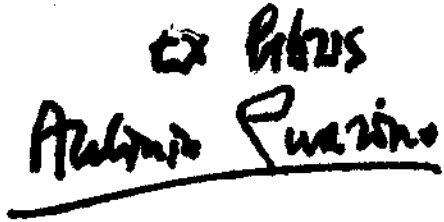
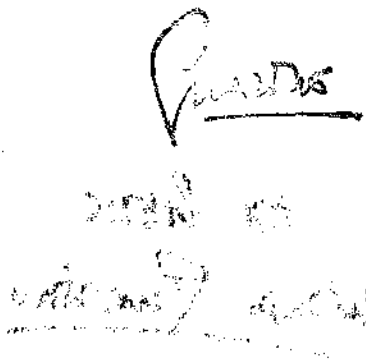
ANTONIO GUARINO

L'ORDINAMENTO GIURIDICO ROMANO

QUINTA EDIZIONE



JOVENE EDITORE



© Jovene s.p.a., Napoli, 1990

Edizione: Dr. Eugenio Jovene s.p.a., Napoli, via Mezzocannone 109

SOMMARIO

Premessa 9

I. PERCHÉ IL DIRITTO ROMANO

1. Oggetto e scopi del libro 11
2. Il diritto romano come esperienza 13
3. L'esperienza romana e le altre 19
4. Cenni di storia degli studi giusromanistici . . 23
5. La 'crisi del diritto romano' nel novecento . . 29
6. Le ragioni dello studio giusromanistico . . . 33
7. Diritto romano e teoria generale del diritto . . 36
8. Il metodo nello studio del diritto romano . . 39

Note al capitolo I 44

II. ALLA RICERCA DELLE VISUALI ROMANE

9. Impostazione della ricerca 56
10. Il problema della esistenza dell'ordinamento . . 61
11. Il problema della struttura dell'ordinamento . . 64
12. La teoria pura del diritto 66
13. La teoria istituzionistica del diritto . . . 68
14. Il problema delle situazioni soggettive . . . 72
15. Il terreno della ricerca 76
16. I materiali da esplorare 78
17. Le fonti di cognizione in senso tecnico . . . 83

Note al capitolo II 87

III. I SIGNIFICATI E I VALORI DI 'IUS'

18. 'Ius' nella varietà delle sue accezioni . . . 97
19. 'Ius' come causa dell'ordine sociale . . . 99
20. 'Ius' come risposta ad esigenze d'ordine . . 104
21. 'Ius' come statuizione perfetta 107
22. 'Ius' come disciplina di interessi diversi . . 110
23. 'Ius' come spettanza dei consociati . . . 112

24. 'Ius' come luogo di sua impartizione . . . 115
25. 'Ius' come espressione di momenti successivi . 117
Note al capitolo III 121

IV. LA GENESI DEL 'IUS'

26. Le difficoltà del problema 129
27. Il filone della religiosità 132
28. Il binomio 'fas/nefas' 134
29. L'etimologia di 'ius' 138
30. Il 'ius' e la sfera del 'fas/nefas' 141
31. 'Ius' e 'mores maiorum' 144
32. 'Ius' e 'iuris dictio' 148
33. 'Ius' e duello ordalico 152
34. La struttura originaria del 'ius' 156
Note al capitolo IV 159

V. IL 'IUS QUIRITIUM'

35. L'identità del 'ius Quiritium' 167
36. 'Ius Quiritium' e latinità arcaica 171
37. 'Ius Quiritium' e 'mancipium' arcaico . . . 174
38. Le caratteristiche del 'ius Quiritium' . . . 179
39. L'ordinamento quiritario extragiuridico . . . 183
40. Il problema del 'ius Papirianum' 188
41. La realizzazione del 'ius Quiritium' . . . 192
Note al capitolo V 197

VI. IL 'IUS LEGITIMUM VETUS'

42. La crisi della 'civitas Quiritium' 203
43. Le rivendicazioni della plebe 207
44. Le Dodici Tavole e la legge Canuleia . . . 210
45. L'autonomia storica del 'ius legitimum vetus' . 213
46. 'Ius legitimum vetus' e 'ius publicum' . . 216
47. Il 'ius legitimum vetus' come diritto ottriato . 220
48. Il contenuto delle Dodici Tavole 226
Note al capitolo VI 233

VII. IL 'VETUS IUS CIVILE'

49. L'ambiente del 'ius civile Romanorum' . . 241

50. Motivi e caratteri del 'ius civile vetus' . . . 244
51. L'esclusivismo nazionale 247
52. La limitazione ai rapporti latamente privatistici . 251
53. Le altre caratteristiche del 'ius civile vetus' . . 253
54. I limiti del personalismo e del formalismo . . 256
55. Formalismo civilistico e sacralità 259
56. I 'prudentes' e il 'ius civile' 261
Note al capitolo VII 266

VIII. IL 'IUS LEGITIMUM NOVUM'

57. Il senso del 'ius legitimum novum' . . . 275
58. Le 'leges publicae' e i loro surrogati . . . 279
59. Le 'leges publicae' come fonti di 'ius' . . . 283
60. I limiti della normazione pubblicistica . . . 286
61. I modi della normazione pubblicistica . . . 292
62. La riforma del processo privato 297
63. Le origini della procedura formulare . . . 303
64. I caratteri del processo 'per formulas' . . . 307
Note al capitolo VIII 309

IX. IL 'IUS CIVILE NOVUM'

65. Il 'ius civile novum' e il suo retroterra . . 317
66. La duplicazione della pretura 321
67. La genesi della giurisdizione peregrina . . . 327
68. Le attribuzioni del 'praetor peregrinus' . . 331
69. La formazione del 'ius civile novum' . . . 335
Note al capitolo IX 339

X. IL 'IUS HONORARIUM'

70. Le ragioni di un diritto alternativo . . . 344
71. Il quadro dei magistrati giusdicenti . . . 346
72. Gli editti giurisdizionali 351
73. L'azione innovativa del pretore urbano . . . 355
74. La formazione dell''edictum perpetuum' . . 361
75. La genesi del 'ius honorarium' 364
76. La pretesa codificazione adrianea 369
77. Gli spunti di verità di una leggenda . . . 374
Note al capitolo X 377

XI. IL 'IUS NOVUM'

78. L'esaurimento del diritto 'repubblicano' . . 385
79. La concezione generale del 'ius novum' . . 388
80. Gli interventi imperiali 'extra ordinem' . . 393
81. La 'cognitio extra ordinem' 396
82. Le 'leges' imperiali 400
83. La fine del 'diritto giurisprudenziale' . . . 403
84. Le compilazioni delle 'leges' e dei 'iura' . . 408
85. La 'consuetudo' come fonte integrativa . . 412
Note al capitolo XI 417

XII. LE SISTEMATICHE GIURISPRUDENZIALI

86. La riflessione dei giuristi 424
87. I modi di manifestazione del 'ius' 429
88. I limiti di applicabilità del 'ius' 432
89. Le radici sociali del 'ius' 438
90. Le radici naturalistiche del 'ius' 442
91. L'orizzonte gaiano del 'ius' 445
92. L'orizzonte ulpianeo del 'ius' 449
93. Il valore della definizione ulpianea . . . 454
Note al capitolo XII 456

XIII. IL DIRITTO NELL'ESPERIENZA ROMANA

94. 'Ius Romanorum' e realtà romana . . . 465
95. 'Ius Romanorum' e società romana . . . 468
96. L'effettività del 'ius Romanorum' . . . 472
97. La struttura del 'ius Romanorum' . . . 475
98. 'Ius Romanorum' e situazioni soggettive . . 479
99. 'Ius' e sindacabilità del potere 483
100. 'Ius a iustitia'? 488
Nota al capitolo XIII 492

Le fonti 495

Gli argomenti 503

PREMESSA

Nato come corso di lezioni a Catania, nel 1949, questo libro ha acquistato nelle successive edizioni, del 1956 e del 1959, il sottotitolo di ' introduzione allo studio del diritto romano ' ed è ricordato da molti studenti napoletani degli anni cinquanta e sessanta come uno degli strumenti, forse anche un tantino di tortura, di cui mi servii per rendere meno epidermico e transitorio l'insegnamento istituzionale del diritto romano. Poi venne il sessantotto, con tutto il bagaglio delle sue cose buone e delle sue cose meno buone o cattive, che rese per vari anni oltremodo difficile, almeno in Italia, la difesa dello stesso diritto romano, in termini di dignità dell'insegnamento, nel quadro delle discipline universitarie. Causa la procella che infuriava, mi vidi costretto, per salvare il resto del carico, a fare l' ' iactus ' di questa parte introduttiva del corso.

Oggi il libro riappare in quarta edizione, senza piú sottotitolo e senza piú l'appendice di ' saggi ' da cui era chiuso nell'edizione del 1959. La stesura, di cui ho curato molto la semplicità, è praticamente nuova, perché è nel mio carattere fare ogni volta cosí. Le idee di fondo sono peraltro, sommando il tutto, quelle di allora. E proprio perché il libro l'ho quasi totalmente riscritto, rimeditando i temi anche alla luce della letteratura sopravvenuta, mi sento al termine abbastanza tranquillo. Tranquillo non per aver detto cose vere (vorrei conoscere qualcuno che sia mai riuscito in questa impresa), ma per aver fatto tutto quello che era in me per dirle.

Un vivo ringraziamento, per gli aiuti che mi hanno

variamente prestati, agli amici Vincenzo Giuffrè, Francesco Lucrezi, Laura Solidoro e Anna Vitelli.

Dedico a Sebastiano e ad Alessandro. (Ormai sono arrivato ai nipoti).

Napoli, 31 dicembre 1979

POSTILLA.

A distanza di dieci anni dalla quarta, eccomi ad una quinta edizione del libro. Le linee generali sono sempre quelle, ma nei particolari il testo è stato ulteriormente rielaborato e precisato.

Nell'intervallo tra le due edizioni, Riccardo Orestano è riuscito a portare eroicamente a termine, superando le sofferenze atrocissime del male che lo ha poco dopo condotto alla morte, la stesura definitiva dell'opera a lui giustamente piú cara, l'*Introduzione allo studio del diritto romano* (1987). Nel tenerne debitamente conto, mi è spiaciuto non poco di non saper sempre accostare le mie alle sue tavolta diverse vedute. Ma l'amicizia profonda (e da parte mia la profondissima stima) che ci stringeva non reclamava una placida conformità di tutte le nostre opinioni. Al contrario, ci univa e integrava anche nella cordiale, che dico?, nell'affettuosa, se pur vivace dialettica.

Grazie, ancora una volta, a Vincenzo Giuffrè e a Francesco Lucrezi per l'aiuto che mi hanno dato negli indici.

Napoli, 16 maggio 1990

a. g.

I. PERCHÉ IL DIRITTO ROMANO.

1. Oggetto e scopi del libro.

Nella sua ' Apologia della storia ', pubblicata postuma nel 1949, Marc Bloch ha messo in guardia gli storiografi dalla tentazione di pronunciare giudizi di buono o di cattivo: giudizi, diceva Pascal, che solo Dio può dare. Questo non significa, peraltro, che lo storiografo debba rimaner freddo e indifferente dinanzi alla sua materia di osservazione. Al contrario. ' Noi non diciamo che il buon istorico sia esente da passioni ', chiariva opportunamente Marc Bloch. ' Egli ha perlomeno la passione di comprendere '.

Passione di comprendere, significa desiderio incessante, e sforzo corrispondente, di attrarre nella propria sfera di capacità conoscitive tutto ciò che la ricerca delle tracce lasciate dal vicino o lontano passato permette di reperire, di mettere in ordine, di ricostruire. Rievocare, rivivere il passato, allo scopo di capirlo, di farne parte della propria esperienza di vita. Allo scopo (e qui passo a citare Enrico Ireneo Marrou) di fornire alla coscienza dell'uomo che sente, che pensa, che agisce una sempre maggior quantità di materiali su cui esercitare il suo giudizio e la sua volontà.

Per avviarsi verso questo traguardo lo storiografo, come del resto ogni studioso che voglia far scienza e non mera erudizione, dovrà necessariamente operare delle valutazioni critiche, e conseguentemente delle scelte di priorità, tra i vari dati che la ricerca gli offre: siano documenti o testimonianze, siano resti archeologici o reperti

numismatici, siano esaltazioni retoriche o evocazioni poetiche, quali che siano insomma. E nel disporre le sue risultanze in una narrazione, in un discorso rappresentativo e valutativo, egli non potrà non plasmare la materia in modo da dare una sua propria risposta, sempre che gli venga possibile, ad una o piú domande di fondo che sollecitano il suo personale interesse di indagatore: politica piuttosto che arte, ideologia piuttosto che economia, diritto piuttosto che medicina, e cosí via seguitando.

Qui la passione giocherà molto. È umano. L'essenziale è che essa non prenda la mano all'istorico, non vada cioè oltre i limiti del desiderio intenso di comprendere, e insomma non lo faccia cadere nell'arbitrario o nel romanzesco.

Il presente libro si incardina, a mo' di sintesi e di ripensamento, su alcuni decenni anteriori di ricerche ed è frutto esso stesso di vari, e a volte anche notevoli, successivi rimaneggiamenti. La domanda di fondo, cui esso si sforza (non senza passione, lo avverto) di trovare una risposta, attiene all'identificazione dell'ordinamento giuridico romano, all'individuazione del diritto che ebbe vigore in Roma antica nei secoli dall'ottavo avanti Cristo al sesto dopo Cristo. Non per ricostruirlo in tutti i suoi gangli: cosa che ho cercato di fare in altre sedi e per la quale comunque è lecito qui rimettersi, con riserva di opportune rettifiche, alle correnti trattazioni di storia del diritto romano. Solo per cogliere le strutture e i modi di funzionamento che lo caratterizzarono in termini generali. Cioè per capire come i Romani, piú o meno consciamente e riflessivamente, lo concepirono in linea di massima, sia nella sua statica che nella sua dinamica.

A che pro?, si chiederà qualcuno. Per lo meno a due fini, rispondo.

In primo luogo, per introdurre il lettore ad una visione 'critica' del diritto romano: ad una conoscenza

ravvicinata di alcuni tra i problemi piú essenziali che il suo studio solleva.

In secondo luogo, per dare un contributo parziale, ma concreto, dal versante della realtà giuridica romana, alla costruzione ed al chiarimento del concetto di ordinamento giuridico. Un concetto, quello dell'ordinamento giuridico (o diritto che dir si voglia), al cui studio si dedicano, illudendosi talvolta di non fare e dover fare con ciò essi pure storiografia, i filosofi del diritto o, piú specificamente, i cultori della cosí detta ' teoria generale del diritto '.

2. IL DIRITTO ROMANO COME ESPERIENZA.

Il secondo tra i fini ora annunciati, quello di contribuire alla costruzione ed al chiarimento del concetto generale di ordinamento giuridico, implica il debito di rispondere in termini espliciti ad una domanda che incalza. Che c'entra il diritto romano con la concezione generale del diritto? Perché proprio il diritto romano e non un altro diritto del passato o sopra tutto del presente? E perché addirittura, su questo tema, un libro?

Non sarebbe serio tirare in gioco la facile e frusta retorica del retaggio di Roma o la frequente e superficiale esaltazione della ginnastica mentale offerta ai giuristi di tutti i tempi dalla ricca palestra delle istituzioni giuridiche romane. Ci vuole qualcosa di diverso per smuovere la diffidenza di molto pubblico verso quella che sembra ai piú una congerie di anticaglie non tutte in buono stato di conservazione e tutte rese piú uggiose dal mezzo espressivo di lingue ormai morte. D'altra parte, ribattere nobilmente che la ricerca storica non ha bisogno di essere giustificata sul piano pratico sarebbe certamente esatto, ma sarebbe appunto assai poco pratico. Aiuterebbe coloro che non amano perdersi in letture inutili a chiudere il libro, prima ancora di averlo letto, come del tutto superfluo.

Invece il libro, questo libro, sarà scritto male (cosa che non sta a me giudicare), ma superfluo non è. Nessuno si attenda che esso risolva da solo il problema dell'identificazione concettuale del diritto. Ma nessuno si illuda che la identificazione del diritto si possa ottenere, evitando ogni piú lungo discorso, attraverso una breve definizione.

Il catalogo delle definizioni del diritto, dai presocratici a noi, è anche piú esteso di quello delle donne amate da don Giovanni, e c'è voluto piú di un volenteroso Leporello (sia detto naturalmente senza offesa) per tenerlo sufficientemente aggiornato. Ma che se ne ricava? Appurato ciò che tutti intuitivamente già sanno, e cioè che il diritto è un meccanismo o congegno inteso a regolare la convivenza degli uomini in una struttura sociale, raramente le definizioni vanno molto piú a fondo, e piú raramente ancora esse collimano tra loro. Come i testimoni oculari di un avvenimento, quando ispirano ad un disegnatore l'' identikit ' del protagonista misterioso (assassino o benefattore che sia), cosí gli esperti in diritto, o presunti tali, danno nelle loro definizioni un'immagine estremamente generica dell'ordinamento giuridico. Oppure, se ne tracciano una descrizione piú specifica, questa è spesso poco attendibile perché visibilmente improntata alla loro personale concezione del mondo.

Gli esempi di questa indefinibilità, o assai difficile definibilità, del diritto sono a portata di mano, nel catalogo di cui si diceva poc'anzi. Basta sfogliarlo e chiedersi, di fronte ad ogni definizione, se e in che misura essa risponda al concreto bisogno di sapere, sia pure per sommi capi, quali siano gli obbiettivi del diritto, quali i suoi modi di funzionamento, quali i suoi limiti, quali le forze che lo mettono in moto e lo tengono in tensione.

Certo il diritto è ' l'armonia del mondo ': bene l'hanno detto i numerosi autori riportati in proposito da J. N. Figgis. Certo il diritto è ' l'insieme delle condizioni, in vir-

tú delle quali l'arbitrio di ciascuno può essere accordato con l'arbitrio degli altri secondo una legge universale della libertà ': bene l'ha detto. nella sua ' Filosofia del diritto ', Emanuele Kant. Certo il diritto è ' una reale e personale commisurazione dell'uomo all'uomo, che, se rispettata, assicura la società tra gli uomini e, se violata, la manda in rovina ' (' realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata hominum servat sotietatem, corrupta corrumpit '): bene l'ha detto, nel ' Monarchia ', Dante Alighieri. Ma dopo aver letto e ammirato queste ed altre celebratissime definizioni siamo davvero in grado di riconoscere il diritto, per fargli un cenno d'intesa e di saluto, quando lo incontriamo per strada?

Temo proprio di no. E tanto meno il concetto del diritto è riconoscibile nella definizione forse piú celebrata di tutte, che è quella enunciata da Domizio Ulpiano in apertura del suo manuale di *institutiones* e che ha avuto l'onore di essere trascritta da Giustiniano in apertura dei *Digesta*. Dice dunque Ulpiano (1 *inst.* D. 1.1.1 pr.) tre cose: primo, che nell'intraprendere lo studio del diritto, del *ius*, è necessario stabilire da che derivi il suo stesso nome (*iuri operam daturum prius nosse oportet unde nomen iuris descendat*); secondo, che la denominazione del *ius* deriva da quella della giustizia (*est autem a iustitia appellatum*); terzo, che a riprova di ciò si può addurre la definizione, ' elegantemente ' tracciata da Giuvenzio Celso figlio, del *ius* come ' arte del buono e dell'equo ' (*nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*). Ora, la premessa può essere, ' cum grano salis ', condivisa: l'etimologia può anche aiutare, entro certi limiti, a mettere a fuoco un concetto ed è già stato bonariamente affermato da qualcuno (pecisamente, da Biondo Biondi) che nella terminologia risiede la ' prima dogmatica giuridica '. Ma subito dopo Ulpiano scivola in malo modo. Che *ius* derivi da *iustitia* è palesemente falso anche sul piano del

cosí detto etimologismo popolare: etimologicamente è vero il contrario (è *iustum*, è *iustitia* che deriva da *ius*) ed è, del resto, proprio Ulpiano, in un altro famosissimo passo ricalcato da Giustiniano all'inizio delle sue *Institutiones* (Ulp. 1 *reg.* D. 1.1.10 pr. = I. 1.1.1), a definire la giustizia come la volontà costante e perpetua di attribuire a ciascuno il *ius* che gli spetta (*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*), implicando con ciò la preesistenza del *ius* da attribuire alla giustizia che lo attribuisce. Quanto alla citazione di Celso, i casi sono due: o Celso ha gettato giú una battuta ad effetto, una ' boutade ' retorica, oppure Ulpiano non ha capito per nulla ciò che Celso voleva dire.

Siccome sullo squarcio di Ulpiano e sulla definizione di Celso sono stati versati nei secoli, e in senso non completamente metaforico, piccoli fiumi di inchiostro, è opportuno dedicarvi, prima di chiudere il discorso, ancora qualche parola. A prescindere dall'improbabile ipotesi di un glossema postclassico che abbia alterato il dettato originario ulpianeo, io propendo per le tesi che Ulpiano, attratto dall'estrosità di una frase di Celso, l'abbia elevata al rango di una definizione generale ed abbia equivocato sul senso che essa aveva e voleva avere. Ulpiano, non vi è dubbio, ha inteso ' *ars* ' nel significato di ' sistema ', di connessione di elementi in un tutto organico, ed ha pertanto ritenuto che per Celso il *ius*, il diritto in senso oggettivo, fosse (come traduce, ad esempio, Salvatore Riccobono) ' il sistema che scaturisce dal *bonum et aequum* ', fosse cioè qualcosa di corrispondente a quel *ius* che Cicerone, in un suo scritto retorico (*top. ad Trebatium* 2.9), aveva già alcuni secoli prima definito come ' *aequitas constituta* '. Ma è difficile credere che Celso figlio, giurista tra i piú esperti e realisti che la storia romana ricordi, abbia concepito riduttivamente il diritto come un sistema stretto entro i confini del *bonum et*

aequum, dimenticando che il diritto (aggiungiamovi pure un compunto ' purtroppo ') può anche essere e spesso è, in ' positivo ', non conforme alle supreme esigenze dell'*aequitas* e che, per dirla con Paolo (62 *ad ed.* D. 50.17. 144 pr.), ' *non omne quod licet honestum est* '. Piú persuasivo è che egli abbia fatto uso di ' *ars* ' nell'accezione (oltre tutto, quella maggiormente diffusa) di attività, anzi di abilità, di destrezza, e che pertanto, nel parlare di *ius*, egli non abbia voluto riferirsi ad una ' quiddità ', cioè al diritto in sé, ma si sia riferito ad una operazione intellettuale, e precisamente all'attività degli operatori giuridici (giureconsulti, giusdicenti, giudici): un'attività che anche in altre occasioni Celso ha caratteristicamente esortato a non improntare a stretto rigore interpretativo, ma a temperare, ove possibile, con la sensibilità ai valori del concreto ed alle esigenze del *bonum et aequum* rispetto ai singoli casi da risolvere. Il termine ' *ius* ' aveva dunque per Celso il senso traslato di giurisprudenza (o, piú in generale, di interpretazione del diritto), mentre Ulpiano lo ha inteso nel valore primario di diritto oggettivo. Colpa in parte della scarsa disposizione di Ulpiano verso le impostazioni teoretiche, ma colpa in parte anche del modo singolare e seducente (questo il significato nel nostro testo di *eleganter*) in cui era solito esprimersi Giuvenzio Celso.

Chiarito l'equivoco, resta che nemmeno Ulpiano, nella pseudo-definizione con cui si aprono i Digesti, ha risposto al quesito del ' quid iuris ': il che, sia detto per inciso, è stato rilevato appunto da Dante in occasione del suo proprio, purtroppo anch'esso infelice, tentativo di definire soddisfacentemente il diritto (' illa Digestorum descriptio non dicit quod quid est iuris, sed describit illud per notitiam utendi illo '). Quando è cosí, comincia a farsi vivo il perché di un intero libro, al posto di una definizione dell'ordinamento giuridico, e si capisce anche il perché di un contributo al tema generico dell'ordinamento giuridi-

co, il quale sia costituito, per quel poco che può valere, da considerazioni specifiche sull'ordinamento giuridico romano.

Non so se sia l'innata debolezza speculativa o se sia piuttosto l'inveterata deformazione professionale dell'investigatore di avvenimenti a farmi pensare cosí come ho detto ed a distogliermi dalla strada maestra di un ' discorso sopra il diritto ', anche se si tratta di una strada già frequentemente e autorevolmente percorsa. A mio modo di vedere, comunque, il diritto piú che un concetto definibile è una ' esperienza ' indefinibile: un'esperienza che bisogna lentamente fare (e talvolta disfare) attraverso lo studio della storia. Se il diritto fosse tutto quanto scritto nei codici e nelle leggi, della storia del diritto, si potrebbe anche, chi sa, fare a meno. Ma dato che ciò non è e non può essere, dato che le fondazioni della struttura giuridica di una società, quindi i tre quarti di essa, solitamente non si vedono, ma sono riposte nelle viscere inquiete degli organismi sociali, la conoscenza del diritto sarebbe, non vi è dubbio, ingenua e superficiale se prescindesse dall'analisi sia dei presupposti sia dei riflessi sociali dell'ordinamento. Ma sarebbe addirittura illusoria e vana se non si fondasse saldamente su una valutazione dell'ordinamento dal punto di vista della sua formazione, del suo continuo divenire e trasformarsi, dei modi suoi propri di affrontare e risolvere i problemi sociali. Se non si fondasse, insomma, sulla storia giuridica.

Storia giuridica. Storia non necessariamente e esclusivamente del diritto romano (che sarebbe assurdo), ma, diciamo, anche del diritto romano. Per un motivo, oltre tutto, di particolare opportunità. Cioè per il fatto che tra le esperienze storiche piú approfondite e articolate, di cui noi moderni disponiamo, vi è quella del diritto che ebbe vita e declino in Roma nei tredici e piú secoli della sua storia.

Diciamolo con *moderazione*, ma diciamolo. Come i filosofi e gli artisti difficilmente potrebbero fare a meno del messaggio dell'Ellade, cosí i giuristi difficilmente potrebbero rinunciare a quello di Roma. Non è una tesi, è un dato di fatto, difficilmente contestabile, generalmente incontestato. Tanto vero che oggi non è solo nei paesi latini, ma è in tutti i paesi civili, anche di tradizione radicalmente diversa e di regime politico totalmente distinto, che si studia, piú ancora che nel passato, la storia del diritto romano.

3. L'ESPERIENZA ROMANA E LE ALTRE.

L'esperienza giuridica romana, dicevo, non è la sola esperienza del reale che sia sottostante agli ordinamenti giuridici che vigono attualmente nel mondo. Di esperienze giuridiche concorrenti, a un livello di pari complessità strutturale, con quella romana ve ne sono quanto meno altre tre: quella anglo-americana, quella islamica e quella cinese. Non vi è dubbio che studiare anch'esse, alla stessa guisa dell'esperienza romana, sarebbe altamente utile. Non vi è però nemmeno dubbio che, quanto ad influenza concretamente esercitata sui vari ' diritti positivi ' moderni, l'esperienza romana è di gran lunga la piú importante fra tutte, seguíta ad una certa distanza da quella anglo-americana.

Lo dimostra, in primo luogo, uno sguardo alla ' mappa universale ' dei diritti vigenti nel mondo d'oggi, quale è stata redatta nel 1928 dal Vigmore ed è stata aggiornata cinquant'anni dopo dal Losano.

Questa mappa, da consultarsi ovviamente con tutte le cautele del caso, mette in evidenza che l'esperienza giuridica cinese e l'esperienza giuridica islamica hanno sfere vastissime, ma sempre rigidamente circoscritte di applicazione: la prima in Cina e nei paesi circostanti, la seconda

in Africa centro-settentrionale, nel Medio Oriente e in altre zone asiatiche. Il resto del mondo se lo contendono le altre due esperienze giuridiche. Si registra una prevalenza dell'esperienza anglosassone nell'America del Nord, in vaste zone dell'Africa centro-meridionale, in India, in Oceania e, naturalmente, in Inghilterra (Scozia esclusa), mentre l'esperienza giuridica romana sottende i diritti europei continentali e dell'Asia sovietica, dell'America centro-meridionale, di estese plaghe dell'Africa centrale e meridionale e di altre zone minori sparse altrove.

Ma con ciò la geografia dei diritti nel mondo è soltanto abbozzata. Se si esamina piú a fondo la nostra mappa, non è difficile rimarcare che l'esperienza cinese e quella islamica si sono poco o punto infiltrate nei diritti dei paesi fondati su esperienza romana o anglo-americana, mentre queste due esperienze hanno influito piú o meno largamente anche sugli ordinamenti giuridici a radice islamica o cinese. Spiegarsene il perché è facile. Il colonialismo dei paesi europei, che è venuto ad esaurirsi del tutto solo dopo la fine della seconda guerra mondiale, ha implicato che in varia misura i diritti delle nazioni colonialiste, quindi per il loro tramite l'esperienza romana e quella anglosassone, si sovrapponessero ai diritti vigenti nei paesi colonizzati o comunque sottoposti a pressioni egemoniche da parte delle cosí dette ' grandi potenze ', mentre l'inverso, almeno nei tempi moderni, non si è verificato. Chiusa l'èra dell' ' imposizione ' colonialistica (ma non ancora del tutto quella dell'egemonia culturale europea e anglo-americana), è poi subentrata, nelle nazioni resesi indipendenti, l'èra della ' imitazione ', anche sul piano giuridico, dei modelli costituiti dalle vecchie potenze ed eventualmente da nuove impostazioni sociali, tra cui principalmente quella marx-leninista, in una vicenda estremamente complessa, e non del tutto chiara, che qui basta aver ricordato ' per indices '.

Per conseguenza, si può dire che oggi non vi è quasi parte del mondo in cui l'esperienza giuridica romana e quella anglo-americana non siano piú o meno profondamente penetrate, dando luogo alle commistioni le piú diverse. Se si scorre, ad esempio, la mappa del continente africano, che è la sede del piú recente e vasto fenomeno di affrancazione delle popolazioni locali, ecco quel che si trova. In Angola, nei due Congo, nel Madagascar, nel Mozambico domina l'esperienza giuridica romana, corretta delle consuetudini tribali del posto. Nell'Africa sud-occidentale britannica, in Liberia, in Rodesia e nelle zone vicine domina, corretta dalle consuetudini tribali del posto, l'esperienza giuridica anglo-americana. In Abissinia l'esperienza romana e le consuetudini tribali sono su un piede di parità. In Sud Africa concorrono fianco contro fianco l'esperienza anglosassone e quella romana. In Egitto la esperienza romana è alla pari con quella islamica. Negli altri paesi è sempre presente l'esperienza islamica, ma in netta subordinazione a quella romana o a quella anglosassone. Del resto, è di comune conoscenza che il segno della parificazione del ' terzo mondo ' con le potenze excoloniali è costituito, a torto o a ragione che sia, dalla adozione dei loro modi di vita.

Vi è ancora un'altra nota, molto importante, da fare. L'esperienza giuridica anglo-americana ha indubbiamente connotati suoi propri, ma non può dirsi del tutto esente dall'influsso dell'esperienza giuridica romana. In realtà, ne è anch'essa una derivazione, sia pure notevolmente divaricata. Il che è anche indiziato dall'uso residuo di una terminologia latina nei diritti anglosassoni.

Tutto cominciò da Guglielmo il Bastardo duca di Normandia, passato alla storia col nome di Guglielmo il Conquistatore. Questi nel 1066, avendo sconfitto ad Hastings il sassone Aroldo, unificò sotto il suo potere la Gran Bretagna (eccettuata la Scozia) e impose, di conseguenza, che

tutte le liti tra i suoi nuovi sudditi fossero da risolvere secondo criteri unitari, e col ricorso a fonti unitarie, esclusivamente dai funzionari e giuristi della sua corte, la ' curia regis '. Ne seguí che, in luogo dei molteplici diritti locali prima vigenti nell'isola (diritti in parte di origine germanica e in parte di origine romana e canonica), si costituí progressivamente un ' diritto comune ', un ' common law ', a radici romane e germaniche, vigente per lungo tempo anche su parte del territorio francese, di cui divennero interpreti e custodi alcune ristrette organizzazioni forensi tuttora in vita.

L'autorità del ' common law ', una volta che esso fu divenuto consistente, impedí una piú copiosa ' recezione ', nei secoli ulteriori, del diritto romano in Inghilterra: impedí cioè quel fenomeno imponente di penetrazione della esperienza giuridica romana, che si sarebbe invece verificato su larga scala nei paesi dell'area germanica. Sempre piú si affermò nei secoli una netta distinzione tra i diritti dell'Europa continentale (diritti che gli anglosassoni usano denominare come ' Civil law ') e il ' Common law ' proprio degli inglesi e degli americani del nord. Tuttavia si realizzò nel seno della Gran Bretagna una situazione che, per altri versi, presenta analogie con la storia del diritto romano. Di contro al ' common law ' (inteso in senso stretto) prese progressivamente piede una giurisdizione piú elastica e maggiormente attenta alle nuove istanze sociali (anch'essa oggi considerata parte del ' common law ' in senso lato): la giurisdizione detta dell' ' equity ', la quale evoca alla lontana quella esercitata a Roma, pur essa in nome delle istanze dell'*aequitas*, dai pretori e dagli altri magistrati giusdicenti.

Alle corte. Quando si ha a che fare con lo studio del fenomeno giuridico, un poco o un molto dell'antico *ius Romanorum* lo si trova quasi dappertutto: o in quanto sia sopravvissuto piú o meno intatto sino al giorno d'oggi o,

molto spesso, in quanto sia stato piú o meno laboriosamente accantonato, per esigenze o scelte di evoluzione sociale, nel trascorrere dei tempi. Non solo nell'uno, ma anche nell'altro caso è male non tenerne conto. Si corre il rischio di impoverire oltre misura la propria esperienza. Da intendere, questa, non come somma aritmetica di conoscenze e di memorie, ma come frutto di attenta meditazione su tutto ciò che è accaduto nel passato (anche e sopra tutto sui propri errori, per dirla alla maniera di un noto personaggio di Oscar Wilde): il tutto allo scopo di meglio e piú accortamente affrontare il presente e predisporre l'avvenire.

4. Cenni di storia degli studi giusromanistici.

La grande pressione esercitata dall'esperienza giuridica romana sulle radici dei diritti moderni non si deve soltanto all'eccellenza delle sue istituzioni e della sua giurisprudenza, né è derivata solo da impostazioni politiche, come quella caratteristica del Sacro Romano Impero, o da opportunità storiche, come quella che dette luogo alla ' recezione ' del diritto romano da parte della nazione germanica negli ultimi secoli del Medioevo. Essa è connessa altresí all'eccellenza degli studi che intorno al diritto romano si sono svolti in Italia e in tutta Europa a partire dal dodicesimo secolo.

Non è stato il puro ricordo del diritto romano ad influire sugli ordinamenti giuridici che andavano formandosi in Europa e fuori. È stata la coltivazione assidua di quella tradizione culturale da parte dei cosí detti ' romanisti ' (piú propriamente da qualificarsi come ' giusromanisti ') a fare del diritto romano un elemento vivo della cultura moderna. E ciò sin da quando, otto secoli fa, un maestro di arti liberali dello studio di Bologna, a nome Irnerio (o forse si chiamava Guarnerio?), ebbe l'idea di

commentare con attenta esegesi alcuni brani estratti, anziché dai consueti testi letterari, da un manoscritto dei *Digesta* di Giustiniano.

È una storia, quella degli studi romanistici sino al secolo XIX, che può essere sintetizzata, alla svelta, in cinque movimenti culturali o, come si usa dire, ' scuole '. Quella dei glossatori, quella dei postglossatori, quella dei culti, quella dei giusnaturalisti e quella degli storicisti tedeschi.

(*a*) All'iniziativa del maestro Irnerio (' lucerna iuris ', come poi l'esaltarono) si collegò la scuola dei ' Glossatori ', fiorita a Bologna nei secoli XII-XIII.

I Glossatori applicarono un metodo strettamente esegetico, di illustrazione parola per parola, ai testi del *Corpus iuris* giustinianeo, e in particolare dei *Digesta*, di cui curarono un'edizione unitaria nota come ' *Littera Bononiensis* ' o ' *Vulgata* '. Questi studiosi, che sono rimasti per gran parte anonimi, dimostrarono certamente poca sensibilità storicistica e non eccessiva preoccupazione per l'adattamento dei passi giuridici alla realtà sociale dei tempi. Ma il loro scopo era, in fondo, un altro: quello di rivelare la ricchezza di contenuti e di significati di un patrimonio di fonti fino ad allora negletto. E a questo fine essi concentrarono essenzialmente le loro forze nell'interpretazione letterale, minuziosa e sottile, delle fonti giuridiche giustinianee, giungendo, sotto questo profilo, a risultati ancor oggi spesso altamente apprezzabili.

Una sintesi di questi risultati si trova nella *Magna Glossa* o *Glossa glossarum* del maestro (fiorentino di nascita) Accursio, vissuto nel secolo XIII (1185-1263?). È essenzialmente dalla lettura della Glossa accursiano che apprendiamo alcuni nomi, tra cui quelli di Bulgaro, Martino, Ugo e Iacopo (i cosí detti ' quattuor doctores ' del secolo XII) e dei successivi Piacentino, Azone e Odofredo.

(*b*) Oltre che un punto di arrivo, la *Magna glossa* fu

un punto di partenza per la scuola dei ' Postglossatori ' o ' Commentatori ', fiorita nei secoli XIII-XV.

Prendendo le mosse dall'edizione ' consolidata ' della *Magna Glossa*, i postglossatori (noti anche col nome di ' Accursiani ') si sforzarono di utilizzare sul piano pratico la miniera di insegnamenti in essa contenuti. Fecero anzi qualcosa di piú. Consci del fatto che i vecchi schemi romani non sempre erano facilmente applicabili alle nuove situazioni dei tempi loro, essi non si fecero scrupolo di utilizzare i materiali romani al fine della costruzione di sistemi piú moderni. Era un po' il metodo seguito a suo tempo da molte potenti famiglie per la erezione dei loro palazzi con marmi tolti ai monumenti romani (' quod non fecerunt barbari, fecerunt Barberini ', suona un noto motto successivo), ma con questo di buono: che i materiali romani non venivano ad essere realmente distrutti, e restavano quindi facilmente identificabili e utilizzabili in altri modi o ad altri fini da successivi studiosi.

Emersero tra i Postglossatori: Cino da Pistoia (1270?-1336), Bartolo da Sassoferrato (1314-1357), Baldo degli Ubaldi (1320 o 1327-1400), Giason del Maino (1435-1519).

(*c*) Ai materiali genuinamente romani, mettendo largamente da parte le sistematiche dei Commentatori, tornò decisamente la scuola dei ' Culti ', fiorita nei secoli XVI-XVIII.

Questo movimento fu una propaggine dell'Umanesimo e rappresentò un'oasi di storicismo negli studi di diritto romano, in quanto dedicò essenzialmente le sue cure alla scoperta di altri manoscritti, alla loro lettura critica e, in generale, ad uno studio storico-critico del materiale di fonti del diritto romano, senza preoccuparsi troppo dell'applicazione pratica immediata del *Corpus iuris*. I suoi piú illustri rappresentanti furono principalmente francesi, onde il metodo di studio della culta giurisprudenza fu

anche definito ' mos Gallicus ', e contrapposto come tale al ' mos Italicus ' dei Glossatori, Postglossatori e di qualche loro epigone, tra cui primeggia Alberigo Gentili (1552-1608), un protestante italiano che insegnò con successo ad Oxford.

Si ricordano, tra i massimi esponenti: Andrea Alciato (Alciati, italiano di Como: 1492-1550), che insegnò a Bourges e vi ebbe discepolo il grande Jacopo Cuiacio (Cujaz: 1522-1590), Ugo Donello (Doneau: 1527-1591), Dionigi Gotofredo (Godefroy: 1549-1623), suo figlio Giacomo Gotofredo (1587-1652), Antonio Fabro (Faure: 1557-1624). La persecuzione degli Ugonotti, imperversata sino al 1628, spinse i Culti a trasferirsi nei Paesi Bassi ed in Germania, dove altri nomi famosi, da quello di Arnoldo Vinnio (Vinnen: 1588-1647) a quello di Antonio Sciultingio (Schulting: 1659-1734), si aggiunsero all'elenco.

(*d*) Nei secoli XVIII-XIX, mentre l'indirizzo dei Culti si assopiva in Europa, fiorí sulle sue ceneri la scuola del ' Diritto naturale ', incardinata sul movimento culturale dell'Illuminismo. Fu una scuola a sfondo filosofico, che amò studiare il diritto romano, ma identificandolo col ' diritto naturale ', con esigenze superiori di un diritto razionale e comune per ciò appunto a tutti i popoli.

Tra i massimi esponenti dell' ' Usus modernus Pandectarum ' possono ricordarsi: Ugo Grozio (de Groot: 1583-1645), Tommaso Hobbes (1588-1679), Samuele Pufendorf (1632-1694), Cristiano Thomas (1655-1728), Cristiano Wolff (1679-1754) e, ultimo di una lunghissima schiera, il giurista e musicologo tedesco Antonio Federico Thibaut (1774-1840). Tutte personalità alle quali va riconosciuto il non piccolo merito di aver posto in risalto, sia pure eccessivo, alcuni valori durevoli, sia pure non degni di eterno, della tradizione giuridica romana e di avere per questa via fortemente contribuito alla fonda-

zione di un diritto internazionale, che fosse accettato come patrimonio comune e indeclinabile da tutte le divise e rissose nazioni dell'epoca.

(*e*) L'immobilismo dei razionalisti per qualche tempo tornò utile ed appunto per ciò non fu posto in discussione. Ma la Rivoluzione francese non passò invano nemmeno in questo campo. Alla sua ventata rinnovatrice si connette la ' Scuola storica tedesca ', fondata da Federico Carlo (von) Savigny (1779-1861).

La Scuola storica reagí con vigore alla imperante impostazione razionalistica, affermando la tesi, indubbiamente giusta, secondo cui il diritto non è un prodotto frigido della ragione, ma l'espressione viva e calda dello ' spirito del popolo ' (il ' Volksgeist '), cioè della storia dei vari popoli nei vari tempi. Tuttavia, in ordine al diritto romano, la nuova scuola, mentre da un lato propugnò l'indispensabilità di studiarlo storicamente, dall'altro lato, ritenendo paralizzante della storia la creazione di un codice civile, che era propugnata sopra tutto dal Thibaut, sostenne la opportunità di continuare a ricorrere direttamente, quanto meno per il regolamento dei rapporti privati, alla millenaria tradizione romanistica. Grave contraddizione intrinseca, perché l'applicazione immediata del diritto romano ai rapporti moderni non poteva non frenare la ricerca di regolamenti adeguati a situazioni economico-sociali ormai di gran lunga diverse da quelle romane, né poteva inoltre non tarpare le ali ad una ricerca davvero indipendente e spregiudicata dello sviluppo storico del diritto romano.

Dall'incoerenza ora denunciata è derivato che alla Scuola storica si siano agganciati due indirizzi scientifici in certo senso radicalmente distinti. Un primo indirizzo è stato quello degli storiografi ' puri ' (o, se si vuole, dei ' filologi ' del diritto romano), i quali si sono impegnati,

lungo la strada aperta dai Culti, segnatamente nella edizione ' critica ' delle fonti di conoscenza del diritto romano e nella ricostruzione ' storiografica ' quanto meno di quelle parti del diritto romano stesso che non fossero piú, nel secolo XIX, di immediata applicazione: sopra tutto, il *ius publicum* in tutte le sue ramificazioni. Un secondo indirizzo è stato quello detto dei ' pandettisti ', i quali si sono dedicati all'adattamento sapiente, e spesso ingegnoso o addirittura sottile, del *ius privatum* romano (rappresentato, principalmente, dai *Digesta seu Pandectae* di Giustiniano) ai ben piú complessi, e in parte diversi, rapporti privati moderni.

Tra i pandettisti della Scuola storica spiccano Rodolfo (von) Jhering (1812-1892), Carlo Adolfo (von) Vangerow (1808-1870), Enrico Dernburg (1829-1907), Bernardo Windscheid (1817-1892): autori sulle cui trattazioni di diritto privato è stato costruito il Codice civile tedesco. Tra gli storiografi puri si segnalano Teodoro Mommsen (1817-1903) e ancora Giorgio Huschke (1801-1886), Federico Bluhme (1797-1874), Ottone Karlowa (1836-1904), Carlo Giorgio Bruns (1818-1892) e molti altri, le cui indagini sono tuttora parte viva degli studi romanistici.

Ma la distinzione tra pandettisti e storiografi puri vale, come si è avvertito, solo ' in un certo senso '. È stato inevitabile che la comune matrice si sia riflettuta in modo piú o meno incisivo nei loro lavori. O in quanto fa intravvedere interessanti spunti storici al di sotto di certe trattazioni rigidamente pandettistiche (caso che è sopra tutto del grandissimo Jhering), o in quanto per converso vincola certe trattazioni puramente storiografiche ad impostazioni esageratamente sistematiche che in qualche modo le mortificano (cosa che è stata sin troppo insistentemente rimproverata, da certi minuscoli posteri, all'eminentissimo Mommsen).

5. LA ' CRISI DEL DIRITTO ROMANO ' NEL NOVECENTO.

L'alba del secolo XX, il 1° gennaio 1900, ha segnato l'entrata in vigore nell'impero germanico del nuovo Codice civile (il ' Bürgerliches Gesetzbuch ' o, abbreviatamente, BGB). Un'ammirevole opera di ingegneria legislativa, in cui sono stati trasfusi gli schemi piú raffinati della Pandettistica e particolarmente le sintesi che di essi si leggono nel famoso ' Manuale di Pandette ' di Bernardo Windscheid.

L'avvenimento è stato doppiamente importante. Non solo perché ha comportato la riduzione ai minimi termini della sfera di applicazione del diritto romano ai rapporti privati delle società contemporanee, ma anche perché ha posto a disposizione dei legislatori del nuovo secolo un modello eccellente, e appunto perciò sin troppo riguardosamente imitato, di regolamento organico della sfera privata. Ormai il diritto giustinianeo sopravvive solo in ristrettissime plaghe, di cui la piú estesa è il Sud Africa. E di conseguenza si è praticamente esaurita la schiera di quei ' pandettisti ' che studiavano il diritto giustinianeo a fini pratici.

Ciò non significa che sul diritto romano sia stata messa una pietra tombale. Già di esso si son sempre occupati ed hanno continuato ad occuparsi i cosí detti istorici generali, cioè gli storiografi della civiltà romana ' tout court ', in tutti i suoi aspetti. Nei loro libri un capitolo, o piú spesso un limitato paragrafo, sul diritto non manca e non mancherà mai. Tuttavia, fatte le debite eccezioni, l'incomprensione che gli storiografi non giuristi mostrano per il diritto romano, anche nei suoi tratti piú elementari, è davvero singolare e appare certe volte una sorta di negligenza snobistica, quasi che per loro non valesse la pena di fermare l'attenzione su aspetti ritenuti decisamente secon-

dari, e degni al piú della matita di un Onorato Daumier, della società romana e del suo ' ventre legislativo '.

Ecco il motivo per cui si deve considerare una grande fortuna che nel secolo XIX sia tanto rigogliosamente fiorita quella filiazione della Scuola storica che, con acume giuridico non inferiore alla penetrazione filologica, ha concentrato i suoi studi sul *ius publicum*. Ed ecco altresí spiegato come mai, esauritasi la pandettistica, il *ius privatum* sia stato anch'esso rivendicato dagli storiografi giuristi, costituendo oggetto anch'esso di indagini storiografiche alla maniera di quelle già dedicate al *ius publicum*. In modi nuovi e di gran lunga, almeno spesso, piú consapevoli è insomma risorta, nel mondo d'oggi, la vecchia e gloriosa scuola della culta giurisprudenza. Il che ha facilitato un insperato diffondersi degli studi romanistici, in quanto studi storici, anche al di là delle plaghe tradizionali di fioritura. Per esempio, in America del Nord, in Giappone, in Australia e, a titolo di ' ritorno ' sotto specie storicistica, nell'Unione Sovietica e nei paesi che le sono vicini.

Vi è però un rovescio della medaglia. Esso è costituito dal fatto che in questo nostro secolo sempre piú largamente i ' civilisti ', cioè gli studiosi dei diritti privati distillati in ' codici civili ', sia in Germania che altrove hanno manifestato una decisa tendenza a tralasciare come superflue le vecchie nozioni romanistiche e, conseguentemente, a non seguire con la necessaria attenzione i rilevanti progressi che la storiografia romanistica è venuta intanto realizzando. Ancor piú hanno, a loro volta, aumentato le distanze dallo studio del diritto romano i cultori di materie non privatistiche (quindi i non ' civilisti ' in senso corrente), persuasi come sembrano che l'esperienza romana del diritto pubblico interno, del diritto internazionale, del diritto relativo ai problemi religiosi, e cosí via, sia un'esperienza del tutto incongrua, addirittura straniera, e in ogni caso infantile, rispetto ai problemi che si pongono nei

corrispondenti settori della vita statale e interstatale moderna.

La situazione odierna delle materie romanistiche nel mondo è, per conseguenza, di essere in ogni dove circondate da molta reverenza esteriore, ma di essere sostanzialmente neglette dagli studiosi dei diritti moderni e della teoria generale del diritto. Sopra dopo molte strampalerie, non tutte rientrate e non tutte piú riparabili, implicate dai movimenti di contestazione studentesca del 1968-69 (e da certi carrieristi frettolosi che di essi si facevano paravento) si è accresciuta la possibilità che il diritto romano scompaia del tutto dai programmi di insegnamento delle facoltà giuridiche, per avviarsi a riaffiorare eventualmente nelle facoltà letterarie, come materia a lato della storia socio-politica e della letteratura romana, se non addirittura come una sezione o appendice della prima di queste due discipline didattiche.

Questa prospettiva che si profila per l'insegnamento superiore del diritto romano non seduce affatto gli studiosi e docenti delle materie romanistiche. Non perché li mortifichi una diminuzione di importanza delle loro discipline nell'ambito della didattica, ma perché essi sanno, o almeno ne sono ancora profondamente convinti, che l'insegnamento del diritto romano esplica una funzione assai difficilmente sostituibile ai fini specifici della formazione dei ' giuristi ', proprio dei giuristi, che vogliano essere degni di questo nome. E siccome già nel corso degli anni trenta un primo violento attacco al diritto romano fu portato in Germania dal regime nazionalsocialista, invasato come era dai piú deteriori aspetti del razzismo ' ario ' e della tradizione germanica, si spiega perché fin dal 1939 un grande giusromanista tedesco, Paolo Koschaker, abbia parlato di una ' crisi del diritto romano ' e della necessità di superarla per il bene della civiltà europea.

La denuncia del Koschaker destò scalpore, oltre tut-

to per il suo coraggio. Sia detto però sinceramente che il rimedio proposto dal Koschaker per superare la crisi (e per placare in qualche modo le autorità naziste) altro non era che un inefficiente palliativo. Si trattava, per usare i suoi stessi termini, di ' attualizzare l'insegnamento romanistico ', e cioè di ridurre le lezioni universitarie di diritto romano alla esposizione di quei soli argomenti privatistici, i quali potessero ancora avere interesse, a causa dei loro addentellati con i diritti vigenti, per gli studiosi dei moderni ordinamenti giuridici. È ben vero che il Koschaker parlava solo di insegnamento, che non metteva cioè in discussione la legittimità della ricerca scientifica in ogni campo del diritto romano, ed è ben vero che la ' crisi del diritto romano ', come ebbe a replicare il romanista italiano Odoardo Carrelli, non esiste e non esisterà mai sul piano scientifico fin quando vi saranno studiosi interessati alle ricerche relative. Tuttavia l'insegnamento e la ricerca sono di solito così strettamente connessi tra loro, che la riduzione della sfera concessa al primo non può non condizionare notevolmente la ricerca scientifica. Novantanove scienziati su cento provengono inevitabilmente dalle università e dagli istituti di ricerca assimilati.

Nel lamentare una crisi ' del diritto romano ', cioè non solo dell'insegnamento, ma anche della scienza romanistica, il Koschaker aveva dunque fondamentalmente ragione. Per fortuna del diritto romano e della civiltà tutta, il nazionalsocialismo fu travolto pochi anni dopo nel modo che ben ricordiamo e la ' crisi ' sembrò, sul momento, superata. Ma in realtà essa oggi si sta ripresentando con motivazioni nuove, anche se non altrettanto rozze quanto quelle naziste. La pongono in drammatica evidenza sopra tutto i guasti che, come si è accennato, si sono prodotti nell'insegnamento universitario di molti paesi dopo il 1968. Particolarmente doloroso il caso della Francia, che dello

studio storico del diritto romano è stata in altri tempi, come si è detto, il vivaio.

E allora, posto che la cura indicata dal Koschaker non ha, oggi come ieri, indicazioni di efficacia, la domanda che, oggi piú di ieri, si pone è questa: come superare la crisi che travaglia il diritto romano?

6. LE RAGIONI DELLO STUDIO GIUSROMANISTICO.

La risposta dipende, a mio avviso, dalla messa in chiaro di un punto essenziale.

Nessuno vuole e può sostenere che lo studio del diritto romano sia assolutamente indispensabile. Non occorre essere Diogene per rendersi conto che a questo mondo ben poco vi è di cui non possa proprio farsi a meno. Ciò nonostante, nel mondo contemporaneo il superamento della crisi del diritto romano, la rivalutazione di quest'ultimo come fattore di esperienza giuridica, è di altissima importanza per il superamento di una crisi ben piú drammatica e angosciosa che vi si va profilando: la crisi della coscienza giuridica, intesa come coscienza unitaria dei valori giuridici universali.

Il mondo contemporaneo è avviato verso una sempre maggiore comprensione tra i popoli, o è avviato invece verso un sempre maggior distacco tra gli stessi? Stando all'apparente ed all'epidermico, la risposta che viene sul primo momento alle labbra è quella positiva. I paesi di Europa fanno passi sempre piú spediti verso la costituzione di una stabile ' comunità europea '. Lo stesso si dica per i paesi arabi, per quelli produttori di petrolio, per vari gruppi di paesi del cosí detto ' terzo mondo ', per i paesi dell'America latina, nonché (ancora?) per i paesi comunisti dell'area sovietica, per quelli del ' patto atlantico ' e, via via salendo e allargando, per l'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) e per altre minori organizzazioni in-

ternazionali. Si aggiungano all'elenco le numerose conferenze internazionali di unificazione giuridica su importanti problemi, e non si tralasci il rilievo sempre maggiore che oggi si assegna, negli studi e nelle facoltà giuridiche di tutto il mondo, alla ' comparazione giuridica ' e alla ' teoria generale del diritto '. Che piú per concludere che stiamo andando addirittura verso un affratellamento dei popoli nel mondo?

Ma ragioniamo piú pacatamente.

I ' blocchi ' politici che vanno formandosi nel mondo contemporaneo, dato e non concesso che giungeranno mai ad operare una vera unificazione dei paesi che internamente li compongono, esercitano tra di loro una funzione che non è di avvicinamento, ma, parliamoci chiaro, è di allontanamento. La logica del blocco di cui un paese fa parte implica necessariamente che questo paese allenti i legami che lo stringevano ad un altro paese, il quale sia passato a far parte di un blocco diverso. Può darsi che in futuro non vi sia piú il ' mondo delle patrie ', ma è assai probabile che solchi ben piú profondi si aprano in avvenire, tanto per fare un solo esempio, tra il blocco sovietico e quello occidentale o atlantico, oppure (Dio non voglia) che riemerga il blocco delle potenze e prepotenze mitteleuropee facenti capo alla Germania riunificata, e cosí via seguitando. E non si dica che fortunatamente vi è l'ONU con tutta la schiera delle minori organizzazioni similari, in quanto che bisogna avere occhi del tutto bendati, per non vedere quanto ristretti, quasi illusorî, siano i limiti entro cui questi enti internazionali (subentrati a quella che si chiamò, tra le due guerre, la Società delle Nazioni) operano, o meglio si sforzano di operare.

Il pericolo di una sempre maggiore disgregazione della coscienza giuridica universale, dunque, vi è, anzi è in aumento. Né soccorreranno gran che per combatterlo il potenziamento della comparazione giuridica, il fondamen-

to di una scienza universale del diritto o la moltiplicazione delle conferenze internazionali di unificazione giuridica. La ' comparazione giuridica ' è una disciplina scientifica che ha da fare con un campo di osservazione troppo vasto per poterlo abbracciare realmente tutto: è impossibile oltre che di discutibile interesse e utilità, convogliare in una visione critica unitaria tutti i regolamenti che sono dettati dai vari ordinamenti giuridici, spesso sulla base di presupposti generali del tutto diversi tra loro, per la soluzione di ogni singolo problema sociale. La ' scienza universale del diritto ', intesa come scienza dei concetti logico-giuridici universali, è, dal suo canto, una disciplina che, volendo pervenire a risultati compatibili con la realtà di tutti i diritti positivi, si riduce a troppo esiguo numero di concetti generalissimi, per poter esercitare una reale ed efficiente azione formativa della coscienza giuridica mondiale. Infine, le conferenze internazionali sono tanto difficili ad indirsi, quanto scarse ed incerte nelle realizzazioni: troppo malsicure, insomma, per poter essere prese, salvo casi eccezionali, in seria considerazione.

Dato che le cose stanno cosí, mi si conceda di essere tuttora convinto, oggi come ai tempi della prima stesura di questo libro, che, se un mezzo ancora rimane, quanto meno per arrestare o frenare il processo di disgregazione della coscienza giuridica moderna, con il conseguente allontanamento fra i vari diritti delle nazioni o dei blocchi, questo mezzo consiste proprio nel ritorno concorde alla radice comune degli ordinamenti giuridici moderni, nel ritorno cioè al diritto romano. A quel diritto romano che, come si è illustrato dianzi, ha contribuito in piú o meno larga misura, e per vie diverse e non sempre rettilinee, ad innervare gli ordinamenti giuridici vigenti in quasi ogni parte del mondo. Ed anzi il diritto romano, nel poliedrico assetto che di esso i moderni studi critici vengono ponendo in luce, è in grado, forse, di fare qualcosa di piú. Non

solo di agire da rémora della disgregazione, ma addirittura di donare ai legislatori e ai giuristi contemporanei tesori insospettati di esperienza giuridica, sia privatistica che pubblicistica.

Se lo studio del diritto romano è davvero così utile al superamento della crisi della coscienza giuridica moderna, sembra evidente che la crisi del diritto romano debba essere a sua volta superata in vista di questa tangibile importanza giuridica degli studi romanistici. Non solo. La crisi del diritto romano deve essere combattuta, difendendo con fermezza la collocazione e la valorizzazione dell'insegnamento di esso sempre e tuttora nel seno della facoltà di giurisprudenza e delle istituzioni assimilate.

Scienza storiografica, certo, la scienza del diritto romano. Ma scienza vòlta a cogliere i valori giuridici della civiltà romana e ad offrirne l'esperienza agli studiosi dei diritti positivi contemporanei, nonché alla moderna teoria generale del diritto.

7. Diritto romano e teoria generale del diritto.

Siamo con ciò tornati al punto di partenza, e precisamente al punto (n. 1) in cui si è avvertito che lo scopo di questo libro non è solo quello di inquadrare storicamente l'ordinamento giuridico romano, ma è anche quello di contribuire con ciò alla costruzione ed al chiarimento del concetto generale di ordinamento giuridico.

Questo proposito specifico pone in particolare risalto un problema, che in verità è il problema di qualunque ricerca romanistica, quando se ne vogliano comunicare i risultati alle scienze moderne del diritto. Il problema che chiameremo dell'attracco, dell'inserimento, o anche, con termine reso popolare da recenti avventure spaziali (che sono consistite e consistono nel congiungimento in orbita tra due astronavi), del ' docking '.

Affinché il congiungimento tra ricerca romanistica (o ricerca di storia giuridica in genere) e riflessione di teoria generale del diritto possa realizzarsi, occorre che le due scienze siano compatibili tra loro. Occorre che la teoria generale tragga utilità della ricerca romanistica, e non ne consideri i risultati come materiale superfluo o addirittura ingombrante. E occorre altresí che la ricerca romanistica e la teoria generale si intendano reciprocamente attraverso un linguaggio comune, siano cioè tecnicamente predisposte all'operazione di ' docking '.

Queste due esigenze ripropongono due grosse questioni tuttora intensamente discusse: quella della nozione di teoria generale del diritto e quella della ' dogmatica ' della scienza romanistica.

Cominciamo dalla prima questione.

Non è necessario ingolfarsi nelle molteplici, e a volte eccessivamente sottili, discussioni in proposito per rendersi conto che la teoria generale del diritto è qualcosa di diverso dalla cosí detta filosofia del diritto. Comunque si voglia concepire quest'ultima, certo è che essa mira ad impostare problemi universali ed eterni per risolverli con spiegazioni rispondenti a valori assoluti. Il filosofo del diritto può ragionare nei modi piú vari, e naturalmente ammette di buon grado che i suoi colleghi ragionino in modi diversi dal suo e magari lo inducano a correggersi, ma in ogni caso le concezioni che egli offre non prendono in considerazione la possibilità di variazioni dipendenti dal concreto degli ordinamenti giuridici positivi, perché, a dirla con Carlo Jaspers, ' la filosofia non è determinabile mediante altro che non sia filosofia '. Al contrario di lui, il cultore di teoria generale del diritto (o come altro si voglia denominare questo indirizzo di studi) formula problemi e concezioni che prendono le mosse dall'esperienza giuridica e sono soggetti a variare in dipendenza dell'evoluzione della stessa. Mentre il filosofo del diritto è con-

vinto che i diritti positivi devono adeguarsi (peggio per loro se non lo fanno) alle sue idee del diritto, tanto piú che queste idee sono organicamente inserite in una piú vasta visione dei problemi dell'uomo, il teorico generale del diritto, pur senza dedicarsi specificamente allo studio di uno o piú diritti positivi, si rende conto che i concetti da lui costruiti sono condizionati dal reale degli ordinamenti giuridici, sono cioé, per dirla con una certa terminologia, dei ' pseudo-concetti ' di comodo.

Stabilito in tal modo (e molto approssimativamente, sia chiaro) che cosa debba intendersi per ' teoria generale del diritto ', qualche ulteriore precisazione è necessaria. La gamma delle esplicazioni di questa scienza è assai vasta. Si può andare da una teoria generale molto vicina ad uno o piú diritti positivi, e quindi in grado di dare spiegazioni limitate a quegli ordinamenti, sino ad una teoria generale universalizzante, librata quasi ai confini con la filosofia del diritto, e perciò in grado di applicarsi, se non proprio a tutti gli ordinamenti positivi, alla massima parte degli stessi. Del primo tipo (ma con aperture a volte larghissime a quello che chiameremo il ' resto del mondo ') è la cosí detta ' jurisprudence ' anglo-americana, essenzialmente ancorata all'esperienza giuridica anglosassone e studiosamente elaborata con metodologia empirica, aliena perciò da rigide formulazioni sistematiche. Del secondo tipo sono teorie piú o meno intensamente collegate alla esperienza giuridica romana e ai moduli di ragionamento della filosofia idealistica, o in subordinata della pandettistica tedesca, come ad esempio la dottrina pura del diritto di Hans Kelsen e la teoria dell'ordinamento giuridico di Santi Romano: due teorie di cui torneremo tra poco a discorrere.

A mio avviso, non può dubitarsi che la teoria generale del diritto del tipo ' continentale ' (quello adottato dal Kelsen e dal Romano, per intenderci) sia molto illuminan-

te, piú illuminante della ' jurisprudence ' anglosassone. Dall'alto si vede molto di piú che dal basso, e non vi è dubbio che la ' jurisprudence ', rispetto agli altri modi di far teoria generale, voli parecchio piú in basso. Tuttavia è anche vero che dal basso si vede molto meglio il limitato settore che si osserva. Riterrei quindi che l'avvenire della ' teoria generale del diritto ' debba essere quello di un maggior contemperamento tra le due metodologie. Ed è ben noto, del resto, che già sono avviati, tanto nei paesi anglo-americani quanto nei paesi continentali europei, i relativi processi di avvicinamento.

Non è sufficiente, peraltro, fondare la teoria generale sulla sola esperienza dei diritti positivi vigenti, insomma sul rilevamento empirico di quello che attualmente vi è di vivo e operante nei vari paesi del mondo. Anche se non fosse sommamente utile per il superamento della ' crisi ' di cui ho parlato poc'anzi, l'esperienza giuridica romana, e piú in generale l'esperienza della storia giuridica, sarebbe comunque indispensabile, non meno indispensabile del rilevamento dei diritti vigenti, a fondare una salda e persuasiva teoria generale del diritto. Si può dire anzi che, in senso lato, la teoria generale del diritto altro non sia e non possa essere che un modo anch'essa di fare storiografia del diritto.

8. Il metodo nello studio del diritto romano.

Purtroppo, non si può aggiungere che i moderni cultori di teoria generale del diritto, e particolarmente quelli piú lontani dalla ' jurisprudence ', si mostrino nei fatti, molto convinti di tutto ciò.

Per questi studiosi l'esperienza storica è qualcosa di estraneo, e comunque di non essenziale, al lavoro che svolgono. Qualcosa cui ogni tanto danno uno sguardo, ma piú allo scopo di trovare conferme per le loro già predisposte

teorie, o a quello di arricchire il discorso con preziosismi nozionistici, che al fine di servirsene veramente per le loro costruzioni. Inoltre, sarà vero che il linguaggio degli istorici è molte volte comprensibile solo agli addetti ai lavori (così ha scritto una volta, forse per mettersi in pace la coscienza, il grande giurista Francesco Carnelutti), ma vi è anche che i cultori della teoria generale del diritto, e in generale tutti gli studiosi dei diritti vigenti, si sforzano ben poco di capire la lingua degli storiografi dell'esperienza giuridica pregressa.

Considerata questa duplice riluttanza dei cultori di teoria generale a prendere seriamente atto delle moderne ricerche storiografiche, io ritengo che non sia affatto male che, di tanto in tanto, qualche storiografo di buona volontà si sobbarchi, nei limiti delle sue forze, ad effettuare, per dir così, la semi-lavorazione ' teoretica ' dei suoi materiali, al fine di agevolare l'impresa di quanti si occupano di teoria generale del diritto.

Questo il motivo per cui il presente libro, subordinatamente alle cure di carattere strettamente storiografico, persegue finalità di carattere storiografico in senso lato, vale a dire finalità di trasferimento delle sue risultanze di ricerca in categorie sistematiche consuete alle opere di teoria generale del diritto: di traduzione della materia giusromanistica, per dirla con la goffa parola che solitamente si usa, in categorie ' dogmatiche '.

Qui però una precisazione è necessaria. La ' dogmatica ' dei romanisti deve esser desunta dalla materia del diritto romano, non deve essere dettata ai romanisti dalla teoria generale. Nessuna prevenzione di dogmatica moderna, nessun preconcetto di teoria generale deve influire sullo storiografo del diritto romano nel suo lavoro specifico di ricerca e di ricostruzione. Se non fosse così, ne perderebbe la storiografia romanistica, priva della necessaria spregiudicatezza di indagine, e non ne guadagnerebbe di

certo la teoria generale, priva della possibilità di un contributo romanistico di revisione e di superamento.

A proposito dell'uso delle categorie dogmatiche nello studio del diritto romano, val la pena di ricordare una famosa polemica, non esente da incomprensioni e da equivoci, che fu sollevata, ormai sono molti anni, da un valente giusromanista, che era anche un eccellente studioso del diritto italiano moderno e delle dogmatiche ad esso connesse, Emilio Betti.

Il Betti, accogliendo la premessa che non è possibile fare una storiografia ' obbiettiva ', ma che lo storiografo porta inevitabilmente nella ricostruzione la sua complessa esperienza di uomo moderno, giunse, a titolo conseguenziale, ad affermare che lo studioso del diritto romano ' deve ' applicare al suo oggetto di studio le categorie dogmatiche moderne. L'affermazione, giova riconoscerlo, fu poi mitigata col dire che le moderne categorie dogmatiche non possono diventare un inesorabile letto di Procuste della materia romanistica, ma che esse hanno funzione soltanto ' euristica ', di orientamento, vanno applicate con una certa elasticità di criteri, sono da considerarsi valide sino alla prova contraria che l'indagine romanistica eventualmente fornisca. Comunque, a parte qualche autorevole adesione, la teoria bettiana destò prevalentamente un concitato coro di giuste reazioni, il cui contenuto fu riassunto dal De Francisci nella formula che al diritto romano deve corrispondere esclusivamente la dogmatica giuridica romana.

A mio avviso, la premessa della teoria bettiana è certamente incontestabile, e l'ho già detto dianzi. Lo storiografo non può totalmente prescindere dalla sua qualità di uomo del proprio tempo, dalle esperienze rimessegli da quanti lo hanno preceduto, nel valutare gli avvenimenti del lontano passato. Se giusta è la premessa, errata peraltro, o almeno eccessiva, mi sembra la conseguenza che il Betti

ne trae. Le categorie dogmatiche moderne sono categorie certamente raffinatissime, ma create in tempi moderni e sulla base dell'osservazione degli evoluti diritti moderni, anzi di singoli e determinati diritti moderni. Non è lecito stabilire la presunzione, nemmeno sino alla prova del contrario, che esse debbano forzosamente adattarsi ad un diverso ordinamento giuridico, nella specie all'ordinamento giuridico romano.

Può darsi, ed è anzi probabile, che l'indagine romanistica porti alla conferma ed alla precisazione di molti dogmi giuridici moderni. Può darsi, ed anzi probabile, che, anche quando rispondenza o piena rispondenza tra i due mondi non vi sia, il richiamo della concettualizzazione moderna aiuti a comprendere le differenze e ad intravvedere soluzioni nuove per problemi giuridici attuali. Al romanista, dunque, giova moltissimo, per non dire addirittura che è essenziale, la conoscenza dei teoremi giuridici contemporanei. Ma se il romanista si mettesse in campagna tra le fonti di conoscenza del diritto romano allo scopo di valutare gli istituti giuridici romani col metro di questi teoremi, egli procederebbe con un paraocchi straordinariamente pericoloso per la serietà della ricerca storiografica. L'affidabilità dei risultati diminuirebbe, e molti aspetti del fenomeno giuridico romano finirebbero, per la loro incompatibilità con le premesse dogmatiche, per essere improvvidamente trascurati.

D'altro canto, quel che sorprende in molti avversari del Betti è che anche essi non si fanno scrupolo di subordinare le proprie indagini storiografiche a preconcetti dogmatici di origine moderna: per esempio, a quello della normatività del diritto, o a quello della consuetudine come fonte secondaria rispetto alla legge, o a quello notissimo della distinzione tra meri atti e negozi giuridici. Se in qualche cosa questi studiosi si differenziano dal Betti e dai suoi seguaci, è nel vincolarsi a dogmi alquanto

piú antiquati e meno generalizzanti: piú precisamente ai dogmi creati dalla pandettistica tedesca del secolo XIX. E sorge il dubbio, talvolta, che il Betti, da quel fine conoscitore dei progressi dogmatici che era, abbia voluto, piú che altro, rimostrare contro l'usuale applicazione al diritto romano di poche e invecchiate categorie dogmatiche del secolo scorso.

Ad ogni modo, non possono esservi incertezze sul punto che al diritto romano debba corrispondere solo ed esclusivamente la dogmatica romana, costruita direttamente sui materiali giuridici romani. Ed è anche chiaro che il romanista deve incessantemente sorvegliarsi nel suo lavoro di valutazione dell'antico, affinché non gli avvenga di farsi portar fuori strada dal suo modo ' moderno ' di vedere il diritto, cioè dal miraggio di categorie dogmatiche attuali poco adatte ad inquadrare la materia giuridica romana.

Deve pertanto il romanista astenersi dal formulare una sua propria visione sistematica del diritto romano? Deve cioè egli limitarsi, come pure è stato sostenuto da alcuni, alla passiva rilevazione dei pochi e rudimentali sistemi giuridici creati dalla giurisprudenza di Roma? Deve insomma egli concentrare la sua attività essenzialmente nello studio del pensiero di quei giuristi? No, questo no, perché condurrebbe all'eccesso opposto. A parte la riduttività dell'equazione tra diritto romano e giuristi romani e a parte l'impossibilità di stabilire ' a priori ' chi fosse a Roma giurista oppur no (o chi, pur essendo giurista di professione, qua e là non parlasse da giurista, o, pur non essendo professionalmente giurista, parlasse invece qua o là da giurista), a parte ciò, i giusromanisti cadrebbero fatalmente nell'isolamento.

Quindi, molta prudenza, ma anche un po' di coraggio. Il rischio di falsare la verità della storia, inutile nasconderselo, esiste. In cambio, lo sforzo di ricostruire il diritto

romano secondo criteri sistematici ad esso adeguati, ma in qualche modo comprensibili anche dai moderni cultori di teoria generale del diritto, apre ai giusromanisti, e non ad essi soltanto, orizzonti che sarebbero a tutti altrimenti preclusi.

NOTE AL CAPITOLO I

1. La prima edizione (incompleta) del presente libro porta la data del 1949, la seconda è stata pubblicata nel 1956, la terza rimonta al 1959, la quarta al 1980. Tralascio di elencare le recensioni avute, in varie riviste, dalle edizioni ora indicate, ma non posso fare a meno di segnalare la lettura completamente a rovescio che del mio libro ha fatta, se l'ha fatta, F. Modugno, sv. *Istituzione*, in *ED.* 23 (1973) 77. — Il carattere discorsivo dell'opera giustifica, anzi esige grande parsimonia nelle citazioni delle fonti romane e nei riferimenti alla letteratura romanistica. Sia lecito quindi il rinvio, una volta per tutte, alle nozioni ed alla bibliografia di tre miei manuali: A. Guarino, *Storia del diritto romano*[8] (1990); A. Guarino, *Diritto privato romano*[8] (1988); A. Guarino, *Giusromanistica elementare* (1989). Per le integrazioni di bibliografia si confronti lo ' Schedario ' quadrimestrale della rivista *Labeo* (Napoli, dal 1955). — Per l'attinenza più stretta ai temi svolti in queste pagine, si consultino le seguenti opere, peraltro di varia ampiezza e impostazione: B. Albanese, *Premesse allo studio del diritto privato romano* (1978); E. Albertario, *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustinianeo* I (1935); U. Alvarez Suarez, *Horizonte actual del derecho romano* (1944); L. Chiazzese, *Introduzione allo studio del diritto romano*[3] (rist. 1961); D. Daube, *Roman Law. Linguistic, Social and Philosophical Aspects* (1969); A. D'Ors, *Presupuestos criticos para el estudio del derecho romano* (1943); G. Grosso, *Premesse generali al corso di diritto romano*[5] (1966); H. F. Jolowicz e B. Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*[3] (1972); M. Lauria, *' Jus '. Visioni romane e moderne*[3] (1967); G. Nocera, *' Iurisprudentia '. Per una storia del pensiero giuridico romano* (1973); D. Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike* (1974); R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*[3] (1987); O. Robleda, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*[2] (1979); F. Schulz, *Prinzipien*

des römischen Rechts (1934, tr. it. 1946); A. Torrent, *Introducción metodológica al estudio del derecho romano* (1974). Cfr. anche: G. Grosso, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*[2] (1967). Le coincidenze tra la mia trattazione e quella delle opere ora indicate non saranno poste in evidenza nelle note che seguiranno, non solo nei casi (non pochi) in cui quelle opere hanno influito sul mio pensiero, ma anche nei rari casi in cui possa essere stata la mia trattazione delle stesure precedenti ad influenzare le altrui trattazioni successive alla mia. Mi sia solo concessa un'avvertenza: che, essendo stata quest'opera in gran parte (e varie volte) riscritta, alla ricerca di un risultato espositivo che mi soddisfacesse di piú, non sempre il cambio di qualche formulazione adottata nelle precedenti edizioni ha implicato il mutamento del mio pensiero di fondo. Ciò valga particolarmente a proposito di quanto scrive l'Orestano a p. 305 nt. 35 della sua terza edizione, là dove qualifica ' carino e forse gustoso ' che io, avendo variato non so quale sequenza espressiva dall'edizione del 1959 (p. 9 ss.) a quella del 1980, abbia con ciò abbandonato il convincimento che la scienza del diritto altro non è che storiografia, ma non sia peraltro riuscito a cancellare o a nascondere tutte le tracce del mio vecchio pensiero (costituite, egli dice, dalla ' ripetuta menzione ' di ' storiografo ' e di ' storiografia '). La verità è che il mio pensiero, per quel poco che vale, non è mutato affatto: come si rileva fin dal testo di questo primo numero e come meglio si vedrà nei numeri successivi. — A scanso di equivoci, segnalo sin d'ora che, nel mio linguaggio, ' ordinamento giuridico ' è sinonimo di ' diritto ' (oggettivo): v. *infra* n. 9. — La citazione iniziale è tratta da M. Bloch, *Apologia della storia o Mestiere di storico* (tr. it. 1969 dell'ediz. originale 1949). La citazione successiva è tratta da H.-J. Marrou, *La conoscenza storica* (tr. it. 1962 dell'ediz. originale 1954) 276.

2. In generale, sul diritto e sulle definizioni di esso: N. Bobbio, *Diritto*, in *NNDI.* 5 (1975) 769 ss.; W. Cesarini Sforza, *Diritto (principi e concetto)*, in *ED.* 12 (1964) 630 ss.; F. Cordero, *Diritto*, in *Enc. Einaudi* 4 (1978) 895 ss. Ivi amplissima bibliografia, alla quale può aggiungersi la trattazione, peraltro molto personale, di M. Miaille, *Une introduction critique au droit* (1978). Le definizioni riportate nel testo sono tratte da: J.N. Figgis, *Studies of Political Thought from Gerson to Grotius*[2] (1960) 158; I. Kant, *Philosophie des Rechts* (1785) 2.1.191; D. Alighieri, *Monarchia* (ed. B. Nardi, in D. A., *Opere minori* 2 [1979]) 2.5.1-2. V., da ultimo: F. Gallo, *Sulla definizione del diritto*, in *Riv. d.*

civ. 36 (1980) 23 ss. — La definizione ulpianea del *ius* ha dato luogo ad una bibliografia vastissima ed a bibliografia ancor piú vasta ha dato luogo la citazione di Celso. Mi limito a indicare, con rinvio ai riferimenti ivi fatti: G. Crifò, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista*, in *ANRW*. 2.15 (1976) 780 ss., spec. 782 ss.; W. Waldstein, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in *ANRW*. 2.15 (1976) 89 ss.; P. Cerami, *La concezione celsina del 'ius'. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche* 1 (1985) 7 ss. Il dubbio ardito che Ulpiano possa avere anch'egli inteso *ius* nel senso di *iurisprudentia* (o anche in questo senso) si dilegua alla lettura di tutto il contesto costituito dal *principium* e dai paragrafi 1-2 di D. 1.1.1, un contesto che il Lenel (*Pal.* Ulp. 1908) credibilmente ritiene essere stato il blocco iniziale (e unitario) delle *institutiones* ulpianee: il *cuius* con cui si apre il paragrafo 1 (*cuius merito quis nos sacerdotes appellet rell.*) e ancora piú chiaramente lo *huius* con cui si apre il paragrafo 2 (*huius studii duae sunt positiones rell.*) si riferiscono al *ius* come diritto oggettivo, come *sýstema boni et aequi*. Quanto alla frase di Celso, vi è chi ritiene che anche questi abbia usato *ars* nel senso di 'sistema' (cosí, autorevolissimo, S. Riccobono, *La definizione del 'ius' al tempo di Adriano*, in *BIDR.* 53-54 [1948] 5 ss., e sulle sue tracce altri), o comunque di diritto obbiettivo, ma che il significato piú plausibile della parola sia quello di attività volta alla applicazione (quando possibile) del *bonum et aequum*, di sensibilità alle istanze della giustizia, è confermato sopra tutto da Paul. 17 *ad Plaut.*, D. 45.1.91.3, in cui, a proposito di un problema che qui non mette conto di riferire, si dice che per Celso '*esse ... hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur*'. Dunque, non 'vuota frase retorica' quella di Celso, come invece afferma F. Schulz (*Storia della giurisprudenza romana* [tr. it. 1968] 242), ma nemmeno affermazione da sopravvalutare (come mi sembra faccia, ad esempio, il Cerami 19 ss.) o da addurre a prove di una 'opzione accademico-empirica' dello stimabile giurista (come vedo sostenere, con grande impegno, da V. Scarano Ussani, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana tra Nerva e Adriano* [1989] 91 ss.). Vedere nella tendenza di Celso verso il ricorso al *bonum et aequum* una sorta di rivoluzionario manifesto dottrinale, o comunque un principio di carattere assoluto, significa valicare i limiti della verosimiglianza e del buon senso: non solo le suggestioni dell'*aequitas* (che Celso enfatizza in *bonum et aequum*) erano state già largamente sentite da varie generazioni di giuristi

(e giusdicenti) anteriori a Celso figlio, ma è da escludere che questi abbia voluto puerilmente intendere e fare intendere che gli operatori giuridici debbano applicare i precetti della giustizia anche nei casi in cui essi siano malauguratamente in contrasto con le regole del diritto vigente. A mio avviso, Celso fece la sua affermazione, in un'opera imprecisata e imprecisabile, piú o meno come nel caso riferito da Paolo in D. 45.1.91.3, vale a dire con riferimento ad una fattispecie in cui il diritto positivo lasciava margine (come, del resto, spesso succede) ad una interpretazione di *bonum et aequum*: Ulpiano, colpito (come varie altre volte: cfr. da ultimo, H. Ankum, *'Elegantia iuris'*, in *Ann. Fac. dr. Istanbul* 37 [1971] e altre citazioni ivi) dalla disinvolta perspicuità della battuta, inserí la frase nel suo discorso, dando involontariamente la stura a discussioni ed a fantasie senza fine. Cfr. anche: H. Hausmaninger, *Publius Juventius Celsus: Persönlichkeit und juristische Argumentation*, in *ANRW*. 2.15 (1976) 382 ss., 399 ss.; M. Talamanca, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR*. 80 (1977) 257 ss. — Lascio al lettore il compito di stabilire se e quanto la mia concezione dello studio del diritto come studio storiografico dell'esperienza giuridica sia degna di far compagnia alle analoghe, ma ben meglio e piú dignitosamente argomentate, concezioni di un G. Capograssi, *Analisi dell'esperienza giuridica* (1934), di cui v. anche gli altri scritti raccolti in *Opere* (1959), nonché *Il problema della scienza del diritto* (1937, ed. 1962 a cura di P. Piovani), e di vari altri autori. Sul tema: G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica* (1953); Orestano, *Introduzione* (nt. 1) 343 ss. Per quanto mi riguarda, io sono un po' come il molièresco Monsieur Jourdan prima della sua acculturazione mondana: fuori del mio ristrettissimo campo di competenze non mi rendo conto, o comunque non mi faccio un problema della differenza tra il parlare in prosa oppure in poesia. Né sarebbe male (oso aggiungere) che certi giusromanisti (vecchi e giovani) di mia conoscenza, anziché sperperare le loro notevoli doti di intelligenza in speculazioni di carattere parafilosofico, si concentrassero, senza vergognarsene, nella ricerca cosí come essa è stata autorevolmente concepita dal grande Leopoldo (von) Ranke (1795-1886): al fine (e non di piú) di appurare 'come sono andate veramente le cose'.

3. Per la mappa universale dei diritti vigenti: M. G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei* (1978) *passim* e 267 ss., con bibl. V. anche J. Gilissen,

Introduction historique au droit. Esquisse d'une histoire universelle du droit (1979) *passim*; A. Pizzorusso, *La classificazione dei sistemi giuridici alla luce delle esperienze recenti*, in *St. de Sarlo* (1989) 495 ss.; R.C. van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*[2] (1988). Sui rapporti tra 'Civil law' e 'Common law' (in senso ampio): P. Stein, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement* (1984, tr. it. 1987 col titolo *I fondamenti del diritto europeo*). Sulla giurisdizione di 'equity': G. Pugliese, *'Ius honorarium' a Roma ed 'equity' nei sistemi di 'common law'*, in *R. trim. dir. e proc. civile* 42 (1988) 1105 ss. — Sul fenomeno del 'transfert' degli ordinamenti giuridici determinato sopra tutto dalle colonizzazioni: N. Rouland, *Anthropologie juridique* (1988) 337 ss. — La citazione di O. Wilde è tratta da *Il ventaglio di Lady Windermere* (1892).

4. Per la storia degli studi di diritto romano in età postromana: P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*[3] (rist. 1958, tr. it. 1963); F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*[2] (1967, tr. it. 1981); C.A. Cannata, A. Gambaro, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*[4]. 2: *Dal medioevo all'epoca contemporanea* (1989). Ampie notizie e acute riflessioni sulla tradizione giusromanistica in Orestano (nt. 1) 37 ss., 51 ss., 133 ss., 212 ss., 221 ss. — A proposito di Irnerio e della sua (per noi provvida) curiosità per i testi giuridici romani, non deve sfuggire l'analogia tra il caso suo e quello dei grammatici ed eruditi di molti secoli prima, che furono del pari presi da interesse verso il linguaggio peculiare (e dai profani difficilmente comprensibile) usato nei testi giurisprudenziali e legislativi dell'età romana: cfr. Guarino, *SDR.* n. 288; id., *Giusrom. element.* (nt. 1) n. 28. A titolo di curiosità, riporto qui appresso le parole di Odofredo (Odofredus de Danariis, sec. XIII) in *Lectura super D. 1.1.6*: 'Signori, dominus Yrnerius, qui fuit apud nos lucerna iuris, ... primo cepit studium esse in civitate ista in artibus, et cum studium esset destructum Rome, libri legales fuerunt deportati ad civitatem Ravenne et de Ravenna ad civitatem istam. Quidam dominus Pepo cepit autoritate sua legere in legibus, tamen quicquid fuerit de scientia sua nullius nominis fuit. Sed dominus Yrnerius ... fuit maximi nominis et fuit primus illuminator scientie nostre; et quia primus fuit qui fecit glosas in libris nostris vocamus eum lucernam iuris'. Altro non si sa dell'opaco Pepone, che avrebbe spianato la via al luminoso Irnerio.

5. La letteratura sul distacco tra romanisti e civilisti e sulla 'crisi' del diritto romano è sterminata. Il grido di allarme piú alto (ma non il primo: sul punto, A. Ormanni, *L'eredità classica nel mondo moderno*, in *Labeo* 1 [1955] 98 ss.) fu lanciato da P. Koschaker, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Wissenschaft* (1939): per una puntualizzazione del clima in cui il famoso saggio del Koschaker fu concepito e scritto può essere utile la lettura di A. Guarino, *Cinquant'anni dalla 'Krise'*, in *Labeo* 34 (1988) 43 ss., con particolare riferimento al programma dell''attualizzazione', espresso altresí dal Koschaker con il motto 'zurück zu Savigny' ('torniamo al diritto romano come lo praticava, ai primi del secolo scorso, il fondatore della Scuola storica tedesca, Federico Carlo Savigny'). Sarebbe vano citare la vastissima serie di articoli adesivi sollevata dagli scritti del Koschaker. Bisogna riconoscere al Carrelli il merito di aver per primo reagito a questa impostazione: E. Carrelli, *A proposito di crisi del diritto romano*, in *SDHI.* 9 (1943) 1 ss. (si tratta della prolusione che il compianto romanista avrebbe dovuto pronunciare, ma non pronunciò per la contingenza bellica, a Messina nel dicembre 1940). Alla reazione del Carrelli mi unii io nella mia prolusione catanese (gennaio 1943): Guarino, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare*, in *Ann. dir. comp.* 18 (1946) 1 ss. Cfr. ora, con vasta impostazione: Orestano, *Introduzione* (nt. 1) passim e 490 ss.; id., *Diritto romano, tradizione romanistica e studio storico del diritto*, in *RISG.* 4 (1950) 156 ss. V. anche B. Biondi, *Crisi e sorti dello studio del diritto romano*, in *Conf. romanistiche Univ. Trieste* 1 (1950) 11 ss.; id., *Esistenzialismo giuridico e giurisprudenza romana*, in *Jus* 1 (1950) 107 ss.; id., *Scienza giuridica come arte del giusto*, in *Jus* 1 (1950) 145 ss.; id., *Universalità e perennità della giurisprudenza romana*, in *L'Europa e il diritto romano* (1954) 2.381 ss.; A. Biscardi, *Il diritto romano e l'ora presente*, in *Jus* 2 (1951) 287 ss.; G. Branca, *Considerazioni sulla dogmatica romanistica in rapporto con la dogmatica moderna*, in *RISG.* 4 (1950) 131 ss.; A. D'Ors, *La crisi attuale del diritto nell'impostazione romanistica*, in *Jus* 2 (1951) 341 ss.; id., *Ius Europaeum?*, in *L'Europa e il diritto romano* (1954) 1.447 ss. Tutti questi autori concordano in un punto, nel propugnare un ritorno ai metodi ed allo spirito della giurisprudenza romana, aliena da inutili astrazioni. — Senza insistere in una elencazione bibliografica che sarebbe troppo lunga e troppo arida (v. comunque, Guarino, *DPR.* nt. 7.1), segnalo qui che la rivista *Labeo* ha promosso su questi argomenti ben due inchieste tra i giusromanisti (e antichisti) di

tutto il mondo. La prima inchiesta è stata centrata sul tema 'studio ed insegnamento del diritto romano' (cfr. *Labeo* 2 [1956] 48 ss., 187 ss., 327 ss.), la seconda è stata dedicata al 'metodo di ricerca' (cfr. *Labeo* 19 [1973] 42 ss., 185 ss., 339 ss.). Ambedue le inchieste hanno dimostrato, anche attraverso la notevole diversità delle risposte pervenute, la vitalità della storiografia del diritto romano pur nel momento attuale: sin che si controverte, o magari si litiga, è segno infatti che si è ben vivi. E, a proposito di controversie (mai di litigi, con lui), mi sia permesso di replicare ancora una volta all'Orestano, 504 nt. 93, che la sua 'trepidazione' circa le 'artificiose marce indietro' che io avrei la pretesa di imprimere allo svolgimento del diritto non è giustificata né da questa, né dalle precedenti edizioni del presente libro, ma discende forse da una lettura affrettata di singole frasi del mio discorso. In altri termini, io sono d'accordo con l'Orestano che la società e il diritto vanno sempre in avanti, ma non capisco perché chi procede in avanti non debba voltarsi indietro per riflettere sul cammino percorso. È in questo senso che altra volta ho scritto, e confermo, che gli stati moderni non farebbero male a prendere in considerazione, per ciò che concerne l'istituto della consuetudine, 'l'esempio' (vogliamo dire l'esperienza?) di Roma. Ed è, piú in generale, in questo senso che ho scritto e riscritto tutto quanto questo libro. — Il presente libro non è il luogo adatto alla delineazione, sia pure approssimativa, delle differenze di impostazioni e di metodo che inevitabilmente (e fortunatamente) vi sono 'all'interno' della nuova giusromanistica (v. in proposito: Guarino, *Giusromanistica element.* [nt. 1] *passim*). D'altra parte, non è nemmeno il caso (e non sarebbe, comunque, del mio carattere) che questo libro venga licenziato per le stampe, senza che io reagisca ancora una volta, e nel modo piú energico (v. da ultimo: Guarino, *La Ferrari Testarossa*, in *Index* 18 [1990] 71 ss.), ai giudizi ingenerosi e sopra tutto avventati di chi, essendo piú che comprensibilmente affezionato ai propri legittimi modi di pensare, ritiene sia stato vano ed inutile, se non addirittura controproducente, il lavoro assiduo e nobile svolto da passate generazioni di giusromanisti moderni (in particolare, dai cosí detti 'interpolazionisti') e non si rende conto quanto meno di questo: che, per giungere ad 'aggiustare il tiro', è inevitabile (come sanno tutti gli orecchianti di artiglieria o di battaglie navali) che si passi attraverso fasi successive di salve manchevoli per eccesso o per difetto.

