xurídica do período antigo e clásico do dereito romano.

A orixe da sistemática atópao Kaser nas obras didácticas e, de aí, a relevancia dogmática que atribúe ó sistema nas Institucións de Gayo (33). Neste xurista ve xa de modo claro a elaboración de regras e o verdadeiro sistema, planificado desde arriba e que parte da distinción dos gramáticos entre *personae* e *res*, dogmáticamente rica nas consecuencias (34).

(30) Así traduce Juan Miguel, *En torno al método de los juristas romanos* (Valladolid 1964) p.42 as palabras de Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p.70: «Man bildet so mit Hilfe der neu erlernten Methode nur unbedeutende systematische Inseln in dem auch weiterhin noch ungeordneten Meer der Erscheinungen».

(31) Sistema emprégase en sentido xurídico e non no máis estricto da axiomática, precisa Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p. 70 : «...System -ich gebrauche den Ausdruck hier und weiterhin im juristischen Sinn, nicht in dem strengeren der Axiomatik».

(32) Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 193, «Ihre Rechtsfindung geht „nicht, von oben, von einem System aus....,sondern ,von unten, also von den konkreten Einzelfällen».

(33) Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 202.

(34) Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p.71.

Gayo non explotaría tódalas consecuencias do seu reflexo sistemático, limitándose, polo contrario, ás consecuencias dogmáticas máis evidentes, en consonancia co seu labor de mestre elemental de dereito. E se como xurista escolástico non lle reconece, á hora de coñecerlo dereito, un poder de intuición tan grande coma o que adornaba ós grandes clásicos do causismo, termina por afirmar que a materia que Gayo expón é casuística, se ben agrupada e reelaborada (35).

É cuestionable, sen embargo, que sexan separables en Roma a función expositiva e a función dogmática, a teoría de a praxe, a «escola» e a «vida»; así, o *ius civile* de Mucius non é un libro de ensino (*Lehrbuch*) (36). De Quinto Mucio dise que *ius civile primus constituit generatim in libris decem et octo redigendo* (Pomp. D. 1,2,2,41), pero iso non significa para Kaser nada máis ca ter exposto as materias pertencentes ó *ius civile* coas súas subcategorías. O texto de Pomponio non permite deducir que Quinto Mucio seguira un principio sistemático para todo o *ius civile*. Estaríamos, simplemente, ante unha forma de pensar que opera por asociación, reunindo materias que están próximas (37).

Pode admitirse, como quere Giaro, a xeral aceptación das teses de Kaser que atribúen ós clásicos o «achado do *ius* casuisticamente»; a pesar disto, tanto o concepto de casuística como o de sistema adoptan sentidos diversos nos distintos seguidores (38) desta dirección de pensamento. Por iso, é conveniente perfilar de modo máis claro o pensamento de Kaser sobre o casuismo, someténdoo ó contraste de cuestionalo nalgúns dos seus aspectos fundamentais. Neste sentido, seguindo a Giaro, debe sinalarse que Kaser pretende unha comprensión máis profunda da casuística, como forma de caracterizar especificamente as contribucións creadoras da xurisprudencia romana.

(35) Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p.71 : «Der Stoff, den er darstellt, bleibt die -geschichte gruppierte und verarbeitete- Kasuistik».

(36) Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 203.

(37) Remata a súa argumentación Kaser sinalando que o que sabemos da configuración do *ius civile* muciano contradi a suposición dun principio sistemático: «Und was wir vom Aufbau des *ius civile* wissen, spricht eher dagegen», Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p.69.

(38) Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 209 e en particular nt. 105, onde as distintas formas que reviste o casuismo exemplifícanse con Schmidlin, *Die römischen Rechtsregel* (1970); Cenderelli, en SDHI 44(1978) 416 ss.

Parte dunha casuística que vén «desde abaixo» e realiza constantemente a contraposición entre dereito casuístico (*Fallrecht*) e dereito de norma (*Normenrecht*). Esta contraposición é para Kaser xenética e metódica, pois o *ius* xurdiu no caso concreto por obra do *iudex* e é, así, xeneticamente casuístico. Na súa orixe, sepáranse *ius* e *lex*.

Caso e norma.

É necesario cuestionarse, neste punto, a posibilidade dunha separación tan radical entre o caso e a norma, sobre todo se temos en conta que Kaser atribúe ó caso non só a prioridade metódica senón tamén a prioridade histórica. Comparti-las súas posicións significa entender con el que o casuismo é máis ca un método xurisprudencial unha esixencia histórica coa que se atopan os xuristas. En todo isto sitúase, en efecto, o fondo do problema, polo que cabe preguntarse con Giaro en que medida o pensamento de Kaser non incorre, neste punto, nun verdadeiro círculo vicioso entre caso e norma (39). Pois nun caso entre os moitos que a vida ofrece convértese en xurídico cando se mira en función de criterios decisorios que proceden dalgunha norma (40).

Por outro lado, na casuística do Common Law non vincularía o precedente, en si mesmo, senón as *rationes decidendi* que fundamentan a decisión do xuíz. En tal sentido, Giaro considera como unha ilusión dos xuristas continentais a pretendida maior elasticidade ou creatividade atribuída ó sistema do *Common Law*. Estaría, tamén, ben traída á cuestión a idea de Behrends, segundo a que no *Case Law*, a decisión concreta é portadora dunha regra positivizada (41). No casuismo de Kaser, os romanos

(39) Así parece recoñecelo Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 212.

(40) Este aspecto do pensamento de Kaser xa foi cuestionado por Luzzato na súa recensión de «*Das altrömische ius*», en SDHI 15 (1949) 295, ó sinalar que «*iusiurandum, iurisdictio, iudicium*, sono termini nei quali il concetto di *ius* viene sempre postulato come preesistente alla pronuncia, non come creato in conseguenza di questa.. Conseguentemente, ammesso che il *ius* viene postulato come preesistente per il fatto stesso della pronuncia, mi pare non più sostenibile l'interpretazione del K, che ne fa, ai suoi inizi, un `Fallrecht'». Sen embargo, preexistencia non implica nin impide a formalización creadora.

(41) Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en ZSS. 105 (1988) 214.

decidían un caso concreto e ofrecían unha solución para cada problema, sendo, as regras un produto posterior da casuística (42). Trataríase, deste xeito, dun pensar segundo casos (43). En consecuencia, habería que distinguir entre a casuística que nos informa acerca de que regra se aplica -o que se fai actualmente- e a casuística como vehículo que auxilia na interpretación. A casuística entendida como concretización do contido de normas legais ou consuetudinarias coa axuda de casos xurídicos, non sería unha característica exclusiva do dereito romano nin do anglosaxón, porque se dá, tamén, nos ordenamentos codificados modernos.

Pero aínda sendo acertadas tales consideracións, en canto veñen sinala-la aproximación que se dá entre os sistemas abertos e os pechados ou continentais, éo igualmente, que o casuismo incluso admitindo que sexa mera concretización do contido das normas ten principal presenza no dereito romano pola cantidade e calidade da súa realización. A opinión de Radbruch resulta esclarecedora nesta cuestión; este autor, reducindo a tipos ideais as grandes culturas xurídicas, atopa no dereito romano o máis digno representante dunha delas. Caracteriza o dereito romano polo seu modo casuístico de formarse e considera que o grandioso discurrir da xurisprudencia romana se basea na natureza das cousas, no exame e solución de casos concretos (44).

Radbruch resalta a cautela dos romanos contra todo o que sexa abstracción, definición, construción e sistematización. Entende que os romanos non derivan o dereito da regra senón a regra do dereito (non *ius ex regula*, senón *regula ex iure*). Ve nos pobos anglosaxóns a prevalencia do espírito xurídico baseado na natureza das cousas e análogo ó da Xurisprudencia da antiga Roma (45). Nun, o romano, e noutro, o inglés,

(42) No mesmo sentido, Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln - Versuch einer Typologie* (Köln-Wien 1970) p.143 ss., refírese a unhas «kasuistische Regeln», que asumen frecuentemente forma hipotética e de concisos axiomas condicionais -así aparecen nos *Pithana* de Labeón. Pero, mentres a casuística resolve un só caso, as *regulae* teñen carácter de xeneralidade. Sobre a formulación das *regulae*, Reinoso Barbero, *Los Principios Generales del Derecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Madrid 1987) p.33.

(43) Fernández Barreiro, *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del derecho romano* (Santiago 1976) p.54.

(44) Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*⁴ (Trad. de Wenceslao Roces de la *Vorschule der Rechtsphilosophie*, México 1974) p.66.

(45) Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*⁴ (Trad. de Wenceslao Roces de la *Vorschule der Rechtsphilosophie*, México 1974) p.67. Un desenvolvemento máis completo en Radbruch, *Geist*

a creación do dereito debe resistir inmediatamente a proba e a responsabilidade da aplicación práctica ó caso real de que se trata (46). Non pode ser compartida, por todo iso, a postura de Giaro de desmonta-la pretendida orixinalidade do casuismo romano e anglosaxón sobre a base dun cuestionamento, por demais discutible, dalgún dos exemplos sinalados por Kaser (47).

Intuición xurídica.