6. Mi rendo perfettamente conto che il mio scetticismo in or-

dine alla comprensione tra i popoli contemporanei non è condiviso da molti e sta per divenire nel mondo moderno (se già non è divenuto) piuttosto fuori moda. Sono il primo ad augurarmi che esso sia infondato. Ciò non toglie che, anche a causa di personali e indelebili esperienze vissute tra gli ultimi anni '30 e i primi anni '40, io non sappia liberarmene, e che ancora oggi attribuisca il lunghissimo periodo di pace (o per lo meno non di guerra) seguito alla conclusione del secondo conflitto mondiale alla geniale e implacabile iniziativa politica di chi (uomo deprecabile, per altri versi, quanto si vuole) convinse, o comunque indusse, le grandi potenze alleate a spaccare l'Europa centrale in due. Speriamo che gli improvvisi rivolgimenti che si sono manifestati nel corso del 1989 all'Est, e i segni di distensione internazionale che ad essi vanno conseguendo per il momento dovunque, non diano esca alla fine della stagione di pace. — La disciplina della ' comparazione giuridica ' ha preso coscienza di sé solo in un congresso organizzato a Parigi nel 1900 dalla ' Société de legislation comparée ', ma in modo artigianale e frammentato la comparazione è stata praticata sin da molto prima (sopra tutto nel confronto tra Civil law e Common law, nonché nel raffronto, entro i diritti di Civil law, tra ordinamenti di modello francese e ordinamenti di modello germanico). Nella sua accezione piú corretta, la disciplina comparatistica attiene non solo ai diritti esistenti (vigenti), ma anche a quelli esistiti (ivi compreso il diritto romano): il che, peraltro, accresce a dismisura la difficoltà di metterla in pratica, salvo che per linee generalissime o, viceversa, per limitatissime commisurazioni. — Sulla ' scienza universale del diritto ' v. *infra* nt. 7. — In ordine al quesito se il diritto romano debba formare oggetto di ricerca e di insegnamento nelle facoltà universitarie di giurisprudenza (e non eventualmente in quelle cd. letterarie) e se l'insegnamento del diritto romano agli studenti di diritto debba concernere tanto il *ius privatum* quanto il *ius publicum* (e non soltanto il primo), le risposte, ambedue affermative (v., in senso sostanzialmente conforme, Orestano 488 ss. e spec. 492 nt. 76), sono state da me formulate e argomentate in *Cinquant'anni dalla ' Krise '* (nt. 5) 49 ss. Ivi, e cosí pure nel libro di *Giusromanistica elementare* (nt. 1) 269 ss., il mio pensiero sul metodo dell'insegnamento.

7. Le concezioni di ' filosofia del diritto ' e di ' teoria generale del diritto ', delle quali si fa cenno nel testo, sono, come ognuno può riscontrare, concezioni molto vaghe ed approssimative, che in buona parte rifrangono la mia personale ignoranza di questi

delicatissimi argomenti, ma in qualche misura vogliono anche rappresentare quello che è il modo di vedere corrente (quando pur succede che questi temi li vedano o li intravvedano) dei giuristi e degli storiografi del diritto. È l'operazione del ' docking ' quella che mi interessa, non la pretesa di scrivere un libro di filosofia o di teoria generale del diritto. Mi piace solo di ricordare, a conforto della mia banalità, una lucida e spiritosa frase di N. Bobbio (in *Riv. di filosofia* 1961, 230 ss.), là dove distingue in poche parole, e ad uso di sprovveduti come me, la filosofia sintetica tradizionale dalla piú recente filosofia analitica: l'una ' tenta di costruire un enorme sistema colla pretesa di abbracciare tutto l'universo ', l'altra ' sminuzza l'universo in tanti pezzettini da esaminare l'uno alla volta '. — Sulla ' jurisprudence ' cfr.: J. Bentham, *A Fragment in Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1960); J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832, rist. 1954); H. L. A. Hart, *Contributi all'analisi del diritto* (tr. it. 1964). Cfr. anche, per i rapporti con la teoria generale: H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in H. K., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (tr. it. a cura di R. Treves, 1954). — Venendo alla dottrina romanistica, mi sembra di fondamentale importanza per la comprensione dei rapporti tra la storia e la teoria generale del diritto: P. De Francisci, *Punti di orientamento per lo studio del diritto*, in *RISG.* n.s. 3 (1949) 69 ss. (v. anche *Annali Sem. giur. Catania* 4 [1950] 1 ss.), su cui v. Guarino, in *Iura* 2 (1951) 320 ss. Col De Francisci mi sembra necessario concordare nel ritenere che la teoria generale del diritto altro non sia e non possa essere che la ' scienza metastorica del diritto ', cui compete la determinazione, sulla base delle varie esperienze giuridiche, dei dogmi costanti, se non eterni, del diritto e che, quindi, ' conduce sino alle porte della filosofia '. Sostanzialmente a questa conclusione perviene anche, se non erro, la lunga analisi di Orestano, *Introduzione* (nt. 1), ove si trovano altre indicazioni bibliografiche. Cfr. inoltre: Orestano, *Il diritto romano nella scienza del diritto*, in *Jus* 2 (1951) 141 ss. Ma, a questo proposito, non sarà male sottolineare che occorre mettersi d'accordo con la terminologia, dato che molte incomprensioni tra gli studiosi derivano, per quanto mi sembra, da diversità di linguaggio e non da diversità di pensiero. La storiografia del diritto (di cui la storia del diritto romano è un capitolo) viene qualificata da taluni ' scienza del diritto ' o elemento integrante della scienza del diritto: cosí, ad esempio, Orestano, *Introduzione* 291 ss. e art. cit., per il quale ogni studio storico, in

quanto studio dell'esperienza giuridica, è manifestazione della scienza del diritto; cosí pure De Francisci cit., secondo cui l'unica e vera scienza del diritto è la storiografia giuridica, mentre la dogmatica giuridica altro non è che tecnica; cosí anche G. Grosso, *Problemi e visuali del romanista*, in *Jus* 1 (1950) 322 ss., e in *L'Europa e il diritto romano* (1954) 1.498 ss. Altri, forse piú esattamente, nega la identificazione della storiografia giuridica (che è null'altro se non una ripartizione della scienza storica) con la scienza del diritto e identifica in quest'ultima la dogmatica giuridica o giurisprudenza: N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 4 (1950) 342 ss.; id., *Teoria della scienza giuridica* (lit. 1950) 201 ss. (cfr. Guarino, in *Iura* 2 [1951] 309 ss.; ampiamente: U. Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza* [1953] spec. 17 ss., 25 ss.). Altri, infine (ma non sembra essere ormai l'opinione piú diffusa) vede nella scienza del diritto una sorta di ' sintesi dell'esperienza giuridica totale ': cosí testualmente C. Gioffredi, in *Iura* 1 (1950) 485 (ma v. già, tra gli altri, G. Pugliese, *Diritto romano e scienza del diritto*, in *AUMA.* 15 [1941] 5 ss.), il quale, recensendo la prima edizione di questo libro, osserva che ' il Guarino avrebbe dovuto rifarsi anziché alla teoria generale del diritto, alla scienza del diritto ' ed aggiunge che ' quest'ultima, essenziale e unitaria, gli avrebbe permesso di far apparire il diritto romano non in funzione di subordinazione o di affiancamento, ma come forma storica di un fenomeno universale, mentre la teoria generale del diritto, concetto piú scolastico e ristretto nel suo territorio, lo ha costretto a ritrattare parte di ciò che aveva coraggiosamente affermato '. Questa critica non mi sembra esatta. Parlando, nella prima edizione di questo corso, di teoria generale del diritto, non mi sfuggiva l'istanza di una scienza suprema e unitaria del diritto, ma ne rifuggivo per motivi e con le stesse parole (sfuggite, evidentemente, al mio critico), che possono leggersi nel testo. Non ci vuol molto a ' far apparire ' il diritto romano come ' forma storica di un fenomeno universale ', quello della scienza, tanto piú che è una lapalissiana verità, ma il nostro problema era e vuole essere quello di coordinare tra loro branche autonome della scienza: branche che non possono non essere considerate autonome, se si vuole che siano coltivate con il necessario approfondimento. In questo senso ho detto, e ripeto, che per il romanista lo studio della branca scientifica denominata ' teoria generale ' è, a stretto rigore, un fuor d'opera: nello stesso senso in cui l'avrei detto, e comunque lo dico, anche per

la storiografia dei diritti non romani. Sugli argomenti dei n. 6-7 di questo libro v. anche: Guarino, *L'esperienza di Roma nello studio del diritto*, in *Dir. e Giurispr.* 70 (1955) 273 ss.

8. Le interessanti vedute del Betti sulla interpretazione dei cd. diritti storici, e del diritto romano in specie, hanno formato oggetto di una lunga serie di saggi e monografie, nel corso della quale l'autore ha avuto modo sia di approfondire e allargare il suo campo di indagine, sia di rivedere alcune sue affermazioni e di attenuarne, comunque, le troppo rigide formulazioni iniziali. Cfr.: *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *AG.* 99 (1928) 129 ss., 100 (1928) 27 ss.; *Methode und Wert des heutigen Studiums des römischen Rechts*, in *T.* 15 (1937) 137 ss.; *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *RISG.* 2 (1948) 34 ss.; *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949); *Forma e sostanza dell'interpretatio prudentium*, in *Atti Congr. Verona* 2 (1951) 103 ss.; *Jurisprudenz und Rechtsgeschichte vor dem Problem der Auslegung*, in *L'Europa e il diritto romano* (1954) 2.441 ss.; *Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre: ein hermeneutisches Manifest*, in *Festschr. Rabel* (1954) 2.79 ss. (ivi ampi richiami alla letteratura sopravvenuta); *Teoria generale della interpretazione* (1955), particolarm. § 36; *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito* (trad. dal tedesco, 1987, con introduz. e scelta antologica di G. Mura). Tra coloro che hanno pienamente aderito è Grosso, *Premesse* (nt. 1) 34 ss., il quale, peraltro, ha anche convenientemente sottolineato la necessità di moderazione nell'uso delle categorie dogmatiche moderne. Vivace, forse troppo, è stata invece la replica del De Francisci, *Questioni di metodo*, in *Studi Riccobono* 1 (1926) 1 ss.: replica che ha fortemente influenzato la dottrina romanistica, ingenerando qualche radicale incomprensione della teoria del Betti. In che limiti io accolga la tesi bettiana risulta dalle pagine di testo di questo numero (pagine immutate dalle edizioni precedenti); pagine che in un primo tempo dettero luogo, da parte del Betti, ad un secco giudizio di incomprensione (*Teoria generale* 1.575 nt. 2); v. poi Guarino, *Una teoria generale dell'interpretazione*, in *Labeo* 1 (1955) 301 ss., 306 ss.; Betti, in *Responsabilità del sapere* 1956, 99 ss. (= *Nuova rivista di dir. comm.* 1956) e in *Labeo* 2 (1956) 122 ss. (v. mia controreplica ivi, 253 ss.). Polemica peraltro superata in pochi anni, che ricordo unicamente per debito di completezza. Sulla personalità del Betti v. oggi: AA. VV., *Emilio Betti e la scienza del Novecento*, in *Quad. fiorentini per la storia del*

pens. giur. moderno (1978); ivi, 165 ss., particolarmente G. Crifò, *Emilio Betti. Note per una ricerca* (Per mia natura, non vado in cerca di polemiche, ma molto difficilmente mi astengo dal replicare punto per punto e, temo, spesso in modo involontariamente pungente. Tra i ricordi migliori della mia vita di studioso vi è il modo generoso e semplice in cui il Betti, in occasione di un congresso di storia del diritto svoltosi a Roma nel 1963, chiuse la diatriba con me stringendomi di sua iniziativa fortemente e silenziosamente la mano. Dopo di che mi onorò sino alla morte della sua illuminante amicizia). — Non so fare a meno di registrare con viva soddisfazione le parole recentemente uscite dalla penna di M. Bretone, *Fra storia sociale e storia giuridica,* in *Rechtsbist. Journ.* 8 (1989) 51 (parole che colgono in pieno, esprimendoli indubbiamente al meglio, i concetti da me svolti, in questo libro e a voce, come l'a. ben sa, ormai da moltissimi anni): 'Fra la cautela che si richiede, come sempre del resto, nell'impiego delle categorie interpretative moderne e il loro abbandono puro e semplice, però ci corre. La storiografia non può farne a meno. La nostra conoscenza del passato sarebbe egualmente rischiosa, se fosse costretta a servirsi soltanto delle categorie con cui il passato ha interpretato se stesso. È insito, senza dubbio, nell'uso dei concetti, moderni o antichi che siano, il pericolo di una coercizione predicativa. Bisogna stare in guardia per evitarla. Ciò che vogliamo comprendere, in definitiva, è un mondo scomparso, le sue strutture e le forme di pensiero che gli appartengono, e il suo linguaggio autentico'.

II. ALLA RICERCA DELLE VISUALI ROMANE.

9. Impostazione della ricerca.

Le finalità della nostra ricerca sono ormai chiare, cosí come anche è chiara la cosciente disponibilità che dobbiamo avere all'impiego ' strumentalistico ' di alcune categorie concettuali moderne nello studio del diritto romano. L'ordinamento giuridico romano, nella realtà dei suoi istituti e delle stesse categorizzazioni cui i Romani pervennero, ci aiuterà forse, in cambio, a precisare le inquadrature moderne oppure a correggerle. Ci aiuterà, in ogni caso, ad accrescere e ad affinare la nostra carica di esperienza giuridica.

Prima di prendere il via, non saranno peraltro inopportune due precisazioni (lo avverto: banalissime) essenzialmente intese a sgombrare il campo da certe fastidiose discettazioni da accademia settecentesca che non di rado qua e là si leggono.

Preciso, in primo luogo, che alla parole ' diritto ' preferirò di solito, senza farmene con ciò una regola, l'espressione ' ordinamento giuridico ': non perché le assegni un diverso significato di fondo, ma solo perché questo sintagma (che si rifà al latino di *ordo* e di *ius*) mi sembra piú atto a sottolineare l'appartenenza del diritto al ' genus proximum ' degli ordinamenti sociali. Dunque, nessuna adesione, da parte mia, al sottile ' distinguo ' che taluni propongono tra diritto come ' ordo ordinans ' e ordinamento giuridico come ' ordo ordinatus ', quindi come prodotto del diritto: mi sembra chiaro, infatti, che l' ' ordine ' (*ordo*) sia la conseguenza di un ' ordinare ' (*ordina-*

re) che lo determina, sicché dire ' ordo ordinans ' è un controsenso e di ' ordinamento giuridico ' solo si può parlare come predisposizione in modo acconcio dell' ' ordo ordinatus ' o, piú semplicemente, dell'ordine giuridico, cioè dell'organizzazione sociale secondo i criteri direttivi del diritto, del *ius*.

Trovo inoltre, per non dire altro, piuttosto ozioso (ecco la seconda delle precisazioni che qui intendo fare) l'indugiarsi a discutere sul se sia legittimo parlare, di fronte a tredici secoli e passa di agitatissima storia di Roma, di un unico e solo ' ordinamento giuridico romano ' o non piuttosto di tanti ordinamenti diversi per quanti furono i diversi assetti giuridici della società romana. Sbaglierò, ma ai miei occhi la dizione unitaria ' ordinamento giuridico romano ' ci sta benissimo: sia perché unico ed invariato ne fu, da Romolo a Giustiniano, il denominatore ' romano ', sia perché solo un lettore singolarmente sprovveduto di criterio potrebbe essere indotto dall'uso della locuzione unitaria a dedurre l'inverosimile di un ' corpo ' giuridico rimasto nei secoli sempre identico a se stesso e magari progressivamente sviluppatosi, un secolo dopo l'altro, secondo le leggi dell'abominevole concezione evoluzionistica.

Per venire al sodo, cerchiamo ora di impostare i binari della nostra ricerca, acché non ci avvenga di raccogliere un po' di tutto, eventualmente trascurando proprio ciò che può esserci utile. In materia di diritto le nostre certezze, o quasi certezze, son poche. Appunto perciò sono tanti i nostri dubbi e tanto numerose e diverse sono per conseguenza le teorie, e ancor piú le definizioni, sull'ordinamento giuridico. Cominciamo per ciò col puntualizzare i tre ' postulati ' (o ipotesi di lavoro che dir si voglia), cioè quel ' quantum ' di cui ci pare di poter essere ragionevolmente sicuri. Il resto, vale a dire la problematica da affrontare, verrà fuori piú facilmente.

Il primo postulato che ritengo di poter formulare è

questo: ogni società umana implica l'esistenza di un corrispondente ordinamento sociale. Affermazione pressoché ovvia, purché ci si intenda bene sui concetti.

' Società umana ' significa comunità di uomini, ma non nel senso di accolta materiale degli stessi, quale potrebbe essere l'affollamento di poche o molte persone in un autobus, in un teatro, in una piazza in cui si produca un oratore che tutti vogliono ascoltare. Occorre qualcosa di piú perché si verifichi il fenomeno della società. Occorre che i consociati siano d'accordo nel vivere stabilmente insieme, in una coesistenza organizzata allo scopo di soddisfare certi interessi comuni, che essi singolarmente non sarebbero in grado o almeno non troverebbero comodo di soddisfare: interessi di carattere religioso, di benessere economico, di elevamento morale, di ordine nelle relazioni interne, di affermazione di potere rispetto ad enti (umani, sovrumani, subumani) estranei al gruppo, e via di questo passo. La società umana non è tale, pertanto, se non è una ' organizzazione '. Ma l'organizzazione sociale non è pensabile, se non esiste un suo proprio ' ordinamento sociale ', cioè un insieme coordinato di precetti, di implicazioni, di spinte materiali (già all'inizio di questo libro ho parlato di meccanismo o di congegno) in forza del quale essa abbia certe strutture, funzioni in certi modi, viva insomma di vita autonoma e coerente con le finalità per cui è sorta. Una società senza ordinamento sarebbe una ' contradictio in adiecto ', cosí come sarebbe del pari una contraddizione in termini un ordinamento sociale senza società.

Passiamo, ciò posto, ad un secondo postulato, alquanto meno ovvio e meno incontestato del precedente. Il postulato è questo: ogni società sovrana implica un ordinamento autoritativo. E qui accordarsi sui concetti è ancor piú necessario di prima.

Per ' società sovrana ' si intende ogni organizzazione sociale indipendente da qualsivoglia potestà umana: indi-

pendente, e quindi in grado di esercitare una reale e illimitata autorità sui suoi membri e in grado altresí di non subire imposizioni autoritarie esterne. La categoria piú numerosa delle società sovrane è notoriamente quella degli ' stati ', ma non è il caso, in questa sede, di chiedersi quali altri enti sovrani (eventualmente non societari) si siano mai configurati e si configurino oltre gli stati, e nemmeno è il caso di domandarsi se e fino a qual punto una società possa dirsi sovrana pur se dall'esterno le venga qualche limitazione di autorità. È da mettere in chiaro, piuttosto, che quando si discorre di sovranità e di indipendenza, lo si fa con riferimento ai principî, cioè con riguardo all'atteggiamento assunto dall'ente nel suo interno e nel suo esteriore: non con riferimento alla forza materiale, al potenziale bellico, all'efficienza pratica. Certo è però che ad una società, ad un'organizzazione sovrana non può che corrispondere un ordinamento particolarmente complesso, il quale provveda in modi non velleitari a tutte le specifiche esigenze dell'ordine interno e dell'indipendenza esterna. Questo tipo di ordinamento l'ho denominato dianzi ' autoritativo ', piuttosto che autoritario (il che sarebbe stato piú proprio sul piano linguistico), per non ingenerare l'equivoco che le società sovrane abbiano necessariamente a che fare con quella qualità deteriore di certi modi di governo che si usa chiamare autoritarismo.

Ed ora un terzo postulato, suggerito questo dall'osservazione storica: ogni ordinamento autoritativo è, almeno in parte, un ordinamento giuridico. Il che si può anche esprimere dicendo che ogni società sovrana implica di solito un ordinamento almeno in parte giuridico.

È doveroso avvertire, a questo proposito, che normalmente non si hanno dubbi circa la piena identità, e quindi la totale coincidenza, degli ordinamenti giuridici con gli ordinamenti autoritativi. Vi è pure però chi addirittura ritiene che un ordinamento giuridico possa inerire

anche a società non sovrane e coincidere quindi, in tutto o in parte, con ordinamenti sociali non autoritativi. Ma col pensiero si può costruire di tutto: l'importante è che la costruzione pensata non soltanto sia astrattamente configurabile, ma trovi il conforto di una verifica sufficientemente affidante nella realtà contemporanea o in quella del passato. Dato che, allo stato della nostra esperienza, la categoria del giuridico risulta essere sempre stata connessa con la categoria dell'autoritario, il collegamento dell'ordinamento giuridico alle sole società sovrane si impone. Quel che non si impone, mancando a mio avviso di una sicura riprova nella realtà della storia, è che un ordinamento autoritativo sia tutto quanto necessariamente giuridico.

I tre postulati di partenza dianzi assunti ci aiutano a mettere a fuoco i problemi residuali che sulla base dell'esperienza giuridica romana possiamo specificamente contribuire a risolvere. Essi sono, in linea di massima, i seguenti. Primo: quale è la sfera di applicazione dell'ordinamento giuridico? Secondo: quale è l'indice rivelatore della sua esistenza (del fatto cioè che è nato, che è vivo e che è vitale, se è lecito ricorrere a queste analogie) nell'ambito del reale? Terzo: quale è la struttura in cui esso si articola? Quarto: in quali situazioni vengono a trovarsi, reciprocamente e verso la società sovrana, coloro (uomini ed enti) cui l'ordinamento giuridico si riferisce?

Il primo problema non ha bisogno di essere particolarmente illustrato, salvo che per avvertire che sarà mia cura chiedermi incessantemente, nel corso della trattazione che seguirà, se per avventura vi siano stati (e quali) settori piú o meno vasti dell'ordinamento autoritativo della società sovrana denominata Roma, che non siano stati peraltro considerati dai Romani come aventi anche carattere giuridico. Quanto agli altri tre problemi, qualche maggiore dilucidazione sarà invece opportuna, essendo essi tra quelli tut-

tora piú vivamente discussi in sede di teoria generale del diritto.

10. IL PROBLEMA DELLA ESISTENZA DELL'ORDINAMENTO.

L'ordinamento giuridico non è cosa che, pur quando è pienamente reale, si misuri con lo sguardo o si tocchi con mano. Chi crede che esso consista esclusivamente in leggi e in altri documenti scritti si disinganni subito, anche se la piú comune rappresentazione degli antichi ordinamenti è quella immaginosa delle ' tavole ' della legge (si pensi a Mosé, ad Hammurabi, a Solone, ai decemviri romani): tavole in cui tutto è succintamente, ma precisamente, previsto e stabilito. Per accertare l'esistenza di un ordinamento giuridico bisogna ricorrere ad indici assai meno espliciti e parecchio piú sottili, correndo ovviamente il rischio di pervenire a conclusioni anche fortemente erronee.

Cominciamo col dire che il problema è in parte coincidente con quello di accertare l'esistenza dell'ordinamento autoritativo col quale l'ordinamento giuridico si identifica, mentre per il resto si risolve nel quesito, cui ho già prima accennato, circa i settori dell'ordinamento autoritativo che non siano da considerare anche giuridici. Trasferendo pertanto l'indagine al punto relativo alla ' esistenza - oggi ' dell'ordinamento autoritativo ed alla sfera odierna di applicazione dello stesso, la prima risposta che viene alla mente è che l'ordinamento esiste se e quando esiste la società sovrana cui esso inerisce, ed esiste ovviamente nei limiti di quella società.

Sarebbe tuttavia, a riffettervi meglio, una risposta tautologica, che riproporrebbe cioè in termini solo formalmente diversi la questione da risolvere. Se società sovrana vuol dire ordinamento autoritativo, non vale affermare che questo secondo esiste ove esista nel reale la prima. Certo, una società umana può sembrare ad un osservatore super-

ficiale qualcosa di piú percettibile di un ordinamento per il fatto che gli uomini che la costituiscono sono di carne e d'ossa, sono entità tangibili. Ma che cosa ci assicura che dieci, cento, mille uomini che stanno insieme costituiscono per ciò solo una società? E anche se è in qualche modo assodato che una certa società umana esiste, che cosa ci assicura che essa è realmente una società sovrana?

Vi sono due modi per risolvere il nostro problema. Il primo è quello dell'intervento divino, cioè della garanzia che una divinità largamente affidante dia agli uomini, per il tramite della rivelazione, della esistenza come sovrana di una certa società, quindi della vigenza come autoritario del corrispondente ordinamento ed anche, per eventuale giunta, della giuridicità in tutto o in parte di quell'ordinamento autoritativo. È un modo indubbiamente comodo per trarsi da ogni impiccio, ma esige molta fede nella divinità da parte degli esseri umani e non trova credito, ovviamente, in chi quella fede non condivida o addirittura, per motivi di fede, di altra fede, contrasti. Ad ogni modo, le concezioni teocratiche dello stato non solo hanno oggi fatto da lunga pezza il loro tempo, ma anche in passato hanno avuto vita molto meno facile, e meno incontroversa da parte degli ' infedeli ', di quanto solitamente non si pensi. La soluzione ' umana ' del problema in discussione è indubbiamente quella da preferirsi.

Ma quale potrà essere la soluzione, a cosí dire, umana? Su questo versante le possibilità non sono che due. O si assume come sovrana la società che sia riconosciuta come tale dalla maggior parte, se non proprio dalla totalità, degli altri enti sovrani esistenti nel mondo. Oppure si assume essere sovrana solo quella società che, anche se non riconosciuta dalle altre potenze sovrane, sia con tutta evidenza in grado di vivere pienamente e stabilmente secondo le esigenze del suo ordinamento autoritativo.

Il criterio del riconoscimento da parte delle potenze

della cosí detta comunità internazionale è quello praticamente piú diffuso, ma assicura solo sino ad un certo punto che la società riconosciuta come sovrana sia realmente strutturata e operante come tale, e non sia una società sovrana soltanto apparente o addirittura uno ' stato fantoccio ' che faccia comodo ad alcune potenze puntellare con il loro riconoscimento per motivi di interesse politico. Ancora fresco è, ad esempio di quest'ultima possibilità, il caso della cosí detta Cina nazionalista, della repubblica di Taiwan, per lungo tempo artificiosamente contrapposta alla repubblica popolare cinese, vale a dire alla Cina reale. È evidente perciò che il sistema di gran lunga preferibile, per poter qualificare come sovrana una società e come autoritativo il suo ordinamento, è quello ancorato alla reale ed evidente capacità della società stessa di comportarsi stabilmente come sovrana.

Ad indicare questo criterio realistico di accertamento dell'esistenza di una società sovrana la dottrina usa impiegare o tradurre un'espressione inglese sorta in relazione al limitato problema delle garanzie di adempimento effettivo (da parte dei firmatari) dei trattati internazionali: ' principle of effectiveness '. Vale la pena, per non alterare la terminologia corrente, che parliamo anche noi di ' principio di effettività '. Vale però anche la pena che ci rendiamo esplicitamente conto del fatto che l'aver abbracciato il principio di effettività non significa aver chiuso l'argomento, ma significa piuttosto aver scelto come preferibile una certa via, una via cioè ancora da percorrere, verso la soluzione del problema circa l'esistenza di un ordinamento autoritativo e, in particolare, di un ordinamento giuridico.

Giungere a capo di questa via non sarà però facile perché, sempre a prescindere dalla questione relativa alla identificazione del ' giuridico ' nel seno di ogni singolo ordinamento autoritativo, gli ostacoli da superare non sono

né pochi ne piccoli. Basti pensare, indicandone uno per tutti, al quesito se l'autoritatività dell'ordinamento implichi sempre e in ogni caso la persecuzione degli inosservanti mediante sanzioni eventualmente anche coattive (secondo quello che certi sociologi chiamano il ' guilt system ', il sistema dell'incolpazione), o se l'ordinamento sia autoritativo anche nei casi in cui si risolva, senza minacce di sanzione alcuna, in persuasivi inviti ' promozionali ' ai consociati acché si comportino in un certo modo piuttosto che in un altro e si pentano spontaneamente ove non lo abbiano fatto (secondo il cosí detto ' shame system ', o sistema della vergogna).

D'altra parte, i problemi connessi col principio di effettività dell'ordinamento autoritativo non sono problemi a se stanti. Essi si toccano, e spesso addirittura si intrecciano con i problemi di struttura dell'ordinamento stesso e con i problemi relativi alle situazioni soggettive. Problemi di cui occorre passare adesso a prendere sommaria conoscenza.

11. Il problema della struttura dell'ordinamento.

In ordine al problema della struttura di un ordinamento autoritativo le teorie che attualmente si confrontano tra loro sono parecchie, ma gli orientamenti di massima, ai quali in questa sede dovremo limitarci, sono essenzialmente tre: quello normativo tradizionale, quello normativo kelseniano e quello istituzionistico.

L'orientamento normativo tradizionale, che è tuttora il piú diffuso, è stato ampiamente elaborato, con riferimento al diritto, dai pandettisti del secolo XIX (studiosi, come ben sappiamo, sopra tutto di *ius privatum*), ma ha in realtà radici parecchio piú lontane, risalenti quanto meno all'età dei Glossatori e alla convinzione da costoro introdotta che il diritto vero e proprio lo si leggesse essenzial-

mente in quelle ' tavole di legge ' che erano per essi le Pandette e le altre compilazioni di Giustiniano.

L'ordinamento giuridico, non a caso chiamato con preferenza ' *directum* ', nel senso di risultato di una ' rettificazione ' autoritaria (*directio*) delle storture della vita sociale, è considerato, secondo questo orientamento, come un complesso di ' norme ', cioè di regole generali di comportamento, che traggono autorità e forza concreta da una potenza superiore (la divinità, il monarca assoluto, lo stato o che altro sia), la quale ne garantisce il rispetto da parte dei consociati. In una concezione laica del fenomeno, che è quella modernamente piú diffusa, il diritto ha dunque un presupposto ad esso esterno: nello stato (o in altro potere sovrano), il quale pone in atto la legislazione per produrre direttamente le norme, o per stabilire a quali condizioni considererà altre norme (per esempio quelle consuetudinarie) come proprie, e pone altresí in atto l'amministrazione e la giurisdizione per agevolare l'adempimento delle norme stesse o per ottenerne anche coattivamente l'osservanza.

Il punto critico di tutta la costruzione ora accennata si avverte facilmente. L'estraneità dello stato rispetto al diritto, il carattere di ' deus ex machina ' (o, piú precisamente, di sostituto dell'antica fonte divina) che esso assume di fronte all'ordinamento, non solo fa sí che la struttura statale (quindi proprio la legislazione, l'amministrazione, la giurisdizione) si sottragga, a rigore, alla qualificazione di giuridico, ma sopra tutto fa sí che il potere politico, e per esso la forza sociale che lo controlla in un certo momento storico, possa effettivamente fare e disfare il suo ordinamento autoritativo secondo criteri o sulla base di interessi di parte, non sia cioè nemmeno ' ordinamento '. Vero è che ogni stato moderno è ' stato di diritto ', che non manca mai di formulare puntigliosamente complessi normativi disciplinanti non solo i rapporti privati,

ma anche i comportamenti dei suoi stessi meccanismi (onde è che si parla di un diritto costituzionale, di un diritto amministrativo e di un diritto giudiziario): tuttavia del pari non si vede, o almeno non si vede con certezza, quale sia, al di fuori dello stato stesso, la radice di obbligatorietà dell'intero sistema.

Insomma, dopo l'avvenuto superamento della concezione teocratica e della concezione assolutistica ' per grazia di Dio ' dello stato, l'inquadratura tradizionale del fenomeno dell'ordinamento autoritativo, e in particolare di quello giuridico, si è rivelata, anche per altri aspetti su cui qui sorvolo, del tutto insoddisfacente. Buona per quei cosí detti ' civilisti ' che hanno per tutto orizzonte i codici e le relative leggi processuali, ottima per quei cosí detti ' penalisti ' cui basta e avanza un listino aggiornato dei reati e delle pene con connesse procedure giudiziarie; addirittura tranquillizzante per quegli ' operatori giuridici ' di vario genere che si aggitano soddisfatti entro una cerchia limitata di formule da applicare, la impostazione dell'ordinamento autoritativo come complesso di norme dettate ' dal di fuori ' non può accontentare sul piano razionale (lasciando qui deliberatamente da parte ogni preoccupazione di ordine sociale e politico) uno studioso degno di questo nome.

12. La teoria pura del diritto.

Il tentativo piú coraggioso e coerente per sottrarre il nucleo della concezione tradizionale dell'ordinamento autoritativo, con specifica focalizzazione sull'ordinamento giuridico, alle critiche dianzi accennate è stato compiuto, in tutta una serie di sue opere famose, dal praghese Hans Kelsen (1881-1973). Un pensatore, sia detto ' per incidens ', fiorito agli inizi del secolo in quella prodigiosa stagione della Vienna absburgica che vide formarsi, nei set-

tori piú diversi della cultura, personalità del livello di Sigmund Freud, di Robert Musil, di Arnold Schönberg, di Oskar Kokoschka, di Ludwig Wittgenstein.

Secondo il Kelsen e la sua ' teoria pura del diritto ', anche lo stato fa parte dell'ordinamento giuridico ed è quindi tenuto ad obbedire alle sue norme. Nella concezione kelseniana l'ordinamento giuridico coincide totalmente con l'ordinamento autoritativo. Questo è dunque un complesso ben organizzato di norme che stabiliscono tutto ciò che è da farsi in una determinata società umana e che prefissano, in particolare, l'attività sanzionatoria, eventualmente anche coattiva, diretta ad ottenere che la realtà della vita sociale (il ' Sein ', l'essere) corrisponda al ' dover essere ', al ' Sollen ', prescritto dalle norme. Quanto al punto di appoggio dell'ordinamento giuridico, cioè quanto al presupposto ' legittimante ' di tutto il complesso, il Kelsen afferma, con logica impeccabile, che esso è costituito da una ' norma fondamentale ', da una ' Grundnorm ', (la norma che prescrive l'obbligo di obbedire all'ordinamento): Grundnorm che deve essere ritenuta esistente e giuridica per definizione.

Per sollevarci dal ' terra - terra ' dei cenni che precedono, occorrerebbe, a questo punto, che parlassi delle molte e importanti precisazioni, critiche e correzioni che la teoria kelseniana ha raccolto anzi tutto dal suo stesso infaticabile argomentatore e secondariamente da tutta una schiera di studiosi, tra cui si segnalano Alf Ross, Herbert L. Hart, Joseph Raz e, in Italia, Renato Treves e Norberto Bobbio. Ma, per quel che ci occorre ai fini della nostra ricerca, non mi sembra sia il caso di farlo. È il caso piuttosto di porre subito una domanda che l'uomo della strada è inevitabilmente portato a formulare di fronte all'armoniosa costruzione kelseniana, cosí come di fronte ad altre costruzioni piú o meno affini.

Che succede se l'ordinamento, malgrado la ' Grund-

norm ' che lo avalla, non funziona? Che succede se le sue norme non vengono rispettate, se i suoi apparati sanzionatori non ce la fanno a svolgere il loro compito o addirittura si rifiutano di svolgerli, se l'anarchia insomma prevale?

La risposta che i kelseniani danno a questa domanda è singolare, ma resa necessaria dalle premesse. Se le norme dell'ordinamento giuridico non ottengono, o non ottengono piú, una diffusa e stabile obbedienza, vuol dire che l'ordinamento non c'è, oppure che esso c'era e si è estinto. In altri termini: se la struttura normativa non gira o non gira per il verso giusto, segno è che essa non vive, o almeno non vive di vita sufficiente, o comunque vive una vita falsa perché non serve allo scopo che le è proprio.

Certo, la subordinazione dell'ordinamento giuridico di segno kelseniano al principio di effettività è manifestazione di un sano realismo, che nessuno si sentirebbe di disapprovare. Essa peraltro costituisce anche un motivo, agli occhi di quel difficile osservatore che è l'uomo della strada, per avere scarsa voglia di seguire Kelsen e compagni lungo la traiettoria delle loro ulteriori discettazioni.

A che serve parlare di un ordinamento giuridico inclusivo dello stato, a che serve parlare della norma fondamentale che lo sorregge se, alla resa dei conti, tutto dipende poi dal fatto che lo stato abbia in pratica autorità sufficiente per svolgere i propri compiti, specie quelli giurisdizionali, e che la comunità internazionale gli dia praticamente atto di questa sua capacità di farsi valere? Non si ritorna, seguendo questa via tortuosa, alla dottrina tradizionale?

13. La teoria istituzionistica del diritto.

Lasciamo quindi nelle sabbie insidiose di queste domande l'orientamento normativo kelseniano e passiamo a conoscere il terzo orientamento, quello istituzionistico.

Si tratta di un indirizzo che è oggi molto in onore tra gli studiosi del diritto pubblico (con esclusione, direi, dei penalisti e dei processualisti, vincolati come sono ai loro codici), ma che può vantare una genealogia assai piú smilza e incerta di quella delle teorie normative. Vi è chi indica tra i suoi precursori nientemeno che il lontano canonista Sinibaldo de' Fieschi (1195-1254), divenuto il papa Innocenzo IV, ma per verità bisogna arrivare sino al secolo decimonono per trovare in Otto (von) Gierke (1841-1921), il grande storiografo tedesco del diritto, un antenato abbastanza attendibile. I veri promotori del nuovo orientamento sono, alla stretta dei conti, alcuni giuspubblicisti fioriti tra gli ultimi decenni del secolo XIX e i primi decenni del nuovo secolo, tra i quali vanno segnalati come piú eminenti il francese Maurice Hauriou (1856-1929) e l'italiano Santi Romano (1875-1947).

Nella sistemazione del Romano, che è quella indubbiamente meglio articolata e rifinita nei particolari, la concezione istituzionale dell'ordinamento giuridico (qui la parola ' ordinamento ' è di rigore) approda approssimativamente alle seguenti proposizioni. L'ordinamento giuridico (inteso dal Romano come sinonimo di ordinamento autoritativo) non è costituito soltanto da norme di condotta e da norme sanzionatorie, anche se in certi campi (per esempio, in quello privatistico e in quello penalistico) le norme (scritte o non scritte) abbondano: l'ordinamento giuridico consiste nella realtà di un organismo sociale in grado di farsi valere stabilmente nei confronti dei consociati. Dunque, quando vi è una società umana, quando questa organizzazione presenta i segni della stabilità, della prevedibile durevolezza, di ciò che si usa dire tecnicamente una ' istituzione ', l'ordinamento giuridico è in tutta l'istituzione: sia cioè nei complessi di norme di condotta e di norme sanzionatorie che si creano all'interno dell'istituzione, sia in tutto quel che, pur non essendo formulato in norme, costi-

tuisce la struttura e il comportamento indispensabili alla tenuta, alla sussistenza, alla durevolezza dell'organizzazione.

Conseguenze principali: queste. Accanto al diritto volontario, che è quello normativo, vi è anche un diritto involontario, o apparentemente involontario, costituito dalle implicazioni inevitabili, che man mano vengono alla luce dell'accertamento giurisprudenziale o giurisdizionale, di ogni singolo tipo di organizzazione. Inoltre nulla impedisce che su uno stesso territorio e relativamente agli stessi individui o enti si realizzi una pluralità di organizzazioni istituzionali, quindi una pluralità di ordinamenti giuridici.

Non mi sembra il caso né di andare avanti con le precisazioni, né di ripetere e di corroborare le numerose critiche, molto delle quali effettivamente calzanti, che sono state mosse alla concezione istituzionistica del diritto. Mi basterà osservare che la teoria istituzionistica, nel suo identificare l'ordinamento giuridico con qualsivoglia ente sociale, non si sottrae all'accusa mossale da piú parti di tradursi in una concezione sociologica del diritto, di confondere il fenomeno giuridico con quello genericamente sociale, e di risolversi, insomma, in una dottrina che nega in sostanza quel diritto che afferma a parole. Il Romano ed i suoi seguaci parlano di ordinamento giuridico là dove dovrebbero parlare, se mai, di mero ordinamento sociale. Essi non curano di dimostare il punto che ogni ordinamento sociale meriti la qualifica di ' giuridico ', e con ciò negano, in buona sostanza, il concetto autonomo del diritto, ponendosi, oltre che al di fuori del diritto, in posizione di contrasto con l'esperienza storica.

Per evitare questa fondamentale e facilissima obiezione si è voluto, da alcuni, correggere la teoria istituzionistica nel senso di identificare l'ordinamento giuridico esclusivamente con lo stato o, piú genericamente, con le istituzioni a carattere necessario, indipendente ed autonomo.

Tuttavia, anche di fronte a questa seconda linea della teoria istituzionistica resta incombente, a mio avviso, un dubbio di ordine preliminare. Il dubbio è se sia lecita la indentificazione del diritto con tutta quanta l'istituzione sociale, o anche solo l'istituzione statale, e quindi se sia da sottoscrivere la svolutazione del suo carattere empiricamente piú ricorrente e visibile, che è quello deontologico. Se postulato indimostrabile è la ' Grundnorm ' kelseniana, postulato non meno indimostrabile è la struttura, diciamo, ontologica dell'ordinamento giuridico secondo la concezione romaniana.

Tutta la difficoltà del problema sta qui. Mancano, se non erro, argomenti imprescindibili, i quali impongano il superamento della concezione tradizionale ed esigano, subordinatamente, l'adozione della teoria normativistica pura o di quella istituzionistica, o viceversa. Da un punto di vista logico tutte le dottrine sulla nozione del diritto sono pienamente legittime, ma altrettanto opinabili. Bisogna dunque necessariamente operare una scelta tra le possibilità costruttive che la logica ci offre.

Orbene, escluso che il nostro ordinamento, tra le diverse soluzioni che si prospettano alla mente, possa farsi dipendere da atti di fede o da valutazioni etiche o da altre inclinazioni soggettive o magari dal caso, risulta confermato che non resta, a questo scopo, se non basarsi sull'esperienza, cioé anche sulla storia. Infatti, il dire, come si sarebbe a tutta prima tentati di fare, che fondamento della ricerca possa e debba essere il diritto ' positivo ' italiano (o il diritto positivo di un altro paese del mondo) altro non sarebbe che un paralogismo. La determinazione in concreto dell'ordinamento giuridico positivo, la distinzione di esso dagli altri ordinamenti giuridici vigenti, la separazione concettuale di esso dagli ordinamenti non giuridici e dai non-ordinamenti: sono operazioni, che possono solo conseguire all'accerta-

mento del concetto di diritto, e che non possono certamente precedere questa indagine fondamentale.

14. Il problema delle situazioni soggettive.

Un ordinamento autoritativo non si traduce soltanto in poteri di comando ed eventualmente di costrizione da esercitarsi in certi modi dalle ' autorità pubbliche ', in quanto espressione dell'intera società, nei confronti dei consociati, né si realizza quindi soltanto nei correlativi doveri di obbedienza ed eventualmente di soggezione passiva dei consociati nei confronti delle autorità pubbliche. I ' soggetti ' ottengono altresí dall'ordinamento una certa sfera di liceità, di possibilità di fare a modo loro, sia nei confronti delle autorità pubbliche, sia, sopra tutto, nelle interrelazioni tra loro stessi.

Nella ipotesi degli ordinamenti giuridici, ai quali è opportuno limitare senz'altro il discorso, si usa dire che il diritto ' oggettivo ' non solo assegna delle ' potestà pubbliche ' (con corrispondenti doveri dei consociati) alle pubbliche autorità, ma assegna altresí agli stessi consociati, in relazione a determinate ipotesi, dei ' poteri giuridici ', dei poteri di operare in suo nome (detto figuratamente: dei ' diritti soggettivi '), per obbligare o costringere a certi comportamenti, beninteso sotto il controllo e con l'appoggio delle autorità giurisdizionali, altri consociati o addirittura certe pubbliche autorità.

Questo in generale. Se si procede verso il particolare, il primo problema che si configura è se sempre e in ogni caso le sfere di liceità e le sfere di doverosità dei soggetti giuridici si risolvono in precisi e dettagliati poteri o, rispettivamente, doveri. Altro problema è quello di come sono strutturati i poteri ed i doveri giuridici. Terzo problema, infine, è se tra poteri e doveri giuridici esiste sempre e in ogni caso una corrispondenza nell'ambito di altrettan-

ti ' rapporti giuridici ' in cui figurino un ' soggetto attivo ' come titolare di un potere giuridico ed uno o piú ' soggetti passivi ' come titolari di un correlativo dovere giuridico.

Il primo problema ammette, in astratto, le piú diverse risposte. È pensabile infatti tanto un ordinamento che si risolva tutto in ben circoscritti poteri e doveri dei consociati, quanto un ordinamento che escluda totalmente ogni prefissione di specifiche situazioni soggettive e rimetta lo accertamento del lecito e del dovuto al momento dello scontro giudiziario, quanto infine un ordinamento giuridico che si situi in un punto intermedio tra i due estremi ora indicati. Dato che le due posizioni estreme si realizzano assai raramente e che la gamma delle posizioni intermedie è vastissima, non gioverebbe gran che prolungare il discorso e dedicarsi al tratteggio di tutte le possibili inquadrature intermedie.

Passando ora agli altri due problemi, che per molti versi sono connessi tra loro, non credo sia il caso di occuparci delle varie configurazioni ' affievolite ' del potere giuridico e del dovere giuridico astrattamente pensabili. Ai fini di queste pagine il discorso puó essere limitato, in linea di massima, alle due piú note situazioni giuridiche attive: il ' diritto soggettivo ', che già abbiamo genericamente definito come liceità (*licère*) del soggetto; e l' ' azione ', genericamente concepita come il mezzo concesso dall'ordinamento al soggetto giuridico per la tutela di un suo interesse, e in particolare di un suo diritto soggettivo, nella ipotesi di violazione o di insoddisfacimento dello stesso.

A proposito di queste due figure si pongono tre quesiti, in rapporto di interdipendenza: quello della identificazione concettuale del diritto soggettivo; quello della identificazione concettuale dell'azione; e infine quello della determinazione dei rapporti intercorrenti tra diritto soggettivo ed azione. E siccome tutte, diciamo tutte, le opinioni astrattamente concepibili sono state in materia, or da

questo ed ora da quel giurista, manifestate e difese, mi esimerò dall'improba fatica di elencarle. Sarà meglio, piuttosto, anche ai fini della successiva discussione, che tentiamo insieme di intravvedere le principali soluzioni che la logica astratta suggerisce.

Relativamente al quesito circa la identificazione del diritto soggettivo, non basta affermare che il diritto soggettivo consiste in una ' liceità ', in un *licère*, in una *licentia* riconosciuta al soggetto dall'ordinamento giuridico. Di questa liceità occorre, necessariamente, precisare l'oggetto. E qui le figure che in sede logica si prospettano sono tre. O il diritto soggettivo viene definito come ' licentia agendi ', cioè come liceità di svolgere un comportamento (come *àgere licère*) senza interferire nella sfera giuridica di altri soggetti, che ad esso dunque rimangono estranei, se non indifferenti (es.: godere della cosa di cui si è proprietari). O il diritto soggettivo viene concepito come ' licentia petendi ', cioè come liceità di chiedere (*pétere*) ad altri soggetti giuridici di tenere un certo comportamento positivo o negativo (es.: l'attendersi dal debitore il pagamento del debito, oppure l'attendersi da tutti i consociati l'astensione dal turbare il godimento della propria cosa). O infine, il diritto soggettivo viene individuato in qualcosa di piú intenso, in una ' licentia subiciendi ', cioè nella liceità di assoggettare (*subícere*) altri soggetti giuridici, anche contro la loro volontà, a subire gli effetti di un comportamento del soggetto attivo (es.: sottrarre al debitore riluttante la cosa cui si ha diritto). La dottrina suole parlare nel primo caso (*licentia agendi*) di ' facoltà ', nel secondo (*licentia petendi*) di ' pretesa ', nel terzo (*licentia subiciendi*) di ' potere ' (in senso stretto), e non soltanto è divisa fra le tre concezioni, ma presenta anche vari tentativi di combinarle ecletticamente.

Relativamente al quesito della identificazione del concetto di azione, si offrono alla scelta due delle tre catego-

rie logiche, di cui abbiamo discorso sinora: quella della ' licentia petendi ' e quella della ' licentia subiciendi '. Ma il problema si complica per la necessità di individuare il soggetto passivo. L'azione, mezzo giuridico di tutela del diritto soggettivo violato, non si concreterà, evidentemente, in un *àgere licère* chiuso in se stesso, ma si risolverà o in un potere o in una pretesa. Se concepita come potere, l'azione consisterà, ovviamente, nella liceità di assoggettare la controparte, o chi per essa responsabile, alla reintegrazione diretta o indiretta dell'interesse offeso (insomma, nella liceità di andare a strapparle di forza la cosa che essa non vuole cedere). Se concepita come pretesa, l'azione potrà essere invece vista o come pretesa particolarmente cipigliosa verso la controparte o come pretesa verso lo stato-giudice affinché intervenga a proprio favore. E, in quest'ultima ipotesi, tanto potrà ritenersi che l'azione sia liceità di chiedere allo stato la reintegrazione del diritto violato, quanto che essa sia, piú genericamente, liceità di chiedere allo stato l'esplicazione, anche se non favorevole alle proprie ragioni, dell'attività giurisdizionale.

Relativamente infine al quesito dei rapporti intercorrenti fra il diritto soggettivo e l'azione, è chiaro che esso si specifica in modo diverso a seconda del modo in cui vengano risolti gli altri due. Concepita l'azione come pretesa verso lo stato-giudice, essa costituirà un diritto pubblico soggettivo, un diritto verso lo stato, ma ben distinto dal diritto soggettivo primario, pubblico o privato, verso la controparte. Se invece l'azione la si concepisce come potere, come ' licentia subiciendi ', di cui sia oggetto passivo l'offensore del diritto soggettivo, o altri chiamato a rispondere per lui, essa potrà essere piú concretamente caratterizzata: tanto come una liceità diversa da quella in cui si sostanzia la pretesa, sí che solo per quest'ultima si parli di diritto soggettivo, mentre per essa si parli proprio ed esclusivamente di azione; quanto come una branca del

diritto soggettivo, ma ben distinta dal diritto-pretesa (denominato solitamente ' diritto sostanziale '), e qualificata perciò come ' diritto di azione ' o ' diritto potestativo di azione '; quanto, infine, senza troppo sottilizzare, come lo stesso del diritto soggettivo, e piú precisamente come la manifestazione di esso quando, a tutela della pretesa insoddisfatta, si pone ' sul piede di guerra ' per ottenere con le cattive ciò che non ha conseguito con le buone.

E a questo punto gli interrogativi che urgono la nostra mente sono divenuti una tale folla che, pur se l'elenco dei problemi è tutt'altro che completo, il meglio sarà che ci decidiamo a chiuderlo.

15. Il terreno della ricerca.

Dopo aver stabilito quali sono i principali problemi da tener presenti e dopo aver annunciato e ribadito il proposito di contribuire, se possibile, alla loro soluzione sulla base dell'esperienza giuridica romana, resta che traduciamo in concreto il nostro programma. Resta cioè, per dirla alla maniera degli archeologi, che delimitiamo il terreno della ricerca e che ci rendiamo preliminarmente conto del materiale da sottoporre ad analisi e delle caratteristiche generali che esso presenta.

In prima approssimazione, è ovvio, ma non è male dirlo egualmente, che se vogliamo far capo all'esperienza giuridica romana dobbiamo andare alla ricerca dell'ordinamento giuridico romano, e se vogliamo andare alla ricerca dell'ordinamento giuridico romano dobbiamo riferirci a quella che si usa chiamare la ' civiltà romana ', quindi all'ambiente culturale (sociale, economico, politico, religioso, giuridico, artistico e via dicendo) di cui fu nucleo qualificante la società sovrana, diciamo pure lo stato, denominata Roma. E siccome è altrettanto ovvio, come è stato già rilevato in precedenza, che il nucleo qualificante ro-

mano variò fortemente nei secoli, comportando variazioni sensibili dell'ambiente culturale relativo, occorrerà prima di ogni altra cosa cercare di dominare quanto meglio possibile questa estrema mutevolezza di strutture e di forme, in modo da poter avere un numero non eccessivo, ma ragionevolmente limitato di punti di riferimento. Si tratta, in altri termini, pur con la coscienza di operare inevitabilmente qualche deformazione della realtà, di fissare in una serie ristretta di ' periodi storici ' le successive configurazioni piú caratteristiche della complessa vicenda da studiare.

Della periodizzazione del diritto romano, nei limiti in cui è possibile considerarlo separatamente dal resto della storia di Roma e del mondo romano, mi sono occupato in altre sedi, ed in ispecie in un manuale di ' storia del diritto romano '. Se in queste pagine preliminari evito ogni discussione in proposito, non è per rinviare a quanto ho scritto altrove, ma è perché tutto il presente libro è inteso anche a verificare la periodizzazione altrove sostenuta.

Ecco il motivo per cui la ripartizione dei tempi, ai quali farò riferimento, è quella piú esteriore e piú consueta, con adozione anche delle denominazioni piú incontestate e usuali. Quella che distingue tra: un ' periodo delle origini o arcaico ' (periodo che si puó far coincidere col *regnum* dei secoli VIII-VI avanti Cristo, ma che io protrarrei sino a tutto il quinto, addirittura sino agli inizi del quarto secolo antecristo); un successivo periodo della ' *libera respublica* ' (o ' preclassico ', nelle trattazioni giuridiche) durato sino alla fine del primo secolo avanti Cristo (per la precisione: sino alla presa di potere da parte di Ottaviano Augusto); un periodo ancora successivo del ' principato ' (o, quanto al diritto, ' classico ') chiuso nel terzo secolo dopo Cristo dall'avvento al potere di Diocleziano; un periodo finale dell' ' impero assoluto ' (qualifi-

cato, quanto al diritto, anche ' postclassico ') che giunge sino a Giustiniano I (427-465) ed oltre.

Questi, molto all'ingrosso, i ' periodi ' entro cui sarà ambientata (ovviamente, senza doverci sentire necessariamente legati ai loro limiti cronologici) la storia dell'ordinamento giuridico romano. Occorre peraltro avvertire che il problema di identificare il diritto romano si complica anche per un diverso ordine di motivi: perché l'osservazione storiografica porta facilmente a rilevare che il concetto di ' *ius* ' non fu sempre identico a Roma. A prescindere dalle qualifiche specifiche che il *ius* ebbe nei vari momenti storici, il concetto di base mutò sicuramente con l'andar del tempo e col variare dell'ambiente sociale romano. Così, ad esempio, è certo che, mentre in origine il concetto di *ius* era permeato di religiosità, nei ' tempi storici ' questo primitivo carattere era quasi del tutto scomparso. Ed è altresì abbastanza evidente che in età postclassica il *ius*, senza giungere ad essere concepito come strettamente dipendente da ordinamenti superiori quali quelli della giustizia o del diritto naturale, tuttavia fu ritenuto un ordinamento che a quei concetti dovesse, salvo casi eccezionali, fondamentalmente adeguarsi.

Quanto alle terminologie cui riferirci, le scorreremo meglio tra poco, ma è sin d'ora evidente che la terminologia di base cui dovremo far capo è quella di ' *ius* ', in cui i Romani riversavano, almeno di regola, la loro concezione dell'ordinamento giuridico.

16. I MATERIALI DA ESPLORARE.

Così delimitato nel tempo il campo dell'indagine, cerchiamo di intenderci bene circa i mezzi di conoscenza, circa le così dette ' fonti di cognizione ', di cui disponiamo per la nostra ricerca.

La conoscenza della civiltà romana in genere, del di-

ritto romano in ispecie, è resa possibile da un certo numero, non eccessivo, ma nemmeno eccessivamente limitato, di elementi probatori ('evidenze' li chiamano gli inglesi) dell'epoca. Sarebbe, tuttavia, antiscientifico conferire un eguale valore probante a tutte queste notizie romane sulla romanità. È indispensabile, invece, valutarne la 'cifra' a seconda che si tratti di notizie coeve o posteriori all'avvenimento o all'istituzione cui si riferiscono, nonché a seconda che si tratti di fonti di cognizione primarie o secondarie, tecniche o atecniche.

Il diverso valore delle fonti di cognizione coeve e di quelle successive all'oggetto è facile ad intendersi. È chiaro infatti che le prime devono dare e danno di gran lunga maggiore affidamento delle seconde: le quali possono aver perduto, in maggiore o minor misura, il contatto con la realtà cui vogliono riferirsi. Piú la fonte è successiva piú è probabile che essa rappresenti il suo oggetto, per la maggiore distanza che ne la separa, in modo deforme o evanescente. Purtroppo, peraltro, la dovizia di fonti coeve (e si aggiunga: sicuramente coeve), almeno per ciò che riguarda il diritto romano, si assottiglia paurosamente a mano a mano che dai tempi piú recenti si risalga verso quelli piú antichi. In ordine all'età arcaica del diritto romano le fonti coeve di cognizione sono addirittura pochissime, se non proprio nulle, anche se sopperisce in parte a questa deficienza l'archeologia e, piú ancora, la credibile ipotesi che molti tardi racconti di sapore leggendario relativi a quei tempi abbiano pur essi un fondo di verità derivante dalla tradizione orale.

Ma non basta differenziare le notizie coeve da quelle successive. Occorre anche distinguere tra fonti primarie e secondarie. Primarie sono le fonti di cognizione di cui si sa o si ha buone ragioni di ritenere che rappresentino o riproducano fedelmente, senza elaborazioni o deformazioni di qualche rilievo, lo stato dell'ordinamento giuridico ro-

mano o gli aspetti dell'ordine giuridico che ne formò il risultato: quindi le riproduzioni documentali o anche le testimonianze dirette e oggettive, cioè puramente rappresentative o ripetitive, di norme, di provvedimenti, di atti giuridici privati. Fonti di cognizione secondarie o derivate sono invece quelle che presentano una qualunque elaborazione soggettiva (quindi una interpretazione e, al limite, una intenzionale deformazione) dell'ordinamento giuridico romano ed impongono perciò allo storiografo una ricostruzione induttiva, indiziaria di esso.

La minore efficacia probatoria delle fonti secondarie, la piú tenue fiducia che in esse si puó avere, è di chiara evidenza e non merita illustrazione. D'altro canto, il materiale di fonti primarie di cui disponiamo è estremamente scarso. Gran parte del lavoro del romanista deve svolgersi, per necessità di cose, su tutta una gamma di fonti derivate di varia, ma comunque mai piena, attendibilità.

Ed eccoci, dopo aver parlato delle distinzioni che precedono, alla distinzione che determina per il ricercatore le maggiori difficoltà: quella tra fonti di cognizione in senso tecnico e fonti di cognizione in senso atecnico. Fonti tecniche di cognizione sono quelle di cui si sa o si ha ragione plausibile di ritenere che riguardino la storia di Roma proprio ' sub specie ' del suo ordinamento giuridico (per esempio: i documenti giuridici, fonti primarie, o gli scritti dei giureconsulti, fonti secondarie). Fonti atecniche sono quelle di cui, viceversa, si sa o si ha motivo plausibile di credere che, pur concernendo anche il diritto romano, stiano essenzialmente a riguardare altri lati della civiltà romana (l'artistico, il culturale, l'economico ecc.) e non curino adeguatamente, pertanto, la esattezza, la ' tecnicità ' delle informazioni giuridiche che danno.

Proprio o sopra tutto circa la utilizzabilità delle fonti di cognizione in senso atecnico esiste una certa divergenza fra gli studiosi di diritto romano. Di contro ad alcuni stu-

diosi, che limitano al massimo l'elenco delle fonti utilizzabili con piena fiducia, che si fermano quindi a quelle di indubbia tecnicità (e perciò, tra le fonti secondarie, a quelle provenienti da autori che professavano l'attività del giurista), vi sono altri storiografi che, invece, ritengono di potersi affidare, in maggiore o minor misura e con la moltiplicazione delle dovute cautele, anche alle fonti di cognizione in senso atecnico o ad alcune di esse. I risultati delle ricostruzioni possono essere, in dipendenza di questa diversa impostazione metodologica, assai diversi, e talvolta radicalmente distanti tra loro. Tanto per fare un esempio, una ricostruzione della proprietà fondiaria che si nutrisse a pari titolo dei testi ad essa dedicati dai giureconsulti e dei molti e suggestivi particolari emergenti dalle Georgiche di Virgilio avrebbe ben altro gusto delle assai meno sapide trattazioni fondate, come si usa, essenzialmente sulle fonti giurisprudenziali. Ma risulterebbe una ricostruzione del genere pienamente affidante sul piano della storia giuridica?

Certo, non sarebbe né possibile né lecito allo studioso del diritto romano restringere il proprio campo visivo al solo elenco delle fonti tecniche di cognizione. Non sarebbe possibile, perché sta di fatto che vaste zone del diritto romano (per esempio, quelle del cosí detto diritto pubblico) difettano di fonti tecniche sino al punto di mancarne del tutto, ed allora il ricorso alle fonti atecniche diviene addirittura indispensabile. Non sarebbe lecito, perché non puó escludersi in linea assoluta che notizie importanti possano derivare anche da fonti non tecniche di cognizione, purché sottoposte ad adeguata valutazione critica. Già ho detto prima che un discorso rigorosamente giuridico puó farlo, al caso, anche chi sia privo dell'etichetta del mestiere (e viceversa, s'intende). Dunque, piú che altro, il problema del diverso valore delle fonti si risolve nel problema del diverso atteggiamento di approccio che lo studioso deve assumere nei loro confronti.

Per parte mia, sono convinto che il modo migliore e più sicuro di procedere nella ricerca consista nel presumere come attendibili, salvo prove o indizi contrari, le fonti tecniche di cognizione (primarie o secondarie che siano) e nel sottoporre invece a previo ed accurato esame di attendibilità totale o, quanto meno, parziale le fonti atecniche. Una ricostruzione veramente affidante è ovviamente, ai miei occhi, quella basata solo su fonti di cognizione in senso tecnico, delle quali non vi sia motivo specifico di dubitare. Tuttavia, a parte il fatto che i buoni propositi non sono sempre realizzati o realizzabili in pratica, vi è da ripetere che questa impostazione metodologica non è da tutti apprezzata: non in quanto vi siano molti che esplicitamente la contestino, ma in quanto vi sono non pochi che, sopra tutto per quanto riguarda il diritto pubblico, paiono inclini ad una diversa valutazione della ' tecnicità ' di certe fonti. Le divergenze emergono particolarmente in ordine agli scritti dei retori ed a quelli, innumerevoli e di varia impostazione, di Marco Tullio Cicerone: scritti in cui la menzione, e talvolta la trattazione, di argomenti giuridici (soprattutto pubblicistici) è assai frequente, sí che la tentazione di servirsene e di affidarvisi è comprensibilmente diffusa, mentre vi è il sospetto, a mio avviso, che gli autori considerati non abbiano dei problemi giuridici una conoscenza sufficiente o sufficientemente controllata e in ogni caso subordinino le esigenze della esattezza alle suggestioni della difesa giudiziaria, della trattazione retorica, della speculazione filosofica, dell'autocompiacimento. Non si dimentichi, a questo riguardo, che i Romani di normale cultura studiavano intensamente grammatica, retorica, filosofia, ma non facevano studi regolari di diritto, né agli inizi né dopo, e che, pertanto, come tutti gli ignari di diritto, ritenevano che questo fosse una materia da poco. Il che spiega (sia detto tra parentesi) come mai Cicerone si sia vantato, una volta, di poter apprendere il diritto in tre

giorni e come mai Quintiliano abbia scritto, un'altra volta, che lo studio del diritto è cosa noiosa, ma facile, e che comunque un giurista a cui chiedere lumi lo si trova sempre.

Puó darsi, naturalmente, che, in questa disputa circa l'utilizzazione dei mezzi di conoscenza del diritto romano, l'opinione errata sia mia. Certo il quadro che io fornirò della materia in questo libro non sarà cosí vario e vivo e interessante quale quello offerto da studi altrui, che non subiscono le stesse cautele da me poste all'indagine.

Poco male se, come spero, il metodo da me seguito ci permetterà di sfiorare piú da vicino la verità storica dell'ordinamento giuridico romano, e ci agevolerà pertanto in quello che deve essere, a mio avviso, lo scopo ultimo della ricerca storico-giuridica. Lo scopo di accertare se e quali divergenze si siano verificate, e perché, tra la realtà globale della società romana, in tutte le sue componenti, e le posizioni assunte rispetto ad essa dalla piú limitata realtà del *ius Romanorum*.

17. Le fonti di cognizione in senso tecnico.

Una lista completa di tutte le fonti in senso tecnico di cui disponiamo, sia primarie che secondarie, sarebbe in questo libro un fuor d'opera. Ragguagli in proposito spettano ad opere di diversa impostazione, cui è facile rivolgersi. E quanto al testo delle fonti stesse, è tutt'altro che difficile controllarlo nelle relative ' edizioni critiche ' (cioè criticamente ricostruite attraverso il riempimento delle lacune e la scelta oculata tra le varianti), nonché, per ciò che concerne le fonti principali o di piú usuale consultazione, in certe pregevoli raccolte dei ' *fontes iuris Romani* ' molto facilmente accessibili.

Qui è sufficiente rammentare al lettore alcuni elementi estremamente semplici, ma altrettanto importanti.

Punto primo. Le fonti primarie e secondarie sono qua-

si nulle per il periodo arcaico e sono parecchio scarse di numero, nonché molto frammentarie, per i periodi preclassico e classico, dunque sino al terzo secolo dopo Cristo. L'unico residuo della giurisprudenza classica di buona consistenza, e appunto perciò considerato preziosissimo ai fini informativi dai giusromanisti, è costituito dalle *Institutiones* di Gaio in quattro *commentarii*: un manuale elementare, dunque, scritto nel secondo secolo, ma pervenutoci (non bisogna dimenticarlo) attraverso trascrizioni (eventualmente infedeli o glossate) di almeno due o tre secoli posteriori. Poco, troppo poco per avere, non dico certezze circa lo stesso diritto romano classico, ma ragioni non facilmente contestabili di ricostruzione, particolarmente se si voglia risalire al diritto preclassico ed a quello arcaico.

Punto secondo. Una mole maggiore di fonti ci perviene dal periodo postclassico-pregiustinianeo (n. 84): fonti molto interessanti perché relative non solo al diritto privato e pubblico dell'età postclassica, ma perché consistenti anche e in gran parte (sopra tutto quanto al diritto privato) in riedizioni, rielaborazioni e florilegi (in cosí dette ' compilazioni ') di testi delle età anteriori e, in particolare, dell'età classica. Da un lato abbiamo alcune raccolte di costituzioni imperiali (di cosí dette ' *leges* ') come il *Codex Gregorianus* e il *Codex Hermogenianus* dell'età di Diocleziano, o come il grande *Codex Theodosianus* promulgato nel 439 da Teodosio II; dall'altro lato disponiamo di alquante edizioni e compilazioni di testi della giurisprudenza classica (di cosí detti ' *iura* ') come i *Tituli ex corpore Ulpiani* (o *Ulpiani liber singularis regularum*) e le *Receptae sententiae Pauli* (o *Pauli sententiae ad filium*), che sembrano riprodurre fedelmente, sia pure a séguito di scelte e di tagli, insegnamenti originali dei giuristi Domizio Ulpiano o Giulio Paolo. Si aggiungano, a prescindere da numerosi frammenti minori, le cosí dette *leges Romanae Barbarorum* del V-VI secolo (il *Codex Eurici*, l'*Edictum Theo-*

dorici, la *Lex Romana Wisigothorum*, la *Lex Romana Burgundionum*), costruite con materiali legislativi e giurisprudenziali romani, e ancora altre raccolte miste di *iura* e *leges* piú o meno coeve, quali i *Vaticana fragmenta* o la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*. Sono edizioni in ordine alle quali la fiducia che riflettano esattamente il diritto classico e i testi provenienti dal periodo relativo è fortemente attenuata dalla riflessione che non si trattò in nessun caso di edizioni operate allo scopo primario di riprodurre fedelmente i dettati originari, ma si trattò, al contrario, di compilazioni a carattere eminentemente pratico: fatte allo scopo di regolare le situazioni coeve con materiali antichi debitamente corretti e adattati.

Punto terzo. In età giustinianea fu attuata l'opera indubbiamente piú grandiosa di compilazione di *iura* e di *leges* precedenti (n. 84), il cosí detto *Corpus iuris civilis* di Giustiniano I (relativo ad argomenti prevalentemente di diritto privato e, per il resto, di diritto pubblico imperiale) costituito da: i *Digesta seu Pandectae*, raccolta di *iura* in 50 *libri*, suddistinti in *tituli*, ciascuno composto di un certo numero di frammenti della giurisprudenza antica; le *Institutiones*, opera elementare in 4 *libri*, condotta principalmente sulla scorta delle *institutiones* di Gaio; il *Codex Iustinianus* (*repetitae praelectionis*), compilazione in 12 *libri* di *leges* imperiali pregiustinianee e giustinianee. Piú tardi vennero ancora: le *Novellae* (*constitutiones*), cioè le costituzioni emanate da Giustiniano (cui si aggiunsero alcune tra quelle dei suoi immediati successori) dopo la chiusura (534 d. C.) delle compilazioni precedenti, nonché una vasta massa di parafrasi greche e di *scholia* (commenti marginali) al *Corpus iuris*, che furono infine selezionati e convogliati nei *Libri Basilicorum* (*tà Basiliká*) del secolo X.

Punto quarto. Per la peculiare situazione delle fonti tecniche di cognizione, che abbiamo visto essere relativa-

mente abbondanti solo in ordine al periodo piú tardo, le difficoltà dell'indagine vengono ad essere notevolmente accresciute, e pertanto notevolmente maggiore diviene il pericolo di scivolare nella gratuita immaginazione. Ma un ausilio notevole per la ricostruzione delle epoche anteriori è fornito dall'applicazione alle fonti giuridiche contenute nelle edizioni del periodo postclassico del cosí detto metodo ' critico-esegetico '. Siccome queste fonti sono, per la maggior parte, le stesse documentazioni giuridiche dei secoli dal I avanti Cristo al III dopo Cristo, peraltro piú o meno ampiamente alterate e rielaborate per essere adattate alle nuove realtà sociali, si puó tentare, mediante la lettura critica delle stesse, di circoscrivere i limiti delle alterazioni ' postclassiche ' (glossemi di scuola, interpolazioni giustinianee eccetera), di modo che risulta piú facile, anche con l'ausilio di altri elementi disponibili, intuire il contenuto originario dei testi e quindi lo stato del diritto romano nei periodi preclassico e classico. Anzi, portando ancora piú in là l'induzione critica, si puó osare di giungere, ovviamente con margini di approssimazione estremamente ridotti e per settori estremamente limitati, sino al periodo arcaico, insomma sino alle origini stesse di Roma.

Quasi ogni fonte giuridica ' postclassica ' deve essere, insomma, oggetto di una doppia lettura, di una ' *interpretatio duplex* ', la quale consista non solo nell'accertarne il significato e il valore al momento della sua tarda edizione, ma anche nell'intuirne (alcuni dicono piuttosto nel ' divinarne ') il testo, il significato e il valore (eventualmente diversi) al momento in cui essa fu posta in essere, se ed in quanto questo momento fu anteriore a quello della edizione di cui si dispone. E l'*interpretatio duplex* puó, addirittura, talvolta, cedere il passo ad una ancora piú complessa ' *interpretatio múltiplex* ', ove si riesca piú o meno convincentemente ad argomentare che un determinato testo o gruppo di testi abbia subíto successive alterazioni, sic-

ché ha successivamente assunti diversi tenori, significati e valori.

Non vi è dubbio che operazioni di questo tipo siano rischiose e implichino la possibilità di conclusioni avventate, né puó negarsi che talvolta e da taluni studiosi l'indagine sia stata trasformata, come si è efficacemente detto, in una vera e propria ' caccia all'interpolazione ' (' Interpolationenjagd '), ma nemmeno vi deve essere esitazione, a mio avviso, nel ritenere che l'analisi critico-esegetica sia una esigenza fondamentale dei nostri studi. Coloro, non pochi, che in questi ultimi tempi hanno preso a sottovalutarne l'importanza e che in certi casi si ingegnano persino a teorizzare il mito di un'età postclassica in cui molto sarebbe innegabilmente cambiato sul terreno del diritto pubblico, mentre nulla o ben poco sarebbe avvenuto di nuovo sul terreno del diritto privato, danno spesso l'impressione, a mio sincero avviso, di essere stupefacentemente insensibili ai ben diversi suggerimenti forniti dalla storia sociale, dalla storia della gente comune, e di tornare, ingiustificabilmente, per pigrizia o miopia, o per altro, ad una metodologia vecchia di piú di un secolo, quella pandettistica.

NOTE AL CAPITOLO II

9. Sul concetto di ' ordinamento giuridico ', e sulle molte (forse troppe) disquisizioni che si fanno in argomento, mi limito a rinviare alle seguenti ' voci ' di enciclopedia ed alla ricca bibliografia addotta dalle stesse: V. Frosini, *Ordinamento giuridico (Filosofia del diritto)*, in *ED.* 30 (1980) 639 ss.; F. Modugno, *Ordinamento giuridico (Dottrine generali)*, ivi 678 ss.; F. Modugno, *Pluralismo giuridico*, in *ED.* 33 (1983) 1003 ss.; F. Modugno, *Pluralità degli ordinamenti*, in *ED.* 34 (1985) 1 ss. La lettura di queste pagine (che sono soltanto riassuntive di ben piú ampie controversie dottrinali) mi riempiono sinceramente di ammirazione, ma anche un po' di sgomento, perché non sempre mi riesce

di intendere il legame delle loro complesse argomentazioni con la realtà quotidiana, che è poi quella cui attiene e deve attenere il diritto. Comunque, a parte la probabilità che io sbagli e che mi esprima come mi esprimo esclusivamente per incapacità a seguire certi autori nelle loro sapienti evoluzioni intellettuali, la tendenza di molti giuristi all'astrattismo non è cosa d'oggi. La ha denunciata con insuperabile arguzia, ad esempio, R. von Jhering nel suo *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (trad. ital. di G. Lavaggi, col titolo *Serio e faceto nella giurisprudenza*, 1953), ove è citato, fra l'altro (p. 339 nt. 1), il seguente passo dell'ottocentesco giurista Christiansen (cfr. *Institutionen des Römischen Rechts*, 1848, p. 7): ' Lo spirito è vero essere, *esse*, poiché non è essere questo o quello, ma è essere *essere*, essere ciò che *è* '. — Per quanto concerne specificamente l'ordinamento giuridico romano, cfr.: M. Brutti, *Ordinamento giuridico (Profili storici)*, in *ED.* 30 (1980) 654 ss. (ivi bibliografia), con esposizione pacata e penetrante dei vari punti di vista moderni (mio compreso) sulla struttura dell'ordinamento romano, ma forse con qualche minore impegno (o con qualche eccessiva cautela) nella ricerca, indubbiamente difficile, del punto di vista dei Romani. — Un altro motivo, sino ad un certo punto futile, per cui alla corrente terminologia di ' diritto ' io preferisco (a titolo di equivalenza semantica) la terminologia ' ordinamento giuridico ' è che questa seconda dizione permette in qualche modo di riattaccarsi, con l'aggettivo ' giuridico ', al latino ' *ius* '. Vero è che in italiano esiste anche il termine ' giure ', ma si tratta di un termine ormai da gran tempo disusato. — I ' postulati ' da cui parte la mia indagine sono, per l'appunto, postulati, cioè proposizioni aprioristiche, delle quali né voglio né posso difendere incontestabilmente la verità. Si riconosca, peraltro, che essi sono molto generici (quindi passibili, nel corso della ricerca, delle più numerose precisazioni e varianti) e che essi corrispondono alle idee che, per sommi capi, si hanno dalla generalità degli studiosi di diritto in ordine alla materia del loro studio. Non vi è dubbio che di ordinamento giuridico si possa parlare anche sulla base di postulati diversi, ma non vi è nemmeno dubbio che qualche postulato di base sia pur necessario, se si vuole avviare un discorso sul diritto: ora, come i geometri prendono solitamente le mosse nei loro ragionamenti dal postulato euclideo delle tre dimensioni (il che non esclude che si possa fare e si faccia da alcuni anche una geometria delle quattro dimensioni), così i giuristi e gli storiografi del diritto sono autorizzati (e addirittura quasi tenuti) a far capo ai tre postulati ' euclidei ', cioè di

maggiore e piú comune evidenza, che a me è parso (salvo errori grossolani) di individuare. Ad ogni modo, i postulati da me proposti, pur collegando il diritto agli ordinamenti sociali ' autoritativi ', non implicano né l'accettazione aprioristica della tesi della ' staralità ' del diritto (le società sovrane non sono, infatti, necessariamente stati), né comportano l'adesione alla tesi della ' coattività ' dell'ordinamento giuridico: la loro disponibilità ai piú svariati adattamenti, se non è illimitata, è tuttavia molto estesa. — A chi reputasse che il mio scrivere ' stato ' con la esse minuscola sia frutto di un errore di stampa o, per converso, di chi sa quale ideologia anarchica, posso assicurare, una volta per tutte, che lo faccio (deliberatamente) solo per insofferenza delle maiuscole non strettamente necessarie a termini di lingua italiana.

10. Sul problema dell'esistenza dell'ordinamento v., in particolare: J. Raz, *Il concetto di sistema giuridico* (1977, tr. dall'ediz. riveduta del 1973), specialm. 271 ss. Superate le vecchie concezioni teocratiche, cosí come quella del diritto naturale superiore, vi è oggi chi parla del ' sovrano ' (singolo o collettivo, comunque integralmente umano) da cui promana l'ordinamento: cfr. Austin, *The Province* (nt. 7) passim. Peraltro, a stringere il discorso, il sovrano risulta tale se ed in quanto come tale sia riconosciuto dai soggetti, se ed in quanto funzioni il principio di effettività. Su quest'ultimo: P. Piovani, *Effettività (principio di)*, in *ED.* 14 (1965) 420 ss., con bibliografia. — Pur se è vero, come vedremo piú in là, che il diritto ha avuto, specialmente alle origini, molti punti di contatto con la religione e che sin dai piú antichi tempi vi sono state, sopra tutto in Oriente, società politiche di cui il capo era ' *dominus et deus* ', la concezione della ' teocrazia ', cioè della sovranità statale appartenente alla divinità, si è affermata con il cristianesimo, di cui il testo piú reciso e piú noto è quello di Paul. *ad Romanos* 13.1: *Omnis anima subdita sit; non est enim potestas nisi a Deo.* Sulla storia di questo modo di pensare e sulla sua reviviscenza in certi autori anche dopo la Rivoluzione francese: A. Jacobus, *Der Gottesstaat* (1926), con bibliografia. Tra i relitti moderni dello stato teocratico vi è, come tutti sanno, lo Stato della Città del Vaticano. — La tendenza ad identificare riduttivamente il diritto con la legge (o, quanto meno, a vedere nella legge l'espressione perfetta dell'ordinamento giuridico) è tendenza che risale all'antico, ma che è largamente diffusa (fuori dell'ambiente dei giuristi, naturalmente) anche nel mondo moderno, sopra tutto da che, in gran parte dei paesi civili, le consuetudini hanno ceduto

il posto alle codificazioni legislative e sono state posposte, come fonti di diritto, alle leggi scritte. È appena il caso di ricordare, a questo proposito, che nella lingua inglese diritto obbiettivo e legge si esprimono con l'unico termine 'law' (legge: il termine 'right' vale solo per indicare il diritto in senso subbiettivo): ciò, pur essendo, proprio nei paesi anglosassoni, molto diffuso ed autorevole, accanto allo 'statute law' (cioè accanto al diritto legislativo vero e proprio), il diritto consuetudinario e quello basato sui 'precedenti' delle pronunce giurisdizionali (cioè il cd. 'common law'). Premesso che la riduzione del concetto di diritto alle sole leggi risponde ad una spiegabile esigenza di semplificazione dell'esperienza giuridica, si possono abbastanza facilmente comprendere (anche se difficilmente si possono giustificare): sia la inclinazione degli antichi ad attribuire a lontanissime 'leggi fondamentali' (come vedremo che hanno fatto i Romani per le cd. *leges regiae* e, in larga misura, anche per le *leges XII tabularum*) il complesso bagaglio del loro ordinamento giuridico; sia la facilità superficiale con cui molti storiografi moderni della civiltà romana (i quali, pure, non sono qualunque 'uomini della strada') si sbarazzano, per incuranza dello studio del diritto romano, dei molti problemi di riflessione e di approfondimento che quest'ultimo esige siano invece affrontati. — Per una visione generale della sociologia del diritto: R. Treves, *Introduzione alla sociologia del diritto*[2] (1980). La storia del diritto romano (come vedremo, ad esempio, quando parleremo delle cd. *leges imperfectae*) presenta interessanti e non trascurabili applicazioni dello 'shame system'. V. sul punto: A. Guarino, *Comandi e consigli*, in *Tagliacarte* (1983) 51 ss.

11. Sull'ordinamento giuridico come '*directum*': *infra* n. 13. — Per la concezione tradizionale (e tuttora corrente) del diritto e per la sua formazione storica: E. Cortese, *La norma giuridica* (1962-1964). Tra le moltissime trattazioni generali italiane, particolarmente limpida (e 'autentica') quella, ormai purtroppo quasi totalmente dimenticata, di F. Filomusi Guelfi, *Enciclopedia giuridica*[3] (1917). — La genía degli 'operatori giuridici' (sopra tutto giudici e avvocati) di scarsa o scarsissima preparazione generale (quindi anche storiografica), che maneggiano maldestramente quel tanto di diritto che serve loro di prima mano, è una genía che vi è sempre stata dovunque, ma che in Italia (e, credo, in vari altri paesi) si è andata infoltendo nel secondo dopoguerra, particolarmente per effetto delle 'riforme' che i movimenti studenteschi del 1968 hanno indotto una classe politica tanto impre-

parata quanto debole (se non addirittura, in qualche caso, complice) ad apportare all'ordinamento degli studi universitari e preuniversitari. Per quanto riguarda questi ultimi, basti pensare alla eliminazione del rigoroso vaglio implicato dall'esame di 'maturità' introdotto negli anni venti da quel grandissimo filosofo e pedagogo che fu Giovanni Gentile: opera di insana politica scolastica alla quale si è aggiunto il 'grottesco' per cui da oltre venti anni si vive sul provvisorio di un esamuccio superato dal 95% dei candidati, non essendo stata ancora varato il sistema che avrebbe dovuto sostituire quello precedente. Per quanto poi riguarda gli studi universitari, si pensi soltanto alla assurda 'liberalizzazione' dell'accesso alle facoltà universitarie (per effetto della quale possono, per esempio, entrare nella facoltà di giurisprudenza anche studenti ufficialmente ignari delle lingue classiche), alla troppo affrettata moltiplicazione delle università (una per ogni regione e, in certe regioni aventi piú *potentiores* locali, anche, perché no?, piú d'una), allo smodato aumento in pochi anni dei docenti di ruolo (alcuni o molti dei quali, chi sa, ancora non provvisti della necessaria preparazione scientifica e didattica), alla stolida guerra mossa a collaudate materie formative (tra le quali, con riferimento agli studi di giurisprudenza, quelle giusromanistiche) in nome di insegnamenti prevalentemente informativi di argomenti speciali cosí detti moderni. A séguito di tutto ciò si è determinato, sempre in Italia, uno stato di diffusa inadeguatezza degli operatori giuridici delle leve piú giovani di fronte ai delicatissimi compiti loro commessi: inadeguatezza che risalta e fa scandalo sopra tutto nel ceto della magistratura (ulteriormente deteriorato, questo, dalla completa automatizzazione della carriera, che si svolge senza piú esami e scrutini per gli avanzamenti, nonché dalla politicizzazione eccessiva degli appartenenti, che si riflette nel modo a volte indecoroso in cui discutono e litigano all'interno del Consiglio superiore, schierati su posizioni politiche diverse, i cosí detti 'membri togati' che ne costituiscono la maggioranza).

12. Per la 'teoria pura del diritto', che ha suscitato una letteratura vastissima: H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934; tr. ital. 1936, *La dottrina pura del diritto*); id., *General Theory of Law and State* (1945; tr. ital. 1952, *Teoria generale del diritto e dello Stato*). V. anche, per varie precisazioni: R. Treves, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, in *ATO*. 1952, 177; N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960); A. Catania, *Argomenti*

per una teoria dell'ordinamento giuridico (1976). — L'aver sottolineato che Kelsen appartiene a quell'ambiente e a quel momento della storia, la Vienna e l'Austria di fine secolo, in cui si formarono, in altri campi, pensatori ed artisti egualmente (come dire?) ' radicali ' (da Freud a Wittgenstein, da Schönberg a Kokoschka e via dicendo) non è stata, da parte mia, una superflua ' nota di colore '. Anche se è puerile credere che il clima, il momento storico, l'ambiente sociale e familiare influiscano in modo massiccio sulla formazione delle grandi personalità, sta di fatto (ed è ingenuo non tenerne conto) che essi, in qualche misura maggiore o minore, la loro traccia la lasciano. La Vienna di Francesco Giuseppe, nei tempi di inizio della grande decadenza dell'impero absburgico, era tutta ' Ruhe und Ordnung ' (pace e ordine) imposte duramente dall'alto, ma appunto perciò favoriva le grandi evasioni dello spirito da quel ' regio-imperiale ' sistema politico che Robert Musil, con riferimento acre (e di gusto che non definirei eccellente) alle due kappa di ' Kaiserlich-Königlich ' (imperial-regia), chiamava il paese di ' Kakània ', cioè, per chi ricordi l'assonanza di un certo verbo latino, il paese di Cacconia. V. in proposito: A. Janik, S. Toulmin, *Wittgestein's Vienna* (1973, tr. ital. col titolo *La grande Vienna*, 1975). — In ordine alla evasione kelseniana dalle strettoie dello ' stato di polizia ', come anche può definirsi l'impero absburgico, va aggiunto che è assai difficile, se non addirittura impossibile, inquadrarla in una concezione politica più ampia (per esempio, in quella liberale), ma che gli sviluppi del pensiero dello stesso Kelsen furono, come si desume da altre sue opere (ultima tra le quali *I fondamenti della democrazia*, 1955-56), orientati in senso liberal-democratico e antitotalitario (specialmente antimarxista): in senso, comunque, del tutto diverso da quello animante la teoria istituzionistica di cui si parla nel n. 13.