No método de elaboración casuística do dereito Kaser atribúe unha notable importancia á intuición, apoiada na experiencia e no sentimento obxectivo *-sensus iuridicus* (48), á hora de atopar-la solución do caso. Sen nega-la importancia da lóxica, Kaser afirma o papel que a intuición desempeña no proceso deductivo: entre as premisas e a conclusión, o mesmo ca entre o caso e a norma, necesítase da intuición (49).

En tales afirmacións, envólvese unha verdadeira tese gnoseolóxica: ó lado da razón existe a vida do dereito e en Roma este envolve de tal maneira a vida do cidadán que o coñecemento do dereito por eses cidadáns que son os xuristas é un coñecemento desde dentro, é dicir, vivencia do *ius*. Ó basearse os xuristas na intuición como coñecemento inmediato do vivido (50), do experiencial, encontrarían difícil o xustifica-las súas

des englischen Rechts(1946) p.43 ss., onde se precisa o máis propio do Case-law: o apoio que o xuíz continental ten na Lei atópao o xuíz anglosaxón en anteriores e singulares decisións dun tribunal de xustiza superior.

(46) Nestes termos, Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*⁴ (Trad. de Wenceslao Roces de la *Vorschule der Rechtsphilosophie*, México 1974) p.72.

(47) Giaro toma un texto clásico, D. 24, 1, 3, 12, que como un claro exemplo do pensamento casuístico dos xuristas romanos fora citado por Kaser, *Durchgangserwerb* (Neufassung), en *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (Wien-Köln 1986) p.295: «ein schönes Beispiel für das fallrechtliche Denken der römischen Juristen». Para Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en *ZSS*. 105 (1988) 232, Celso non pensa nunha teoría da delegación no mencionado texto, senón en limita-lo ámbito de eficacia da prohibición de doazóns entre cónxuxes. Pola contra, Kaser vería no fragmento, unha ficticia solución analóxica como exemplo do pensamento casuístico creador.

(48) Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p.57.

(49) Dilthey, *Introducción a las ciencias del espíritu* (trad. por Eugenio Imaz [de *Einleitung in die Geisteswissenschaften*] para o Fondo de Cultura Económica, México 1944) p.86, confiaba á intuición o delimitar de modo indeliberado o que sexa país, pobo, estado.

(50) Buscando o paralelo, podería compararse co que Wilhem Dilthey, *Introducción a las ciencias del espíritu* (1833), entende que é a meta destas ciencias (Geisteswissenschaften), ó concluír

aprehensións ante os demais se non viñese na súa axuda a *auctoritas* (51). Tal intuición diferénciase tanto da mera e simple razón abstracta coma da pura sensibilidade e constitúe un modo de coñecemento autónomo, capaz de producir unha aprehensión total e exacta da realidade controversa; sobre esta base, aséntanse as axustadas respostas dos xuristas ás consultas a eles dirixidas.

Ó se-lo *ius* algo intuitivamente determinado puido orixinalmente expresarse en forma de imaxes para ser posteriormente conceptualizado e institucionalizado (52). Nas fases primeiras do desenvolvemento xurídico o dereito utilizaría os símbolos, ben que na súa forma romana estes fosen sinxelos e sobrios en coherencia co carácter do pobo romano que se adornaba de tales cualidades (53).

Actualmente están superados xa os excesos racionalistas que operaron a partir do iluminismo do século XVIII como verdadeiros prexuízos contra todo o que supuxese na cultura dun pobo símbolo ou imaxe. Desvalorizaban calquera produción do espírito humano, xa individual xa colectivo, que non encontrase a súa orixe no metódico laboreo da razón. Neste sentido, a solución para o dereito romano tivo que vir polo

que deben busca-la aprehensión do singular e o total, e que tal aprehensión do singular se obtén soamente na experiencia vital (Erlebnis) e nunca como teoría. Tamén, podería apreciarse o paralelismo entre a sensibilidade simpática (Mitempfindung) que existe do historiador e o sentimento xurídico que esiximos do xurista.

- (51) Sinala Díaz Picazo ó comenta-lo «*respondi, posse*» de Alfeno en D. 9, 1, 5, que a decisión está fundamentada nun parecer autorizado, aínda que non autoritario. Autorizado porque o xurista goza de autoridade e merece respecto e acatamento. E aínda que as razóns da decisión non se encontran manifestadas coinciden dalgún modo co que o grupo social considera como aceptable e con o conxunto de crenzas que profesa. Díez Picazo, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho* (Barcelona 1973) p. 21 ss.
- (52) Nesta orde, sinalou Bergson, *L'intuition philosophique* (1911), que o que nos é dado intuitivamente pode ser expresado por imaxes ou conceptos.
- (53) Hinojosa, *Poesía y Derecho* (Discurso lido con ocasión do seu ingreso na Real Academia Española o 6 de marzo de 1904) (= *Obras III*, Estudios de Síntesis (Madrid 1974) p.433 ss.), apunta que «*en el Derecho Romano la poesía tuvo muy escasa importancia, y se ve, desde luego, que aquel pueblo no amaba ni sentía el arte*» e o único símbolo que ve con verdadeira importancia e propio do Dereito romano é a «*compra figurada por la balanza y el pedazo de cobre, que representaban los dos elementos del acto.....se aplicó durante mucho tiempo a casi todos los actos jurídicos importantes*».
- (54) Pensemos en Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts* (1839) (trad. esp. de Jacinto Mesía e Manuel Polay, profesores de Dereito Romano na «Institución Libre de Enseñanza», como *Sistema del Derecho Romano Actual* (Madrid sf.). En relación con esta obra, sinala Landberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III.2* (München Berlin 1910) p. 231, que sería

sometemento ós esquemas do sistema (54), a pesar de que supoñería, así, a ocultación da súa característica máis propia: o asiste-mático casuismo, e con iso, a renuncia a unha tal riqueza cultural.

A intuición, ó toma-la solución xurídica desde dentro da propia relación xurídica real, produce unha certidume e adecuación, é dicir, seguridade xurídica maior ca calquera outra forma do pensar xurídico. Tal solución móstrase ó xurista como evidente a consecuencia do hábito, traballosa e persoalmente adquirido, e da tradición acumulada polos seus antecesores.

Coñecemento por familiaridade

Sería, pois, o coñecemento do xurista un coñecemento por familiaridade. O xurista non explica nin deduce nada, pois todo está á vista para el e, simplemente, opera distinguindo o esencial entre a multiplicidade de datos que visten ó suposto en cuestión.

A tradición.

A tradición foi xa debidamente subliñada como principio do dereito romano por Schulz, quen a entendeu como unha gran potencia na vida romana (55). A vida xurídica romana mostrárenos como unha evolución sen intervencións radicais e tendente a conserva-las solucións xurídicas, que o paso do tempo converteu en institucións. O dereito perde a súa vixencia máis por caer en desuso ó non aplicalo ca por ser ab-rogado. Esa tradición entende afirmada a verdade xurídica para aplicar ó caso pola persistencia no tempo histórico da solución proposta. El dálle o sentido de pertenza ó ordenamento xurídico social, e ese sentido faise vixente en cada nova aplicación.

unha rotura de Savigny, liberadora da cadea que o seu propio programa lle impoñía. No *System de Saviny «le fonti romane vengono selezionate intenzionalmente secondo il loro posto e il loro ruolo nel sistema. In realtà tutta l'opera è concepita...in vista della costruzione di una teoria generale del diritto che si sostituisca al Giusnaturalismo e sia capace al tempo stesso di costituire una <<filosofia del diritto positivo>>*, Wieacker, *Storia del Diritto Privato Moderno II* (Milano 1980) p. 76.

(55) Schulz, *Principios de Derecho Romano* (trad. de Abellán Velasco, Madrid 1990) p.107 ss.

Qué implica de irracionalismo e de limitación o sentido romano da tradición, é, sen dúbida, unha pregunta que debe formularse aínda que só sexa a modo de retórica anticipación, pois adoita afirmarse, obxectando, que o peso da tradición, do precedente, lastra a posibilidade de novas solucións (56).

Realismo xudíico

O lema polo dereito á xustiza parece que estivo asentado firmemente nas convencións máis profundas dos xuristas. Entenden que aquel realiza mellor esta canto máis próxima estea a súa orixe á sociedade en que ha de ser aplicado. E postos a confiar, mellor fano no xurista ante o caso concreto e real ca no lexislador, xeral e abstracto.

A exclusión por parte dos xuristas do recurso á consideración causal e ó procedemento da abstracción, non impide, senón que facilita, que leven a cabo interpretacións plenas de sentido e de concreción. Non é, polo tanto, o seu operar máis irracional có do lexislador que prevé solucións abstractas.

O xurista romano preséntasenos tratando de comprende-la plenitude da vida, que en cada caso se pon de manifesto; en consecuencia, cuestionarse a racionalidade do seu proceder sería como cuestionarse a menor racionalidade da poesía fronte a outros modos de capta-la realidade (57).