13. Per la ' teoria istituzionistica del diritto ', anch'essa suscitatrice di vastissima letteratura: S(anti) Romano, *L'ordinamento giuridico*[2] (1946, rist. 1977), con bibliografia sino al 1945; F. Modugno, *Istituzione*, in *ED.* 23 (1973) 69 ss.; id., *Norma giuridica (teoria generale)*, in *ED.* 28 (1978), specialm. 341 ss., con vasta bibliografia. Interessanti precisazioni in: G. Chiarelli, *Il problema dei caratteri differenziali dell'ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. pubblico* 1950, 1.341 ss., cui si deve il tentativo di identificare l'ordinamento giuridico esclusivamente con lo stato. — Uno sviluppo coerente della teoria del diritto come istituzione è stato pro-

posto da R. Quadri (spec. in: *Problemi di teoria generale del diritto* [1959]), il quale ha vigorosamente sostenuto (con particolare riferimento al diritto internazionale) che il diritto coincide con la realtà sociale, cioè con la effettiva possibilità di comandare e di ottenere l'attuazione dei comandi, sicché non è vero che '*ex facto oritur ius*', ma è vero addirittura che '*ius est factum*' (che l'ordinamento giuridico consiste nel fatto di essere tale). In proposito v. le mie considerazioni critiche in: A. Guarino, '*Ius est factum*', in *Tagliacarte* (1983) 66 ss. Tutte le teorie 'realistiche' del diritto (che sono molte e che non possono essere qui né elencate, né tanto meno discusse) hanno origine, sia pure attraverso vie le piú diverse, dalla facile constatazione storica che 'capo ha cosa fatta', che chi effettivamente può (persona, 'élite' o classe che sia) è colui che incontestabilmente comanda, che solo chi è in grado di decidere è in condizione di giudicare, e via di questo passo: i nomi degli studiosi (oltre che dei politici) che hanno in tal modo definito il fenomeno (taluni vivacemente criticandolo, come Marx e i marxisti, talaltri teorizzandolo con simpatia, come il Karl Schmitt della *Verfassungslehre* [1928 e ediz. successive]) integrano una lista assai lunga. Per quanto mi riguarda, pur nutrendo il massimo rispetto per le opinioni diverse dalla mia e pur avendo in tiepida stima coloro che viceversa (sopra tutto quando il pericolo è passato) bollano sprezzatamente gli 'ismi' (fascismo, nazismo, comunismo, stalinismo ecc.) che loro non aggradano, personalmente, dicevo, non condivido le teorie realiste: oltre che per le ragioni accennate nel testo, anche per il fatto che esse portano inevitabilmente, se del caso, a conclusioni del tipo famosissimo di quelle con cui lo Schmitt (nell'articolo *Der Führer schutz das Recht*, in *Deutsche Juristen-Zeitung* 39 [1934] 945 ss.) 'giustificò', con estrema lucidezza formale, la cosí detta 'notte dei lunghi coltelli', cioè l'episodio dell'eccidio di Böhm e dei suoi amici perpetrato da Adolf Hitler e dalle sue 'SS' in una notte bavarese (il 30 giugno) del 1934. — L'esempio piú noto (perché piú clamoroso) che S. Romano (*Ord. giur.*, § 30) ha portato a sostegno della sua tesi del diritto come istituzione e della pluralità degli ordinamenti giuridici è quello delle organizzazioni considerate addirittura illecite dallo stato (ed il pensiero corre, a tal proposito, ad un nome che l'autore si astiene peraltro rigorosamente dal fare, quello della 'mafia'): 'il negare a tale ordine [cioè all'ordine interno che certe organizzazioni realizzano] il carattere della giuridicità non può essere che la conseguenza di un apprezzamento etico, in quanto siffatti enti sono spesso delittuosi e im-

morali; il che sarebbe ammissibile, ove fosse dimostrata quella dipendenza necessaria e assoluta del diritto dalla morale, che, secondo noi, in tale senso, che ci sembra molto ingenuo, è invece inesistente'. In altri termini, le istituzioni illecite saranno piú deboli (quando lo sono) dello stato, ma sono, per il Romano, ordinamenti giuridici né piú né meno dello stato; né è stato a caso che Sant'Agostino (*de civ. Dei* 4.4) ha scritto che, una volta allontanata la giustizia, i grandi regni altro non sono che bande di briganti e le bande di briganti altro non sono che piccoli regni ('*Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia? Quia et latrocinia quid sunt nisi parva regna? ... hoc malum si in tantum perditorum hominum accessibus crescit ut et loca teneat, sedes constituat, civitates occupet, populos subiuget, evidentius regni nomen adsumit, quod ei iam in manifesto confert non dempta cupiditas, sed addita impunitas*').

14. Sulle situazioni giuridiche soggettive mi limito a rinviare a: W. Cesarini Sforza, *Diritto soggettivo*, in *ED.* 12 (1964) 659 ss., con bibliografia facilmente aggiornabile sui manuali. V. anche: R. Orestano, *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche* (1978) 113 ss. Per la mia impostazione: A. Guarino, *Il diritto e l'azione nell'esperienza romana*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1953) 389 ss. (cfr. Guarino, *Le origini quiritarie* [1973] 314 ss.). — Non tutti gli studiosi riconoscono l'esistenza autonoma delle situazioni giuridiche soggettive, e in particolare del diritto soggettivo: v., sul punto, Orestano cit. 157 ss. e citazioni ivi. La posizione piú estrema è quella del Kelsen (nt. 12) in *Dottrina pura* 60 ss. e *Teoria generale* 77 ss.: 'il diritto soggettivo non è diverso da quello oggettivo; è il diritto oggettivo stesso soltanto in quanto si rivolge contro un soggetto concreto (obbligo) oppure si mette a disposizione di questo (autorizzazione) in forza della conseguenza da esso stabilita' (insomma, il diritto soggettivo altro non è che 'forma speciale o rappresentazione personificata del diritto oggettivo'). A me non interessa, in questa sede, prendere posizione su questa e consimili teorie, che mi sanno comunque non poco di astratto: mi basta chiedermi (cosí come ho fatto nel testo) come si articoli, e in quali possibilità di richiesta o di azione, la situazione del soggetto favorito dal diritto obbiettivo a discapito di quello su cui incombe l'obbligo giuridico. È solo entro questi limiti che lo studio del diritto romano può arrecare qualche utile contributo alla teoria generale del diritto.

15. Sui problemi della periodizzazione del diritto romano e sui quattro periodi da me identificati: Guarino, *SDR.* n. 8-10; id., *Giusromanistica elementare* (nt. 1) n. 8. Tengo particolarmente a ricordare che i quattro periodi da me individuati (l'arcaico, il preclassico, il classico, il postclassico) sono stati, sempre da me, suddivisi in ' fasi ': il che, anche se non è certo valso ad eliminare la rigidità e la artificiosità (l'una e l'altra, tutto sommato, opportune) della periodizzazione, è servito, credo, ad attenuarla, e renderla piú vicina alla varietà quotidiana della storia, e insomma a sminuire, nei limiti del possibile, il carattere a cosí dire ' monolitico ' dei vari periodi. Segnalo qui, in particolare, le fasi di ' crisi ' (piú o meno lunghe e drammatiche) che concludono i primi tre periodi, nonché, quanto al periodo classico (quello del principato), la distinzione tra la fase ' augustea ' (ancora orientata verso la sopravvivenza formale dei valori genuinamente repubblicani) protrattasi sino a Traiano, e la successiva fase ' adrianea ', apertasi appunto con Adriano e culminata con la dinastia dei Severi, nella quale sempre piú fortemente e apertamente si andò profilando l'idea dell'impero. V. anche: A. Guarino, *La democrazia a Roma* (1979) *passim.*

16. Sulle fonti di cognizione del diritto romano e sul loro diverso valore: Guarino, *SDR.* (nt. 1) n. 13 e n. 280-309; id., *Giusromanistica elem.* (nt. 1) *passim*, ma specialm. n. 25-30. — Sull'idea che i Romani avevano della necessità di conoscere il diritto, ma anche della facilità di studiarlo: I. Lana, *Il primo approccio degli studenti romani con la legge alla scuola del retore*, in *Klio* 61 (1979) 89 ss., in cui si fa ampio cenno a quanto ha scritto Quintiliano a proposito dello studio delle leggi (anzi, piú precisamente, del diritto). Cfr. Quintil. *inst. orat.* 12.3.3-10, ove si paventa la disavventuara che l'oratore, specie in sede di *altercatio* con l'avvocato avversario, non abbia alle spalle un giurista pronto a dargli un fondato consiglio (*quid, si forte peritus iuris ille non aderit? quid, si quis non satis in ea re doctus falsum aliquid subiecerit?*) e appunto perciò si suggerisce al buon retore di completare la sua preparazione con un ' extra ' costituito dallo studio diretto e personale, senza piú bisogno di ricorrere a ' *pragmatici* ', del diritto: cosa, del resto, spiega Quintiliano (12.3.6-7) non molto difficile, in quanto che il *ius* di solito è *certum*, perché risulta da precise *leges* o da autorevoli *mores*, oppure, quando è *dubium*, lo si risolve col ricorso ai principî di *aequitas*, la quale è cosa notissima alle persone oneste (*Nam omne ius, quod est certum,*

aut scripto aut moribus constat; dubium aequitatis regula examinandum est. Quae scripta sunt aut posita in more civitatis, nullam habent difficultatem, cognitionis sunt enim, non inventionis; ... aequitas optimo iure cuique notissima). Enormità, o piú sinceramente sciocchezze, quelle asserite qui da Quintiliano, che, ahimé, si sono perpetuate e diffuse nei secoli, tra i cosí detti uomini di cultura, sino ai giorni nostri (giorni in cui, lo dico per personale esperienza, il diritto è preso talvolta 'sotto gamba' persino da coloro che 'lo fanno', cioè dai membri del parlamento). — Su Cicerone come fonte di conoscenza del diritto romano: Guarino, *Giusromanistica* cit. n. 26; id., *Cicerone come e quando*, in *Labeo* 36 (1990) 267 ss. È fuori discussione che Cicerone avesse, da buon oratore, una vasta *memoria* (agevolata, sembra, da una ricca biblioteca) e che le sue cognizioni di diritto pubblico (piú che di diritto privato) fossero ragguardevoli: tuttavia molto ha influito sulla fondatezza delle sue asserzioni e discettazioni giuridiche la varietà delle occasioni di vita in cui si è espresso e la presunzione di cui era notoriamente fornito. Le inesattezze (alcune delle quali non del tutto casuali) nella sua vastissima produzione letteraria non mancano. Quanto alla presunzione, prescindendo dal suo notorio proposito (ovviamente nei fatti non riuscitogli) di scrivere un'esposizione sistematica del diritto romano (cfr. Cic. *de orat.* 1.51.185-190, *Brut.* 41.152), Cicerone la manifesta chiaramente, anche se in parte scherzando, in *pro Mur.* 13.28: *itaque si mihi, homini vehementer occupato, stomachum moveritis, triduo me iuris consultum esse profitebor* ('se mi fate venire la mosca al naso, io son capace, malgrado le molte occupazioni che mi opprimono, di diventare giureconsulto in tre giorni'). Sul punto v. anche: V. Arangio-Ruiz, *Cicerone giurista* (1961), in *Scritti di diritto romano* 4 (1977) 259 ss.

17. Per gli argomenti sfiorati in questo numero non ho che da rimandare a quanto molto piú diffusamente detto in: Guarino, *SDR.* (nt. 1) cap. V, n. 310-316; id., *Giusromanistica elem.* (nt. 1) *passim*. Ivi bibliografia.

III. I SIGNIFICATI E I VALORI DI ' IUS '.

18. ' Ius ' nella varietà delle sue accezioni.

Senza voler pregiudicare le analisi specifiche che seguiranno, vediamo ora di renderci conto, a titolo di prima approssimazione, dei significati e dei valori che assume, particolarmente nelle fonti di cognizione in senso tecnico (ma non esclusivamente in esse), il sostantivo che nella lingua latina esprime il concetto di ordinamento giuridico: il termine ' *ius* '. Un termine, quello di *ius*, che nell'area delle lingue neo-latine (ma anche fuori di quest'area) ancora sopravvive nei derivati (come, ad esempio, nell'italiano ' giuridico ' o nel francese ' juridique ', o anche nel tedesco ' juristisch '), mentre in senso assoluto è stato malamente sostituito, per influenza del basso-latino ' *directum* ', da vocaboli come ' diritto ', ' droit ', ' derecho ', ' direito ', ' drept ' (o in tedesco da ' Recht ', ' retto ').

A differenza del suo omologo greco ' *nómos* ', il neutro ' *ius* ' (gen. ' *iuris* ') è termine che presenta una varietà di adattamenti, e quindi di significazioni, vastissima. Tanto vasta che si incontra non di rado nelle fonti un altro neutro ' *iūs* (*-ris*) ' dal suono identico ma dal significato ' toto coelo ' diverso da quello di diritto. *Ius* (da cui il francese attuale ' jus ') può voler indicare, infatti, anche ' succo ', ' estratto ', ' brodo ', mentre *iurulentus* e *iurulentia* sono suoi derivati che stanno a denotare la succolenza di un cibo e *iusculum* è un diminutivo usato da Catone (*de agr.* 156.7) per il brodetto di cavoli (e valevole, direi, per ogni sorta di ' potage '). Nel manuale di cucina (' *de re coquinaria* ') di Apicio il *ius*, in questo senso gastrono-

mico, è di casa: per esempio, nel sesto libro, che è interamente dedicato al trattamento dei volatili (dagli struzzi ai pappagalli, dai fenicotteri ai polli), vi è una ricetta che saggiamente consiglia di cuocere l'animale nel suo stesso brodo, '*cum iure suo*'.

Difficile è stabilire se tra *ius*/diritto ed *ius*/sugo vi sia parentela etimologica. Molti etimologisti moderni lo negano, sopra tutto quando collegano *ius*/brodo all'étimo indico tutto speciale *yūs*, ma altri non ne sembrano pienamente sicuri. E non parliamo del buon vescovo Isidoro di Siviglia, il quale, nel suo accomodante libro delle etimologie o delle origini (*et.* 20.2.32), non pareva dubitare che i capicuochi, gli 'chefs', dell'antichità avessero denominato *ius* il sugo addirittura per derivazione da *ius* nel senso di diritto, facendo leva sul fatto che in cucina vige la legge del condimento o, per dirla con i Greci, della pignatta in cui si elaborano le salse (*ius coquinae magistri a iure nuncupaverunt, quia est lex condimenti eius: hanc Graeci 'zémam' vocant*). Ad ogni modo non va tralasciato di rilevare che *ius*/diritto, a parte ogni questione circa la sua derivazione etimologica, compare, nelle fonti piú antiche di cui disponiamo (in particolare, nei resti epigrafici di talune leggi repubblicane), anche nella forma '*ious*', mentre questa forma non ci risulta che sia stata mai usata per indicare il *ius*/brodo.

Quale che sia la soluzione del problema etimologico, è umano che l'identità dei termini in uso per indicare il diritto e il sugo abbia divertito parecchio i Romani ed è perdonabile che li abbia indotti talvolta, in omaggio al principio che '*facetiae sunt condimenta sermonum*' (Cic. *de or.* 2.67.271), a doppi sensi piú o meno eleganti. Cicerone (*in Verr.* 2.1.46), ad esempio, assicura che i Siciliani, esasperati dalla cattiva amministrazione della giustizia da parte del pretore Verre (e tutti sanno che *verres* in latino significa maiale), si rifacevano parlando di un '*ius Verri-*

num ' nel senso non solo di ' giustizia di Verre ', ma anche di ' brodo di maiale '. E argutamente un personaggio di Plauto definisce i giuramenti (*iusiuranda*) degli innamorati un po' come un brodetto messo insieme con tutto quel che capita, che è come dire un diritto senza garanzie di certezza (*Cistell.* v. 472: *similest iusiurandum amantum quasi ius confusicium*).

Fatte queste precisazioni, concentriamo il discorso sui significati che ' *ius* (*ious*) ' assume nel suo specifico valore di diritto. Per il che, cercando di agglutinare al meglio i significati stessi in categorie approssimativamente omogenee, passerò a parlare via via di *ius*: *a*) come causa dell'ordine sociale; *b*) come risposta ad esigenze d'ordine; *c*) come statuizione perfetta; *d*) come disciplina di interessi diversi; *e*) come spettanza dei consociati; *f*) come luogo di sua impartizione; *g*) come espressione di momenti successivi.

Alla descrizione sommaria delle categorie ora dette, cui è dedicato il séguito di questo capitolo, succederà, nei capitoli successivi, una piú ravvicinata analisi dei varî momenti storici del *ius Romanorum* e delle visuali sistematiche venute in essere, relativamente al concetto di *ius*, nel seno dell'attività scientifica ad esso dedicata, la *iurisprudentia*.

19. ' Ius ' come causa dell'ordine sociale.

Il significato primario e maggiormente diffuso del vocabolo ' *ius* (*ious*) ' sia nelle fonti di cognizione in senso tecnico sia nelle fonti di cognizione in senso atecnico, è quello di una ' realtà ' da cui viene determinata l'organizzazione di una società umana: è quello cioè di causa dell'ordine e della disciplina sociale, non importa se tutta quanta tradotta in specifiche norme. Di piú: vi è qualche fonte particolarmente significante dalla quale si desume,

con sufficiente chiarezza, che ' *ius* ' non è inteso come un qualunque ordinamento sociale, ma ha il senso ' forte ' di ordinamento coincidente con l'intero ordinamento statale, o almeno come ordinamento costituente una ' species ' rispetto al ' genus ' dell'ordinamento statale in cui rientra: il senso, insomma, di ciò che ho precedentemente definito, a titolo di postulato, come ' ordinamento giuridico ' o ' diritto '.

Tra gli esempi molteplici a nostra disposizione sceglierò, in considerazione della loro maggiore esplicitezza, quelli che seguono.

(*a*) Gai 1.1. *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur.*

Questo famoso passo di apertura delle *institutiones* gaiane (riprodotto dalle *Institutiones* di Giustiniano, vedremo poi perché, in evidenza non altrettanto rilevante) dice che tutte le società politiche convenientemente organizzate, tutti i *populi* che sono regolati da leggi e consuetudini (*qui legibus et moribus reguntur*), e tra essi anche lo stato romano, si valgono (*utuntur*) di un ordinamento giuridico, di un *ius*, il cui contenuto in parte è loro caratteristico (ed appunto perciò viene chiamato *ius civile*, cioè *ius* proprio della specifica *civitas*, del singolo *populus* preso in considerazione) e in parte è comune a tutte le nazioni (*gentes*) di pari livello minimo organizzativo (ed appunto perciò viene chiamato *ius gentium*, cioè *ius* dettato a tutti gli uomini consociati in *gentes* da una identica ' ragion na-

turale ', cioè da una esigenza che è propria della stessa natura umana.

Lo stile della dichiarazione ora riportata è visibilmente involuto (ed implica indubbiamente un certo sforzo per capire che i *populi*, *qui legibus et moribus reguntur*, sono sinonimo delle *gentes*, delle *civitates* e degli stessi *homines* che ne fanno parte), ma non vi possono essere equivoci, almeno a mio avviso, su questi tre punti: primo, che Gaio collega il concetto di *ius* ai soli stati, ai soli *populi* (o *civitates*, o *gentes*) disciplinati da *leges* (intendi: provvedimenti di governo) o da *mores* (intendi: consuetudini); secondo, che il *ius* di cui quegli stati (tra cui Roma) si avvalgono è posto certamente in vigore da *leges* o da *mores*, ma non coincide necessariamente con tutte le *leges* ed i *mores* degli stati stessi, cioè con tutto quanto l'ordinamento statale; terzo, che tale *ius* in parte scaturisce da esigenze proprie dei singoli stati e in parte scaturisce da esigenze comuni a tutti gli stati (cioè dettate dalla *naturalis ratio*), ma anche nel secondo caso essa ' vige ', si impone all'osservanza dei consociati, solo se è recepito da in concrete *leges* o da concreti *mores* di ogni *populus*.

(*b*) Ulp. 1 *reg.* D. 1.1.10.1: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribúere.*

Il passo pone in evidenza il carattere precettivo, quindi di principio superiore di organizzazione sociale, del *ius*. Bisogna tener presente, tuttavia, che qui Ulpiano ci parla da un libro di *regulae iuris*, in cui è ovvio che abbia particolarmente curato la traduzione del diritto, anche nelle ipotesi in cui non sia strutturato in precise norme, in precetti generali. Quanto al contenuto dei *praecepta* promananti dal diritto (vivere onestamente, non ledere l'*alterum*, cioè colui con cui si venga a diretto contatto, dare a ciascuno ciò che gli spetta), essi hanno alle spalle una lunga tradizione, che risale quanto meno ai tempi di Cicerone, ma non va dimenticato che a segnalarne il carattere non

assoluto e inderogabile sta una famosa affermazione di Paolo: ' *non omne quod licet honestum est* '.

(*c*) Mod. 1 *reg.* D. 1.3.40: *Ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo.*

Modestino chiarisce, anche qui in termini generici di *regula*, le possibili radici del *ius* come ordinamento giuridico: il consenso esplicito o implicito di tutti i consociati, una iniziativa anche non unanime consolidata dalla consuetudine, infine la *necessitas*. Sul *consensus* dei *cives* (cui Papiniano, 1 *definit.* in D. 1.3.1, cercò di connettere il concetto di legge come ' *communis rei publicae sponsio* ') e cosí pure sulla *consuetudo* avremo modo di fermarci a lungo piú in là. Sin d'ora si badi invece al filone della *necessitas*, della necessarietà intrinseca di una struttura, che concorre con quelli del *consensus* e della *consuetudo*. Esso sembra in certo modo una conferma della concezione istituzionistica del diritto.

(*d*) Ulp. 3 *ad Sab.* D. 1.3.8: *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur.*

In questo passo, che apparteneva ad un libro del commentario *ad Sabinum* di Ulpiano, in cui il giurista si occupava di questioni relative ai testamenti (cfr. L. *Ulp.* 2452), non si parla di *ius* al singolare, ma si parla di ' *iura* ', di diritti al plurale. È lecita la supposizione che qui Ulpiano voglia riferirsi ai diritti subbiettivi del testatore e voglia precisare che essi non sono fatti su misura della sua persona, ma sono, per cosí dire, preconfezionati all'ingrosso, con riferimento a ' tipi ' generali di possibili ' *de cuius* '. A me sembra peraltro molto piú probabile, anche se non certo, che in questo luogo Ulpiano, dovendosi occupare (come risulta dalla palingenesi di tutto il libro: L. 2444-2452) di una varietà di quesiti pratici piuttosto ampia, si esprima i termini di diritto oggettivo e chiarisca che le ' regolamentazioni giuridiche ' (ecco il significato del ter-

mine ' *iura* ') non sono poste in essere in vista degli interessi e delle particolarità di soggetti determinati, ma sono rapportati ad esigenze generali. Caratteristica, quella della generalità del diritto, che (va avvertito subito) subí sin dai piú antichi tempi eccezioni numerose, e assai raramente apprezzabili, da parte dei cd. ' *privilegia* ', cioè delle leggi emanate a favore o in odio di singole persone (' *leges in privos latae* '): i quali privilegi passarono, nel periodo tardo-classico ed in quello postclassico, a trovare la loro fonte sopra tutto nelle costituzioni imperiali, tanto frequenti quanto arbitrarie e incontrollate, al punto da essere considerati essi stessi come una branca anomala del *ius*, definita del ' *ius singulare* '.

(*e*) Gai 1.2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.*

Questo passo è la continuazione e specificazione, con particolare riguardo al *ius populi Romani*, di quanto si legge in termini generali nel primo capoverso, poco fa esaminato, delle *institutiones* gaiane.

Esso anzi tutto conferma che per ' *iura* ' i Romani usavano intendere la pluralità delle regolamentazioni facenti parte, con riguardo agli svariati argomenti da mettere in ordine, del *ius Romanorum* in generale: quindi, per fare qualche esempio, la coesistenza, nel quadro complessivo dell'ordinamento giuridico romano, di un *ius testamentorum*, di un *ius codicillorum*, di un *ius militare*, di un *ius quod ad personas pertinet* e via su questa strada.

In secondo luogo, il paragrafo gaiano solleva un vecchio e apparentemente grosso problema: come mai Gaio, dopo aver detto nel paragrafo precedente che le nazioni civili (tra cui il popolo romano) ' *legibus et moribus reguntur* ', enumera qui minutamente le *leges* e i provvedimenti ad esse equiparati dello stato romano e non fa parola dei

mores? Dimenticanza non può essere, voluto difetto di completezza dell'elenco nemmeno, mancanza ai tempi di Gaio (sec. II d. C.) di istituti giuridici basati sui *mores maiorum* meno che meno, glossema ' privativo ' del testo da parte di un manipolatore postclassico addirittura ridicolo da sostenere: e allora? Allora la soluzione che io propongo è questa: il verbo ' *constant* ' usato da Gaio non vuol dire (come molti, fermandosi al primo significato, inclinano a tradurre) che i *iura populi Romani* ' derivano ', cioè sono costituiti o creati, dalle *leges*, dai *plebiscita* eccetera; esso vuol dire che quei *iura* ' risultano ', cioè emergono, sono documentati dagli atti (si badi: tutti atti tipicamente scritti) che vanno dalle *leges publicae* sino ai *responsa prudentium*. Considerato che, come vedremo meglio a suo tempo, nel secolo di Gaio gli istituti derivanti da antichi *mores* abbondavano e di essi facevano fede i *responsa prudentium*, mentre i *mores* in quanto tali avevano ormai persa ogni vitalità, cioè ogni capacità di produrre nuovi istituti, ecco perché Gaio dei *mores* esplicitamente non parla, pur alludendo implicitamente ad essi col richiamo ai *responsa prudentium*.

Tanto per completare il discorso, aggiungerò che nelle *Institutiones* di Giustiniano, avendo la consuetudine acquistato frattanto nuova vitalità nel mondo giuridico romano, dei ' *diuturni mores consensu utentium comprobati* ' si parlerà (cfr. I. 1.2.9) anche per esplicito (n. 85).

20. ' IUS ' COME RISPOSTA AD ESIGENZE D'ORDINE.

I Romani, almeno per quanto ci risulta, non si spinsero molto avanti nell'analisi delle esigenze (o, come sul dirsi, delle ' istanze ') cui lo stato diede soddisfazione con le sue *leges* e con i suoi *mores* in generale, con il suo *ius* in particolare. Gli storiografi non mancano certo di segnalare le reazioni negative che taluni provvedimenti di

governo sin dai tempi piú antichi sollevarono: per esempio, nella plebe contro il patriziato, nei *populares* contro la *nobilitas*, nella nobiltà senatoria contro i *principes*. Ma i giuristi, che sono la principale fonte tecnica di conoscenza del diritto romano di cui disponiamo, di tutto questo solitamente taquero o dettero quasi impercettibili segni: il che in parte si spiega per il fatto che essi (o quelli tra loro di cui a noi sono giunte le tracce) facevano parte dei ceti sociali dominanti (la *nobilitas*, gli *amici principis*, i funzionari dell'organizzazione imperiale) e in parte si giustifica per il fatto che il loro còmpito, sopra tutto in materia di *ius privatum*, non era quello di emettere estemporanei giudizi sulle buone o cattive ragioni del diritto, ma era soltanto quello di studiarne il funzionamento e la possibilità di applicazione. Di qui la loro tendenza ad ' isolare ' il dato giuridico da quello sociologico e a mantenersi apparentemente neutri quanto a quest'ultimo.

Tuttavia non è a credere che i giuristi romani (a prescindere dalle posizioni di parte che talvolta presero nella vita sociale e politica) siano stati sempre e del tutto indifferenti alle esigenze di fondo dell'introduzione o dell'abolizione dei vari regolamenti giuridici. Sorvolando su esempi specifici, e quindi piú ristretti, che si potrebbero addurre, non vi è dubbio che essi furono assai sensibili alla diversità intercorrente tra istituti giuridici corrispondenti ad istanze piú o meno sentite, ma comunque proprie ed esclusive della *civitas Romanorum*, ed istanze di assai piú alta autorità (e di assai minore contestabilità) dettate ai popoli civili dalla natura umana: da quella ' *natura* ' (vocabolo collegato dall'étimo con ' *nascor* ') di cui Orazio incisivamente diceva che, anche a scacciarla a colpi di forca, essa sempre tornerà a farsi sentire (Hor. *ep.* 1.10.24: ' *naturam expellas furca, tamen usque recurret* ').

Proprio alla ' *naturalis ratio* ', alla ragion naturale, al modo di reagire secondo quanto la natura stessa ispira, fa

richiamo Gai 1.1, un testo che abbiamo già esaminato qualche pagina addietro (n. 19), per isolare entro l'insieme del *ius populi Romani* (cosí come entro l'ordinamento giuridico di ogni nazione civile) il nucleo autorevole del *ius gentium*, vale a dire del diritto che è parimenti serbato da tutte le nazioni civili (che '*apud omnes populos peraeque custoditur*') in quanto conforme a concezioni comuni a tutti quanti. Alita in questa impostazione una indubbia ispirazione filosofica di stampo naturalistico, ma questa ispirazione non forza o deforma in alcun modo il dato di comune esperienza per cui il diritto è un fenomeno sociale, e piú precisamente ancora un fenomeno attinente ai *populi* o *civitates*, vale a dire alle società sovrane. Ed è evidente che la *naturalis ratio* che presiede al *ius gentium* implichi che quest'ultimo possa essere anche chiamato senza scandalo *ius naturale*, sempre con stretto riferimento, beninteso, agli uomini e ad essi soltanto: il che trova conferma in piú di un luogo dello stesso Gaio (cfr., ad esempio, 1.156: *... at hi, qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati*).

A diversi pensieri possono indurre altre due impostazioni che si leggono nelle fonti giuridiche. Anzi tutto la impostazione di Ulpiano (1 *inst.*), riportata dai *Digesta* (D. 1.1.1.3-4, 6 pr.) e dalle *Institutiones* di Giustiniano (cfr. I. 1.2 pr.-2): *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit ... Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur, quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit. ... Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei<s> servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficimus*. In secondo luogo, la definizione del *ius naturale* formulata da Paolo nel commento *ad Sabinum* (14 *ad Sab.*) e riportata da Giustiniano

in D. 1.1.11: *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale; altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile* (*rell.*).

La definizione paolina del *ius naturale* come quello che ' *semper aequum ac bonum est* ' corrisponde in buona sostanza alla definizione gaiana del *ius gentium*, quanto meno nel senso che il *ius naturale* si contrappone esclusivamente al *ius civile* (inclusivo del *ius honorarium*, sembra voler precisare Paolo), in una visione sempre dualistica, dicotomica del diritto in genere e del *ius Romanorum* in ispecie. Che il *ius naturale* paolino sia immutabilmente equo e buono deriva, con tutta evidenza, dal fatto di connetterlo ad una *naturalis ratio* di livello superiore a quello della *utilitas* caratteristica di una singola comunità sovrana nei diversi momenti della sua storia: il che implica, anche se nel testo di Paolo non lo si legge, che esso, per dirla con Gaio, ' *apud omnes populos peraeque custoditur* '. Il *ius naturale* della definizione ulpianea, invece, pur rifacendosi ad una *natura* che non è molto distante dalla *naturalis ratio* gaiana, si distacca non solo dal *ius civile*, ma anche dal *ius gentium*, per il fatto di essere connaturato agli *omnia animalia*, a tutti gli esseri viventi, ivi compresi gli animali subumani: il che ci porta su un piano astratto o, se si vuole, astrattamente filosofico, ma in termini che hanno molto, se non proprio del puerile, quanto meno dell'ingenuo.

Ma non è il caso, almeno per il momento, di approfondire il discorso. Lo lascio perciò a questo punto, con la riserva di tornarvi piú in là.

21. ' IUS ' COME STATUIZIONE PERFETTA.

Il senso di *ius* come oggettivamente costituito, stabilito, determinato a supporto della struttura e del funzio-

namento di una certa società, e in particolare di una certa società sovrana, viene arricchito dalle fonti di cui disponiamo, con la precisazione esplicita o implicita che esso è e deve essere qualcosa di sicuro, di definito, di certo. Questo qualcosa può essere, se si vuole, criticabile, eliminabile, surrogabile con un regolamento diverso e migliore, ma in tanto esiste e vige come *ius*, in quanto la sua consistenza ed i suoi confini siano saldi e definiti, in quanto esso si sostanzi in una statuizione, o regolamentazione che dir si voglia, la quale sia 'perfetta'. Perfetta, ovviamente, non in senso assoluto, di massima e insuperabile strutturazione, ma in senso relativo, cioè nel senso che abbia raggiunto uno stadio di completezza (vorrei quasi dire uno stadio di condensazione o di compattezza) adeguato alle sue finalità.

Naturalmente, che il *ius* sia tale solo in quanto sia certo nelle *leges* o nei *mores* che lo costituiscono non significa che esso sia perciò facilmente comprensibile da chicchessia; anzi spesso esso agli occhi dell''uomo della strada' (che è quanto dire agli occhi della gran maggioranza dei soggetti cui si riferisce) si presenta come *incertum*, come insicuro, come indecifrabile e quindi, al limite, come problematico anche nella sua esistenza. Ecco il motivo per cui l'espressione '*ius incertum*' è ambigua: da un lato, essa esprime la difficoltà soggettiva di conoscere un diritto che indubbiamente esiste ed è completa in ogni sua parte; dall'altro lato, essa indica l'oggettiva imperfezione, quindi l'inesistenza, di un diritto che non è giunto a un grado di sufficiente maturazione.

Di *ius incertum* nel secondo senso (e quindi della necessità di raggiungere la 'perfezione' affinché il *ius* sia veramente tale) sembra parlare un famoso squarcio di Pomponio, che è il caso di passare a leggere.

Pomp. *sing. enchir.* D. 1.2.2 pr.: ... *Initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum*

agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur. 1. *Postea aucta ad aliquem modum civitate ipsum Romulum traditur populum in triginta partes divisisse, quas partes curias appellavit, . . . et ita leges quasdam et ipse curiatas ad populum tulit: tulerunt et sequentes reges . . .* 3. *Exactis deinde regibus lege tribunicia omnes leges hae exoleverunt iterumque coepit populus Romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem.* 4. *Postea . . . placuit decem constitui viros per quos . . . civitas fundaretur legibus: quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt (rell.).*

Il racconto è favoloso e non è il caso di analizzarlo, almeno per ora, criticamente. Quello che conta è che, nel sec. II d. C. ed agli occhi di Pomponio, la storia del *ius Romanorum* arcaico si presentava nei seguenti stadi: una fase pre-romulea (e pregiuridica), in cui, non essendovi leggi ed *ius* allo stato di perfezione, il popolo viveva in completa balía della discrezionalità (manifestantesi nella *manus*, cioè in gesti manuali di comando) dei suoi re; una fase giuridica, aperta da Romolo e proseguita dai suoi successori (sino a Tarquinio il Superbo), in cui il popolo fu organizzato in trenta *curiae* ed i *reges* ' portarono ' (*tulerunt*) a queste (perché le approvassero) precise *leges*; una fase successiva alla cacciata dei re, nella quale subentrò una piuttosto misteriosa *lex tribunicia* (con la quale sembra adombrarsi la volontà rivoluzionaria della *plebs* e dei suoi *tribuni*), la quale fece sí che le *leges regiae* andassero in disuso (*exoleverunt*) e che il *populus* prendesse nuovamente a vivere piuttosto che in base a *leges latae*, in balía di un *ius* privo di certezza e di qualche rara *consuetudo* frattanto delineatasi; una fase finale, in cui furono creati i *decemviri legibus scribundis* e furono scritte e pubblicate su tavole d'avorio (' *eboreae* ': ma Pomponio avrà scritto certamente ' *roboreae* ', cioè di quercia) quelle che furono dette ap-

punto le *Duodecim Tabulae*, leggi fondamentali della *respublica Romanorum*.

La concezione del *ius* come un alcunché di certo, cosí come adombrata nel suo *liber singularis enchiridii* da Pomponio, viene confermata per esplicito da un testo non meno famoso di Nerazio Prisco, altro giurista del secolo II dopo Cristo.

Nerat. 5 *membr.* D. 22.6.2: [*In omni parte*] *error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debebit, cum ius finitum et possit et esse debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.*

Il frammento, che nei *Digesta* fa parte del titolo '*De iuris et facti ignorantia*' ed è stato utilizzato a supporto del principio generale che la ignoranza del diritto non puó, di regola, essere invocata a propria scusa, proviene da un passo dei *libri membranarum* in cui il giurista si occupava del tema limitato dell'usucapione e a questo proposito incidentalmente diceva: mentre l'interpretazione dei fatti è estremamente difficile (sicché è ragionevole che un soggetto di normale *prudentia* possa sostenere di essere stato tratto in inganno dalla *ignorantia facti*), l'interpretazione del diritto è piú agevole, perché il *ius* è e deve essere ben determinato, '*finitum*' (cioè munito di confini, di *fines*). L'attacco iniziale '*in omni parte*' è evidente frutto di interpolazione generalizzante (interpolazione operata al servizio dell'accennato principio '*iuris ignorantia non prodest*') e comunque qui non ci interessa. Quel che qui ci interessa è l'affermazione, non certo originale, ma inequivoca, che '*ius finitum et possit et esse debeat*'.

22. 'IUS' COME DISCIPLINA DI INTERESSI DIVERSI.

Il *ius*, nella sua significazione di causa dell'ordine sociale o statale, figura spesso nelle fonti con l'accompagnamento di un aggettivo che lo qualifica in rapporto alla ma-

teria specifica cui si riferisce, in rapporto cioè agli specifici interessi sociali o statali che disciplina: per esempio, come ' *ius fiscale* ' (relativo all'organizzazione ed al funzionamento del *fiscus Caesaris*, nel quale, come si sa, finí per confluire, durante il periodo del principato, il vecchio *aerarium populi Romani* della *libera respublica*), come ' *ius gentilicium* ' (relativo alle antiche *gentes* cittadine e progressivamente quasi del tutto disapplicato in pratica), come ' *ius singulare* ' (di cui ho già parlato dianzi), come ' *ius militare* ' (relativo alle questioni dell'esercito e dei suoi *milites*). Rispetto a questi settori specifici che gli fanno eccezione, il diritto valevole per tutto il *populus* viene talvolta contraddistinto dalla locuzione ' *ius commune* '.

Vi è poi, al di sopra delle distinzioni ora accennate, una suddivisione di tutto quanto il *ius Romanorum* in due branche: quella del ' *ius publicum* ' e quella del ' *ius privatum* '. Essa trova indubbie anticipazioni in fonti piú antiche, sopra tutto atecniche, come, ad esempio, nella famosissima (ma, vedremo a suo tempo, errata) dichiarazione di Livio (3.34.6), secondo cui le *XII Tabulae* furono ' *fons omnis publici privatique iuris* '. Tuttavia la sua formulazione piú esplicita si trova solo in un passo della *institutiones* di Ulpiano, giurista dell'età dei Severi, riportato dal primo titolo dei *Digesta* e del pari nel primo titolo delle *Institutiones Iustiniani* (I. 1.1.4).

Ulp. 1 *instit.* D. 1.1.1.2: *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. privatum ius tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.*

Sopra tutto quest'ultima distinzione merita di essere tenuta ben presente. Essa è di grande rilievo intrinseco ed

un rilievo molto maggiore ha acquisito, col procedere dei secoli, sino ai giorni nostri. Occuparcene piú a fondo dovremo. Ma potremo farlo solo in prossimità delle conclusioni ultime alle quali perverrà, dopo vari altri capitoli, questo libro (n. 92-93).

23. ' IUS ' COME SPETTANZA DEI CONSOCIATI.

Gli usi di ' *ius* ' come spettanza dei consociati, cioè con riferimento ai soggetti dell'ordinamento giuridico romano, abbondano sia nelle fonti tecniche sia nelle stesse fonti atecniche, ma sono in maggioranza di significato piuttosto ambiguo.

Vi sono ipotesi, non poche, in cui è dubbio se con *ius* si designi una sfera di liceità riconosciuta al soggetto o si indichi piuttosto lo stesso diritto oggettivo nella misura in cui un soggetto sia ammesso a trarne vantaggio. Il risultato pratico, a stringere, è lo stesso, ma il concetto ovviamente è diverso. È una perplessità che si avverte di fronte a molte locuzioni (non tutte) ricorrenti al ' dativus commodi ' ' *ius alicui esse* ', ed è una perplessità che sorge altresí, talvolta, di fronte a locuzioni come ' *ius meum* (*tuum*, *suum*, *nostrum*, *alienum* ecc.) ', ' *ius iurare* ' (e ' *ius iurandum* '), ' *ius feci* ' (frase pronunciata da una delle parti della *legis actio sacramenti in rem*: cfr. Gai 4.16), ' *nudum ius Quiritium habere* ' (modo di esprimersi che si incontra in Gai 1.54 e 3.166 per indicare la situazione del *dominus ex iure Quiritium* quando l'*in bonis habere* sull'oggetto del suo *dominium* sia stato concesso dal magistrato giusdicente a un altro soggetto giuridico).

Fuori di questi casi dubbi, il termine *ius*, se riferito ad un soggetto, indica in modo autonomo la situazione giuridica di quel soggetto, ma spesso la indica in generale, come l'insieme dei vantaggi e degli svantaggi che gli vengono in quanto soggetto. Tale è il caso della diffusa espres-

sione ' *sui iuris* ', che denota l'indipendenza dell'individuo da una *potestas* altrui, quindi globalmente la sua condizione di soggetto giuridico, cioè di individuo che ha come possibilità sua propria quella di destinatario di vantaggi e svantaggi imposti dal *ius*, in contrapposto allo stato di coloro che sono ' *alieni iuris* ' o ' *alieno iuri subiecti* ', cioè in condizione di subordinazione ad un individuo *sui iuris*. Lo stesso senso globale si ritrova sostanzialmente nella dizione ' *successio in ius* ' o ' *successio in universum ius* ', intesa come il subentrare di uno o piú soggetti (i *successores* e, nel caso di *hereditas* civilistica, gli *heredes*) nella totalità delle situazioni attive e passive, di vantaggio e di svantaggio, di un *antecessor* vivo o morto (nel secondo caso, il cosí detto ' *de cuius* ').

In molte altre ipotesi il termine *ius* non solo ha senso soggettivo generale, ma ha senso di vantaggio specifico in riferimento ad un oggetto o ad uno scopo. Tuttavia in queste ipotesi il vantaggio che si riconosce al soggetto non è in correlazione con la posizione di svantaggio di un soggetto passivo, non ha il senso né di *licentia petendi*, né di *licentia subiciendi*. Ha il senso di *licentia agendi*, di ' facoltà ' che l'ordinamento giuridico ha riconosciuto al soggetto e non ad altri: *ius in rem habere*, *ius testandi*, *ius vendendi*, *ius fruendi*, *ius agendi cum populo*, *ius gladii* e via dicendo. Il sicuro riferimento al concetto di diritto soggettivo manca particolarmente con riguardo ai cosí detti ' diritti soggettivi pubblici ', cioè ai diritti dei cittadini nei confronti dello stato e dei suoi organi (si pensi al *ius provocationis ad populum*).

Sembra di poter affermare, piú in generale, che quando si può fare a meno di indicare per esplicito l'esistenza del soggetto passivo e della *licentia petendi* nei suoi confronti, come avviene nell'ipotesi dei rapporti giuridici assoluti (che solo modernamente vengono espressi col ricorso alla terminologia di ' *iura erga omnes* '), del soggetto o dei soggetti

passivi le fonti generalmente tacciono, preferendo puntualizzare il rapporto in termini di facoltà del soggetto attivo. Quando invece del soggetto passivo non è possibile tacere, come avviene nell'ipotesi dei rapporti giuridici relativi e in particolare delle *obligationes*, è singolare che le fonti evitino di parlare in termini di *licentia petendi* del soggetto attivo e preferiscano poggiare tutto sul *debitum*, sull'*obligatio*, insomma preferiscano concentrare il discorso sull'obbligo che sopraffà il soggetto passivo. Il soggetto attivo di un rapporto, assoluto o relativo che sia, torna ad essere nominato sol quando entri in gioco la sua *licentia subiciendi*, ed anzi le fonti hanno una spiccata disposizione a descrivere la situazione del soggetto attivo, anche quando il rapporto non sia o non sia ancora divenuto litigioso, col ricorso al termine '*actio*': cosa che, del resto, si spiega ove si rifletta che i giuristi romani (ai quali in gran parte risalgono queste fonti) esprimevano solitamente i loro pareri quando si verificava o si profilava una lite.

A proposito dell'*actio* è famosa la definizione di Celso figlio, in un brano dei suoi *libri digestorum* (3 *dig.* D. 44. 7.51) ripreso anche dalle Istituzioni giustinianee (cfr. I. 4.6 pr.): *nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi*. L'*actio* (che probabilmente è qui solo l'*actio in personam*, a tutela di un diritto relativo) è vista da Celso come *ius* in senso certamente soggettivo. Ma '*ius persequendi iudicio quod sibi debetur*' (per usare la variante che si legge nelle Istituzioni) esprime una *licentia subiciendi* nei confronti dell'*obligatus* (o della controparte in generale), o indica piuttosto ancora una volta una *licentia agendi*, una facoltà insita nella situazione del soggetto attivo? Bisogna ammettere che la definizione celsina non manca di ambiguità.

Restano, ciò posto, pochissimi esempi di *ius* come *licentia petendi*, mentre sono molteplici le applicazioni del termine *actio*. Tra i casi meno incerti possono citarsi quello

di Ulpiano (46 *ad ed.* D. 50.17.54), quando dice che nessuno può trasferire ad altri piú *ius* di quanto gli spetti (*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*), e quello di Gaio (2 *de test. ad ed. urb.* D. 50. 17.55), là dove esclude che agisca con dolo chi eserciti un proprio diritto (*nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*). Ma val la pena di rilevare che ambedue gli esempi figurano in quel titolo (D. 50.17) ' *De diversis regulis iuris antiqui* ', che chiude i *Digesta* di Giustiniano e che, per comune riconoscimento, è stato messo insieme dai compilatori attraverso un paziente lavoro di ritaglio, allo scopo di attribuire alla giurisprudenza classica un patrimonio di ' *regulae iuris* ', quindi di concezioni generalizzanti, che essa in realtà non ebbe, o ebbe in quantità di gran lunga minore.

24. ' Ius ' come luogo di sua impartizione.

Un traslato facilmente comprensibile di ' *ius* ' è quello di luogo in cui esso viene pubblicamente e autorevolmente rivelato, proclamato, imposto ai soggetti che contestano tra loro circa la sua spettanza all'uno piuttosto che all'altro, cioè a quelle che vengono denominate usualmente le ' *partes* '. Luogo di ' impartizione ' del diritto è, in particolare, il luogo in cui il magistrato repubblicano (nonché, piú tardi, al suo posto, il *princeps* o il funzionario imperiale) procede alla *iuris dictio*.

La sede di giustizia non era una sede unica, né era una sede fissa. Il ' tempio della giustizia ' o, piú prosaicamente, il ' palazzo di giustizia ' fu ignoto ai Romani e tale rimase anche nell'età del basso impero. In periodo preclassico, ad esempio, era il magistrato con la sua scelta a stabilire ed a solennizzare la sede di giustizia, sedendo sulla *sella curulis* in un luogo eminente (*tribúnal*), davanti al quale stavano in piedi le parti ed il pubblico. A Roma i pretori

esercitavano la *iurisdictio*, solitamente, nel *Comitium* (cfr. Gell. *n. a.* 20.1.47), un settore ricavato nella parte nord-est del *Forum*, mentre gli edili curuli esercitavano la funzione giurisdizionale nel mezzo dei mercati di cui avevano la sorveglianza. Nulla ostava comunque a che un processo potesse svolgersi ' *de plano* ', senza erezione della tribuna per il giusdicente, cioè non *pro tribunali*. Ma il caso era raro, ed ancora piú rara, oltre che limitata ai soli finti processi della cosí detta ' *iurisdictio voluntaria* ' (cioè ai processi del tipo della *in iure cessio*, delle adozioni o della *manumissio vindicta*), era l'ipotesi che la procedura si svolgesse bloccando il magistrato al suo passaggio in un punto qualunque della città (' *in trànsitu* ').

Con riferimento specifico al *praetor*, questi elementi si ritrovano in un passo del giurista severiano Paolo (14 *ad Sab.* D. 1.1.11: *. . . alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur . . . quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur*). Dovunque il pretore abbia scelto di *ius dicere*, con salvaguardia della dignità della sua funzione e delle antiche costumanze, si ha, secondo Paolo, un luogo denominabile ' *ius* '.

La lettura di un testo di Ulpiano in materia di *interrogatio in iure* ci accerta che, anche se *ius* per antonomasia è la sede di giustizia del *praetor*, si verifica la localizzazione del *ius* davanti a qualunque altro funzionario giusdicente (Ulp. 22 *ad ed.* D. 11.1.4.1): *Quod ait praetor: ' qui in iure interrogatus responderit ' sic accipiendum est: ' apud magistratus populi Romani vel praesides provinciarum vel alios iudices '.* Il ' *vel alios iudices* ' è una giunta generalizzante intesa ad includere nel quadro anche la giustizia amministrata dall'imperatore e dai funzionari imperiali, i quali non erano *magistratus*.

In correlazione con il significato ora illustrato di *ius*

sono i numerosi passi nei quali si parla di procedimenti che potevano verificarsi ' *extra ius* ' (per esempio, la *cessio bonorum* o la *pignoris capio*), di cose da ' *adducere in ius* ', di ' *vocatio in ius* ' della controparte, di atti processuali da compiere ' *in iure* '. E si può in qualche modo comprendere che l'alta frequenza dell'uso di *ius* nel senso di luogo di giustizia possa aver sollecitato l'ipotesi, che discuteremo a suo tempo, secondo cui sia stato questo il significato primo e originario del termine.

25. ' IUS ' COME ESPRESSIONE DI MOMENTI SUCCESSIVI.

Altre qualificazioni del *ius Romanorum*, che si vedono (o piú spesso si intravvedono soltanto) nelle fonti, non sono l'espressione di una concezione unitaria, né danno l'impressione di essere venute alla luce in funzione di una ripartizione sistematica (di una ' *partitio* ', per dirla con i rétori) dell'unità e totalità costituita dall'ordinamento giuridico romano. Danno la netta sensazione, invece, di rapportarsi a momenti diversi della storia giuridica romana e di rappresentare nuclei di diritto (alcuni parlano di ' strati ', ma io parlerei piuttosto di ' flussi ') venuti in essere ciascuno in un suo proprio tempo storico, anche se sono poi in tutto o in parte sopravvissuti al tempo storico loro proprio. Il che spiega perché non sempre sia esplicitato, dalle fonti di cui disponiamo, il settore giuridico al quale originariamente si contrapposero, o dal quale comunque nel loro tempo si diversificarono.

Dato che la scoperta di queste vicende è lo scopo principale di questo libro, qui mi limiterò a preavvertire quali sono le qualifiche eminentemente diacroniche (cioè diversificate dall'appartenenza a tempi successivi) del *ius Romanorum* sulle quali dovremo in seguito fermarci.

(*a*) Prima qualificazione da esaminare sarà quella di ' *ius Quiritium* '. Può essere che questa espressione, come

generalmente si sostiene, sia sinonimo di *ius civile*. Ma vi sono indizi che portano a chiedersi se essa indichi, in contrapposizione agli istituti sorti in età posteriore, principalmente gli istituti giuridici romani aventi le loro radici nel periodo quiritario. Molto dipende dal valore che si attribuisce alla preposizione ' *ex* ' (se di derivazione temporale o meno), ad esempio nella espressione ' *dominium ex iure Quiritium* ', oppure nella formula correlativa della *rei vindicatio* (' *Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, Auli Agerii esse ex iure Quiritium* . . . '): l'una e l'altra formulazione costituitesi in età certamente posteriore all'età quiritaria.

(*b*) Degna di molta attenzione è, a sua volta, la qualificazione di ' *ius civile* '. Spesso la si trova usata per indicare il *ius proprium civium Romanorum*, nel senso di Gai 1.1, e quindi tanto il *ius Quiritium* quanto gli istituti venuti in essere dopo il periodo quiritario, giú giú sino all'età dei Severi o addirittura all'età di Giustiniano. Ma altre volte il *ius civile* non ha questo significato complessivo. Vi è un *ius civile* (comprensivo degli istituti del *ius Quiritium*, ma non di essi soltanto) che ha la caratteristica di applicarsi ai soli cittadini romani, ma vi è anche un altro *ius civile*, costituito da istituti di origine posteriore, che è applicabile tanto ai Romani quanto agli stranieri.

Anche se non lo si legge con chiarezza nelle fonti, è opportuno, dunque, identificare sul piano storico due esplicazioni diverse del *ius civile*: *a*) la prima, che, per capirci, designeremo come ' *ius civile vetus* ', intendendo con essa il *ius civile* dei soli *cives Romani*; *b*) la seconda, che, sempre per capirci, designeremo come ' *ius civile novum* ', intendendo ad essa il nuovo *ius* applicabile anche agli stranieri.

(*c*) Altra espressione polisensa è quella di ' *ius legitimum* '. Già la conosciamo per la sua contrapposizione, di carattere sistematico, a *ius moribus constitutum* e ad *ius*

mixtum. Ma, analizzandola meglio, è abbastanza facile scoprire che di *ius legitimum* a volte si parla per designare tutti gli istituti introdotti da provvedimenti legislativi, ivi comprese le *leges publicae populi Romani*, mentre a volte se ne parla in senso peculiare, per designare istituti del *ius civile vetus* introdotti o regolati da *leges* del periodo arcaico, principalmente dalle *XII Tabulae*. Per intenderci designeremo quindi con ' *ius legitimum vetus* ', questa primitiva accezione, mentre indicheremo con ' *ius legitimum novum* ' gli istituti introdotti da *leges publicae* del periodo preclassico e di quello classico.

(*d*) Al *ius legitimum novum* si riferisce un'altra espressione polisensa: quella di ' *ius publicum* '. Del *ius publicum* ho già parlato per la sua contrapposizione sistematica a *ius privatum*. Qui però la locuzione assume un significato, di carattere eminentemente storico: il significato, presente nelle fonti, di *ius legibus publicis conditum*, diritto promanante delle *leges publicae populi Romani* ad integrazione, ed eventualmente a correzione, del *ius civile*.

(*e*) La qualifica di ' *ius praetorium* ' o ' *honorarium* ' sta nelle fonti a designare (cfr. Pap. 2 *def.* D. 1.1.7.1): il diritto *quod praetores* (e gli altri magistrati giusdicenti) *introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*. Dunque si tratta di un fenomeno di produzione giuridica verificatosi tra il I secolo avanti Cristo e il I secolo dopo Cristo. Al *ius honorarium* (diritto ' *ab honore magistratuum sic nominatum* ', precisa Papiniano) si contrappone, in una ennesima accezione, il *ius civile*, comprensivo stavolta anche del *ius legitimum novum*.

(*f*) ' *Ius extraordinarium* ' è qualifica usata per indicare gli istituti formatisi, a partire dal sec. I d. C., ' *extra ordinem* (*iudiciorum privatorum*) ', sotto l'ala protettrice dei *principes*. Ecco rientra nel cosí detto ' *ius novum* ': qualifica che designa piú in generale tutti gli istituti giuridici

venuti in essere nel regime del principato e nel successivo regime dell'impero assolutistico, particolarmente mediante le *constitutiones principum* (dette, in età postclassica, come sappiamo, anche ' *leges* '). A fronte di esso sta il ' *ius vetus* ' (solitamente qualificato in dottrina, con riferimento all'età postclassica, anche con la terminologia di ' *iura* '), cioè il diritto formatosi nell'ambito della normalità repubblicana.

Un'ultima osservazione, prima di chiudere. Le qualifiche or ora rilevate, dei vari nuclei di diritto che si formarono in epoche successive a Roma, compaiono, nelle fonti tecniche ed atecniche, con frequenza non eccessiva, ed anzi alcune tra esse sono, al novanta per cento, di mia elezione. Perché questa povertà di riferimenti nelle fonti romane? Almeno per due motivi, rispondo. In primo luogo perché questi nuclei ordinamentali giunsero tutti, piú o meno, ad essere concepiti come espressioni di *ius* solo dopo un lungo periodo di progressiva formazione, cioè dopo un periodo nel corso del quale non poté sentirsi il bisogno di denominarli come *ius*, vale a dire per ciò che ancora non erano. In secondo luogo, perché, una volta pervenuti questi nuclei ordinamentali al livello di *ius*, cioè di statuizioni perfette, il bisogno di dar loro una precisa qualifica distintiva (come *ius* ' *Quiritium* ', o come *ius* ' *legitimum* ', o come *ius* ' *publicum* ' e via dicendo) si fece sentire solo in rapporto a specifiche esigenze, praticamente piuttosto rare, di differenziarli dal resto dell'ordinamento giuridico o da altri nuclei esistenti nell'ambito dell'ordinamento.

Là dove mancano esigenze di classificazione sistematica o di inquadramento storiografico è ovvio che non si avverta, o si avverta al minimo, l'impulso alle qualificazioni e alle etichettature. Di qui, e solo di qui, il laconismo in materia dei giuristi romani. Laconismo dei giuristi alquanto diverso, si badi, dalla contraria tendenza dei retori, dei fisolofi, degli oratori, tra cui l'immancabile Cicerone: pen-

satori, piú o meno profondi, alla cui solerzia definitoria e classificatoria (la quale in molti casi rimase chiusa in se stessa, mentre in altri casi, come può succedere, precedette di secoli l'adozione di questo o quel termine da parte dei giuristi) certamente sfuggiva un'aurea verità. Una verità che fu tradotta in esplicita massima, agli inizi del secondo secolo dell'era volgare, dal giureconsulto Giavoleno Prisco (11 *epist.* D. 50.17.202): '*omnis definitio in iure periculosa est*'.

NOTE AL CAPITOLO III

18. Come e perché si sia abbandonata in età post-romana la locuzione '*ius*', e si sia passati, nelle lingue neo-latine e in altre lingue, a quella imperniata su '*directus*', è cosa che non è mai stata spiegata convincentemente dagli storiografi. V. sul punto, tra gli altri: W. Cesarini Sforza, '*Ius*' e '*directum*'. *Note sull'origine storica dell'idea di diritto* (1930); Garcia Gallo, '*Ius*' y *derecho* (1961). Forse (ma è solo una pallida ipotesi), essendo il concetto di *ius* fondato su una lunga tradizione pagana, gli autori cristiani (e con essi i potentati e le loro cancellerie) hanno preferito far capo, nel medioevo, all'idea dell'ispirazione divina, che raddrizza le storture degli uomini e che indica agli umani la retta via da seguire nei loro comportamenti, il '*directum*'. Possono citarsi, in proposito, sopra tutto Cassiod. *in psalm.* 24.8: *directus dicitur qui de curvo rectus efficitur*; August. *enarrat. in psalm.* 35.16: ... *non vis voluntatem tuam dirigere ad voluntatem Dei, sed Dei curvare ad tuam ...: voluntas tua corrigenda est ad illam, non illa curvanda est ad te.* — Il manuale *de re coquinaria* di Marco Gavio Apicio ci è pervenuto in una elaborazione del sec. IV d.C., posteriore cioè di almeno tre secoli al presunto autore. La lettura dei suoi dieci libri è molto istruttiva, anche se resa piuttosto difficile dalla stretta tecnicità dei termini e dal mistero (finoggi non ancora risolto) di un ingrediente che l'autore prescrive quasi per ogni piatto (fatta eccezione per i dolciumi), denominandolo troppo ambiguamente, almeno per noi moderni, '*liquamen*'. Tra le ricette del libro sesto, intitolato '*in pullo*', mi limito qui a ricordare quella (cfr. *de re coq.* 6.9.7) riguardante il '*pullus eli-*

xus ex iure suo ' (pollo bollito col suo stesso brodo): *teres piper, cuminum, thymi modicum, feniculi semen, mentam, rutam, laseris radicem; suffundis acetum; adicies careotam et teres; melle, aceto, liquamine et oleo temperabis et in pullum refrigeratum et siccatum mittis; quem perfusum inferes* (trita [sul *pullus*] pepe, comino, un pizzico di timo, seme di finocchio, menta, ruta, radice di silvio; cospargilo bene di aceto e aggiungivi una carota tritata; tempera la cottura con un intingolo di miele, aceto, *liquamen* e olio e versa quest'intingolo anche sul pollo cotto, quando sia raffreddato e asciutto; mettilo in tavola così condito). Dato che, sia in questa sia nelle altre ricette, manca la menzione del sale, si può supporre, a mio avviso, che il *liquamen* fosse un ben noto infuso a base, appunto, di sale e che, nel caso specifico, siamo di fronte ad una ricetta di 'arrosto morto', tirato (come s'usa dire) con l'aceto o forse, più esattamente, con vino non tagliato, e da servirsi, secondo un gusto molto diffuso a Roma, in agro-dolce: l'antenato del 'coq-au-vin' della cucina francese. Comunque, escluderei l'opinione dominante (v., ad esempio, l'ediz. 'Belles Lettres' di J. André, 1974) che identifica il *liquamen* col *garum*: a prescindere dal fatto che il *garum* era un impasto solido (anche se molle) e non un liquido, smentisce questa tesi, se genuino, il *de re coq.* 7.15.1 (ove si legge di funghi, che dopo essere stati *exsiccati in garo*, vengono aspersi da *piper cum liquamine*). — Lo '*ius confusicium*', di cui la mezzana Melenide parla rifiutando l'offerta di un giuramento del giovane Alcesimarco (cfr. Plaut. *Cistell.* vv. 469-472), si trova in un brano fortemente lacunoso ed è frutto di ricostruzioni dello Studemund e dello Schöll. Il brano, per la precisione, è questo: (Alc.) *. . . dabo / ius iurandum* [séguito illeggibile] / (Mel.) *At ego nunc ab illo mihi caveo iure iurando tuo / similest ius iurandum amantum quasi ius confusicium.* — Per l'etimologia di *ius* nel senso di diritto: *infra* n. 29. Quanto a *ius* nel senso di brodo, rinvio ai vocabolari di Walde-Hofman e di Ernout-Meillet *shv.*, nonché al *ThLL.* (*Thesaurus Linguae Latinae*) *shv.* — In ordine ai significati di *ius* (*ious*) particolarmente ricca e accurata è la rassegna di Albanese (nt. 1) 75 ss. e di M. Kaser, *Zum 'ius'-Begriff der Römer*, in *Acta Iuridica* 1977, 63 ss., il quale ultimo ha analizzato in anticipto, con la sua consueta penetrazione e diligenza, i dati della voce '*ius*' pubblicata poi, nel 1979, dal *VIR.* Di questi autori non mi sembra, tuttavia, di poter accettare le conclusioni (diverse tra loro, ma per entrambi eccessivamente semplificanti) cui pervengono. — A titolo di curiosità ricorderò qui l'etimologismo facile di F. Carnelutti, *Di là dal diritto*, in *RISG.* 1 (1947)

108 ss. (v. anche: id., '*Ius iungit*', in *R. dir. proc.* 1948, 57 ss.), nonché la fine replica di G. Devoto, '*Ius*'. *Di là dalla grammatica*, in *RISG.* 2 (1948) 414 s.

19. Il collegamento di '*ius*' all'ordinamento statale non è sempre esplicito, anzi diciamo pure che non è frequente. Ciò che importa è, peraltro, che, stando alle fonti di cui disponiamo (fonti, bisogna ammetterlo, poco numerose e non risalenti oltre il sec. I a.C.), non vi sono indizî evidenti che i Romani concepissero come *ius* ordinamenti estranei a quello statale, cioè ordinamenti che non coincidessero con quello statale o che, avendo minore estensione rispetto ad esso, non rientrassero entro i suoi confini e non si facessero forti delle sue doti di coattività o, quanto meno, della autorizzazione da parte sua a godere di una certa 'autonomia' (concetto, questo, da non confondersi con quello di indipendenza, cioè di esenzione da ogni limite statale). Vi erano quindi (tanto per fare qualche esempio) un *ius municipiorum*, un *ius gentilicium*, un *ius familiare* eccetera, ma le organizzazioni sociali che di esso fruivano (*municipia, gentes, familiae* eccetera) ripetevano la loro libertà di autodeterminarsi e di funzionare dal beneplacito dello stato ed entro i confini delle sue permissioni. Altro discorso è, sul piano concreto della storia, se lo stato romano abbia sempre dato, a dir così, volentieri la sua autorizzazione a questi ordinamenti autonomi o non vi sia stato talvolta indotto suo malgrado, a causa della forza di resistenza o di reazione alla sua preminenza caratterizzante i vari organismi sociali interessati. Così, mentre non vi è dubbio che col procedere dei tempi il *ius gentilicium* e il *ius familiare* andarono sempre più sfaldandosi sotto la pressione dello stato, nemmeno vi è dubbio (e basta un minimo di conoscenza della storia di Roma per rendersene conto) che, sopra tutto in età postclassica, le autonomie delle comunità locali e di altre organizzazioni (prima fra tutte la chiesa cattolica) progressivamente si accrebbero sino a sfiorare (o in qualche caso ad oltrepassare) la linea di demarcazione tra autonomia e indipendenza. — In Gai 1.1 le parole iniziali (da *omnes populi* a *quod quis*) non si leggono più nel Veronese, ma vengono concordemente restituite dagli editori sulla base di I. 1.2.1 e di D. 1.1.9. Non mi fermerò, almeno in questa pagina, su alcune strane e lambiccate interpretazioni che taluni hanno proposto del passo. Mi limiterò a segnalare che nell'antichità greca e romana era opinione corrente che solo le comunità regolate da precise leggi e da precisi *mores* fossero da considerare, come oggi diremmo, sufficientemente 'civilizzate': non lo erano,

per dirla con Lucr. 5.958, i popoli primitivi, che '*neque ullis moribus inter se sciebant nec legibus uti*'. Sul punto: Schulz, *Storia* (nt. 2) 255, che richiama il 'cliché greco *nómos kai éthesi*' e chiarisce che in Gai 1.1 di *leges* si parla in senso generico (cioè di provvedimenti di governo), non con riferimento al concetto romano di *lex publica* richiamato nel seguito. — I *praecepta iuris* di Ulp. D. 1.1.10.1 sono indicati dal giurista piú che come norme facenti parte del *ius*, come 'direttive' preposte al medesimo (cioè, per l'appunto, come *prae-cepta* di esso): direttive di chiara origine filosofica, sopra tutto per quanto concerne l'*honeste vivere*. La di chiarazione di Paolo, secondo cui *non omne quod licet honestum est*, della quale ho detto nel testo, si legge in D. 50.17.144 pr. ed è stata estratta dal l. 62 *ad ed.* (cfr. L. *Paul.* 735), là dove il giurista probabilmente si occupava della alienazione dei *bona defuncti* da parte dall'*heres* e rilevava che sbarazzarsi di taluni di quei beni è pur lecito, ma non è corretto. In argomento: U. von Lübtow, '*De iustitia et iure*', in *ZSS.* 66 (1948) 543 s.; D. Nörr, *Ethik und Jurisprudenz in Sachen Schatzfund*, in *BIDR.* 75 (1972) 79 s.; F. Gallo, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in *SDHI.* 54 (1988) 21 ss. (il quale dubita, con argomenti che non saprei condividere, della genuinità di D. 1.1.10.1). — A proposito di Mod. D. 1.3.40, si notino, in particolare, due cose: *a*) che l'autore ha scritto le sue *regulae* ben dopo Giuliano, cui va attribuito il primo e piú chiaro riconoscimento della *consuetudo* (da non confondersi con i *mores maiorum*) come fonte integrativa del diritto romano classico (v. *infra* n. 85); *b*) che l'autore, piú precisamente, è fiorito agli inizi del sec. III d.C., cioè in un'epoca in cui imperiosa cominciava a farsi sentire, attraverso le proclamazioni solenni delle *leges* imperiali, la necessità assoluta di sacrificare alle esigenze generali gli interessi particolari (si pensi all'insorgere delle *servitutes legis*, al divieto di lasciare *agri deserti*, alla costrizione relativa a certe attività lavorative e cosí via). Sul punto: T. Mayer-Maly, '*Necessitas constituit ius*', in *St. Grosso* 1 (1968) 177 ss. — Ai *iura* che non *generaliter constituuntur* (cfr. D. 1.3.8) è dedicato *infra* il n. 88. — La letteratura su Gai 1.2 è vastissima ed ha tratto essenzialmente a due punti: il significato del termine '*iura*' e la ragione per cui tra le fonti dei *iura populi Romani* non sono esplicitamente indicati i *mores*. Quanto al primo punto, mi sembra pressoché ozioso andare alla ricerca di un significato diverso da quello di 'istituzioni giuridiche», cioè di nuclei del diritto romano in senso oggettivo: significato che si

raccomanda anche tenendo presente che Gaio, giurista notoriamente molto legato al passato (e autore, per di piú, di un commento ai *libri* di Q. Mucio), aveva spiccato il senso del diritto non come una totalità (come un *totum*), ma come un insieme (un *omne*) di soluzioni di casi diversi aggregate tra loro per *genera* (cfr. Pomp. *sing. enchir.* D. 1.2.2.41 e, per ciò che concerne lo stesso Gaio, Gai 3.182-183). Quanto poi alla mancata menzione dei *mores*, la mia interpretazione di '*constant*' e la mia conseguente ipotesi che i *mores maiorum* siano stati da Gaio inclusi nei *responsa prudentium*, che di essi erano i custodi, si troveranno succintamente sviluppate in: A. Guarino, *Tagliacarte*, in *Labeo* 35 (1989) 380 s. Non vedo come si possa sostenere che almeno Gaio sia fra quei giuristi romani dai quali i *mores maiorum* non furono considerati fonti di produzione del *ius civile* (bensí solo come *ius* 'in un suo aspetto remoto e fondamentale': Albanese [nt. 1] 88), quando proprio Gaio parla in 3.82 di *successiones* introdotte '*eo iure, quod tacito consensu receptum est*' e ancora piú esplicitamente parla in 4.27 di una *pignoris capio* (*rei militaris*) che '*introducta est moribus*'. V. anche *infra* n. 31.

20. Sulla distinzione tra *ius civile*, *gentium* e *naturale* ci fermeremo *infra* n. 89-90). — Tralasciando le moltissime fonti (sopra tutto atecniche) che ci parlano delle esigenze specifiche cui corrisposero certe istituzioni giuridiche o delle *occasiones legis*, cioè dei motivi di opportunità, che spinsero all'emanazione di molti importanti provvedimenti di governo, mi limito a segnalare, a titolo di esempio, Ulp. 45 *ad ed.* D. 29.1.1 pr., relativo all'introduzione del *testamentum militis*, su cui v. per tutti: V. Scarano, *Il 'testamentum militis' nell'età di Nerva e Traiano*, in *St. Guarino* (1984) 1383 ss., con illustrazione molto pertinente delle ragioni per cui i *principes* si indussero, a cominciare dai Flavi (e in particolare da Tito), ad andare incontro, con questo e con altri *beneficia*, alla *imperitia iuris* sempre piú diffusa in un esercito costituito ormai sopra tutto da provinciali e distribuito essenzialmente in zone periferiche dell'impero. A proposito del testo di Ulpiano, resto tuttavia del parere (cfr. A. Guarino, *Sull'origine del testamento dei militari nel diritto romano*, in *RIL.* 57 [1938-39] 358 ss.) che esso sia stato rimaneggiato nel periodo iniziale, con il quale si fa risalire la prima elargizione del beneficio, sia pure a titolo di *concessio temporalis*, a Giulio Cesare, anziché a Tito: l'anticipazione storica, oltre tutto difficilmente compatibile col diritto del primo secolo a.C., è stata da me ipotizzata in

pagine che non sto qui a riprodurre e corrisponde ad una diffusa tendenza antica verso il ritrovamento di sempre più lontani ed autorevoli 'precedenti'. — Sulla 'Isolierung', come caratteristica tendenziale della giurisprudenza romana, v. ancora *infra* n. 86.

21. Il senso ambiguo di '*ius certum*' e di '*ius incertum*' è ampiamente confermato dai vocabolari giuridici e da quelli non specializzati (sv. *certus*, *incertus*), ai quali senz'altro rimando. In linea generale, il significato dell'aggettivo attiene non alla sicurezza od alla insicurezza dell'esistenza del *ius*, ma alla sicurezza o alla insicurezza della sua conoscenza da parte dei soggetti. Si leggano, ad esempio, Ulp. 23 *ad Sab.* D. 30.49 pr. (*Si cui legetur, cum quattuordecim annorum erit, certo iure utimur, ut tunc sit quattuordecim annorum, cum impleverit. rell.*), oppure Diocl. et Maxim., CI. 3.36.19, a. 293 (*Incerti iuris non est in familiae erciscundae iudicio earum etiam rerum, quas ex coheredibus quidam de communibus absunserunt vel deteriores fecerunt, rationem habendam eiusque rei ceteris praestandam indemnitatem*). Come ho segnalato già *retro* nt. 16, l'idea di un '*ius dubium*' (nel senso di *ius* di esistenza dubbia) non era dei giuristi (e dell'elementare senso giuridico), ma era piuttosto dei retori e, aggiungiamolo pure, del grosso pubblico. — Su Pomp. D. 1.2.2 pr.-4 dovremo tornare *infra* n. 42. — Sul passo di Nerat. 5 *membr.* D. 22.6.2 esiste una letteratura vastissima, per la quale v., da ultimo: V. Scarano Ussani, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano* (1989) 43 ss. e *passim* (ove altra bibliografia). Anch'io me ne sono occupato, da ultimo, in un articolo intitolato *Il diritto e i mistagoghi* (ora in *Iusculum iuris* [1985] 11 ss.): articolo che sono il primo a ritenere criticabile sia per qualche eccessiva oscurità di esposizione, sia (e sopra tutto) per la inammissibile superficialità con cui ho proceduto all'esegesi critica del passo. 'Re melius perpensa', ritengo oggi che il testo sia inattaccabile, salvo che nell'iniziale generalizzazione '*in omni parte*', non giustificata dall'indubbio collegamento di esso col discorso particolare, in tema di *usucapio*, che si legge in D. 41.10.5.1 (cfr. L. *Nerat.* 36-38). Ad ogni modo, è esclusivamente neraziana la concezione che '*ius finitum et posse et esse debeat*'? Secondo il citato Scarano Ussani non vi sarebbero dubbi in proposito, ed anzi il concetto 'dogmatico' di Nerazio Prisco si sarebbe in ciò nettamente differenziato dal concetto puramente 'empirico' che del *ius* avrebbe avuto il suo collega proculiano Giuvenzio Celso (quello dell'*'ars boni et aequi'*: *retro* n. 2). A mio avviso, la originalità del pensiero di

Nerazio è puramente immaginaria, anche se è rimarchevole il modo incisivo con cui egli ha sottolineato la caratteristica del *ius* come un *quid* che ha raggiunto lo stadio della certezza. Come tutti i giuristi romani, Nerazio era tendenzialmente favorevole alla tesi che un soggetto fornito di normale capacità intellettiva, di normale informazione, di normale equilibrio, nonché di opportuno aiuto (' in extremis ') da parte di un giureconsulto, non potesse invocare a sua scusa la *ignorantia iuris*, cioè la non conoscenza di una realtà spesso difficile da capire (e in questo senso spesso non *certa*), ma comunque ben definita nei suoi contorni (cfr. Paul. D. 22.6.9).

22. Sulla dicotomia '*ius publicum - ius privatum*': *infra* n. 92-93. Si avverta sin d'ora che la locuzione '*ius publicum*', che incontreremo spesso nel corso dei capitoli successivi, non sempre ha sicuramente il significato attribuitole da Ulp. D. 1.1.1.2. Il piú delle volte il senso è di *ius legibus publicis conditum*, oppure di *ius, quod privatorum voluntate mutari non potest*, o anche di *ius* in generale: per non parlare dei casi non rari, in cui l'interpretazione è, malauguratamente, dubbia.

23. Sul significato di '*ius*' come spettanza dei consociati: C. Gioffredi, *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*, in *BIDR.* 70 (1967) 227 ss.; O. Robleda, *La idea del derecho subjetivo en el ordinamiento romano clásico*, in *BIDR.* 80 (1977) 23 ss. V. anche *retro* nt. 14. — Quanto al significato di '*actio*', v. per tutti: M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht* (1966) 172 ss., il quale peraltro giustamente segnala (p. 172 nt. 12) che manca tuttora uno studio approfondito dell'espressione.

24. A proposito dei luoghi di impartizione del '*ius*', sempre attuale è: C. Gioffredi, *I tribunali del Foro*, in *SDHI.* 9 (1943) 227 ss. Una trattazione esaustiva manca. — La '*iuris dictio voluntaria*' è definita tale in un isolato passo di Marcian. 1 *inst.* D. 1.16.2 pr.: *Omnes proconsules statim quam urbem egressi fuerint habent iurisdictionem, sed non contentiosam* [*sed voluntariam*]: *ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri.* La letteratura sul frammento è vastissima e si trova indicata in: A. Fernández de Buján, *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano* (1986); A. Wacke, *Zur 'iurisdictio voluntaria'*, in *ZSS.* 106 (1989) 180 ss.; T. Spagnuolo Vigorita, *'Imperium mixtum'*, in *Index* 18 (1990) 127 ss., 160 ss. A mio avviso, è ben difficile negare che in età dei Severi si riconoscesse

ai magistrati provinciali la potestà di presiedere anche fuori della loro provincia (purché non a Roma) ad atti di giurisdizione puramente formale (cfr. anche Paul. D. 1.7.36.1), cioè non relativi ad una vera *contentio* tra due parti: negare la sostanziale genuinità del testo di Marciano non si può, anche se è piú che probabile che '*sed voluntariam*' sia un glossema postclassico evidenziato dal doppio *sed*. Andare troppo avanti nell'immaginarsi che cosa e perché Marciano ritenesse per *iurisdictio non contentiosa*, attribuendogli una visione organica di quella che egli, o piú probabilmente un glossatore postclassico, qualificò *iurisdictio voluntaria*, mi sembra francamente azzardato. Sulla costruzione del Fernandez de Buján v.: A. Guarino, *Tagliacarte*, in *Labeo* 34 (1988) 102 s.

25. Le distinzioni diacroniche del '*ius*' saranno meglio illustrate nei capitoli successivi. — Sul significato (di 'precisazione') da attribuire, sia in ordine ai tempi di Giavoleno, sia in ordine a quelli di Giustiniano, all'insegnamento '*omnis definitio in iure periculosa est*': A. Guarino, *D. 50.17.202: 'Interpretatio simplex'*, in *Ét. Macqueron* (1970) 367 ss. — A titolo di curiosità non del tutto superflua, tengo ad avvertire che la dottrina dominante si guarda bene, non dico dall'adottare, ma anche dal tenere in conto (sia pure per ricorrere a locuzioni diverse) le denominazioni che ormai già da molti anni ho proposto per distinguere sul piano storico, a scanso di grosse confusioni, talune realtà distinte e successive del *ius Romanorum* (ad esempio, la distinzione tra *ius civile* '*vetus*' e *ius civile* '*novum*'). Non sono esplicitazioni romane, si è obbiettato da alcuni (es., M. Kaser, '*Ius honorarium*' *und* '*ius civile*', in *ZSS.* 100 [1984] 4 nt. 10). Obbiezione giustissima (e da me per primo espressa a titolo di avvertenza), ma, a mio giudizio, non valida, o almeno non sufficiente. Tanto meno apprezzabile, quando la si vede avanzata da studiosi che non esitano tuttavia ad usare numerose parole e locuzioni latine egualmente e notoriamente di comodo, che sono state create nel medioevo, nell'età moderna o addirittura nel sec. XIX (basti pensare alla distinzione tra cose 'fungibili' e 'infungibili', alla denominazione come '*beneficium competentiae*' delle ipotesi di ammissione di taluni soggetti alla condanna limitata all'*id quod reus facere potest*', alla contrapposizione postclassica '*iura-leges*' di cui *infra* nt. 72).

IV. LA GENESI DEL 'IUS'.

26. Le difficoltà del problema.

Il *liber singularis enchiridii*, che i *Digesta* di Giustiniano (D. 1.2.2) attribuiscono al giurista classico Sesto Pomponio, si apre con un lungo brano che l'autore ritiene necessario dedicare alle origini ed ai successivi sviluppi del diritto romano: *necessarium itaque nobis videtur ipsius iuris originem atque processus demonstrare*. E, per quanto concerne i primi tempi di Roma, esso contiene alcune affermazioni, nei paragrafi 1 e 2, che già in parte conosciamo (n. 21), ma sulle quali è opportuno tornare.

Secondo Pomponio, o chi per lui, agli inizi della vita cittadina il popolo romano mancò di leggi certe, mancò di un diritto ben definito, e ogni dubbio che si presentasse nei fatti era risolto autoritariamente (*manu*) dal potere regio: *initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit, omniaque manu a regibus gubernabantur*. Ma in seguito, non appena la *civitas* si fu in qualche modo consolidata, lo stesso fondatore, Romolo, divise il popolo in trenta curie, dette in tal modo perché lo aiutavano con i loro pareri (*sententiae*) ad aver cura della repubblica, e fu così che egli, come poi fecero anche i suoi successori, 'portò al popolo', cioè sottopose all'approvazione di quest'ultimo, un certo numero di leggi curiate: *postea aucta ad aliquem modum civitate ipsum Romulum traditur populum in triginta partes divisisse, quas partes curias appellavit propterea, quod tunc rei publicae curam per sententias partium earum expediebat, et ita leges quasdam et ipse curiatas ad populum tulit, tulerunt et sequentes reges.*

Per chi ricordi la tradizione canonica sulla nascita di Roma, quella della turba '*obscura atque humilis*' (cfr. Liv. 1.8.5) di pastori e briganti messa insieme da Romolo e Remo, del primo modestissimo tracciato della nuova città fatto fare da Romolo, della morte violenta di Remo e del connesso consolidarsi del potere di Romolo, del ratto delle Sabine e dell'ampliamento conseguente della comunità, del lungo e saggio regno successivo di Romolo e dei regni dei sei personaggi che gli fecero seguito sino alle soglie del secolo V avanti Cristo; per chi ciò tenga presente, il racconto di Pomponio, tutto sommato, è coerente con la narrazione tradizionale e fila in avanti benissimo, anche se la estrosa derivazione di *curia* da '*cura rei publicae*' è alquanto difficile da mandar giú. Dapprima vige l'autorità personale del capo, la sua rispettata e temuta personalità dominante, poi progressivamente il potere si spersonalizza, diventa istituzione, si esplica in modi predeterminati e sulla base della partecipazione del popolo tutto attraverso le curie in cui è ripartito. Un processo altamente suggestivo, privo di scosse e di titubanze e, sopra tutto, rapido, rapidissimo, quasi fulmineo. Dalla iniziale dittatura di Romolo alla istituzione delle curie ed alla emanazione delle prime leggi curiate l'intervallo di tempo è, in questa sequenza, pressoché minimo.

A ben riflettere, è chiaro, peraltro, che la costruzione pomponiana manca di ogni verosimiglianza. Anche a voler ammettere che la città sia sorta per iniziativa di Romolo e che a questi abbiano fatto seguito tutti i re del racconto tradizionale (ed io qui volutamente tralascio di ricordare i motivi, addotti in altra sede, per cui la penso molto diversamente), la *manus* regia può aver fatto, all'inizio, il buon e il cattivo tempo in materia di organizzazione generale della nuova società politica, in materia di rapporti internazionali, in materia di disciplina della comunità in pace ed in guerra, ma non può aver veramente

regolato tutto il resto: cioè la vita gentilizia e familiare, le situazioni potestative ad essa inerenti, gli eventuali rapporti economici tra i Quiriti e tante altre cose ancora.

La tradizione sostiene che Roma, come altre illustri città dei tempi piú antichi, sia sorta da un momento all'altro, in virtú della fondazione operata da un personaggio che le ha dato anche il nome. Ammettiamolo pure, tanto per non stare a discutere oltre misura. Ma la tradizione non sostiene affatto che Romolo e i suoi seguaci siano spuntati dalla terra, anzi li fa tutti di nazionalità latina, tutti cioè compartecipi di un patrimonio di consuetudini, di credenze religiose, di comportamenti rituali risalenti a tempi molto piú antichi, secondo alcuni addirittura a Troia. È seriamente ammissibile che questo patrimonio di fondo, che doveva essere oltre tutto il piú caro e irrinunciabile per gli uomini semplici e rudi che essi erano, sia stato ripudiato totalmente dai compagni di Romolo all'atto della fondazione della città? Non vedo davvero come possa rispondersi in senso affermativo.

Ciò dato, il problema delle origini del *ius Romanorum* non è risolubile con l'espediente immaginoso di Romolo, della sua autorità personale, delle leggi curiate sue e dei suoi successori. La ricerca deve basarsi su materiali meno favolistici, piú consistenti, da reperire con pazienza nel profondo delle istituzioni romane e da sottoporre poi al vaglio di una critica vigilatissima, la quale riduca al massimo il rischio, che innegabilmente esiste, di giungere per altre vie a conclusioni dei pari immaginose. Perché, sia detto una volta per tutte, le gravi difficoltà comportate dal ricostruire vicende e istituzioni antichissime, di cui non esistono rappresentazioni piú o meno coeve, inducono non pochi studiosi moderni (e il pericolo incombe, compreso chi scrive queste note, su tutti) a ripudiare giustamente come fole le narrazioni delle fonti antiche, ma anche a surrogare quelle narrazioni fantasiose con induzioni

e ragionamenti meditabondi che, al controllo di un elementare buon senso, si rivelano fole anch'esse. Fole del ventesimo secolo, ma fole.

27. Il filone della religiosità.

Il filone piú affidante, tale da poterci sperabilmente guidare verso epoche ed ambienti di molto anteriori alla stessa formazione della città quiritaria, è costituito, a mio avviso, dal valore della 'religiosità'. Religiosità nel senso di credenza in forze sovrumane (non tutte e necessariamente identificate in precise divinità) cui gli umani non possono in alcun modo sfuggire, e che perciò gli uomini hanno tutto l'interesse a secondare e a cercare di rendersi propizie, o quanto meno non ostili.

Non vi è dubbio che questo valore della religiosità sia stato fortemente sentito, in Roma e nel mondo romano, anche in tempi avanzati, diciamo nel primo secolo avanti Cristo e nei primi secoli dell'era volgare: tempi nei quali, se era venuta largamente meno la fede negli dei e l'osservanza dei culti ad essi relativi, era tuttavia ancora diffusissima anche nei ceti piú evoluti la cosí detta '*religio*', in senso ristretto, cioè quella che noi chiamiamo oggi un po' schernevolmente (pur non essendocene in realtà del tutto liberati) la superstizione. Ebbene, piú da quei tempi avanzati si risale all'indietro, e piú si riscontra un duplice fenomeno: da un lato, il sempre maggior tasso di religiosità che permeò la vita pubblica e privata romana; dall'altro, il sempre piú intimo nesso che intercorse tra religione e diritto.

Il funzionamento del meccanismo statale fu sin dai piú antichi tempi condizionato dagli *auguria*, dagli *auspicia*, da tabú religiosi di vario tipo, insomma da tutta una cappa di *sacrum*, ed anche di *religiosum* in senso specifico, che indubbiamente gli creava molte difficoltà pratiche, ma

che lo rendeva in cambio piú sicuro ed efficiente. La funzione pubblica della *iuris dictio* fu sempre strettamente condizionata dal *fas*, nel senso che poteva essere esercitata, come dirò meglio tra poco, solo nei *dies fasti*. Inoltre, quanto all'utilizzazione del diritto da parte dei privati, è cosa notissima che nei tempi piú antichi essa dipendeva dall'*interpretatio iuris* esercitata a titolo di monopolio da un collegio sacerdotale, quello dei pontefici. Sono cenni minimi, ma sufficienti a farci intendere che il filone della religiosità davvero non può essere trascurato nella nostra ricerca.

Vi è di piú. Nei limiti ridottissimi in cui è ragionevole fare ricorso, per una indagine storica, a queste ardite comparazioni culturali, lo studio delle condizioni di vita e di aggregazione sociale dei ' primitivi ' di tutte le epoche, sin quasi alle soglie del nostro secolo, conferma l'intuizione dei nessi intercorrenti tra religione e ordinamento sociale. Non che l'ordinamento della vita pubblica e privata sia sempre e in ogni caso nelle mani di capi i quali siano ad un tempo sacerdoti, ma certo è che di solito l'influenza dei sacerdoti è molto accentuata e dipende, a quel che si può capire, dal fatto che, se anche l'ordinamento sociale (il diritto, per intenderci) non si identifica con l'ordinamento religioso, tuttavia esso è connesso con la religione ed è variamente condizionato dalla stessa. Siccome poi il patrimonio della religione e quello del diritto non si conservano in testi scritti (essendo spesso la scrittura praticamente ignorata) ed i problemi interpretativi che essi pongono richiedono una peculiare esperienza del passato ed una particolare saggezza, ecco che ancora si perviene, nelle tribú primitive, a quei saggi ed a quegli esperti, in queste e in altre cose difficili e perciò alquanto misteriose (la medicina, ad esempio), che sono i sacerdoti. Proprio come è dato supporre della Roma delle origine e a maggior ragione, diciamo cosí, della Roma preromana.

I rilievi sopra esposti rendono ormai sufficientemente chiara la via da seguire per la nostra ricerca della genesi del *ius* e dei suoi caratteri originari. Prima di tutto occorrerà identificare la concezione dell'antichissimo *fas/nefas*, cioè dell'imperativo religioso romano e preromano. Poi dovrà mettersi in rapporto con il concetto di *fas/nefas* la concezione del *ius*. Infine dovrà compiersi il tentativo di stabilire quale fosse la struttura specifica del *ius*, cioè in quali elementi del vivere sociale antichissimo il *ius* si materiasse e si rendesse conoscibile dai consociati.

28. Il binomio 'fas/nefas'.

Che il binomio '*fas/nefas*' sia l'espressione piú antica e solenne dell'imperativo religioso nell'esperienza romana, è cosa che pressoché tutti gli studiosi, e non solo quelli del fenomeno giuridico, concordemente affermano. Qualche voce contraria non manca (le opinioni contrarie non mancano mai), ma gli argomenti relativi sono, per quel che mi è dato di giudicare, a metà strada tra il pretestuoso e l'evanescente.

Fas e *néfas* sono due termini indeclinabili, solitamente usati come aggettivi, di cui può discutersi se la derivazione sia da una radice indogermanica '*dha*', avente il senso di portare o di porre, oppure da una radice indogermanica '*bha*', avente il senso di dire o di manifestare. La prima etimologia permetterebbe di connettere *fas* al greco '*thémis*', giustizia, da cui è derivata a sua volta la personificazione di *Thémis*, dea della giustizia: questa etimologia è confortata in qualche modo da Ausonio (*Technop.* 8.1-2: *sunt et caelicolum monosyllaba, prima deum Fas, / quae Themis est Grais*), ma sopra tutto dal grammatico del secondo secolo Pompeo Festo (s.v. *Themin*, L. 505): *Themin deam putabant esse, quae praeciperet hominibus id petere, quod fas esset, eamque id esse existi-*

mabant, quod et fas est (gli antichi ritenevano che Temi fosse la dea che induceva gli uomini a chiedere ciò che fosse *fas* e giungevano a pensare che essa fosse una cosa stessa col *fas*). Tuttavia l'etimologia piú sicura è la seconda, del resto in parte confermata dallo stesso Festo nel passo ora citato, perché suggerisce la persuasiva connessione di *fas* con il greco ' *phaino* ' (appaio) e, meglio ancora, con il greco ' *phemí* ' e con il latino ' *fari* ', due verbi che significano dire, esprimere, dichiarare. Commentando un verso di Virgilio (*Aen.* 2.77), il tardo grammatico Servio (col quale ci aggiriamo intorno al secolo quarto) spiega che *fata* sono le cose rivelate dagli dei: *fata sunt quae divi fatuntur*.