É perfectamente posible, por outra banda, afirma-lo carácter lóxico da creación casuística do dereito, acudindo ás leis da teleloxía. Así o fin próximo da xustiza material para as partes, así como a sinxeleza e a economía de recursos (58), fanse prevalecer fronte a outros máis remotos

(56) En sentido semellante, sinala Engisch, *Introducción al pensamiento jurídico* (trad. por Garzón Valdes de *Einführung in das juristische Denken*, Madrid 1967) p.224, que o xuíz inglés poucas veces se coloca por riba dunha sentenza anterior por ser evidentemente irracional.

(57) Esta mesma relación foi utilizada por Roscher para combater-la irracionalidade da historia, así o vemos en Max Weber, *El problema de la irracionalidad en las ciencias sociales* (trad. por García Blanco dos ensaios de Weber, *Roscher und Kries und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie, e Die Grenznutzlehre und das 'psychophysische Grundgesetz'*, Madrid 1985) p. 22

(58) Schulz, *Principios de Derecho Romano* (trad. de Abellán Velasco, Madrid 1990) p.90, sinala que «es, en efecto, un principio romano, el de la unidad como opuesto al de la multiplicidad y al del amor por la variedad; el de la sencillez como opuesto al de la complicación»

e ós cales un xuíz privado e un proceso privado prestan menos atención (59). E todo iso infórmase, o que presta unha fundamentación racional máis, de ideas ético-xurídicas de xustiza e de equidade. Tales fins foron conseguidos polos xuristas, en tan gran medida que constitúen claves interpretativas dos seus textos á hora de investigar en dereito romano e verdadeiros presupostos da comprensión do mesmo.

Irracionalismo e «auctoritas»

Se examinámo-la cuestión da *auctoritas* e a súa validez como xustificadora da solución proposta ó caso polo xurista (60), poderemos chegar a conclusións sorprendentes. Así, non tería maiores doses de irracionalismo ca outras pretendidas e admitidas fundamentacións do dereito, e reuniría os requisistos dunha xustificación rigorosa, en maior medida da que os reúne a xustificación polo poder (61).

A *auctoritas*, sen entrar agora na discusión da súa diferencia coa potestade, é certamente tamén un poder ó que se engadirían, ademais, outros elementos positivos de lexitimidade e aceptación. A experiencia positiva da capacidade de discernimento e competencia normativa dos xuristas fai que se recoñeza a *auctoritas* como un valor. E na súa relación íntima co significado de sabedoría tradicional, atopa aínda exemplos actuais perfectamente válidos como os do parlamento británico (62).

(59) É interesante ter en conta a opinión que a Kelsen lle merecía o dereito romano. Sinala que a «Teoría pura» rexeita adoptar, con relación ó dereito, «la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado unicamente de buscar cual es la significación del derecho para el individuo, en que medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos...». Kelsen, *Teoría pura del derecho, Introducción a la ciencia del derecho* (Buenos Aires 1977) (trad. por Nilve sobre a edición francesa de 1953) p.133.

(60) Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p.55. Kaser entende que para os xuristas clásicos é máis importante cós argumentos de fondo, a opinión dos xuristas antigos. O que fora xa sinalado por Schulz, *Principios de Derecho Romano* (trad. de Abellán Velasco, Madrid 1990) p.206, é unha observación correcta que «la autoridad toma el puesto de la motivación».

(61) Para o tema do por qué obriga o dereito, vid. Sergio Cotta, *Justificación y obligatoriedad de las normas* (trad. por Fernández Galiano de *Giustificazione e Obbligatorietà delle Norme*, Madrid 1987).

(62) No mesmo sentido Sergio Cotta, *Justificación y obligatoriedad de las normas* (trad. por Fernández Galiano de *Giustificazione e Obbligatorietà delle Norme*, Madrid 1987), p. 55 ss.

Pola contra, temos que admiti-lo límite -aínda que non necesariamente de signo negativo- que a tradición supuxo para a individualidade científica dos xuristas. Na vida social valórase máis a seguridade do dereito cá xenialidade dos seus creadores (63). Deles díxose (64) que a súa talla baseábase precisamente na posesión dos principios rectores do dereito; era o seu proceder de tal seguridade como non se atopa noutra parte, fóra das matemáticas. E sen esaxerar, podía dicirse que calculaban cos seus conceptos.

Estamento de xuristas.

A xurisprudencia romana sería, pois, unha grande obra colectiva; realizada polos xuristas que posuían un mesmo método, aínda que utilizado con desigual perfección segundo a propia e diferente capacidade de cada xurista (65), algo do que sería xa consciente Xustiniano e consecuente ó ordena-la súa conservación en forma de Dixesto.

Polo que se refire ó peso e límites impostos ó xurista pola tradición, non parece que a entenderan como un repertorio único e incuestionado de opinións, aínda que xurídicas (66); e así, si é apreciable a tendencia, polo demais xeral nos romanos, de aferrarse ó tradicional, tamén é certo, que non quedaban atados por ela cando xa o tradicional non se correspondía coas novas condicións da realidade social.

(63) O individualismo no século XIX entendeu como un defecto da xurisprudencia romana esta ausencia de individualidades e pretendeu disculpar tal carencia, así Schulz, *Principios de Derecho Romano* (trad. de Abellán Velasco, Madrid 1990) p.130.

(64) Foi Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), na selección realizada por Stern e con tradución castelá de Díaz García: *Thibaut e Savigny, La codificación* (Madrid 1970) p. 69 ss.

(65) Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p. 73, onde o xurista se presenta como vinculado a un estamento que se guía por fortes principios de clase. Kaser estaría neste punto na órbita do pensamento de Schulz e en contra da historia xurídica biográfica, que Mitteis propuxo no seu coñecido discurso de 1917 (publicado en italiano en *Annali Palermo* 12 (1929) 492 ss.

(66) Neste sentido entende a tradición, Ortega y Gasset, *Origen y epílogo de la filosofía* (Col. Austral, Madrid 1980) p.110. Non evitaremos a Ortega, a pesar de Guarino, *Giusromanistica elementare* (Napoli 1989) p.334, - polo demais autor admirable - e preferimos citalo como fan outros ilustres romanistas, así Juan Miquel, *El problema de la sucesión de Augusto* (Madrid 1969) p.11.

O desenvolvemento do dereito amósase paulatino e coherente. Engarza o novo na forma antiga, da que toma firmeza e que lle dá perfección. Así, logran os pretores dar equivalencia xurídica no efecto a dous supostos de feito distintos coa *fictio*, que lles permite evita-los obstáculos na aplicación dunha norma ó diferencia-la realidade xurídica da realidade material (67). Asimilan e equiparan os xuristas as consecuencias de casos similares utilizando a analoxía (68) e a interpretación extensiva de solucións xa acadadas (69). Simúlanse certos actos xurídicos, buscando converte-los efectos secundarios en principais, ou ben se utiliza o acto simbólico, enchéndoo con novas significacións xurídicas.

Xurista romano e xuíz inglés.

É necesario tamén precisa-la pretendida relación e comparación entre o casuismo romano e o anglosaxón, asociados de modo case natural tanto na investigación como na docencia (70). Sen dúbida, a busca da actualidade para o dereito romano xera tales imprecisas comparacións (71), presuntamente motivadoras dun maior interese para o seu estudo e ensino.

-
- (67) García Garrido, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*, en AHDE 27-28 (1957-58) 305 ss. Acusa este autor as imprecisións en que incorre a doutrina á hora de determinar que sexa ficción. Utilizan un concepto amplo que o confunde con asimilacións ou equiparacións de base extensiva ou analóxica. Precisa o concepto de ficción con tres caracteres esenciais: 1) Corrección dunha realidade xurídica concreta; 2) operada polo xuíz; 3) imposta en vía de imperio ou autoridade.
- (68) Reinoso Barbero, *Los Principios Generales del Derecho de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Madrid 1987) p. 43, refire exemplos da utilización polos xuristas deste recurso técnico que, ó seu entender, constitúe un dos instrumentos técnicos primordiais no proceso de elaboración e desenvolvemento do dereito romano.
- (69) Así serían para García Garrido, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*, en AHDE 27-28 (1957-58) 321 e ss., verdadeiras equiparacións xurisprudenciais, e non ficcións pretorias, os casos en que Labeón e Juliano propiciaban a concesión ó marido dunha acción contra a muller *ac si ipsa dotem dixisset*, cando morto o deudor que prometeu o dote deixou herdeira á muller (D.23, 3, 41, 4).
- (70) Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) p.72 ss., onde despois de sinala-la coincidencia no carácter casuístico co dereito anglosaxón, resalta as diferencias entre o casuismo do xurista e o casuismo xudicial, incluso no seu modo de expresarse literariamente.
- (71) Compárese o afirmado por Radbruch, *El espíritu del derecho inglés* (trad. de Fernando Vela, Madrid 1958) p. 31 no sentido de que o xuíz inglés está como personalidade singular ante a opinión pública, co carácter de obra colectiva da xurisprudencia romana. Polo contrario coincide aquilo que sinala Radbruch: «la autoridad del jurista inglés tiene a menudo más valor que su argumentación».

Tal comparación (72) debe analizarse desde o contraste co carácter afirmadamente nacional romano do seu casuísmo. Tamén desde as propias e particulares circunstancias que rodearon ós xuristas e o seu mundo, permitindo esa tal vez irreproducíble obra romana, sobre todo se como é frecuente, se resalta o romano do seu dereito negando ou limitando influencias externas (73), que permitirían, noutro caso, buscar orixes máis remotas e comúns.