Etimologia a parte, quel che vale la pena di essere rilevato è che i Romani ebbero sempre del *fas/nefas* l'idea che si trattasse di un ' quid ' promanante non da una volontà umana, ma da una forza sovrumana, e in particolar modo da una volontà divina: forza o volontà manifestantisi agli uomini o per il tramite di segni della natura (il fulmine, ad esempio) o per il tramite della rivelazione fatta dai sacerdoti. ' *Nefas* ' significò, nel loro linguaggio, ciò che non fosse possibile fare senza incorrere nella reazione della natura stessa e nell'ira degli dei; ' *fas* ' vi stette a significare ciò che gli dei lasciassero, per conseguenza, agli uomini di fare o non fare, a loro scelta. Il collegamento col sovrannaturale e col divino spicca in modo evidentissimo in due solenni sigle che caratterizzavano certi giorni (i cosí detti *dies fissi*) dell'anno, nei quali, e soltanto nei quali, era lecito compiere taluni atti di fondamentale rilevanza per la comunità cittadina, sopra tutto nei tempi piú antichi: la sigla QRCF (' *quandoc rex comitiavit fas* '), relativa ai giorni in cui il *rex* (e nella repubblica il *rex sacrorum* o *sacrificulus*) poteva convocare i comizi curiati, e la sigla QSDF (' *quandoc stercus delatum fas* '), relativa ai giorni in cui si poteva procedere

alla purificazione del tempio di Vesta dalla sporcizia che vi si era andata accumulando (cfr. Varr. *l. l.* 6.31-32 e Fest.-Paul. shv. L. 310-311).

È importante anche aggiungere che, nei tempi piú avanzati di Roma, *fas e nefas* furono valori tuttora operanti, ma non sembra siano stati produttivi di nuove determinazioni, sia nel senso del divieto che in quello della permissione. Infatti, se nelle fonti dei tempi storici gli accenni alla piena vigenza di liceità o illiceità derivanti dal *fas/nefas* non mancano, tuttavia non accade mai in esse di incontrare riferimenti o accenni a rilevazioni contemporanee, o anche solo recenti, relative a nuovi comportamenti che fossero *fas* o *nefas*. Tutto ciò, se viene aggiunto al rilievo che l'indeclinabilità di *fas/nefas* è segno di una rigidità primordiale e mai piú evolutasi di questa tavola di valori, induce a ritenere che il sistema valutativo e attributivo del *fas/nefas* dovette formarsi in età antichissima, forse preistorica. E porta altresí a concludere che quel sistema, pur rimanendo valido per ciò che aveva già prodotto, cessò di prosperare in epoca alquanto risalente, evidentemente perché progressivamente sostituito da un nuovo e diverso sistema di valutazione dei comportamenti umani.

Quale fu questo nuovo e diverso sistema? È evidente che esso fu principalmente il sistema denominato col termine '*ius*'. Sostantivo, si badi, declinabile e perciò rappresentativo, è da credere, di una tavola di valori piú flessibile e articolata di quella espressa dagli indeclinabili *fas* e *nefas*.

Il riferimento di entrambi i sistemi alla sfera dei rapporti sociali è dimostrato dalla frequenza con cui appaiono nelle fonti espressioni del tipo '*fas et ius* (o *iura*)' oppure '*ius et fas* (o *fasque*)': talvolta per segnalare la liceità di un comportamento o di una situazione sia per il *fas* che per il *ius* (per segnalare cioè che '*fas et iura sinunt*':

cfr. Verg. *georg.* 1.269), talaltra per denunciare l'illiceità di un comportamento o di una situazione che non è solo ' *contra fas* ' (cioè *nefas*), ma è anche ' *contra ius* ' (cioè *iniustum*). E non sembra davvero sostenibile, con Okko Behrends, che *fas* ed *ius* siano due sinonimi, di cui il piú recente sarebbe proprio *fas*, visto che spesso viene scritto dopo *ius* e non lo precede.

L'argomento del Behrends, già di per sé visibilmente fragile a causa dell'importanza eccessiva che si vuol conferire al giuoco delle precedenze tra *ius* e *fas*, mi sembra smentito da precisi rilievi, cioé dall'esistenza di casi in cui una ipotesi è lecita soltanto per il *fas* e non anche per il *ius* (e qui valgano gli esempi, già addotti poc'anzi, del *rex sacrificulus* e del tempio di Vesta) e dall'esistenza, per converso, di casi in cui un'ipotesi, senza essere addirittura *nefas*, è irrilevante per il *fas* ed è proclamata lecita o illecita soltanto dal *ius* o comunque dall'ordinamento cittadino. I *dies comitiales*, cioè i giorni in cui i magistrati della repubblica potevano convocare i comizi, non erano *nefasti*, ma non erano nemmeno *fas*, perché era l'ordinamento cittadino ed esso soltanto a fissarli (cfr. Varro *l.l.* 6.29), e i *dies religiosi*, in cui bisognava astenersi da qualunque attività pubblica che non fosse assolutamente indifferibile, erano proclamati tali dal *ius*, non dal *fas/nefas*, tanto è vero che tra essi era stato molto ' umanamente ' inserito, dagli inconsolabili Romani, il cosí detto *dies Alliensis*, cioè il giorno anniversario della sconfitta subita in Sabina, sulle sponde dell'Allia, nel 387 avanti Cristo, ad opera dei Galli invasori (18 luglio).

Avendo riguardo al contenuto, la differenza tra la concezione del *fas/nefas* e quella del *ius* stava in ciò. Mentre il *fas/nefas* era rigorosamente espressivo del sovrannaturale, diciamo pure della volontà divina, il *ius* era invece promanazione della volontà umana, delle forze di governo della comunità politica, e ciò anche quando si preoccu-

pava di regolare gli argomenti del *sacrum*, del *divinum*, del *religiosum*. Isidoro di Siviglia (*et.* 5.2.2) una volta tanto dice bene, anche se si esprime alquanto all'ingrosso: *fas lex divina est, ius lex humana.* E Servio, commentando un verso delle Georgiche virgiliane già citato (1.268-269: *festis quaedam exercere diebus fas et iura sinunt*), spiega '*id est divina humanaque iura permittunt*', con l'aggiunta (per vero, un po' ambigua) di un '*nam ad religionem fas, ad homines iura pertinent*'.

29. L'ETIMOLOGIA DI 'IUS'.

La nostra ipotesi deve essere peraltro severamente verifiicata. Anzi tutto sul piano dell'etimologia di '*ius*', secondariamente sul piano del confronto con altre e diverse ipotesi che sono state formulate da altri in materia.

Etimologia. A prescindere dalla vaga possibilità, già accennata in precedenza, che la radice di *ius*/diritto coincida con quella di *ius*/brodo (sia, in altri termini, l'indogermanico '*yūs*'), le derivazioni etimologiche che si offrono alla nostra scelta sono essenzialmente tre. In primo luogo, può pensarsi che l'étimo di *ius* sia lo stesso di *iugum*, *iungere*, *coniugium*, insomma dei termini indicativi dell'unione, del costringimento secondo le esigenze di un meccanismo o di un istituto unificante (il giogo, il matrimonio): e questo porterebbe ad apparentare *ius/ious* con la radice indogermanica '*yeu-*' o adddirittura con l'étimo, sempre indogermanico, '*yeug-*'. In secondo luogo, può rilevarsi che '*ious*', l'espressione piú antica di *ius*, si riallaccia stranamente, almeno come suono, al vocabolo '*iouestod*' che si legge (alla l. 15) nel cippo del Foro romano (non piú tardo della metà del sec. V a. C.: *FIRA.* 1.19) e che in quella iscrizione sembra voler dire *iustum* (abl. *iusto*): non può sfuggire, in quest'ordine di rilevazioni, che *iouestod* richiama a sua volta la denominazione di '*Iouis*',

Giove, suprema deità in cielo, e che tutto può essere derivato dal radicale índico ' *yowos-yowes-os* '. Infine si presenta come molto interessante anche la derivazione di *ius/ious* dal vedico ' *yōh* ', che significa salute, e il collegamento del termine con l'avestico ' *yaoz-dadaiti* ', che ha il senso di purificare ritualmente, o ancora con la frase ' *cam ca yoç ca* ', che sta ad indicare l'invocazione della benedizione divina.

La prima etimologia, quella che mette insieme *ius* con *iungo* o con *iugum*, ha riscosso, sopra tutto in passato, larghissimo successo ed è tuttora guardata con molto favore dagli estranei agli studi di linguistica. Non solo, infatti, gli accostamenti che essa suggerisce sono di facile suggestione, ma vi è che la funzione di *iungere* esercitata dal *ius* appare, con tutta evidenza, una funzione che può essere esplicata in piena autonomia anche e soltanto da forze umane, dando quindi ragione al Isidoro di Siviglia quando definisce il *ius* come *lex humana*. La difficoltà, ormai da considerare insormontabile, è costituita dal fatto che la etimologia in esame non regge e va assoltuamente esclusa. Dunque, nulla di male che si sottolinei la funzione agglutinante, socializzante del *ius*: è una verità su cui le fonti tecniche e atecniche tornano spesso ed a proposito della quale, come già sappiamo (n. 19), il giurista Modestino (1 *reg.* D. 1.3.40) ha scritto che ' *omne ius aut consensus facit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo* '. Non si dica invece che il *ius* è di per se stesso, almeno in quanto nome, espressione esclusiva della volontà umana e della sua opera intesa alla disciplina della società, perché questo non è sostenibile.

Manifestazione allora, almeno in radice, anche il *ius* della volontà divina? Esplicazione, almeno alle origini, di valori identici, o molto simili, a quelli del *fas/nefas*? Questo è quanto implicitamente inducono a pensare i sostenitori della possibile derivazione da *yowos* e quanto espli-

citamente ha, in piú riprese, affermato Pietro De Francisci, che ha fatto capo peraltro alla derivazione dall'étimo di *Iovis*. Ma la possibile derivazione da *yowos*, senza argomenti che la confortino, è troppo poco per dare base di verosimiglianza alla ipotesi della fonte comune, sovrannaturale e divina, di *fas* ed *ius*. E quanto all'etimologia cui si richiama il De Francisci, essa è certamente errata perché il vero étimo di '*Iovis* (*Iouis*)' è '*di*', da cui sono derivati il greco *Diós* ed il latino *dies*, nonché ancora il latino *Dis* della locuzione *Dis pater* e tutta la serie di termini (*deus*, *divus*, *divinus*) che fanno riferimento alle divinità. Varrone (*l. l.* 5.66) significativamente scrive '*Diovis*'.

Comunque, ammesso per ipotesi che *fas* e *ius* siano stati, all'origine, entrambi espressione del volere divino, sorge il problema del perché e del come essi si siano successivamente differenziati, al punto da essere diventato il *ius*, nei tempi storici, espressione esclusiva della volontà umana. Il De Francisci, dopo un primo tentativo di spiegazione su cui non è il caso di soffermarsi, è passato poi a sostenere che *fas* ha sempre e soltanto indicato il volere degli dei, di cui i capi delle comunità preciviche e gli stessi primi re di Roma si sono accollati, man mano che ne sono venuti a conoscenza, la pura e semplice rivelazione (meglio potremmo dire: la relazione) ai cittadini e poi ai comizi curiati; *ius* avrebbe indicato invece la decisione specifica degli Dei in ordine a singole liti private sottoposte al giudizio dei capi della comunità antichissima, la decisione cioè che gli dei avrebbero di volta in volta suggerita all'orecchio del capo giudicante affinché egli la proclamasse in pubblico. In questa visione, sulla quale dovremo tornare tra poco, il *ius* sarebbe nato come rivelazione divina caso per caso e sarebbe diventato pian piano un patrimonio di precetti, di cui si dimenticò persino la origine divina, a causa del ripetersi uniforme delle varie soluzioni nel riprodursi analogo dei casi. Ma quel che il

De Francisci non spiega, e che mina alla base la sua tesi dell'origine divina anche del *ius*, è come mai certe rivelazioni degli dei ai capi della comunità furono denominate *fas* e certe altre rivelazioni agli stessi furono denominate *ius*. Di questa differenza deve pur esservi un motivo.

Non resta allora che poggiare sulla terza etimologia, che oltre tutto è oggi la piú autorevolmente sostenuta dagli specialisti: l'etimologia che collega *ius* a ' *yaōs* ' ed alle operazioni di propiziamento delle forze sovrannaturali. È una etimologia che, mentre da un lato spiega il collegamento del *ius* col *fas/nefas*, anzi rende plausibile la subordinazione del *ius* al *fas*, dall'altro lato pone ben in chiaro che il *ius* fu sin dalle origini espressione di attività umana e appunto perciò si distinse dal *fas/nefas*.

30. IL ' IUS ' E LA SFERA DEL ' FAS/NEFAS '.

Occorre vedere, una volta entrati in quest'ordine di idee, sino a qual punto il *ius* era collegato col *fas*, o meglio sino a qual punto esso dipendeva dal *fas*.

Secondo Riccardo Orestano, che all'argomento ha dedicato studi approfonditi, la dipendenza del *ius* dal *fas* sarebbe stata molto rigorosa. ' *Fas est* ' avrebbe originariamente indicato la conformità al volere divino di determinate parole rituali, ' *ius est* ' (con *ius* usato dunque, al pari di *fas*, in senso predicativo) sarebbe stato originariamente utilizzato per indicare la liceità religiosa (anch'essa in subordinazione al volere divino) di determinati gesti o azioni rituali. Parole nel primo caso, gesti o comportamenti nel secondo: il tutto rivelato agli uomini per il tramite del re-sacerdote. Solo in un tempo successivo, alle soglie del IV secolo avanti Cristo, *ius* sarebbe passato ad essere usato anche come sostantivo ed a significare, sempre secondo l'Orestano, un complesso di precetti sociali: il che sarebbe

avvenuto per il fatto che le dichiarazioni '*ius est*' emesse dai *reges* nelle questioni di piú diretto interesse sociale e nelle liti tra privati sarebbero divenute progressivamente, per la loro alta autorità di 'precedenti', obbligatorie per tutti.

La teoria, come si vede, è molto vicina, anche se proveniente da un altro versante, a quella del De Francisci. Ma, a mio giudizio, quasi quanto quest'ultima pecca di sopravvalutazione dell'elemento religioso, della volontà degli dei. Una volontà che, se non è per l'Orestano addirittura dettata dagli dei ai *reges* affinché la riferiscano al popolo, tuttavia è pur sempre di volta in volta ricercata dai *reges*, attraverso riti solenni di propiziazione, nella saggezza divina.

Sarà. Ma sempre piú persuasiva mi sembra, di fronte a tanti equilibrismi concettuali, l'ipotesi (si dica pure semplicistica) che sin dalla piú alta antichità i preromani (che erano, d'accordo, 'primitivi', ma non per questo erano degli imbambolati sempre in cerca di direttive sul da farsi) abbiano avuta chiara coscienza che il *ius*, pur essendo delimitato in modo insormontabile dal *fas/nefas*, fosse una sfera di attività rimessa alla piena discrezionalità degli esseri umani, senza bisogno di rivelazioni o suggerimenti partecipati dagli dei agli uomini e senza necessità di sforzi compiuti dagli uomini per accertare come gli dei si sarebbero regolati al loro posto. È una conclusione alla quale, sia pure per vie diverse, sono già pervenuti vari studiosi (Beduschi, Latte, Kunkel, Paoli) e che io, da parte mia, svilupperei con le poche e (se si vuole) banali considerazioni che seguono.

Quando si dice *fas/nefas* si allude inevitabilmente a quel complesso di forze insormontabili che originariamente non avevano una fonte ben chiara e che solo molto avanti nella storia furono attribuite alle divinità personificate ed all'idea senza volto che si denominò, per derivazione da

fas, come il '*fatum*'. Ma, se andiamo al concreto, è evidente che il *fatum* non poté inizialmente rivelarsi agli uomini con le permissioni del '*fas est*', ma si rese presente ad essi con i divieti del '*nefas est*'.

Gli uomini primitivi, per quanto timore avessero delle reazioni della natura che li circondava e dei *numina* invisibili che secondo loro la popolavano, non si sentivano, non potevano sentirsi paralizzati a tal punto, da dover, a cosí dire, tirare l'oroscopo prima di ogni azione da compiere. Proprio perché primitivi, e perciò mancanti di vaste esperienze e di grandi facoltà riflessive, essi dovettero accorgersi a loro spese, dopo averle compiute, che certe azioni avevano esito solitamente infausto e non era conveniente perciò ripeterle, che certi segnali della natura avevano il valore di un misterioso divieto, che a violare questo complesso di 'no', di *nefas*, si offendevano le divinità e si esponeva a gravi rischi tutta la comunità: sí che talora era sufficiente placare i *numina* attraverso un sacrificio espiatorio di un animale subumano, ma talaltra il sacrificio doveva aver per oggetto proprio l'uomo che non aveva tenuto conto del *nefas* e poteva essere compiuto, ove non provvedesse egli stesso, da qualunque altro membro della comunità.

Il passaggio dalla rilevazione dei vari divieti del *nefas* alla concezione 'positiva' del *fas*, di ciò che i *numina* permettessero di fare, fu espressione di un notevole passo in avanti del vivere civile. Gli uomini, collegando idealmente tra loro i divieti del *nefas*, trassero la conclusione che ciò che non fosse *nefas* fosse loro permesso, e non mancarono, per certi argomenti piú delicati o piú dubbi, di identificare meglio e piú specificamente il *fas* attraverso una appropriata interrogazione dei *numina*.

Se le cose sono andate cosí, la sfera del *fas* (o, piú in generale, del non-*nefas*) deve essere definita come 'la sfera di libertà lasciata dai *numina* agli uomini'. Il *fas* fu

quindi ritenuto, per definizione, il campo d'azione della volontà umana, sottratto ad ogni interferenza e condizionamento soprannaturale. E quanto al *ius*, esso altro non fu che una tra le implicazioni del *fas*: nel senso che, là dove agli uomini era ritenuto lecito (*fas*) di fare o non fare di volta in volta ciò che volessero, agli uomini si ritenne che fosse altrettanto lecito autodisciplinare 'a priori' la loro libertà mediante la erezione di strutture organizzative della loro vita in comunità, la formulazione di precetti relativi al loro comportamento, la predisposizione di procedure per risolvere le liti, e via dicendo.

Di tutto ciò un indizio altamente significativo è costituito dal fatto che l'antichissimo calendario romano aveva come sua caratteristica fondamentale la distinzione dei giorni nelle categorie dei *dies N* (*nefasti*) e dei *dies F* (*fasti*). Nei primi costituiva 'peccato' (non sempre veniale) esercitare la funzione di *dicere ius*, nei secondi i magistrati potevano esercitare la giurisdizione senza necessità di sacrifici espiatorii, *sine piaculo*. In piú, sia detto per completezza, vi erano i *dies EN*, o *endotercisi* (o *intercisi*), in cui la giustizia era *fas* solo nelle ore intercorrenti tra il sacrificio mattutino dell'*hostia*, della vittima, e quello serale dell'offerta degli *exta*, cioè delle interiora della vittima stessa (cfr. Varro *l. l.* 6.29.31). Il che, al tirar delle somme, dimostra che il *ius* (quanto meno il *ius dicere*) era certamente collegato col *fas*, ma non era menomamente subordinato, nel merito, alla volontà dei *numina*. Arbitri delle decisioni del *ius*, sia in sede precettiva che in sede giudiziaria, erano gli uomini e gli uomini soltanto.

31. 'IUS' E 'MORES MAIORUM'.

Ed eccoci arrivati all'ultimo punto. Qual'era la consistenza materiale di questo *ius* (prodotto umano, non divino) di cui abbiamo individuato approssimativamente il

concetto? In quali elementi del vivere sociale antichissimo esso si concretava e si rendeva per tal modo conoscibile dai consociati in genere, dai giudicanti in ispecie?

Secondo l'insegnamento prevalente, il *ius* arcaico era costituito da un nucleo di consuetudini ben consolidate e a tutti i consociati ben note: consuetudini denominate per l'appunto ' *mos* ', ' *mores* ' o, piú precisamente, ' *mores maiorum* ' (usanze praticate già dagli antenati, dai *maiores*). L'inosservanza del *ius* provocava una reazione piú o meno intensa della comunità, di cui le punte massime erano date dai casi in cui l'infrazione del *ius* era ritenuta costituire addirittura *nefas*. Ma contro questa concezione sono state, negli ultimi decenni portate critiche, talvolta addirittura radicali, che non possono essere passate sotto silenzio.

Il colpo piú vistoso alla dottrina tradizionale è stato inferto nel 1939 da Max Kaser, in un articolo, oggi sostanzialmente ritrattato, nel quale lo studioso austriaco ha arditamente sostenuto che, dalle origini sino a tutto il periodo classico, i Romani non avrebbero mai nutrito realmente l'idea che alcuni istituti del loro diritto fossero di formazione consuetudinaria e ripetessero, in particolare, la loro autoritatività giuridica dalla conformità ai *mores maiorum*. La concezione tipicamente romana degli istituti giuridici, che noi oggi definiamo come consuetudinari, sarebbe stata che tali istituti dovessero la loro ' giuridicità ' esclusivamente al fatto di corrispondere, per esserne derivati, ad un ' diritto naturale originario di Roma ' (' urrömisches Naturrecht '). I *mores maiorum* (del resto, non molto spesso invocati dalle fonti a nostra disposizione) sarebbero stati del tutto estranei ad essa e sarebbero stati tutt'al piú richiamati, in questa o in quella occasione, per comprovare il rispetto portato con il loro comportamento dagli antenati agli istituti giuridici originari. Solo in periodo postclassico, mediante alterazioni dei testi classici, si sarebbe fatta strada la costruzione dogmatica, risolventesi in affermazioni

pseudostoriche, secondo cui i piú antichi istituti del *ius* romano sarebbero derivati dai *mores maiorum*.

Sin dalla prima edizione di questo libro, cioè sin dal 1949, io mi sono permesso di osservare che le argomentazioni esegetico-critiche addotte dal Kaser a sostegno della sua tesi erano, il piú delle volte, alquanto tenui e arrischiate: ed è comprensibile che io oggi sia lieto di esser stato seguito, dopo l'intervento di altri autori, dallo stesso Kaser, il quale oggi conviene con me che non è facilmente concepibile che il concetto specifico e caratteristico di *mores maiorum*, come fondamento dell'autorevolezza del *ius*, sia potuto venire alla luce proprio nella tarda età postclassica o, sia pure, nella stessa età tardo-classica, cioè in un'epoca in cui (lo vedremo a suo tempo) era ritenuto sufficiente a giustificare la giuridicità del *ius vetus* il fatto che esso fosse rappresentato dai cosí detti '*iura*', che altro non erano se non gli scritti della giurisprudenza classica. I frammenti di giuristi classici, i quali affermano che gli istituti giuridici piú antichi sono derivati dai *mores maiorum* (o dagli antichi *mores*, o dal vetusto *mos* dei Romani) non possono essere, nel loro contenuto, altro che genuini.

Si può aggiungere che, se ben si riflette, il Kaser, con la sua tesi che sino a tutta l'epoca classica la giustificazione degli istituti giuridici consuetudinari piú antichi sarebbe stata data dalla rispondenza al 'diritto naturale originario di Roma', non faceva che mettere in altre parole (e per di piú in parole che mai si incontrano nelle fonti) il concetto dei *mores maiorum*. Dire che Quinto Mucio, Sabino o Papiniano hanno ritenuto la *patria potestas* un istituto 'giuridico' perché corrispondente al diritto naturale originario della stirpe, equivale, in buona sostanza, riconoscere che essi lo hanno ritenuto tale perché accolto dai *mores* degli antenati: e cioè, per ricalcare le parole usate a suo tempo da Ulpiano con riferimento alla *patria potestas* (26

ad Sab. D. 1.6.8 pr.), '*cum ius potestatis moribus sit receptum*'. Non solo: vi sono addirittura casi in cui i giuristi classici personalizzano i *maiores* (gli antenati) con il termine '*veteres*' e giungono a dire che gli antichi 'vollero' questo o quello istituto del *ius civile* (tipico il caso di Gai 1.144: *Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse*).

Quel che, secondo me, ha fuorviato il Kaser, inducendolo a conclusioni critiche tanto radicali, è che effettivamente le fonti, sopra tutto quelle tecniche, sono, come ho già detto, assai parche di richiami ai *mores maiorum*, e inoltre che i *mores* sono spesso in esse citati anche nel senso non giuridico di prassi o di costumanze 'sociali'. Ma l'uno e l'altro fenomeno si spiegano agevolmente, riflettendo che le fonti di cui disponiamo non sono anteriori al II-I secolo antecristo e che a quell'epoca i Romani non sentivano piú ad ogni momento il bisogno di richiamarsi esplicitamente ai *mores maiorum* per giustificare l'esistenza dei piú antichi e indiscussi istituti del loro diritto, mentre non avevano difficoltà alcuna ad applicare il concetto di *mores* anche fuori del campo strettamente giuridico: a volte per mettere in evidenza la particolare autorità di questo o quel rito religioso, a volte per segnalare la rilevanza (positiva o negativa) di un comportamento del cittadino dal punto di vista sociale (dal punto di vista, ad esempio, del controllo dei costumi, del *régimen morum* affidato ai censori), a volte infine (anzi spesso) pasticciando sui significati nei modi piú vari e giungendo sino al punto di contrapporre i *mores maiorum* al *ius* e di considerarli perciò, almeno a prima apparenza, come estranei all'ordinamento giuridico. Bisogna riconoscere che una congerie tanto elevata e tanto disparata di dati semantici è assai difficile da padroneggiare e può facilmente indurre non solo altri studiosi, ma anche noi stessi della 'communis

opinio', a dare una preferenza solo parzialmente giustificabile al filo di Arianna cui ci si appiglia per venirne fuori.

Ad ogni modo, il filo (non so dire se d'Arianna o meno) che a mio giudizio dà maggiore fiducia nel tentativo di ritrovamento del nocciolo primigenio del *ius* non è certo quello, oltre tutto inverosimilmente astrattizzante, del 'diritto naturale della stirpe'. Si parli piuttosto (ed in questo sono pienamente d'accordo) di esigenze fondamentali di vita in comune, che furono sentite in modo approssimativamente eguale dalle comunità politiche preromane (*gentes, familiae, tribus*), e si aggiunga (nel che sono altrettanto d'accordo) che i modi e i riti (cioè i *mores*) con cui queste esigenze furono soddisfatte divennero col tempo, in quanto conformi tra loro e in quanto conformemente ripetuti da una generazione all'altra, qualcosa che la comunità sentí progressivamente come obbligatorio, anzi come immutabile, ed a cui essa dette, o meglio inclinò a dare, il nome di *ius*. '*Ius*' perché compatibile col *fas/nefas* e perché elevato alla sua indiscussa e indiscutibile autorità dal fatto di sostanziarsi in precise e decise usanze degli antenati, dei *maiores*, dal fatto cioè di consistere in *mores maiorum*.

32. 'IUS' E 'IURIS DICTIO'.

Ma (sempre per andare al pratico) come facevano i consociati ad essere certi del contenuto dei *mores maiorum* e della loro compatibilità con il *fas*? Dato che, come è ovvio, essi non disponevano di un testo scritto (e nemmeno di un testo sicuramente tramandato a memoria) di questo loro patrimonio sempre crescente di usanze, chi o che cosa dava loro la sicurezza dei suoi contenuti? E dato che, com'è non meno ovvio, l'interesse o la passione personale portano inevitabilmente la gente, piú o meno spesso (ed anche in confronto di diritti minuziosamente codificati), a divergere nella comprensione del diritto vigente, e perciò

a ritenere che esso suoni a proprio favore piuttosto che a favore di un avversario, chi o che cosa interveniva tra i consociati preromani a risolvere, quando occorresse, i loro dubbi e sopra tutto a dirimere le loro liti relative al *ius* applicabile in questo o in quel caso concreto?

La domanda è cruciale e le risposte, purtroppo (ma anche spiegabilmente, in considerazione della scarsezza dei dati di cui disponiamo), divergono tra loro non poco. Tutti gli studiosi convengono sul punto che, per risolvere le loro incertezze e per porre fine alle loro liti, i consociati ricorressero ad un' ' autorità superiore ' politico-religiosa, il *rex* o i sacerdoti di sua fiducia. Ma quali erano le funzioni concretamente esercitate da questa autorità? Erano funzioni estese sino al punto da ' creare ' diritto nei casi dubbi, controversi o nuovi? O erano invece funzioni limitate all'accertamento del solo diritto già esistente (quindi dei soli *mores maiorum* già consolidati) ed alla imposizione dello stesso ai consociati che fossero riottosi alla sua osservanza?

Secondo me, che anche sotto questo profilo faccio mia la ' communis opinio ', la risposta piú verosimile e piú cauta è, fuor d'ogni dubbio, la seconda. La ' *iuris dictio* ' dei *reges* e, in loro aiuto, dei sacerdoti (i quali furono poi, piú precisamente, i *pontifices*) si limitava, almeno ufficialmente, ad essere quello che questo sintagma antichissimo letteralmente significa: dichiarazione autorevole del *ius* esistente, seguíta, se del caso, dalla sua eventuale imposizione a chi di dovere. In altri termini, se non vi era il *ius*, costituito a sua volta dai *mores maiorum*, non poteva esservi *iuris dictio*: al piú poteva esservi, per risolvere la questione concreta, un decreto, puramente discrezionale, ma limitato ' ad hoc ', del capo del gruppo.

È stato appunto al potere di intervento dei capi nella decisione delle liti tra i consociati che hanno guardato, con angolazioni peraltro diverse, taluni giusromanisti: i quali

si sono sentiti, al fondo, di sostenere che il *ius* primigenio non derivò dal ripetersi e dal consolidarsi nel tempo di certi comportamenti dei consociati, ma fu (in tutto o in parte) la conseguenza delle decisioni proclamate appunto tra i litiganti dai capi e della forza di 'precedente' che esse ebbero in ordine ai casi piú o meno identici che dovevano essere risolti, sempre in sede di controversia, in occasioni successive. Emergono, tra gli esponenti di questo indirizzo, Pietro De Francisci (per il quale, come già si è visto, la soluzione dei casi controversi era rivelata ai capi della comunità dagli dei), Okko Behrends (per il quale il capo era libero di decidere come credesse meglio, purché rimuovesse ogni impedimento di carattere religioso) e Riccardo Orestano (per il quale la decisione era rimessa dagli dei alla *manus* del capo, ma la sua conversione in norma giuridica non era tanto data dalla forza del precedente quanto dal suo lento e progressivo inserirsi nel fenomeno 'fattuale' di formazione dell'intero ordinamento).

L'economia del discorso non mi consente di indugiarmi nella esposizione e nella critica di queste teorie, che si richiamano tutte (consciamente o inconsciamente) alla formazione del 'common law' inglese, di cui si è fatto cenno in precedenza (n. 3). Mi sia sufficiente ribadire che, stando ad esse, il diritto non era diritto se non era proclamato dal re, o comunque dal capo, per cosí dire assiso sotto l'albero: meglio se sopra l'albero, nascosti fra il frondame, vi erano i *numina*, lungimiranti, ad ispirare il giusdicente. Né si sentiva il bisogno, in società cosí semplici (o, mi permetterei di correggere, cosí semplicistiche), di determinazioni da prendere al di fuori delle controversie concrete. Dunque, il significato primordiale di *ius* fu quello di 'decisione giudiziale'. Da questo senso originario il termine passò, attraverso la *vetustas* e diciamo pure la consuetudine, alle significazioni derivate di diritto oggettivo e di situazione soggettiva. La volontà espressa dal capo me-

diante la ' parola creatrice ', a sfondo magico o mitico, cioè mediante le *leges*, in particolare mediante le *leges regiae*, sarebbe venuta solo in un secondo tempo.

Ebbene, andiamo al nocciolo di queste ipotesi, che corrispondono poi, in buona sostanza, ad una vecchia e dimenticata tesi di Henry James Sumner Maine, autore celebratissimo, di un'opera sull'evoluzione del diritto (l' ' Ancient Law ' del 1861), il quale ebbe egli pure ad affermare che le origini del diritto sono da vedere nelle decisioni del giudice. A prescindere dal fatto, già rilevato in precedenza, che esse tendono a fare della comunità dei primitivi una comunità di sempliciotti, molto affini a semi-deficienti, io negherei fermamente che il *ius* possa essere stato scorto, nelle sue prime manifestazioni, nel *ius dicere* o *ius reddere* del *rex* o, comunque, del capo della comunità. Non solo il significato delle espressioni *ius dicere*, *reddere* non conforta certo la tesi del De Francisci e degli altri autori, visto che esse indicano una attività ' dichiarativa ' di un diritto già preesistente, ma si badi a quest'altro: o il capo dichiarava il *fas*, oppure doveva necessariamente *dicere* un *ius* preesistente, cioè già fissato nei *mores maiorum*. Se il capo esprimeva ciò che era *fas* che egli dicesse, ciò che era a suo giudizio conforme all'ordine divino, perché questa attività sarebbe stata chiamata di ' *ius dicere* ' e non di ' *fas dicere* '?

Ius non poté divenire, a mio avviso, la decisione autoritativa del capo della comunità avanti che si formasse il concetto di *ius* come ordinamento giuridico, cioè come ordinamento umano legittimante il *ius dicere* del capo. Prima venne, perciò, il concetto di *ius*/ordinamento e poi vennero, come esplicazioni di esso, i concetti di *ius* come spettanza soggettiva e di *ius* come statuizione nel caso singolo. Tralasciamo di esaminare la questione se il *ius dicere* si limitasse alla mera dichiarazione di diritto o avesse valore costitutivo, cioè implicasse determinazioni nuove

dei rapporti intersoggettivi. È certo, però, che, anche in questo caso, dovette esservi, alla base dei poteri di decisione del capo, una norma consuetudinaria di *ius*, che lo autorizzasse, in quanto capo, a stabilire discrezionalmente il regolamento da imporre alle parti.

33. 'IUS' E DUELLO ORDALICO.

Non è possibile avviarsi alle conclusioni sul tema della genesi del *ius* nel mondo preromano senza far cenno di alcune teorie secondo le quali il *ius* non sarebbe scaturito né dai *mores maiorum* né dalle stesse decisioni dei capi in sede di giudizio, ma sarebbe emerso, sempre e solo in sede di giudizio, da un duello delle parti in lite (ciascuna eventualmente assistita da una divinità protettrice o da una misteriosa forza magica): duello che si sarebbe svolto, con l'osservanza di certi rituali, davanti al capo della comunità, la cui *iuris dictio* si sarebbe limitata alla costatazione ed alla conseguente proclamazione del vincitore.

Questa visuale (o visione?) è alla base delle ipotesi ricostruttive avanzate particolarmente da Max Kaser e da Carlo Gioffredi, nonché, in modo piú sfumato, da Raimondo Santoro e da altri: ipotesi delle quali si può qui solo far cenno. Esse hanno approssimativamente (molto approssimativamente) in comune quattro spunti concreti: anzi tutto, lo spunto costituito dal fatto che il diritto diventa solitamente 'sensibile' solo quando vi è controversia tra due 'parti'; secondariamente, lo spunto costituito dal fatto (visibile in tutte le liti giudiziarie e, a cominciare, in quella imperniata sulla *legis actio sacramenti in rem*) che il duello tra le parti non era *fas*, se non si svolgeva con l'osservanza di precisi riti e alla presenza di un alto esponente dell'autorità statale; in terzo luogo, lo spunto costituito dal fatto che vincitore del duello giudiziale era la parte che si rivelava piú corretta nell'osservanza dei riti

e piú forte (o piú fortemente aiutata da forze magiche o sovrumane) nella tutela delle proprie pretese di fronte all'altra; in quarto luogo, lo spunto costituito dal fatto che la comparazione giuridica offre, sopra tutto con riferimento al mondo germanico, esempi precisi ed inequivocabili del ' diritto del piú forte ' consacrato dall'esito di un vero e proprio duello fisico denominato ' ordàlia ' (dal latino medievale ' *ordalium* '). Il quarto di questi spunti, cioè proprio quello piú discutibile, non fosse altro perché espressione di un tipo di civiltà estremamente diverso da quella romana, ha talmente prevalso sugli altri da indurre, come si è detto, taluni autori a trasportar pari pari l'ordalia (in alcuni casi con l'integrazione di improbabili valori magici) nel diritto romano arcaico, o quanto meno nel diritto preromano.

Ora lasciamo andare le argomentazioni del Santoro e del Kaser: le prime perché si inquadrano in una ricostruzione estremamente complessa (e comunque non dichiaratamente ordalica) della *vindicatio* arcaica, le seconde perché legate ad una interpretazione possibilistica e non recisa del processo delle *legis actiones* come manifestazione di ordalia. Limitiamoci a seguire ' in apicibus ' il ragionamento del Gioffredi, che della concezione ordalica del *ius* preromano è il sostenitore piú aperto, nonché (diamogliene atto) piú arguto.

A dirla in breve, il Gioffredi sostiene quanto segue. La formazione degli aggregati sociali primitivi implicò necessariamente la possibilità, anzi la realtà, di attriti, di dissídi, di liti tra i consociati e determinò, quindi, la necessità di provvedere in qualche modo a tutelare la pace sociale. Dapprima, la soluzione fu trovata in un duello tra i due contendenti (o i loro campioni): posti l'un contro l'altro a fronte, nel cerchio formato dai loro concittadini, i due definivano cosí la controversia con mezzi essenzialmente umani (il vigore delle braccia), sia pur nel quadro

di una protezione dei *numina*, che si riteneva non potesse mancare a colui che avesse ragione. Dal duello ordalico alla decisione del capo della comunità, ispirato dai *numina*, il passo non fu lungo e fu, comunque, ben naturale: al capo passò, quindi, a spettare il *ius dicere*, il formulare la decisione, in funzione di *ius dicens* o *iudex*. Pertanto '*ius*' fu, alle origini, la statuizione nel caso concreto, la determinazione autoritativa e indiscutibile di chi avesse ragione (o meglio, di chi si dovesse, dai consociati, ritenere l'avente ragione), in una lite tra due *patres familiarum*. 'Il giudizio non crea il diritto, se con diritto si intende il suo contenuto materiale e si allude al suo aspetto individuale, che, si può dire, nascono con l'uomo, ma lo crea se si allude a un concetto piú valido e pieno di diritto, quello ideale e sociale, che, come è logico, in una realtà nella quale non vi è occasione per una sua riaffermazione ideale e in una società che è società soltanto in germe, per il prepotere del singolo e del suo gruppo, non può essere parimenti che in germe'.

Tesi, quella ora riassunta, che il Gioffredi inquadra in una ricostruzione minuziosa, e per piú versi suggestiva, dell'antico processo privato, fondandola essenzialmente su due argomenti. Primo, che '*ius*' derivò da '*iug*' e da '*iungere*' ed ebbe in origine il significato di riunione, di cerchia dei consociati: un significato di cui è da ritenere residuo storico quello di luogo della giurisdizione (n. 24), che altrimenti tanto sorprende. Secondo, che '*dicere*' non ebbe il significato di dichiarare, di rilevare ciò che già esiste (se pur non è noto), ma ebbe, essenzialmente, il senso di statuire, costituire, creare (*ex novo*). In principio era dunque il verbo, se usare queste richiamo non è irriverente.

Gli argomenti basilari addotti dal Gioffredi sono, peraltro, a mio avviso, l'uno infondato e l'altro non concludente. Priva di fondamento è, come sappiamo, la deriva-

zione etimologica di *ius* da ' *iug* ': gratuite sono, pertanto, le illazioni circa la primitività del significato di *ius* come udienza *pro tribunali*, che è significazione, invece, palesemente tarda e frutto di evidente astrazione. Non concludente sembra, poi, l'argomentare da ' *ius dicere* ' nel senso di ' statuire il diritto '. D'accordo che ' *dicere* ' ha anche il significato (derivato, peraltro, e non originario) di ' stabilire, costituire, creare ', d'accordo che *ius dicere* può di conseguenza (può, peraltro, e non deve) avere il senso di ' fare il diritto ', ma bisogna pur riconoscere che la espressione ' *ius dicere* ' è limitata alla lite tra due persone e che, per conseguenza, il suo significato vero e completo è quello di ' fare il *ius* tra due contendenti '.

Insomma, solo per petizione di principio si può asserire, come il Gioffredi asserisce, che ' *ius* ' in generale e ' *ius* fra i contendenti ' abbiano originariamente coinciso. *Ius dicere*, nel senso di fare *ius*, corrisponde al nostro usuale ' fare giustizia (tra due litiganti) ', e come oggi nessuno pretende che chi fa giustizia nel caso concreto sia lui il creatore della regola di diritto che proclama, così nessuno può pretendere che chi *ius dicit* tra due parti sia lui stesso creatore del *ius*. L'argomentazione del Gioffredi in proposito, ripeto, non è sbagliata, ma manca di concludenza.

Caduti gli argomenti-base, perdono valore tutte le altre argomentazioni, che il Gioffredi instaura sulla analisi del processo arcaico. In quelle argomentazioni si può, infatti, anche consentire, ma esse, se servono a chiarire come si faceva giustizia in Roma, non servono certo a confermare la tesi che il diritto come norma o principio sia venuto dopo il diritto come decisione.

E intendiamoci. Esiste un brocardo, già precedentemente citato, che dice ' *ex facto oritur ius* ', ed è fuor di dubbio che rapporti e contestazioni di fatto abbiano occasionato la formazione di principî di regolamento sociale. Se mai nessun uomo avesse ucciso il suo simile, la norma

che reprime il delitto di omicidio ancora non esisterebbe; se mai nessun compratore avesse omesso di pagare il prezzo dell'oggetto acquistato, la norma che impone questo adempimento ancora non vi sarebbe; e cosí via. Ma il problema è un altro. Quando divenne 'giuridico' (o 'antigiuridico') un certo fatto? Al momento della prima presa d'atto di esso da parte della comunità o dei suoi capi, oppure al momento in cui poté dirsi formata la generale coscienza della sua giuridicità, cioè della sua produttività di doveri per i consociati?

La risposta piú logica, mi si conceda almeno questo, è la seconda. E sino a che veri argomenti e seri indizi non saranno stati addotti per l'altra risposta, io continuerò a stare per la risposta piú logica.

34. LA STRUTTURA ORIGINARIA DEL 'IUS'.

A mio avviso, dunque, l'esigenza e la concezione del *ius* si profilarono e presero piede nel seno delle comunità politiche precittadine, all'interno del loro ordinamento complessivo, e subordinatamente alla affermazione in quelle comunità del sistema del *fas/nefas*. La struttura in cui l'esigenza del *ius* si riversò non fu però quella di un complesso di statuizioni poste da una autorità umana o sovrumana, né fu quella di un complesso di soluzioni relative a cotroversie concrete tra i consociati che scaturissero da decisioni dei capi o da esiti di duelli ordalici e che fossero ritenute universalmente esemplari. La struttura del *ius* fu quella di un complesso sempre crescente di *mores maiorum*, cioè di modi di condotta sociale praticati usualmente dagli antenati e sentiti, per il rispetto che agli antenati si portava, come inderogabili dai consociati.

Studieremo meglio questa struttura quando ci occuperemo del *ius Quiritium*, cioè di quello che fu, almeno a mio parere, l'ordinamento giuridico della primigenia con-

formazione unitaria di Roma, la *civitas Quiritium*. Qui sono necessarie e sufficienti solo alcune precisazioni.

Per quanto riguarda le comunità precittadine nel seno delle quali il concetto di *ius* si manifestò, il pensiero corre anzitutto alle tribú dei *Ramnes*, dei *Tities* e dei *Lúceres*, dalla cui federazione è plausibile sia derivata la *civitas*. Bisogna dire peraltro che, mentre di quelle tribú si intravvedono abbastanza agevolmente i residui nell'ordinamento extragiuridico della *civitas* quiritaria (o, in altri termini, in ciò che attiene alle strutture 'costituzionali' di quest'ultima), quasi invisibili sono ai nostri occhi le tracce degli ordinamenti specificamente 'giuridici' delle tribú precittadine nel *ius Quiritium*. La cosa, del resto, è comprensibile, se si pensa che il *ius* accolto da quelle tribú doveva essersi già formato 'in nuce', ed in forme altresí strettamente analoghe, nel seno delle comunità da cui esse stesse, attraverso processi di carattere federativo, erano a loro volta derivate: le *gentes* e le *familiae*. E dei *iura* propri di queste comunità pretribunizie, in particolare delle complesse realtà delle *gentes*, le tracce effettivamente rimasero nel *ius Quiritium* e nel successivo *ius civile*. Stanno a dimostrarlo proprio le diversità che in epoca storica si riscontravano tra i vari *iura gentilicia* e che dalle fonti di cui disponiamo in qualche misura ancora emergono: diversità che per essere minime, ma tuttavia per esservi, implicano la fondamentale analogia tra genti tuttavia ben distinte in antico le une dalle altre.

Ma anche dei *iura gentilicia*, e degli sviluppi che essi ebbero dopo la formazione di una Roma unitaria, diremo qualcosa di piú preciso tra poco. Ora bisogna piuttosto ribadire un punto importante, assolutamente da non trascurare: che gli ordinamenti precittadini non si tradussero tutti e completamente in *ius*, ma che, per quanto è dato presumere, rimase al di fuori del giuridico tutto ciò che di essi (e qui il riferimento va particolarmente alle forme

piú complesse, cioè alle tribú ed alle genti) attenesse alle strutture non consolidate della comunità, alle strutture ritenute tuttora passibili di mutamenti col procedere del tempo e con l'evolversi della vita politica. Mentre questo ordinamento extragiuridico era essenzialmente rimesso al persistere del consenso dei minori gruppi consociati o a statuizioni di modifica emesse concordemente dai capi dei gruppi o da chi essi potessero aver incaricato di provvedervi (sí che, variando il consenso 'politico', variarono di conseguenza le sue strutture), l'ordinamento giuridico, il *ius*, era quello che, proprio per il fatto di essere 'consolidato', si realizzava negli stabili e fermi e addirittura immutabili *mores maiorum*.

La conseguenza di queste precisazioni è che il *ius* non ebbe mai, almeno alle origini, natura di disposizione, cioè di prescrizione di un comportamento da parte di un'autorità, ma ebbe natura di comportamento naturalmente sentito come doveroso da ogni buon cittadino. L'inosservanza di un modo di agire sancito dai *mores maiorum* non involgeva tanto una precisa responsabilità e l'entrata in azione di un preciso meccanismo repressivo, quanto implicava la vergogna dell'agente, rientrato in se stesso, di averla potuta compiere e lo scandalo degli altri consociati per averla vista realizzarsi. In ogni caso, essendo *nefas* il venir meno alla condotta esemplata dal *ius*, chi dall'inosservanza avesse tratto un pregiudizio si trovava dalla parte del *fas*, ed era quindi in facoltà di reagire direttamente contro l'inosservante, purché la reazione, secondo le esigenze primordiali della *talio* (la cosí detta 'legge del taglione'), fosse proporzionata all'azione dell'inosservante.

È chiaro che difficoltà pratiche non potevano mancare, sempre maggiori col procedere dei tempi, nella presa di coscienza del loro *ius* da parte dei consociati. Era relativamente facile a chiunque avere sufficiente nozione dei prin-

cipî di base, ma non era altrettanto agevole per tutti rendersi conto dei regolamenti particolari ed adeguare ai *mores maiorum* un'azione concreta da compiere o eventualmente già compiuta. A prescindere dalle incertezze e dalle esitazioni personali, complicavano fatalmente il problema le eventuali divergenze di opinioni altrui: divergenze particolarmente possibili (e umanamente piú che spiegabili) quando, di fronte all'azione compiuta da un soggetto, un altro soggetto si trovasse ad aver subíto uno svantaggio a suo parere ingiusto. Ciò rende estremamente probabile l'ipotesi che, sin dai piú antichi tempi ed anche nel seno delle comunità precittadine piú elementari, sia stata svolta una qualche attività di *iuris interpretatio* (nel senso di accertamento dei *mores maiorum* vigenti e del loro significato) da parte di persone particolarmente autorevoli o rispettate, a cominciare dai capi e dai sacerdoti.

Quanto le soluzioni di questi personaggi siano state oltre che autorevoli anche autoritative, integrando in certi casi gli estremi di quella funzione decisoria che i Romani chiamarono *iuris dictio*, è cosa che potrà essere meglio trattata solo quando cercheremo di addentrarci fra le pieghe del *ius Quiritium*.

Note al capitolo IV

26. Sulla genesi del '*ius*' romano: Guarino, *SDR.* (nt. 1) n. 54-58; R. Orestano, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica* (1967); Guarino, *La normazione arcaica*, in *Le origini* (nt. 14) 203 ss. V. anche, in generale: M. Kaser, *Das altrömische 'ius'* (1949); C. Gioffredi, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (1955). Trascuro i ragguagli bibliografici sull'assetto sociale e politico di Roma pre-romana e della *civitas Quiritium*, ma non posso fare a meno di rinviare, per ciò che riguarda il mio punto di vista, alla citata *Storia* e, particolarmente, a Guarino, *La rivoluzione della plebe* (1975) 32 ss. ('I Quiriti verso la *civitas*') 85 ss. ('Le due Rome degli Etruschi'). — La tradizione ca-

nonica sui primi secoli di Roma si legge sopra tutto in Livio e in Dionigi di Alicarnasso, le cui narrazioni vengono largamente ripetute da molta dottrina, che è spesso da qualificarsi acritica. Il pericolo di cadere nell'eccesso opposto dell'ipercriticismo è stato tuttavia molto opportunamente denunciato, fra gli altri, da M. Pallottino, *Fatti e leggende (moderne) sulla piú antica storia di Roma*, in *St. etruschi* 31 (1963) 3 ss. (v. anche: id., *Le origini di Roma: considerazioni critiche sulle scoperte e sulle discussioni piú recenti*, in *ANRW*. 1.1 [1972] 22 ss.). Per quanto mi concerne, avverto una volta per tutte che sono tra coloro che si rifiutano di credere ciecamente, come troppo largamente oggi si tende (e si torna) a fare, a fatti e sequenze che, pur se astrattamente verosimili in se stessi, non combaciano, o combaciano solo a prezzo di grandi sforzi di immaginazione, con altri fatti o sequenze. È chiaro che in questi casi bisogna operare delle scelte rischiose tra l'una e l'altra versione e che pertanto le ipotesi ricostruttive possono legittimamente essere disattese, ma è assolutamente da respingere, a mio avviso, l'atteggiamento di quanti (e non son pochi) si sottraggono all'impegno di una analisi critica di quelle ipotesi e si fanno scudo, con tutta placidità, delle affermazioni di Livio, di Dionigi, di altre fonti coeve o posteriori, per non parlare del verbosissimo e imprecisisissimo Cicerone: il che va detto particolarmente per ciò che attiene al delicato, ma in genere sottovalutato, settore della storia dell'ordinamento statale in genere e dell'ordinamento giuridico in ispecie. — Il *liber singularis enchiridii* di Sesto Pomponio è indubbiamente di struttura classica, il che io ho affermato e ripetuto almeno sin dal 1949 (cfr. A. Guarino, *Il 'ius publice respondendi'*, in *RIDA*. 2 [1949] 401 ss.): sulla questione si leggano ora le acute pagine di D. Nörr, *Pomponius oder 'Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen'*, in *ANRW*. 2.15 (1976) 497 ss., spec. 512 ss., 563 ss. È peraltro evidentissimo che il testo riportato da D. 1.2.2 ha subíto varie e vaste manipolazioni postclassiche sopra tutto per ciò che attiene al riferimento dei tempi piú antichi: sicché, se è doveroso prenderlo sempre in seria considerazione, è poco ragionevole, per non dire altro, fidarsi, come ad alcuni succede, del suo dettato al punto da farne la base principale (e spesso addirittura letterale) di ricostruzioni storiche tanto sottili quanto, a mio parere, inconsistenti. Valga per tutti il caso famosissimo di D. 1.2.2.39, ove si legge che dopo i due Catoni emersero in Roma come giuristi '*Publius Mucius et Brutus et Manilius, qui fundaverunt ius civile*': testo che ha dato la stura al luogo comune secondo cui la scienza del *ius civile* sarebbe stata

inaugurata da quei tre 'fondatori', nonché alla ricerca affannosa del perché non da altri e non prima essa, pur avendo avuto precedenti cultori, sarebbe stata fondata. Come ho cercato di dimostrare in uno scritto di varî anni fa (A. Guarino, *Noterelle pomponiane*, in *Labeo* 15 [1969] 104 ss.), nel passo in esame il verbo '*fundare*' altro non vuol dire, secondo il lessico dello stesso Pomponio, che 'rinsaldare', sicché la leggenda dei tre fondatori è solo il frutto di una affrettata e troppo reverente lettura. — A proposito della tradizione canonica sulle origini e i primi tempi di Roma, che cerca di concentrare in personaggi eminenti e in leggi fondamentali (a culminare, come vedremo a suo tempo, con le *XII tabuale*) le istituzioni e gli ordinamenti dello stato, è degno di nota che, almeno stando a Cicerone (*de rep.* 2.1.2, ove il discorso è messo in bocca a Scipione Emiliano), Catone il censore non la pensava così, anzi menava a vanto di Roma che il suo assetto costituzionale non era venuto in essere, come per altre città antiche, da leggi fondamentali, ma si era sviluppato lentamente in progresso di tempo: *Is dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod in illis singuli fuissent fere quorum suam quisque rempublicam constituisset legibus aut institutis suis, ... nostra autem respublica non unius esset ingenio sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot constituta saeculis et aetatibus* (*rell.*). Su questo passo: A. Guarino, *Funambulismi catoniani*, ora in *Iusculum iuris* (1985) 271 ss. — La tendenza a ravvisare gli inizî di un ordinamento statale (o di un radicale rinnovamento dell'ordinamento in fase di decadenza) in un fenomeno di '*ductus*', di carisma personale, o (a dirla chiara) di 'Führertum', è stata valorizzata e teorizzata, con riferimento a tutta la storia sociale romana, da: P. De Francisci, '*Arcana imperii*' (1946-1948). Su quest'opera, che può non convincere (e non mi convince) per molti motivi, ma che è comunque degna di moltissimo conto, mi sono espresso in: A. Guarino, *Gli 'arcana imperii'* (1948), in *Le origini* (nt. 14) 42 ss.

27. Sul valore della religiosità in relazione alla genesi del *ius*, ottima l'impostazione (anche se con risultati che non possono essere condivisi) di: O. Behrends, *'Ius' und 'ius civile'. Untersuchungen zur Herkunft des 'ius'-Begriffs im römischen Zivilrecht*, in *Symp. Wieacker* (1970) 11 ss., specialm. 13 ss., con bibliografia. Cfr. anche: C. Gioffredi, *Il frammento di Fabio Pittore, in Gell. n. a. 10.15.1 e la tradizione antiquaria dei testi giuridico-sacrali*, in *BIDR.* 79 (1976) 27 ss. Meno attendibile, a mio avviso, il

tentativo di ricostruzione di: R. Santoro, *Potere e azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA.* 30 (1967) 103 ss. I termini generali della complessa religione romana arcaica sono ravvisabili (in modo vario) particolarmente nelle seguenti opere: G. Wissowa, *Religion und Kultus der Römer*[2] (1918, rist. 1971), invecchiata ma tuttora fondamentale; K. Latte, *Römische Religionsgeschichte* (1960); G. Dumézil, *La religion romaine arcaïque* (1974, tr. ital. 1977). — Sin da ora va posta in rilievo una notazione generalissima, ma di fondamentale importanza: che la religione caratteristicamente romana (cioè, a dirla in termini volgari, la religione pagana) non è mai stata unitaria, quindi valida per tutte le cose romane, ma è stata sempre differenziata, sopra tutto riguardo al culto, in una religione 'pubblica' (cioè attinente alla struttura ed al funzionamento dello stato) ed in una religione non pubblica (che chiamerò, per intenderci, ma con molta approssimazione, 'privata'), che atteneva alla struttura ed al funzionamento degli organismi minori (*tribus*, *curiae*, *gentes*, *familiae*) confluenti nello stato. Basti pensare, per rendersene conto, alla differenza intercorrente fra divinità familiari, i cui *sacra* gravavano sui singoli *patres familiarum*, e divinità protettive della comunità cittadina, i cui *sacra* (cd. *sacra pro populo*) erano affidati ai *magistratus populi Romani* e, in ausilio (talvolta a correzione) degli stessi, ai *sacerdotes publici*. Naturalmente, i due settori non erano come compartimenti stagni, privi assolutamente di comunicazione tra loro: a parte il fatto che la vita privata era indirettamente condizionata anche dalla religione pubblica, un punto di incontro tra pubblico e privato era assicurato particolarmente dal sacerdozio dei *pontifices*, al quale i privati facevano capo, come vedremo più oltre, per essere certi dei limiti posti dal *fas* al loro *ius* e anche, per connessione, del preciso contenuto dello stesso. La distinzione dei sacerdozi ora detta è argomento ben conosciuto dagli storiografi, ma che è forse da approfondire ulteriormente perché, come vedremo andando avanti nel discorso, ha fortemente influito sulle difficoltà incontrate dall'ordinamento così detto pubblicistico ad essere considerato anch'esso giuridico, '*ius*'.

28. L'etimologia di '*fas*' da '*bha*' è sostenuta da: Walde-Hoffmann, *Lat. et. Wb.* shv.; Ernout-Meillet, *Dict. éthym.* shv. (con qualche dubbio); Goidanich, '*Fas*' *e* '*ius*'. *Concetti e etimi*, in *Atti Acc. Italia* 7.3 (1943) 499 ss.; C. A. Peeters, '*Fas*' *en* '*Nefas*' (1945). Per l'altra etimologia: Hirzel, *Themis, Dikes und Verwandtes* (1970) 51; Gioffredi (nt. 26) 25 nt. 1 (ivi altri rife-

rimenti). Molto poco convincente è la derivazione di *fas* da *dhe*, etimo di *facio*, asserita dal Dumezil (nt. 27) 127. — Sui rapporti tra *fas* e *ius*, ampia letteratura in: R. Orestano, *Dal 'ius' al 'fas'*, in *BIDR.* 46 (1930) 194 ss. — La identificazione del *Fas*, concepito come divinità, con la dea *Themis* venerata dai Greci (dai *Graii*) si trova in uno dei tanti poemetti eruditi di cui si dilettò Decimo Magno Ausonio, dotto funzionario imperiale nato a Bordeaux e vissuto in Occidente nel sec. IV, alla corte di Valentiniano I e poi di suo figlio Graziano. *Tecnopaegnion*, traducibile come 'giuoco di abilità' o qualcosa del genere, è una composizione dedicata con infinita pazienza sopra tutto all'impiego delle parole monosillabiche della lingua, della letteratura, della religione e via dicendo. Il capitolo ottavo è dedicato, in particolare, agli dèi (ai *coelicoli*) e prima di tutto a *Fas* (poi ad *Ops*, a *Dis*, a *Marx*, a *Spes* ecc. ecc.). Le notizie ausoniane sono solitamente attendibili e non vanno quindi trascurate: tuttavia, prenderle sempre e in ogni caso alla lettera, come fanno taluni filologi, è veramente esagerato. Sul punto: Guarino, *Giusrom. element.* (nt. 1) 255 ss.; id., *Inezie di giureconsulti* (1978) 209 ss. — L'importanza della religione (e dei timori da essa implicati) per i piú antichi Romani non sfuggí, tanto per fare un nome, a Livio. Questi, presentando il re Numa Pompilio come colui che completò e 'rifinì' l'ordinamento della *civitas* dettato da Romolo (cfr. 1.19.1: *Qui regno ita potitus urbem novam, conditam vi et armis, iure eam legibusque ac moribus de integro condere parat*), rivela che il saggio e astuto re si valse, per essere piú credibile, della fola che lo ispirasse la dea Egeria in incontri notturni (cfr. 1.9.5: *Qui cum descendere ad animos sine aliquo commento miraculi non posset, simulat sibi cum dea Egeria congressus nocturnos esse; eius se monitu quae acceptissima diis essent sacra instituere, sacerdotes suos cuique deorum praeficere*). Ovviamente, sul fondo di verità che può esservi stato in questi *congressus* tra Numa e la sua '*nocturna amica*' (cosí Iuvenal. *sat.* 1.3.12), i rilievi maliziosi non sono mancati: v., in proposito, A. Guarino, *Frustula iuris Romani*, 3: '*Nocturna amica*', in *St. Sanfilippo* 1 (1982) 210 ss.

29. Per l'etimologia di '*ius*' qui accolta v. gli autori citati *retro* nt. 28, con eccezione del Gioffredi, la cui teoria viene esposta e criticata *infra* n. 33. Quanto all'etimologia da *iug*, che piú seduce gli estranei agli studi di linguistica, v. già *retro* nt. 18. — Il cippo antichissimo del Foro romano, o cippo del *Lapis niger*, è larga-

mente illustrato da G. Goidanich, *L'iscrizione arcaica del Foro Romano e il suo ambiente archeologico* (1943); R. E. A. Palmer, *The King and the Comitium* (1969). Che essa sia relativa al *rex* (molto probabilmente, nelle funzioni di *rex sacrificulus*) risulta dalla l. 5: '*recei l* . . . '. Non è il caso di indugiare, in questa sede, sui numerosi e vari tentativi di lettura del monumento (tutti estremamente discutibili), con particolare riguardo a '*iouestod*'.

30. L'ipotesi dell'Orestano sul passaggio dal *fas* al *ius* è stata presentata, con ampi sviluppi argomentativi, nell'articolo *Dal 'ius' al 'fas'*, in *BIDR.* 46 (1939) 194 ss., ed è stata ripresa piú brevemente (nonché, se ho visto bene, con rinuncia a qualche affermazione piú estremistica) nel volume su *I fatti di normazione* (nt. 26) 102 ss. L'ultima ipotesi del De Francisci (il cui pensiero ha subíto alcune variazioni di un certo interesse) si legge in *Arcana imperii* 3.1 (1948) 136 ss. e, ancora, in *Primordia civitatis* (1959) 378 ss. ('Il *ius* è la sfera entro la quale l'individuo può esercitare la propria potenza'). La teoria tradizionale è tuttora ben rappresentata dal Beduschi, *Osservazioni sulle nozioni originali di 'fas' ed 'ius'*, in *RISG.* 1935, 209 ss. A questa teoria io aderisco come risulta dal testo, con qualche divergenza di dettaglio e, sopra tutto, con le precisazioni di cui al n. 34: non tutto l'ordinamento statale arcaico era *ius*.

31. La tesi dei '*mores maiorum*' come creazione post-classica è stata avanzata e argomentata (con molte e radicali ipotesi di interpolazioni) da M. Kaser nell'articolo '*Mores maiorum*' *und Gewohnheitsrecht*, in *ZSS.* 59 (1939) 52 ss. (articolo influenzato da un precedente accenno di F. Schulz, in *ZSS.* 54 [1934] 641 ss.). Il primo a criticare questa dottrina sono stato, se non erro, io (pur se la mia opposizione è stata generalmente trascurata dagli studiosi successivi del tema). Sull'argomento e sulla letteratura relativa rinvio allo stesso M. Kaser, *Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre* (1978), oggi in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (1986) 21 ss., ove si ammette che la 'kritische Auffassung' da lui difesa è stata contrastata 'vornehmlich' da D. Nörr, in *ZSS.* 84 (1967) 454 ss. e da altri autori successivi, indubbiamente piú acuti (e meno inclini alla breviloquenza) di me. — Per una larga esemplificazione delle fonti in cui si richiamano i *mores maiorum*, v. Albanese (nt. 1) 87 nt. 39, che parla di 'fondamentale patrimonio giuridico romano'. Sul tema v. anche *infra* n. 85. — A puro titolo indicativo della varietà e ta-

lora della contraddittorietà dei significati di *mos* e di *mores*, si leggano, a prescidere dai vocabolari, i seguenti testi: Fest. 146.3: *Mos est institutum patrium, id est memoria veterum pertinens maxime ad religiones cerimoniasque antiquorum.* (testo su cui cfr. Macrob. *Sat.* 3.8.3-14); Gai 4.102: (*satisdatur*) *propter genus actionis... cum de moribus mulieris agitur*; Cic. *de orat.* 3.20.76: *Illa vis tamen eloquentiae tanta est, ut... mores leges iura describat, rem publicam regat rell.* Come è ovvio, tanta disparità di impieghi ha dato la stura a molteplici teorie, ciascuna delle quali basata sulla preferenza di un significato piuttosto che di un altro. Mi limito qui a citare: J. Bleicken, *Lex publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik* (1975) 347 ss. (il quale parla di un antico trinomio '*ius, mos, lex*'); R. Santoro, *Potere ed azione* (nt. 27) 181 ss. (il quale, senza escludere le altre significazioni posteriori, poggia sul senso originario di *mos* come comportamento religioso consolidato, ed elevato a 'rito', dalla tradizione successiva).

32. Le teorie del De Francisci, dell'Orestano e del Behrends sulla derivazione del *ius* dall'attività giusdicente sono svolte negli scritti già citati dianzi nt. 27. Cfr.: H. J. Summer Maine, *Ancient Law* (1881) 1 ss.; E. Betti, *Diritto romano* 1 (1935) 35. Per il mio pensiero, v. anche: Guarino, *Gli 'arcana imperii'*, in *Le origini* (nt. 14) 42 ss.; *La normazione arcaica*, ivi 203 ss.; *L''altrömische ius'*, ivi 216 ss.

33. Sulla concezione del *ius* come risultato di un duello ordalico: C. Gioffredi, *Dir. e processo* (nt. 26) passim; id., '*Ius-Lex-Praetor*', in *SDHI.* 13-14 (1946-47) 1 ss.; M. Kaser, *Diritto e processo nelle antiche forme giur. rom.*, in *Labeo* 1 (1955) 313 ss. (replica del Gioffredi, in *Labeo* 2 [1956] 114 ss.).

34. Sui rapporti tra *ius* (costituito dai *mores maiorum*) e ordinamento statale extragiuridico avrò modo di tornare in prosieguo (n. 39). Sin da ora mi preme di mettere in chiaro il mio punto di vista nei confronti della concezione dell'ordinamento arcaico difesa dall'Orestano (nt. 26) *passim*, spec. 29 ss. Questi, respingendo la terminologia corrente di 'fonti (di produzione) del diritto', preferisce adottare in suo luogo i concetti di 'fatti normativi' (i quali sono quegli accadimenti che 'al di fuori di ogni preventiva posizione di norme regolatrici, valgono, col loro realizzarsi e stabilizzarsi, ad instaurare o modificare un ordinamento giuridico,

nel suo insieme o in singole strutture, ponendosi essi medesimi come determinanti della propria legittimità ed efficacia') e di 'fatti di produzione normativa' (i quali sono 'tutte quelle manifestazioni concrete di comportamenti umani che, nell'ambito delle strutture organizzative ... e come loro espressione, hanno operato, attraverso qualsiasi specie di attività e in qualunque modo, la posizione di criteri positivi di guida e valutazione della condotta sociale collettiva del gruppo e delle relazioni all'interno di esso'). Alla luce di queste formulazioni euristiche (di cui, peraltro, sono piuttosto discutibili sia il ricorso al concetto di 'norma' come fondamento di un ordinamento, che può scaturire in tutto o in parte da fatti che di 'normazione' assolutamente non sono, sia il ricorso al concetto di 'legittimità' per esprimere la autosufficienza e la indiscutibilità dei fatti normativi), l'Orestano (p. 35 ss.) attribuisce all'intero ordinamento giuridico romano arcaico (anche nei suoi istituti che, con terminologia moderna, si usano definire 'costituzionali') un carattere 'fattuale', cioè la derivazione da 'fatti normativi' (uno dei quali sarebbe la '*manus*' dei re, di cui parla Pomp. D. 1.2.2.1: *retro* n. 21) e non da 'fatti di normazione' (quali, ad esempio, le favolose *leges regiae*, di cui *infra* n. 39-40): ai 'fatti di produzione normativa' i Romani avrebbero fatto ricorso, per integrare e precisare il loro ordinamento giuridico, solo in momenti successivi, pur se appartenenti sempre a tempi molto antichi, che qui tralascio di riferire. Ora, lasciando da parte la terminologia innovativa (e, ripeto, alquanto discutibile) introdotta dall'Orestano e attenendomi ad una terminologia più tradizionale (e maggiormente imparentata con le fonti di cui disponiamo), quel che mi divide dall'Orestano è la preconcetta attribuzione del carattere di 'giuridicità' (di *ius*) a tutto intero l'ordinamento delle origini, cioè tanto ai *mores maiorum* (solo per i quali si può certamente parlare di *ius*) quanto alle istituzioni come le *gentes*, le *tribus*, il *rex*, il *senatus* ecc. (per le quali è assai meno certo, per non dire da escludere, che possa parimenti parlarsi di *ius*).

V. IL ' IUS QUIRITIUM '.

35. L'IDENTITÀ DEL ' IUS QUIRITIUM '.

Nelle Istituzioni di Giustiniano (1.2.2), alle quali è ovviamente necessario far capo per conoscere l'assetto concettuale definitivo del *ius Romanorum*, si trova testualmente scritto: *Ius, quo populus Romanus utitur, ius civile Romanorum appellamus, vel ius Quiritium, quo Quirites utuntur: Romani enim a Quirino Quirites appellantur.*

La prima parte del testo, sino ad ' *appellamus* ', è inappuntabile: ovvio è infatti che il *ius Romanorum*, cioè il diritto proprio della comunità politica (*civitas*) dei Romani, sia denominato *ius civile Romanorum*. È la seconda metà che non funziona. Quando già l' ' *appellamus* ' sembra aver chiuso la definizione, ecco riaprirsi il discorso e sopravvenire a mo' di giunta, introdotta da un *vel*, l'avvertenza che il *ius Romanorum* è detto altresí *ius Quiritium*, perché i Romani si chiamano anche *Quirites* dal nome che prese Romolo quando fu divinizzato, Quirino.

L'equivalenza tra *ius Quiritium* e *ius Romanorum* compare, qualche decennio dopo (e forse influenzata dalla lettura delle *institutiones* giustinianee), anche in Isidoro di Siviglia (*et.* 5.9.1: *Ius Quiritum est proprie Romanorum, quo nulli tenentur nisi Quirites, id est Romani rell.*), ma non convince affatto. Non solo non la si trova nelle Istituzioni di Gaio, ma è del tutto estranea alle fonti tecniche e atecniche dei periodi preclassico e classico. Che i Romani fossero anche talvolta chiamati, nei tempi storici, *Quirites*, è un fatto innegabile; ma il loro *ius proprium*, essendo quello del *populus Romanus Quiritium* (anche detto, in

endiadi, *populus Romanus Quirites*), non fu mai designato tecnicamente, prima dei tempi di Giustiniano, come *ius Quiritium*. Fu sempre e solo designato come *ius Romanorum* o *ius civile Romanorum*.

A guardare bene, vi fu una ragione ben precisa per cui Giustiniano introdusse la sinonimía *ius Romanorum - ius Quiritium*. Prima di lui l'espressione *ius Quiritium* aveva alcuni impieghi specifici, che egli non amava e che egli volle, pertanto, o cancellare del tutto o almeno equiparare all'uso di *ius Romanorum*. La locuzione che gli stava particolarmente in dispetto era quella, già da noi vista dianzi (n. 23), di '*nudum ius Quiritium*', usata dai giuristi classici per indicare un sottotipo di proprietà (quella del *dominus ex iure Quiritium* privato dell'*in bonis habere* e svestito quindi da ogni reale potere sull'oggetto giuridico: cfr. Gai 1.54): sottotipo di proprietà che egli aveva inteso solennemente abolire, ricreando un *dominium* unitario, con una sua costituzione del 530-531 (CI. 7.25.1). Se avesse potuto asportare, oltre che la *substantia*, anche il *nomen* del *ius Quiritium* dai testi giuridici correnti fra le mani degli studiosi e degli operatori ai suoi tempi, l'imperatore lo avrebbe fatto e si sarebbe fermato lí: ma siccome non era sicuro che i compilatori tribonianei cancellassero diligentemente la vecchia e ingannatrice espressione da tutti i frammenti del suo *Corpus iuris* e siccome era ancor meno sicuro che le opere giuridiche pregiustinianee (portatrici del *nudum ius Quiritium*) fossero tutte poste da parte e magari bruciate dopo l'entrata in vigore della sua compilazione, ecco che egli mise le mani avanti e dichiarò nelle Istituzioni che *ius Quiritium* significa solo *ius Romanorum*, e non altro.

In effetti, nelle fonti pregiustinianee a noi pervenute, e segnatamente nelle *institutiones* di Gaio, la locuzione '*ius Quiritium*' la si incontra con una certa frequenza: non solo per designare in traslato la situazione del *dominus*

privato dell'*in bonis*, ma anche e piú spesso per indicare l'acquisto della cittadinanza romana (nel qual caso si parla di *ius Quiritium adipisci* o in modi simili), oppure (ed è qui la cosa piú interessante) per indicare il fondamento del *dominium* civilistico, dei poteri familiari del *pater*, della *libertas* del cittadino romano (tutti casi nei quali si dice che queste situazioni soggettive sono tali *ex iure Quiritium*).

Di fronte a questo quadro delle fonti (tengo a ripeterlo, tutte pregiustinianee) le reazioni della dottrina giusromanistica sono state diverse. L'opinione dominante è nel senso che *ius Quiritium* altro non sia che un sinonimo di quel nucleo tradizionale dell'ordinamento giuridico romano che si soleva denominare come *ius civile* in senso stretto e che io ho proposto a suo tempo (n. 25) di chiamare, a fini di maggior chiarezza, *ius civile vetus*: al piú si aggiunge, seguendo questa direttiva, che il *ius Quiritium* rappresentò il fondo piú antico del *ius civile vetus*, quello costituito dagli istituti piú arcaici della storia giuridica romana. Diversamente dalla ' communis opinio ', alcuni autori assumono invece come parametro interpretativo il significato di cittadinanza romana e vedono nel *ius Quiritium* la situazione subbiettiva del *civis Romanus*, la quale era la sola che giustificasse, in età preclassica e classica, la titolarità di poteri cosí assorbenti e cosí caratteristicamente romani quali erano il *dominium* e la *patria potestas*. Su questa traccia vi è stato infine anche chi, facendo leva sull'espressione *nudum ius Quiritium*, è giunto al punto di sostenere che *ius Quiritium* significasse in antico ben piú della generica situazione del *civis Romanus*, e cioè la posizione di potere assoluto spettante ai soggetti giuridici dei primordi, i *Quirites* o *covirites*, sulle persone e cose a loro sottoposte.

Posso sbagliarmi, ma il mio punto di vista in ordine al senso di *ius Quiritium* è stato da sempre e rimane tuttora

decisamente contrario tanto alla tendenza di ravvisare in esso un sinonimo del *ius civile* (*vetus*), quanto ai tentativi di interpretarlo come situazione soggettiva o come superpotere individuale. Ai miei occhi è chiaro (ovviamente, nei limiti imposti al nostro sforzo di ricerca dalle fonti pregiustinianee di cui disponiamo): in primo luogo, che *ius Quiritium* ebbe, al pari di *ius civile* (*vetus*), sempre e in ogni caso il valore di ordinamento giuridico, cioè di diritto in senso oggettivo; in secondo luogo, che *ius Quiritium* ebbe una significazione distinta da quella di *ius civile vetus*, perché fu applicabile ai soli *Quirites* delle origini, prima che venisse in essere il *populus Romanus Quiritium*; in terzo luogo, che l'assorbimento dei *Quirites* da parte del *populus Romanus Quiritium* comportò l'assorbimento del *ius Quiritium* da parte del *ius civile vetus*, ma che, come nel seno della *respublica Romanorum* rimasero a lungo le tracce della discendenza di certe *familiae* e *gentes* dagli antichi *Quirites* o *patricii*, così nella compagine del *ius civile vetus* rimasero a lungo i segni della derivazione di certi istituti dall'antico *ius Quiritium*.

Secondo il mio avviso, dunque, il *ius Quiritium* fu la primissima estrinsecazione di un ordinamento giuridico a Roma. Esso fu, più precisamente, l'ordinamento giuridico proprio dei *Quirites* o *patricii* nella fase latino-sabina e in buona parte della successiva fase etrusco-latina della *civitas* (sec. VIII-VI a. C.) e consistette nel complesso dei *iura* comuni alle varie *gentes patriciae* che avevano concorso alla formazione della *civitas* stessa.

Attenzione, però. Non solo il *ius Quiritium* fu un ordinamento del tutto estraneo al ceto dei *plebeii*, ma bisogna tener ben presenti due cose: da un lato, che il *ius Quiritium* non coincise 'in toto' con l'ordinamento della *civitas* quiritaria in tutti i suoi aspetti, ma fu di esso soltanto un limitato settore; dall'altro lato, che entro il quadro generale dell'ordinamento statale quiritario non fiorì il solo

ius Quiritium, ma sopravvissero, a titolo residuale, anche vari ordinamenti giuridici particolari delle singole *gentes* quiritarie, cioè vari e limitati *iura gentilicia*.

Dei residui *iura gentilicia* (nonché di certe costumanze residuali delle altre comunità precittadine, per esempio del *Septimontium*) non è il caso di occuparci qui ulteriormente, salvo che per avvertire che di essi le orme, sia pur sempre più labili, rimasero molto a lungo, e cioè sino al pieno del periodo classico, nel seno dell'ordinamento romano. Se ed in quanto tali *iura* non confliggessero con le esigenze superiori della comunità, non vi fu ragione né per contrastarli, né per abolirli, così come non vi fu mai ragione, dopo averlo privato delle sue posizioni di privilegio, di togliere radicalmente di mezzo il patriziato con certe sue gelose, ma socialmente innocue tradizioni e, sia pure, albagie.

Chiuso il discorso sui *iura gentilicia*, passiamo ad esaminare con maggiore attenzione il resto. Ed anzi tutto vediamo di stabilire se è vera, o piuttosto se è sufficientemente difendibile, la tesi di fondo da me dianzi formulata circa la natura e la consistenza dell'antichissimo *ius Quiritium*.

36. 'Ius Quiritium' e latinità arcaica.

Una prima tappa del cammino verso il concetto genuino di *ius Quiritium* è resa possibile dalla lettura di alcuni paragrafi delle Istituzioni di Gaio (Gai 1.32 b - 35; 3.72-73; cfr. anche Ulp. 3.1-5, PS. 4.9.8), nei quali, per indicare l'acquisto della cittadinanza romana da parte dei *Latini*, si trovano costantemente usate espressioni come '*ius Quiritium cónsequi*', '*adipisci*' e simili. Non è il caso di trascriverli tutti. Si legga, ad esempio, il testo (Gai 1.32 b) relativo alle concessioni fatte dalla legge Visellia del 24 dopo Cristo ai liberti che avessero acquistato al momento della manomissione, per effetto delle prece-

denti leggi limitative delle manomissioni stesse, non già 'ex abrupto' la cittadinanza romana, ma solo la condizione di *Latini*. Bastava che prestassero servizio per sei anni nel corpo urbano dei *vigiles* per acquistare il *ius Quiritium*, cioè (come Gaio esplicitamente precisa) per diventare cittadini romani (*ex lege Visellia tam maiores quam minores triginta annorum manumissi et Latini facti ius Quiritium adipiscuntur, id est fiunt cives Romani, si Romae inter vigiles sex annis militaverint*).

I passi di Gaio sono stati segnalati da Theodor Mommsen a causa di una loro particolarità: perché vi si parla di *ius Quiritium cónsequi* solo in relazione a quella categoria specialissima di stranieri che era costituita dai *Latini*, mentre di ogni altra specie di *peregrini* si legge, in Gaio e negli altri testi romani, che quando ottengono la cittadinanza '*ad civitatem Romanam perveniunt*'. È spontaneo e doveroso chiedersi, di fronte a questa costatazione, perché mai solo delle persone targate dal marchio di *Latini* si dica che *ius Quiritium adipiscuntur*.

Un tentativo di risposta è stato effettuato, in tempi abbastanza recenti, da Max Kaser, il quale ha ipotizzato che la locuzione sia stata creata e riprodotta, per amore di arcaismo, proprio dalle leggi e dalle costituzioni dell'età del principato, che Gaio cita a proposito dei Latini. Semplice, ma forse troppo: quindi, direi, semplicistico e perciò insoddisfacente. È vero che le leggi e le costituzioni romane furono sempre piene di locuzioni arcaiche, ma il loro era un arcaismo 'pour cause', determinato dal fatto che certi arcaici modi di esprimersi erano ormai divenuti tradizionali, di stile, piú o meno come ancor oggi succede nel linguaggio legislativo e burocratico. È assurdo credere invece che le leggi e le costituzioni romane di età progredita siano state a bella posta formulate in linguaggio all'antica per il puro gusto arcaicizzante dei loro autori. Contrariamente al Kaser, dobbiamo dunque ritenere che le

locuzioni ' *consequi ius Quiritium* ' o ' *ius Quiritium adipisci* ' si siano formate proprio in età piuttosto risalente e dobbiamo, pertanto, ricercare quando e perché esse siano venute in essere in quei tempi piú antichi.

Qui potrei facilmente diffondermi, ma non lo trovo utile. Tralasciando ogni piú minuta discussione in cui mi sono imbarcato a questo proposito in questi anni, a me pare tuttora che la via verso l'esatta soluzione sia stata vista proprio dal Mommsen, quando ha supposto che la locuzione, in quel suo uso caratteristico, sia venuta in essere in un'epoca antichissima, nella quale il diritto di Roma era ancora denominato *ius Quiritium* e, d'altro lato, i Romani, o a meglio dire i Quiriti, non avevano contatti con altre categorie di stranieri, di *peregrini*, al di fuori dei *Latini*. Il corollario che il Mommsen trae da questa persuasiva argomentazione è questo. Dato che l'orizzonte politico di Roma si estese al di là dell'Italia dei Latini, al di là dei cosí detto *nomen Latinum*, soltanto verso la fine del secolo V avanti Cristo, ne consegue che almeno sino alla fine del secolo quinto i *Latini* ammessi alla *civitas* acquistavano il *ius Quiritium*. E ciò significa che il diritto di Roma non si chiamava ancora *ius civile Romanorum*, ma si chiamava *ius Quiritium*.

Personalmente, non vedo come possa non condividersi pienamente l'argomentazione ora esposta. Trovo solo da osservare che il corollario di essa ha bisogno di una piccola correzione. Può anche darsi che il diritto di Roma sia stato chiamato *ius Quiritium* sin verso la fine del secolo V antecristo, ma non è da escludere che anche successivamente a questi tempi, ed alle prime ammissioni dei *Latini* nella cittadinanza, esso sia stato ancora denominato *ius Quiritium*, e che, in particolare, abbia resistito al travolgimento della *civitas Quiritium* ed allo scorrere dei secoli successivi la tradizionale locuzione ' *consequi ius Quiritium* '. Il che spiega perché una legge del primo secolo

dopo Cristo ha potuto parlare con tutta naturalezza di acquisto del *ius Quiritium* quando si è trovata a dover indicare l'acquisto della cittadinanza romana da parte di una categoría artificiale (e per di piú di recente creazione) dei *Latini*, qual'era quella degli schiavi cui la *manumissio*, non essendo stata effettuata nei modi solenni sanciti dal *ius civile vetus*, avesse procurato, per disposizione della *lex Iunia Norbana* del 19 d.C., soltanto la latinità.

Non basta, peraltro, aver accertato l'altissima risalenza dell'espressione '*ius Quiritium consequi*'. Il problema che ulteriormente si pone è se *ius Quiritium* abbia in essa un valore 'subbiettivo', di appartenenza del soggetto alla comunità quiritaria, o abbia in essa un valore 'obbiettivo', di ordiamento giuridico quiriritarro messo a disposizione anche del Latino. Tra gli studiosi che, come ho già accennato poc'anzi, tendono all'esplicazione di *ius Quiritium* come cittadinanza quiritaria (cittadinanza nel senso di situazione soggettiva del cittadino quiritario) si distinguono Fernand De Visscher e, lo illustrerò meglio nel prossimo numero, Francesca Bozza. Non è a dire che, a prima apparenza, essi sembrino aver torto. Tuttavia, se si riflette sul punto con maggiore attenzione, la loro traduzione è piuttosto improbabile: di un Latino parificato nella sua situazione soggettiva a un Quirite si sarebbe piuttosto detto che '*Quiris fit*' o qualcosa del genere. Anche se la presento con ogni cautela, la mia interpretazione di *ius Quiritium* è quella di ordinamento giuridico quiritario, tanto piú che non è sostenibile interpretazione diversa, come passo subito a dimostrare, nella locuzione '*ex iure Quiritium*'.

37. 'IUS QUIRITIUM' E 'MANCIPIUM' ARCAICO.

Un secondo gruppo di testi giuridici e letterari ci permetterà infatti di approssimarci ancor piú al concetto ori-

ginario di *ius Quiritium* e di determinarne ancor meglio e pió sicuramente l'epoca di fioritura. Mi riferisco a quei frammenti di Gaio, di Cicerone, di Valerio Probo, di Giulio Frontino e di altri, nei quali si incontra la ben nota locuzione ' *ex iure Quiritium* ' (ad es.: Gai 1.119, 1.167, 2.88, 2.267, 3.167, 4.16, 34, 36, 41, 45; Cic. *pro Mur.* 12.26, *in Verr.* 2.2.12.31; Prob. *fr. Einsidl.* 32; Frontino *controv. agr.* 44.8; *fr. Berolin. de iudiciis* 1.1).

Già da lungo tempo è stato rilevato che queste fonti qualificano come *ex iure Quiritium* solo taluni istituti antichissimi del *ius civile*, anzi solo certi poteri valevoli *erga omnes*: la *patria potestas*, la *potestas dominica* sugli schiavi, il *dominium* sulle *res*. E il rilievo va integrato con l'osservazione che le *obligationes iuris civilis* (per non parlare dei diritti assoluti in senso improprio, quali servitú prediali o usufrutto) non sono mai, viceversa, qualifica *ex iure Quiritium*, né tanto meno lo furono in antico. Cosí, ad esempio, la formula del *vindicans* nella *legis actio sacramenti in rem* suonava: ' *hanc ergo rem meam esso aio ex iure Quiritium secundum suam causam* '; per converso, la formula dell'attore - creditore nella *legis actio sacramenti in personam* era (con riguardo, per esempio, agli obblighi incombenti sul ladro di un calice d'oro a seguito del furto): ' *aio mihi a te furtum factum esse paterae aureae, ob eamque rem te mihi damnum oportere* '.

Secondo l'acuto tentativo di spiegazione di Francesca Bozza, condiviso ' in apicibus ' da Bernardo Albanese, ' *ius Quiritium* ' avrebbe designato, nella *civitas* primitiva, qualcosa di ancora piú intenso della cittadinanza normale, cioè la cittadinanza *optimo iure*, riconosciuta soltanto ai *Quirites*, ai maschi ' portatori di lancia '. Dato che il *dominium* sarebbe appunto nato, giusta l'ipotesi che la Bozza segue, dalla ripartizione (*divisio et adsignatio*) tra i *Quirites* dell'esercito dei terreni tolti al nemico, le locuzioni ' *dominium ex iure Quiritium* ' e ' *meum ex iure*

Quiritium ' sarebbero sorte per designare precisamente tale fenomeno. Ma, a parte il fatto che questa ipotesi circa la genesi del *dominium* è assai discutibile e discussa, può agevolmente obbiettarsi che in tanto vi sarebbe stato motivo di specificare il *dominium* come *ex iure Quiritium,* in quanto vi fosse stato anche un *dominium* non *ex iure Quiritium*: cosa che la Bozza stessa nega. Se il *dominium* fosse stato fin dall'inizio uno solo, e fosse stato quello spettante ai *Quirites*, la specificazione ' *ex iure Quiritium* ' sarebbe stata del tutto inutile a contraddistinguerlo. Dunque, lasciando andare la improbabilità del valore soggettivo attribuito a *ius Quiritium,* la teoria non mi pare che regga.

Tanto meno regge, sempre a mio avviso, la tesi, strettamente imparentata con quella della Bozza, che è stata sviluppata con grande ardimento da Raimondo Santoro per sostenere, con particolare riguardo agli spunti offerti dalla formula vindicatoria della *legis actio sacramenti in rem* (la formula ' *aio banc rem meam esse ex iure Quiritium* ' con quel che segue), che *ius Quiritium* sarebbe la dimostrazione del valore originario di *ius* come potere, come quintessenza del diritto soggettivo assoluto. Non solo osserverei in contrario che affermare l'appartenenza a se stesso di una cosa in base al potere quiritario che su essa si ha è, per il *vindicans*, un modo alquanto contorto per affermare di essere il titolare del *ius Quiritium* sulla cosa stessa, ma aggiungerei che i testi su cui il Santoro fa ulteriormente leva non hanno l'efficacia peculiarmente probante che ad essi l'autore assegna. Vero è che in 1.54 e in 3.166 delle sue *institutiones* Gaio parla di un soggetto che ' *nudum ius Quiritium in servo habet* ', con ciò intendendo la situazione soggettiva del *dominus* dello schiavo privo dell'*in bonis* sullo stesso e perciò ridotto ad essere un ' *nudus* ' *dominus ex iure Quiritium*, ma è pensabile, l'ho già segnalato, che qui siamo di fronte

ad un'espressione ellittica, che sta per ' *nudum ex iure Quiritium dominium* ' (espressione completa cui fa capo, ad esempio, Giustiniano nella già citata costituzione abolitiva riportata in CI. 7.25.1).

Sorvolando su altre esplicazioni di minor conto, non mi rimane che di far cenno di quella autorevolmente avanzata da Ludwig Mitteis, tanto piú che ha avuto molto successo ed è stata successivamente accolta e ribadita da Max Kaser e da Carlo Gioffredi. Secondo il Mitteis, ' *ex iure Quiritium* ' avrebbe voluto indicare, nel linguaggio arcaico, che un certo diritto reclamava l'osservanza di tutti indistintamente i *Quirites*: le *obligationes* non sarebbero state qualificate *ex iure Quiritium* appunto perché l'*oportere* che si legge nella formula dell'*actio sacramenti in personam* non era di tutti i *Quirites*, ma era solo ed esclusivamente dell'*obligatus*. In altri termini, il Mitteis ha voluto sostenere che, in antico, dire *ex iure Quiritium* equivaleva dire *erga omnes*. Teoria, questa che si basa peraltro su una interpretazione, mi si conceda di dirlo, troppo sforzata e arbitraria della formula ' *ex iure Quiritium* '. È dubbio che un principiante di latino penserebbe di esprimere l'efficacia di un diritto *erga omnes* (cioè nei confronti di tutti indistintamente i *Quirites*) con la locuzione *ex iure Quiritium*. Quando si dice ' *ex iure Quiritium* ' altro non può intendersi che la derivazione o la dipendenza (' *ex* ') di un istituto da un ' quid ' denominato *ius Quiritium*: vale a dire il fatto che questo istituto fa parte o che un suo archetipo ha fatto parte del *ius Quiritium*.