Nacionalismo xurídico.

Xa *Savigny* vía un espírito popular romano como diferencial creador de toda unha serie peculiar de realidades coma o dereito (74); este espírito encontraría xenial explicitador na figura do xurista republicano e os seus continuadores do Imperio. Ata que punto, entón, tal dereito pode encontrar aplicación en ámbitos diferentes, e ata que punto se-lo seu método aprendible e executable por xuristas de menor envergadura ou en circunstancias diferentes.

Son cuestións ás que só pode facerse aquí unha breve referencia, sen pretender solucionarlas. Ante todo, é preciso analiza-lo nacional do dereito romano, pois o sentimento nacional romano foi un factor constructivo do dereito romano, como sinala e xustifica Schulz (75).

Aparece unido o dereito á condición de ser cidadán romano, o que implica a conciencia dunha misión particular na Historia, afirmada no contraste con Grecia polo recoñecemento da superioridade militar e a

(72) Para tal comparación deberá terse en conta a obra de Letizia Vacca, *Contributto allo studio del metodo casistico nel diritto romano* (Milano 1976), segundo esta autora, p. 140, a comunidade dos sistemas romano e anglosaxón estaría nos presupostos derivados dun común carácter de tólosos sistemas xurisprudenciais.

(73) Reinoso Barbero, *La autonomía de la jurisprudencia frente al pensamiento filosófico griego*, en Est. Homenaxe ó prof. Iglesias II (Madrid 1988) p. 1021 e ss.

(74) O dereito debe estudialo o investigador na súa «existencialidade» pois é expresión parcial dunha máis ampla totalidade histórica, na que de múltiples forzas brota a que podemos chamar «alma dunha comunidade», vid. De Francisci, *Síntesis histórica del Derecho Romano* (Madrid 1954) p.19

(75) Schulz, *Principios de Derecho Romano* (trad. de Abellán Velasco, Madrid 1990) p.142.

posesión dun especial espírito práctico. Así, fronte á escultura a arquitectura, e fronte ó filosofar a xurisprudencia, expresan a súas marcas de identidade.

A cuestionarse as posibles influencias sobre o dereito romano é necesario actuar con cautela e fuxir do tratamento unitario de tan problemática cuestión. É tan longo o período, *aevi spatium*, que comprende a historia de Roma, que deben distinguirse distintos momentos nas posibles influencias (76); por outro lado, hai que distinguir distintos sectores dentro desa unidade totalizadora que chamamos dereito romano (77), pois cada rama do dereito, -e aínda cada institución-, evolucionaría con ritmo propio e deben evitarse falsas sincronizacións (78). Deberá precisarse, tamén, o que sexa verdadeira influencia fronte ás situacións de mera semellanza ou paralelismo que poden non obxectar en nada o carácter nacional dunha solución ou evolución xurídica por obedecer a leis inherentes ó natural progresar xurídico dos pobos. Non toda coincidencia implicará necesariamente influxo (79).

Se o nacional se manifesta no dereito, isto é particularmente certo en canto o dereito usa na súa creación e aplicación a lingua nacional.

(76) Tomando en consideración as investigacións realizadas tralo estudio de Stroux, *Summun ius summa iniuria* (1926), sinala Fernández Barreiro, *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del derecho romano* (Santiago 1976) p.51, que o problema das relacións entre a retórica e a xurisprudencia «dista mucho de haber sido resuelto en el sentido de la apreciación de tal influencia, pero tampoco puede excluirse radicalmente, al menos desde el punto de vista cultural»

(77) Téñase en conta que como sinalara Juan Miguel, a propia expresión «dereito romano» presenta dificultades pola pluralidade de significados que encerra. Intenta a romanística precisa-lo sentido mediante adxectivos que o refiran a épocas e procesos históricos concretos: dereito romano arcaico, mediaval, común. Juan Miquel, *Historia del Derecho Romano* (Esplugues de Llobregat 1982) p.103.

(78) Así crise -como a do crecemento xeográfico despois da victoria de Roma sobre Cartago-, motivan importantes cambios constitucionais e políticos, mentres inflúen na escasa medida sobre o dereito privado. De Francisci, *Síntesis histórica del Derecho Romano* (Madrid 1954) p.12, sitúa nas «Premisas» da súa síntese consideracións deste teor.

(79) A relación entre pobos unidos por estreito parentesco -Grecia e Roma- podía producir espontaneamente institucións xurídicas similares. Neste sentido, Schulz, *Principios de Derecho Romano* (trad. de Abellán Velasco, Madrid 1990) p.148 ss., para quen o final da República sería máis receptivo fronte ó estranxeiro có nacionalista Principado de Augusto. Para a idea nacionalista de Augusto pode verse Juan Miquel, *El problema de la sucesión de Augusto* (madrid, 1969) p. 47 e ss., traballo que permite lecturas en clave de actualidade recente.

A coñecida relación entre xuristas e lingüistas (80), ten especial interese para o investigador do dereito romano; este contense no nobre molde dunha lingua, o latín, que para o romanista constitúe a forma en que se presentan construídos os copoñentes teminolóxicos e conceptuais das institucións xurídicas, e en consecuencia o coñecemento filolóxico das mesmas resulta imprescindible para a comprensión dos verdadeiros contidos xurídicos (81).

A lingua dos xuristas é técnica e científica (82). Oriéntanse polo canon da sinxeleza. Na busca da concisión e a claridade, pretenden obter a certeza. E se ben son coñecidos trazos persoais (83), poden delimitarse mellor grandes tendencias nas que, en maior ou máis curta medida, veñen coincidir todos. Foxen dos modismos modernizantes igual ca do arcaísmo filolóxico (84).

Faise presente, sen embargo, a tendencia conservadora na linguaxe que vén unirse e relacionarse con ese sentido de tradición propio do xurista romano. A cita, por outra banda frecuente, de cláusulas edictais e de

-
- (80) Se ben é cuestionada por Ihering, *La lucha por el derecho* (trad. por Adolfo Posada, Madrid 1976) p.52, «es preciso rectificar resueltamente el paralelo tan ligera y tan generalmente admitido, que Savigny ha establecido, entre el derecho de una parte, y el lenguaje y el arte de la otra»
- (81) Debe terse en conta que así como actualmente a civilización descansa sobre a cultura da imaxe, «la civilisation antique reposait sur la parole, et c'est par la parole écrite que son message est, principalement, parvenu jusqu'à nous», Grimal, *Guide de l'étudiant latiniste* (Paris 1971) p.10. Kaser, que deu preferencia sempre ó fondo sobre a forma, admite, sen embargo, as axudas que a filoloxía pode prestar ó romanista, así en «*Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an der römischen Rechtsquellen*» [= *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (Wien-Köln-Graz 1986) p. 129]. Unha maior vinculación do dereito romano á filoloxía parece propugnar A. d'ORS, *Filología y Derecho Romano*, en Actas II Congreso Español de Est. Clásicos (1964) [= *Nuevos papeles del oficio universitario* (Madrid 1980) p. 181 ss.]
- (82) Levy-Bruhl, *Le Latin et le droit romain*, en REL 2(1924). Schulz, *Storia della giurisprudenza romana* (Firenze 1968) (trad. ital. por Nocera da *History of Roman Legal Science* Oxford 1953), tivo en conta a nova edición alemana de 1961), p.177, «gli scritti dei giuristi formano un *genus speciale* dal punto di vista linguistico...È un latino elegante, romano autentico, serio, rapido, corretto e puro».
- (83) E nalgún caso polémicos. Así, é coñecida a discusión a propósito da presenza de hebraísmos nos textos de Ulpiano. Xa iniciada por Antonio Agustín, sería resolta finalmente e en sentido negativo por Volterra, *Antiche ricerche sul latino di Ulpiano*, en SDHI (1937) 158. Sobre o tema vid. Hernández Tejero, *Reglas de Ulpiano* (Madrid 1946) p.XVI.
- (84) Schulz, *Principios de Derecho Romano* (trad. de Abellán Velasco, Madrid 1990) p.103 e ss., pon *humanitas* como exemplo de palabra que estaría de moda en tempos de Cicerón e que os clásicos evitarían. Sobre o uso do termo *humanitas* no sentido de correctivo dunha interpretación rigorosa do dereito, cfr. Hernández-Tejero, *El pensamiento jurídico en Cicerón: De officiis*, en RUCM. XV (Madrid 1971) 9 e ss.

paraceres xurisprudenciais anteriores, presenta o problema da súa introducción no propio discurso do xurista.

A aproximación crítica á obra de Kaser ata aquí realizada e o contraste coas posicións doutros autores permite unha toma de postura sobre a concepción do dereito romano que mellor parece adecuarse á súa realidade histórica e tamén á súa decisiva contribución á formación da concepción do dereito na cultura xurídica europea. Tal concepción alcanza tamén a concepción do xurista e da súa posición en relación co dereito, o que se proxecta tanto no modo de enfoca-la investigación romanística e a docencia do dereito romano como na comprensión xeral do mesmo, que debe tomar como punto de referencia o método dos xuristas clásicos.