A questo punto va peraltro riconosciuto al Mitteis il merito di aver posto il dito, pur non giungendo ad una soluzione soddisfacente, su un problema di fondo, che ad altri indagatori era sfuggito. Perché mai l'*oportere* dell'*obligatus iure civili* non fu dai Romani qualificato *ex iure Quiritium*?

Secondo me, la soluzione è di carattere squisitamente

storico. Le *obligationes civiles* romane non furono dette *ex iure Quiritium* per la ottima ragione che esse non derivarono dal *ius Quiritium*, che esso cioè non fecero mai parte di quell'antichissimo sistema giuridico. Quando l'*obligatio* divenne un istituto del *ius* romano, un '*vinculum iuris*', il *ius Quiritium* aveva ormai già esaurito la sua capacità di produzione di nuovi regolamenti. Il 'dies ad quem' della fioritura del *ius Quiritium*, come ordinamento giuridico vitale, deve essere fissato, dunque, a mio parere, in un momento anteriore al 'dies a quo' delle *obligationes iuris civilis* romane.

Gli insegnamenti oggi dominanti sulla storia delle *obligationes* romane non solamente confortano questa mia tesi, ma permettono di precisare con una certa approssimazione il termine finale di produttività del *ius Quiritium*. Relativamente alle *obligationes ex delicto*, cioè derivanti a titolo di responsabilità da atto ritenuto illecito, si osserva generalmente che esse sono venute in essere solo corrispondentemente alla decadenza del sistema primordiale della vendetta privata, e quindi non prima delle XII Tavole, con le quali si cominciò ad imporre in taluni casi la composizione pecuniaria in luogo del taglione originario. Relativamente alle *obligationes contractae*, cioè da atto lecito, la tesi piú giusta è che sorsero anteriormente alle *obligationes ex delicto*, ma bisogna pure tener presente che esse (o almeno quelle fra esse che non ebbero carattere religioso e non furono tutelate in un primo tempo esclusivamente dal *fas*) si formarono in dipendenza della diffusione in Roma del fenomeno economico-sociale del credito: il quale fenomeno prese qualche consistenza, per quel che sappiamo, non prima della fine del secolo VI avanti Cristo.

In conclusione, se è esatto che il *ius Quiritium* cessò di essere fiorente prima che le *obligationes* entrassero a far parte del mondo del diritto, se è esatto che l'*obligatio*

divenne istituto del *ius* sul finire del sesto secolo o agli inizi del secolo successivo, è lecito supporre che il *ius Quiritium* abbia esaurito la sua funzione produttiva di nuovi istituti intorno al declino del sesto ed agli albori del quinto secolo antecristo.

Una conferma importante, su cui è meglio non sorvolare, delle mie deduzioni possiamo averla anche esaminando la storia degli stessi istituti giuridici che le fonti romane qualificano come ' *ex iure Quiritium* ': la *patria potestas*, la *potestas dominica*, il *dominium*. Vi sono buoni motivi per ritenere che i tre istituti *ex iure Quiritium* siano derivati tutti dalla disgregazione dell'originario *mancipium* indifferenziato del *paterfamilias* e sappiamo anche che la disgregazione del *mancipium* ebbe inizio sul declinare del secolo VI avanti Cristo, quando cominciò ad essere considerata come possibile oggetto di *potestas* del *pater* la *pecunia*, cioè un complesso di elementi economici, a cominciare dal bestiame da allevamento (*pecus*), che non erano *mancipia*, che erano *nec mancipi*. La storia della decadenza e della dissoluzione del *mancipium* fa intendere, dunque, quale sia stata la storia del *ius Quiritium*, cioè del sistema giuridico di cui il *mancipium* faceva parte.

38. LE CARATTERISTICHE DEL ' IUS QUIRITIUM '.

Accertato il presumibile periodo di fioritura del *ius Quiritium*, cerchiamo ora di individuarne meglio i tratti essenziali, anche in considerazione della traccia profonda che essi, come vedremo, lasciarono nell'assetto del successivo *ius civile Romanorum*. Si tratta, se non sbaglio, di quattro connotazioni abbastanza precise.

Prima caratteristica: l'esclusivismo patrizio del *ius Quiritium*, cioè la limitazione di esso ai soli *patricii* o *Quirites* e la conseguente esclusione dalla sua sfera ap-

plicativa non solo degli stranieri, cioè in pratica principalmente dei *Latini*, ma anche dei *plebeii* residenti entro il *pomerium* cittadino o nell'immediato contado.

Questa peculiarità si riporta, nei suoi termini generali, al cosí detto 'principio della personalità del diritto', che era comune a tutti i popoli piú antichi e che ha lasciato residui molto importanti anche nei piú evoluti ordinamenti giuridici moderni, da alcuni settori dei quali (si pensi all'elettorato attivo e passivo, alle cariche pubbliche, al servizio militare) gli stranieri sono tuttora rigorosamente tenuti lontani. Piú si risale verso l'antico e piú chiaramente il principio di personalità si manifesta: non soltanto in ordine al diritto, ma anche in ordine alla religione e al linguaggio, insomma in ordine a tutto ciò che costituiva il patrimonio di cultura specifica che differenziava una società sovrana dalle altre. Nulla di strano che il fenomeno si sia verificato relativamente al *ius Quiritium*, se non fosse per il fatto che esclusi dalla sua utilizzazione erano anche i *plebeii*. Certo costoro non erano di discendenza quiritaria, non vivevano aggregati per *gentes*, non avevano culti identici a quelli dei Quiriti, ma sta in fatto che erano numerosi, che risiedevano in città e nei dintorni e che contribuivano in sempre piú larga misura al benessere economico ed alla stessa difesa militare della città. Non è forse nemmeno il caso di parlare, come si usa, di un rifiuto unilaterale dei patrizi di accoglierli come cittadini nella loro comunità, perché erano piuttosto i diversi modi di vita dei due ceti (l'uno impostato sulle *gentes* e dedito all'agricoltura estensiva, l'altro impostato sulle *familiae* e dedito all'agricoltura intensiva ed all'artigianato) a rendere oggettivamente inattuabile l'integrazione. Ma è evidente che, se la coesistenza e la cooperazione tra patrizi e plebei su uno stesso territorio dovevano continuare, era anche necessario che il *ius Quirium* si aprisse in qualche misura, quanto meno nei suoi istituti di addentellato economico

(tali cioè da permettere il cosí detto *commercium* tra i due ceti), alle famiglie plebee.

Secondo caratteristica del *ius Quiritium* fu la limitazione di esso ai rapporti intergentilizi e piú tardi, nel quadro della progressiva dissoluzione delle *gentes* patrizie e della sempre maggiore rilevanza che andavano acquistando le *familiae* plebee, il suo riferimento anche ai rapporti interfamiliari. Estranea al *ius Quiritium* fu, in ogni caso, la disciplina dei rapporti interindividuali, dei rapporti tra i *cives* considerati individualmente (*patres* o *filii* che fossero), cioè come unità partecipanti all'esercito o alle curie. Interferendo il meno possibile nella regolamentazione interna delle *gentes* e delle *familiae*, il *ius Quiritium* fece suoi i principî comuni alle stesse e si pose come un ordinamento essenzialmente relativo ai rapporti tra *patres gentium* e *familiarum* nella cerchia della *civitas Quiritium*.

Liberi restarono dunque i *patres* di esercitare come volessero, o come stabilissero i *mores* specifici delle varie comunità gentilizie e familiari (cioè i *iura gentilicia*), la loro *potestas* sui sottoposti. Il *ius Quiritium* si limitò a prendere atto dell'organizzazione a carattere fortemente potestativo delle *gentes* e delle *familiae* ed a fare sua, in quanto conforme a tutti i *Quirites*, l'istituzione che noi chiamiamo oggi del *mancipium*, ma che i Quiriti denominavano nei modi piú vari anche in rapporto alla varietà delle sue applicazioni: come *manus*, come *potestas*, come *vis*, come *vis ac potestas* e chi sa come ancora. Un'istituzione, quella del *mancipium*, che aveva comunque, in tutte le sue applicazioni, una fisionomia fondamentalmente identica: la fisionomia del potere del capogruppo di disporre, sia per utilizzarli che per eventualmente scambiarli o, al limite, persino per distruggerli, non solo dei beni materiali e degli animali essenziali alla esistenza ed alla autonomia del gruppo (*res familiares*), ma anche dei suoi sottoposti liberi (figli, ulteriori discen-

denti, mogli di lui e degli altri membri del gruppo, individui liberi acquistati presso altri *patres* eccetera).

Ma abbandoniamo per il momento un tema che vuole essere e che sarà approfondito piú in là e veniamo alla terza caratteristica del *ius Quiritium*. Essa fu quella della religiosità, a proposito della quale vi è peraltro poco da dire dopo ciò che si è detto parlando della genesi dell'ordinamento giuridico romano e dei rapporti di esso col *fas/nefas*. Vedremo tra breve, d'altronde, quali rilevanti effetti la connessione col *fas/nefas* ebbe sulla dinamica del *ius Quiritium*, cioè sul suo funzionamento concreto e sul suo stesso sviluppo.

Quarta caratteristica da mettere in rilievo è infine quella della immutabilità del *ius Quiritium*: una caratteristica strettamente connessa col fatto che il *ius Quiritium* si sostanziò in *mores maiorum*, ma in ordine alla quale, affinché non assuma gli aspetti di un'astrazione ai limiti dell'asurdo, occorre anche che ci si intenda sul piano del buon senso.

Considerato che il *ius* non fu per i *Quirites* un ordinamento qualunque, ma fu un ordinamento identificantesi in autorevolissimi *mores maiorum*, è ovvio, in linea di principio, che esso non sia stato considerato solo come obbligatorio per i suoi destinatarii, ma sia stato considerato altresí come definitivo, quindi come assolutamente immutabile. L'equazione *ius/mores* rendeva, dal punto di vista logico, impensabile il mutamento, sia pure sull'accordo di tutti i *Quirites*, di usanze che si rifacevano ai *maiores*, agli antenati defunti e che costoro non erano piú in grado di modificare. Ma piú ancora faceva dei *mores maiorum* un patrimonio di principî immutabile la venerazione di carattere religioso che i *Quirites* avevano per quei loro antenati, passati con la morte, per imperante credenza, nel novero della divinità, e precisamente dei cosí detti *di parentes*. Mettere mano sui *mores maiorum*, anche quando

ne fosse clamorosamente evidente la non rispondenza alle mutate esigenze sociali, era insomma sentito come un'azione assai vicina al sacrilegio.

Questo in linea di principio. In linea pratica il buonsenso, che ai Quiriti certamente non mancava, operò le opportune correzioni. In primo luogo, nulla impediva che ai *mores maiorum* piú antichi si aggingessero via via, in virtú dello stesso processo formativo, nuovi *mores* intesi a regolare materie e particolarità sino ad allora tralasciate: l'integrazione dei *mores maiorum* con l'avanzare dei tempi era quindi assicurata. Per ciò che concerne poi la modifica dei *mores* da considerarsi superati, è pensabile che, cosí come avvenne piú tardi per il *ius civile,* provvedessero indirettamente e discretamente alla bisogna coloro cui erano demandate la *iuris interpretatio* e la *iuris dictio*. Senza giungere all'estremo, oltre tutto sacrilego, di negare la validità di principî ormai consolidati *more maiorum,* si provvedeva con ovvia cautela a distorcerne accortamente il senso, a limarne le asperità, a trarne lo spunto per applicazioni sostanzialmente nuove, secondo un modulo operativo di cui l'analogia piú significante è costituita, nel mondo in cui viviamo, dall'attività svolta nell'interpretazione dei testi della religione cattolica da una certa teologia ' progressista ' (o, come si disse agli inizi del secolo, ' modernista ') che si spinge sul ciglio dell'eresia, a volte evitando e a volte non riuscendo ad evitare la temibile condanna ecclesiastica.

39. L'ORDINAMENTO QUIRITARIO EXTRAGIURIDICO.

Se la ricostruzione che precede è persuasiva, risulta confermata la tesi che al di fuori del *ius Quiritium* non vi erano solo i *iura* interni delle *gentes* patrizie consociate, ma vi era anche tutto il vasto settore dell'ordinamento autoritativo della *civitas Quiritium,* il quale non aveva il

supporto dei *mores maiorum* e pertanto mancava della dignità di *ius*.

Dei *iura* particolari delle *gentes* e delle *familiae* patrizie, cioè dei *iura gentilicia*, ho già detto a suo tempo (n. 35) quel tanto che vi è da dire in questa sede. Aggiungerò solo che, a guardar meglio, bisogna distinguere tra *iura gentilicia* in senso proprio, relativi cioè a quelle consociazioni politiche dalla cui unione derivarono prima le tribú gentilizie (dei *Ramnes*, dei *Tities*, dei *Luceres*) e poi la *civitas Quiritium*, e *iura gentilicia* in senso improprio, relativi invece a quegli insiemi di *familiae* collegati tra loro dalla discendenza da un capostipite comune e dall'interesse a restare in nome di ciò piú o meno strettamente coalizzate, relativi insomma alle cosí dette *familiae communi iure*. Ed è appena il caso di aggiungere, per la chiarezza, che di *gentes* posticce di questo secondo tipo se ne formarono anche dopo la fine della città quiritaria e quindi anche tra *familiae* plebee, sí che perciò ho avuto cura di sottolineare che nei confronti del *ius Quiritium* i *iura gentilicia* da prendere in considerazione per segnalarne la fioritura autonoma entro il quadro fissato da esso, sono quelli delle *gentes* e delle *familiae* (*communi iure*) patrizie.

Lasciando da parte i *iura gentilicia*, fermiamoci un po' piú ampiamente sull'ordinamento quiritario 'extragiuridico' o, come anche potrebbe dirsi, 'agiuridico'. La sua estensione era rilevante e la sua importanza era praticamente non molto minore di quella del *ius Quiritium*, ma la mancanza dei *mores maiodum* a suo fondamento implicava che esso non fosse considerato immutabile, anzi fosse per sua caratteristica piú elastico e fluido del *ius Quiritium*. Ed infatti, mentre nei due secoli e mezzo (dal 754 al 510 avanti Cristo) che la tradizione attribuisce al *regnum* di Romolo e dei suoi successori il tronco del *ius Quiritium* ci si presenta fisso e inalterabile nella sua posizione centrale, l'organizzazione della *civitas* e del suo

governo ci si mostra invece in continua trasformazione (basti pensare alla notevole diversità esistente tra il regno dei primi monarchi latino-sabini e quello degli ultimi tre monarchi di stirpe etrusca), né pare che sia stato effetto di una vera e propria rivoluzione (come gli annalisti dei secoli posteriori hanno voluto fare intendere) che ad un certo punto, dopo la rivolta di Bruto e Collatino, si sia deciso dai consociati di spostare il sommo potere statale dalla monarchia al governo repubblicano dei consoli.

Le fonti da cui in concreto l'ordinamento quiritario extragiuridico scaturí, e fu poi nei tempi variamente integrato o trasformato, si possono ravvisare, a mio parere, nei *foedera* dei *patres*, nei *mores* comunitari e nelle *leges* dei re. Per ' *foedera* dei *patres* ' vanno intesi gli accordi intervenuti per esplicito tra i capi-gruppo in ordine all'assetto costituzionale della *civitas*, in ordine ai modi di funzionamento del suo governo, in ordine all'accoglimento di nuove *gentes* nel seno della comunità o anche all'estraniamento dalla stessa di *gentes* o famiglie che prima ne facevano parte, in ordine ad altre materie di generale interesse: avvenimenti che l'annalistica romana enuncia in buon numero e di cui essa non manca di mettere in evidenza il carattere impegnativo (almeno sino a nuovo e diverso *foedus*) per l'avvenire della *civitas*. Per ' *mores* comunitari ' devono intendersi le prassi formatesi (ed eventualmente in taluni casi anche dissoltesi) nel seno della comunità cittadina per andare incontro ad esigenze generali di nuova formazione, che non fossero ritenute o non fossero ancora ritenute tali da assurgere a dignità di *ius*: per esempio, in ordine ai beni eccedenti le necessità di vita della *familia* (in ordine cioè alla cosí detta *pecunia*), la prassi di riconoscere e rispettare la situazione del *pater familias* che di quei beni avesse acquisito pacificamente ed ostensibilmente la disponibilità materiale (la cosí detta *possessio*). Infine, per ' *leges regiae* ' sono da intendere le disposizioni

autoritative dirette ai *cives* tutti dai *reges* in quanto esponenti dei *patres gentium*, e della relativa assemblea piú tardi detta *senatus*, o anche, nel periodo etrusco-latino, in quanto titolari di un proprio potere di *imperium*.

Sulle *leges regiae* occorre però dire qualche parola di piú.

Il termine '*lex*' deriva dall'étimo indo-europeo '*lag*', che significa 'dire, pronunciare'. In senso etimologico, dunque, *lex* altro concetto non adombra, se non quello dello 'stabilire espressamente un certo regolamento': il che, come è chiaro, può essere fatto tanto dall'autorità statale, quanto da un privato o, in base ad accordo, da due o piú privati (nel qual caso si usa parlare, da noi piú che dai Romani, di *lex privata*). Nulla di strano, dunque, che le fonti di cui disponiamo diano notizia di '*leges regiae*', cioè di provvedimenti emessi dai leggendari re dei secoli VIII-VI avanti Cristo. Strano è invece, anzi addirittura incredibile, che queste *leges* siano state, come pur in qualche testo si legge, votate dai *comitia curiata* alla guisa di quel che sarebbe avvenuto dopo qualche secolo per le leggi (le cosí dette *leges publicae*) votate dai comizi centuriati, dai comizi tributi, dai concilii della plebe.

Le ragioni della nostra sorpresa derivano dal fatto che delle trenta curie dei comizi curiati facevano parte non solo i *patres*, i cittadini *sui iuris*, ma anche (logicamente in numero assai maggiore) i sottoposti liberi di sesso maschile, i cittadini *alieni iuris*: dal che esce assai improbabile che i comizi curiati avessero attribuzioni di assemblea deliberante. Vero è che in secoli successivi gli *alieno iuri subiecti* acquistarono diritto di voto nelle assemblee repubblicane, ma ciò avvenne in connessione con una situazione generale ben diversa da quella della *civitas* primordiale. I *patres* della *civitas Quiritium* non potevano essere posti al livello dei loro sottoposti, e perciò è da credere che i comizi curiati fossero convocati solo per assistere passi-

vamente a funzioni religiose e solo per prendere passivamente atto delle comunicazioni, delle *leges*, dei re. Se le antichissime *leges regiae* furono dette ' *curiatae* ', ciò fu presumibilmente perché esse erano comunicate ai comizi curiati, cioè materialmente portate (ecco perché si dicevano *latae*) alla loro conoscenza. E altrettanto presumibilmente l'annalistica dei secoli II-I avanti Cristo, fantasticando su questa denominazione, illazionò che le *leges curiatae* fossero state designate in tal modo per motivi analoghi a quelli per cui le leggi prima esaminate e poi votate dai comizi centuriati (leggi *latae* ai comizi in questo senso particolare, di ' subordinate ' alla loro votazione) erano dette *leges centuriatae* e quelle deliberate dai comizi tributi erano dette *leges tributae*: cioè perché le leggi regie, oltre che comunicate ai comizi curiati, sarebbero state sottoposte ad una procedura di voto e di approvazione da parte degli stessi.

In queste conclusioni la dottrina romanistica moderna può dirsi pressoché unanime, pur se non mancano qua e là le voci di alcuni che, per ingenua fiducia o per desiderio di originalità ad ogni costo, dichiarano di credere integralmente alla tradizione. Pressoché unanime la romanistica moderna è anche in ordine ad un altro punto, relativo al vero carattere delle *leges regiae*. È fortemente presumibile, cioè, che le vere *leges regiae* altra materia non abbiano riguardato se non argomenti sacrali, e che esse siano state emanate dai *reges* non in quanto capi politici, ma in quanto *reges sacrorum*, cioè in quanto capi dei culti quiritari ed interpreti dei ' desiderata ' divini circa i riti da compiersi in onore delle divinità. Ed infatti, se si esaminano gli istituti che le fonti dicono introdotti da *leges regiae*, è da pensare che alcuni di essi, e piú precisamente quelli a carattere strettamente politico, difficilmente possano essere stati creati da un momento all'altro, ma debbano essere venuti in essere attraverso *foedera* dei *patres* o estese

prassi comunitarie. Si pensi, per convincersene, ai casi della divisione del popolo in *patricii* e *plebeii*, in *patroni* e *clientes*, o a quello della istituzione del consesso senatorio.

40. IL PROBLEMA DEL 'IUS PAPIRIANUM'.

Alla tradizione delle *leges regiae* si riconnette però un altro problema, il quale esige da parte nostra una certa maggiore attenzione. Furono veramente le *leges regiae* considerate dai *Quirites* estranee alla sfera del loro *ius*, cosí come si è detto poc'anzi, o furono anch'esse considerate costitutive di *ius*, sia pure di un *ius* diverso da quello, ritenuto immutabile, dei *mores maiorum*?

Il dubbio scaturisce essenzialmente da un passo di Pomponio (*sing. enchir.* D. 1.2.2.2) che già in parte conosciamo. Si legge in esso che, divisa la popolazione nelle trenta curie, furono votate, su proposta dei vari re, le leggi curiate e che di esse esisteva tuttora, ai tempi di Pomponio, una raccolta denominata *Ius civile Papirianum* per il fatto che compilatore della stessa era stato un Sesto Papirio, vissuto ai tempi di Tarquinio il Superbo, dunque sul finire del sesto secolo avanti Cristo (*quae omnes conscriptae exstant in libro Sexti Papirii, qui fuit illis temporibus, quibus Superbus Demarati Corinthii filius ex principalibus viris. is liber, ut diximus, appellatur ius civile Papirianum, non quia Papirius de suo quicquam ibi adiecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit*). Posto che la notizia relativa alla raccolta curata dal Papirio del sesto secolo risponda a verità, vi è ovviamente da chiedersi se già Papirio o i suoi immediati posteri abbiano designato come *ius* il contenuto della *leges regiae*, o se invece la denominazione di *ius* sia venuta ad applicarsi alla raccolta papiriana solo in tempi molto posteriori.

Si noti che l'affermazione di Pomponio è sostanzial-

mente ribadita da Dionigi di Alicarnasso (3.36), secondo cui le *leges regiae* furono rese pubbliche, dopo la cacciata dei Tarquinii, da un Gaio (non Sesto) Papirio, che rivestiva la dignità di pontefice, ed è confermata altresí dallo stesso Pomponio in un successivo passo del *liber singularis enchiridii*, in cui però il vecchio Papirio è prenominato Publio (D.1.2.2.36: *Fuit autem in primis <iuris> peritus Publius Papirius, qui leges regias in unum contulit*). Quanto all'esistenza già nel primo secolo avanti Cristo di una raccolta denominata *ius Papirianum* e quanto al riferimento di questa raccolta alle *leges regiae*, la conferma emerge convincentemente dalla combinazione di un passo del grammatico Pompeo Festo con un passo del giurista Paolo. Festo (s.v. *paelices*, L. 248) afferma che ai suoi tempi (II secolo dopo Cristo) si denominano *paélices* (o *pelices*) le meretrici e i loro colleghi di sesso maschile (*alienis succumbentes non solum feminae, sed etiam mares*), mentre gli antichi intendevano per tali solo le concubine *more uxorio* di uomini già sposati ad altre donne (*antiqui proprie eam pelicem nominabant, quae uxorem habenti nubebat*), ed a riprova del significato antico riferisce una legge di Numa Pompilio comunque piuttosto severa verso le mogli irregolari ('*paelex aram Iunonis ne tangito; si tanget, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito* '). Paolo (10 *ad l. Iul. et Pap.* D. 50.16.144) conferma il piú antico significato di *paelex* e precisa che lo ' scrive ' (dunque lo enuncia in un'opera che egli ha sotto gli occhi nel II-III secolo) il giurista Granio Flacco, vissuto nel primo secolo avanti Cristo, in un suo commento al *ius Papirianum* (*Granius Flaccus in libro de iure Papiriano scribit pellicem nunc volgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: [quosdam] <quondam> eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam ' pallakén ' Graeci vocant*).

La prima illazione da trarre da ciò che si è ora detto è che l'affermazione di Pomponio, sulla esistenza ai suoi

tempi del *ius Papirianum* nella redazione originaria del Papirio di età regia, è estremamente dubbia: non solo perché è incredibile che la raccolta, se così antica, sia giunta, di trascrizione in trascrizione, sino ai tempi suoi, ma anche perché la confusione circa il prenome di Papirio è indice del fatto che in realtà Pomponio parlava del *ius Papirianum* per sentito dire. Piú che verosimile è, quindi, che Pomponio abbia avuto a portata di mano (se pur lo ha avuto) solo il *liber de iure Papiriano* di Granio Flacco. Ma a questo punto si pone il problema: Granio Flacco il *ius Papirianum* lo ha veramente compulsato o se lo è invece inventato, mettendo insieme egli stesso una raccolta di *leges regiae* così come tramandate sino ai suoi tempi dalla tradizione?

Contro l'attendibilità della notizia circa il *ius Papirianum* si è schierato da ultimo, con argomentazione particolarmente brillante, lo storiografo Jerome Carcopino, secondo cui il *ius Papirianum* sarebbe stata appunto una creazione immaginosa non anteriore al secolo I avanti Cristo, raccolta e accreditata, se non addirittura forgiata, dal menzionato Granio Flacco. Tesi indubbiamente ardita, ma non proprio inverosimile, se si pensa alla leggerezza con cui in quei tempi si coniavano leggende e tradizioni, sopra tutto per procurare genealogie illustri a potenti famiglie. Comunque la verosimiglianza (o meglio, l'ho detto, la non inverosimiglianza) non basta a dar credito all'ipotesi del Carcopino. Occorrono prove, o almeno indizi concludenti, e l'indizio è trovato dallo storico francese in una delle lettere indirizzate da Marco Tullio Cicerone (*ad fam.* 9.21), precisamente nell'ottobre del 46 avanti Cristo, a L. Papirio Peto, un dotto epicureo che viveva in ozî letterari a Napoli. All'amico, che si era detto convinto di appartenere ad una *gens* plebea, Cicerone cercava compiacentemente di dimostrare che invece il capostipite della *gens Papiria* era stato un patrizio, nientemeno che L. Papirio Mugillano,

console nel 444 e censore nel 443 avanti Cristo, cui avevano fatto séguito molti altri illustri Papirii. Il fatto che Cicerone non parli dell'ancora piú antico Papirio, per di piú *pontifex* e perciò patrizio, altro non può significare se non che ai suoi tempi la favola di questo Papirio e della sua raccolta di *leges regiae* ancora non girava.

Forse il Carcopino esige un po' troppo dall'erudizione di Cicerone in quella che al postutto è soltanto una lettera *ad familiares*. Comunque, anche a volerlo seguire su questo terreno, non torna molto facile credere alla sua disinvolta ipotesi. Se Cicerone non ha parlato del Papirio *pontifex* autore del *ius Papirianum*, può darsi che sia stato perché questo Papirio insignito della dignità di pontefice aveva redatto il *ius Papirianum* in un'epoca successiva al 300 avanti Cristo, quindi successiva all'ammissione, a séguito del plebiscito Ogulnio, anche dei plebei al pontificato e agli altri sacerdozi pubblici: può darsi cioè che sia dipeso dal fatto che il pontefice Papirio non serviva alla sua dimostrazione del carattere patrizio della *gens Papiria*. D'accordo che questo significa sconfessare Dionigi d'Alicarnasso, ma è ben nota la leggerezza di Dionigi nel raccogliere informazioni sui tempi antichi di Roma, ricorrendo quasi esclusivamente a due annalisti di penna facile, Licinio Macro e Valerio Anziate. D'altra parte, anche il Pomponio del *liber singularis enchiridii* è, sopra tutto per l'età arcaica, una fonte tutt'altro che affidante.

Resta quindi che si creda, come a cosa piú attendibile, ad un *ius Papirianum*, denominato significativamente da Pomponio anche *ius civile Papirianum*, raccolto ed edito da un Papirio del IV-III secolo antecristo, alla guisa del *ius civile Flavianum* e del posteriore *ius civile Aelianum*, dei quali parleremo piú in là. E siccome vedremo a suo tempo (n. 50) che non vi è dubbio che a quell'epoca le *leges regiae* e le altre leggi arcaiche, a cominciare dalle XII tavole, fossero denominate universalmente come *ius*,

o piú precisamente come *ius civile*, ciò è quanto ci basta per rispondere agli interrogativi sul *ius Papirianum* che ho formulati poco fa.

41. LA REALIZZAZIONE DEL 'IUS QUIRITIUM'.

La realizzazione del *ius Quiritium*, cioè la riproduzione in un 'ordine' concreto dei comportamenti tipici esemplati ai Quiriti dai *mores maiorum*, dipendeva anzi tutto, come già per gli ordinamenti giuridici precittadini, dalla spontanea iniziativa dei consociati. Tuttavia, cosí come per gli ordinamenti giuridici precittadini, ben potevano insorgere, in ordine alla esigenza di determinati *mores*, o in ordine alla rispondenza di un comportamento concreto ai *mores* da tutti riconosciuti, incertezze di singoli *cives* e controversie tra *cives* che la pensassero diversamente. Altra eventualità possibile era inoltre quella che un *civis* si sottraesse caparbiamente (come non raramente succede sempre e dovunque) alla esecuzione di un comportamento che fosse stato accertato come per lui doveroso.

A risolvere i problemi ora accennati (quello dell'incertezza, quello della controversia e quello dell'inosservanza) concorsero, sulla base di suggestioni provenienti dagli ordinamenti giuridici precittadini, tre metodi strettamente imparentati tra loro: il metodo della *iuris interpretatio*, il metodo della *iuris dictio* e il metodo dell'*actio* di rivalsa dell'interessato. È assai discusso, peraltro, se le tre metodologie siano sorte insieme o se alla loro diversità ed al loro concorso si sia pervenuti attraverso un piú o meno tormentato processo storico, appunto, di diversificazione.

Cominciamo col vedere come si presentavano le cose verso la fine del periodo di fioritura del *ius Quiritium*, quindi sul declino del sesto e intorno ai primi anni del quinto secolo avanti Cristo. A quel tempo la *iuris interpre-*

tatio era esercitata dai *pontifices*, la *iuris dictio* si pensa che fosse esplicata dal *rex* di tipo etrusco e quindi munito di *imperium*, l'*actio* era posta in essere dall'interessato per ottenere in sede di *iuris dictio* la proclamazione del torto della controparte, o anche per conseguire, sempre in sede di *iuris dictio*, l'avallo dell'autorità statale nelle operazioni materiali necessarie a riscuotere il dovuto. Ma il punto debole di questa ipotesi attiene alla *iuris dictio*. Considerata l'altissima importanza che si attribuiva ai pontefici ed ai loro responsi in materia di interpretazione del *ius*, davvero si era già affermata come indispensabile la funzione della *iuris dictio*? Ed anzi, tenuto presente che nel quinto secolo il *rex* di una volta non vi era piú, oppure vi era solo quell'ombra di monarca che era il *rex sacrificulus*, e tenuto altresí presente che solo alle cosí dette leggi Licinie Sestie del 367 la tradizione attribuisce la creazione del *praetor urbanus*, incaricato di esercitare la *iuris dictio* tra i cittadini, davvero la funzione della *iuris dictio*, come autonoma rispetto alla *iuris interpretatio* pontificale, si era affermata già prima di allora?

Anche a causa delle scarse notizie che ci forniscono le fonti, sopra tutto per l'epoca predecemvirale, cioè anteriore alle Dodici Tavole del 451-450 avanti Cristo, la storiografia romanistica è molto divisa sui nostri argomenti, ondeggiando variamente tra l'estremo per cui la *iuris dictio* sorse come autonoma sin dagli inizi della *civitas Quiritium* e l'estremo opposto per cui di *iuris dictio*, almeno in senso tecnico, non è a parlarsi prima del 367 o giú di lí. Senza procedere ad un'esposizione dettagliata delle teorie, mi limiterò ad aggiungere che la dottrina tradizionale, facente capo a Federico Carlo (von) Savigny, è nettamente orientata nel primo senso (*iuris dictio* del *rex* 'ab origine'), dividendosi solo sul punto se il processo giurisdizionale sia stato o non sia stato sin dalle origini distinto in una fase *in iure* e in una fase *apud iudicem*, cosí come ci si

presenta in età postdecemvirale. Non mancano, tuttavia, dottrine in senso contrario che danno seriamente da pensare: tra queste le dottrine del Pais e del De Martino. Secondo Ettore Pais, gli imponenti residui di un'antichissima *interpretatio iuris* esercitata dai pontefici fanno ipotizzare un'epoca originaria in cui ai *pontifices* spettava anche la *iuris dictio*. Secondo Francesco De Martino, a tutto il periodo arcaico fu estranea un'autonoma funzione giurisdizionale, essendo piú che sufficiente, anche in considerazione delle ampie iniziative riconosciute ai soggetti in sede di *actio*, l'autorevole *iuris interpretatio* dei *pontifices*: solo la legislazione Licinia Sestia, creando la nuova magistratura del *praetor minor*, istituí 'ex novo' la correlativa funzione, di *ius dicere inter cives*.

A mio modo di vedere, pur ribadendo con forza la ripulsa a suo tempo fatta delle teorie di coloro che vedono nella *iuris dictio* (da intendersi come affermazione creativa del diritto da parte dei capi della comunità) addirittura la fonte prima del *ius* preromano e del *ius Quiritium* (n. 32), non è possibile credere che una qualche attività di giurisdizione non vi sia stata nella *civitas* quiritaria, abbastanza ben distinta dalla *iuris interpretatio*, sin dagli inizi della *civitas* stessa, anzi probabilmente già sin da prima della sua nascita, cioè già nelle comunità precittadine. Per quanto elementari fossero le esigenze di ordine della *civitas* piú antica, la *interpretatio iuris* non poteva bastare ad infrenare gli eventuali eccessi cui i *cives* si sarebbero potuti abbandonare nell'esercizio dell'*actio*. Dunque, una *iuris dictio* vi fu, secondo me, fin dal principio. Ma fu agli inizi una *iuris dictio* di carattere embrionale, solo pallidamente simile alla giurisdizione del pretore urbano di circa quattro secoli dopo.

Se si ammette, come si deve ammettere, che la reazione contro gli inosservanti dei *mores maiorum* fu, sopra tutto alle origini, essenzialmente affidata, come espressione

di *fas*, all'iniziativa ed all'attività materiale (*actio*) di coloro che ne avessero subíto un pregiudizio, un ingiusto svantaggio, non si può essere tanto ingenui da non mettere in conto la possibilità che l'*actio* fosse esercitata oggettivamente a torto, oppure oggettivamente in eccesso: sulla base cioè di una pretesa ingiusta (anche se soggettivamente ritenuta giustissima), oppure in vista di una riparazione (duecento invece di cento, ad esempio) piú copiosa di quella effettivamente dovuta. Non volendosi far precipitare in breve tempo la *civitas Quiritium* nell'anarchia (e noi sappiamo che l'anarchia non vi fu), era indispensabile che una qualche ' autorità ' si assumesse il compito, per l'ipotesi di controversie e di conflitti, di dichiarare autoritariamente, in modo cioè definitivo ed inoppugnabile, come andassero interpretati i *mores maiorum* in relazione al caso specifico che avesse dato luogo alla discussione. A questo fine la pura e semplice *interpretatio iuris*, del tipo di quella esplicata fino ai primi secoli dei ' tempi storici ' dai *pontifices*, non sarebbe stata sufficiente, perché l'*interpretatio iuris* si fermava alla dichiarazione del diritto applicabile alla fattispecie cosí come essa era stata esposta ai pontefici dagli interroganti: non perveniva sino all'accertamento della verità oggettiva della fattispecie, della reale configurazione dei fatti indipendentemente dalla descrizione fattane dagli interroganti. La specificità di una attività giurisdizionale rispetto all'attività di interpretazione del diritto sta appunto nell'accertamento insindacabile dei fatti realmente accaduti.

Ciò posto, io penso che la funzione di *iuris dictio* sia sorta nella *civitas* quiritaria sin dalle sue origini e penso anche che, mancandoci ogni indicazione circa diversi titolari, essa sia stata esercitata dal *rex* in quanto capo politico e sommo sacerdote. Che il *rex* abbia avuto alle sue spalle sin dai tempi piú antichi quei sacerdoti specializzati nella conoscenza del *ius* che furono i *pontifices*, può

ritenersi sicuro, ma è poco probabile che i pontefici siano andati oltre l'*interpretatio iuris* ed abbiano svolto in proprio le funzioni giurisdizionali del re. Dunque, attribuzioni separate già dall'inizio, e probabilmente già nel seno delle comunità precittadine, ma con una *iuris dictio* che inizialmente, nella fase latino-sabina, non poté non essere alquanto debole e fortemente condizionata dai *patres*, così come debole e fortemente condizionato dai *patres* fu in ogni cosa il monarca. Nella fase etrusco-latina, avendo il *rex* conseguito maggiore autonomia ed avendo egli aggiunto all'originaria *potestas* il ben più robusto *imperium*, ne trasse maggiore autorità e vigore la *iuris dictio*: la quale, senza perciò essere o diventare una manifestazione dell'*imperium*, tese a passare dalle mani del re, dopo che si iniziò la decadenza dell'istituto monarchico, alle mani di quel *praetor* o di quei *praetores-consules* che lo surrogarono progressivamente nel comando dell'esercito centuriato e nella direzione della vita politica. Avviata la *iuris dictio* su questa strada, si può capire come essa sia divenuta attribuzione precipua, comunque mai propriamente esclusiva, di un apposito *praetor*, di un *praetor minor* rispetto ai due *praetores-consules*, il *praetor urbanus*.

Quanto alla struttura del processo giurisdizionale, è assai probabile, se addirittura non deve dirsi ovvio, che nei primi tempi il *rex*, essendo poco oberato da altri impegni e trovandosi inoltre di fronte a non molte controversie, si sia occupato egli stesso di tutto, sino alla decisione finale. Può facilmente comprendersi, d'altronde, che in tempi successivi, aumentando sia gli impegni del *rex* sia il numero e la complessità delle controversie, il *rex* si sia limitato, per lo meno di fronte ai casi più difficili, ad affermare l'autorità del *ius* dall'alto del suo seggio, rimettendo le parti per la decisione concreta alla attività di istruttoria e di giudizio esercitata, in altra sede, da un giudice privato da lui investito del potere di sostituirlo.

È da motivi pratici di questo tipo che può essere derivata la caratteristica distinzione del processo romano ordinario, tutte le volte in cui fosse necessaria un'indagine istruttoria (non sempre, dunque), in una fase *in iure* e in una fase *apud iudicem*.

NOTE AL CAPITOLO V

35. Sul *ius Quiritium*: Guarino, *SDR.* n. 59-64; id., *'Ius Quiritium'*, in *Le origini* (nt. 14) 171 ss.; id., *Dal 'ius civile' al 'ius Quiritium'*, ivi 179 ss. In questi scritti esame completo delle fonti e valutazione critica della letteratura. — La derivazione di Isid. *et.* 5.9.1 (ove si legge *ius Quiritum*, e non *ius Quiritium*) da I. 1.2.2 è comunemente accolta. V. in proposito: J. de Churruca, *Les instituciones de Gayo en San Isidoro de Sevilla* (1975) 29 nt. 12. — Della avvenuta abolizione del *dominium ex iure Quiritum* Giustiniano si compiace in CI. 7.31.1 pr. dell'a. 531 (*Cum nostri animi vigilantia ex iure Quiritium nomen et substantiam sustulerit*), ma la precedente costituzione abolitiva, diretta al *praefectus praetorio* Giuliano nel 530-531, è trascritta in CI. 7.25.1: *Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex iure Quiritium vel tantummodo in bonis reperitur ... sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sui sive aliarum rerum ad se pertinentium.* Il *ludibrium antiquae subtilitatis* abolito da Giustiniano (del quale ho omesso di riportare l'ampollosa giustificazione del provvedimento) è il famoso *'duplex dominium'*, di cui parla Gai 1.54 (in un passo di esegesi estremamente controversa: cfr. Guarino, *DPR.* nt. 61.2.6): *Certum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur.* — Sui *Quirites* (da *co-virites*, membri delle *curiae* o *coviriae* delle antichissime *tribus* preromane): Guarino, *SDR.* n. 18. Che in età pregiustinianea *Quirites* non avesse il senso pieno di *Romani* (di membri del *populus Romanus Quiritium*), è dimostrato dal famoso episodio di Cesare nel 47 a.C.,

quando, per rimproverare i soldati della *decima legio* riottosi a combattere, li apostrofò dispregiativamente *Quirites* (borghesi non inclini alle armi): cfr. Suet. *Caes.* 70, Tac. *ann.* 1.42.3. Tuttavia in Cicerone, autore molto verboso ed altrettanto poco controllato, vi è un passo in cui *Quirites* equivale in senso pieno a *Romani*: v. *infra* nt. 37. — La 'communis opinio' sul *ius Quiritium* è esposta dall'Albanese (nt. 1) 82 ss. Per le altre teorie, v. *infra* n. 36-37. — Di '*lex Quiritium*', in un contesto certamente alterato dai compilatori giustinianei, parla Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.1.2: *Per hanc autem actionem* (sc. *per rei vindicationem*) *liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius libro trigensimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet: si quis ita petit filium suum, vel in potestate ex iure* [*Romano*] (*Quiritium*), *videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: ait enim adiecta causa ex* [*lege*] (*iure*) *Quiritium vindicare posse.* Il passo (su cui, da ultimo, Santoro, *Potere e azione* [nt. 27] 230 s., 238 s., con bibliografia) è sicuramente genuino sino a *vindicet*: il che è quanto basta per poter ritenere che, secondo Pomponio e presumibilmente anche Ulpiano, il *filius familias* potesse essere preteso con *vindicatio* dal *pater* (*adiecta causa*, cioè aggiungendo nella formula che la sua era, più precisamente, la condizione di un *filius*) come oggetto di un diritto *ex iure Quiritium*. Per ciò che concerne le parole che seguono, salta agli occhi di tutti che il pensiero di Pomponio è riferito due volte ('*si quis-egisse*', '*ait-posse*'), il che difficilmente può essere stato fatto da Ulpiano: tra le ipotesi che possono avanzarsi (sempre che non voglia ammettersi la interpolazione di *ait rell.*, da me sostenuta nello scritto *Dal 'ius civile'* ecc. [nt. 35] 183 nt. 28), vi è quella che una delle due motivazioni pomponiane (probabilmente, la prima) sia stata stesa, a titolo di maggior chiarimento, da un lettore postclassico e che i compilatori giustinianei le abbiano accolte tutte e due, avendo solo cura di correggere con parole diverse, in ossequio alle esigenze della *variatio*, il riferimento al *ius Quiritium* in entrambe (oppure riservandosi di scegliere una delle due versioni in una occasione successiva, che invece non vi è stata). La questione non tocca, comunque, la sostanza. — Sui *iura gentilicia*, per tutti: G. Franciosi, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*[4] (1989); id. (a cura di), *Ricerche sull'organizzazione gentilizia romana* 1 (1984), 2 (1988); id., *Gaio e il tramonto della 'gens'*, in *Labeo* 36 (1990) 280 ss. Sul tema ritorneremo parlando della *desuetudo* (*infra* n. 85).

36. Per l'argomentazione espressa in questo numero non posso che rinviare a quanto molto più diffusamente e approfonditamente ho scritto nei due saggi citati *retro* nt. 35: ivi anche le pertinenti indicazioni bibliografiche. Mi limito a segnalare, a conforto della mia interpretazione di *ius Quiritium* come diritto in senso oggettivo, l'acuta osservazione fatta (sia pure per sostenere la sua ben diversa tesi) dalla Bozza (' *Ius Quiritium* ', in *SSE.* 44 [1952] 24 ss.) a proposito di Gai 1.32 b: lo ' *id est fiunt cives Romani* ' apposto da Gaio al ' *ius Quiritium adipiscuntur* ', fa intendere che per i lettori del manuale non era proprio ovvio che i Latini, acquistando il *ius Quiritium*, conseguissero lo *status* soggettivo di *cives Romani.*

37. Anche per quanto riguarda il contenuto di questo numero ritengo opportuno rinviare alla articolata dimostrazione contenuta negli scritti indicati *retro* nt. 35: ivi anche esauriente bibliografia. Debbo solo aggiungere che alla tesi per cui il *nudum ius Quiritium* di Gai 1.54 e 3.66 è espressione ellittica di *nudum dominium ex iure Quiritium* sono pervenuto dopo più matura riflessione: v. invece *Dal ' ius civile '* ecc. (nt. 36) 191. — L'estensione del *ius Quiritium* al *mancipium* del *pater familias* in ordine a tutti i suoi vari oggetti (e alle varie modalità di esercizio richieste da ciascuno di questi) è dimostrata da poche, ma sicure testimonianze delle fonti classiche, le quali sono ovviamente relative ai distinti diritti soggettivi derivati dal *mancipium* (cioè *dominium* sulle *res*, *potestas dominica* sui *servi*, *manus*, *potestas* sui così detti *liberi in causa mancipii*). Solo la Bozza (nt. 36) ritiene, che *ex iure Quiritium* fosse qualificato in tempi storici esclusivamente il *dominium* civilistico: il che, a mio avviso, è contraddetto da una retta esegesi di Ulp. D. 6.1.1.2 (*retro* nt. 35). — Secondo il Santoro (nt. 27) 242 s., 257 ss., il *ius Quiritium* era un potere in cui si concretava anche la *libertas*: tesi che peraltro, almeno a mio avviso, si basa su una interpretazione molto sforzata (su cui sorvolo) di Gai 1.35 e su una lettura, direi, decisamente erronea di Cic. *pro Caec.* 33.96: *... deinde nihil rationis adfers quam ob rem si libertas adimi nullo modo possit, civitas possit. nam et eodem modo de utraque re traditum nobis est et si semel civitas adimi potest, retineri libertas non potest. qui enim potest iure Quiritium liber esse is, qui in numero Quiritium non est?* Cicerone qui dice benissimo, ma, si badi, egli non segnala la impossibilità che sia *liber iure Quiritium* un elemento che *non est in numero ' Romanorum '*: è chiaro che qui egli parla di *Quiris* (e di persone che sono *in*

numero Quiritium) nel senso di *Romanus*, sicché è altresí evidente che per lui *liber iure Quiritium* (e, si aggiunga, non '*ex iure Quiritium*') significa soltanto *liber iure Romano* (libero in base all'ordinamento giuridico romano). — Per fonti e bibliografia in ordine al *mancipium* e alla sua dissoluzione e all'ingresso delle *obligationes* nel mondo giuridico romano, rinvio a: Guarino, *DPR.* n. 41 e 72.

38. A proposito dei caratteri del *ius Quiritium* v. quanto già accennato *retro* n. 27-31. Le caratteristiche della religiosità e della immutabilità del *ius Quiritium*, che ricollego ai *mores maiorum* delle varie *gentes* e *familiae* (se ed in quanto fossero conformi tra loro: ferma restando, in piú, l'autonomia dei *iura gentilicia* inerenti esclusivamente alle specifiche *gentes*), potrebbero sembrare a tutta prima indebolite dalla tesi del De Francisci (*Primordia* [nt. 30] 149 s., 157 ss.), secondo cui i Romani intendevano per *di parentes* (o *di parentum*) 'l'insieme dei progenitori in linea retta sino al *proavus*', sicché il culto degli antenati sarebbe stato limitato a tre generazioni (*pater*, *avus*, *proavus*). Può anche darsi che i protettori specifici di ogni *pater familias* vivente fossero il rispettivo *pater*, nonno e bisnonno defunti, oltre la menzione dei quali egli non era tenuto ad andare nelle cerimonie sacrali dette dei *parentalia* (13-21 febbraio: cfr. Eisenhut, sv. *Parentalia*, in *RE. Suppl.* 12 [1970] 979 ss.), ma è assurdo pensare che gli antenati perdessero la qualifica di *di parentes* e di *Lares* familiari man mano che uscissero di grado (sarebbe, oltre tutto, in contrasto con l'impegno che le famiglie piú in vista avevano di conservare e onorare in casa il maggior numero di *imagines* dei loro antenati: cfr. F. Lucrezi, '*Ius imaginum*', '*nova nobilitas*', in *Labeo* 32 [1986] 131 ss.). In questo senso va intesa, se non erro, l'epigrafe dedicatoria di *CIL.* 4.1679: *Habeas propitios deos tuos tres.* — Contrariamente al parere del De Francisci (cit. 149 s.) e del Franciosi (*Clan* ecc. [nt. 35] 293 ss.), direi che non ha nulla a che vedere con i *di parentes* e con la limitazione della famiglia agnatizia a tre generazioni in linea retta (cui si sarebbero aggiunti sei gradi in linea collaterale sino al *sobrinus*, cioè al secondo cugino) quanto si legge in Fest. sv. *parens* (L. 247): *Parens vulgo pater aut mater appellatur, sed iurisprudentes avos et proavos, avias et proavias parentum nomine appellari dicunt.* Questo passo si limita a precisare che i giuristi intendono come *parentes* gli ascendenti in linea maschile (e le loro mogli) anche sino al livello dei bisnonni. Gai 23 *ad ed prov.*, D. 50.16.51, andando ancora piú

avanti su questa strada, chiarisce giustamente che non è escluso che il *parens* si concreti, in certi casi, persino in un ascendente più lontano, come nell'ipotesi (di cui egli probabilmente si occupa a questo punto del suo commentario: cfr. L. *Gaius* 349) di *venditio* del patrimonio successorio di un morto in ordine al quale i discendenti (*heredes sui et necessarii*) abbiano esercitato il *ius abstinendi* (cfr. Gai 2.158): *Appellatione parentis non tantum pater, sed etiam avus et proavus et deinceps omnes superiores continentur* [: *sed et mater et avia et proavia*] (Nel frammento gaiano il riferimento anche alle donne è stato, a mio avviso, aggiunto dai compilatori, cui sfuggiva che esso non poteva essere stato fatto nella ipotesi di successione agnatizia considerata originariamente da Gaio e cui, comunque, interessava elevare il testo gaiano al rango di una *verborum significatio* generale. Diversamente il Franciosi, 294 nt. 36, non dubita della genuinità del riferimento alle *parentes* di sesso femminile, mentre sostiene l'interpolazione di *et deinceps omnes superiores*. Segue il Franciosi: G. Lobrano, *'Pater et filius eadem persona'* 1 [1984] 126 e nt. 14).

39. La concezione dell'ordinamento 'costituzionale' arcaico come ordinamento 'agiuridico' basato sui *foedera patrum* e sulle *leges regiae*, è collegato al rifiuto critico della tradizione canonica sui primi secoli di Roma che ho fatto (e tentato di argomentare) in altri miei scritti ai quali mi limito qui a rinviare. Cfr., in particolare: Guarino, *Le origini quiritarie* (nt. 14); id., *La rivoluzione della plebe* (nt. 26). Per il carattere 'movimentato', non ancorato a stabili *mores*, della vita costituzionale di Roma nell'età 'regia', v. da ultimo: L. Fascione, *Il mondo nuovo. La costituzione romana nella 'Storia di Roma arcaica' di Dionigi di Alicarnasso* (1988). — Sulle *leges regiae*: S. Tondo, *Introduzione alle 'leges regiae'*, in *SHDI.* 37 (1971) 1 ss.; id., *'Leges regiae' e 'paricidas'* (1973) 9 ss.; Bleicken, *'Lex publica'* (nt. 31) 96 ss. Per una 'palingenesi': *FIRA.* 1:3 ss. — Per l'etimologia di '*lex*' e per i rapporti della *lex* antichissima con il *ius* e col *foedus*: A. Magdelain, *La loi à Rome. Histoire d'un concept* (1978) 12 ss., 23 ss. Le suggestive ipotesi di questo autore (in particolare, quella che vede nella *lex* qualcosa di 'letto' e un modo di manifestazione del *ius*) non sempre mi trovano d'accordo, ma non è questo il luogo per entrare in dettagliate discussioni. Mi basta qui segnalare l'esattezza dell'affermazione (p. 9) che 'la *lex* ancienne est hors de portée des juristes classiques, et même de l'annalistique, qui la décrivent sous les couleurs d'un autre temps'.

40. Sul *ius Papirianum*: J. Carcopino, *Les prétendues 'lois royales'*, in *MEFRA.* 1937, 361 ss.; J. Paoli, *Le 'ius Papirianum' et la loi Papiria*, in *RHD.* 4. 24-25 (1946-47) 157 ss.; S. Di Paola, *Dalla 'lex Papiria' al 'ius Papirianum'*, in *St. Solazzi* (1949) 631 ss. — A proposito della lettera di Cicerone a Papirio Peto (*fam.* 9.21, ottobre 46), si tenga presente, anzi tutto, che è lo stesso Cicerone a mettere in chiaro che le sue lettere non sono state tutte da lui curate allo stesso modo nello stile e nei contenuti: cfr. *fam.* 15.21.4, 2.4.1, 4.13.1. Quanto agli antenati di Peto, va tenuto presente che Cicerone non dice che essi siano stati tutti quanti patrizi (tanto vero che cita anche i rami plebei dei Carboni e dei Turdi), ma dice e sostiene (adducendo esempi di Papirii patrizi) che non è vero che i Papirii siano stati tutti quanti plebei: *Sed tamen, mi Pete, qui tibi venit in mentem negare Papirium quemquam unquam nisi plebeium fuisse?*

41. La letteratura sulle origini della *iuris dictio* (e sui rapporti di questa con la *iuris interpretatio*) è vastissima. Vedila riassunta in M. Kaser, *Röm. Zivilprozessrecht* (1966) 17 ss. In particolare: F. De Martino, *La giurisdizione in diritto romano* (1937); C. Gioffredi, *Contributi allo studio del processo civile romano* (1947). Anche a questo proposito un'analisi critica delle varie teorie sarebbe qui fuor di luogo.

VI. IL ' IUS LEGITIMUM VETUS '.

42. La crisi della ' civitas Quiritium '.

Il fatto che il germe di fondamentali istituti del *ius civile* romano sia rintracciabile già nel *ius Quiritium* e che al *ius Quiritium* risalgano tanto la *iuris interpretatio* quanto la stessa *iuris dictio* potrebbe far pensare che il *ius civile Romanorum* si sia innestato, con l'ausilio appunto della *iuris interpretatio* e della *iuris dictio*, direttamente sul ceppo del *ius Quiritium*. Sarebbe tuttavia un errore.

Se è vero che la fioritura del *ius Quiritium* ebbe termine, come abbiamo accertato dianzi, sul finire del sesto secolo avanti Cristo, non è però affatto vero che in concomitanza col declino dell'ordinamento piú antico abbia preso il suo avvio, a guisa di immediata continuazione di esso, la fioritura del *ius civile*, di quel *ius civile* che tra poco vedremo doversi contraddistinguere come ' *vetus* '. Tra l'esaurimento del *ius Quiritium* e la sicura nascita del *ius civile vetus* vi è come un ' hiatus ' non solo di tempo ma anche di modi di essere dell'ordinamento, che non può essere trascurato senza falsare la verità della storia.

La soluzione di continuità cui alludo durò circa un secolo e mezzo e fu coperta, a mio avviso, da un ordinamento complementare del *ius Quiritium*, ma non assimilabile a quest'ultimo e non ancora identificabile col *ius civile vetus*: nel quale solo verso la metà del quarto secolo finí, unitamente al *ius Quiritium*, per confluire, in un amalgama peraltro non tanto compatto da eliminare ogni traccia delle sue componenti diverse. E le caratteristiche dell'accennato ordinamento intermedio furono, a quan-

to può desumersi appunto dalle tracce non del tutto eliminante di esso, precipuamente queste: di consistere in statuizioni poste da leggi, tra cui in primo piano le *leges duodecim tabularum*, e di concretarsi attraverso una *iuris dictio* non piú esercitata del *rex*, ma esercitata al suo posto dai *praetores* comandanti l'esercito centuriato patrizio-plebeo.

Di qui, e da altre motivazioni che emergeranno appresso, la denominazione di '*ius legitimum vetus*', solo in parte avallata dalle fonti romane, che propongo per l'ordinamento giuridico fiorito, a complemento e sviluppo del *ius Quiritium*, tra gli inizi del quinto e la metà circa del quarto secolo antecristo.

Nei limiti piuttosto stretti entro i quali si può prestare fede alle notizie del *liber singularis enchiridii* di Pomponio, una conferma di questa ricostruzione la desumiamo dalla lettura di quello stesso passaggio (cfr. D. 1.2.2.3) in cui si elogia l'opera di sistemazione generale dell'ordinamento giuridico che sarebbe stata compiuta (e noi sappiamo che la cosa è invece assai poco credibile) mediante le *leges regiae*. Ahimé, prosegue in quel paragrafo Pomponio (o chi per lui), l'età felice non durò a lungo. Bastò che i *reges* fossero scacciati da Roma perché le *leges regiae* andassero in fumo tutte quante insieme, per effetto di una *lex tribunicia* (di una legge votata dalla *plebs* su proposta dei suoi tribuni: dunque di un *plebiscitum*) e perché il popolo romano tornasse a dover vivere, per circa un sessantennio, piú sulla base di un *ius incertum* e di qualche nuova usanza frattanto formatasi, che sulla base di leggi portate all'approvazione dei comizi popolari (*exactis deinde regibus lege tribunicia omnes leges hae exoleverunt iterumque coepit populus Romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem: idque prope [viginti] <sexaginta> annis passus est*).

Gli anni trascorsi in questa condizione di incertezza

del diritto vigente e di ' quasi-diritto ' rappresentato dalle scarse *consuetudines* sopravvenienti (*consuetudines* ben lontane dal rango e dalla stabilità dei *mores maiorum*) sono evidentemente, nel riferimento pomponiano, quelli intercorrenti tra l'espulsione di Tarquinio il Superbo (510 a. C.) e la legislazione delle Dodici Tavole (451-450 a. C.): sessanta, non venti, come si legge nel testo (è presumibile quindi che l'originario LX del manoscritto sia diventata XX in una distratta trascrizione successiva). Furono anni in cui i plebei si rifiutarono di riconoscere le istituzioni patrizie (concentrate da Pomponio nelle *leges regiae*), in cui la lotta contro il patriziato fu gestita dai *tribuni plebis* (alla cui iniziativa Pomponio attribuisce la *lex tribunicia* ' spazzatutto ') in cui la *iuris dictio* non piú esercitata dal *rex* non poté dirsi ancora istituzionalmente attribuita al *praetor* (onde Pomponio parla di *incertum ius*), in cui al disordine dilagante rimediò malamente qualche prassi di convivenza tra patrizi e plebei (la *consuetudo aliqua* di cui ci dice Pomponio).

Tutto sommato, al fondo del discorso pomponiano, pur tanto ingenuamente favolistico, un ' quid ' di verosimile e in qualche misura di verificabile, come dicevo, esiste. Comunque si configurino sul piano storico e costituzionale le vicende dei secoli quinto e quarto, dalla cacciata dei Tarquinii alle *leges Liciniae Sextiae*, è certo che esse furono in massima parte l'espressione di una lotta durissima combattuta dalla plebe contro il patriziato allo scopo di pervenire ad una sostanziale parificazione con esso.

Altrove ho cercato di dimostrare puntualmente che l' ' aevi spatium ' qui considerato fu teatro di un vero e proprio processo rivoluzionario portato avanti dalla *plebs*, tra vittoriose spallate e amari insuccessi, per uscire da una posizione di mera sudditanza, la quale comportava l'obbligo della partecipazione all'*exercitus centuriatus*, ma non anche il diritto di voto e tanto meno l'elettorato passivo

alle cariche cittadine. Ho sostenuto, in particolare, che la rivoluzione plebea sfociò nel decisivo compromesso del 367, dal quale alla plebe fu garantito il diritto di voto nel seno dell'organizzazione centuriata (che solo allora assunse, accanto ai compiti militari, anche la funzione di *comitia centuriata*) e fu altresí assicurata la possibilità che uno dei due *praetores-consules* comandanti le due legioni dell'esercito fosse di estrazione plebea. Qui però non è il caso né di richiamare quella dimostrazione, né di mettere in luce le ragioni di ordine economico che determinarono alla base il grande rivolgimento.

Anche se ci acconciamo a seguire pedissequamente il racconto della tradizione, quello che vuole la repubblica fondata 'ex abrupto', ad iniziativa di Bruto e Collatino, nel 510-509 avanti Cristo, egualmente è difficile, per non dire impossibile, ammettere che la *civitas* sia stata inizialmente e per molto altro tempo composta a pari titolo dai patrizi e dai plebei, che i plebei non vi siano stati trattati lungamente come una razza diversa e inferiore, che il patriziato non abbia lungamente approfittato di una sua situazione di netta superiorità sociale (se non anche giuridica) per angariare in tutti i modi la plebe. I piú fedeli e creduli sostenitori della tradizione romana a questi rilievi ci arrivano in qualche modo, e non senza evidenti segni di disagio, anch'essi, né potrebbe essere diversamente.

Bene. Questo mi basta ai fini del discorso specifico sulle vicende giuridiche di Roma. Se nel quinto secolo, e per qualche decennio ancora, le cose andarono in Roma cosí come la stessa tradizione canonica rivela, è difficile ammettere che dal *ius Quiritium* sia profluito rettilineamente, senza difficoltà e senza scosse, il *ius civile* patrizio-plebeo dell'avanzato quarto secolo e dei successivi secoli avanti Cristo. Già l'arresto della produttività del *ius Quiritium*, che dianzi ho ritenuto di dover situare intorno alla fine del secolo VI, è indizio molto significativo dei

veri e propri traumi da cui dovette essere afflitta la società romana antica. Ha insomma fondamentalmente ragione l'autore del brano già riferito del *liber singularis enchiridii* nel parlare di un periodo di transizione giuridica durato almeno sino alla legislazione decemvirale.

43. LE RIVENDICAZIONI DELLA PLEBE.

Sempre astenendomi da riferimenti alla situazione politica ed alla mia interpretazione personale degli avvenimenti, vengo a domandarmi adesso che cosa sul piano giuridico non andava, anzi non era tollerabile, secondo la plebe. In altri termini, a che scopo fu richiesta tanto insistentemente dalla plebe romana quella legislazione di ampio respiro che va sotto il nome di *XII tabulae*?

È da ritenere che, nella seconda metà del sesto secolo avanti Cristo, la plebe, per quanto maltrattata e avvilita dai *Quirites* o patrizi, qualcosa di consistente abbia tuttavia ottenuto dai *reges* etruschi (se vogliamo attenerci alla tradizione, da Servio Tullio) in cambio del sacrificio indubbiamente fortissimo, anche sul piano economico, cui si sobbarcò entrando a far parte dei *pedites*, con relativa costosa armatura pesante, della *classis clipeata* (cioè munita del *clípeus*, del grosso scudo rotondo). La tradizione non parla di diritto di voto e di elettorato passivo riconosciuti ai plebei, ma tutt'al piú fa intendere che una organizzazione 'democratica' del governo cittadino fu predisposta per il futuro, in vista dei tempi in cui il *regnum* fosse cessato, dal previdente Servio Tullio in certi suoi '*commentarii*'. Ciò dato, il vero vantaggio, o almeno il vantaggio piú consistente, dovette essere per la plebe un altro: l'ammissione al *commercium* con i *Quirites*, l'ammissione cioè a compiere validi atti di acquisto o di alienazione *ex iure Quiritium* degli oggetti giuridici che contavano, cioè dei *mancipia*, degli uomini e cose funzional-

mente occorrenti alla vita ed alla prosperità degli aggregati familiari.

La *plebs*, che viveva aggruppata in *familiae* potestative su fondi coltivati intensivamente (e non per *gentes* praticanti coltivazioni estensive, come facevano ancora i patrizi), conquistò in tal modo il riconoscimento giuridico quanto meno della sua organizzazione economica per *familiae* e per *mancipia*. Si spiega ora, alla luce di questi vantaggi, perché essa abbia avuto tanto interesse alla difesa della città, pur se mancava della dignità dei Quiriti, e diventa comprensibile perché essa non abbia sollevato difficoltà, tutt'altro, di fronte alla richiesta di partecipare all'esercito centuriato.

Questo era il 'recto' della medaglia. Ma c'era anche il 'verso', ed era un rovescio notevolmente gravoso. A prescindere dallo scarso (secondo me, nullo) peso sul piano politico-costituzionale, la plebe era tenuta dall'ordinamento politico e da quello giuridico in una situazione, diremmo oggi, di 'apartheid', di isolamento razziale, perché non era ammesso il *connubium* tra plebei e patrizi: dunque dalla convivenza tra gli stessi non derivavano e non era ammesso che derivassero famiglie e discendenze legittime. Non solo. Sul piano economico, alla parità formale tra patrizi e plebei non corrispondeva una parità sostanziale e la disuguaglianza era tutta a discapito della plebe. Non essendo accolti nei sacerdozi, tra cui il pontificato, i plebei non potevano partecipare all'*interpretatio iuris*, alla interpretazione di quel *ius* misterioso che, allora più ancora che in séguito, '*in penetralibus pontificum repositum erat*'. D'altro canto, essendo quanto meno ostacolati, e assai validamente, nell'accesso alle magistrature, i plebei non erano in grado, almeno nei fatti, di esercitare neanche quella *iuris dictio* che stava lentamente passando nelle mani dei *praetores* patrizi e di ottenere la tutela, al momento opportuno, delle loro azioni verso i patrizi. Nulla di più

facile, per converso, che i patrizi ottenessero dai pretori della loro casta tutela delle proprie pretese, eventualmente infondate, nei confronti dei plebei.

Ecco che si spiega, ed in modo meno infantile di quanto risulti dalla tradizione, come mai i plebei fossero pieni di debiti verso il patriziato. Non che vi fosse un patriziato stranicco (e piuttosto stolido) che apriva incautamente i suoi forzieri ai plebei già poveri e che poi li andava vessando giudiziariamente nel prevedibilissimo caso di insolvenza. Era piuttosto che, nei rapporti di credito che sempre piú frequentemente si creavano tra patrizi e plebei, i plebei, privi di influenza sulla magistratura esercitante la *iuris dictio*, finivano per non poter esigere i propri crediti verso i patrizi e per essere invece immancabilmente costretti a pagare a questi ultimi sia quel che gli dovevano e sia quel che forse in certi casi non gli dovevano.

Una vita economica innestata sul fenomeno del credito comporta che, superata la contabilità del baratto, da un lato si dia a credito, ma dall'altro lato si prenda a credito. Quando la giurisdizione protegge solo gli appartenenti ad un certo ceto, è evidente che gli appartenenti all'altro ceto vanno in rovina. Per disgrazia dei plebei, il ceto sfavorito dai pontefici patrizi e dai magistrati giusdicenti anch'essi patrizi, era, al tirar delle somme, il loro.

Possiamo concludere anche noi parlando come Pomponio, di un *incertum ius* che rendeva torbida la vita cittadina. Ma con questa essenziale precisazione, che Pomponio non fa. Il *ius* non era *incertum* perché mancasse o fosse inadeguato un ordinamento giuridico, ma era *incertum* perché non era a conoscenza di tutti e perché l'interpretazione e l'applicazione ne erano in mano ai patrizi. Come dice efficacemente Teseo nelle ' Supplici ' di Euripide (vv. 430-437), al benessere di una comunità non solo occorrono principî giuridici uguali per tutti, ma occorre che

vi siano leggi scritte: 'solo quando le leggi sono scritte, chi è debole e chi è ricco hanno uguale diritto'.

44. LE DODICI TAVOLE E LA LEGGE CANULEIA.

Le rivendicazioni della plebe contro il patriziato sfociarono, verso la metà del quinto secolo avanti Cristo, dapprima nella legislazione detta delle *XII Tabulae* (451-450 a. C.) e poi, non senza un'azione di 'forcing' da parte dei plebei, nella così detta *lex Canuleia de connubio patrum et plebis* del 445.

Per quanto riguarda le *XII Tabulae*, quel che occorre dire per ora è che la tradizione romana, andando non ingiustamente orgogliosa di questa iniziativa e della sua realizzazione, ha caricato l'episodio di frange numerose e spesso del tutto incredibili. Il racconto tradizionale, comprensivo della superbia di Appio Claudio (una superbia caratteristica di quella potente famiglia, a quanto risulta da tutta la storia romana) e del tragico e commovente episodio di Virginia, è un racconto talmente noto, che riprodurlo qui sarebbe eccessivo. Il solo punto da toccare per il momento attiene all'ispirazione 'attica' della legislazione decemvirale. E a questo proposito può tornare opportuno un confronto tra la narrazione di Livio e alcune frasi del Pomponio del *liber singularis enchiridii*.

Dice dunque Livio (3.31.7-8) che, giunti faticosamente i patrizi alla decisione di accettare la richiesta plebea di un corpo di leggi, furono mandati come ambasciatori ad Atene (correva l'anno 454 avanti Cristo) tre personaggi (Spurio Postumio Albo, Aulo Manlio, Publio Sulpicio Camerino), con l'incarico di trascrivere il testo delle famose leggi di Solone e di prendere conoscenza delle statuizioni, delle consuetudini e delle istituzioni giuridiche delle altre città greche (*iussique inclitas leges Solonis describere et aliarum Graeciae civitatum instituta, mores iuraque no-*

scere). Un paio d'anni dopo, nel 452, gli ambasciatori tornarono a Roma ' *cum Atticis legibus* ' e si procedette da parte dei comizi centuriati (i quali, si ricordi, per la tradizione erano entrati in attività subito dopo la cacciata di Tarquinio il Superbo) alla creazione di un collegio di decemviri, tutti patrizi, avente il compito di governare la città e di redigere nel contempo un corpo di leggi (Liv. 3.32.6).

Un racconto, quello di Livio, davvero un po' troppo enfatico (si badi alle leggi dell'Attica che sono elevate a potenza, diventando gli ordinamenti di tutte le città greche) e sopra tutto anacronistico, dal momento che a quei tempi non sembra che vi fossero rapporti diretti tra Roma ed Atene. I rapporti di Roma con la grecità non andavano, all'epoca, oltre l'ambito delle città della cosí detta *Magna Graecia* in Italia meridionale, ed appunto perciò è di gran lunga piú verosimile Pomponio (*sing. enchir.* D. 1.2.2.4), il quale afferma che i decemviri furono invitati a tener conto della legislazione vigente nelle città greche (*per quos peterentur leges a Graecis civitatibus*), ma dell'ambasceria non parla, mentre sottolinea, a chiusura del suo racconto, una ' voce ' molto interessante, e cioè che, secondo alcuni, il suggeritore delle leggi decemvirali fu un esule di Efeso stabilitosi in Italia, di nome Ermodòro (*quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris Hermodorum quendam Ephesium exulantem in Italia quidam rettulerunt*).

Naturalmente, l'esame parallelo delle leggi delle Dodici Tavole e della legislazione di Solone, per non parlare del diritto attico in genere, è stato fatto, con diligenza e acume, da molteplici studiosi. Ma l'esito non è stato affatto che le leggi decemvirali abbiano ricalcato quelle soloniche. Indubbiamente le influenze greche nelle *XII tabulae* non mancano, ma il carattere di questo ' corpo ' di leggi è essenzialmente quello di una raccolta piuttosto disordinata di cosí detti ' versetti ', ciascuno dei quali indica sche-

maticamente una possibile ipotesi e dice molto brevemente quale debba essere il regime relativo. Non è che i versetti ci siano tutti noti, perché, al contrario, ne conosciamo testualmente pochissimi; né è credibile, di molte attribuzioni di questo o quel regime fatte dalle fonti posteriori alle leggi decemvirali, che davvero queste si siano occupate dell'argomento e lo abbiano risolto per esplicito in quel certo modo. Tuttavia un'idea generale della raccolta è possibile averla e l'impressione che domina su ogni altra è quella di un insieme molto disorganico, salvo che nelle disposizioni relative al processo privato contenute, pare, nelle prime tre tavole.

Si precisa, ciò posto, l'ipotesi che le *XII tabulae* siano state una raccolta pratica di soluzioni finalmente certe (e rese maggiormente certe dalla pubblicazione delle leggi su tavole di legno) in ordine a casi, sopra tutto relativi alla vita economica ed alla *iuris dictio*, relativamente ai quali si fosse creato un '*incertum ius*', oppure non si fosse d'accordo circa la '*consuetudo aliqua*' sopravvenuta a regolarli. Raccolta pratica, dunque, e non tanto di norme nuove di zecca, quanto di orientamenti di formazione precedente finalmente precisati nei contorni e portati alla luce del sole. Ed è ovvio che in quest'opera di cernita, di restauro, e talvolta di completamento, le discussioni tra patrizi e plebei (anche se questi ultimi, contrariamente a quanto afferma la tradizione, restarono anche nel secondo anno al di fuori del collegio dei decemviri) dovettero essere accesissime e dovettero portare non di rado a conclusioni che, per essere di compromesso, risultarono anche e spesso sostanzialmente, e quasi inavvertitamente, innovative dello stato precedente del diritto.

Il problema del *connubium* tra patrizi e plebei non fu risolto positivamente dalle Dodici Tavole. La tradizione anzi afferma, piuttosto incredibilmente, che i decemviri addirittura introdussero, o reintrodussero, o comunque

ribadirono con fermezza, il duro divieto. Stando alla concitata narrazione di Livio (4.1-6), su cui avremo modo di tornare tra poco, la plebe ne fu talmente indignata che moltiplicò le sue agitazioni e le sue richieste. E il successo fu raggiunto nel 445 avanti Cristo, essendo consoli Marco Genucio Augurino e Caio Curzio Filone, ma non mediante una legge emanata ' ad hoc ', sia pure dopo accese discussioni preventive, bensí a séguito di un atto di audacia, o diciamo pure di arroganza, dei plebei. Questi posero i *patres*, su iniziativa del loro tribuno Canuleio, di fronte ad un plebiscito *de connubio* votato nei loro *concilia*, il quale eliminava l'impedimento per decisione unilaterale della plebe.

Rispetto a questo atto rivoluzionario i casi erano, per il patriziato, due: o respingerlo come anticostituzionale, affrontando, in un momento delicatissimo sul piano bellico, tutti i pericoli di una defezione della plebe e di un indebolimento dell'esercito; oppure fare buon viso a cattivo giuoco ed accettare la riforma. La seconda soluzione fu quella che i *patres*, anche per vanificare altre acuminate iniziative di riforma promosse dall'impetuoso Canuleio, si decisero, molto a malincuore, ad adottare.

45. L'AUTONOMIA STORICA DEL ' IUS LEGITIMUM VETUS '.

Le *XII Tabulae*, la *lex Canuleia* e le altre pochissime leggi del quinto secolo alla cui storicità è possibile prestar fede si pongono, come si è visto, in una posizione peculiare nel seno della tradizione giuridica romana. Da un lato, guardate ' a posteriori ', cioè guardate con gli occhi dei tempi (a partire dalla metà del quarto secolo avanti Cristo) in cui si era formato e consolidato il *ius civile Romanorum* (quel *ius civile* che piú tardi qualificheremo meglio come ' *vetus* '), esse sono parte integrante, anzi, sopra tutto le Dodici Tavole, rappresentano il tronco su cui si

innestarono gli istituti civilistici romani: e infatti Pomponio (*sing. enchir.* D. 1.2.5) altro non scorge, dopo le leggi decemvirali, che un'attività giurisprudenziale intesa allo sviluppo del *ius civile* sulla base di esse (*his legibus latis coepit . . . necessariam esse disputationem fori*). Dall'altro lato, guardate con l'occhio fisso al tempo stesso della loro introduzione, esse sono prima di tutto leggi, cioè statuizioni autoritarie e definitive, intese a rimuover le ombre, a risolvere i dubbi ed a fissare schematicamente i modelli di comportamento dei *cives Romani* per il futuro.

In realtà, il secondo punto di vista deve avere in sede storica la prevalenza. Le leggi del quinto secolo, e in particolare le *XII Tabulae*, si immedesimarono progressivamente col *ius civile*, ma furono caratterizzate alle origini dal fatto di non essere di per se stesse espressioni del *ius Romanorum*, ma di essere qualcosa di esterno al *ius*, di intervenuto a rinsanguare ed a rinvigorire quest'ultimo attraverso statuizioni di diritto: delle quali alcune esplicite (si ricordi l'*'ita ius esto'* di alcuni versetti decemvirali, su cui ci siamo intrattenuti dianzi) ed altre, la maggioranza, implicite, ma non perciò equivoche. Il che, peraltro, non esclude la legittimità anche dell'altro punto di vista, quello che guarda alle *XII Tabulae* dai tempi dell'ormai già amalgamato *ius civile*.

Le osservazioni che precedono valgono a gettar un po' d'acqua sul fuoco di una controversia, solo a tutta prima insanabile, tra l'Ehrlich, seguíto e sorretto dal De Francisci, e il Mitteis. Secondo Eugen Ehrlich, i Romani contrapposero sin dalle origini il *ius civile*, che era eminentemente consuetudinario, alle *leges* ed agli istituti *ex lege*, cioè introdotti da leggi. Secondo Ludwig Mitteis, invece, i Romani mai concepirono questa pretesa contrapposizione, in quanto per essi le *XII Tabulae*, che erano indubbiamente *leges*, facevano tuttavia parte dei *ius civile*. Tutto si ridurrebbe, secondo il Mitteis, ad una mera tendenza delle fonti

romane a distinguere tra l'origine consuetudinaria e quella legislativa dei loro istituti giuridici ed a qualificare gli istituti civilistici di derivazione consuetudinaria con le terminologie antonomastiche ' *ius* ' e ' *iustus* '.

L'esame specifico del numeroso gruppo dei passi giuridici e letterari attinenti alla questione può essere qui, per amore di brevità, tralasciato. Mi si lasci dire peraltro, in piena sicurezza, che quell'esame sembra piuttosto confermare le caute osservazioni del Mitteis, che non le ardite dichiarazioni dell'Ehrlich. Che valore può darsi, infatti, alla tesi dell'Ehrlich quando risulta dalle fonti che numerosi istituti del *ius civile Romanorum* facevano capo alle *leges XII tabularum*? Né lo studio ravvicinato delle espressioni ' *iustus* ' e ' *legitimus* ' giustifica l'affermazione di una presunta contrapposizione tra *ius civile* e *leges*, perché si dà il caso che le fonti parlino indifferentemente di ' *iustae* (ma anche di *legitimae*) *nuptiae* ', di ' *iustum* (ma anche di *legitimum*) *matrimonium* ', di ' *iusti* (ma di *legitimi*) *liberi* ' (cfr., ad es., Gai. 1.89-91), mentre certamente infondata è l'ipotesi dell'Ehrlich, per cui in questi casi ' *legitimus* ' farebbe sempre e soltanto allusione specifica alle *leges Iulia et Papia Poppaea* e ad altre leggi, relativamente tarde, che intervennero nel regolamento degli antichi istituti familiari romani di origine consuetudinaria.

A mio avviso, non bisogna mai dimenticare che il *ius civile Romanorum* fu preceduto storicamente, oltre che dal *ius Quiritium*, da un complesso di *leges*, tra cui principalmente le *XII Tabulae*, le quali non ebbero nulla a che fare con il successivo *ius publicum*, cioè con il *ius* posto dalle *leges publicae populi Romani*. Pertanto è vero quanto sostiene il Mitteis (identità sostanziale di *ius civile* e *ius legitimum*), purché si intenda per ' *ius legitimum* ' il *ius* posto dalle leggi del periodo arcaico. Ma non è nemmeno inesatto quanto sostiene l'Ehrlich (contrapposizione

tra *ius civile* e *ius legitimum*), purché, questa volta, si intenda per '*ius legitimum*' il *ius* posto dalle *leges publicae populi Romani*, venute in essere solo nel periodo della *repubblica* nazionale: il *ius* che conosceremo tra poco sotto il nome di *ius legimum novum*.

Quanto alla definizione, corrente in età classica e ribadita, come vedremo, da Pomponio (D.1.2.2.12), del *ius civile* come '*ius, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*', possiamo spiegarcela piú che agevolmente, se riflettiamo che in periodo classico effettivamente del *vetus ius legitimum*, a cominciare dalle *XII tabulae*, non rimaneva una documentazione diretta, ma restava solo la notizia indiretta desumibile dagli scritti giurisprudenziali.

Questi i motivi per cui ritengo che un *ius legitimum* nei secoli V-IV effettivamente vi fu, ma che esso, essendo cosa ben diversa dal *ius legitimum* o *publicum* che fiorí in Roma dopo il consolidamento del *ius civile* (*vetus*), stia ad indicare due cose: che non si trattò di *ius publicum* nel senso posteriore del termine e che, come passerò subito ad illustrare, le leggi di questo *ius legitimum* precivilistico non furono *leges publicae*, cioè leggi effettivamente votate dal popolo.

46. 'IUS LEGITIMUM VETUS' E 'IUS PUBLICUM'.

Dato che l'Ehrlich e il De Francisci adducono, a sostegno della tesi circa la identità tra *ius legitimum* (*vetus*) e *ius publicum*, tre frammenti relativi alle *XII Tabulae*, occorre vedere se le loro impressioni sono esatte. È facile dimostrare che non lo sono.

Un primo frammento è di Ulpiano (35 *ad ed.* D. 26.7. 5.7), il quale si occupa del caso di un tale che ha assegnato ai suoi figli dei tutori testamentari, specificando però nel testamento che i tutori debbano essere '*aneclogisti*', cioè

esenti dalla resa dei conti a fine gestione. Ebbene, riferisce Ulpiano, Salvio Giuliano nel ventunesimo libro dei suoi *digesta* ha affermato che in nessun caso i tutori testamentari possano godere dell'esenzione. Il che Ulpiano approva usando queste parole: *et est vera ista sententia: nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus* [*nec mutare formam antiquitus constitutam*].

Giusta e perspicua è, a mio avviso, la motivazione (*nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus*), la quale, dunque, è da ritenere, nella sua parte essenziale, genuina. Spuria è solo la frase ' *nec mutare formam antiquitus constitutam* ', che sembra palesemente appiccicata alla precedente. Ma il riferimento al *ius publicum* non costituisce affatto un richiamo alle *XII Tabulae*, da cui l'istituto della tutela è derivato: se mai, il richiamo sarebbe nell'interpolato ' *nec mutare formam antiquitus constitutam* ', ove peraltro, la locuzione ' *ius publicum* ' non figura. Il *ius publicum* della motivazione in esame è piuttosto, con tutta evidenza, il *ius* (pubblico o privato), ' *quod privatorum pactis mutari non potest* ': nel quale rientra, per i giuristi classici, la *tutela* (*impuberum, mulierum*), tipico esemplare di istituzione di ordine pubblico.

In un secondo frammento, di Paolo (48 *ad ed.* D. 39.2. 18.1), si legge che a mente di Pomponio la *cautio damni infecti*, cioè la promessa che l'autore di una costruzione pericolosa è tenuta a prestare al vicino (mediante una *stipulatio*) per garantirgli una rivalsa in danaro nell'ipotesi che dall'opera consegua effettivamente il danno temuto, non copre anche il pregiudizio derivante dall'eventuale usucapione dell'opera da parte di colui che l'ha costruita: ciò perché l'usucapiente ' *publico iure hoc consecutus sit* '. Ma la motivazione non è punto basata sull'argomento che l'*usucapio* fu regolata dalle *XII Tabulae*: sarebbe, oltre tutto, una motivazione puerile. Pomponio, che Paolo qui segue nel suo giudizio, ha voluto dire, invece, che l'usu-

capione è un istituto di ordine pubblico, non modificabile da accordi privati, il quale non può, pertanto, essere considerato come un *damnum* cauzionabile. '*Bono publico usucapio introducta est*' (cfr. anche Gai. 21 *ad ed. prov.* D. 41.3.1).

Ancora Paolo, in un terzo frammento (Paul. *sing ad l. Falc.* D. 35.2.1 pr.), afferma che la *lex Falcidia* sulla riduzione dei *legata* eccedenti i tre quarti del patrimonio ereditario importò che chiunque volesse fare testamento avesse diritto solo entro i limiti dei tre quarti di lasciare ai legatari '*quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet*'. Pensare che queste parole alludano alla norma decemvirale '*uti legassit rell.*', o pensare anche, come ha proposto il Bonifacio, che la frase alluda al '*quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam*' del *testamentum per aes et libram*, sono due tesi suggestive solo a prima vista. Ambedue le accennate interpretazioni porterebbero, infatti, a supporre che vi fosse modo di *dare legare* anche non in aderenza al principio '*uti legassit*' ed anche non col mezzo del *testamentum per aes et libram*. Dato che ciò non era, il '*iure publico*' risulterebbe inammissibilmente inserito. La retta interpretazione del passo della *lex Falcidia* è invece, forse, questa: 'dopo l'entrata in vigore di questa *lex publica*, i cittadini romani potranno legare in conformità del *ius publicum*, in cui essa si inserisce (*iure publico*), soltanto se faranno in modo che l'erede non riceva meno della quarta parte dell'asse ereditario'.

Ai tre frammenti ora citati ne aggiungerò, per parte mia, un altro: quel passo delle istituzioni di Gaio (Gai. 2.104) in cui si riferiscono le parole del *familiae emptor* nel così detto *testamentum per aes et libram*. Diceva il *familiae emptor* al testatore: '*Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio et ea, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem*

publicam, hoc aere (aeneaque libra) esto mihi empta '. Il ' *secundum legem publicam* ', nella formula pronunciata dal *familiae emptor*, sarebbe, per il Kniep, un riferimento alle *XII Tabulae*. Ma le leggi decemvirali non regolarono, per quel che sappiamo, il *testamentum per aes et libram*, che fu creato solo nella successiva prassi dei *prudentes*. D'altra parte, può seriamente dubitarsi che il ' *secundum legem publicam* ' sia, come altri vogliono, un richiamo generico alla natura pubblicistica della materia testamentaria: a prescindere dal fatto che è incredibile che quel riferimento lo si sia potuto operare attraverso l'uso del termine *lex*, va obiettato che la formula del *familiae emptor* contiene già un richiamo all'ordinamento giuridico nel termine ' *iure* '. L'esplicazione, che io proporrei, parte dalla duplice considerazione che ' *lex* ', oltre che provvedimento di governo, significa anche ' atto di disposizione del privato ', e che ' *publicus* ', oltre al noto significato rigorosamente tecnico, può avere ed ha spesso una significazione generica, allusiva alla pubblicità, alla notorietà di un fatto o di un atto. Può supporsi, di conseguenza, che il *familiae emptor* dichiarasse di mettersi a disposizione del testatore allo scopo di permettergli di fare, in conformità all'ordinamento giuridico (*iure*), un testamento in forma pubblica (*secundum legem publicam*).

Escluso che il *ius legitimum* del secolo quinto e dei primi decenni del secolo IV avanti Cristo sia mai stato identificato, almeno in sede di fonti tecniche di cognizione, con il *ius publicum* dei tempi successivi, non ne consegue necessariamente che le *leges* creatrici del *ius legitimum vetus* abbiano avuto caratteristiche diverse dalle *leges publicae* del *ius legitimum novum*. Chi presta fede alla tradizione canonica, secondo cui con la cacciata di Tarquinio il Superbo presero a funzionare i *comitia centuriata* come assemblea deliberante, può ben ritenere, ad esempio, che le *leges XII tabularum* siano state di già delle leggi *ro-*

gatae, cioè proposte ai comizi dai decemviri e votate in segno di approvazione dalla maggioranza delle *centuriae*. Tuttavia, a prescindere dall'estrema incredibilità del racconto tradizionale, già ho accennato poco fa, e qui potrei facilmente approfondire il discorso, che vi furono punti importantissimi, come quello del *connubium* tra patrizi e plebei, in ordine a cui le statuizioni decemvirali non furono affatto gradite alla plebe, la quale dovette difendere i propri interessi col ricorso, oltre che alle secessioni, a minacciosi *plebiscita*. Non è pensabile che i *plebeii*, se avessero già disposto del diritto di voto nei comizi, in quei comizi di cui la larga maggioranza delle *centuriae* era costituita da *pedites* plebei, avrebbero fatto uso di questi mezzi di pressione.

È lecito quindi il sospetto che la mancata denominazione del *vetus ius legitimum* come *ius publicum* sia segno di qualcosa di piú che non di una differenza di epoche di riferimento. E il quesito che in proposito si impone è se le leggi del *ius legitimum vetus* fossero, anziché *leges rogatae*, leggi decretate unilateralmente dai *patres*, e per essi proclamate da quei *praetores*, comandanti dell'*exercitus centuriatus*, che avevano surrogato progressivamente i *reges* nelle loro funzioni politiche e che si presentavano in veste di capi a tutto il *populus Romanus Quiritium*, cioè tanto ai patrizi quanto ai plebei.

47. IL 'IUS LEGITIMUM VETUS' COME DIRITTO OTTRIATO.

Al quesito di cui sopra io ho risposto affermativamente sin dalla prima edizione di questo libro. Per me infatti è evidente che la definitiva ed ufficiale trasformazione dell'*exercitus centuriatus* serviano in *comitia centuriata*, in assemblea costituzionale deliberante, fu siglata solo dal compromesso patrizio-plebeo del 367 avanti Cristo: il che significa che prima di allora il *praetor* o i *praetores* del-

l'esercito si rivolsero al *populus Romanus Quiritium* non per chiedere la sua approvazione alle loro proposte, ma per comunicargli imperativamente le decisioni prese da quei *patres* di cui erano espressione al fine di regolare al meglio la vita comune dei suoi membri patrizi e plebei. È ovvio che il *populus*, e in particolare il ceto plebeo, non si adattasse con facilità a farsi imporre qualunque cosa. È ovvio quindi che, ad evitare secessioni, reazioni plebiscitarie e rifiuti di obbedienza, ai *praetores* ed ai loro mandanti fosse necessario ' tastare il polso ' in sede politica al *populus* e spesso cedere alle sue pressioni.

Una situazione di questo tipo si intravvede abbastanza chiaramente attraverso le pieghe del racconto tradizionale. Comunque, dal punto di vista formale il comando era sempre e soltanto dei *patres*, dunque la legislazione del *ius legitimum vetus* altro non poté essere che una legislazione ' ottriata ', cioè concessa unilateralmente dai patrizi cittadini agli ancor sudditi *plebeii*.

La mia tesi può farsi forte, se non erro, di alcuni chiari indizi desumibili dallo stesso racconto di Livio per la parte relativa alle *XII Tabulae* ed alla *lex Canuleia*. Beninteso, non è che Livio abbia avuto coscienza del carattere ' decretale ' e patrizio della legislazione primitiva: ciò sarebbe stato difficile per chi, fiduciosamente quasi quanto certi nostri contemporanei, credeva essere stata la *respublica*, con ogni annesso e connesso, creata tal quale sin dagli ultimi anni del secolo VI avanti Cristo. Il mio avviso è soltanto che le fonti annalistiche, cui lo storiografo ha largamente attinto, conservavano evidentemente tanto larghe tracce della vera situazione arcaica, che Livio ne ha inavvertitamente fatta passare qualcuna nella sua stessa narrazione.

Significativo è, per cominciare, quel passo (Liv. 3.31. 7-8) in cui si legge che, nel 454 a. C., i *tribuni plebis*, rinunciando alla politica rivoluzionaria, presero a blandire

i *patricii* allo scopo di convincerli, visto che non volevano saperne delle leggi rivendicate dalla plebe, a venire, quanto meno, ad un compromesso: emanazione di un corpo di leggi imparziale su proposta di una commissione mista di patrizi e di plebei. Ora, si noti bene, i *patres* non sollevarono obbiezioni contro la proposta di una legislazione imparziale, ma furono irremovibili sul punto che '*legis latores*' altri non potessero essere se non i patrizi. A che tanta controversia su questo punto, se la questione fosse stata soltanto formale, se cioè per *legislatores* si fossero intesi solo i *rogatores*, i 'proponenti' delle predette leggi, se cioè la decisione sulle leggi stesse fosse spettata, in definitiva, ai *comitia centuriata*, composti sí da patrizi che da plebei, anzi in maggioranza da *plebeii*?

Vero è che i *comitia* romani non avevano poteri di iniziativa, ma potevano votare solo sulle *rogationes* fatte dai magistrati. Vero è, quindi, che, se i patrizi fossero stati gli esclusivi *latores* delle proposte, essi avrebbero avuto facilmente la possibilità di astenersi dal proporre leggi contrarie ai loro interessi di classe, ed avrebbero con ciò agevolmente evitato che fossero approvate dai comizi centuriati, a maggioranza di plebei, leggi gradite alla *plebs*. Ma, a quanto dice Livio, i patrizi avevano già scontato in partenza una legislazione imparziale e, inoltre, stando alla tradizione, essi avevano pur sempre la garanzia costituita dal fatto che ai *patres* patrizi del senato spettava l'*auctoritas patrum*, indispensabile affinché una legge acquistasse validità. Pertanto Livio, sia pure inconsciamente, conforta la mia ipotesi, in quanto tutta la controversia circa la estrazione patrizia dei *legislatores*, almeno per come egli la riferisce, acquista significato plausibile solo presupponendo che, in età arcaica, '*legem ferre*' equivalesse non a '*legem rogare comitia*', ma a 'decretare unilateralmente un provvedimento e portarlo a conoscenza del popolo'. E si spiega anche, cosí, perché mai la questione si

sia riaccesa allorché, tornata l'ambasceria dall'Attica, si passò, nel 452 avanti Cristo, all'esecuzione del compromesso patrizio-plebeo mediante la designazione dei *decemviri legibus scribundis consulari potestate*.

Ma non basta. Poco piú in là Livio (3.34.1-2) afferma che le dieci tavole compilate dal primo decemvirato (451 a.C.) furono sottoposte al parere del *populus*, chiamato *ad contionem*, e furono finalmente approvate col voto dai *comitia centuriata*. Per le due tavole compilate dal secondo decemvirato (450 a.C.) il racconto liviano è invece sintomaticamente diverso. Dalla lettura di un capitolo successivo (Livio 3.37.4) si desume, infatti, che queste due tavole non furono presentate dai decemviri alla approvazione dei comizi (*iam et processerat pars maior anni, et duae tabulae legum ad prioris anni decem tabulas erant adiectae, nec quicquam iam supererat, si eae quoque leges centuriatis comitiis perlatae essent, cur eo magistratu rei publicae opus esset*). Dai capitoli ancora successivi, stante l'assoluto silenzio in proposito, si è indotti a presumere che nessun altro si prese la briga di sottoporle al voto comiziale. E invece tutto il racconto si conclude (Liv. 3.57.10) con la notizia che nel 449 i consoli Valerio e Orazio, prima di allontanarsi da Roma per andare a combattere gli Equi e i Volsci, dettero pubblicità per affissione a tutte e dodici le *tabulae* decemvirali, cioè pubblicarono come vigenti non solo le dieci tavole approvate, ma anche le due presumibilmente non approvate dai comizi (*priusquam urbe egrederentur, leges decemvirales, quibus tabulis duodecim est nomen, in aes incisas in publico proposuerunt*).

Direi senz'altro che non è possibile credere che i consoli Valerio e Orazio, che la tradizione liviana ci presenta come restauratori della normalità costituzionale repubblicana, abbiano potuto, nel pensiero di Livio, pubblicare come *leges* due *tabulae* non approvate dai *comitia*. Aggiungerei anche che è estremamente improbabile che Livio,

così diffuso e circostanziato nel suo racconto, abbia qui dimenticato di riportare l'importantissimo episodio dell'approvazione delle ultime e tanto contestate tavole decemvirali. Posto ciò, non resta che supporre che l'episodio non figurasse nelle fonti annalistiche di Livio per l'ottima ragione che, in realtà, i *comitia* non furono affatto convocati per votare sulle *XII tabulae*. A mio avviso, Livio ha trovato nelle sue fonti solo la notizia che le prime dieci tavole riscossero l'incondizionata approvazione del *populus* patrizio-plebeo, convocato *ad contionem* (ma non al voto). Intendendo '*populus*' come sinonimo di '*comitia*', egli ha creduto opportuno completare la notizia parlando di una vera e propria votazione favorevole su quelle tavole. Relativamente alle altre due tavole, egli non ha rinvenuto, invece, alcuna traccia né di *contiones*, né tanto meno di plauso popolare, sicché, assorbito dalla narrazione dei torbidi causati dal secondo decemvirato, ha comprensibilmente omesso di chiedersi se e quando quelle due *tabulae*, che ai suoi occhi sarebbero dovute essere semplici *rogationes* e non leggi, siano potute diventare *leges*.

Veniamo, infine, alla *lex Canuleia* del 445 a.C. Anche a questo proposito non può farsi a meno di postillare il racconto liviano, mettendone in luce l'intrinseca e significativa contraddittorietà.

Il *tribunus plebis* Caio Canuleio propone una legge autorizzante il *connubium* tra *patricii* e *plebeii* (Liv. 4.1.1-2). I due consoli patrizi, Marco Genucio e Caio Curzio, contestano vivacemente, davanti al senato e davanti agli stessi plebei, l'opportunità della riforma, lasciandosi andare a motivazione di carattere addirittura, diremmo oggi, razzistico (Liv. 4.2 e 4.6.1-2). La comprensibile, vivacissima indignazione della plebe a tal discorso fu l'elemento che finì per indurre i *patres* a dare via libera alla rivendicazione. Dice precisamente Livio (4.6.3): '*patres ut de connubio ferretur concessère*'.

Che significa che i *patres* ' *concessere* ' di ' *ferre de connubio* '? Certo, non che essi autorizzarono la presentazione della *rogatio Canuleia* al voto dei *concilia plebis*, in quanto non vi era alcun bisogno del beneplacito dai *patricii* affinché i *plebeii* votassero tra loro un *plebiscitum*. Tutt'al piú, trattandosi in questo caso di ammettere il *connubium* tra patrizi e plebei, vi sarebbe stato bisogno dell'adesione dei *patricii* al *plebiscitum Canuleium*, ma evidentemente solo dopo che questo fosse stato approvato. Ripudiata questa prima interpretazione, potrebbe pensarsi che qui Livio alluda alla *auctoritas patrum*, presupponendone la necessità affinché i *plebiscita* acquistassero forza di legge. Ma anche questo è da escludere perché, all'epoca cui ci riferiamo, dato e non concesso che anche i plebisciti potessero acquistare efficacia di leggi, l'*auctoritas patrum* non era data, secondo lo stesso Livio, sulla proposta del provvedimento, ma sul provvedimento già votato dall'assemblea: viceversa Livio parla di una autorizzazione o concessione di ' *ferre* ', cioè di impostare una *lex de connubio*, ancora non fatta.

È chiaro che Livio, in tema di *ler Canuleia*, si è un po' impasticciato. È lecito supporre che ciò sia dipeso dallo stato in cui si trovavano le sue fonti, o le fonti delle sue fonti. E non è audacia pensare che prima i *concilia plebis* votarono, su rogazione di Canuleio, un *plebiscitum de connubio cum patribus* (cioè con i *patricii*) e poi, in un secondo momento, i patrizi si indussero ad elargire ai plebei la emanazione (' *ferre* ') di un proprio provvedimento a contenuto identico. Di qui la tradizione, cosí incerta nei particolari, sulla *lex Canuleia*, altre volte denominata *plebiscitum Canuleium*.

Tutte considerazioni, quelle che precedono, che mi esimono dall'obbligo di dedicare speciali parole di critica al tentativo, peraltro ingegnoso, con cui Pomponio (*sing. enchir.* D. 1.2.2.4) cerca di risolvere in qualche modo,

almeno relativamente alle Dodici Tavole, il problema di un successivo voto popolare di approvazione, del quale è sin troppo evidente che le sue fonti tacciono. Sia pur in maniera significativamente piuttosto velata, egli ci presenta le leggi decemvirali come se fossero delle *leges datae* (oggi si direbbe leggi delegate dal legislativo all'esecutivo): . . . *datumque est eis* (cioè ai decemviri) *ius . . . in civitate summum, uti leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur.*

48. IL CONTENUTO DELLE DODICI TAVOLE.

Analizzare minutamente il contenuto delle varie *leges* costituenti il *ius legitimum vetus* non è strettamente necessario. Ma tacere delle Dodici Tavole non si può, dal momento che la legislazione decemvirale, oltre ad essere il fulcro del *ius legitimum vetus*, è anche uno degli argomenti piú vasti, tormentati e discussi della nostra scienza.

Le fonti tecniche, che tutt'al piú derivano dal periodo preclassico molto inoltrato (voglio dire dal secolo I avanti Cristo), non ci pongono in grado di ricostruire con sicurezza, non pure il tenore letterale, ma addirittura la sostanziale portata della piú parte dei versetti decemvirali. Né abbondano, in cambio, i riferimenti di fonti atecniche di epoche anteriori. Dei numerosi e, purtroppo, discordi tentativi di palingenesi delle *XII Tabulae* effettuati sino ad oggi tralascerò comunque di occuparmi, oltre che per motivi di brevità, anche e sopra tutto perché ritengo quei tentativi illusorî, e quindi pressoché inutili. Non solo tutto fa presumere che i decemviri non abbiano per nulla adottato nella loro opera un vero e proprio ordine logico-sistematico, non fosse altro perché, essendo rimasto il loro lavoro in tronco per le note ragioni, non ebbero il tempo e la possibilità di dedicarsi a questo compito: bisogna considerare sopra tutto che le stesse fonti romane sono

concordi nell'affermare che le *XII Tabulae* originali andarono distrutte nell'incendio gallico di Roma (387 avanti Cristo), facendo intendere quindi che esse giunsero alla posterità essenzialmente per il tramite della tradizione orale.

I pochi versetti apparentemente originali a noi pervenuti risultano redatti in un linguaggio, che è certamente arcaico, ma è anche, e certamente, molto piú recente di quello del secolo V avanti Cristo. Né va tralasciato che vi sono casi in cui le fonti ci porgono non uno, ma due o tre versioni diverse relative ad uno stesso argomento: il che fa capire come il fenomeno di alterazione secolare delle *XII tabulae* non deve essere stato solamente formale, ma deve essere stato talvolta anche sostanziale. Ed il problema della ricostruzione delle *leges XII tabularum* si complica ancor piú quando si tenga presente la innegabile tendenza delle fonti romane, sopra tutto della tarda età classica, a riconnettere, ' sic et simpliciter ', alla loro vetusta autorità questo o quel principio risalente (ma, forse, non tanto risalente) dell'ordinamento statale e giuridico romano.

In generale, i frammenti ed i riferimenti superstiti sono raggruppati, nelle palingenesi piú moderne, secondo il seguente schema: tavole I-III: norme attinenti alle *legis actiones* ed al processo privato relativo; tavole IV-VII: norme relative alla *familia*, ai rapporti economici interfamiliari (cd. *commercium*), alla successione *mortis causa* nel patrimonio anche non familiare (*familia pecuniaque*) del *paterfamilias* defunto; tavola VIII: norme sulla reazione penale privata ad alcuni principali illeciti; tavola IX: norme sulla organizzazione costituzionale e sulla repressione dei *crimina* da parte dello stato; tavola X: disposizioni a carattere sacrale; tavole XI-XII: appendice di norme varie. Ma il grave, anzi gravissimo difetto di tutte queste palingenesi (le quali lasciano fuori dal corpo delle

dodici tavole non piú di una mezza dozzina di '*fragmenta incertae sedis*', cioè di riferimenti di collocazione incerta) è di essere ricalcate, con poche varianti, sulla geniale fantasia ricostruttiva di un grande filologo-giurista tedesco, Enrico Dirksen, il quale non ha esitato a prendere per buone tutte indistintamente le fonti relative al cosí detto 'codice decemvirale', sforzandosi di metterle insieme entro 'tavole' quanto piú possibile internamente coerenti. Le fonti relative alle *XII Tabulae* sono invece non tutte sicure e attendibili, sono anzi in certo numero da qualificare, con maggiore o minore sicurezza, incredibili o quasi: ragion per cui la palingenesi del Dirksen è utilizzabile soltanto come una raccolta acritica, peraltro utilissima, di ogni possibile testimonianza.

Per quanto mi concerne, so bene (e non è che non mi spiaccia) di mettermi ancora una volta contro la 'communis opinio', che oltre tutto è in materia particolarmente robusta. Tuttavia i miei non sono convincimenti frettolosi ed esitanti, anche se non vanno e non pretendono di andare oltre i limiti dell'ipotesi. Tutto porta dunque a supporre, a mio avviso, che alla redazione originale delle Dodici Tavole siano state estranee le norme di carattere sacrale (essenzialmente, quelle della tab. X) e le norme di riferimento costituzionale e criminalistico (essenzialmente, quelle della tab. IX e della tab. XII.5), sicché tutto si ridusse al regolamento di questioni relative al processo privato, ai rapporti tra privati ed alla reazione privata ad alcuni atti illeciti (essenzialmente, alle materie delle tab. I-VIII della palingenesi del Dirksen).

Per quel che riguarda le numerose norme di carattere sacrale, già altri autori, tra cui il Magdelain, hanno giustamente ritenuto ai limiti dell'incredibile che le materie relative al senso e al modo dei sacri riti, rigorosamente riservate dapprima ai *reges* e piú tardi ai *pontifices* (*rex sacrificulus* incluso) ed agli altri collegi sacerdotali,

siano state toccate dai decemviri laici. Se queste materie fossero state effettivamente sottratte nel quinto secolo al monopolio sacerdotale, l'influenza dei sacerdoti, ed in particolare quella dei *pontifices*, sarebbe certamente decaduta assai piú celermente di quanto ci risulta. Viceversa, se si tiene conto che, come diremo tra poco, notevolissima rimase l'importanza sopra tutto dei *pontifices* nella vita giuridica romana per tutto il decorso del periodo arcaico, cioè sin verso la metà del quarto secolo avanti Cristo, può capirsi come la tradizione piú tarda sia stata incline ad attribuire alle *XII Tabulae* non solo le regole di carattere ' laico ', piú o meno elaborate dai pontefici, ma comunque di effettiva derivazione decemvirale, bensí anche le regole di *ius sacrum*, che non erano state formulate dai decemviri e si erano formate esclusivamente nel seno del collegio pontificale.

In ordine alle norme di carattere costituzionale, il problema è molto piú complesso e, sopra tutto, piú controverso. In sostanza, io sono solo, o quasi, molto autorevolmente sostenuto peraltro dal Magdelain, nel sostenere che la legislazione decemvirale non toccò in alcun modo i temi delle strutture statali e del loro funzionamento. Ma smuovere la dottrina dominante non è cosa facile, tanto piú che a suo favore si è esplicitamente schierato, di recente, Bernardo Albanese. Non è facile distoglierla dalla convinzione, accreditata dalla risonante affermazione di Livio 3.34.6) che le *XII tabulae* furono ' *fons omnis publici privatique iuris* '. Eppure, se vogliamo attenerci alle fonti, le attestazioni relative a norme decemvirali di rilevanza ' pubblicistica ' sono (a tacere di alcune minori e di evidente incertezza) soltanto due: entrambe, se non erro, ampiamente criticabili.

La prima attestazione è di Livio (7.17.12), il quale scrive che nel 357 a.C. insorse una delicata questione costituzionale a causa del fatto che i comizi centuriati ave-

vano eletto, in contrasto con lo spirito (se non proprio con la lettera) delle *leges Liciniae Sextiae* del 367, due consoli entrambi patrizi. Avendo i tribuni della plebe opposto il veto (la così detta *intercessio*) all'elezione, l'*interrex* in carica, che era l'autorevolissimo Marco Fabio Ambusto, replicò che nelle XII tavole era stabilito che qualunque cosa il *populus* dei *comitia* avesse finito per deliberare, essa costituisse '*ius ratumque*', diritto confermato dal popolo (*in secundo interregno orta contentio est, quod duo patricii consules creabantur, intercedentibusque tribunis interrex Fabius aiebat in XII tabulis legem esse, ut, quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset*). Per il che il Dirksen ha creato una tab. XII.5 (a quanto parrebbe, una *tabula iniqua*), in cui si proclama che le decisioni dei *comitia centuriata* già per la legislazione decemvirale ebbero valore (come fu poi certamente ai tempi di Livio) definitivo e indiscutibile.

Quanto scrive Livio può certo fare una qualche impressione, ma solo a prima vista. Non tanto ne costituisce smentita la dimostrazione che ho tentato di dare in altri luoghi circa il punto che l'*exercitus centuriatus* acquistò carattere di *comitia centuriata*, di assemblea votante suprema (*maximus comitiatus*), non prima del 367, in connessione appunto con il compromesso Licinio-Sestio: potrebbe obbiettarmisi che la mia teoria non convince, oppure potrebbe venirmisi incontro con l'ipotesi che la regola '*quodcumque postremum populus iussisset*' nacque con le *leges Liciniae Sextiae*. L'argomento decisivo per denunciare di falsità la notizia assorbita da Livio presso le sue fonti annalistiche (e dallo stesso Livio, se vogliamo essere precisi, confermata, anche in 9.34.6, che è però un contesto di ancor minore credibilità) è un altro. Proprio secondo Livio ed altri autori, prima del 339 avanti Cristo, prima della *lex Publilia Philonis de patrum auctoritate*, cui fece seguito (forse nel 338) una *lex Maenia*,

non poté dirsi affatto '*ius ratumque*' ciò che '*postremum populus iussisset*', in quanto l'ultima e decisiva parola spettava ai *patres* del *senatus*, che la esprimevano attraverso l'*auctoritas patrum*. Come poté sostenere Fabio nel 357, quando la *lex Publilia Philonis* ancora non era intervenuta, che il voto del *comitiatus maximus* aveva carattere definitivo? È piú che evidente, pertanto, che siamo di fronte ad una dichiarazione priva di qualsiasi fondamento, scritta da Livio o dalle sue fonti con riferimento ai comizi centuriati dei tempi posteriori alle leggi Publilia e Menia: tempi in cui l'*auctoritas patrum* era data prima e non dopo il voto dell'assemblea ed aveva inoltre quasi del tutto perduta ogni rilevanza costituzionale.

La seconda attestazione (accolta dal Dirksen in tab. IX. 1-2) proviene da alcuni passi scritti da Cicerone tra il 57 e il 52 a.C., cioè dopo il ritorno dall'esilio procuratogli da due leggi Clodie del 58 (la *lex Clodia de capite civis* e la *lex Clodia de exilio Ciceronis*) e prima della partenza per il governatorato in Cilicia del 51 a.C. In questi passi l'Arpinate veementemente e ripetutamente richiama (cfr. *pro domo* 17.43, *pro Sestio* 30.65, *de leg.* 3.4.11 e 3.19.44, *de rep.* 2.36.61), due disposizioni delle XII Tavole, di cui Clodio e gli altri suoi avversari si sarebbero letteralmente infischiati (questa è la parola) con le leggi del 58 a tutto suo danno: l'una contenente il divieto di emanare leggi di privilegio (cioè a favore o a sfavore di singole persone), l'altra contenente la prescrizione di decidere in materia di pena di morte (o di *interdictio aqua et igni*) solo mediante votazioni dell'assemblea suprema dello stato, vale a dire dei *comitia centuriata* (*leges praeclarissimae de XII tabulis tralatae duae: quarum altera privilegia tollit, altera de capite civis rogari nisi maximo comitiatu vetat*).

La difesa che, contro i miei attacchi, ha pubblicato di recente Bernardo Albanese è degna di attenta medita-

zione, ma non direi che valga (come ho tentato di dimostrare dettagliatamente in altro luogo) a salvare da seri dubbi circa la loro provenienza decemvirale le due norme invocate da Cicerone in un periodo di infuocata reazione alle persecuzioni organizzate contro di lui la Clodio e dalla sua banda. La norma '*de capite civis*' non faceva una grinza, ai tempi di Cicerone, già da qualche secolo, ma essere rapportata sino ai tempi delle *XII Tabulae* (cioè sino al quinto secolo antecristo) assolutamente non può, perché essa presuppone un istituto, quello della *provocatio ad populum* da parte del cittadino condannato da un *magistratus cum imperio* (o accusato davanti allo stesso), che troppi e troppo solidi motivi, vanamente contestati da vecchi e nuovi 'aficionados', inducono a ritenere introdotto non prima del 300 a.C., dalla *lex Valeria* (*Corvi*) *de provocatione*: riferendo la legge *de capite civis* alle Dodici Tavole, Cicerone ha fatto ricorso ad una tradizione anche ai suoi tempi piuttosto svalutata. Quanto alla norma sui *privilegia*, non vi è dubbio che essa riflettesse un'esigenza giustissima, ma non vi è nemmeno dubbio, scorrendo l'elenco delle leggi posteriori alle *XII tabulae*, che Roma di *privilegia* (sia a favore che a sfavore di singole persone) lungo la sua storia ne registrò parecchi, ed anzi il curioso è che l'incauto Cicerone rientrò in città dall'esilio proprio in forza di un *privilegium* da lui richiesto e gradito, la *lex Cornelia Caecilia de revocando Cicerone* del 57 a.C.: una legge, quest'ultima, che piú tardi il giurista Capitone addusse addirittura ad esempio di eccezione al principio che la *lex publica* doveva essere un '*generale iussum populi aut plebis*' (cfr. Gell. *n.a.* 10.20.2). Il che conferma la mia tesi che Cicerone è una fonte di conoscenza del diritto romano assai malfida, perché assai mutevole nei tempi e nelle contingenze dei vari scritti fluiti dallo stilo del cangiante personaggio.

Il vero contenuto delle *XII Tabulae* fu, dunque, costi-

tuito (e concludo) esclusivamente da norme dichiarative, correttive e, subordinatamente, integrative dei temi formanti oggetto del vecchio *ius Quiritium*: le norme che si dissero, dai giuristi classici, del *ius privatum*. E, se se ne vuole la conferma, non v'è che da fare attenzione alla palingenesi del commentario in 6 *libri* che il giurista Gaio dedicò espressamente *ad legem XII tabularum*: circa una trentina di frammenti, estratti da tutti e sei i *libri* dell'opera (cfr. L. *Gaius* 418-445), nei quali, guarda caso, non si fa mai parola di istituzioni costituzionali e di repressione pubblica dei *crimina*.

NOTE AL CAPITOLO VI

42. Sulla crisi della *civitas* quiritaria e le sue cause: Guarino, *SDR.* n. 20-23; id., *La rivoluzione* (nt. 26) 135 ss., 171 ss., con bibl. — Il mio punto di vista si discosta notevolmente da quello della 'communis opinio' nelle sue pur molte varianti. Mentre la dottrina prevalente tende ad accettare il dato della tradizione (secondo cui il *regnum* fu abolito intorno al principio del sec. VI a.C. e le lotte tra patrizî e plebei furono lotte interne all'elemento cittadino della Roma repubblicana (lotte rese piú aspre, secondo alcuni, da una fantasiosa 'serrata del patriziato' verificatasi a danno della plebe nel primo cinquantennio del sesto secolo), io ritengo necessario tener maggior conto dei dati 'istituzionali' che traspaiono dalla stessa tradizione trasmessaci da Livio e da Dionigi e tendo invece all'ipotesi che dal *regnum* alla *libera respublica* si sia pervenuti solo attraverso un faticoso e drammatico processo di trasformazione concluso non prima del compromesso patrizio-plebeo del 367 a.C. (cioè dalle cosí dette *leges Liciniae Sextiae*, delle quali Fabio Pittore, riportato testualmente da Gell. *n. a.* 5.4.1, significativamente scrisse: *tum primum ex plebe alter consul factus est, duo et vicesimo anno quo Romam Galli coeperunt*). Considerato che il *rex* aveva progressivamente ceduto i suoi poteri politico-militari al *praetor* preposto dal senato patrizio al comando dell'*exercitus centuriatus* (riducendosi con ciò a mero *rex sacrificulus*); considerato che la guerra di Veio implicò per Roma

l'apertura di un secondo fronte (il fronte nord) e quindi l'istituzione di una seconda *legio* e del suo relativo *praetor* (sicché i *praetores* divennero due di pari grado e furono detti anche *consules*); considerato che la plebe, inizialmente trovantesi in condizione di mera sudditanza e addirittura di 'apartheid' in Roma, tenacemente lottò nei modi e nei tempi a tutti noti (non solo sulle piazze, ma anche all'interno di un *exercitus* che non poteva fare a meno del suo contributo di *pedites*) per il suo completo riscatto e per l'equiparazione ai patrizi: tutto ciò considerato, si spiega abbastanza agevolmente come il terreno dell'intesa finale sia stato trovato solo intorno al 367, quando l'*exercitus centuriatus* ebbe il riconoscimento di assemblea costituzionale deliberante (cioè di *comitia centuriata*) finalmente abilitata anche all'eventuale elezione di un console plebeo. D'altra parte, il compromesso del 367 non segnò ancora la eliminazione completa della supremazia patrizia: le delibere dei *comitia centuriata* rimasero infatti lungamente subordinate, come vedremo meglio a suo tempo (n. 58), al gradimento successivo dei *patres* del senato (*auctoritas patrum*), quindi al rischio di non essere convalidate dal ceto patrizio. Il che significa che, comunque siano andate le cose, nel sec. IV a.C. i *comitia centuriata* non erano ancora diventati quell'assemblea sovrana e incontestabile, di cui, come avremo modo di riscontrare in prosieguo, la tradizione canonica, fedelmente seguita dalla 'communis opinio' moderna, incomprensibilmente favoleggia. Per il testo di Pomp. D. 1.2.2.3: *retro* n. 21.

43. Sui *commentaria Servi Tulli* cfr. Liv. 1.60.4: *Duo consules inde comitiis centuriatis a praefecto urbi ex commentariis Servi Tulli creati sunt, L. Iunius Brutus et L. Tarquinius Collatinus.* Cfr. anche Fest. sv. *pro* (L. 290): *Pro censu classis iuniorum Ser. Tullius cum dixit in discriptione centuriarum, accipi debet 'in' censu, ut ait M. Varro in l. VI rerum humanarum* (*rell.*). — Ai miei occhi è e rimarrà sempre un mistero come possa esservi qualche studioso moderno, pur animato da estrema benevolenza verso i racconti della tradizione romana, il quale possa prestar fede all'assurdo che un re di Roma, per quanto saggio e previdente come Servio Tullio, abbia predisposto la struttura di base (in quanto struttura politico-costituzionale, non in quanto struttura esclusivamente militare) di una forma di stato e di governo assolutamente diversa dal *regnum*. Molto meno inverosimile, una volta tanto, il racconto di Dion. 4.71-76 e 84, che attribuisce ad una iniziativa rivoluzionaria di Bruto l'utilizzazione dell'assemblea cen-

turiata serviana per la elezione, al posto del *rex*, di una coppia annuale di consoli. Ad ogni modo, per quanto riguarda il mio pensiero, v. le citazioni di cui alla nt. 42, cui *adde*: A. Guarino, *La 'rivoluzione' della plebe* (1973), in *Le origini* (nt. 14) 107 ss.; id., *La formazione della 'respublica' romana* (1948), *ivi* 48 ss.; id., *Dal 'regnum' alla 'respublica'* (1959), ivi 63 ss. — Sul *commercium* e la sua storia: A. Guarino, *'Commercium' e 'ius commercii'* (1973), in *Le origini* cit. 266 ss. — Sul *connubium* cfr. Ulp. 5.2-5: *Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit. Conubium est uxoris iure ducendae facultas. Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis: cum Latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit. Cum servis nullum est conubium.* Questo testo, per quanto tardo e perciò relativo a tempi in cui le concezioni primitive dell'esclusivismo cittadino si erano molto affievolite, mette pur sempre in evidenza come alla radice prima della capacità matrimoniale vi fosse per i Romani, non solo lo stato di libertà, ma anche lo stato di cittadinanza: segno evidente, a mio avviso, del fatto che i *plebeii* non erano originariamente cittadini. Sul punto, da ultimo: G. Franciosi, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato* (1989) 154 ss., con bibl.

44. Sulle *XII Tabulae*: Wieacker, *R. Rechtsgesch.* (1988) 287 ss., con bibl. Da segnalare in modo particolare: F. Wieacker, *Die XII Tafeln in ihrem Jahrhundert*, in *Entr. Ant. class.* 13 (1966) 292 ss.; G. Crifò, *La legge delle XII tavole. Osservazioni e problemi*, in *ANRW.* 1.2 (1972) 149 ss.; G. Wieacker, *Solon und die XII Tafeln*, in *St. Volterra* 3 (1969) 757 ss. — A prescindere da quanto dirò *infra* (n. 48) sul contenuto delle *XII Tabulae*, tengo fin d'ora a chiarire che è molto improbabile che esse siano state redatte dai *pontifices*, cosí come ritiene, ad esempio, il Wieacker. Certo, sarebbe irragionevole escludere che i decemviri (oltre tutto membri del patriziato, quali erano) non abbiano fatto ricorso piú e piú volte a consultazioni con i pontefici, ma le disposizioni che essi stilarono e che sono a noi piú o meno fedelmente pervenute hanno tutta l'aria di decisioni non esenti (evidentemente per le pressioni esercitate dalla plebe) da un 'quantum' di politico, di proclamato (o, in certi casi, concesso) a denti stretti e in formule estremamente pragmatiche. Il Wieacker fa leva essenzialmente sulle norme di carattere sacrale (e quindi di strettissima competenza del pontificato) che alle XII Tavole la tradizione attribuisce: ma quelle norme, anche per lo stridente contrasto for-

male con le altre, assai difficilmente sono state pubblicate dai decemviri. — La conferma dell'inammissibilità del *connubium* tra patrizi e plebei (inammissibilità che sarebbe stata tradotta addirittura in espresso divieto) avrebbe formato oggetto delle due *tabulae iniquae* pubblicate dal secondo decemvirato: cfr. Liv. 4.4.5, Dion. 10.60, Cic. *de rep.* 2.37 (*qui duabus tabulis iniquarum legum additis conubia . . . ut ne plebei cum patribus essent, inhumanissima lege sanxerunt*). Per la palingenesi relativa, cfr. *FIRA.* 1.70 (tab. 11.1). — Che il *connubium* tra patrizi e plebei non sia stato introdotto dal plebiscito Canuleio, ma sia stato concesso unilateralmente dai *patres*, risulta, a tacer d'altro, da Liv. 4.6.3: *Plebs ad id maxime indignatione exarsit, quod auspicari tamquam invisi diis immortalibus negarentur posse, nec ante finis contentionum fuit, cum ipsa cum eo pertinacia certaret, quam victi tandem patres ut de conubio ferretur concessere*: testo sul quale mi fermerò *infra* n. 47.

45. Sul *ius legitimum vetus*: Guarino, *SDR.* n. 65-72. — Sulla 'legislazione' anteriore al compromesso del 367, di cui abbiamo notizia, v.: Rotondi, *Leges publicae* (1912) 189-216. Un discorso analitico su di essa esula dall'economia di questo libro. — Sui rapporti tra *ius* e *lex* e le controversie relative: E. Ehrlich, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen* 1 (1902) 172 ss.; L. Mitteis, *Römisches Privatrecht* 1 (1908) 30 ss.; P. De Francisci, *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, in *Scr. Ferrini Milano* 1 (1947) 192 ss., specialm. 197 s., 211.

46. Per l'analisi testuale contenuta in questo paragrafo, rinvio a: A. Guarino, *Il 'ius publicum' e le 'XII Tabulae'* (1950), in *Le origini* (nt. 14) 233 ss. — A proposito della locuzione '*secundum legem publicam*', va segnalato che essa, oltre che in Gai 2.104 (*testamentum per aes et libram*), si ritrova in un altro atto librale, la *solutio per aes et libram* di Gai 3.174: '*quod ego tibi tot milibus sestertiorum condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra: hanc tibi libram primam postremamque expendo (secundum) legem publicam*'. In questa formula la proposizione finale (*banc-publicam*) si legge nel Veronese senza il '*secundum*' e con un '*expende*' (che alcuni editori preferiscono) al posto di '*expendo*' (al che va aggiunto che il frammento parallelo di PSI. 1182 si arresta proprio prima di essa). Senza volermi spingere qui a sostenere che la frase sia frutto di un glossema postclassico (cosa che neppure il Solazzi mi risulta

aver detto), non posso fare a meno di rilevare che la parola '*libra*' (come molti traduttori segnalano: De Zulueta, Nardi, Robinson) ha, nella formula, due significati diversi: prima quello di bilancia (*hoc aere aeneaque libra*) e poi quello di libbra, cioè di un quantitativo elementare di bronzo che il debitore dà in pagamento una volta per tutte (*hanc tibi libram primam postremamque expendo*; disperato è il tentativo del Reinach che, mantenendo il significato di bilancia, traduce: ' équilibre-toi selon une procédure publique cette livre, qui sera la première et la dernière ', ma prudentemente aggiunge in nota che ' tout ce passage est très douteux '). È perciò pensabile, a mio parere, che la formula, se pure è stata riportata integralmente nel testo genuino di Gaio, al giurista classico sia pervenuta per effetto di una precedente sovrapposizione di modi di esprimersi e che la proposizione finale sia stata redatta a grossolana imitazione delle parole del *testamentum per aes et libram*. Molto acuto, in questa direzione: Magdelain, *La loi* (nt. 39) 69 ss., anche se non perviene alle mie stesse conclusioni.

47. La dimostrazione relativa al *ius legitimum vetus* come diritto ' ottriato ' (dal francese di antica origine ' octroyer ', donde ' octroi ') viene qui limitata, per le ragioni di economia del discorso di cui *retro* nt. 45, alle XII Tavole e alla legge Canuleia. Sul punto: A. Guarino, *La legislazione arcaica nel racconto di Livio* (1949), in *Le origini* (nt. 14) 228 ss.; P. De Francisci, *Per la storia dei ' comitia centuriata '*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1953) 1 ss. In senso tradizionale è invece il Magdelain, *La loi* (nt. 39) 63 ss., che nelle *XII Tabulae* sembra ravvisare una *lex data*, in armonia con Pomp. D. 1.2.2.4.

48. Sulla palingenesi delle *XII Tabulae* v.: H. Dirksen, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Herstellung des Textes der XII Tafeln* (1824); R. Schoell, *Legis XII Tabularum reliquiae* (1862); Bruns, Mommsen, Gradenwitz, *Fontes iuris Romani antiqui*[7] (1909) 15 ss.; *FIRA.* 1.21 ss. — Intorno agli inizi del secolo XX la tradizione relativa ai decemviri e alle loro leggi è stata da alcuni studiosi sottoposta a critica radicale, sino al punto che il testo è stato identificato con il *ius Flavianum* (*infra* n. 56: E. Pais, *Storia di Roma* 1.1 [1898] 558 ss., 1.2 [1899] 631 ss., e altrove), o addirittura con il *ius Aelianum* attribuito da Pomp. D. 1.2.2.7 al giurista Sesto Elio (E. Lambert, da ultimo in *Mel. Appleton* [1903] 501 ss., col titolo *L'histoire traditionelle des*

XII Tables). Queste ed altre teorie radicali sono state giustamente travolte dalla reazione della 'communis opinio' (citaz. in *FIRA.* 1.23 s.), ma hanno avuto il merito di mettere allo scoperto il problema della varia e ineguale attendibilità dei riferimenti a noi pervenuti delle disposizioni decemvirali, nonché quello del peso esercitato in materia dall'opera di Sesto Elio Peto (*infra* n. 56). — In ordine alle norme sacrali, l'adesione del Magdelain alla mia ipotesi della loro estraneità alle leggi decemvirali (ipotesi, come l'altra sulle norme 'pubblicistiche', avanzata sin dalla prima edizione di questo libro) è stata espressa in *Les XII Tables et le concept de 'ius'*, in *Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff*, in *Abh. Ak. Göttingen* 157 (1987) 14 ss. Sul tema, che comporta una conoscenza specifica della religione romana cui non arrivo, altro non posso che formulare una supposizione generica. Rilevo, peraltro, che vi sono norme sacrali ancora piú inverosimilmente attribuite dalle fonti sia alle *leges regiae*, sia alle *XII Tabulae*: cfr. Wieacker, *GRR.* 309 nt. 117. Un'indagine approfondita in materia sarebbe altamente opportuna. — Sulle norme decemvirali di carattere 'pubblicistico' v.: A. Guarino, *Il dubbio contenuto pubblicistico delle XII Tavole*, in *Labeo* 34 (1988) 323 ss., con completo esame delle disposizioni contenute nella tab. IX e nel n. 5 della tab. XII. Al mio articolo ha vigorosamente replicato, con riferimento solo a IX.1-2 e a XII.5: B. Albanese, *'Privilegia', 'maximus comitiatus', 'iussum populi' (XII Tab. 9-1-2, 12.5)*, in *Labeo* 36 (1990) 19 ss. Data la peculiare delicatezza della questione relativa alle norme reiteratamente attestate (tab. IX.1-2) da Cicerone, cui l'Albanese si rifiuta di attribuire 'il trucco di una citazione inventata', mi sono sentito in dovere di riesaminare attentamente il punto specifico e di confermare in proposito i miei dubbi in: A. Guarino, *Cicerone come e quando*, in *Labeo* 36 (1990) 267 ss. A questi scritti rimando, una volta per tutte, il lettore. — L'attestazione fondamentale sulla norma '*quodcumque pastremum rell.*' è quella contenuta in Liv. 7.17.2. In 9.34.6 la pretesa norma decemvirale è invocata nel corso di una 'sceneggiata' di cui sono attori, con discorsi evidentemente artefatti, il *tribunus plebis* P. Sempronio e il censore Appio Claudio, il secondo dei quali è proprio quegli che, a titolo di '*cavillatio*' (cosí sottolinea il suo comportamento Livio), tira fuori l'argomento del '*quod postremum*'. Comunque, qui non è in discussione che 'secondo la tradizione raccolta da Livio' si ritenesse esistente una norma decemvirale che stabilisse 'la prevalenza del precedente *iussum populi* rispetto ad altri *iussa* precedenti e contrastanti': qui

è in discussione la conciliabilità di una norma decemvirale sul valore definitivo ed esclusivo del *iussum populi* (cioè della *lex* votata dai comizi centuriati) con il principio (non ancora modificato dalle *leges Publilia* e *Maenia*) per cui la validità del *iussum populi* era tuttora subordinata all'*auctoritas patrum* successiva (su ciò: Guarino, *Novissima de patrum auctoritate*, in *BIDR.* 91 [1988] 117 ss.). Poiché i racconti, per essere credibili, devono avere (di regola) anche un minimo di verosimiglianza, è verosimile, con riferimento al caso di Liv. 7.17.12, che i patrizi abbiano fatto appello al principio *lex posterior derogat priori* e non al tenore delle *leges Liciniae Sextiae* e che, a loro volta, i *tribuni* si siano lamentati di una legge votata in maggioranza proprio dai *pedites*, quindi dai plebei? Se questione vi fu, è più facilmente pensabile che i *tribuni* reclamarono in sede politica (anticipando con ciò il processo evolutivo concluso nel 339-338 dalle *leges* Publilia e Menia) contro l'ostinato rifiuto dei *patres*, dopo aver lasciato che fosse nominato dittatore il plebeo C. Marcio Rutilo, di dare la loro *auctoritas* ad una coppia consolare che non fosse integralmente patrizia: il che, oltre tutto, spiega perché ci vollero ben sette *interreges* prima di arrivare alla *rogatio* di M. Fabio Ambusto. — Relativamente alle due norme invocate da Cicerone, non posso che rinviare ai miei scritti dianzi citati. A coloro (indubbiamente non pochi e di peso tutt'altro che trascurabile), i quali si ostinano a credere che la *provocatio ad populum*, secondo quanto afferma la tradizione, fu introdotta da una *lex Valeria* (*Poplicolae*) del 509, fu poi regolata dalle *XII Tabulae* del 451-450, fu quindi ancora disciplinata da una *lex Valeria Horatia* del 449 (per tutti: B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma* [1989] 20 ss., 24 ss.) non so fare a meno di rivolgere, in aggiunta, la domanda che segue: come mai (a differenza delle molte disposizioni di carattere privatistico e processual-privatistico che tutti conosciamo) una norma così importante e clamorosa come quella sul *ius provocationis* fu, se davvero sancita nella prima metà del quinto secolo antecristo, talmente negletta e violata, che la *lex Valeria Corvi* del 300 fu costretta a dichiarare '*improbe factum*' il comportamento (duque largamente diffuso) del magistrato che non avesse prestato orecchio alla *provocatio* (cfr. Liv. 10.9.3-5)? È chiaro, direi, che la *provocatio ad populum* (di cui non nego che sia stata operata '*de facto*' anche in precedenza) divenne *ius* (e non ancora pieno, ma, come suol dirsi, 'affievolito') solo nel 300 e che il perfezionamento '*de iure*' dell'istituto fu attuato ancor dopo, cioè dalle tre *leges Porciae* della prima metà del sec. II a.C. — I problemi della palingenesi

delle *XII Tabulae* sono già stati discussi, in tempi recenti, da: M. Lauria, *Ius Romanum* 1.1 (1963) 19 ss., con conclusioni dense di acutissimi dubbi. Su di essi è tornato, piú di recente ancora, un gruppo di studio presieduto da L. Amirante, i cui primi risultati possono leggersi in *Index* 18 (1990) 391 ss. sotto il titolo complessivo: *Per una palingenesi delle XII Tavole* (ivi è di particolare interesse ai miei fini: O. Diliberto, *Il commento di Gaio alle XII Tavole*, 403 ss.). È pensabile, a mio avviso, che la prima squadratura sistematica del poco ordinato agglomerato di norme contenuto nel testo decemvirale sia stata fatta da Sesto Elio nei suoi *Tripertita* e nel connesso *Ius Aelianum* (v. Guarino, *SDR.* n. 152). Comunque, è un fatto indiscutibile che l'opera di Gaio, pur appartenendo alla categoria dei '*libri ad*', non fa alcun cenno, nei frammenti che ci restano, di istituti pubblicistici (e ciò pur avendo i *Digesta* riservato alla materia criminalistica due '*libri terribiles*'). Sul punto, anche: A. Guarino, *Una palingenesi delle XII Tavole?*, destinato a *Hom. Hernandez-Tejero* (1991).

VII. IL ' VETUS IUS CIVILE '.

49. L'AMBIENTE DEL ' IUS CIVILE ROMANORUM '.

Ius Quiritium e *ius legitimum vetus* confluirono dunque, verso la metà del quarto secolo avanti Cristo, ed a séguito del compromesso patrizio-plebeo del 367, in un diritto unitario, valevole per tutti i membri del *populus Romanus Quiritium*, cioè per tutti i *cives Romani*, senza piú distinzioni rilevanti tra *Quirites* e non *Quirites*, tra patrizi e plebei: il *ius civile Romanorum*. Dopo le alterne vicende di cui si è detto in precedenza, si formò insomma quello che doveva essere attraverso i secoli il nucleo centrale e piú qualificante del *ius Romanorum*. Il nucleo intorno al quale si sarebbe poi man mano accresciuto e articolato l'ordinamento giuridico di Roma.

Proprio a causa dei successivi incrementi e delle successive articolazioni ora detti la terminologia ' *ius civile* (*Romanorum*) ' è giunta a noi in quella molteplicità di significati, non aliena da equivoci, che ho segnalata a suo tempo (n. 25). Per ridurre al minimo i malintesi mi sforzerò quindi di parlare genericamente di ' *ius Romanorum* ' (omettendo, o a meglio dire sottintendendo, il ' *civile* ') quando il discorso sarà riferito all'ordinamento giuridico romano in generale, senza rilievo dei diversi momenti della sua lunga storia. ' *Ius civile* ' (sottintendendo il ' *Romanorum* ') rimarrà, di conseguenza, l'espressione tipica, conforme del resto all'uso prevalente tra gli stessi Romani, per indicare il nucleo del diritto romano venuto a prendere consistenza definitiva nel quarto secolo e, naturalmente, gli svolgimenti che di esso attuò l'*interpretatio*

prudentium, anche col ricorso a validi apporti provenienti dalle *leges publicae*. Ma non può tralasciarsi un altro particolare: che, per motivi che saranno illustrati al momento opportuno, alcuni istituti piú moderni del *ius civile* ebbero, rispetto a quelli piú antichi e tradizionali, caratteristiche nettamente anomale, le quali consiglieranno di parlare per essi di un *ius civile* '*novum*'.

La conclusione è perciò che il *ius civile* piú antico, quello derivante da radici dei tempi anteriori alla costituzione della *civitas* patrizio-plebea ed esente dalle specificità del *ius civile novum* successivamente venuto ad integrarlo, sia da caratterizzare, ai fini dell'evidenza dell'esposizione, come *ius civile* '*vetus*'.

La *civitas Romanorum*, patrizio-plebea, cui il nostro *ius civile* (sia *vetus* che *novum*) atteneva, aveva perso in gran parte, ed è bene chiarirlo, le caratteristiche di *pólis* o *civitas* che erano state dell'originaria comunità dei *Quirites*. In realtà, se '*civitas*' era tuttora denominata l'appartenenza alla comunità politica (quella che ancor oggi chiamiamo la 'cittadinanza') e se territorialmente lo stato, pur estendendosi in tutta la penisola a sud del Rubicone, rimaneva tuttavia puntigliosamente concepito come una sempre piú estesa città, la struttura politica essenziale di Roma era quella della cosí detta '*respublica Romanorum*', derivata dal concorso dei *patres* del senato con il *populus Romanus Quiritium* dell'esercito centuriato, piú precisamente con i *comitia centuriata* che da esso erano scaturiti: il '*senatus populusque Romanus*' della notissima formula solenne.

Questa sostanziale modifica di struttura comportò conseguenze di estremo interesse, tra le quali quella che qui maggiormente conta di segnalare fu costituita da un affievolimento sempre piú rimarchevole di quel patriottismo di stirpe che era stata ed era caratteristica delle comunità organizzate a *pólis*. In altri termini, la cittadinanza roma-

na, pur non essendo affatto aperta indiscriminatamente a chiunque, fu considerata accessibile, senza pregiudiziali di stirpe, a tutti coloro che avessero dato prove concrete, e dessero quindi concreto affidamento, di partecipare a quel patrimonio di interessi materiali e di aspirazioni ideali che possiamo definire come la ' nazione romana '. Ond'è che la repubblica dei secoli IV-I avanti Cristo merita di essere qualificata, secondo l'avviso che ho già altrove espresso, ' *respublica* nazionale romana '.

Sono conclusioni, queste, alle quali si arriva piuttosto attraverso l'esame critico dei fatti politici e la valutazione ravvicinata degli istituti del *ius civile* in tutto il loro svolgimento storico, che non attraverso la lettura di testimonianze esplicite relative all'argomento. Nella mancanza di fonti di cognizione in senso tecnico, alcuni studiosi ritengono di grande, anzi decisiva importanza far capo ad alcune fonti atecniche. Per parte mia, temo forte che si sbaglino e che in quelle fonti, celebratissime, valga piú il suono che il contenuto delle parole.

D'altronde è facile accertarsene. Quando Cicerone (*de rep.* 1.25.39) dice che la *respublica* significa ' *res populi* ', non vi è dubbio che traduca bene, anzi benissimo, la parola che vuole illustrare. Ma quando egli, proseguendo nel suo discorso, non viene nemmeno sfiorato dal bisogno di dire che cosa fosse stato e fosse tuttora il *populus Romanus Quiritium*, e invece proclama che per popolo non si deve intendere una qualunque aggregazione di uomini, ma una società cementata da comuni interessi e da un ordinamento giuridico approvato da tutti (*non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*), francamente non vedo quale concetto egli esprima che non sia assolutamente, quasi banalmente ovvio. Centellinare la famosa definizione e degustare il senso delle singole parole è cosa che molti fanno, ma che io considero, ai nostri fini,

uno di quegli accademismi oziosi di cui già dianzi, in questo stesso lavoro, mi sono professato nemico.

Molto piú vivo, una volta tanto, il vescovo di Siviglia, Isidoro (*et.* 15.2.1), quando, sulla scia di Cicerone, afferma che la *civitas* è una comunità tenuta insieme da un vincolo associativo (*civitas est hominum multitudo societatis vinculo adunata*) e subito dopo, quasi colto da un dubbio, avverte che, se per *urbs* rettamente si intendono le mura cittadine, per *civitas* non si devono del pari intendere i mattoni, ma, sia ben chiaro, devono intendersi gli abitanti dell'urbe (*urbs ipsa moenia sunt, civitas autem non saxa, sed habitatores vocantur*). Non v'è dubbio che in questo passo Isidoro si dimostri pensatore meno 'impegnato' del grande Cicerone. Ma è stato giustamente detto da Francesco de Larochefoucauld che 'a lungo andare, poca intelligenza usata per il verso giusto è meno stucchevole di molta intelligenza usata per il verso storto'.

50. MOTIVI E CARATTERI DEL 'IUS CIVILE VETUS'.

Le caratteristiche del *ius civile vetus* risultano all'osservazione storiografica assai meno oscure (e in certo modo celate) di quelle del *ius Quiritium* ed assai meno sospette di posteriori deformazioni, e sopra tutto di enfatizzazioni, delle caratteristiche del *ius legitimum vetus*.

Per quanto riguarda il *ius legitimum vetus*, il fenomeno di una sua visione deformata ed enfatizzata è facile a capirsi, sempre che sia fondata la tesi qui accolta, secondo cui la tendenza prevalente tra i giuristi e i non giuristi romani era di attribuire 'sic et simpliciter' all'autorità lontana delle *XII tabulae* (che, si ricorderà, Livio chiama '*fons omnis publici privatique iuris*') le istituzioni piú rilevanti del *ius civile* stesso. Per quanto riguarda il *ius Quiritium*, il fenomeno dell'oscurità delle fonti che ad esso riconducono non dipende tanto dalla lontananza nel tem-

po, quanto dal fatto che il *ius civile vetus*, sopra tutto in certi settori, fu, per converso, pieno di interesse pratico per i giuristi, non soltanto del periodo preclassico (di cui gli scritti ci sono giunti in misura minima), ma anche del successivo periodo classico. Fosse difeso o fosse invece contestato, certo è che nelle opere dell'età classica il *ius civile vetus* era, si può dire, di casa.

La conoscenza piuttosto vasta, anche se non particolareggiata, che del *ius civile vetus* possiamo avere (conoscenza, ripeto, tanto in immagine positiva quanto in immagine negativa) discende da un complesso di circostanze storiche che il piú volte citato *liber singularis enchiridii* di Sesto Pomponio (D. 1.2.2.5-7), sia pure nel suo modo brado e disuguale, molto efficacemente rappresenta nella fase essenziale della sua formazione.

Già ho detto (n. 25), illustrando il *ius legitimum vetus*, che Pomponio pone in evidenza, nel suo racconto, il bisogno che si avvertí in Roma, dopo l'emanazione delle XII Tavole, della ' *disputatio fori* ', cioè della discussione aperta e pubblica (discussione eventualmente riversata in controversie sottoposte nel *forum* al magistrato giusdicente) in ordine all'interpretazione ed all'applicazione delle nuove leggi: leggi che, sia per essere state formulate dai soli patrizî, sia per essere state riversate in formulazioni necessariamente molto ridotte, non si sottraevano affatto a molteplici dubbi e contestazioni. Anche se in termini piuttosto mal coordinati col resto del discorso (o meglio, in termini condizionati da una prospettiva ' ex post ' del complessivo andamento delle cose, sulla quale qui non è il caso di soffermarsi), il testo pomponiano (che è, si ricordi, un testo datato nel secondo secolo dopo Cristo) dice, a questo punto, qualcosa di piú: che naturalmente si fece ricorso, per una interpretazione adeguata, alla *auctoritas prudentium*, cioè di coloro che erano da tutti riconosciuti come incontestabili esperti della materia giuridica, e che

tali furono considerati, almeno per un secolo (poco piú o poco meno), esclusivamente i membri del collegio sacerdotale dei *pontifices*, uno dei quali era designato dai suoi colleghi ogni anno a provvedere appunto alle richieste dei privati (*ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis*). Se il monopolio dei pontefici durò circa un secolo, è chiaro, anche se Pomponio non lo dice per esplicito, che successivamente ai *pontifices* si aggiunsero e si surrogarono altri *iuris prudentes*: quelli laici, ovviamente se ed in quanto muniti di corrispondente *auctoritas*, cioè, almeno di regola, se ed in quanto membri delle potenti famiglie nobiliari (non piú esclusivamente patrizie, ma anche e in numero sempre maggiore di stirpe plebea).

Quale fu il risultato dell'attività giurisprudenziale, prima pontificale e poi laica? Sempre nella visione molto riepilogativa, ma sostanzialmente accettabile di Pomponio, esso fu che il *ius Romanorum* accolse in sé, accanto alle *XII Tabulae* ed alle *leges* integrative delle stesse: da un lato, una serie di schemi giudiziali fissi e solenni, cui si dette il nome di '*legis actiones*'; dall'altro, una massa sempre crescente e assai piú duttile di precetti tipicamente orali, cui si dette, in mancanza di una denominazione specifica, il nome corrente di '*ius civile*', o meglio di *ius civile* in senso stretto (di '*proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*', come puntualizza Pomp. D. 1.2.2.12). Inquadratura, quella ora esposta, che ricalca visibilmente quella dei *Tripertita* di Sesto Elio Peto Cato, opera di cui parleremo piú a fondo tra poco (n. 56), e che appunto perciò si adatta, malgrado la sua formulazione generalizzante, a rappresentare in realtà il solo *ius civile vetus*, cioè il nucleo piú antico dell'ordinamento giuridico dell'età preclassica, relativo (come già il *ius Quiritium* prima e il *vetus ius legitimum* dopo) esclusivamente ai rapporti tra *patres familiarum*, cioè tra *privati*.

51. L'ESCLUSIVISMO NAZIONALE.

Una prima, importantissima caratteristica del *ius civile vetus* fu quella che chiamerò dell'esclusivismo nazionale romano.

La *respublica Romanorum* rinunciò, già lo si è detto, alle pregiudiziali di stirpe del passato, ma, come pure si è detto, non rinunciò ad essere circondata da una sorta di muro ideale, che contribuisse a qualificarla internazionalmente come repubblica ' *Romanorum* ' e che, nello stesso tempo, ostacolasse troppo facili infiltrazioni nella compagine romana di elementi estranei al modo di vivere, e sopra tutto al modo di sentire romano. La cinta ideale del nazionalismo romano, che sostituí la barriera originaria, seguí, se vogliamo rimanere nella metafora, una linea perimetrale sensibilmente piú larga di quella del passato e fu, in ispecie, molto piú facilmente penetrabile dell'esterno, attraverso porte piú numerose e meno grintosamente guardate. Ma, intendiamoci, sempre di una cinta, di un muro si trattò. Chi non fosse accolto nella *civitas Romanorum*, sulla base di una fra le poche e ben definite modalità di naturalizzazione che qui non mette conto di descrivere, non era ammesso a partecipare alla sua vita costituzionale ed al suo *ius civile*. Insomma, anche se reso di gran lunga piú elastico, il criterio antico dell'esclusivismo o personalismo (non piú patrizio, peraltro, come quello del *ius Quiritium*), non venne meno in ordine all'ordinamento autoritativo repubblicano in genere e al *ius civile Romanorum* in specie.

Naturalmente, vi furono gradi diversi, e cioè piú o meno rigorosi, di esclusivismo nazionalistico dell'ordinamento romano: non solo per effetto dei tempi che si succedevano, ma anche per la diversa rilevanza delle materie. Per ciò che concerneva la partecipazione ai comizi, l'elettorato passivo, l'accesso ai sacerdozi, la chiusura dell'ordi-

namento verso gli stranieri, i *peregrini* (fatta peraltro qualche eccezione per i tradizionali 'amici-nemici', i *Latini*), fu una chiusura strettissima, valicabile solo con molta fatica attraverso l'ottenimento come premio della *civitatis donatio*, cioè della concessione della cittadinanza 'globale'. Per i settori del *ius*, piú lontani dalle leve del potere politico, la chiusura fu invece meno rigida, sopra tutto col procedere dei tempi. Vi furono, a quanto risulta, varie (non direi numerose) concessioni di *commercium* a stranieri qualificati per la *fides* che meritavano di riscuotere presso i Romani, mentre di gran lunga piú avare furono le concessioni del *connubium*, anche perché solitamente gli stranieri ritenuti meritevoli sinanche del *connubium*, della capacità di unirsi in matrimonio con cittadini romani, ottenevano piú semplicemente la *civitatis donatio* tutta intera.

L'ostacolo principale a che si largheggiasse nella concessione sia pur soltanto del *commercium* a stranieri era costituito dal formalismo, e in particolare dal formalismo del processo delle *legis actiones*: argomento sul quale ci fermeremo tra poco (n. 55). Se un *peregrinus* si era per avventura tanto 'romanizzato' da condividere con i Romani consuetudini di vita, pratiche sacrali e linguaggio, non vi erano difficoltà a concedergli il *commercium* ed eventualmente anche il *connubium*. Se invece, come nella maggior parte dei casi, ciò non era, si poteva chiudere un occhio su tante singolarità del modo di vivere e di comportarsi del nostro straniero, ma non si poteva sorvolare sulla sua inesperienza, o addirittura sulla sua incapacità, per scarsa conoscenza della lingua, nel compiere gli atti solenni e sopra tutto nel comportarsi gestualmente e verbalmente a dovere in sede di processo *per legis actiones*.

Non si può tuttavia concludere sull'esclusivismo nazionale romano senza avere accennato ad un fenomeno apparentemente anomalo, non di apertura ma di chiusura, che

esso determinò in ordine al trattamento giuridico dei *liberti*, cioè degli schiavi affrancati dai loro padroni.

La schiavitú era riconosciuta ed ammessa da sempre, presso i Romani cosí come presso tutti i popoli antichi, ma divenne progressivamente un fenomeno di pratica consistenza sotto il profilo economico, e di conseguenza sotto il profilo giuridico, solo a partire dal secolo IV avanti Cristo. In questo stesso secolo di prima fioritura del *ius civile Romanorum* cominciarono anche ad affluire in Roma, in parte perché fatti prigionieri in guerra e in parte anche maggiore perché acquistati presso i mercanti specializzati, masse sempre crescenti di schiavi appartenenti a popolazioni esterne a quella cerchia limitata di popoli del Lazio e dell'Italia centrale che Roma considerava stranieri solo sino ad un certo punto. I *servi*, nessuno lo discute, erano puri e semplici oggetti giuridici a disposizione piena e completa del padrone, e versavano quindi in una condizione molto peggiore di quella che aveva caratterizzato in età quiritaria i cosí detti *clientes*, subordinati con le loro famiglie ad un *patronus* del patriziato, privi di piena soggettività giuridica, privi del diritto di trasmettere alla propria discendenza i frutti del proprio lavoro (che in caso di morte andavano al patrono o ai suoi discendenti), e privi, piú in generale, della possibilità giuridica di uscire dalla cerchia del ' clan ' gentilizio di appartenenza e, per esempio, di unirsi in matrimonio, o in qualcosa di simile, con *clientes* di altre genti patrizie. Ma, come i *clientes* col passar del tempo si liberarono di fatto dai loro vincoli con i patrizi o addirittura ottennero da questi una ufficiale affrancazione, che li rendeva soggetti giuridici piú o meno parificati ai *plebeii*, cosí gli schiavi dei primi secoli poterono a loro volta, se non proprio conseguire il prosciugamento della loro categoria, quanto meno ottenere dai loro padroni di essere, singolarmente presi, dimessi dalla *ma-*

nus (o *mancipium*) cui soggiacevano: di essere cioè '*manu missi*'.

Nel quinto secolo (e ne rimangono tracce nelle *XII Tabulae*) i modi di affrancazione dei *servi* (e forse, alla stessa guisa, anche dei pochi *clientes* residuati dalla *civitas Quiritium*) si precisarono in tre forme di '*manumissio iusta ac legitima*' (la *manumissio testamento*, la *manumissio censu* e la *manumissio vindicta*), le quali ebbero tutte il comune effetto di rendere libero l'affrancato da ogni vincolo giuridico, ma non anche dal vincolo morale e sociale della riconoscenza verso l'ex-padrone (chiamato, come per gli antichi clienti, *patronus*) e dagli impegni personalmente assunti con lui, sia pure sul piano religioso o su quello sociale, di prestargli servigi, parte dei propri eventuali guadagni ed altro. Costituitasi la *civitas Romanorum*, gli affrancati dalla schiavitú (i cosí detti *liberti*) si trovarono per questa via, causa l'imprevidenza o l'inavvertenza avutasi a suo tempo nel disciplinare le *manumissiones*, a diventare non soltanto liberi, ma anche cittadini romani: cosa che non sollevava problemi ai tempi in cui *servi* e *clientes* erano in buona sostanza già vicinissimi alla *civitas* dei loro padroni o patroni, mentre poteva rivelarsi pericolosa in un'epoca in cui gli schiavi erano invece di estrazione anche moltó lontana dalla romanità. È ben vero che i cittadini romani non erano facili ad affrancare i loro schiavi, se non in cambio di solenni e credibili impegni di future controprestazioni, ma è anche vero che uno schiavo liberato poteva tornare utilissimo, sotto la toga del cittadino romano, come intermediario in affari non del tutto dignitosi e soprattutto come portatore di voti nelle assemblee comiziali.

Di qui l'inizio di un orientamento, in parte giurisprudenziale e in parte legislativo, inteso a tutelare la nazionalità romana attraverso una limitazione progressiva della capacità giuridica e politica dei *liberti*. La non eleggibilità

dei *liberti* alle magistrature (ineleggibilità che non si estendeva ai loro discendenti), la concentrazione ai fini del voto (anche se fortemente contrastata) dei *liberti* nelle sole quattro tribú urbane, tutto il complesso di obblighi e limiti di carattere privatistico che va sotto il nome di *patronatus* furono appunto il prodotto di questo orientamento nazionalistico.

52. La limitazione ai rapporti latamente privatistici.

Altra caratteristica del *ius civile vetus* fu la limitazione di esso, entro il piú vasto quadro dell'ordinamento autoritativo repubblicano, ai rapporti privatistici in senso lato.

Si insegna solitamente, in modo alquanto sommario, che il *ius civile* romano non si occupò che del regolamento dei rapporti privatistici, cioè dei rapporti ' *inter privos* (o *singulos*) ', nei quali non intervenisse lo stato. Ma l'affermazione è equivoca e parzialmente erronea, in quanto sta di fatto che i Romani considerarono di *ius civile* anche rapporti ed atti, che noi inquadreremmo oggigiorno tra quelli pubblicistici: cosí i rapporti processuali attinenti alla tutela dei diritti civilistici (cioè le cosí dette *legis actiones*), gli atti giuridici formalmente processuali da compiersi davanti ad un magistrato (principalmente l'*in iure cessio* e la *manumissio vindicta*), la *manumissio censu*, che si effettuava davanti ai censori, e via dicendo. Qual'è allora la verità?

La verità è che nulla vi è di piú antimetodico, che il pretendere di attribuire al diritto romano preclassico una concezione già chiara e netta della dicotomía ' *publicum/privatum* ', cioè della distinzione tra rapporti giuridici pubblici e rapporti giuridici privati, quale fu formulata (e nemmeno del tutto chiaramente: n. 92-93) dalla giurisprudenza tardo-classica o quale è conosciuta (non del tutto confor-

memente alla concezione romana) da noi moderni. Il *ius civile* (*vetus*) fu, non vi è dubbio, essenzialmente relativo ai rapporti privatistici, ma riguardò anche rapporti pubblicistici con essi collegati e ad essi, in certo qual modo, subordinati o accessorî. Quindi, il meglio che può dirsi di esso, in sede di prima approssimazione concettuale, è che riguardò i rapporti privatistici 'in senso lato'.

Ai rapporti privatistici, sia pure in senso lato, il *ius civile vetus* fu, tuttavia, si badi, anche rigidamente limitato. Mai avviene infatti di trovar dalle fonti riferito ad esso il regolamento di rapporti meramente pubblicistici, non collegati con rapporti privatistici. Il fenomeno può sorprendere, ed ha effettivamente sorpreso la dottrina, la quale ha tentato in vari modi di spiegarlo concettualmente, senza peraltro giungere, a mio avviso, a conclusioni convincenti. Ed invero, l'unica spiegazione concettualmente plausibile della limitazione del *ius civile vetus* a certi determinati tipi di rapporti non potrebbe essere basata, se non sulla esistenza di un diverso e concorrente sistema giuridico relativo al regolamento degli altri tipi di rapporti: nel senso cioè che il *ius civile vetus* si limitasse ai rapporti di un certo tipo perché ai rapporti dell'altro tipo provvedeva (mettiamo) il *ius publicum*. Senonché questa spiegazione sistematica non è storicamente accettabile, in quanto risulta, come meglio vedremo in seguito, che le *leges publicae* preclassiche non si limitarono al regolamento di rapporti estranei a quelli presi in considerazione dal *ius civile*, ma concorsero con il *ius civile* nel regolamento di taluni rapporti civilistici. Il che significa, in altre parole, che il periodo preclassico (come, del resto, in buona parte lo stesso periodo classico) non conobbe un criterio concettuale e astratto di ripartizione dei rapporti giuridici tra *ius civile* e ordinamento attinente all'organizzazione della *respublica*: esso fu testimonio puro e semplice del feno-

meno storico e concreto della limitazione del *ius civile* ai soli rapporti privatistici in senso lato.

La spiegazione di questo fenomeno storico mi sembra chiara. È evidente che il *ius civile vetus*, essendo derivato dai precedenti sistemi del *ius Quiritium* e del *vetus ius legitimum*, essendosi d'altra parte ristretto e concentrato nell'attività interpretativa dei *prudentes*, rimase aderente, né poteva essere diversamente, alla stessa sfera di interessi già presa in considerazione dagli accennati ordinamenti arcaici. L'*interpretatio prudentium*, se poté svolgere e svolse un'azione imponente di sviluppo dei vecchi principî, non poté d'altro canto arbitrarsi di porsi al servizio anche di interessi totalmente estranei a quelli che avevano formato oggetto degli archétipi su cui lavorava, e da cui quindi dipendeva.

Può dirsi, in conclusione, che tutto e solo ciò che in periodo arcaico era stato considerato *ius* passò a far parte del *ius civile vetus*. Ciò che, invece, non aveva formato oggetto di regolamento ' giuridico ' arcaico (e cioè, principalmente, l'organizzazione costituzionale dello stato, ivi compresa la scelta e la funzionalità delle magistrature giusdicenti) rimase ovviamente e inevitabilmente estraneo all'*interpretatio prudentium*, e quindi al *ius civile vetus*.

53. LE ALTRE CARATTERISTICHE DEL ' IUS CIVILE VETUS '.

Due altre caratteristiche del vecchio *ius Quiritium* si ritrovano in qualche modo anche nel *ius civile vetus*, ma con modificazioni sensibili determinate dall'evoluzione frattanto verificatasi. Parlo della religiosità e dell'immutabilità.

Per quanto concerne la caratteristica della religiosità, è ovvio che anche il *ius civile*, come già il *ius Quiritium* e il successivo *ius legitimum vetus*, rimase inquadrato nella sfera del *fas*. Occorre però aggiungere che sua caratteri-

stica ulteriore fu l'inquadramento nella sfera di quelle istituzioni costituzionali cittadine che si erano venute frattanto articolando nell'ambito del *fas*: quindi la subordinazione ai principî del cosí detto *ius publicum* o, come io riterrei preferibile dire, ai principî del *ius legitimum novum*, insomma ai regolamenti imposti ad esso da *leges publicae populi Romani*.

Vedremo tra poco come nella *respublica* romano-nazionale, venute in essere le *leges publicae populi Romani*, queste presero ad occuparsi di materie di generale interesse, in origine rientranti nella sfera generica del *fas*, le quali passarono nel nuovo clima ad essere considerate anch'esse ' giuridiche ' e furono definite di ' *ius publicum* '. Il criterio in base a cui le *leges publicae* si occuparono di queste materie fu che esse riguardavano l'interesse del *populus* nella sua interezza e che, pertanto, meritavano di essere specificamente regolate dalle assemblee popolari. Ora è chiaro che il *ius civile vetus* non poté che inserirsi, adattandovisi, entro questa cerchia di regolamenti posti dal nuovo *ius publicum*. D'altra parte, *ius civile* e *ius publicum* non mancarono, in breve, di aver punti di interferenza (e talvolta anche di differenza), relativamente a rapporti che, se da un lato avevano formato oggetto di regolamento da parte dei sistemi arcaici (ed erano, quindi, connaturalmente ' civilistici '), dall'altro destavano l'interesse della collettività e quindi occasionavano l'intervento delle assemblee: si pensi ai rapporti processuali, all'assistenza degli incapaci, all'usucapione, al tasso degli interessi ed a tanti altri argomenti di viva risonanza sociale.

Nell'incontro tra *ius civile* e *ius publicum*, il grosso problema da risolvere è se fu il *ius publicum* a prevalere sul *ius civile*, abrogandolo, o se fu il *ius civile* a prevalere sul *ius publicum*, negandogli ogni efficacia obbligatoria, o se furono invece ambo i sistemi a coesistere in istato di perenne tensione, col preoccupante risultato di una sorta di

anarchia giuridica proprio in ordine alle materie ritenute socialmente di massimo interesse. Il buon senso, unito alla constatazione del quadro di ordine e di pace che il diritto preclassico ci offre, induce a ripudiare senz'altro la terza eventualità. Evidentemente un ' modus vivendi ' fra *ius civile* e *ius publicum* vi fu, e sin dall'inizio. Ma quale? La risposta potrà essere data solo quando ci saremo occupati per l'appunto del *ius publicum*, ma è intimamente collegata anche all'illustrazione di un'altra caratteristica del *ius civile vetus*, alla quale ci rivolgeremo per il momento.

La caratteristica in questione è quella della eternità dei principî del *ius civile vetus*, cosí come vennero a prendere forma e consistenza nella *interpretatio prudentium*, dapprima pontificale e poi laica.

Ho già detto a suo tempo, occupandomi della genesi del *ius*, perché io ritenga erronea la dottrina secondo cui l'identificazione del *ius* con i *mores maiorum* sarebbe stata attuata solo in età postclassica. Fu sopra tutto in epoca arcaica, invece, che la concezione del *ius* (*Quiritium*) si identificò con quella dei *mores maiorum*, mentre in prosieguo di tempo è logico ammettere che quella completa identificazione non fece che attenuarsi. Relativamente al periodo preclassico può dirsi con una certa sicurezza che i nuovi *mores* cittadini (salvo quelli esplicitamente confermati dal *vetus ius civile*) non facevano piú parte del *ius civile*, ma erano considerati come generiche costumanze sociali sottoposte al controllo della magistratura dei *censores*, cui spettava il cosí detto *iudicium de moribus*. Quanto ai *mores maiorum* quiritari, essi erano sensibilmente impalliditi e si rifrangevano attraverso le *XII tabulae*, nonché sopra tutto attraverso l'*interpretatio* giurisprudenziale.

Tutto fa credere che l'autorità del *ius civile* non fosse piú sentita dai Romani come tanto tassativa e immutabile quanto lo era in antico e che, senza disconoscerne la eter-

nità di fondo, i Romani cominciassero ad ammetterne una limitata modificabilità in punti secondari. Immutabili furono considerati solo i principî sommi. Essi vennero visti quasi come altrettante espressioni naturali e inconfondibili della civiltà romana, mentre mutevoli, soggette ad evoluzioni, a precisazioni, a limitazioni furono ritenute, sempre piú chiaramente, le applicazioni concrete e particolari degli stessi principî.

54. I LIMITI DEL PERSONALISMO E DEL FORMALISMO.

Questa la mia opinione circa i caratteri peculiari del *ius civile vetus*. Non si tratta, ovviamente, di opinione da tutti condivisa. Altri studiosi esprimono valutazioni parzialmente diverse, e tra queste valutazioni ve ne sono almeno due che non possono essere qui facilmente trascurate. Sia concesso dunque un breve codicillo intorno al rilievo, che taluni sostengono essere stato particolarmente significante, del personalismo e del formalismo nel *ius civile vetus*.

Secondo Mario Lauria, la vera e determinante caratteristica del *ius civile* piú antico e genuino (cioè del *ius civile vetus*) consisterebbe nel 'personalismo' dei suoi istituti. In questo senso: che il *ius civile vetus* non avrebbe dato rilievo né alla causa né al contenuto dei rapporti intersoggettivi, ma ne avrebbe preso in esclusiva considerazione l'aspetto personale, configurandoli cioè come esplicazioni di poteri spettanti in esclusiva ai soggetti attivi nei confronti dei soggetti passivi. La causa sacrale o economica per cui i rapporti si costituivano, il contenuto eventualmente patrimoniale di quei rapporti sarebbero dunque rimasti assolutamente al di fuori dell'interesse del *ius civile*, il quale si sarebbe limitato a regolare varie situazioni sociali di preminenza di un soggetto su un altro

e ad assumere la tutela della *potestas* del soggetto attivo sui soggetti passivi.

È teoria, questa, che coglie perspicuamente una parte di vero, sí che torna particolarmente utile a spiegare taluni lati apparentemente misteriosi di alcuni istituti civilistici piú antichi, ma non credo che possa valere ai fini della identificazione totale del *ius civile vetus*: il quale certamente regolò, di molti istituti, anche la causa economica e il contenuto patrimoniale. Al Lauria, come alla dottrina romanistica dominante, mi par sfuggita la distinzione storica e concettuale, su cui ho precedentemente insistito, tra *ius Quiritium*, *ius legitimum vetus* e *ius civile vetus*. Egli ha badato solo ai nessi tra questi tre distinti sistemi giuridici, e pertanto gli è avvenuto di attribuire inammissibilmente al *ius civile* una fisionomia, che è invece prevalentemente, se non esclusivamente, del *ius Quiritium*.

Infatti, quando, parlando del *ius Quiritium*, ne ho illustrato la caratteristica di essere relativo ai rapporti tra *familiae* e *gentes* quiritarie, e quando ho escluso che il *ius Quiritium* abbia mai preso in considerazione i rapporti di credito, io penso di aver dato, pur nella necessaria brevità della trattazione relativa, una qualche conferma della sostanziale verità della tesi del Lauria. Ma la conferma valeva solo per il *ius Quiritium*: ordinamento effettivamente concentrato nella regolamentazione delle varie *potestates* familiari e gentilizie dei *patres* quiritari. Senonché già con il *ius legitimum vetus* questo stato di cose originario si inquinò, e lo dimostra, a tacer d'altro, l'istituto da esso regolato dell'*obligatio*. Le *obligationes* civilistiche romane non mi pare siano state, come assume il Lauria, ' rapporti esclusivamente personali '. Esse si concretavano, certo, in un vincolo personale dell'*obligatus*, ma il vincolo aveva la sua ragion d'essere (la sua 'causa ') unicamente in un rapporto economico, il rapporto di credito, e il creditore esercitava certo sull'*obligatus* una *potestas* intensa, d'indole

analoga alle *potestates* familiari e reali, ma lo faceva solo perché era creditore sul piano economico e solo sino a quando il credito sussistesse.

Chiuso con il personalismo, va segnalato che un'altra tendenza assai diffusa in dottrina è quella di indicare come una delle caratteristiche essenziali del *vetus ius civile* il formalismo degli atti occorrenti alla determinazione degli effetti da esso ammessi e tutelati. Il *ius civile* (*vetus*), si afferma da piú parti, fu eminentemente formalistico, in quanto subordinò la produzione degli effetti giuridici all'osservanza, da parte dei *cives*, di rigorosissime formalità: formalità non richieste *ad probationem*, ma richieste per la stessa esistenza giuridica dell'atto, *ad substantiam actus*.

Questa affermazione corrente è solo parzialmente vera, e comunque non vale soltanto per il *ius civile vetus*, perché è riferibile anche agli altri sistemi giuridici romani, ed in particolare al *ius publicum*, il quale ultimo davvero fu, per sua natura, interamente formalistico. Il formalismo è, indubbiamente, un capitolo assai interessante della storia giuridica di Roma, ma ne è, a mio avviso, solo un capitolo, la cui trattazione non presenta particolare utilità per l'identificazione del *ius civile vetus*. Ed a conferma del fatto che il *ius civile vetus* non fu totalmente formalistico, basterà pensare al trasferimento del *dominium* sulle *res nec mancipi*, che si attuava mediante semplice trasferimento della disponibilità della cosa (*traditio*), alla *usucapio*, istituto antichissimo di acquisto del *dominium* (su *res mancipi* e *nec mancipi*), che derivava dalla semplice disposizione di fatto della cosa protratta per un certo periodo di tempo, all'*usus*, che era modo di acquisto non formale della *manus* sulla *uxor*, alla *occupatio* della *res nullius*, produttiva di *potestas* sulla stessa sin da tempi antichissimi, alle *obligationes re contractae* e in particolare al *mutuum*, in cui l'obbligo di restituzione nasceva nel debitore dal-

l'aver ricevuto dal creditore un bene spettante a questo ultimo e a titolo che non fosse di evidente gratificazione.

Del *ius civile vetus*, integralmente formalistico fu solo il processo della *legis actiones* e solo nella fase *in iure*. Per il resto, gli atti non formali concorsero con quelli formali alla produzione degli effetti giuridici. Sí che, ribadisco, non è assolutamente lecito assumere il formalismo come tratto distintivo e peculiare del *vetus ius civile*.

55. FORMALISMO CIVILISTICO E SACRALITÀ.

Visto che il discorso è venuto a toccare l'argomento del formalismo, sarà opportuno un piccolo ' excursus ' su un tema che da molto tempo si dibatte tra gli storiografi del diritto romano. Il tema è se il formalismo dei piú antichi atti giuridici sia stato determinato da ragioni sacrali, dalla necessità di collegare gli effetti giuridici a riti simbolici ben determinati. Vi è chi lo afferma, come l'acutissimo svedese Axel Hägerström, e vi è invece chi lo nega, principalmente sulla falsariga delle penetranti critiche di Ludwig Mitteis.

A mio parere, abbracciare l'una o l'altra tra le opposte opinioni sarebbe davvero esagerare. La verità sta, forse, nel mezzo. Non può escludersi la radice sacrale e magica di certi atti civilistici, ma non può nemmeno ricondursi a quella radice l'origine di alcuni altri atti a noi noti.

Il formalismo degli atti giuridici, come ho detto e ripetuto ormai varie volte, ebbe larghissimo campo di applicazione nel sistema del *ius Quiritium*, il quale forse addirittura non conobbe altri atti giuridici di autonomia al di fuori di quelli formali. Tuttavia, se pure questo o quel negozio fu ispirato a presupposti sacrali, la vera e fondamentale ragione del formalismo consisté piuttosto nella mentalità, caratteristica delle popolazioni antichissime, per cui, una volta consuetudinariamente affermatosi un deter-

minato effetto, esso non potesse verificarsi se non in dipendenza di quel preciso e determinato atto, in forza della lunga ripetizione del quale l'effetto si fosse appunto affermato. Il che vale particolarmente per la concezione quiritaria del *ius* come equivalente dei *mores maiorum*.

La rigida concezione formalistica dei tempi precedenti fu diluita dal *ius legitimum vetus*, il quale però non l'abolí del tutto, sia perché non poté farlo e sia perché non ebbe interesse a farlo. Non poté farlo perché la sua essenziale ragion d'essere fu, come ormai sappiamo, nell'accertamento e nella precisazione, quindi nella conferma e se mai nell'integrazione, ma non certo nella riforma, del *ius Quiritium*. Non ebbe interesse a farlo perché il formalismo degli atti si presentava, come giustamente ha notato Rudolph Jhering, quale mezzo efficacissimo di garanzia della libertà dei cittadini, di protezione di essi (e in particolare dei plebei) dall'arbitrio degli interpreti del diritto, i *pontifices*.

Indubbiamente un sistema giuridico formalistico ha il grave difetto di essere assai poco elastico, straordinariamente inadatto alla produzione di effetti giuridici esattamente aderenti alle reali intenzioni dei soggetti. Esso, peraltro, presenta l'altissimo vantaggio di dare il *maximum* di garanzia all'affidamento degli altri soggetti giuridici (i cosí detti 'terzi'), anzi di accantonare addirittura quel problema dell'affidamento dei terzi, che costituisce il cruccio dei legislatori moderni.

Quanto al *ius civile vetus*, vi ritroviamo gli atti formali dei sistemi precedenti, ma ulteriormente attenuati, anche a causa della ricchezza e varietà delle ipotesi considerate e da considerare: la quale non poté non cagionare un allentamento del rigore giuridico a beneficio di una piú plastica esplicazione della autonomia dei singoli.

Non si creda, peraltro, che l'attenuazione del formalismo abbia significato, per il *ius civile vetus*, una dimi-

nuita sollecitudine per l'affidamento dei terzi. Il *ius civile vetus* fu, al contrario, tipicamente improntato alla tutela gelosa dell'affidamento. Con la conseguenza che, ove la giurisprudenza si trovasse di fronte ad un atto non formale, essa non curò, per stabilire gli effetti da esso prodotti, di indagare qual fosse stato l'*animus*, l'intenzione concreta, ma imperscrutabile, del soggetto che lo avesse compiuto, ma si preoccupò sopra tutto di fissare obbiettivamente quale ragionevole significato un ' quivis de populo ' avrebbe potuto attribuire alla esplicazione esteriore (fisica o verbale) del medesimo.

L'enorme ricchezza della giurisprudenza casistica romana si spiega appunto e solo in vista di ciò. Appunto e solo in vista di ciò si spiega, in particolare, la vasta attività esplicata, nei secoli dal IV al I avanti Cristo, dai giureconsulti nel campo cosí detto ' cautelare '.

56. I ' PRUDENTES ' E IL ' IUS CIVILE '.

Della giurisprudenza preclassica e della *interpretatio prudentium* è venuto il momento di parlare piú a fondo. Non solo per completare il quadro del *ius civile vetus*, ma anche per aprire la strada alla illustrazione degli altri sistemi giuridici venuti in essere nel periodo preclassico.

Il fatto di essere essa stata inizialmente, e per lunghissimo tempo, nella mani esclusive dei pontefici non significa che la *iuris prudentia* sia stata mai considerata una pratica sacrale. In materia di *ius*, conformemente alla concezione di esso e dei *mores maiorum* come fatti umani, i pontefici non pretesero in nessun momento di esercitare l'*interpretatio* su ispirazione divina. Sostennero solo, da nessuno smentiti, di avere l'esperienza profonda, e in certo senso ineguagliabile, che era necessaria sia per rendersi conto del rispetto dovuto dal *ius* alle limitazioni poste dal

fas/nefas, sia per stabilire se e quale prassi sociale assurgesse al livello obbligante e immutabile dei *mores maiorum*.

Le *XII tabulae* e, piú in generale, le leggi del *ius legitimum vetus* implicarono certamente un grave scadimento del mistero del *ius*: mistero su cui facevano leva i pontefici per il loro monopolio interpretativo e per l'indiretta protezione degli interessi del patriziato cui appartenevano. Ma, anche per la limitatezza e la frammentarietà dei testi normativi decemvirali, non fu ancora segnata la fine dell'altissima autorità della giurisprudenza pontificale. Le questioni interpretative rimanevano moltissime e di estrema difficoltà, sí che, a risolverle in maniera tale da non sollevare discussioni, non tanto valeva la logica dei ragionamenti, quanto l'autorità sociale degli interpreti. In piú, il formalismo di certi atti e quello di tutto quanto il processo *per legis actiones* rendeva praticamente necessario il ricorso a schemi preparati, e praticamente anche garantiti, dai pontefici.

Occorse dunque molto altro tempo ancora affinché i pontefici perdessero la loro 'esclusiva' dell'*interpretatio iuris*, e alla determinazione di questo risultato concorsero cause essenzialmente di carattere politico, che le fonti di cui disponiamo almeno in parte non mancano di adombrare.

In via generale, va posto in chiaro che la molla dell'interesse di classe alla gestione dell'*interpretatio iuris* da parte di un sacerdozio patrizio perse molto della sua tensione originaria col compromesso patrizio-plebeo del 367 avanti Cristo ed ancor piú si indebolí negli anni successivi, fin quando la *lex Ogulnia* del 300 indusse i sacerdozi maggiori ad ammettere nel loro seno anche i plebei. In via piú particolare: da un lato bisogna tener presente che, col procedere dei tempi, il patriziato fu integrato nel *senatus* dagli ex-magistrati plebei, sí che andò formandosi un nuovo ceto dirigente patrizio-plebeo detto della *nobilitas*; dal-

l'altro lato bisogna prendere atto di numerosi indizi che concorrono a far ritenere che all'interno del nuovo ceto dirigente non siano mancate rivalità politiche tra *nobiles* (a parte le insofferenze sempre maggiori dei ceti estranei alla *nobilitas*). Al qual proposito, anche se credibile solo sino ad un certo punto, vi è un episodio, riferito tra l'altro da Pomponio (*sing. enchir.* D. 1.2.2.7), altamente significativo e che va ricordato.

L'inquieto Appio Claudio Cieco, l'uomo che forse piú movimentò la scena politica romana sul finire del quarto secolo, non perse l'occasione, divenuto pontefice, di mettere ordine tra i formulari delle *legis actiones* e di fare una sorta di prontuario delle stesse. Ma poco dopo, precisamente nel 304 avanti Cristo, un suo segretario di umile estrazione, figlio di un liberto e chiamato Cneo Flavio, sottrasse, guarda caso, il formulario e ne fece un'edizione per il pubblico, aggiungendovi anche qualche suo commento. Il ' *ius civile Flavianum* ', come si usò chiamarlo, svuotò notevolmente di contenuto il monopolio dei pontefici, aprendo la strada alla pubblicità delle sedute degli stessi, di cui l'iniziativa si attribuisce, mezzo secolo dopo, a Tiberio Coruncanio. Basta credere nella credibilissima esistenza di quest'opera sul declino del quarto secolo per esser certi che, in un modo o nell'altro, e sia pur non attraverso i precisi fatti raccontati da Pomponio, ormai il monopolio dei pontefici era agli sgoccioli.

Raccolsero l'eredità dei pontefici, ma senza piú pretese di segretezza, le grandi famiglie nobiliari (ripeto: sia patrizie che plebee), alle quali non mancavano membri in grado di armonizzare l'attività politica con lo studio del diritto, né mancavano, in certi casi, membri concentrati essenzialmente nello studio del *ius* e in grado di dare utili consigli ai loro familiari dediti all'attività politica, nonché ai numerosi liberti, coloni e ' clienti ' (in senso lato) che facevano capo alla protezione della fami-

glia. E siccome lo studio del diritto non era certamente tale da poter essere praticato da persone non abbienti, al monopolio pontificale originario subentrò una sorta di oligopolio nobiliare del diritto. Oligopolio che non poteva peraltro pretendere di mantenersi su interpretazioni di carattere autoritario e basta, ma aveva bisogno di 'motivare', in breve ma convincentemente, agli occhi del pubblico le sue conclusioni interpretative.

L'economia del discorso condotto in queste pagine non comporta l'indicazione nominativa dei giureconsulti di cui abbiamo notizia e di cui, in casi per vero piuttosto limitati, abbiamo altresí l'indicazione delle opinioni particolarmente notevoli che sostennero. Tuttavia, oltre i nomi già fatti di Cneo Flavio e del pontefice Tiberio Coruncanio, personaggi entrambi del IV-III secolo, è opportuno ricordare quello di Sesto Elio Peto, detto *Catus* (l'accorto), il quale fu console nel 198 e con quei suoi *Tripertita*, di cui già ho parlato a proposito delle *XII Tabulae*, non solo portò a compimento e vorrei quasi dire a perfezione l'opera iniziata dagli altri due, ma gettò le basi di una conoscenza approfondita, da parte dei giuristi del II e del I secolo avanti Cristo, del *ius civile vetus* visto attraverso la griglia delle *XII Tabulae* e del processo *per legis actiones* dalle stesse e da alcune leggi successive (la *Silia* e la *Calpurnia de condictione* del 204 a.C.) cosí attentamente regolato. È buona ipotesi che un'altra raccolta a lui attribuita, il cosí detto '*ius Aelianum*', altro non sia che un estratto della parte dedicata nei *Tripertita* alle azioni: un estratto che sostituí, nell'uso pratico, l'invecchiato e piú succinto *ius Flavianum*.

Sarebbe ingenuo sostenere che la giurisprudenza nobiliare della *libera respublica* non abbia curato con predilezione gli interessi della *nobilitas* o, piú in generale, dei ceti abbienti, cavalieri compresi. Il riguardo che essa mostra per la proprietà, specie immobiliare, è visi-

bilmente sentito, cosí come visibilmente sentito, tanto per dirne un'altra soltanto, è lo sfavore nei confronti dei debitori insolventi. Ma sarebbe da sciocchi (e proprio da sciocchi si sono comportati, a mio avviso, gli studiosi che talora lo hanno fatto) asserire che essa abbia addirittura posto la sua scienza al servizio degli interessi di classe. A parte che ciò era reso possibile solo entro certi limiti dal fatto che l'attività dei giureconsulti si svolgeva sotto gli occhi del pubblico, tutto quello che direttamente o indirettamente sappiamo dell'opera svolta dalla giurisprudenza preclassica non depone per nulla in questo senso.

Certo i giuristi preclassici non furono affatto ' progressisti ' nel senso grottesco, che peraltro oggi in certi ambienti è alla moda, di inventori gratuiti di nuove e originali soluzioni, magari anche astrattamente apprezzabili, ma prive di saldo ancoraggio al diritto oggettivo. La loro massima cura fu quella di rispettare il diritto ricevuto dai loro maggiori, di renderlo sempre piú chiaro e quindi piú certo, addirittura di creare il mito della immodificabilità dei principî del *ius civile*, anche per sottrarlo a troppo facili e demagogiche variazioni in sede legislativa. Ma, subordinatamente a questa preoccupazione di fondo, essi svolsero un'opera sottile e altamente apprezzabile per estrarre dal *ius civile vetus* tutte le interpretazioni che potessero andare incontro alle esigenze dei nuovi tempi, per sollecitare interventi innovativi adeguati e ragionevoli della legislazione e iniziative addirittura audâci in sede di processo dei magistrati giusdicenti, per spingere accortamente i privati stessi ad una gamma vastissima di accomodamenti negoziali.

Furono maestri, i giuristi preclassici, tanto nel ' *respondère* ', cioè nel dare risposta ai dubbi loro sottoposti, quando nel ' *cavère* ', cioè nell'ideare schemi negoziali atti a tradurre in termini di diritto fattispecie nuove e complesse, quanto infine nell' ' *àgere* ' cioè nell'impostare con

cura raffinata formule e comportamenti processuali dei loro clienti. E svolsero quest'opera, per quel che ci è dato di sapere con certezza (e non di immaginarci sull'onda di puerili preconcetti e di 'raptus' impressionistici), senza ricorrere a peculiari raffinatezze di stile ed a personalismi non necessari di costruzioni. Curando al massimo, invece, di inserirsi nella tradizione ricevuta, di migliorarla o variarla solo nei limiti dell'indispensabile, di essere insomma soltanto giuristi, e non scopritori ad ogni costo di nuovi e improbabili mondi.

NOTE AL CAPITOLO VII

49. In generale, sulla *respublica* nazionale romana e sul *ius civile vetus*: Guarino, *SDR.* n. 84-91, 127-131. Ivi, n. 73, l'opportuna e preventiva replica a quanti siano tentati di credere, scorrento frettolosamente le mie pagine, che il richiamo al concetto di 'nazione' abbia alcunché a che vedere con gli aspetti deteriori del nazionalismo, dello sciovinismo e che so io: equivoco spiacevole, ma che, considerate altre grossolane interpretazioni cui ha dato luogo la presa d'atto superficiale del mio pensiero, per verità non mi sorprenderebbe affatto. Cfr. anche *La rivoluzione* (nt. 14) 135 ss., spec. 238 ss. — L'espressione corrente '*senatus populusque Romanus*', cui si ricorreva per designare in concreto l'organizzazione statale romana, è stata sottoposta a tante analisi, che non è possibile, né utile elencarle qui tutte (v., da ultimo: W. Porzig, '*Senatus populusque Romanus*', in *Gymn.* 63 [1956] 318 ss., riprodotto in AA. VV., *Das Staatsdenken der Römer* [1980] 104 ss.). A me qui interessa porre in evidenza come essa esprima in modo perspicuo la situazione originaria della *respublica* romana: situazione che non era (e lo abbiamo visto anche *retro* n. 48) di preponderanza del *populus Romanus Quiritium*, ma di preponderanza del *senatus* (o, più precisamente, dei *patres*), cui spettava, di fronte al voto dei comizi centuriati, l'ultima parola, costituita appunto dall'*auctoritas patrum* successiva. Non è un caso che solo nel sec. II a.C., cioè solo dopo le leggi *Publilia Philonis* e *Maenia de patrum auctoritate*, si in-

contri l'espressione inversa '*populus senatusque Romanus*' (cfr. *CIL.* 1^2.614 = *ILS.* 15). Che poi l'espressione originaria si sia mantenuta prevalente, non è dipeso solo da un fatto comprensibile di tradizionalismo, ma è derivato altresí dalla preminenza politica assunta progressivamente, per altre vie, dal *senatus* e dai suoi *consulta* nel seno della repubblica dei secoli II e I a.C. — Il testo di Cic. *de rep.* 1.25.39, purtroppo tronco, esprime un pensiero messo in bocca a Scipione Emiliano, detto anche l'Africano minore, che a questo punto assume la direzione dell'incontro tra i personaggi dell'opera: *Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione congregatus. eius autem prima causa coëundi est non tam imbecillitas, quam naturalis quaedam hominum quasi congregatio; non est enim nec solivagum genus hoc, sed ita generatum, ut ne in omnium quidem rerum affluent(ia)*. Cfr. anche *de rep.* 6.13.13, nel cosí detto '*somnium Scipionis*', là dove l'Africano maggiore dice in sogno al minore che ai difensori dello stato è assicurato in cielo un posto di eterna beatitudine ed aggiunge: *nihil est enim illi principi deo, qui omnem mundum regit, quod quidem in terris fiat, acceptius quam consilia coetusque hominum iure sociati, quae civitates appellantur* (*rell.*). Mi astengo qui volutamente da ogni discussione sul significato del *iuris consensus* e della *utilitatis communio* (da molti tradotti in modo diverso dal mio), rinviando alle informatissime pagine di F. Cancelli, '*Iuris consensus*' *nella definizione ciceroniana di* '*res publica*', in *St. Donatuti* 1 (1973) 210 ss. e della già citata (nt. 7) Aricò Anselmo, 613 ss., spec. 628 ss.: due autori, di cui mi spiace di non saper condividere le (tra loro contrastanti) interpretazioni. Noto solo che Cicerone, parlando qui e altrove di un '*iuris*' *consensus* e di un '*iure*' *sociari* del popolo, indubbiamente anticipa (e gliene va dato atto) quella identificazione dell'ordinamento giuridico con tutto l'ordinamento statale, che vedremo essersi resa chiara ai giuristi solo in età classica avanzata (*infra* n. 93). — La massima di F. de Larochefoucauld è la n. 502 delle *Réflexions morales* (1678).

50. Come ho già detto *retro* nt. 26, la genuinità sostanziale del *liber singularis enchiridii* di Pomp. D. 1.2.2 non è dubbia, ma ciò non toglie che ci troviamo di fronte ad un testo formalmente, sopra tutto per via di glossemi e di glossemi ai glossemi, spesso molto pasticciato, che certe volte fa cadere le braccia:

cosa particolarmente evidente nella sezione prima (dagli interpreti intitolata '*de origine atque processu iuris*': pr.-12) e nella sezione seconda ('*de nominibus et origine magistratuum*': 13-34), meno invece nella terza ('*de successione auctorum*': 35-53). Per quanto riguarda la prima sezione, già conosciamo il tratto pr.-4 (v. *retro* n. 25, 26, 42, 44). Per intendere il discorso relativo al *ius civile vetus* sarà ora necessario dare uno sguardo, una volta per tutte, all'intero *processus iuris* (sino al principato compreso), così come risulta disegnato nei §§ 5-11 e riepilogato nel § 12. Dice dunque (in pessimo latino) il testo: 5: *His legibus* (sc.: *XII Tabularum*) *latis, coepit, ut naturaliter evenire solet,* [*ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem,*] *necessariam esse disputationem fori* (*et prudentium auctoritatem desiderari*). *haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur,* [*datis propriis nominibus ceteris partibus,*] *sed communi nomine appellatur ius civile.* 6: *Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet instituerent, certas sollemnesque* (*prudentes*) *esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones. et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: leges duodecim tabularum, ex his fluere coepit ius civile, ex isdem* (*prudentibus*) *legis actiones compositae sunt. omnium tamen harum* (*legum XII tabularum*) *et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est.* 7: *Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones Cnaeus Flavius scriba eius libertini filius subreptum librum populo tradidit. hic liber, qui actiones continet, appellatur ius civile Flavianum* [, *sicut ille ius civile Papirianum: nam nec Cnaeus 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.* 8: *Deinde, cum essent in civitate lex duodecim tabularum et ius civile, essent et legis actiones, evenit, ut plebs in discordiam cum patribus perveniret et secederet sibique iura constitueret, quae iura plebi scita vocantur. mox cum revocata est plebs, quia multae discordiae nascebantur de his plebis scitis, pro legibus placuit ea observari lege Hortensia: et ita factum est, ut inter plebis scita et legem speciem constituendi iuris interesset, potestas*

autem eadeam esset. 9: *Deinde, quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam rei publicae ad senatum duxit... idque ius appellabatur senatus consultum.* 10: *Eodem tempore et magistratus iura rederunt et ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset, seque praemunirent, edicta proponebant. quae edicta praetorum ius honorarium constituerunt (rell.).* 11: *Novissime... constituto principe datum est ei ius, ut quod constituisset, ratum esset.* 12: *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratuum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est, ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur.* Questo lungo passaggio elenca le fonti del *ius Romanorum* nel secondo secolo d.C. in modo alquanto diverso da quello adottato da Gai 1.2 (n. 19): non mancano gli *edicta* dei magistrati giusdicenti, i *senatusconsulta* normativi e le *constitutiones principum* (istituti sui quali ci fermeremo più oltre), ma per il resto si nota che le *leges*, i *plebiscita* ad esse equiparati, i *responsa prudentium* sono, in rilevante misura, soverchiati dall'indicazione delle *XII Tabulae*, delle *legis actiones* e dell'*interpretatio prudentium* più antica, denominata quest'ultima '*proprium ius civile*'. È chiaro, dunque, che per questa parte il testo pomponiano è stato ricalcato, direttamente o indirettamente (attraverso Varrone, sostengono alcuni studiosi) sui *Tripertita* di Sesto Elio Peto, quali lo stesso Pomponio li descrive più oltre (v. *infra* nt. 56). A Sesto Elio, console nel 198 a.C., non sfuggiva che, al di fuori delle XII Tavole, vi erano anche varie altre *leges publicae*, che a queste la *lex Hortensia* del 287 aveva equiparato i *plebiscita* e che i *plebiscita* erano diventati la fonte più copiosa di integrazione del *ius* relativo ai rapporti privati, ma è pensabile che di questi provvedimenti egli abbia parlato solo a titolo integrativo del suo discorso centrato sul codice decemvirale, sull'*interpretatio* e sulle *legis actiones*: di qui, a mio avviso, l'andamento a dir poco contorto del riepilogo operato da Pomponio nel § 12: nel quale, a tacer d'altro, si legge che in Roma '*iure, id est lege, constituitur*' (equiparandosi con ciò il *ius* soltanto alla legge e non anche ai plebisciti) per il fatto che con '*lege*' si intende probabilmente il solo codice decemvirale assurto ormai ad espressione dello stesso

ius civile Romanorum. Sul tema mi limito a rinviare alle attente pagine di M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*[2] (1982) 224, di cui peraltro non ritengo giustificabile l'ipotesi, influenzata da una correzione dello Scialoja, che '*aut iure-constituitur*' sia stato sostituito ad un genuino '*aut est ius legitimum, (id est) quod lege constituitur*'.

51. L'atteggiamento di chiusura della *respublica Romanorum*, e quindi del suo ordinamento, verso gli stranieri, fatta eccezione per i cosí detti *Latini prisci*, è cosa talmente nota, anche per il culmine toccato con la 'guerra sociale' del 90-88 a.C., che non è davvero il caso di sottolinearlo e di corredarlo con rinvii bibliografici. V. comunque: Guarino, *SDR.* n. 81, 86, 121. — Sui *libertini* e sulla loro derivazione dalla *servitus*, v. per tutti: Guarino, *DPR.* n. 24.2, 60.1, 60.4-6, con bibliografia (si noti che Gneo Flavio, di cui parla Pomp. D. 1.2.2.7 [*retro* nt. 50], in tanto poté divenire magistrato in quanto non libertino, ma *libertini filius*). — Le ragioni per cui qualunque *pater familias* romano potesse, ricorrendo ad uno dei tre modi antichissimi di affrancazione (*manumissio testamento, vindicta, censu*), rendere qualsivoglia suo schiavo, anche se lontanissimo dalla nazionalità romana, non solo libero, ma ad un tempo anche *civis Romanus*, sono molto discusse. Una cosa sola è certa: che esse si riconnettono a tempi lontani, nei quali gli schiavi dei Romani provenivano da una *koiné* culturale assai affine (particolarmente dal mondo latino), sicché non costituiva grosso scandalo vederli divenire romani per *manumissio*. Andando oltre su questa strada, F. De Martino (*Intorno alle origini della schiavitú in Roma*, ora in *Dir. e soc. nell'antica Roma* [1979] 163 ss.) ha sostenuto addirittura che la *servitus* abbia avuto origine nel seno stesso della comunità romana piú antica, quando i debitori insolventi erano *addicti* dal magistrato giusdicente al creditore insoddisfatto, il quale poteva anche tenerli in ceppi e, al limite, ucciderli. A mio avviso, peraltro (cfr. Guarino, '*Addicti*' *e* '*servi*' [1979], ora in *Iusculum iuris* [1985] 148 ss.), la condizione dell'*addictus* non era quella del *servus* di un *dominus ex iure Quiritium*, perché essa si profilò ai tempi in cui vigeva ancora il *ius Quiritium* e, in base ad esso, il *mancipium* indifferenziato del *pater* sui membri della sua *familia*: *mancipium*, di cui rimasero ancora le tracce, in età storica, negli istituti delle *mulieres in manu* e dei *liberi in causa mancipii*. È proprio alla condizione di *mancipium* che debbono essere riferiti, secondo me, i primi (e pochi) prigionieri fatti dai Quiriti tra i loro *hostes*

del Lazio e del centro-Italia: quando questi prigionieri non venivano riscattati dal nemico mediante il cambio con prigionieri quiriti da loro fatti o mediante prestazioni di altro tipo, essi erano convenientemente utilizzati come forze di lavoro sinché non venivano (almeno di solito) affrancati e, decidendo di restare in città, non divenivano cittadini anch'essi. Il tradizionale istituto della *manumissio*, disciplinato probabilmente anche dalle *XII Tabulae*, non fu poi piú abbandonato, malgrado l'enorme crescita del numero degli schiavi e la sottoposizione di questi (a differenza delle *mulieres in manu* e dei *liberi in mancipio*) a quel potere particolarmente caratterizzato che si sarebbe detto (forse non prima del sec. I a.C.) del *dominium ex iure Quiritium*.

52. La conferma piú convincente della limitazione del *ius civile vetus* ai rapporti latamente privatistici, in prosecuzione di quello che fu il vero ed esclusivo contenuto delle *XII Tabulae* (v. *retro* nt. 48), è data, a mio avviso, dall'analisi minuziosa che al '*ius*-Begriff', sino alle soglie del cosí detto *ius gentium* (v. *infra* n. 66-70), dedica M. Kaser, *Das altrömische 'ius'* (1949): conferma tanto piú preziosa, in quanto non voluta, cioè in quanto imposta all'autore dall'evidenza delle fonti a noi pervenute. Malgrado qualche fine tentativo di reperire nel *ius* delle origini le tracce iniziali di una sorta di giurisdizione criminale (cfr. p. 42 ss., 53 ss.), il libro è tutto fatto, nelle sue piú che trecento pagine, di *ius privatum* (con relative, e da me affatto negate, 'aderenze' pubblicistiche e sacrali).

53. Una delle moltissime prove che si potrebbero addurre a sostegno dell'eternità dei principî del *ius civile* è data dall'istituto della *manumissio iusta ac legitima*, di cui si è discusso *retro* nt. 51. Non ostante l'assurdità dei loro effetti (consistenti nella acquisizione della cittadinanza romana da parte di schiavi affrancati provenienti da nazioni anche molto lontane da quella romana), le tre forme di *manumissio* non furono abolite: si cercò solo di contenerle e di renderle meno pregiudizievoli, sia con l'introduzione del tributo della *vicesima manumissionis* sul valore di mercato dello schiavo affrancato (*lex Manlia* del 357 a.C., su cui, da ultimo: A. Guarino, *'Lex Manlia de vicesima'* [1981], in *Iusculum iuris* [nt. 51] 94 ss.), sia con le molte limitazioni di carattere anche pubblicistico imposte alla categoria dei *liberti*, sia (almeno credo) col controllo particolarmente oculato che sui *liberti* esercitavano in sede di censimento i censori. Ulteriori li-

mitazioni provennero, per iniziativa di Augusto, con la *lex Fufia Caninia* del 2 a.C. e con la *lex Aelia Sentia* del 4 d.C.

54. In ordine al personalismo dell'antico *ius civile*, con copia e acutezza di argomenti molto superiori a ciò che ho saputo rifetire riassuntivamente nel testo: M. Lauria, *'Ius civile - ius honorarium'* (1943), in *Studii e ricordi* (1983) 382 ss. — Sul formalismo degli atti giuridici privati, con particolare riguardo a quelli del *ius civile vetus*: R. (von) Jhering, *Geist des römischen Rechts*[5] 2.2 (1898) 470 ss., con trattazione vastissima e di insuperata finezza; Mitteis, *Privatrecht* (nt. 45) 255 ss.; Kaser, *Altröm. 'ius'* (nt. 52) 301 ss.

55. Sugli aspetti e i problemi del formalismo, particolarmente nei suoi rapporti con la sacralità, si aggiungano agli autori citati *retro* nt. 54 i seguenti: G. Grosso, *Problemi generali* (nt. 1) 134 ss.; A. Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung* 1 (1927), 2 (1941) *passim*; P. Noailles, *Du droit sacré au droit civil* (1949) *passim*. — Non è forse nemmeno il caso di aggiungere, tanto il fatto è noto, che al di fuori del *ius privatum* e particolarmente nella sfera dell'ordinamento costituzionale, il *sacrum* condizionò fortemente, e sotto certi aspetti decisivamente, l'attività dei magistrati, dei capi di esercito, dei *comitia*, del senato, di tutto. Fu essenzialmente per entrare a far parte dei sommi collegi religiosi, a loro volta così influenti sulla vita pubblica, che la plebe combatté, dopo il compromesso licinio-sestio del 367 e per tutto il resto del sec. IV a.C., la battaglia conclusasi con quella che la tradizione (e, sulla sua scia, la dottrina corrente) chiama la *lex Ogulnia de sacerdotiis* del 300. In realtà, la *lex Ogulnia* fu un *plebiscitum* (anteriore alla *lex Hortensia* del 287) che assai difficilmente, pur se convertito in *lex centuriata*, può aver avuto la forza di modificare la struttura dei sommi collegi sacerdotali per immettervi una percentuale di plebei: molto più credibile è che il collegio degli auguri e quello dei pontefici, cedendo alla fortissima pressione politica esercitata dal plebiscito Ogulnio, abbiano deciso autonomamente, sul piano formale, di accrescersi nel numero ed eventualmente anche di cooptare i personaggi indicati dal plebiscito o comunque dai tribuni. Sul punto: Guarino, *Novissima* (nt. 48) 142 s. e nt. 115 e 116.

56. Sulla giurisprudenza pontificale, per tutti: Wieacker,

RRG. (nt. 44) 310 ss., con bibliografia. Sulla giurisprudenza repubblicana laica piú antica, per tutti (con bibl.): R. A. Bauman, *Lawyers in Roman Republican Politics. A study of the Roman jurists in their political setting, 316-82 BC* (1983) *passim.* — Il *ius Flavianum* (su cui: F. Casavola, in *NNDI.* 9 [1965] 376 s.) non fu causa determinante, ma sintomo della decadenza del monopolio pontificale della giurisprudenza. Dopo un secolo e piú di *interpretatio* esercitata dai pontefici nelle loro riunioni a porte chiuse (*in penetralibus*) i formulari delle *legis actiones* ed i modi del loro adattamento ad ogni evenienza compatibile col testo delle *XII Tabulae* dovevano essere sfociati in testi tanto stabilizzati e tanto noti al pubblico, che ben raramente vi era piú necessità di ricorrere, da parte di quest'ultimo, al *pontifex* designato a *praeesse privatis*, di cui parla Pomp. D. 1.2.2.6 (v. *retro* nt. 50). Quanto all'aneddoto narrato da Pomponio nel successivo § 7, esso riflette, a pensarci bene, una situazione piú verosimile di quanto solitamente non si sia disposti ad ammettere. Posto che la stesura del formulario delle *legis actiones* l'abbia fatta il pontefice Appio Claudio, il problema che si poneva era quello della sua pubblicazione: pubblicazione alla quale l'intraprendente Appio avrebbe potuto provvedere, trattandosi di 'atti' del collegio pontificale, solo dietro consenso dei suoi colleghi, quanto meno nella loro maggioranza. Non avendo Appio ottenuto o voluto chiedere tale consenso (i tempi non erano infatti ancor quelli della fine del secondo secolo, quando Publio Mucio avrebbe resi di pubblica ragione gli *Annales Maximi*), ecco che egli ricorse, d'accordo con l'amico Cneo Flavio, all'artificio della 'sottrazione' (non proprio furtiva) e della pubblicazione del manoscritto da parte di costui: *...cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Cnaeus Flavius... subreptum librum populo tradidit* (*rell.*). — Secondo il *liber singularis enchiridii* di Pomponio, il passaggio dalla giurisprudenza pontificale a quella laico-nobiliare non si verificò da un momento all'altro e non implicò l'estinzione totale della prima, ma solo la preferenza sempre piú accentuata della seconda da parte del pubblico. Dopo il colpo inferto al monopolio dei pontefici da Appio Claudio e dal *ius Flavianum*, il passo piú notevole fu compiuto, verso la metà del secolo secondo a.C., dal plebeo Tiberio Coruncanio (console nel 280), il quale pervenne alla dignità di pontefice massimo e, malgrado ciò (o proprio perciò), attuò l'innovazione di '*publice profiteri*', cioè di non rimettere la discussione dei casi a lui sottoposti alla 'camera di consiglio' dei suoi colleghi, ma di effettuare

questa operazione personalmente e in pubblico (davanti agli interessati ed agli eventuali *auditores*, probabilmente nel foro o a casa sua): cfr. Pomp. D. 1.2.2.35 e 38. L'iniziativa ebbe tanto successo, che un personaggio fiorito un secolo dopo Tiberio Coruncanio, P. Cornelio Scipione Nasica *Corculum* (detto 'cuoricino', si pensa, per la sua propensione a comprendere le difficoltà dei suoi concittadini), che fu console nel 162 e nel 155 e pervenne anch'egli al livello di *pontifex maximus*, ottenne addirittura una casa sulla via Sacra (la via che congiungeva il Foro con la Velia e dava accesso al Palatino) per potervi esercitare attività pubblica e personale di giureconsulto: *...Gaius Scipio Nasica, qui optimus a senatu appellatus est, cui etiam publice domus in sacra via data est, quo facilius consuli posset (rell.)* (cfr. Pomp. D. 1.2.2.37). — Il *ius Aelianum* ha tutta l'aria di essere stato una edizione a parte, fatta a scopi di divulgazione pratica, della esposizione dedicata da Sesto Elio, nei suoi *Tripertita*, alle *legis actiones* (cfr. Pomp. D. 1.2.2.38: *...Sextum Aelium etiam Ennius laudavit et extat illius liber qui inscribitur 'tripertita', qui liber veluti cunabula iuris continet: tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio rell.*): Guarino, *SDR.* n. 152; più in generale: F. D'Ippolito, *Sesto Elio e i 'Tripertita'*, in *I giuristi e la città* (1978) 51 ss. Quel che importa maggiormente rilevare è che il *liber de actionibus*, essendo estratto dai *Tripertita* e riferendosi allo stadio raggiunto dall'*interpretatio prudentium* agli inizi del sec. II a.C., molto probabilmente si occupava anche della importantissima e innovativa *legis actio per condictionem* (introdotta dalle *leges Silia* e *Calpurnia* del 204 circa a.C.), nonché forse (è solo un'ipotesi) il *'lege agere per sponsionem'* a tutela della proprietà. Ben dice, dunque, Pomp. D. 1.2.2.7: *...augescente civitate, quia deerant quaedam genera agendi, ...Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur ius Aelianum.* Si noti inoltre, con riferimento a quanto sostenuto *retro* n. 48 e nt., che, nel racconto di Pomponio, i *Tripertita* hanno tutta l'aria di riferirsi ad un testo decemvirale sfociante, attraverso la relativa *interpretatio*, esclusivamente in *legis actiones*, esente perciò da norme di contenuto pubblicistico.

VIII. IL ' IUS LEGITIMUM NOVUM '.

57. Il senso del ' ius legitimum novum '.

L'espressione *' ius legitimum novum '*, come già si è avvertito (n. 25), è una espressione di comodo, ignota alle fonti romane nella sua specificazione di *novum*, con la quale si intende qui designare, in antitesi a quello che è stato denominato *ius legitimum ' vetus '* (n. 45), il diritto posto in essere dalle *leges publicae populi Romani* e da alcuni provvedimenti ad esse equiparati, cioè il diritto prodotto dagli organi di governo della *respublica Romanorum*. L'uso prevalente delle fonti romane è, per verità, di designare questa branca del diritto come *ius publicum*. Ma *' ius publicum '* è un'espressione polivalente e talora piuttosto ambigua, che assume anche significati diversi: è bene conoscerla, ma è meglio lasciarla quanto piú possibile da parte o accompagnarla con opportune precisazioni, le quali finiscono poi per riportarci al concetto espresso dalla terminologia di *ius legitimum novum*.

A prescindere dai significati piú o meno incerti, le fonti tecniche e atecniche di cui disponiamo parlano di *' ius publicum '* (non tutte, si badi, con riferimento agli stessi tempi della storia giuridica romana), quanto meno in tre sensi: nel senso, già indicato dianzi (n. 22), di *' ius, quod ad statum rei Romanae spectat '*, nel senso di *' ius legibus publicis constitutum '* e nel senso di *' ius quod privatorum pactis* (o meglio ancora, *privatorum voluntate*) *mutari non potest '*. Ognuno di questi significati ha ovviamente un suo corrispondente dialettico, che le fonti di cui sopra non smentiscono, anzi talvolta enunciano per

esplicito. Al *ius* avente ad oggetto lo *status rei Romanae* si contrappone, come sappiamo e come vedremo meglio a suo tempo (n. 92), il *ius privatum* (che è quanto dire il diritto relativo agli affari tipicamente privati, cui lo stato non è, in quanto tale, direttamente interessato); al *ius legibus publicis constitutum* (cioè al cosí detto ' diritto legislativo ' a radice popolare) si contrappone il *ius moribus constitutum* (che è quanto dire il ' diritto consuetudinario '); al *ius quod privatorum voluntate mutari non potest* (cioè al cosí detto ' diritto cogente ') si contrappone il *ius quod privatorum voluntate mutari potest* (che è quanto dire il ' diritto dispositivo ', valevole se ed in quanto il privato non decida esplicitamente di comportarsi in modo diverso).

Una chiara e persuasiva connessione fra i tre significati di *' ius publicum '* ora indicati è difficile, per non dire impossibile, stabilirla. Il *ius publicum* nel primo significato può essere anche *moribus constitutum* ed è in qualche caso (lo vedremo occupandosi della procedura formulare) anche derogabile dai privati; il *ius publicum* nel secondo significato può riguardare anche gli affari privati ed aver carattere meramente dispositivo (come vedremo occupandoci delle *leges imperfectae*); il *ius publicum* nel terzo significato può essere anche *privatum* (relativo ai rapporti privati) e, sia pur raramente, anche *moribus constitutum*.

Ciò posto, è evidente che l'uso della stessa locuzione per tre significazioni tanto disarticolate l'una dall'altra, oltre che tanto l'una dall'altra diverse, deve essere derivato in gran parte da impulsi indipendenti, sia pur tutti accomunati dal fascino del richiamo al concetto di *populus*, o nel senso solenne di *populus Romanus Quiritium*, o nel senso piú andante di comunità, di generalità, di pubblico come sostantivo. *Publicus*, infatti, viene da *' populicus '* (meno convincente è la derivazione, sostenuta da qualcu-

no, da ' *pubes* ') ed ha nei vocabolari applicazioni numerose e variatissime che esprimono tutte, in qualche modo, le esigenze superiori della comunità politica o la conoscenza aperta a tutti i membri della stessa e che giungono sino ai valori dell'attività (per esempio, un responso giurisprudenziale) compiuta da un privato davanti a chiunque voglia assistervi, ' *coram populo* ', oppure dell'attività che può essere svolta da chiunque, da un ' *quivis de populo* '. Ed è anche da porre in rilievo che la parola, con i suoi derivati, è di quelle che non sono state usate esclusivamente o prevalentemente dai giuristi. Essa è stata impiegata con estrema larghezza nel linguaggio politico, in quello retorico, in quello filosofico e, credo di non sbagliare, anche in quello degli uomini della strada, o in altri termini, per usare anche noi la parola, del pubblico grosso. Una influenza del linguaggio corrente su quello dei giuristi nella grande varietà degli usi di ' *publicus* ' non è insomma, come del resto in altri campi, affatto da escludere.

Certo è però anche che, se il primo e il terzo tra i significati di *ius publicum* si fossero già diffusi e consolidati nel linguaggio giuridico, difficilmente avrebbe potuto prendere consistenza il secondo significato, quello di *ius legibus publicis constitutum*. Quanto al rapporto diacronico tra il primo e il terzo significato, è probabile, se pur tutt'altro che certo, che il terzo (quello di diritto cogente) non avrebbe preso piede (con quella sua riferibilità anche a norme di diritto privato), ove si fosse già saldamente affermato il significato che abbiamo indicato come primo. In linea di cautissima ipotesi, si può dunque pensare che il significato di *ius publicum* come *ius legibus publicis constitutum* sia emerso, o si sia almeno rinsaldato, prima del significato di *ius publicum* come diritto inderogabile dai privati e che questo significato abbia a sua

volta preceduto quello di *ius publicum* come *ius, quod ad statum rei Romanae spectat.*

Se vogliamo passare a localizzare questa progressione ipotetica nel concreto dei secoli e della realtà romana, il discorso è però assai meno semplice. Vi sono studiosi, come Giuseppe Grosso e Carlo Gioffredi, che, senza troppo curarsi di distinguere tra fonti tecniche e fonti atecniche, assegnano un po' alla rinfusa tutti e tre i sensi di *ius publicum* al periodo preclassico, cui appartengono fonti, prevalentemente in senso atecnico, che ne danno testimonianza. È la 'communis opinio', del resto. Vi sono invece autori, come Silvio Romano e Gabrio Lombardi, che, mentre concordano nell'assegnare il secondo significato al periodo preclassico, giudicano il primo significato talmente inconciliabile con gli altri, oltre che intrinsecamente criticabile, da attribuirlo addirittura all'età postclassica e da ritenerlo pertanto interpolato nelle fonti di conoscenza in senso tecnico.

Come si vedrà al momento opportuno (n. 92), io non accedo alla tesi che il concetto di *ius publicum* come diritto relativo alla struttura e al funzionamento dello stato sia attribuibile all'età postclassica: tendo piuttosto a credere che esso, pur contando qualche precedente nelle fonti atecniche del periodo preclassico, si sia consolidato nel periodo classico avanzato, tra il secondo e il terzo secolo dopo Cristo. Indeterminabile, ma certo di parecchio anteriore, è, a mio avviso, l'epoca di diffusione del concetto di *ius publicum* come diritto cogente (cogente perché espressione di esigenze superiori della comunità politica). Quanto al concetto che qui ci interessa, quello di *ius publicum* nel senso di *ius legitimum novum*, esso esprime in modo evidente valori tipicamente 'repubblicani', quali si affermarono in Roma dopo il compromesso patrizio-plebeo del 367 antecristo e sussistettero, pur se con sempre maggior fatica, nella fase 'augustea' del principato, cioè

nella fase influenzata dalla personalità e dal ricordo di Augusto e chiusa al piú tardi dall'avvento al potere, nel 118 d.C., di Adriano.

Detto ciò in linea generale, occorre precisare il discorso, mettendo via via in luce: primo, la gamma e l'epoca di fioritura di quei provvedimenti di governo che ebbero per loro archetipo le *leges publicae*; secondo, il processo in forza del quale le *leges publicae* furono considerate produttive di *ius*; terzo, i limiti e i modi della legiferazione giuridica in Roma; quarto, le materie di cui le *leges publicae* e i provvedimenti ad esse equiparati principalmente si occuparono.

58. LE 'LEGES PUBLICAE' E I LORO SURROGATI.

La storia delle *leges publicae populi Romani* ebbe inizio solo quando il *populus Romanus Quiritium*, composto da patrizî e plebei, ottenne il riconoscimento di assemblea deliberante, di *comitia centuriata*, nel quadro della *respublica Romanorum*: il che, come ho piú volte detto, non avvenne prima del compromesso cui la tradizione canonica assegna la veste inattendibile di *leges Liciniae Sextiae* e la data (questa sí) approssimativamente attendibile del 367 avanti Cristo (vent'anni dopo il fatale *dies Alliensis*). Dato e non concesso (almeno da parte mia, beninteso) che vi siano state in età arcaica provvedimenti deliberati dal voto dalle *curiae*, certo è comunque che, non essendo mai state le curie un'assemblea del *populus*, le cosí dette *leges curiatae* non ebbero il carattere di *leges publicae*, cioè *populicae*: tali furono e poterono essere, agli inizi del quarto secolo, solo i provvedimenti votati, su *rogatio* di un magistrato *cum imperio*, dalle *centuriae* del *populus Romanus Quiritium*, e piú precisamente (sempre che non si trattasse di delibere elettorali o, come la tradizione poco credibilmente aggiunge, di delibere giudi-

ziarie su *provocatio ad populum*) furono e poterono essere solo le cosí dette *leges centuriatae*.

In un primo tempo, finché invalse il principio per cui le *leges centuriatae* erano subordinate alla successiva *auctoritas patrum*, cioè all'approvazione dei membri patrizi del senato, le delibere legislative e quelle elettorali dei *comitia centuriata* ebbero formalmente una importanza limitata. Ma nel campo politico la plebe esercitò pressioni sempre piú efficaci sui *patres* affinché non negassero la loro *auctoritas* alle delibere votate dai comizi, fin tanto che una *lex Publilia Philonis* del 339 (seguita, probabilmente l'anno dopo, da un'analoga *lex Maenia* relativa alle elezioni magistratuali) non riformò l'istituto dell'*auctoritas patrum*, esigendo che questa fosse richiesta prima e non dopo la votazione dei comizi, a titolo di approvazione da parte dei *patres* delle *rogationes* che i magistrati intendessero presentare all'assemblea. Formalmente l'*auctoritas patrum* non venne a perdere molto: la negazione di essa avrebbe impedito l'inoltro di ogni *rogatio* legislativa o elettorale sgradita al patriziato, quindi in definitiva il voto dei *comitia*. Sostanzialmente le cose andarono però molto diversamente, perché i *patres* facevano parte di un *senatus* composto da sempre maggior numero di ex-magistrati di estrazione plebea e perché la loro decisione (anzi la stessa loro riunione, non piú in diverso momento e in separata sede, per deliberare se elargire o non elargire l'*auctoritas*), inevitabilmente veniva ad essere influenzata dal parere dell'intero *senatus* e della maggioranza plebea che nel suo seno si andava anno dopo anno rafforzando. Fu cosí che, sullo scorcio del quarto e nei primi decenni del terzo secolo, l'*auctoritas patrum* si ridusse ad una mera formalità dipendente dall'esito (positivo o negativo) di un ben piú importante *senatus consultum* preventivo richiesto immancabilmente (anche se non per obbligo) dai magistrati sulle loro proposte di legge.

La decadenza dell'*auctoritas patrum* in ordine alle *leges centuriatae* fu facilitata e accelerata dalla contemporanea affermazione dei *plebiscita*: deliberazioni di gran lunga piú facili a prendersi sopra tutto perché votate dalla *plebs* (solitamente nel Foro), in unità di voto corrispondenti alle tribú territoriali (non piú di 35 come numero definitivo) e su *rogatio* di un *tribunus plebis*, il quale procedeva *inauspicato*, era esentato cioè dal prendere preventivamente gli *auspicia*. È probabile, anche se discusso, che la medesima *lex Publilia Philonis* del 339, di cui si è fatto cenno poc'anzi (se non si trattò di una legge separata e ad essa coordinata), nel tempo stesso in cui subordinò le *rogationes* delle *leges centuriatae* all'*auctoritas patrum* dispose che i *plebiscita* fossero, dopo la loro votazione da parte della plebe, sottoposti anch'essi all'*auctoritas patrum* ed al voto dei comizi centuriati, in modo da poter essere eventualmente convertiti in *leges*. Comunque è certo che, circa mezzo secolo dopo la legislazione Publilia, una *lex Hortensia* del 287 a.C., dando piena vittoria ad una istanza politica divenuta nel frattempo non piú arginabile, riconobbe ai *plebiscita* la piena equiparazione alle *leges publicae* senza piú alcun bisogno di complicazioni formalistiche, ivi compresa quella dell'*auctoritas patrum*.

Non è il caso di indugiare su ciò che avvenne dopo l'*exaequatio legibus* dei *plebiscita*, se non per segnalare tre avvenimenti sicuri, anche se dai contorni incerti. Il primo avvenimento fu una riforma dei *comitia centuriata*, forse attuata (*ex lege centuriata de potestate censoria*) dai censori del 241, in forza della quale il numero delle centurie delle varie classi fu in qualche modo rapportato a quello delle 35 tribú, rendendo con ciò piú spedita e facile la convocazione dell'assemblea. Il secondo avvenimento fu la istituzione, nel corso del terzo secolo, di una nuova assemblea popolare (non solo plebea, ma anche pa-

trizia) detta dei *comitia tributa*, che si riuniva appunto per tribú, su convocazione dei *magistratus populi Romani* (non dei *tribuni plebis*) e senza bisogno dell'*auctoritas patrum*, nel Foro. Il terzo avvenimento fu infine, a distanza di oltre un secolo e in un periodo di transizione dal regime repubblicano puro a quello autoritario del principato, il riconoscimento progressivo di forza sostitutiva delle leggi e dei plebisciti ai *senatusconsulta*.

La fioritura delle *leges publicae* (ivi compresi i *plebiscita*) fu particolarmente intensa, peraltro mai abbondante, nei secoli III-I a.C. ed ebbe una effimera ripresa, sollecitata dal motivo propagandistico della *restauratio reipublicae*, nella fase augustea del periodo del principato. Piú a lungo, ma sempre piú attentamente controllata dai *principes*, durò nelle forme la fioritura dei *senatusconsulta* normativi, i quali si tradussero in *orationes principum* (cioè in delibere dei *principes* acclamate servilmente dal senato) solo nel corso della successiva fase adrianea. In realtà, come è del resto ben noto, la volontà diretta del popolo cessò di essere determinante in campo legislativo sin dagli inizî del primo secolo antecristo (e ciò anche a causa dell'assenteismo, della *infrequentia* dei votanti in occasione delle delibere); quanto alla volontà popolare di secondo grado o indiretta manifestata dai senatori, che erano di regola ex-magistrati e perciò eletti dal popolo, essa, nonostante la rilevanza maggiore dei senatoconsulti normativi rispetto a quelli meramente consultivi di una volta, anche nella fase augustea del principato non riuscí mai ad esprimersi in delibere totalmente indipendenti dal gradimento del *princeps*, cui sarebbe stato facile bloccarle esercitando l'*intercessio* sulla base della *tribunicia potestas*.

A completare il quadro della produzione legislativa e paralegislativa romana, va detto ancora che molti regolamenti (generalmente quelli piú minuziosi e articolati) non vennero dettati direttamente dalle *leges rogatae* e

dagli stessi *senatusconsulta* normativi, ma vennero da queste votazioni esplicitamente o implicitamente rimessi, con limitazioni piú o meno grandi, a singoli magistrati o personaggi *extra ordinem*. La gamma degli esempi è molto vasta e va dal caso ristretto delle cosí dette *leges datae*, cioè dalle leggi emanate su delega dei comizi particolarmente dai magistrati provinciali per la migliore organizzazione delle loro *provinciae*, sino ai casi vistosi o vistosissimi della *dictatura legibus scribundis et rei publicae constituendae* attribuita a L. Cornelio Silla da una *lex Valeria* dell'82 a.C., o di quella *lex de imperio Vespasiani* (di cui rimane parziale documentazione epigrafica) che fu approvata prima dal senato e poi dal popolo nel 69 d.C. allo scopo di precisare i poteri vastissimi riconosciuti al nuovo *princeps Romanorum* Vespasiano.

59. Le ' leges publicae ' come fonti di ' ius '.

Dopo averne scorsa la gamma e indicata l'epoca di fioritura, occorre precisare che non tutte le *leges publicae*, con i provvedimenti ad esse equiparati, furono per ciò solo produttive di *ius*. Il *ius legibus publicis constitutum* del periodo preclassico e della prima età classica si formò attraverso un processo di lenta espansione e non giunse ancora a contenere in se stesso ogni e qualsiasi provvedimento legislativo e paralegislativo. La colmatura (se cosí si può dire) si sarebbe verificata (e nemmeno ' in toto ') solo nel periodo classico avanzato.

Gli indizî sia del processo ora detto, sia della sua incompletezza nel tratto di tempo entro il quale fiorí il *ius legitimum novum*, non sono numerosi, ma sono abbastanza concludenti e, quanto meno, neutralizzano la disinvolta affermazione di Cicerone (*part. orat.* 37.130) secondo cui ' *publicum* (*ius est*) *lex senatusconsultum foedus* ' (quest'ultimo incluso nell'elenco per buona mi-

sura). Il piú significativo di tutti è costituito dalle endiadi '*ius lexque*' e '*iustus ac legitimus*' (o viceversa), che qua e là si incontrano non soltanto in autori letterarî (per esempio, in Plaut. *Epid.* 522-3, là dove il vecchio Perifane si duole di essere stato raggirato da Epidico, definendolo '*omnium legum atque iurium fictor*'), ma anche in formule di leggi repubblicane ('*ius lexque esto*', '*eo iure ea lege*' dice, ad esempio, la *lex Cornelia de XX quaestoribus* 1.39 e 2.8), perfino in linguaggi chiaramente 'residuati' dei giuristi classici (quando, ad esempio, parlano di '*manumissio iusta ac legitima*' o di '*iustum ac legitimum matrimonium*', riferendosi al regolamento anche legislativo di questi antichi istituti giuridici), nonché infine (si stupisca pure chi troppo lo venera come fonte di cognizione del diritto romano) nello stesso onniloquente Cicerone (cfr. *de orat.* 1.5.15, *de off.* 3.17. 69) sopra tutto quando (*orat.* 34.120) prorompe in questa veemente domanda retorica: '*quid est enim turpius quam legitimarum et civilium controversiarum patrocinium suscipere, cum sis legum et civilis iuris ignarus?*'. Vero è che l'endiadi è una coppia di parole diverse miranti a rappresentare meglio un concetto unico, ma nei casi ora ricordati il concetto unico non è il *ius* (o il *iustum*, o il *ius civile*), bensí è l'ordinamento statale romano, di cui il *ius* e la *lex* sono due distinte componenti.

Pur essendo cosa diversa dal *ius civile* in senso stretto, le *leges publicae*, cosí come era avvenuto a suo tempo per le *XII Tabulae* e per le altre leggi costitutive del *ius legitimum vetus*, potevano creare nuovi principî di *ius*: i principî appunto del *ius legitimum novum*. Ciò non avveniva peraltro in ogni caso, ma solo nell'ipotesi che esse lo affermassero esplicitamente, per esempio con l'espressione '*ius ratumque esto*', oppure nell'ipotesi che, pur omettendo il '*ius ratumque*', esse intervenissero apertamente ad integrare o modificare, un principio del *ius ci-*

vile: ipotesi, questa seconda, che si desume non solo dai fatti, ma anche, come vedremo tra poco (n. 60), dalla clausola '*si ius non esset*' della *sanctio*. Tutto il resto non aveva nulla a che vedere col *ius*, anzi spesso non era addirittura concepito quale *lex* vera e propria: come, ad esempio, le delibere elettorali e le delibere di *privilegium* (vietate queste ultime, secondo una falsa tradizione su cui ci siamo già fermati [n. 48], addirittura dalle Dodici Tavole).

A mio parere, è verosimile (anche se tutt'altro che dimostrabile come sicuro) che l'inglobamento nel concetto di *ius legitimum novum* anche di altre *leges publicae*, oltre quelle rientranti delle due categorie indicate dianzi, si sia verificato (o meglio, si sia cominciato a verificare) con riguardo alle leggi aventi carattere di '*generale iussum populi*' e aventi riferimento a situazioni dei soggetti privati cui la *respublica* intese concedere una garanzia analoga a quella riconosciuta loro 'ab antiquo' in materia di rapporti tipicamente privatistici. Fu per questa via, ritengo, che già nel periodo preclassico acquistarono veste giuridica il *ius provocationis ad populum* (riconosciuto dalla *lex Valeria Corvi* del 300 e dalle tre *leges Porciae* che le fecero seguito nei primi anni del secondo secolo), il *ius accusationis* concesso ai cittadini dalle leggi istitutive delle *quaestiones perpetuae* in materia criminale, le cosí dette *actiones populares* ed altri istituti in ordine ai quali manca a tutt'oggi uno studio approfondito. Per vie che andrebbero anch'esse piú attentamente studiate, il processo di assimilazione delle *leges* e dei provvedimenti equiparati da parte del concetto di *ius* si sarebbe concluso, come ho detto dianzi, solo nella fase adrianea del periodo classico.

Dal momento che non è certo questa la sede per andare maggiormente a fondo nel complesso argomento, mi limiterò, per concludere, ad illustrare un solo punto di

piú facile accertamento: il punto della limitazione delle leggi del *ius legitimum novum* a quelle sole che avessero natura di comando generale e astratto o, come meglio suol dirsi, natura normativa. Il principio, come si legge in un passo di Gellio (*n. a.* 10.20.2), era autorevolmente sostenuta dal giureconsulto di età augustea C. Ateio Capitone: *Ateius Capito, publici privatique iuris peritissimus, quid 'lex' esset hisce verbis definivit: 'lex', inquit, 'est generale iussum populi aut plebis, rogante magistratu'* (dal che Gellio, *n. a.* 10.20.3-4, rettamente deduceva che per Capitone non erano definibili come leggi i *privilegia*). Se è vero che Ateio Capitone, giurista ingiustamente bistrattato da Tacito e per influsso di questi anche da molti storiografi moderni non sufficientemente cauti, se è vero, dicevo, che Capitone, a differenza del suo illustre rivale Labeone, tendeva ad opinioni conservative ('*in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat*', dice di lui Pomp. D. 1.2.2.47), la dottrina da lui difesa veniva da lontano e doveva corrispondere alla 'communis opinio' dei tempi suoi, sicché è quasi doveroso concludere che per i *privilegia* (come per tanti altri provvedimenti privi di carattere genuinamente normativo: dalle delibere elettorali a quelle *de bello indicendo* e via di questo passo) il problema della qualificazione come espressioni di *ius* era risolto negativamente 'a priori'. Tutto il resto, come ho già detto, è generalmente poco discusso ed è invece molto discutibile.

60. I LIMITI DELLA NORMAZIONE PUBBLICISTICA.

A questo punto si pone una domanda: le *leges publicae* e i provvedimenti equiparati avevano il potere di incidere su qualunque istituto dell'ordinamento statale, ed in particolare sugli istituti del *ius civile*, o vi erano dei limiti piú o meno estesi a questa possibilità?

La risposta che, a tutta prima, vien fatta di dare al quesito è che l'ordinamento romano, sia nel settore agiuridico e sia in quello propriamente giuridico, non era basata su una ' carta fondamentale ' (o ' statuto ' che dir si voglia), la quale lo comprimesse entro confini non superabili da pure e semplici *leges*, ma valicabili solo mediante una esplicita riforma costituzionale. In altri termini, la *respublica* romana non era quel che al giorno d'oggi si dice uno stato ' a costituzione rigida ', era invece uno stato ' a costituzione flessibile ', cioè a costituzione modificabile via via mediante ordinarie *leges publicae* o provvedimenti ad esse assimilati. Vi sia stata o non vi sia stata una ' magna Charta ' di Servio Tullio (quella di cui Livio fa cenno quando parla dei leggendarî *commentaria* di questo re: n. 43), fatto sta che, almeno per ciò che atteneva alla struttura statale, all'organizzazione giudiziaria, alla repressione criminale e ad altre materie extragiuridiche, non si contano, o quasi, le *leges* ordinarie e i provvedimenti equiparati che sono intervenuti con sensibili riforme in materia di *auctoritas patrum*, di modifica dei *comitia centuriata*, di istituzione di nuovi *comitia*, di aumento del numero dei magistrati, di creazione di magistrature eccezionali e cosí seguitando, senza che ciò sia stato seriamente contestato (al di là e al di fuori delle critiche e delle reazioni di carattere politico) sul piano della ortodossia costituzionale. La stessa introduzione del regime di governo del principato e della sua complessa organizzazione innovativa, se pur venne molto contrastata politicamente da certa *nobilitas* senatoria e dagli ambienti conservatori ad essa collegati, fu tutta formalmente innestata su incontestabili e incontestati provvedimenti del tipo delle *leges publicae* e dei *senatusconsulta* normativi.

Tuttavia, ad esaminare piú da vicino le *leges publicae* romane, si ravvisa qualcosa in esse, che induce a chiedersi, sopra tutto con riguardo alla materia giuridica, se è

proprio vero ciò che si è portati a ritenere a prima vista: se è proprio vero cioè che in Roma vigesse, 'mutatis mutandis', un principio analogo a quello che gli Inglesi dei nostri tempi sogliono, come ho già ricordato, proclamare in ordine al loro parlamento, il quale 'può decidere qualunque cosa, salvo cambiare un uomo in donna'. Ciò che induce a riflettere, guardando alle *leges* romane, è che in esse figurava solitamente (non sempre però) un complesso di clausole finali, ben distinto dal testo della *rogatio* votata dall'assemblea e quindi anche dalle norme propriamente sanzionatorie cioè punitive nella *rogatio* eventualmente contenute: complesso di clausole denominato '*sanctio*' (da *sancire*, verbo inteso a puntualizzare che il provvedimento aveva rango di solenne inviolabilità, alla stessa guisa delle cosí dette *res sanctae*, cioè delle porte e delle mura della città). Le clausole della *sanctio*, che venivano apposte dai magistrati alla *lex*, già approvata, in virtú di una prassi influenzata dai pubblici sacerdozi e dallo stesso senato, erano principalmente tre: il *caput 'de impunitate'* (o *caput tralaticium de impunitate*: Cic. *ad Att.* 3.23.2), che dichiarava, ad ogni buon conto, non perseguibile chi, per obbedire alla legge nuova, avesse trasgredito qualche legge o senatoconsulto da essa difforme (una formulazione particolarmente elaborata se ne trova, ad esempio, in chiusa della *lex de imperio Vespasiani*, r. 34 ss.); il *caput 'si quid sacri sancti'*, che dichiarava dovesse aversi come non rogata e approvata (cioè come invalida) qualunque disposizione contrastante con le famose e fondamentali *leges sacratae* votate dalla plebe nel 494 avanti Cristo ('*si quid sacri sancti est, (adversus) quod [non iure] sit rogatum, eius hac lege nihilum rogatum*' si desume dalla combinata lettura di Prob. 3.13, Cic. *pro Balbo* 14.33, Fest. sv. '*sacratae leges*' 423 L.); il *caput 'si quid ius non esset rogarier'*, che dichiarava doversi ritenere come non rogata e approvata qualunque

disposizione contrastante con il *ius civile* (' *si quid ius non esset rogarier, eius hac lege nihilum rogato* ' attesta Cic. *pro Caec.* 33.95).

Il terzo fra i *capita* ora ricordati ci aiuta a schiarirci le idee in ordine al problema specifico dei limiti della derogabilità del *ius civile vetus* da parte del *ius legitimum novum*. Questo problema, si ricorderà, io l'ho già dato per risolto allorché, parlando del *ius civile*, ho indicato tra le sue caratteristiche quella della immodificabilità di esso limitatamente ai suoi principî fondamentali (n. 53). Qui bisogna dire il perché di questa formula, che sta a mezza strada tra la soluzione dell'assoluta intangibilità del *ius civile*, sostenuta vigorosamente da Vincenzo Arangio-Ruiz, e la soluzione esattamente opposta, che è quella corrispondente alla ' communis opinio ' e che è stata ripresa particolarmente dal Pugliese e dal Gioffredi.

La tesi dell'Arangio-Ruiz si basa essenzialmente su due argomenti: in primo luogo, che non risultano esservi state, almeno sino a tutto il secolo II avanti Cristo, leggi che abbiano introdotto autoritariamente modifiche al *ius civile* vigente e che siano andate oltre l'ammonimento, privo di comminatorie di sorta per il caso di trasgressione, a comportarsi invece in modo diverso; in secondo luogo, che la clausola ' *si quid ius non esset rogarier* ' conferma per esplicito la immodificabilità del *ius civile* da parte del legislatore. Al che i difensori della ' communis opinio ' hanno obbiettato che il primo argomento vale solo sul piano dei fatti, non vale invece nulla ' de iure ', e che la clausola ' *si quid ius non esset rogarier* ', proprio perché era formulata espressamente e proprio perché figurava solo in alcune leggi, non in tutte, sta a dimostrare che la inderogabilità del *ius civile* era l'effetto di una autolimitazione che il legislatore talvolta si poneva e talaltra no. Anzi, secondo il Gioffredi, la clausola ' *si quid ius non esset rogarier* ' avrebbe avuto l'ancor piú modesto signi-

ficato di mettere in chiaro che la legge, nella cui *sanctio* essa fosse inserita, non aveva alcuna pretesa di contraddire a precedenti norme legislative ritenute inderogabili.

Fra le opinioni ora esposte io ho, in passato, visibilmente esitato. Le ragioni che mi portano oggi a parlare di una inderogabilità del *ius civile*, ma solo nei limiti dei suoi principî fondamentali, sono in sintesi le seguenti.

Occupiamoci anzi tutto della clausola '*si quid ius non esset rogarier*'. D'accordo nel prendere atto che essa non figurava in tutte le *leges publicae* attinenti a materie di *ius civile* (il che ci è dato peraltro di controllare solo in minima parte), e d'accordo anche nel ritenere che la sua formulazione induce a concludere, in punto di logica, che il *ius civile*, salvo autolimitazioni del legislatore, fosse pienamente modificabile. Ma riflettiamo meglio. Anche la clausola di inderogabilità delle *leges sacratae* non figurava in tutte le *leges publicae*, eppure nessuno può porre in dubbio la inviolabilità, in qualsivoglia caso, delle veneratissime *leges sacratae* (Festo è, in proposito, chiarissimo: '*sacratae leges sunt, quibus sanctum est, qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit rell.*'). Ed anche il *caput tralaticium de impunitate*, ci fosse o non ci fosse nella *sanctio*, esprimeva un principio valevole ovviamente per tutte le leggi. Dunque, o si ritiene che le clausole della *sanctio* fossero da osservare solo se ed in quanto effettivamente inserite nella stessa (e quanto meno per la clausola di inviolabilità delle *leges sacratae* lo si deve recisamente negare), oppure si deve ammettere che i principî formulati da quelle clausole erano principî fondamentali dell'ordinamento giuridico romano: principî che la *sanctio* (si ricordi: non sottoposta all'approvazione dell'assemblea) proclamava, tutti od alcuni, solo per conferire al testo legislativo il marchio della *res sancta*. E mi pare difficilmente dubitabile che la verità stia proprio nella seconda alternativa.

Giunti per questa via a ritenere che il *ius civile* non fosse derogabile dalle *leges publicae*, dobbiamo però evitare di essere troppo rigorosi in questa tesi. Il *ius civile* presentava talvolta delle lacune, che potevano ben essere colmate: tipico il caso della *lex Atilia de tutore dando* (186 a.C.?), forse un plebiscito, che autorizzò il pretore a nominare, d'accordo con la maggioranza dei tribuni della plebe, un tutore all'impubere, nell'ipotesi che questo mancasse del *tutor* testamentario o del tutore legittimo previsti dal *ius civile*. Altre volte il *ius civile* presentava delle asperità non piú approvate dalla coscienza sociale, che si potevano opportunamente mitigare: tipico il caso della *lex Poetelia Papiria de nexis* (326 a.C.?), votata solennemente dai comizi centuriati, la quale non si permise di abolire il vecchio e brutale istituto dell'esecuzione personale (quello che poteva portare anche all'uccisione del debitore che, esposto al pubblico in tre mercati consecutivi, non fosse stato riscattato da nessuno), ma vietò che gli *obligati* (fatta esclusione per i sottoposti dati a *noxa*) fossero tenuti dai creditori con manette e ceppi, con ciò rendendo praticamente assai difficile la loro custodia e aprendo quindi la strada all'esaurimento di fatto del sistema antico. Altre volte ancora il *ius civile* presentava dei regolamenti che, sempre secondo la coscienza sociale piú evoluta, si poteva ben consigliare di applicare con certe limitazioni volontarie: tipico il caso della *lex Cincia de donis et muneribus* (204 a.C.), di cui parleremo tra poco, la quale formulò alcuni divieti, ma senza stabilire sanzioni a carico degli inosservanti. Altre volte, infine, si andò anche piú oltre nella riforma del *ius civile vetus*, ma mai per abolirne gli istituti o per contestarne i principî: solo per modernizzarlo accortamente in casi estremi, addirittura eccezionali, in cui la riforma era richiesta dalla coscienza sociale e poteva quindi ritenersi approvata 'a priori', se addirittura non era già praticata nei fatti

su suggerimento di quei *prudentes* che del *ius civile* si potevano dire in certo modo la personificazione.

Mi si dirà che, da parte mia, parlare di inderogabilità del *ius civile* ad opera del *ius legitimum novum*, aggiungendo subito dopo che l'inderogabilità era limitata ai principî fondamentali del *ius civile vetus*, significa dare un colpo al cerchio ed uno alla botte. Può darsi, ma non mi pare. Mi pare piuttosto che la mia conclusione sia quella che maggiormente onori il buon senso e che maggiormente aderisca alla storia. Per quanto riguarda il buon senso, basta rileggere la clausola '*si quid ius non esset rogarier*': essa ci indica testualmente, con apprezzabile moderazione, che la inderogabilità del '*ius*', dunque del *ius civile*, era limitata all''*aliquid* che non si potesse *rogare*', evidentemente attenendosi alle indicazioni presumibilmente preventive, e solo in rarissime ipotesi successive, dell'*interpretatio prudentium*. Per quanto riguarda l'aderenza alla storia, occorrerà esaminare piú da vicino in quali modi (e tempi) si sviluppò la normazione del *ius legitimum novum*.

61. I MODI DELLA NORMAZIONE PUBBLICISTICA.

Per rendersi conto dei modi, e in certa misura dei tempi, in cui si affermò e prese piede sempre piú il *ius legitimum novum*, tutto (o quasi) sta nell'intendere rettamente un testo dei *tituli ex corpore Ulpiani*, noti anche come *Ulpiani liber singularis regularum*, cioè di una compilazione della prima età postclassica (piú o meno, degli inizi del secolo IV) che certamente contiene materiale di Ulpiano, ma che sembra anche fortemente influenzata dalle *institutiones* di Gaio. Sono precisamente i due primi paragrafi del primo *titulus* (Ulp. 1.1-2), da leggere, con una lieve correzione, nella ricostruzione corrente, che è quella proposta per primo dal Huschke.

⟨Leges aut perfectae sunt aut imperfectae aut minus quam perfectae. Perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et, si factum sit, rescindit, qualis est lex (?). *Imperfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et, si factum sit, nec rescindit nec poenam iniungit ei, qui contra legem fecit, qualis est lex Cincia, quae plus quam* (?) *donationis causa capere⟩ prohibet, exceptis quibusdam ⟨personis velut⟩ cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit. Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et, si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit, qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere, praeter exceptas personas, et adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit.*

La seconda parte del testo, che è quella a noi pervenuta, si occupa di *leges*, di cui spiega perché non sono né *perfectae* né *imperfectae*, e permette pertanto di congetturare con sicurezza la formulazione della prima parte: la quale doveva cominciare con la descrizione delle *leges perfectae* per poi continuare con quella delle *leges imperfectae*, di cui è rimasto traccia nell'esempio, costituito dalla *lex Cincia de donis et muneribus*. Passiamo dunque ad un rapido esame del contenuto.

In relazione alle *leges publicae* dei tempi andati, cioè dei tempi di fioritura del *ius legitimum novum*, con un interesse attuale di cui capiremo i motivi quando ci occuperemo della visione classica delle fonti del diritto, Ulpiano, o chi altro è l'autore del brano, traccia ' ex post ' (cioè in un arco di tempo che va dagli inizi a poco oltre la fine del quarto secolo) una classificazione delle stesse sotto il profilo dell'efficacia dei divieti che pongono. Non si tratta quindi di un discorso generale, ma di un discorso limitato esclusivamente alle leggi (o alle norme di legge) che proibiscono una certa attività prima considerata lecita dal diritto, con particolare riguardo (se teniamo presente

che l'epoca di fioritura delle *leges publicae* è andata poco oltre quella preclassica) alle leggi limitative di ciò che era lecito *iure civili* o, in termini piú precisi, parzialmente o totalmente abolitive di istituti civilistici. Ebbene, dice il nostro autore, vi sono leggi 'perfette', che prevedono la 'rescissione' (dalla nullità all'annullabilità, per dirla con parole d'uso moderno) degli atti compiuti in violazione dei loro divieti, ma vi sono anche leggi 'imperfette' (caso della *lex Cincia*), che vietano senza predisporre alcuna conseguenza per l'inosservanza, e leggi 'meno che perfette' (comunque non totalmente imperfette), che per lo meno dispongono una pena a carico di chi non ne rispetta i divieti: caso, quest'ultimo, della *lex Furia testamentaria* (circa 200 a.C.), la quale vietò, salve eccezioni, a coloro che fossero gratificati da legati o da donazioni *mortis causa* la percezione (*capere*) di piú di 1000 assi, sotto comminatoria del pagamento all'erede di una penale pari a quattro volte il percepito in piú. Sia detto, a titolo di chiarimento, che un esempio calzante di *lex perfecta* potrebbe essere rappresentato dalla *lex Falcidia de legatis*, promulgata non prima del 40 avanti Cristo, la quale, causa la cattiva prova data dalla *lex Furia* e da una successiva *lex Voconia testamentaria* del 169, vietò che si lasciasse agli eredi meno di un quarto del patrimonio netto e dispose senza mezzi termini che a questo fine fossero proporzionalmente ridotti, su richiesta degli interessati, i legati di ammontare eccessivo.

Senza indugiare sui problemi che sarebbero sollevati da una piú approfondita lettura del testo (con speciale riguardo al valore di *rescindere*), quello che qui interessa di porre in rilievo non è solo che in Roma esistevano delle leggi senza comminatoria alcuna a carico degli inosservanti, ma è anche e sopra tutto che nel III-IV secolo dopo Cristo queste leggi erano reputate, e denominate '*imperfectae*'. In quell'epoca leggi di questo ti-

po erano insomma leggi considerate quasi ai limiti del paradosso, cosí come d'altronde le consideriamo noi oggi. Eppure di *leges imperfectae* nella storia romana non ne mancarono e, per quanto ne sappiamo, le *leges perfectae* fecero la loro apparizione solo nell'ultimo secolo avanti Cristo. L'unico modo per spiegare ragionevolmente il fenomeno sta nel pensare che le cosí dette *leges imperfectae* siano state le piú antiche tra le *leges* del periodo preclassico, rogate in un'epoca in cui era ancora radicatissima la convinzione della immutabilità del *ius civile* ed in cui quindi il massimo che si potesse concepire stava nell'esortazione a non applicarlo o ad applicarlo in modi nuovi.

Il passaggio successivo alle *leges minus quam perfectae* ed infine alle *leges perfectae* segna abbastanza chiaramente l'attenuarsi progressivo dell'originario tabú. E a chi chiedesse come mai divieti importanti posti da *leges imperfectae* non siano stati in un secondo momento rinnovati e rafforzati da leggi *minus quam perfectae* o da leggi *perfectae* rispondere non è difficile. La tutela di quei divieti fu operata dai magistrati giusdicenti con i mezzi posti frattanto a loro disposizione con la riforma del processo privato: dalla *denegatio actionis* all'*exceptio* e, in certi casi, finanche alla concessione (*datio*) di un'*actio* di rivalsa alla parte che avesse sofferto pregiudizio.

Il punto sul quale occorre fissare la nostra attenzione è precisamente questo: che la legislazione pubblica, sia pure integrata dai *senatusconsulta* normativi, non aveva materialmente la possibilità, sopra tutto ai fini dell'ammodernamento del *ius civile*, di essere tanto abbondante tempestiva e articolata quanto l'evoluzione della società romana esigeva. Già il *populus* e la *plebs* erano troppe e svariate volte convocati in assemblea durante l'anno per gli adempimenti elettorali ordinari, per le necessità della repressione criminale diretta o indiretta (la prima esplicantesi mediante i processi su *provocatio ad popu-*

lum, la seconda sfociante nella istituzione e nella revisione delle *quaestiones perpetuae*), sopra tutto per la moltitudine di questioni politiche e militari in ordine a cui incalzava il bisogno di prendere posizione; già tutto questo comportava, anche a voler rinunciare alle delibere assembleari e a volersi ridurre ai senatoconsulti, lunghe e sofferte sedute del senato, rese man mano piú vivaci dal procedere, a cominciare dal tempo dei Gracchi, della drammatica crisi della repubblica; già il volume crescente degli oneri deliberanti cui assolvere implicava di necessità il ricorso, per piú dettagliati regolamenti, al sistema della delega legislativa ad alcuni magistrati per l'emanazione da parte di costoro delle *leges datae*, di cui ho fatto cenno dianzi; già infine il senato era notoriamente oberato da molteplici altre incombenze (e relative discussioni) non sfocianti in provvedimenti legislativi. Si può ben capire, tenendo l'occhio a questa situazione, che la legislazione privatistica (sia assembleare, sia anche soltanto senatoria) fosse ridotta al minimo, cioè alla soluzione dei problemi piú urgenti e clamorosi, e che gli organi legislativi della *respublica* tendessero per il resto ad un affidamento molto ampio delle decisioni in materia di *ius* agli organi magistratuali specializzati esercitanti, in forza di una lunga tradizione e con l'appoggio autorevole della *iuris prudentia*, la funzione detta della *iuris dicito*.

Funzione, quella della *iuris dictio*, che apposite leggi ed opportuni accorgimenti costituzionali resero via via sempre piú libera dalle pastoie formalistiche delle vecchie *legis actiones*, dandole il modo di assumere progressivamente un'autorevolezza sempre maggiore: un'autorevolezza che finí per essere considerata, in età classica, addirittura sostitutiva, in gran numero di casi, degli interventi normativi operati direttamente dalle *leges*.

62. La riforma del processo privato.

L'affidamento progressivo ai magistrati giusdicenti (affidamento, si badi, ben diverso dai caratteri della delega legislativa) la legislazione pubblica, senza con ciò rinunciare alla possibilità di intervenire nei casi piú importanti con specifiche riforme, lo effettuò secondando con apposite norme l'esigenza già largamente sentita (ed entro certi limiti già in parte praticata) di una importante riforma del processo privato.

Con riserva di procedere a piú incivise precisazioni a tempo debito, ciò che interessa tenere qui presente come schema generale si condensa in quattro proposizioni molto semplici. Primo: che la procedura *per legis actiones*, svolgentesi davanti al *praetor urbanus* (istituito nel 367 avanti Cristo) e regolata dal *ius legitimum vetus*, divenne col procedere dei tempi, causa il suo formalismo ed il suo limitato campo di applicazione, sempre piú inadeguata a riflettere le controversie insorgenti in una società sempre piú sviluppata e variegata, quale era quella di Roma dopo la fine del quarto secolo. Secondo: che, per venire incontro alle nuove esigenze del commercio mediterraneo, il *praetor urbanus* fu affiancato, a partire dal 242, da un collega denominato *praetor peregrinus*, il quale ebbe il compito di occuparsi anche di controversie di cui fossero parti cittadini stranieri e, non potendo evidentemente far capo in materia ad una procedura che era applicabile ai soli *cives Romani*, adottò sulla base del suo *imperium* delle iniziative processuali nuove e piú elastiche, che costituirono il primo spunto di quella che doveva diventare la nuova procedura cosí detta ' *per formulas* '. Terzo: che la nuova procedura *per formulas* fu adottata, in alternativa con quella per *legis actiones*, anche dal *praetor urbanus*, dando luogo a due interventi legislativi, quello della *lex Aebutia de formulis* della seconda metà

del secolo II avanti Cristo (130 a.C.?) e quello della *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 avanti Cristo: a seguito dei quali interventi la procedura per *legis actiones* finí per ridursi a ben poca, anche se non minima cosa. Quarto: le *legis actiones* lasciate in essere dalla *lex Iulia* furono (stando a Gai 4.30-31) una poco rilevante *legis actio damni infecti*, i *centumviralia iudicia* (cioè le questioni ereditarie che l'autorevole collegio giudicante dei *centumviri*, cui si arrivava attraverso l'esercizio *in iure* della vecchia *legis actio sacramenti in rem*, risolveva con criteri di grande autonomia) e infine la procedura esecutiva facente capo alla *legis actio per manus iniectionem* (sia pure, questa, molto indebolita dalla *lex Poetelia Papiria* del 326, che vietava di tenere in ceppi e, a maggior ragione, di uccidere il debitore).

La procedura formulare (cancellata accuratamente da Giustiniano nel *Corpus iuris*) non può dirsi da noi sufficientemente conosciuta, malgrado che Gaio le dedichi gran parte del quarto commentario delle sue *institutiones*. Gaio, infatti, parla di essa, purtroppo, da un punto di vista prevalentemente statico (struttura dei *iudicia*, categorie degli stessi e via dicendo), lasciandone quasi completamente da parte la dinamica, cioè la descrizione del suo svolgimento. Noi sappiamo, pertanto, che il processo dichiarativo *per formulas* era diviso in due fasi (*in iure* e *apud iudicem*), sappiamo che la frase *in iure* si chiudeva con una *litis contestatio*, sappiamo che il giudice doveva emettere la sua *sententia* sulla base delle istruzioni contenute in un '*iudicium*' formulato *in iure*. Ma le altre cose che vorremmo sapere, e che invece non sappiamo, sono quanto meno queste: che cosa precisamente fosse la *litis contestatio*; se alla formulazione del *iudicium* da sottoporre al giudice provvedesse il magistrato, provvedessero le parti, oppure provvedessero d'accordo magistrato e parti; con che mezzo il giudice fosse investito del

potere, e nel contempo, del dovere di emettere la *sententia*. Tre quesiti, i quali si intrecciano col problema di fondo che a noi qui piú precisamente interessa: il problema della funzione esercitata, ai fini della riforma del processo privato, dalla *lex Aebutia de formulis* e dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum*.

È piú che naturale che, di fronte ad uno sviluppo di questioni cosí complesse e tanto interferenti tra loro, la storiografia romanistica non si sia trovata affatto concorde nelle soluzioni. Le teorie ricostruttive, l'una diversa dall'altra, quasi non si contano e non sarà certo io, almeno in questa sede, ad enumerarle e ad analizzarle singolarmente. Quelli che vale la pena di puntificare sono gli orientamenti generali entro cui le varie teorie si inquadrano. E tali orientamenti possono ridursi a tre: uno ' pubblicistico ', uno ' privatistico ', ed uno (poteva mai mancare?) che chiamerò ' misto '.

L'orientamento ' pubblicistico ' è quello di piú antica data, ma trova sostenitori ancora oggi. La formulazione classica di questo modo di vedere è stata esposta, agli inizi del secolo XIX, dal romanista tedesco Federico Luigi Keller, secondo il quale il *iudicium* fu ' ab origine ' un provvedimento di autorità del magistrato giusdicente e conteneva un'istruzione che il magistrato rilasciava al *iudex*, di suo pieno ed esclusivo arbitrio, dopo aver ascoltato e liberamente valutato, *in iure*, le contrapposte argomentazioni dell'attore e del convenuto: per conseguenza, la *litis contestatio* era un atto puramente formale, o meglio simbolico, mediante cui le parti, ad imitazione di quel che avveniva nella procedura delle *legis actiones*, invitavano i terzi, che fossero stati presenti al dibattimento *in iure*, a riferire *apud iudicem* i termini della controversia (cosa praticamente non indispensabile, essendo il *iudicium* generalmente attestato per iscritto). Nelle concezione del Keller, come si vede, le parti avevano ben poca

voce in capitolo. Una volta che l'attore avesse messa in moto la macchina processuale, spettava al magistrato e solamente al magistrato, udito lui e il convenuto, impostare nel modo migliore la risoluzione della controversia. Unico limite alla discrezionalità del magistrato era rappresentato dalla impossibilità di addivenire alla *litis contestatio* (atto formale, sí, ma necessario) senza la partecipazione del convenuto (oltre che dell'attore): era il meno che la *lex Aebutia* potesse concedere al convenuto quando intervenne a permettere ufficialmente all'attore di chiedere che il processo si svolgesse col rito *per formulas*, anziché col rito *per legis actiones*. Ma i pretori resero praticamente vano il diritto del convenuto di esigere, se lo credesse più conveniente ai propri interessi, la *legis actio*: lo dimostrano le gravi misure coercitive previste dall'editto pretorio a carico di chi si rendesse *indefensus*. Ecco perché la *lex Iulia*, tagliando corto ad ogni equivoco, finí per abolire quasi totalmente la procedura dichiarativa *per legis actiones*.

Contro la teoria kelleriana si schierò peraltro, a partire dagli ultimi anni del secolo decimonono, un romanista austriaco, Moriz Wlassak, che si affermò poi, con cinquanta anni di studi e di polemiche incessanti, come il maestro indiscusso dei moderni studiosi del processo romano. Alla concezione pubblicistica del processo formulare il Wlassak oppose una concezione essenzialmente 'privatistica', che può dirsi oggidí dominante, sostenendo che la *litis contestatio* delle parti fosse ben altro che una vuota formalità processuale e che essa, viceversa, fosse da ritenere, per ragioni storiche e per ragioni testuali, come la spina dorsale del processo. Secondo il Wlassak, il processo *per formulas* mantenne sempre il carattere essenzialmente arbitrale, di processo condizionato all'accordo tra le parti sulla sua esistenza e sui termini di impostazione del giudizio, che avrebbe avuto alle origini,

quando si era profilato davanti al *praetor peregrinus* (n. 68): tutto girava in esso attorno al fulcro della *litis contestatio*, che era una vera e propria convenzione espressa delle parti (e delle sole parti) *in iure*, una convenzione che, riprendendo solo nel nome la *litis contestatio* del processo *per legis actiones*, serviva alle parti (ed alle parti soltanto) per stabilire se e quale *iudicium* fosse da sottoporre al giudice privato. Il ruolo del magistrato giusdicente si riduceva, pertanto, secondo il Wlassak, ad assistere passivamente alle discussioni tra le parti, curando che esse non travalicassero in litigio o in sopraffazione, e ad autorizzare il *iudicium* tra le stesse concretato (' *dare iudicium* '), se ed in quanto questo corrispondesse ad una ' *formula* ' edittale, o comunque non gli sembrasse contrastante con i criteri generali dell'*aequitas*: ma il magistrato non aveva alcun potere di modificare o mutare il *iudicium* nel merito (ad esempio, perché non esattamente corrispondente, a suo parere, ai veri termini della questione). Avvenuta la *litis contestatio*, che si concretava in un ' *dictare iudicium* ' dell'attore ed in un ' *accipere iudicium* ' del convenuto, il giusdicente provvedeva infine (e soltanto qui si esplicava il suo potere di comando) ad emanare un apposito *decretum*, il ' *iussum indicandi* ', mediante cui imponeva al *iudex* prescelto dalle parti la emissione della *sententia*.

Nel coro dei moltissimi consensi riscossi dalla dottrina del Wlassak non mancò qualche dissenso, tra cui principalmente quello di Vincenzo Arangio-Ruiz, che propose una soluzione del problema a carattere intermedio tra la concezione kelleriana e quella wlassakiana: soluzione accolta e sviluppata con molto impegno dal romanista italiano Odoardo Carrelli. Ritengono infatti l'Arangio-Ruiz e il Carrelli che, nella valutazione del processo formulare classico, il Wlassak è certamente nel vero quando asserisce che la *litis contestatio* era determinata dalla volontà

delle parti, ma esagera quando non ammette che fosse parimenti determinante la volontà del magistrato. La *litis contestatio* era, in realtà, la risultante di un accordo a tre (magistrato, attore e convenuto) circa il *iudicium* da rimettere al *iudex privatus*: sicché il *iudicium*, essendo un atto accordato dal magistrato alle parti consenzienti, assumeva esso stesso (senza necessità di separato *iussus iudicandi*) il carattere di un *decretum*, che impegnava il *iudex privatus* alla emissione della *sententia*.

Molto interessanti sono le specifiche ipotesi di carattere storico formulate penetrantemente dal Carrelli. La procedura *per formulas*, egli sostiene, sorse nel tribunale del *praetor peregrinus*, ma non vi ebbe caratteri privatistici: vi ebbe invece caratteri essenzialmente pubblicistici, in quanto era esclusivamente basata sull'*imperium* del magistrato. Il *praetor peregrinus* (che non poteva certo applicare il *vetus ius civile* o il *ius publicum* a controversie in cui fossero implicati cittadini stranieri) decideva sulla base del proprio *imperium* se e quale *iudicium* '*dare*' (cioè concedere) all'attore, costringeva indirettamente (con minacce e rappresaglie) il convenuto a presenziare *in iure* per '*iudicium accipere*', stabiliva tra quali persone le parti potessero scegliere i giudici ('*recuperatores*', in numero di tre o cinque) e infine, con lo stesso *decretum* in cui *iudicium dabat* ai contendenti, '*iudicare iubebat*' i *recuperatores*: i *iudicia* che uscivano dal suo tribunale erano, insomma, '*iudicia imperio continentia*'. La *lex Aebutia* autorizzò anche i *cives Romani*, se lo volessero, a fare uso del nuovo processo, anziché di quello *per legis actiones*, per le controversie relative ad istituti previsti dal *vetus ius civile*. Sorsero in tal modo i così detti '*iudicia legitima in ius*', puntualmente corrispondenti alle *legis actiones*, e siccome le *legis actiones* erano caratterizzate dalla *litis contestatio* invocata dalle parti, avvenne, più precisamente, che si formò un 'pro-

cedimento ibrido', nel quale il *iudicium*, che sino a quel momento era stato il testo dell'istruzione del magistrato al giudice, pur conservando detta funzione, diventò contemporaneamente il testo dell'accordo fra le parti. Successivamente alla *lex Aebutia*, la *litis contestatio*, che nei *iudicia legitima in ius* riassumeva ad un tempo la convenzione fra le parti e la volontà del magistrato, fu estesa anche ai *iudicia imperia continentia* e a nuovi *iudicia legitima in factum* (creati dal *praetor urbanus*), ma la volontà delle parti continuò sempre ad avere un rango nettamente subordinato all'arbitrio del magistrato. Da ultimo la *lex Iulia iudiciorum privatorum* portò a termine la lunga evoluzione, rendendo obbligatoria la procedura formulare.

Vi è ancora una cosa che mette conto di rilevare, dopo questa esposizione estremamente sommaria. Il ruolo di *lex perfecta*, abrogativa delle *legis actiones* dichiarative e riformatrice di tutta l'organizzazione processuale, che fu svolto dalla *lex Iulia iudiciaria* del 17 avanti Cristo è praticamente indiscusso e indiscutibile, salvo a vedere nei particolare quale fu il contenuto della riforma. Dubbio è invece il ruolo svolto dalla *lex Aebutia* della seconda metà del II secolo avanti Cristo. Escluso che abbia creato il processo *per formulas*, si trattò soltanto di una *lex imperfecta*? E se si trattò di una *lex imperfecta*, quale funzione precisamente svolse?

63. Le origini della procedura formulare.

A mio avviso, prescindendo dall'esame di ogni questione non strettamente essenziale, la tesi dell'Arangio-Ruiz e del Carrelli è fondamentalmente esatta, ma è forse traviata da un eccesso polemico contro la dottrina del Wlassak, la quale non può e non deve essere repudiata 'in toto'. Valgano le brevissime considerazioni, che se-

guono, a lumeggiare e precisare il mio pensiero sull'argomento del cosí detto 'processo formulare'.

La tesi che il '*iudicium dare*' sia stato originariamente un atto di concessione magistratuale, cioè di approvazione in merito (*causa cognita*) del *iudicium*, che l'attore avrebbe poi 'dettato' (cioè scandito a voce alta) al convenuto consenziente (nel che si concretava la *litis contestatio*), mi sembra altamente attendibile. A prescindere da elementi piú o meno dubbi, che a sostegno di essa sono stati addotti, ritengo che la tesi regga sopra tutto in virtú di due argomenti. Un argomento lessicale, e cioè che '*dare*' significa indiscutibilmente 'concedere', concedere qualcosa che già si ha o si è creato (nella specie, il *iudicium*). Un argomento logico, e cioè che, posto che il magistrato giusdicente, anziché *dare*, poteva '*denegare*' il *iudicium* richiestogli, è evidente che egli, per potersi decidere tra il *dare* e il *denegare iudicium*, doveva effettuare una sommaria '*causae cognitio*', una delibazione della questione controversa, onde stabilire se fosse equo, in relazione alla fattispecie rappresentatagli dall'attore, concedere o meno il *iudicium*.

Alle considerazioni che precedono si accompagna, sempre secondo me, un argomento storico, costituito dalla genesi piú probabile del procedimento formulare e, pertanto, dalle illazioni piú verosimili circa la sua successiva evoluzione. Su questo punto della emersione della procedura *per formulas* si può essere d'accordo con l'Arangio-Ruiz e con il Carrelli solo entro certi limiti. D'accordo nel ritenere che il processo formulare sia sorto nel tribunale del *praetor peregrinus*, successivamente alla sua istituzione e per effetto di essa; d'accordo nel credere che i *iudicia* dati dal *praetor peregrinus* siano stati basati sul suo *imperium*; d'accordo nell'ammettere che i *iudicia imperio continentia* abbiano avuto, nel processo privato romano, manifestazioni esteriori 'autoritarie' piú marcate che

non i *iudicia legitima*. Tutt'altro che d'accordo mi sento però nel pensare che i *iudicia imperio continentia* abbiano mai prescisso dalla volontà delle parti (cioè dalla *litis contestatio* convenzionale) e che il procedimento davanti al *praetor peregrinus* si risolvesse, pertanto, nella imposizione di un certo *iudicium* al convenuto, nonché allo stesso attore, senza possibilità per ambedue di decidere circa la opportunità e la convenienza di rimettervisi.

Già il Pugliese ha finemente criticato gli argomenti che il Carrelli tenta di dedurre dal testo di Gaio (4.103-109): argomenti in verità, assai deboli. Ancora il Pugliese ha giustamente osservato, contro il Carrelli, che la sua concezione dei *iudicia imperio continentia* come *iudicia* sottratti alla disposizione delle parti è smentita dal fatto che le fonti ci attestano che il convenuto, anche nel caso dei *iudicia imperio continentia*, poteva bloccarlo assentandosi, sí da sollecitare il pretore ad indurlo a partecipare al processo mediante mezzi di costringimento indiretti. La istituzione del processo e l'emanazione della *sententia* dipendevano, dunque, dalla volontà non solo dell'attore, ma anche del convenuto, cioè dall'accordo denominato *litis contestatio*.

A queste argomentazioni può aggiungersi che, se si tiene presente che il *praetor peregrinus* fu istituito, come vedremo, dopo che per molti anni le controversie *inter cives et peregrinos* si era tentato di risolverle col sistema dell'arbitrato privato, non può non ritenersi del tutto inverosimile che, ad un certo momento, cioè nel 242 avanti Cristo, Roma sia passata d'un tratto all'opposto sistema: di rimettere inesorabilmente le sorti di tali controversie all'arbitrio pieno ed incontrollato del *praetor peregrinus*, sol perché uno tra due contendenti ne avesse adíto il tribunale. È evidente, cioè, che, proprio e sopra tutto per le controversie dedotte innanzi al *praetor peregrinus*: da un lato fu indispensabile la cooperazione creativa del

magistrato alla formazione del *iudicium* (ciò perché si trattava di controversie nuove, non previste da alcun ordinamento giuridico, e comunque non risolvibili in base al *vetus ius civile,* che valeva solo *inter cives Romanos*); ma dall'altro lato fu non meno indispensabile il concorso, nella formazione del *iudicium* stesso, della concorde volontà delle parti.

Se non vado errato, insomma, mentre il Wlassak ha avuto il difetto, nella sua ricostruzione storica, di sopravvalutare il fondamento arbitrale del processo *per formulas*, sopra tutto nelle sue manifestazioni iniziali, l'Arangio-Ruiz ed il Carrelli hanno avuto, dal canto loro, il torto di sopravvalutare il carattere imperativo dell'intervento del *praetor peregrinus* in questo processo. La verità è, viceversa, che il processo *per formulas* sorse nel tribunale del *praetor peregrinus* come ' *actus trium personarum* '. Il *iudicium* fu in esso, sin da principio, il risultato della cooperazione del convenuto con l'attore e di ambedue con il magistrato. Se uno dei tre si rifiutava alla sua formulazione, il processo non poteva andare *apud iudicem.*

Ciò posto, tanto piú che vedremo tra poco che la procedura *per formulas* si trasferí dal tribunale del *praetor peregrinus* al tribunale del *praetor urbanus* assai per tempo, prima ancora della emanazione della *lex Aebutia,* dobbiamo pensare che la *lex Aebutia* abbia trovato il *praetor urbanus* già ' allenato ' alla procedura formulare ed altro non abbia fatto che permettere che questa procedura fosse adottata, su richiesta delle parti, anche alle controversie *inter cives* relative a rapporti regolati dal *vetus ius civile.* La permise, si badi, e non la impose (cioè non la surrogò alla procedura delle *legis actiones*), perché altrimenti non sapremmo spiegarci a che cosa poté servire la successiva *lex Iulia iudiciorum privatorum.* Sí che di essa dobbiamo concludere che fu una *lex imperfecta.*

64. I CARATTERI DEL PROCESSO ' PER FORMULAS '.

La tesi ora formulata permette, sempre se non erro, di rendersi conto in maniera abbastanza persuasiva delle caratteristiche del processo formulare.

Assodato come piú che probabile che la *lex Aebutia* svolse non il ruolo di introdurre la procedura formulare davanti al *praetor urbanus*, ma solo quello di dichiararla pienamente ammissibile *inter cives* anche in relazione ai *iudicia legitima in ius* (rectius: ' *in vetus ius civile* '), ne consegue, con tutta verosimiglianza, che, ove le parti scegliessero, in ordine a controversie previste dal *vetus ius civile*, il processo *per formulas* (cosí come autorizzava la legge), tale processo, liberamente scelto, si svolgesse allo stesso modo del processo peregrino, e cioè sulla base del concorso della volontà delle parti con quella del magistrato nella formazione del *iudicium*. Non occorre, dunque, pensare, con l'Arangio-Ruiz e con il Carrelli, che relativamente ai *iudicia legitima in ius*, ricalcati sul *ius civile vetus*, si sia formato un ibrido tra il (discutibile e discusso) carattere privatistico del processo antico ed il (non meno discutibile e, per mio conto, insussistente) carattere meramente pubblicistico del processo formulare pre-ebuzio. La commistione di pubblico e privato, di volontà magistratuale e di volontà delle parti, era, infatti, già insita sin dalle origini nel procedimento *per concepta verba*.

Il ruolo svolto dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum* un secolo dopo la *lex Aebutia* non fu solo quello di rendere obbligatoria quasi in ogni caso la procedura formulare, ma fu anche quello di ridimensionare notevolmente l'importanza originaria della *datio iudicii* e del *iussum iudicandi*.

In ordine alla *datio iudicii*, io sono incline a ritenere che il Wlassak non abbia errato nell'attribuire al ' *iudicium dare* ' una funzione nettamente subordinata alla *litis*

contestatio delle parti. Per rendersi conto di questo scadimento di importanza della *datio iudicii*, bisogna ricordare che nel 67 avanti Cristo una *lex Cornelia de edictis*, della quale riparleremo, stabilí '*ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent*', e con ciò diede un primo grave colpo alla discrezionalità dei magistrati, sottoponendone la *datio iudicii* (almeno in ordine alle ipotesi formulate preventivamente nell'albo) al controllo delle parti, e per esse dei giureconsulti loro consulenti. Inoltre la stessa *lex Iulia iudiciorum privatorum*, togliendo alle parti la possibilità di far ricorso alle *legis actiones*, implicitamente le autorizzò a pretendere dal *praetor urbanus* la concessione di questo o quel *iudicium* (*legitimum in ius*), là dove avrebbero prima potuto pronunciare questa o quella *legis actio*. La successiva istituzione del *ius publice respondendi* ancor piú attenuò, a beneficio delle parti e dei giuristi loro consulenti (insigniti di tale *ius*), l'autorità del magistrato, che divenne poi praticamente nulla col diffondersi dei *rescripta principum*:

Ecco il motivo, io penso, per cui non solo i testi della compilazione giustinianea, che potrebbero essere stati sfrondati da Triboniano, ma lo stesso Gaio, scrittore del secondo secolo della nostra èra, del '*iudicium dare*' non fanno parola, trattandosi di funzione ormai praticamente assorbita dalla *litis contestatio* delle parti.

In ordine al problema del *iussus iudicandi*, io continuo a ritenere incrollabile la dimostrazione testuale addotta dal Wlassak a sostegno della tesi della esistenza di questo *decretum* autonomo con cui il magistrato imponeva al *iudex* di giudicare. Tuttavia, bisogna pur tener presente che i testi citati da Wlassak sono tutti anteriori alla *lex Iulia* del 17 (quello di data piú recente essendo la famosa *lex Rubria de Gallia Cisalpina*) e che non solo i frammenti dei *Digesta*, ma, ancora una volta, i paragrafi del quarto commentario di Gaio tacciono completamente

del '*iudicare iubere*'. Inoltre, come ha posto in luce il Carrelli, è sintomatico che la *lex Iulia iudiciorum privatorum*, volendo limitare a 18 mesi il termine per la pronuncia della *sententia* nei *iudicia legitima*, abbia stabilito che questo decorresse dal giorno della *litis contestatio* e non da quello del presunto *iussus iudicandi*. Da questi elementi credo sia corretto desumere che l'autonomo *iussum iudicandi*, originariamente richiesto per lo svolgimento della fase *apud iudicem*, finí per identificarsi praticamente (ma solo praticamente) con il *iudicium*, anche forse perché era solitamente scritto dal magistrato in calce ad esso.

Ad ogni modo, se i 18 mesi decorrevano invano, senza che si fosse avuta la *sententia*, ha ben sostenuto il Bonifacio che le parti potessero rivolgersi al *praetor* per ottenere da lui, ferma restando la *litis contestatio*, un *iussum iudicandi* di proroga. Ciò conferma che il *iussus iudicandi* era autonomo, 'de iure', dalla *litis contestatio*. E non senza un minimo di soddisfazione posso qui segnalare che, negli anni intercorsi tra la terza e la quarta edizione di questo libro, è stata scoperta a Pompei una tavoletta cerata del I secolo dopo Cristo (*tab. Pomp. sec.* 34) che conforta decisivamente la mia tesi, dal momento che alla trascrizione letterale di un certo *iudicium*, che qui non mette conto di descrivere, fa séguito (p. 3, r. 8) la dichiarazione esplicita: '*Iudicare iussit P. Cossinius Priscus duovir*'.

NOTE AL CAPITOLO VIII

57. Sul *ius legitimum novum*: Guarino, *SDR.* n. 132-138 (ove si preferisce l'uso della locuzione '*ius publicum*'). — Sui diversi significati di '*ius publicum*', con valutazioni tra loro non sempre identiche: Ehrlich, *Beiträge* (nt. 45) 159 ss.; S. Romano, *La distinzione tra 'ius publicum' e 'ius privatum' nella giurisprudenza romana*, in *St. Romano* 4 (1940) 169 ss.; G. Lombardi, *Il concetto di 'ius publicum' negli scritti di Cicerone*, in

RIL. 72 (1938-39) 4465 ss.; id., *Sul concetto di 'ius gentium'* (1947) 21 ss.; De Francisci, *Idee vecchie e nuove* (nt. 45) 211 ss.; Gioffredi, *'Ius'* (nt. 33) 75 ss.; G. Grosso, *Riflessioni in tema di 'ius publicum'*, in *St. Solazzi* (1949) 461 ss.; Aricò Anselmo, *'Ius publicum - ius privatum'* (nt. 7) 517 ss.; M. Kaser, *'Ius publicum' und 'ius privatum'*, in *ZSS.* 103 (1986) 1 ss., specialm. 54 ss. — Sull'etimologia di *'publicus'* e sugli impieghi di questo aggettivo: Müllejans, *'Publicus' und 'privatus' im römischen Recht und im älteren kanonischen Recht* (1961); Albanese (nt. 1) 189 ss. A mio avviso, gli sforzi compiuti anzi tutto dall'Ehrlich e poi, sulla base della sua accuratissima catalogazione, da altri studiosi (particolarmente dalla Aricò Anselmo) per mettere ordine tra i molteplici impieghi di *'publicus'* e di *'ius publicum'*, sia pur soltanto nelle fonti di cognizione in senso tecnico (lasciando da parte quelle letterarie), dimostrano che l'impresa non può essere portata oltre un certo limite: limite costituito dalle tre significazioni (pur esse alquanto approssimative) segnalate nel testo. Il ricorso a queste terminologie fu indubbiamente diffusissimo, ma il piú delle volte vago e, comunque, vario, non soltanto dall'uno all'altro autore, ma spesso anche in uno stesso autore, a seconda dei momenti, dei riferimenti e degli stimoli del suo scrivere. A conferma di che ritengo doveroso segnalare le due convincenti letture che proprio la Aricò A., 496 ss., propone in ordine a due testi ulpianei (Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.13.1 e Ulp. 5 *opin.* D. 4.2.23 pr.) nei quali figura la menzione del *ius publicum*, ma non nel senso, difeso invece della 'communis opinio', di *ius, quod ad statum dei Romanae spectat*. Ma sulla contrapposizione tra *ius publicum* e *ius privatum* v. *infra* n. 92. — Il senso di *ius publicum* come 'diritto cogente' (non importa se pubblico o privato) si coglie chiaramente in Ulp. 30 *ad ed.* D. 50.17.45 pr. e 1 (*Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio suae rei consistere potest. Privatorum conventio iuri publico non derogat*) e in Pap. 2 *quaest.* D. 2.14.38 (*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*) e in vari altri testi che tralascio di indicare. Sul tema: G. Nocera, *'Ius publicum' (D. 2.14.38). Contributo storico-esegetico alla ricostruzione delle 'regulae iuris'* (1946); id., *La nozione di 'ius publicum'*, in *St. Rossi* (1954) 237 ss. — Il riferimento della locuzione *'ius publicum'* al diritto posto dalle *leges publicae* e dai provvedimenti equiparati (ivi comprese, in qualche passo, le decisioni giurisdizionali e le costituzioni imperiali) è molto spesso (bisogna ammetterlo) non del tutto sicuro: tuttavia escluderlo sempre e con sicurezza non

si può. Valga per tutti il passo di Ulp. *sing. ad legem Falcidiam* D. 35.2.1 pr.: ... *Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: 'quicumque civis Romanus post hanc legem testamentum faciet, is quantam cuive civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum* [*ita detur legatum,*] *ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant* (*rell.*)'. Anche nella parte non trascritta il testo presenta altri visibili (e largamente riconosciuti) guasti formali, ma l'ipotesi della Aricò A., 534 nt. 162, che l'espressione '*iure publico*' sia interpolata è basata su una petizione di principio, cioè sulla convinzione che di *ius publicum* in senso obbiettivo non si sia parlato prima dell'età dei Severi: il che è invece da dimostrare. Quanto al *publicum* menzionato nella legge Falcidia, non direi che si tratti del 'diritto-base' che la *lex* vuole modificare, né direi che si tratti delle Dodici Tavole (bene, su questo punto, la Aricò A., 535 nt. 164): a prescindere dal fatto che già esistevano due precedenti *leges publicae* limitative dei legati (la *Furia* e la *Voconia*), la nuova legge volle dire che i testatori fossero d'ora in poi tenuti, per adeguarsi alle direttive segnate dalla legislazione pubblica, a riservare almeno un quarto dell'asse all'erede testamentario.

58. La letteratura sulle *leges publicae populi Romani* (con tutta la serie dei provvedimenti equiparati) è vastissima e non mette conto, considerata la sua notorietà, di essere verbosamente citata. A prescindere dai trattati e dai manuali, v. comunque: G. Tibiletti, *Sulle leggi romane*, in *St. De Francisci* 4 (1956) 593 ss.; F. Serrao, *Legge* (*d. rom.*), in *ED.* 23 (1973) 794 ss.; Bleicken, '*Lex publica*' (nt. 31) 61 ss. e *passim*; Magdelain, *La loi à Rome* (nt. 39) *passim*; M. Kaser, *Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre*, in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (1986) 14 ss. e *passim*. Per una elencazione quasi completa (relativa anche al periodo classico): G. Rotondi, '*Leges publicae populi Romani*' (rist. 1962); E. Volterra, '*Senatus consulta*', in *NNDI.* 16 (1976) 1047 ss. — Sull'*auctoritas patrum* (relativa alle sole *leges centuriatae*) e sulla sua storia: Guarino, *Novissima* (nt. 48) e citazioni ivi. — Sulla riforma dei *comitia centuriata* e sulla emersione dei *comitia tributa*: Guarino, *SDR.* n. 95 e 97. — Sul passaggio dai *senatusconsulta* preventivi (che erano il risultato, sempre più autorevole col passar del tempo, di una discussione, eventualmente molto intensa, circa la *rogatio* da sottoporre alle assemblee) ai *senatusconsulta* 'sic et simpliciter'

normativi (non seguiti cioè dalla *rogatio* e dal voto di approvazione delle assemblee): G. Crifò, *Attività normativa del senato in età repubblicana*, in *BIDR.* 71 (1968) 31 ss., con bibliografia. — Sulla delega legislativa e sulle cosí dette *leges datae* (terminologia rara nelle fonti, salvo che per indicare la 'imposizione' di un regolamento normativo a comunità e genti che non partecipano col voto alla sua determinazione: si pensi alle numerose *leges municipiorum* giunte epigraficamente sino a noi e non si dimentichi il '*datumque est eis* [sc. *decemviris*] *ius in eo anno in civitate summum, uti leges... corrigerent*' con cui Pomp. D. 1.2.2.4 cerca di travestire le leggi decemvirali: *retro* n. 47) cenni molteplici negli autori indicati all'inizio di questa nota: manca, peraltro, uno studio organico e approfondito. — Sulle *leges privatae* (cioè sui regolamenti piú o meno estesi deliberati negozialmente dai privati in ordine ai rapporti tra loro: *leges venditionis, locationis, collegii* ecc.): M. Kaser, *Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre*, in *Römische Rechtsquellen* cit. 65 ss.

59. Su Cic. *part. orat.* 37 129-130 (che qui si omette di trascrivere nella sua interezza) buone osservazioni della Aricò Anselmo (nt. 7) 510 nt. 119, la quale, anche se nel quadro di una dimostrazione che non mi convince (la dimostrazione della inaccettabilità del significato di *ius publicum* come 'staatliches Recht'), mette efficacemente in luce la superficialità di questo testo 'celebre quanto astruso'. — Sull'endiadi '*ius lexque*' (e simili): G. Broggini, '*Ius lexque esto*' (1959), in *Coniectanea* (1966) 55 ss. *Adde*, per quanto riguarda particolarmente Cicerone: Ehrlich (nt. 57) 3 ss. Pagine, come sempre, tanto lucide quanto sobrie in: L. Mitteis (nt. 45) 30 ss. — Per '*ius ratumque esto*' cfr., ad es., *Lex Rubria* 1.20, 2.21, *lex Ursonensis* 1.4.15, 3.1.12, *lex de imp. Vespasiani* 31. Interessante è anche Cic. *fam.* 8.8.3 (in realtà, una lettera di M. Celio Rufo a Cicerone, dei primi di ottobre 51 a.C.), in cui, a proposito di un caso di difficile interpretazione, si cita il cap. 101 di una *lex repetundarum* (la *lex Iulia* del 59: Rotondi, *LPPR.* 389 ss.), nella quale figurava la seguente disposizione: '*quod eorum iudicum maior pars iudicarit, id ius ratumque esto*'. — A complemento del passo di Gell. *n. a.* 10.20.2, ecco il testo di 10.20.3-4: *Ea definitio si probe facta est, neque de imperio Cn. Pompei neque de reditu M. Ciceronis neque de caede P. Clodi quaestio neque alia id genus populi plebisve iussa 'leges' vocari possunt. Non sunt enim generalia iussa neque de universis*

civibus, sed de singulis concepta: quocirca 'privilegia' potius vocari debent, quia veteres 'priva' dixerunt quae nos 'singula' dicimus (*rell.*). — Anche a costo di uscire parzialmente fuori di tema, mi si lasci dire per l'ennesima volta che è poco serio prendere spunto da un acido passo di Tacito (*ann.* 3.75) per sminuire sul piano morale, se non anche sul piano scientifico, la figura di un grande giurista come Ateio Capitone, di cui R. Syme (*La rivoluzione romana* [tr. ital. 1962] 377) è giunto sconsideratamente a dire che 'si guadagnò avanzamenti piú come uomo politico che come giurista', per di piú asserendo che, invece, 'lo spirito di indipendenza costò il consolato ad un onesto, originale, dotto uomo di legge quale fu M. Antistio Labeone'. Il senso della misura (non voglio aggiungere l'eventuale apprezzamento dei miei rilievi) ha indotto M. Bretone (*Storia del dir. romano*[2] [1987] 267) a parlare, molto piú moderatamente, di 'lealismo di Capitone verso il regime augusteo' e di 'fronda labeoniana' verso lo stesso. Viceversa, R. A. Bauman, *Lawyers and politics in the early roman empire* [1989] 49 ss. (autore informatissimo su tutto, salvo che sulla mia presa di posizione), torna in pieno sulla vecchia strada, discutendo come cosa seria perfino la strampalata ipotesi di un Capitone delatore di Ovidio. Sul punto: A. Guarino, *'Pro Ateio Capitone'*, in *AAP.* 21 (1972) 145 ss., in una serie di *'Ineptiae iuris Romani'* (scritto riprodotto in Guarino, *'Iusculum iuris'* [1985] 123 ss.): una nota, la mia, che aveva, come altre, evidentemente il torto (causa una scelta stilistica di cui comincio a pentirmi) di non essere conclamata 'ore rotundo', nonché 'fronte tristi et gravi supercilio'.

60. La 'costituzione romana', intesa come nucleo inderogabile di principî attinenti alla struttura e al funzionamento dello stato, non solo non risultava da una 'carta costituzionale' di fondo, ma non risultava nemmeno da un certo numero di *mores* e di leggi ritenuti inderogabili, o derogabili solo con speciali accorgimenti e procedure. A prescindere da qualche linea di tendenza fortemente radicata, e in primo luogo dall'orrore per il *regnum*, essa è stata 'costruita' (nell'illusione di ricostruirla storicamente per quel che era) dalla storiografia giuridica contemporanea, la quale è a sua volta culminata nell'opera insigne (e acutissima nei particolari) del *Römisches Staatsrecht* (1887-1888[3]) di Teodoro Mommsen, dei molti suoi seguaci e di parecchi tra i suoi stessi critici. Ancora piú fittizia nelle sue linee generali l'opera mommseniana si presenta in: Th. Mommsen, *Abriss des rö-*

mischen Staatsrechts (1893; tr. ital. di Bonfante rived. da Arangio-Ruiz, rist. 1973). L'opera piú apprezzabile (e in molti punti persuasiva) di revisione dell'ipotesi mommseniana è, a tutt'oggi, rappresentata dalla *Storia della costituzione romana*[2] (6 voll., 1972-1990) di F. De Martino, la quale (lasciando da parte ogni considerazione sul punto di vista marxiano che la informa e che può anche essere non condiviso) si sforza, spesso riuscendovi, di seguire senza pregiudizi di schema formale il corso storico degli avvenimenti e di cogliere, là dove appaiano piú evidenti, le trasformazioni verificatesi nel corso di tredici secoli. — Sulla *sanctio legis*: B. Kübler, sv. *Sanctio*, in *PW*. I.A.2 (1920) 2245 s.; Bleicken (nt. 31) 217 ss. Il processo per cui dalla *sanctio* intesa come clausola aggiunta (ed esterna) alla *lex rogata* si passò, probabilmente, alla *sanctio* intesa come clausola interna al testo della legge, e relativa alle sue conseguenze afflittive (cioè alla 'sanzione' in senso moderno), è un processo ancora tutto da studiare, connesso (a mio avviso) al passaggio dalle *leges imperfectae* alle *leges perfectae*, su cui *infra* n. 61. Cfr. a tal proposito specialm. Pap. D. 48.19.41 e Ulp. D. 1.8.9.3. — Per vero, vi è una lettera di Cicerone (*ad Att.* 3.23.3), la quale fa pensare che alle *leges publicae* potesse apporsi anche una clausola di inderogabilità di tutte le altre leggi precedenti da parte dei loro proponenti e che questa clausola fosse sottoposta all'approvazione dell'assemblea deliberante. Scrivendo ad Attico dall'esilio di Durazzo nel novembre del 58 a.C., Cicerone si occupa del plebiscito proposto a suo favore da ben otto tribuni (esclusi i soli P. Clodio e Elio Ligo) per la revoca della *lex Clodia* relativa al suo esilio e, tra l'altro, critica il fatto che nella *rogatio* figuri la clausola '*si quid in hac rogatione scriptum est, quod per leges plebisve scita* (*hoc est per legem Clodiam*, annota Cicerone) *promulgare, abrogare, derogare, obrogare sine fraude sua non liceat, non licuerit, quodve ei, qui promulgavit, abrogavit, derogavit, obrogavit, ob eam rem poenae multaeve sit, eius hac lege nihilum rogatum*'. Sorvolando sulle ragioni per cui la clausola si risolve, secondo Cicerone, in un possibile pregiudizio per lui, va solo aggiunto che, poco oltre, Cicerone giustamente osserva: *tamen in lege nulla esse eius modi caput te non fallit, quod si opus esset, omnes in abrogando uterentur*. — Sul problema dell'inderogabilità *ex lege* del *ius civile*: V. Arangio-Ruiz, *La règle de droit et la loi dans l'antiquité classique* (1938), in *Scr. di d. rom.* 3 (1977) 197 ss.; G. Pugliese, *Intorno al supposto divieto di modificare legislativamente il 'ius*

civile' (1954), in *Scr. giur. scelti* 3 (1985) ss.; Gioffredi, *'Ius'* (nt. 31) 67 ss. V. anche *infra* n. 61.

61. Sulla distinzione delle *leges* (da intendersi in senso estensivo) nella triplice categoria delle *perfectae, minus quam perfectae* e *imperfectae*: M. Kaser, *Ueber Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, in *SAW.* 312 (1977), con altra bibliografia. Sui *Tituli* dello pseudo-Ulpiano, da ultimo: F. Mercogliano, *Un'ipotesi sulla formazione dei 'Tituli ex corpore Ulpiani'*, in *Index* 18 (1990) 185 ss., con bibliografia. — La correzione da me apportata alla integrazione indiziaria del Huschke attiene al *'donationis causa capere'*, in luogo di *'donare'*. È vero che alla ricostruzione del Hunschke invita il successivo *'si plus donatum sit'*, ma per l'esattezza il plebiscito Cincio del 204 non vietava che si facessero donazioni o si dessero *munera* (eventualmente *ultra modum* e alle sole persone non *exceptae*), ma vietava che tali donazioni o *munera* si accettassero dai beneficiari (o meglio, come ha ben visto F. Casavola, *Lex Cincia* [1960] 25, che queste elargizioni in qualche modo si estorcessero): il che, oltre tutto, chiarisce meglio il carattere meramente ottativo del famoso plebiscito. Sulla *lex Cincia* e sui suoi veri motivi: A. Gonzalez, *The possible motivation of the 'lex Cincia de donis et muneribus'*, in *RIDA.* 34 [1987] 161 ss. (con considerazioni sommarie, ma sostanzialmente persuasive); E. Baltrusch, *'Regimen morum'* [1988] 63 ss. (con ritorno alla giustificazione moralistica della repressione del lusso). — Per un elenco delle altre *leges* (e provvedimenti equiparati) *imperfectae*: Kaser 29 ss. Ivi, 23 ss., l'elenco delle *leges minus quam perfectae*, nonché, 42 ss., l'indicazione delle piú o meno sicure *leges perfectae* (indicazione che andrebbe attentamente riesaminata). Per la dimostrazione che la *lex Voconia* del 169 a.C. non fu *perfectae* (Kaser 50 ss.), ma fu *lex imperfecta*: A. Guarino, *'Lex Voconia'*, in *Labeo* 28 (1962) 188 ss. — Per un quadro della complessità delle operazioni assembleari, dell'alto numero delle convocazioni e della *infrequentia* sempre crescente dei votanti nella *respublica* dei secoli II e I: C. Nicolet, *Il mestiere del cittadino nell'antica Roma* (tr. it. 1980 dell'ediz. francese 1976) 264 ss.; A. Guarino, *L'astratto e il concreto del votante romano*, in *Panorami* 2 (1990).

62. Per la storia della riforma processuale privata: Guarino, *SDR.* n. 142; id., *DPR.* n. 17, con bibliografia; M. Kaser, *Röm. Zivilprozessr.* (nt. 41) 107 ss. In particolare: F. L. Keller, A.

Wach, *Der römische Civilprozess und die Actionen*[6] (1883, rist. 1966); M. Wlassak, *Römische Prozessgesetze* (1888-91); V. Arangio-Ruiz, *Ist. di dir. romano*[14] (1960 e rist. successive) 120 ss.; O. Carrelli, *La genesi del procedimento formulare* (1946). — Sulla *lex Aebutia* (*de formulis*), in particolare: M. Kaser, *Die 'lex Aebutia'* (1953), ora in *Ausgew. Schriften* 2 (1976) 441 ss., con bibliografia; G. Sacconi, *Appunti sulla 'lex Aebutia'*, in *AG.* 197 (1979) 63 ss.

63. Per le considerazioni svolte in questo numero, rinvio a: A. Guarino, *Recensione a Carrelli* (nt. 62), in *SDHI.* 15 (1949) 231 ss. Ma v. anche: G. Pugliese, *Il processo civile romano*, 2.1: *Il processo formulare* (1963) *passim*; G. I. Luzzatto, *La genesi del processo formulare* (1950) *passim*.

64. Sulla cosí detta '*mors litis*' ancor oggi determinanti sono le considerazioni di F. Bonifacio, *L'estinzione del giudizio per 'mors litis'*, in *AG.* 142 (1952) 51 ss. — *Tab. Pomp. sec.* 34 è un documento per piú versi misterioso, sul quale non è qui il caso di fermarsi. L'edizione piú convincente delle due tavolette cerate (costituenti originariamente un dittico) è quella, ormai abbastanza largamente accolta, che si legge in: L. Bove, *Documenti processuali delle 'Tabulae Pompeianae' di Murecine* (1979) 105 ss. L'interpretazione migliore è, a mio avviso, offerta da: R. Santoro, *Le due formule della 'Tabula Pompeiana' 34*, in *AUPA.* 38 (1985) 335 ss., con bibliografia. Ai nostri fini è interessante segnalare che, a chiusura della seconda tavola (e con evidente allusione ad ambedue le formule processuali riportate nel dittico), si legge: '*iudicare iussit P. Cossinius Priscus duovir*'. Già W. Kunkel, *Epigraphik und Geschichte des römischen Privatrechts*, in *Akt. Congr. Epigraphik* 1972 (1973) 207 s., aveva acutamente intravvisto una conferma della dottrina difesa da M. Wlassak, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, in *SAW.* 197 (1921): il fatto che il *iussus iudicandi* si riferisca, come ha dimostrato il Santoro a due *iudicia* diversi (non ad un unico *iudicium*, la cui formula sarebbe stata, del tutto inspiegabilmente, riportata due volte) smentisce chi, contrariamente al Wlassak, ha sostenuto che questo provvedimento facesse parte di ogni singolo *iudicium*.

IX. IL 'IUS CIVILE NOVUM'.

65. IL 'IUS CIVILE NOVUM' E IL SUO RETROTERRA.

La locuzione '*ius civile novum*', che impiegherò nelle pagine seguenti, non è locuzione del tutto estranea alle fonti romane. Al linguaggio giuridico dei Romani essa è anzi piú vicina, e aggiungerei piú connaturata, di quanto non sia l'artificiosa espressione '*ius gentium*', cui invece gli studiosi fanno oggi generalmente ricorso per indicare, in sede di collocazione e di funzione svolta nel corso della storia, le istituzioni delle quali dovremo occuparci. Ed infatti vedremo a suo tempo (n. 89) che la concezione propria del *ius gentium*, in contrapposto a quella di *ius civile* come '*proprium civium Romanorum*', fu di formazione alquanto posteriore al sistema del *ius civile novum*. In particolare, essa combaciò con quel sistema solo sino ad un certo punto, male adattandosi a ricomprenderne alcuni istituti e alcuni aspetti che di 'comune a tutti i popoli civili', anziché di tipiche espressioni della sola civiltà giuridica romana (anche se erano aperte liberamente ai *peregrini*), avevano per vero tanto poco quanto niente.

La verità è che, influenzata da schemi ideologici già propagandati da Cicerone e successivamente accolti ed utilizzati in sede sistematica dalla giurisprudenza del II e III secolo dell'èra volgare, la storiografia romanistica moderna non suole dare il suo giusto peso al fatto incontestabile che gli istituti detti di *ius gentium* furono tutti rigorosamente inquadrati dai Romani nel sistema del *ius civile*, sia pure con caratteristiche di 'novità', che

non possono certo farli confondere con gli istituti del *ius civile vetus*. Parlare a loro riguardo di '*ius civile*' è dunque, almeno a mio avviso, doveroso. Assumere inoltre l'iniziativa, per amor di chiarezza, di qualificare '*novum*' questo *ius civile* di seconda ondata, e in parte di tipo effettivamente nuovo, sempre a mio avviso, è non poco opportuno. Di qui la locuzione da me adottata.

Fatta la precisazione terminologica, andiamo alla sostanza del *ius civile novum*, o comunque lo si voglia diversamente chiamare, e vediamo di individuarlo meglio, sia dal punto di vista storico che dal punto di vista tecnico.

Dal punto di vista storico le origini del *ius civile novum* sono da collegarsi a quel periodo di apogeo della *respublica Romanorum*, in cui questa, prima ancora di indursi a sempre piú vaste conquiste politiche, uscí dal chiuso della sua economia agricola tradizionale e cominciò ad intrecciare rapporti di commercio fitti e sostanziosi non solo con gli altri popoli italici, ma anche con le piú progredite nazioni del bacino mediterraneo occidentale e orientale.

Si trattò di un fenomeno imponente, che ebbe inizio verso la fine del secolo III avanti Cristo e che dette modo alle grandi famiglie latifondiste che costituivano la *nobilitas* senatoria di dirottare verso nuove fonti di lucro parti cospicue dei loro redditi, affidando questi capitali a soci e prestanome di loro stretta fiducia ed anche, talvolta, a loro stessi familiari, che si mostrassero particolarmente portati alle iniziative commerciali e fossero, nel contempo, ben disposti a non partecipare di persona alle competizioni per il potere in Roma. Fu cosí che col tempo si crearono, sia pure a prezzo di grossi rischi di impresa (basti pensare alla frequenza dei naufragi ed all'abbondanza dei predoni di terra e di mare), colossali fortune mobiliari, in qualche parte anche riconvertite in immo-

bili. E fu cosí, in questi ' managers ' fortunati e nei loro discendenti, che si formò quella categoria sociale dei super-ricchi, che ottenne, in cambio di un censo minimo di 400.000 sesterzi, l'iscrizione dei suoi membri nelle centurie degli *equites* dei comizi centuriati (donde la sua corrente denominazione come *ordo equester*) e che, nel periodo di crisi apertosi intorno al 150 avanti Cristo, riassunse ambizioni politiche e si scontrò aspramente con la *nobilitas* per la supremazia in Roma.

Questi sviluppi, che vanno dalle prime iniziative commerciali del terzo secolo alle lotte ingaggiate dai cavalieri nei secoli II-I avanti Cristo, non si verificarono però sempre nel clima iniziale, nel clima cioè di una sorta di parità di situazione in cui si venivano a trovare, sia dentro che fuori dai confini della repubblica, i commercianti romani e quelli stranieri. Bisogna tener conto del fatto che Roma, già con la vittoria nella prima guerra contro Cartagine (241 a.C.) e piú ancora con la vittoria nella seconda guerra punica (202 a.C.), si trovò ad essere la nazione di gran lunga piú potente del mondo mediterraneo, avviata a diventarne in pochi decenni addirittura la potenza dominatrice. E ciò ebbe i suoi importanti riflessi sia sul suo modo di fare commercio sia sui nuovi lucrosissimi impieghi dei suoi *equites*.

Vediamo, dunque, di distinguere, tanto per fissare una data convenzionale di riferimento, fra i tempi anteriori e quelle posteriori a quel 241 avanti Cristo, che fu, a dir cosí, l'anno in cui Roma, rompendo l'incanto della invincibilità di Cartagine, rivelò ai popoli mediterranei, e prima di tutto a se stessa, la sua enorme rilevanza sul piano internazionale, anche al di fuori della penisola italica.

Prima del 241 i non molti rapporti tra Romani e *peregrini* erano essenzialmente basati sulla fiducia reciproca. Non vi era ordinamento, non vi era autorità, non

vi erano nemmeno convenzioni internazionali cui far capo. Gli stessi celebratissimi trattati tra Roma e Cartagine piú recenti e sicuri, quello del 349 e quello del 306 avanti Cristo, non erano intesi a disciplinare i rapporti di commercio tra Romani e Cartaginesi, ma erano diretti piuttosto a delimitare le rispettive zone di influenza, quindi, almeno in un certo senso, ad escludere od a ridurre al minimo le possibilità di interscambio. Fiducia, dunque, era il canone cui si ispiravano queste relazioni del commercio mediterraneo. '*Fides*', per dirla col noto e diffusissimo termine romano.

Al pratico, la fiducia, tra genti di cosí diverse e spesso distanti nazioni, era peraltro cosa non facile a nutrirsi e assai difficile ad ottenersi. Per intendersi tra loro le parti procedevano con grande cautela, saggiandosi lungamente a vicenda, sperimentando prima piccoli affari e poi passando agli affari piú grossi, partendo dal baratto del questo contro quello per poi arrivare all'assunzione di reciproci obblighi di scambio di merci non ancora disponibili ma da procurare, e per giungere infine a forme di collaborazione di impresa (o, come oggi si dice, di 'joint venture') o addirittura ad incarichi di affari conferiti tra piazze lontane. La *fides*, insomma, era operante solo se era una fiducia meritata, collaudata da un passato a tutti noto di onestà e di lealtà, confermata da modi di contrattazione attenti certo al proprio interesse, ma non per ciò prevaricanti o furbeschi. In una gamma di valori crescenti al cui sommo era posta, come piú desiderabile e come piú richiesta, la '*fides bona*', cioè la fiducia piena, quella quasi affine alla sicurezza, che solo una persona assolutamente integra fosse in grado di ispirare al suo corrispondente in affari.

Naturalmente quest'atmosfera di fiducia, indispensabile per i rapporti del commercio internazionale, non escludeva che questioni e litigi potessero insorgere tra le parti.

Ma nove volte su dieci, quando non interveniva un accomodamento transattivo, interveniva un arbitrato, spesso previsto avvedutamente dalle parti con apposite clausole compromissorie (di predisposizione cioè dell'arbitrato in casi prevedibili di controversia) inserite accortamente nei loro contratti.

Gli arbitri (*recuperatores*) costituivano generalmente un collegio di almeno tre membri, scelti in parte eguali tra i concittadini o le persone di fiducia dei due litiganti e presieduti da un personaggio di nazionalità neutrale gradito ad ambedue. I loro lodi (per usare un'espressione, da *laudum*, venuta in essere, per vero, solo in età postromana) erano spesso eseguiti dal soccombente senza discutere, anche perché un atteggiamento di insofferenza o di contestazione avrebbe sicuramente diminuito il suo buon nome di commerciante meritevole di fiducia. Comunque erano lodi, *sententiae*, pareri privi di forza esecutiva e, quel che forse era peggio, privi di fondamento di argomentazioni tale da tranquillizzare. Non poteva essere diverso per decisioni che non erano in grado di fare riferimento a precisi indirizzi di principio, ma che erano il piú delle volte necessariamente limitate ad un'analisi piú o meno rigorosa, e talvolta a sfondo semplicisticamente conciliativo, delle sole convenzioni intervenute a suo tempo fra le parti.

66. La duplicazione della pretura.

Intanto Roma era sul punto di vincere la guerra con i Cartaginesi e di costituirsi la sua prima, ricchissima '*provincia*' territoriale (oggi si direbbe colonia) di sfruttamento: la Sicilia. Sull'onda dell'ottimismo per le cose che volgevano chiaramente al propizio, la *respublica*, per quanto momentaneamente stremata, cercava di riordinarsi, di modernizzarsi, persino di limare in qualche misura

quella impostazione timocratica e gerontocratica che era spiegabile pienamente alle origini (quando i comizi centuriati coincidevano con l'esercito, nel cui seno la preferenza veniva data a chi avesse piú mezzi economici per armarsi e il parere dei veterani faceva premio su quello degli *iuniores*), ma che era diventata col tempo una caratteristica sempre meno apprezzata dell'assemblea centuriata.

Una prima riforma riguardò appunto i comizi centuriati. Mentre si profilava la vitoria di C. Lutazio Catulo alle Egadi, le tribú territoriali vennero portate al loro numero definitivo di 35, con l'aggiunta alle precedenti della Velina e della Quirina. Con coraggiosa iniziativa, forse non appoggiata a nessuna esplicita legge di riforma, i due censori del 241, C. Aurelio Cotta e M. Fabio Buteone, si valsero dei loro vastissimi poteri per impostare sulla corrispondenza del numero delle centurie a quello delle tribú un importante rimaneggiamento, purtroppo non ben conosciuto nei particolari, della struttura dei *comitia centuriata*. Da un cenno piuttosto ambiguo di Cicerone (*de rep.* 2.22.39) sembra di poter dedurre che le centurie di *pedites* della prima classe, la classe dei piú ricchi, furono ridotte da 80 a 70 (che è multiplo di 35): il che autorizza ad ipotizzare che le rimanenti centurie della fanteria, in numero di 105 (tre volte 35), furono anch'esse in qualche modo, ma non può davvero dirsi quale, rapportate al numero delle tribú territoriali. Il risultato consistette in un certo calo, anche se non eccessivo, della preponderanza dei piú ricchi sui meno ricchi e dei piú anziani (i *seniores*: dai 45 ai 60 anni) sui meno anziani (gli *iuniores*: dai 17 ai 45 anni), e comportò che ogni cittadino romano fosse localizzato, anche ai fini delle votazioni centuriate, in base alla tribú di appartenenza.

Nel giro di questi avvenimenti già tanto rilevanti si inserí anche l'istituzione di una nuova magistratura, o a

meglio dire di una nuova funzione magistratuale: quella che, se non proprio sin dall'inizio, certamente lungo l'arco del secolo successivo acquistò la denominazione corrente di giurisdizione del *praetor peregrinus*. E siccome i problemi connessi alla storia della giurisdizione peregrina sono strettamente legati ai tempi ed ai modi della creazione della nuova magistratura, converrà che sul punto ci intratteniamo piú a lungo di quanto è stato o sarà necessario, almeno in queste pagine, per altre istituzioni costituzionali romane.

Dal compromesso patrizio-plebeo del 367 avanti Cristo, cioè dalle cosí dette leggi Licinie-Sestie della tradizione romana, era sortito, tra l'altro, un opportuno riassetto delle cariche supreme della *respublica*, dell'organizzazione politico-militare costituita dal *populus Romanus Quiritium*. Il comando in capo dell'*exercitus centuriatus* patrizio-plebeo, e per conseguenza il sommo potere politico della repubblica, fu consolidato in due *praetores-consules*, di cui solo uno dovesse essere necessariamente patrizio, sí che l'altro potesse anche essere di estrazione pleba. Dato però che i due consoli avevano molto da fare e potevano inoltre trovarsi nella necessità, per esigenze militari, di allontanarsi contemporaneamente da Roma, fu anche deciso, sempre in sede di compromesso, che i comizi centuriati procedessero ogni anno all'elezione di un terzo *praetor*, di rango inferiore a quello dei consoli (*praetor minor*), con il cómpito di surrogarsi ai consoli, specie durante le loro assenze, e in particolare con la funzione di sgravarli dall'onere, divenuto sempre piú pesante dopo la emanazione delle Dodici tavole, di amministrare giustizia, cioè di *ius dicere* tra i cittadini romani sia patrizi che plebei.

Non è a credere che il *praetor minor* abbia avuto sin dall'inizio attribuzioni specifiche ed esclusive di *iuris dictio*, né è da pensare che egli avesse poteri solo nell'àm-

bito dell'*urbs*, identificata dalle quattro tribú urbane (la Palatina, la Collina, la Esquilina e la Suburana). Egli ebbe inizialmente un compito generico, quello di '*consulare manus sustinère*': il che significa che ben poteva assumere, in mancanza di un console che se ne potesse occupare, il comando di un corpo di esercito fuori di Roma. Solitamente però la sua opera era richiesta nell'urbe, in luogo del vetusto istituto del *praefectus urbi*, e la sua utilità si manifestava nella *iuris dictio*. Quindi ad un certo punto dovette accadere che le funzioni giurisdizionali ordinarie nelle liti tra *cives Romani* gli fossero assegnate, dopo l'elezione, a titolo di '*provincia*', vale a dire di incarico specifico, anche se non esclusivo. E con ciò ci si rende conto di due cose. Da un lato, si capisce come mai i consoli, pur potendo in astratto avocare al loro *imperium maius* gli affari assegnati al *praetor minor* o fermare le decisioni di quest'ultimo con l'*intercessio*, si astennero in concreto quasi totalmente dall'interferire nella sua attività, tutt'al piú prestandosi al compimento di atti giurisdizionali puramente formali e richiesti d'accordo, da cittadini solo apparentemente in lite (si pensi, per esempio, alla *in iure cessio*). Dall'altro lato, si capisce perché il *praetor minor*, operando in pratica sopra tutto nell'urbe, fu usualmente denominato anche '*praetor urbanus*'.

Nulla ostava a che il *praetor urbanus* fosse affiancato da uno o piú colleghi. Che le magistrature ordinarie fossero costituite da collegi di due o piú persone, di pari livello e quindi con potere di *intercessio* reciproca, era anzi nello 'spirito' della costituzione repubblicana, pur se non ne costituiva una regola inderogabile. Il sistema serviva, oltre che a ripartire il lavoro da svolgere tra piú magistrati, anche a garantire che quei magistrati, a prescindere dai vèti cui potevano venir sottoposti dall'alto, si sorvegliassero a vicenda e procedessero tutto sommato, al di fuori da ipotesi di ostinata litigiosità, secondo orien-

tamenti concordati. Non stupisce pertanto che anche al *praetor urbanus*, man mano che si andò affievolendo la sua caratteristica originaria di mero sostituto dei consoli, i Romani abbiano pensato di affiancare prima uno, poi anche altri colleghi. Come non vi era stata una legge istitutiva del *praetor minor* (essendo le *leges Liciniae Sextiae* del 367 soltanto, è bene ripeterlo, una ipóstasi costruita dalla tradizione romana), così non occorreva, a stretto rigore, una legge per la duplicazione (o eventualmente per la moltiplicazione) della carica. Né appunto sembra che sia intervenuta una specifica legge istitutiva quando i *praetores minores* furono portati a due. È da pensare infatti che sia stato sufficiente allo scopo che i magistrati convocanti i *comitia centuriata* elettorali abbiano proposto agli stessi la designazione non più di uno, ma di due *praetores*. Siccome i *comitia centuriata* erano, per dirla con Cicerone, il *maximus comitiatus* della repubblica, la loro adesione a questa proposta dei consoli che li avevano convocati fu, per implicito, anche l'adesione all'iniziativa di duplicare la pretura.

Se le deduzioni che procedono sono credibili, gli storiografi del diritto romano vengono ad essere esentati, con conseguenze di cui si misurerà tra poco l'importanza, dal compito inane, non tanto di stabilire la data di inizio, quanto di reperire la legge istitutiva della duplicazione della pretura o almeno di spiegare come mai di questa legge, posto che sia esistita, le fonti concordemente tacciano. Circa la data, vi è divergenza tra Giovanni Lido (*de mag.* 1.38), che indica il 247, e Tito Livio (o meglio, il sommario del suo libro 19, andato perduto), che indica invece il 242 avanti Cristo (Liv. *per.* 19: *duo praetores tunc primum creati sunt*): stabilire chi abbia ragione tra i due non ha molto peso e non è forse da escludere che nel 247 vi sia stata un'elezione puramente sporadica di due pretori e che il ciclo regolare abbia avuto inizio solo

nel 242. Circa la legge istitutiva della seconda pretura, vi è stato chi l'ha identificata in una *lex Plaetoria*, che ci risulta essere stata pubblicata appunto nel 242 (o forse anche prima), e devo aggiungere che a questa tesi ho aderito in passato anch'io. Ma, a ben riflettere, la *lex Plaetoria*, essendo stata un plebiscito votato dai concilî plebei su proposta del tribuno Marco Pletorio, non può aver introdotto o duplicato una magistratura di etichetta 'patrizia' e dotata di *imperium*, quale fu sempre la pretura: piú probabile è che il plebiscito Pletorio sia intervenuto, con disposizioni a tutela degli interessi plebei (che erano ormai la stessa cosa degli interessi del popolo minuto), dopo che la duplicazione della pretura era stata introdotta esplicitamente o implicitamente dai comizi centuriati.

A mio avviso, le cose devono essere andate approssimativamente cosí. Già da qualche anno l'opportunità di raddoppiare la pretura era stata presumibilmente avvertita (e magari sporadicamente attuata, come risulterebbe da Giovanni Lido), ma nel 242 avvenne un fatto che rese quell'opportunità ancora piú viva. Consoli di Roma, impegnati nella lotta suprema contro Cartagine, erano Caio Lutazio Catulo e Aulo Postumio Albino, mentre pretore urbano era Quinto Valerio Faltone. Catulo avrebbe avuto bisogno del collega per condurre la sua guerra navale, ma a Postumio, che era anche *flamen Martialis*, il pontefice massimo vietò di lasciare la città, per evitare che nel momento del massimo pericolo rimanessero deserte proprio le cerimonie religiose in onore di Marte. Ecco dunque che in luogo di Postumio dovette correre a dare man forte a Catulo il pretore Valerio (cfr. Liv. 37.51.1-2, Val. Max. 1.1.2 e 2.8.2, Zonar. 8.17), con la conseguenza che la *iuris dictio* venne ad essere fortemente negletta. Mentre i comizi centuriati, ad evitare il ripetersi dell'inconveniente, provvedevano a creare per l'anno successivo due *praetores* invece di uno (cfr. Liv. *per.* 19), i

concilia plebis esigevano a loro volta che fosse garantito in ogni caso un regolare ed ampio espletamento della funzione giurisdizionale tra i cittadini nell'urbe mediante la permanenza in essa quanto meno di un pretore stabile.

Se sono veri i termini della *lex Plaetoria* riportati da un grammatico del terzo secolo della nostra èra, Censorino (*de die nat.* 24.3), fu stabilito che da allora in poi il *praetor urbanus* avrebbe dovuto avere con sé almeno due littori ed avrebbe dovuto *dicere ius* tra i *cives* tutti i giorni *fasti* sino alla *suprema* (*hora*), cioè sino all'ultima ora del tramonto (*praetor urbanus, qui nunc est quique posthac fiet, duos lictores apud se habeto usque ad supremam . . . iusque inter cives dicito*). Tenuto conto che all'unico pretore delle origini spettavano sei littori (la metà di quelli spettanti a ciascun console), può ragionevolmente supporsi che la *lex Plaetoria* abbia fissato per il *praetor urbanus* il numero minimo di due littori in considerazione del fatto che i restanti quattro littori potevano essere necessari alla scorta dell'altro o degli altri pretori di cui era ormai prevista come stabile l'elezione annuale.

67. La genesi della giurisdizione peregrina.

Rispetto al *praetor urbanus*, ancor piú vincolato dalla *lex Plaetoria* alle sue funzioni di *iuris dictio* tra i *cives Romani*, il secondo pretore istituito tra il 247 e il 242 ebbe il carattere, se cosí si può dire, di magistrato 'a tutto fare', usufruibile sia nell'urbe che fuori, sia per funzioni amministrative che per funzioni militari, e tornò particolarmente utile alle esigenze di organizzazione del nascente *imperium Romanum*.

L'estendersi rapidissimo dell'*imperium Romanum*, tanto in termini di occupazioni territoriali extra-italiche quanto in termini di egemonia di Roma sul mondo mediterraneo, portò seco ben presto ulteriori accrescimenti

del numero dei pretori. Se per il 241, anno di istituzione della provincia territoriale denominata Sicilia, ne furono eletti due, è da credere che negli anni successivi si sentí il bisogno di un numero anche maggiore. Nel 227, anno di istituzione della provincia territoriale di Sardegna, il totale arrivò sicuramente a quattro (cfr. Liv. *per.* 20), pervenendo a sei pretori poco dopo la vittoria nella seconda guerra punica, piú precisamente nel 198 (cfr. Liv. 32.27.6). Anche per questi nuovi aumenti non vi fu bisogno di leggi. La sola legge che, prima di giungere alle riforme legislative promosse nel primo secolo da Silla e da Cesare, intervenne a regolare il numero dei pretori fu una *lex Baebia* del 181, la quale stabilí che di pretori se ne designassero alternativamente quattro e sei ogni anno (cfr. Liv. 40.44.2). Ma è presumibile che questa singolare disposizione, comunque abrogata nel 179, fosse contenuta nella *lex Cornelia Baebia de ambitu* del 181 (cfr. Liv. 40.19.11) e avesse lo scopo di arginare la corsa dei membri della *nobilitas* romana all'ottenimento di posti di pretore: posti che, oltre che altamente onorifici, potevano essere, in caso di conferimento del comando di una provincia territoriale, anche molto lucrosi.

È in questo quadro di evoluzione costituzionale che va ambientata, a mio avviso, la emersione, a fianco della giurisdizione *inter cives* del *praetor urbanus*, di una nuova e sempre piú importante funzione giurisdizionale affidata ad un *praetor* cosí detto *peregrinus*. Il *liber singularis enchiridii* di Pomponio (cfr. D. 1.2.2.28) dice a questo proposito che, dopo un certo numero di anni da quello (367 a.C.) in cui fu creato il *praetor urbanus*, si rilevò che quel solo pretore non bastava, perché a Roma confluivano da ogni parte turbe di stranieri (*quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret*), e fu perciò istituito un altro pretore, che venne denominato '*peregrinus*' perché di solito amministrava giustizia tra gli stra-

nieri (*creatus est et alius praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat*). Da questo discorso la storiografia romanistica ha dedotto che il *praetor peregrinus*, con relativa sua giurisdizione, sorse 'ex abrupto' nel 242. Ma bisogna ammettere che la deduzione è alquanto precipitosa. Molto piú verosimile e probabile è che, una volta aperto il varco ad un secondo e poi anche ad altri pretori, si sia verificato un processo, certamente non breve, di concentrazione in uno di questi nuovi pretori, diversi dal *praetor urbanus*, di quella che fu infine denominata la giurisdizione peregrina.

I motivi che mi inducono oggi a sostenere queste tesi di una formazione progressiva dell'importante istituzione sono principalmente i seguenti. Prima della creazione di un secondo pretore, il pretore urbano, pur concentrandosi in particolare nella giurisdizione *inter cives*, faceva, come sappiamo, praticamente tutto ciò che occorresse a *vicem consulum sustinere*. Non è da escludere che in quei tempi egli possa anche essersi occupato di dirimere qualche rara controversia insorta tra Romani e stranieri o addirittura tra stranieri, sempre che i contendenti fossero d'accordo nel far capo a lui, anziché direttamente ad un collegio arbitrale. Istituito il secondo pretore, la *provincia* del *praetor urbanus* fu rigorosamente limitata alla giurisdizione *inter cives* e di ogni altra cosa si occupò, come abbiamo detto, il nuovo magistrato. Tuttavia sino alla fine del terzo secolo avanti Cristo, sino cioè alla vittoria nella seconda guerra punica, ed anche dopo che i pretori si moltiplicarono, il volume delle liti non insorgenti tra cittadini romani non fu tanto rilevante da poter integrare una intera *provincia* pretoria. Solo con l'affermazione dell'egemonia romana sul Mediterraneo, solo quindi con il secondo secolo avanti Cristo, poterono presumibilmente determinarsi le condizioni necessarie per fare della giu-

risdizione tra Romani e *peregrini* o tra *peregrini*, sempre che le liti fossero portate a Roma, un'entità tale da essere assegnata come *provincia* specifica ad un pretore 'ad hoc'. Ed è piú che verosimile che la progressione non vi sia stata solo quanto al numero degli affari, ma vi sia stata anche quanto al tipo degli stessi.

Del resto, è ovvio che, se i Romani pervennero alla decisione di caricare un loro magistrato della giurisdizione 'peregrina', ciò non poté essere altro che il riflesso di una epoca (il secondo secolo appunto) in cui Roma era straordinariamente salita d'importanza nel bacino del Mediterraneo, in cui l'urbe pullulava di stranieri in rapporti d'affari con i Romani e in cui, sopra tutto, da questi stranieri si levava alle autorità romane una 'richiesta di giustizia' di volume piuttosto notevole. E a chi, forse un po' ingenuamente, chiedesse come mai gli stranieri preferissero sempre piú largamente ricorrere, per aver giustizia nei confronti di controparti romane, proprio alle autorità di Roma, lasciando perdere la precedente prassi dei giudizi arbitrali con presidente di nazione neutrale, rispondere non è difficile.

Piaccia o non piaccia ai loro estimatori, i Romani erano uomini come tutti gli altri. Man mano che la potenza politica di Roma cresceva, aumentava comprensibilmente la loro arroganza negli affari, e sopra tutto nelle controversie con i commercianti stranieri. A convincerli dei loro torti, se e quando ne avevano, i collegi arbitrali non erano sufficienti: comunque, non era sufficiente il lodo di questi collegi ad indurli immancabilmente alla esecuzione della condanna. Quindi, per gli stranieri, delle due l'una: o rinunciare ai rapporti commerciali con cittadini romani (cosa ormai divenuta materialmente impossibile), oppure ricorrere contro di loro alle stesse autorità romane, un po' come avrebbero cominciato a fare qualche tempo appresso, per vie procedurali che qui non è il caso

di precisare, le comunità provinciali al fine di reagire contro le concussioni e simili dei magistrati o promagistrati mandati ad amministrarle.

E qui può dirsi con piacere, e a tutto onore dei Romani, che Roma alla richiesta di giustizia degli stranieri rispose nel modo migliore, attraverso la creazione di una magistratura autorevole e, per motivi che vedremo tra un istante, anche rigorosamente imparziale: una magistratura cui molto si deve del successivo sviluppo dell'ordinamento giuridico romano.

68. LE ATTRIBUZIONI DEL ' PRAETOR PEREGRINUS '.

Prima però di parlare dell'azione svolta dal *praetor peregrinus* per lo sviluppo del *ius civile* cerchiamo di vedere più da vicino quali furono le sue attribuzioni.

Va premesso che per uno straniero vi erano, naturalizzazione a parte, due modi per accedere al tribunale del *praetor urbanus* e per avere giustizia da lui in una controversia commerciale con un Romano. Il primo modo già lo conosciamo: consisteva nell'ottenimento del *ius commercii*, che autorizzava lo straniero a partecipare alle *legis actiones* ed a pronunciare le solenni formule relative. Il secondo modo, della cui risalenza al secolo III avanti Cristo tuttavia si discute, consisteva nel ' fingere ' deliberatamente che lo straniero non fosse straniero, ma fosse, ai fini di un certo determinato processo, cittadino romano anche lui. Ma avarissimi nella concessione del *commercium* i Romani rimasero sempre. E, quanto alla *fictio civitatis*, anche a voler ammettere che questo espediente fosse compatibile con la procedura delle *legis actiones*, il che è altamente improbabile, i casi dovevano contarsi ogni anno sulle dita di una sola mano. Quindi, se vogliamo ragionare realisticamente, dobbiamo concludere che, non essendovi una procedura romana cui gli stranieri potessero

accedere 'sic et simpliciter', appunto e solo come stranieri, questa procedura, in dipendenza dell'accrescersi delle loro richieste di giustizia, era una procedura che bisognava mettere su dal nulla.

Senonché inventare procedure, emanare codici, pubblicare leggi lunghe e circostanziate non era nello stile dei Romani, giustamente restii, al contrario di certi legislatori moderni, dalle programmazioni astratte e puramente verbali. Essi pertanto preferirono, nel caso nostro come in altri casi, inventare il magistrato (per meglio dire, la magistratura annuale) che si occupasse di questioni di commercio tra Romani e stranieri e che, accumulando esperienza anno per anno, a sua volta pian piano inventasse, ma a ragion veduta, tutto quanto potesse occorrere a colmare una sempre piú sentita lacuna del *ius civile*.

Non era cosa da poco. La grande maggioranza dei rapporti suggeriti o imposti dalla vita commerciale mediterranea era completamente ignota al puro *ius civile* romano, trattandosi, come ho detto, di ipotesi o di modalità lontane dall'esperienza tradizionale di quella che era stata per secoli una comunità essenzialmente contadina e agricola. Rapporti prospettati dalla varietà delle vicende commerciali e, in non minore misura, dalle esperienza giuridiche di altri popoli del bacino del Mediterraneo, che avevano avuto una vita economico-commerciale piú progredita di quella romana. Rapporti, dunque, intraducibili in termini di *ius Romanorum*, sia sul piano della sostanza che sul piano della procedura: tanto meno traducibili in 'linguaggio' giuridico romano, perché spesso basati su schemi negoziali redatti in lingue straniere (particolarmente in greco) e messi insieme a seguito di fervide discussioni che portavano a mescolanze giuridiche tra le piú singolari ed anche ad equivoci profondi, non sempre

e necessariamente provocati dalla furbizia di una delle parti.

' *Dicere ius* ' di fronte a questi rapporti, a volte di fronte a questi garbugli, era solo un modo di dire. Mancava un *ius* precostituito, romano o straniero che fosse, il quale li regolasse. Mancavano consuetudini, o anche prassi salde e affidanti ad essi relative. Mancava spesso anche sufficiente esperienza di cose tanto nuove. Quindi il magistrato non proclamava in realtà nessun principio giuridico generale, cui le parti dovessero attenersi, ma creava personalmente il ' diritto ' piú opportuno al regolamento del caso concreto, basandosi un po' sulle convenzioni intervenute tra le parti e un po' sul proprio buon senso, quindi sulla propria autorità. Il tutto sulla base di una paziente discussione con i contendenti per vedere di convincerli all'adozione concordata di una certa ' regola di giudizio ' (il *iudicium*) da prescrivere autoritariamente ad un *iudex privatus*, o piú spesso ad un collegio di *recuperatores*, affinché da costoro si pervenisse, attraverso l'esame dei fatti, dei documenti, delle testimonianze, alla *sententia* sul torto dell'uno oppure dell'altro.

Gli espedienti cui il magistrato fece ricorso per impostare la fase *in iure* del processo già li conosciamo e non è il caso di tornarvi sopra. Sia ribadita a completamento una cosa soltanto: che il convenuto non era tenuto a seguire *in ius* l'attore e che ambedue le parti erano libere di rifiutare il *iudicium*, e quindi di impedire che il processo avesse luogo, sino al momento della *litis contestatio*. Dopo la *litis contestatio*, però, non vi erano scappatoie di sorta. Il convenuto non poteva rifiutare la sentenza di condanna, né l'attore poteva ribellarsi alla sentenza di assoluzione del convenuto. L'esecuzione della sentenza di condanna era probabilmente assicurata dal *praetor*, in caso di recalcitranza del soccombente, mediante la *missio*

in bona debitoris (ai fini di una successiva *bonorum venditio*) di tutti i creditori di lui.

Quanto detto finora porta a ritenere che fin dagli inizi della sua attività il pretore peregrino si occupò, come giustamente pensa la 'communis opinio', tanto delle liti tra stranieri quanto (e, direi, sopra tutto) delle liti tra cittadini e stranieri. In entrambi i casi mancava infatti alle parti la possibilità di tradurre le loro controversie in termini solenni di *legis actiones* da pronunciarsi davanti al pretore urbano. La denominazione di *praetor 'peregrinus'* non deve trarre in errore, perché è ovvio che una denominazione debba tendere al sintetico ed è altrettanto ovvio che la nota piú caratteristica dell'attività del secondo pretore era che davanti a lui si recassero a controvertere (con altri stranieri oppure con cittadini romani) dei *peregrini*. Fuori strada sembra dunque David Daube, il quale ha troppo arditamente sostenuto che il *praetor peregrinus* si occupò esclusivamente di liti fra stranieri almeno sino alla *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 avanti Cristo, la quale equiparò le attribuzioni delle due preture giurisdizionali.

Escluso che sino alla *lex Iulia* i processi in cui fossero parti dei *peregrini* potessero celebrarsi inizialmente davanti al *praetor urbanus*, resta da chiedersi se i cittadini romani potessero portare le controversie tra loro davanti al *praetor peregrinus*. In teoria potevano anche farlo, ma a sua volta il pretore peregrino, tenuto conto del fatto che nella ripartizione delle *provinciae* la giurisdizione *inter cives* era stata assegnata al collega urbano, poteva (e, secondo correttezza costituzionale, doveva) rifiutarsi di *ius dicere* tra i cittadini che ne lo richiedessero.

In pratica il problema divenne scottante solo dopo che si fu formata nella prassi la cosí detta procedura formulare, tanto piú elastica e snella di quella delle *legis actiones*. Solo allora, solo quindi nel corso del secondo se-

colo, i cittadini ebbero una reale e ragionevole convenienza a stringere tra loro accordi cosí detti di *prorogatio iurisdictionis* per chiedere al pretore peregrino di conoscere secondo le procedure sue proprie le loro controversie, oppure per chiedere al *praetor urbanus* di esercitare la sua funzione nei modi del processo formulare. Ed appunto in vista di ciò la *lex Aebutia* autorizzò, intorno al 130 avanti Cristo, il ricorso anche da parte dei cittadini, sempre che fossero tra loro d'accordo, alla procedura formulare, la quale venne pertanto ufficialmente adottata, in alternativa con la procedura piú antica, anche dal *praetor urbanus*.

69. LA FORMAZIONE DEL 'IUS CIVILE NOVUM'.

Attività dunque davvero singolare, quella del *praetor peregrinus* nell'esercizio della sua cosí detta *iuris dictio*. Posto dalle parti di fronte ad un caso concreto, egli non era in condizione di *dicere*, di enunciare come applicabile ad esso un principio giuridico, e in particolare un principio del *ius civile*, che oggettivamente esistesse. Il suo còmpito era piuttosto di *dicere* un *ius* soggettivamente escogitato di volta in volta come quello piú adatto alla disciplina di quel caso e di ogni altro caso dello stesso tipo: un *ius* che era comunque, e sarebbe continuato ad essere anche dopo, un pseudo-diritto cioè un regolamento denominato *ius* essenzialmente con riguardo al magistrato che lo escogitava ed al luogo (*in iure*) in cui era impartito. Libere le parti, sino al momento della *litis contestatio*, di non apprezzare eventualmente lo sforzo del *praetor peregrinus* e di risolvere o tentare di risolvere la loro lite lontano dal suo *tribúnal*.

Le soluzioni adottate dal *praetor peregrinus*, anche quando le parti le avessero pienamente accettate in sede di *litis contestatio*, investivano ovviamente solo le sorti

del caso concretamente deciso. In astratto, ove si presentasse in seguito un caso identico, il pretore poteva dunque risolverlo, sempre che le parti accettassero, in modo anche radicalmente diverso, né i soggetti della nuova lite avrebbero potuto pretendere da lui l'adozione dello stesso criterio di decisione adottato la prima volta. In concreto peraltro le cose andavano, ed era corretto che andassero, in ben altra maniera. Era proprio l'autorità altissima del *praetor peregrinus* a rendere imprescindibile sul piano sociale che egli usasse i suoi poteri discrezionali in modo coerente agli atteggiamenti assunti in precedenza da lui stesso o dai suoi predecessori, oppure che da quei precedenti egli eccezionalmente si discostasse per motivi da chiunque comprensibili di seria rimeditazione del loro fondamento logico e di opportunità. Un comportamento opposto avrebbe implicato un clamoroso abuso di potere, del quale il responsabile non avrebbe mancato di sopportare conseguenze di riprovazione sociale ed eventualmente anche conseguenze di futuri insuccessi politici.

Si può capire, alla luce di queste osservazioni, come mai sin dai primissimi tempi di attività giurisdizionale del *praetor peregrinus*, si sia affermata nell'àmbito della *iurisdictio peregrina* la regola dello '*stare decisis*', del conformismo al 'precedente' in ogni situazione identica o fortemente analoga: regola derogabile, ma prassi giurisdizionale in continua crescita almeno sino a tutto il primo secolo avanti Cristo, la quale a sua volta prefigurò in qualche modo un nuovo settore del *ius civile Romanorum*. E questo processo di formazione della prassi, e di trasformazione della prassi in diritto a pieno titolo, fu agevolato dall'uso del *praetor peregrinus* di emanare all'inizio dell'anno di carica, cosí come facevano tutti i piú importanti magistrati romani, un *edictum* per annunciare il programma della sua amministrazione e, nel quadro di esso, anche i principali criteri cui si sarebbe atte-

nuto nel risolvere le questioni che gli si sarebbero potute prevedibilmente presentare. Ma dell'*edictum praetoris peregrini* (detto piú brevemente '*edictum peregrinum*') mi riservo di parlare piú in là (n. 72).

Oggetto della *iurisdictio peregrina* e del relativo *edictum* furono in linea immediata, lo si è già detto, le liti tra cittadini e stranieri o tra stranieri. In linea mediata l'oggetto dell'intervento giurisdizionale pretorio e delle sue escogitazioni di nuovo *ius* furono i rapporti intersoggettivi cui le liti si riferivano. Sia pure in modo indiretto, dunque, la *iurisdictio peregrina* si concentrò nella disciplina 'ex novo' di quei rapporti: cosa tanto piú facile sul piano del rispetto del *ius civile vetus*, in quanto quei rapporti riguardavano interessi e situazioni (la cosí detta 'materia commerciale') trascurati dal vecchio *ius civile* e toccati solo in minima parte dalle stesse *leges publicae* del *novum ius legitimum*.

Dato che il diffondersi dei moderni istituti di traffico del mondo mediterraneo comportò come ovvia conseguenza il propagarsi degli stessi istituti anche nei rapporti tra Romani, è comprensibile che siano bastati pochi decenni a che gli istituti riconosciuti e regolati dal *praetor peregrinus* fossero ritenuti applicabili agli stessi cittadini romani nelle loro relazioni reciproche. Trattandosi di tipi di rapporti non previsti dal vecchio *ius civile*, non ostava a questo estendimento il principio della eternità ed immutabilità del *ius civile* tradizionale. Quanto all'elaborazione 'scientifica' dei nuovi istituti ed al loro inquadramento piú acconcio tra gli istituti del *ius civile*, fu la giurisprudenza laica dell'avanzato II secolo avanti Cristo che molto provvidemente vi attese. Si segnalarono in quest'opera di espansione e di superamento della sistematica piú antica, rappresentata in ispecie dai *Tripertita* di Sesto Elio Peto, tre giuristi fioriti negli ultimi decenni del secolo: Marco Giunio Bruto, Manio Manilio e Publio

Mucio Scevola, il console del 133. Dice di essi, nel suo modo enfatico di esprimersi, il Pomponio del *liber singularis enchiridii* (D. 1.2.2.39) che '*fundaverunt ius civile*': non certo per intendere che gettarono le basi di una istituzione già esistente da secoli, ma presumibilmente nel senso debole che contribuirono in modo determinante a consolidarne le fondamenta.

Il complesso degli istituti giuridici venuti a ricognizione atraverso la prassi del *praetor peregrinus* e considerati come *novum ius civile* si diversificò, in ogni caso, dal *ius civile vetus* per una caratteristica essenziale: quella di essere relativo a rapporti applicabili anche ai cittadini stranieri. E questa prima rottura del principio di esclusivismo nazionale dell'ordinamento giuridico portò seco, a piú o meno breve scadenza, la conseguenza che anche taluni istituti tipicamente romani furono, per lo meno in particolari ipotesi e con speciali accorgimenti, resi applicabili ai *peregrini*, passando per tale modo, almeno in ordine a tali applicazioni, dalla cerchia del *ius civile vetus* a quella del nuovo *ius civile*. Quest'ultimo fenomeno si verificò, ad esempio, in ordine al contratto civilistico della *stipulatio*: la quale rimase esclusiva dei cittadini romani solo se espressa nella sua forma originaria, quella della *sponsio* ('*spondes dari centum?*', '*spondeo*'), mentre, per evidenti ragioni di opportunità pratica, divenne applicabile ai cittadini stranieri allorché si usasse l'accorgimento di non adoperare il verbo *spondère*, ma di adoperare un verbo equivalente (*promittere, dare*).

Sin dal secondo secolo avanti Cristo, in altri termini, venne ad insinuarsi in Roma, attraverso il tribunale del *praetor peregrinus*, il principio della 'territorialità del diritto', affiancandosi a quello originario della personalità, o piú precisamente dell'esclusivismo nazionale romano degli istituti civilistici tradizionali. Con ciò il *ius civile*, usufruí di un notevole incremento sia quanto al numero

degli istituti, sia quanto alla duttilità della sua applicazione. E il nuovo settore giuridico, tanto più che i giuristi passarono ad inquadrarlo nelle loro opere '*iuris civilis*', fu parimenti chiamato '*ius civile*', o per lo meno non fu distinto dal *ius civile vetus* con una qualifica particolare. Si ritenne sufficiente alla differenziazione il fatto che i nuovi rapporti potessero, in caso di contestazione, essere dedotti davanti (o anche davanti) alla giurisdizione peregrina.

NOTE AL CAPITOLO IX

65. Sul *ius civile novum*, in generale: Guarino, *SDR.* n. 139-141. — Sarebbe vano tentare un elenco approssimativamente completo delle opere dedicate all'espansione mediterranea di Roma ed al diffondersi del commercio nel mondo romano. Nel rinviare ai manuali di storia, mi limito qui a segnalare tre libri particolarmente illuminanti: A. Piganiol, *Le conquiste dei Romani* (tr. ital. 1971 dell'ediz. francese 1967 più significativamente intitolata *La conquête romaine*) 249 ss.; C. Nicolet ed altri, *Rome et la conquête du monde méditerranéen* (2 voll., 1977-78), con larga bibliografia; F. De Martino, *Storia economica di Roma antica* (1979) 183 ss., 199 ss. — Non ci risultano, nemmeno indirettamente, impieghi della terminologia '*ius gentium*' da parte di giuristi dell'età preclassica; ma bisogna anche tener presente che i riferimenti di cui disponiamo sono pochissimi e che, anche per quanto riguarda i giuristi dell'età classica, il primo impiego a noi noto (ma da alcuni ritenuto interpolato) si trova in un frammento di Celso figlio (6 *dig.* D. 12.6.47), cioè di un autore fiorito agli inizi del secondo secolo. — Non è da escludere (anzi, secondo me, è piuttosto probabile) che lo spunto a designare come *ius gentium* gli istituti del *ius civile novum* i giuristi classici lo abbiano tratto da un passo dell'opera ciceroniana *de officiis*, la quale fu notoriamente assai apprezzata e imitata nell'età classica e postclassica (sino, ad esempio, al *de officiis ministrorum* di Ambrogio) e forse in qualche modo influì anche sulla letteratura giuridica *de officiis* in cui si sperimentarono Sabino, Macro, Marcello, Paolo, Ulpiano, Modestino ed Arcadio Carisio (cfr. Guarino, *SDR.* n. 220). Il passo

in questione è, precisamente, Cic. *de off.* 3.17.69, in cui si afferma che esistono tre tipi di *societas* umana (*latissima*, quella '*omnium inter omnes*'; *interior*, quella '*eorum, qui eiusdem gentis sunt*'; *proprior*, quella '*eorum qui eiusdem civitatis sunt*') e si continua, richiamando l'autorità degli antichi (*maiores*), con queste parole: *itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt: quod civile, non ideo continuo gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet.* Le diverse interpretazioni che sono state date di questo passo non si contano (il Beseler ha perfino sostenuto l'interpolazione di *itaque - debet*): v., per tutti, Lombardi, *Concetto di 'ius gentium'* (nt. 57) 67 ss. A mio parere, è vano pretendere, qui come altrove, da Cicerone una cartesiana quadratura concettuale. Quel che l'Arpinate ha voluto dire (al suo solito modo verboso e approssimativo) e quel che i suoi lettori dell'antichità hanno generalmente inteso, è che i *maiores* hanno autorevolmente (e esattamente) ritenuto (*voluerunt*) che si debba distinguere il *ius proprium* di una determinata *civitas* (cioè il *ius civile*) dalle istituzioni riconosciute come giuridiche nelle società piú ampie della *civitas* ed entro le quali questa si situa (la società universale di tutte le genti umane e la società degli umani appartenenti alla stessa specifica *gens*, o stirpe, della *civitas*): istituzioni, queste ultime, che vengono denominate sinteticamente *ius gentium*. Il *ius gentium* è, pertanto, rapportato a Roma, quello comune ai *cives Romani* ed ai *peregrini*: ben giustamente i *maiores* hanno sostenuto che, mentre il *ius civile* (quello proprio dei soli Romani) non è coincidente con il *ius gentium*, il *ius gentium* 'deve' (auspicabilmente) essere recepito dal *ius civile Romanorum*. Sia come sia, non mi pare dubbio che Cicerone, almeno in questo notissimo passaggio (ma cfr. anche Cic. *de off.* 3.5.23), intenda per *ius gentium* il *ius civile novum*. — A conferma della mia tesi sulla appartenenza al *ius civile* dei nuovi istituti nati dal commercio con gli stranieri, si ricordi che, ad esempio, Pomponio, pur avendo sicuramente conoscenza della nozione di *ius gentium* (cfr. D. 50.7.18), non include il *ius gentium* nel quadro del *ius Romanorum* tracciato nel suo *liber singularis enchiridii* (cfr. Pomp. D. 1.2.2.12: *retro* nt. 50). — Sulla '*fides*', nelle sue molte sfumature di significato, la letteratura è ricchissima. V. per tutti: L. Lombardi (Vallauri), *Dalla 'fides' alla 'bona fides'* (1961).

66. La riforma dei comizi centuriati da me attribuita ai censori del 241 a.C. non fu l'unico rimaneggiamento subito nei secoli dall'importante assemblea e non è, comunque, ricostruibile

nelle sue linee particolari, causa la genericità di Cic. *de rep.* 2.22.39 (cfr. anche Dion. 4.21.3). La letteratura in materia è vastissima, sopra tutto dopo che al problema ha dedicato la sua attenzione, con rilievi ed ipotesi di grande acutezza, l'umanista cinquecentesco Ottavio Pacato, detto il Pantàgato. Mi limito qui a richiamare l'attenzione su: V. Arangio-Ruiz, *La riforma dell'ordinamento centuriato* (1928), ora in *Scritti di d. rom.* 2 (1974) 203 ss.; C. Nicolet, *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma* (tr. ital. 1980) 283 ss. — In ordine al *praetor peregrinus*, l'opinione dominante che questa magistratura sia stata istituita con la *lex Plaetoria* del 242 è vigorosamente sostenuta da: L. Di Lella, *'Formulae ficticiae'. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto* (1984) 156 ss., con bibl., il quale precisa che le controversie tra cittadini e stranieri sarebbero già state in precedenza risolte dal *praetor urbanus* (*'urbanus'* perché esercente la *iurisdictio* nell'ambito dell'*urbs*) e che la legge Pletoria, nell'istituire il nuovo *praetor*, avrebbe espressamente limitato la competenza del *praetor urbanus* alle sole controversie *inter cives*. Le ragioni per cui questa ricostruzione non convince del tutto (salvo quanto si dirà *infra* n. 67) sono da me sintetizzate nel testo, il quale (salvo qualche lieve variante di forma) è ancora quello dell'edizione precedente (1980). È ben difficile credere che un *plebiscitum*, per di più emesso anteriormente alla *lex Publilia Philonis* del 239 (sulla quale v. *retro* nt. 58), abbia interferito in materia strettamente riservata alle *leges centuriatae*. — L'affare del 242 a.C., con la conseguente vittoria riportata alle isole Egadi dal console Lutazio Catulo e dal pretore Valerio, dette luogo ad una delicata questione circa l'assegnazione del trionfo (cfr. Val. Max. 2.8.2), per la quale v.: Guarino, *Giusrom. element.* (nt. 1) 239 ss.

67. Sulla storia della magistratura del *praetor 'peregrinus'* le opinioni sono diversissime e non possono essere qui discusse. Per un buon quadro, rinvio a: Di Lella (nt. 66) 147 ss. Ma v. anche: D. Daube, *The peregrine 'praetor'*, in *JRS.* 41 (1951) 60 ss.; F. Serrao, *La 'iurisdictio' del pretore peregrino* (1954); F. Bonifacio, *Rc. a Serrao*, in *Iura* 6 (1955) 236 ss.

68. Ho francamente qualche esitazione, anche dopo lo studio del Di Lella (nt. 66), a condividere l'opinione, basata peraltro sulla puntuale terminologia usata da alcuni testi legislativi sino a noi pervenuti, che il nostro *praetor* fu chiamato a *'ius dicere inter cives et peregrinos'* solo dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum*

del 17 a.C., mentre, anteriormente a questa legge, la sua giurisdizione fu relativa esclusivamente alle liti '*inter peregrinos in urbe Roma*'. Stando a questa ipotesi, dovremmo ritenere che un *peregrinus*, per poter litigare con un romano prima della legge Giulia, dovesse ottenere la *fictio civitatis* e controvertere col suo avversario davanti al *praetor urbanus*. Se le fonti lo dicessero esplicitamente, non avrei nulla da opporre, dal momento che la storia non si fa con i 'se' e con i 'ma'; dato però che le fonti esplicitamente non lo dicono, opporrei che, secondo logica e verosimiglianza, la legge Giulia giudiziaria avrebbe dovuto proseguire lungo la strada della *fictio civitatis* ed ammettere i *peregrini* a litigare anche tra loro davanti ai pretori *ficta civitate*. Di piú: non va dimenticato che tra le funzioni principali del *praetor peregrinus* (o dei *praetores peregrini*) vi fu fin dal sec. II a.C., al di fuori di quella della *iurisdictio* in questioni private, quella di presiedere le *quaestiones perpetuae* tra un *accusator* ed un imputato ambedue cittadini. — Che i Romani avessero pochi scrupoli formali, oltre che sostanziali, ad ammettere gli stranieri in quanto tali (senza cioè procedere nei loro riguardi alla *fictio civitatis*) all'uso del loro diritto, non tanto è dimostrato dall'istituto della cosí detta *stipulatio iuris gentium* (su cui *infra* n. 69), quanto dai trattati di pace, almeno per come ce li presenta Gai 3.94: *Unde dicitur uno casu hoc verbo* (sc. '*spondere*') *peregrinum quoque obligari posse, veluti si imperator noster principem alicuius peregrini populi de pace ita interroget*: '*pacem futuram spondes?*', *vel ipse eodem modo interrogetur. quod nimium subtiliter dictum est, quia, si quid adversus pactionem fiat, non ex stipulatu agitur, sed iure belli res vindicatur*. È scontatissimo che qui il giurista raccoglie e riferisce ('*dicitur*') una opinione che sa molto di astratto e di scolastico (opinione di cui egli si affretta, subito dopo, a sottolineare col '*quod nimium rell.*' l'eccessiva sottigliezza e la minima consistenza a termini di diritto privato), ma è un fatto incontrovertibile che il generale nemico, con cui si pervenga a trattative di pace, è un peregrino a tutto tondo, che sarebbe contraddittorio e assurdo 'fingere' *civis Romanus* ai fini della *sponsio de pace*: ciò non ostante, ecco che lo si ammette (o lo si costringe), in nome della prevalenza di Roma sugli stranieri, all'uso della lingua latina ed alla partecipazione al contratto piú esclusivo del *ius Romanorum*, la *sponsio*.

69. Sui *Tripertita* di S. Elio Peto: *retro* nt. 56. Su Bruto, Manilio e Publio Mucio: M. Bretone, *La fondazione del diritto*

civile nel manuale pomponiano (1971), in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*[2] (1982) 255 ss.; ma v. anche: Guarino, *Noterelle pomponiane* (nt. 26), scritto che ha forse in qualche misura influito sulla meno credula accoglienza dell'interpretazione prima prevalente di Pomp. D. 1.2.2.39. — La denominazione della *stipulatio*, nelle sue applicazioni prive dell'uso del verbo *spondere*, come '*iuris gentium*' si trova esclusivamente in Gai 3.93: *Sed haec quidem verborum obligatio 'dari spondes? spondeo' propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines sive Romanos sive peregrinos valent* (*rell.*). La contraddizione di questo passo, relativo ad un istituto del *ius civile Romanorum*, con quanto è affermato in Gai 1.1 (su cui *infra* n. 91) è una contraddizione evidentissima. Prima però di ricorrere all'ipotesi dell'interpolazione di Gai 3.93 (Solazzi) o addirittura a quella dell'interpolazione di Gai 1.1 (De Martino), bisogna pur rendersi conto che Gaio è un giurista pratico, il quale prende atto del fatto che la *stipulatio* è un istituto del *ius civile*, eppure è utilizzabile (quando si escluda il verbo *spondere*) anche dai *peregrini* (alla stessa guisa degli istituti del *ius civile novum*): che male c'è se egli, facendo uno strappo alla logica pura, la qualifica *iuris gentium* per il fatto che vale '*apud omnes populos*'? Anche in Gai 3.133 (*transscripticiis vero nominibus an obligentur peregrini merito quaeritur, qui quodammodo iuris civilis est talis obligatio*) il giurista è lí lí, occupandosi dei *nomina transscripticia*, per dire esplicitamente che si tratta di istituti *iuris gentium*. Sul punto, con bibliografia: Guarino, *DPR.* n. 13.3.

X. IL ' IUS HONORARIUM '.

70. Le ragioni di un diritto alternativo.

Il sistema giuridico solitamente denominato ' *ius honorarium* ' o, con riferimento piú limitato, ' *ius praetorium* ' cominciò a profilarsi, per comune riconoscimento degli studiosi, intorno alla seconda metà del secondo secolo avanti Cristo e si mantenne vitale, cioè produttivo di nuovi principî, quanto meno sino alla fine del primo secolo dell'èra volgare. Ma delle sue caratteristiche, delle sue vicende, della sua stessa denominazione avremo modo di parlare in séguito. Prima occorre dire brevemente dei motivi per cui il *ius honorarium* sorse e si affermò come ' diritto alternativo ' nei confronti del *ius civile*.

Furono motivi analoghi, ma solo sino ad un certo punto, a quelli per cui era sorto e si era affermato a suo tempo, tra il III e il II secolo avanti Cristo, il *ius civile novum*. La coscienza sociale reclamava nuovi regolamenti giuridici e ad apprestarli provvidero, surrogando in gran parte la legislazione ed in virtú di una sorta di tacito affidamento da parte della stessa (n. 61), i magistrati giusdicenti. Senonché, mentre per il *ius civile novum* si era trattato di colmare le lacune del *ius civile vetus*, di fissare un regolamento in ordine al ' *casus omissus* ', per il *ius honorarium* si trattò di una impresa molto piú impegnativa: quella di sostituire i regolamenti del *ius civile* romano con regolamenti diversi e piú avanzati, e di far funzionare il tutto con mezzi processuali piú moderni ed elastici. I tempi nuovi esigevano infatti che non avessero piú vigore quei principî del *ius civile* (*vetus*) che prove-

nivano da epoche ormai lontanissime e che si adattavano ad una società romana ormai di gran lunga superata.

Ci si potrà chiedere perché mai, ai fini di un rinnovamento del *ius Romanorum*, non si sia seguíto il metodo dell'abrogazione espressa o tacita dei vecchi principî civilistici attraverso l'intervento della legislazione quanto meno con istituti di carattere generale. La risposta a questa domanda è che, a prescindere dalle già rilevate difficoltà dei Romani nel ricorrere alle riforme legislative, vi era, nella specie, un ostacolo pressoché insormontabile, costituito dalla persistente convinzione della intangibilità del *ius civile* nei suoi principî di fondo, cioè proprio in quei punti che la coscienza sociale, sentiva il bisogno che fossero invece riformati.

Del resto, parliamoci chiaro. Se anche l'ostacolo rappresentato dalla difficoltà di legiferare fosse stato agevolmente superabile, sarebbe bastata questa ideologia ad impedire un'opera razionale di riforma. Ne fornisce la prova proprio l'atteggiamento di Augusto e dei suoi successori, quanto meno fino a Nerone (ma forse è da ritenere addirittura fino a Traiano), rispetto al *ius civile*. Ai *principes* giulio-claudii non mancava certo il modo di provocare la emanazione a dir cosí 'spontanea' di *leges publicae*, per di piú *perfectae*, di indurre inoltre piú o meno persuasivamente il senato alla formulazione dei *senatus consulta* da loro desiderati, di intervenire al limite essi stessi come meglio credessero mediante proprie *constitutiones*. Sta in fatto però che essi il *ius civile* non lo intaccarono e non lo fecero intaccare se non in minima parte, e ciò anche, come vedremo in altro momento, per la ragione che tutta la loro propaganda, tutta l'ideologia da questa forgiata a sostegno del potere imperiale, era, nella fase augustea del principato, ostentatamente nel senso che i *principes* fossero i continuatori e sostenitori della antica repubblica. Non si spiega altrimenti il favore con cui essi

seguirono a lungo, naturalmente cercando di influenzarla a modo loro, l'attività solo copertamente innovativa dei magistrati esercenti la *iuris dictio*.

Per tornare ai magistrati giusdicenti, il loro cómpito, di fronte alla esigenza di disapplicare il *ius civile vetus* e di trovare soluzioni diverse, fu certamente di estrema delicatezza, ma fu reso possibile, a partire dal secondo secolo, dal ricorso alla procedura *per concepta verba*, che permetteva la formulazione caso per caso di 'regole di giudizio' assolutamente nuove. E certamente facilitò le cose anche in questo campo, come già era successo e succedeva per le questioni del *ius civile novum*, il principio che la *res iudicata*, la soluzione adottata in un processo, facesse stato solo tra le parti e non influisse né sulle situazioni giuridiche dei terzi, degli estranei al processo, né, tanto meno, sull'assetto dell'ordinamento giuridico in generale. Quanto al contenuto delle soluzioni innovative, furono i giuristi, interpreti attenti e avveduti della coscienza sociale, a suggerirlo direttamente o indirettamente ai magistrati.

Su questi punti occorrerà che ci fermiamo un qualcosa di piú, se vogliamo essere in grado di proseguire e concludere utilmente il discorso.

71. Il quadro dei magistrati giusdicenti.

Cominciamo dai magistrati *ius dicentes*. Non per ripetere, beninteso, quanto a piú riprese si è detto a proposito di taluni tra essi e dello sviluppo storico della relativa funzione. Piuttosto per completare i cenni indispensabili ad una visione d'insieme.

L'esercizio ordinario della *iuris dictio* spettava in primissima linea, come già ho segnalato, ai due pretori denominati rispettivamente *praetor urbanus* e *praetor peregrinus*. Entrambi potevano fissare il loro *tribúnal* dove

volessero, purché *in urbe Roma* e precisamente '*intra primum urbis miliarium*', cioè entro la cerchia delle pietre miliari segnanti, in ogni direzione, il primo miglio di distanza dal centro cittadino, il quale era in un punto attiguo al tempio di Saturno che sorgeva nel Foro. Delle *provinciae* dei due *praetores*, della loro *sortitio* tra tutti i pretori, delle procedure e della storia delle stesse sino alle leggi giudiziarie di Augusto (17 a.C.) sappiamo già tutto quello che occorre. Vi è solo da aggiungere che forse (lo si desume da un passo di Cicerone, *Phil.* 2.13.31) il divieto al *praetor urbanus* di allontanarsi durante la carica dall'urbe subí col tempo un modico ammorbidimento, nel senso che gli si riconobbe la possibilità di fare un'eccezione alla regola, purché per un periodo non superiore ai dieci giorni.

In urbe Roma, e non oltre, esercitavano una limitata *iuris dictio* anche i due *aediles curules*, occupandosi di talune controversie e questioni tipiche dei pubblici mercati: per esempio, delle vendite di schiavi o di bestiame, dei vizi occulti delle cose vendute venuti tardivamente agli occhi dei compratori, dei modi di conduzione attraverso la città (ed evidentemente dall'esterno verso i luoghi di mercato o dai luoghi di mercato verso l'esterno) di animali pericolosi o comunque fastidiosi. Si trattava, a quanto pare, di una attività giurisdizionale davvero provvida sul piano pratico, perché gli edili curuli erano incaricati, in una con i due edili plebei, proprio della sorveglianza dei mercati urbani (la cosí detta *cura annonae*), in connessione con la *cura urbis* e la *cura ludorum*, e ciò li rendeva particolarmente esperti della materia del contendere ed anche particolarmente pronti ad intervenire tra i litiganti, spesso con l'effetto di chiudere le controversie giudiziarie sul loro stesso nascere.

Due cose vanno segnalate a proposito della giurisdizione edilizia: anzi tutto che gli edili curuli non erano

magistrati *cum imperio*, secondariamente che dall'esercizio della loro funzione giurisdizionale erano esclusi, pur essendo per il resto allo stesso loro livello, gli edili plebei. Le due particolarità hanno dato àdito a tentativi di spiegazione diversi, sui quali non sembra sia il caso di fermarsi. Basti tener presente che l'essere *sine imperio* impediva agli edili curuli di far ricorso a provvedimenti chiaramente collegati con l'*imperium* stesso, quali erano ad esempio gli *interdicta*, ma non impediva loro di *iudicium dare*, cioè di investire un *iudex privatus* del potere di giudicare, né di imporre alle parti *stipulationes* di garanzia (*cautiones*) analoghe alle cosí dette *stipulationes praetoriae*. È abbastanza chiaro, insomma, che, di fronte all'utilità concreta di avere una magistratura giusdicente addetta specialmente ai mercati, i Romani, con il loro caratteristico pragmatismo, non fecero troppe questioni circa l'*imperium* che a quella magistratura mancava, tanto piú che, se fossero sorte contestazioni in proposito, la parte interessata avrebbe sempre potuto rivolgersi nella stesa città ai *praetores*.

La cerchia del miglio attorno al centro dell'urbe era, in ogni caso, troppo esigua rispetto all'estensione territoriale sempre crescente della *civitas Romanorum*, nelle sue 35 tribú, e rispetto ai sempre piú numerosi *municipia* (o alle *coloniae*) *civium Romanorum* esistenti in Italia. Recarsi a Roma, da zone lontane o lontanissime, per istaurarvi una controversia giudiziaria (salvo che già non vi ci si trovasse per ragioni di mercato o, piú in generale, di affari) era praticamente tanto difficile quanto recarsi in città per le votazioni assembleari. Se nei secoli II-I avanti Cristo la *iurisdictio urbana*, a differenza delle votazioni assembleari, non decadde (anzi, l'ho detto poco fa, addirittura fiorí), ciò fu perché si riuscí, con accorgimenti vari, a porre in essere un sistema che era, ad un tempo, di erogazione decentrata della giustizia e di ferma unità di in-

dirizzi nell'esercizio di essa. A parte che il fastidio per le parti di recarsi *in ius* da centri siti a distanza fu ridotto ai minimi termini (vale a dire a non piú di un solo spostamento) dall'uso di predisporre tutto sul posto periferico e di impegnare il convenuto ad una comparizione a data certa davanti al *tribúnal* magistratuale mediante una solenne stipulazione (il cosí detto *vadimonium se certo die sisti*) e a parte che nulla ostava a che i pretori inviassero nei *pagi* piú lontani dei *praefecti iure dicundo* per fare giustizia in loro vece, di sicuro per il periodo preclassico vi è questo. Nelle dieci città campane piú importanti si aggiravano, per esercitarvi *iuris dictio* in luogo dei pretori, i cosí detti *quattuorviri* o *praefecti Capuam Cumas* (tralascio l'indicazione delle altre otto località), ma sopra tutto fu concesso, particolarmente dopo la guerra sociale, l'esercizio di una giurisdizione locale affidata a *duoviri* (o *aediles*) *iure dicundo*: giurisdizione autonoma, ma vincolata agli stessi criteri di giustizia seguiti dal pretore romano.

Nelle province territoriali extraitaliche, ciascuna rimessa ad un governatore (*praeses*) che spesso era proprio un pretore, i residenti avevano la scelta tra il ricorrere per le loro liti ai due pretori giurisdizionali esercenti *in urbe Roma* o il rivolgersi al *praeses provinciae*. Ovviamente era alquanto raro che le parti si trovassero d'accordo per intraprendere il viaggio a Roma e perciò esse facevano capo di solito al preside e magari, per le questioni corrispondenti a quelle risolte dagli edili curuli, ai questori inviati in provincia (*quaestores provinciae*), se ve ne erano. I *praesides provinciarum*, essendo magistrati *cum imperio*, avrebbero ben potuto, in teoria, adottare nella funzione giurisdizionale principî diversi da quelli adottati dai pretori romani, ma proprio perché il ricorso alla loro giustizia era effettuato in sostituzione, per ragioni di comodità, di quello ai pretori giusdicenti *in urbe* essi si

attenevano alla regola di non discostarsi dagli esempi forniti dai due pretori di Roma, salvo che per le questioni nuove o peculiari alla situazione sociale, economica, culturale della specifica provincia che amministravano.

Durante il periodo del principato, a prescindere da quel che rileveremo tra poco circa la decadenza della giurisdizione magistratuale, l'inquadratura giudiziaria dianzi tracciata rimase formalmente in piedi, salvo qualche ritocco di cui è facile dire rapidamente.

Una prima correzione fu costituita dall'istituzione in Italia, fuori dell'*urbs Roma*, di grosse circoscrizioni giudiziarie decentrate, che evitavano ai residenti il fastidio dello spostamento a Roma-città. Adriano ne creò quattro affidandole ad altrettanti cittadini di rango consolare (*consulares*), Antonino Pio le abolí, ma infine Marco Aurelio e Lucio Vero le riordinarono in modo piú adeguato alle realtà geopolitica della penisola e le subordinarono ad *iuridici* di rango pretorio.

Una seconda variante dell'organizzazione repubblicana riguardò le province territoriali, alcune delle quali furono affidate al *princeps* e furono pertanto qualificate *provinciae Caesaris*. Siccome il *princeps* non aveva evidentemente la possibilità di risiedere nello stesso tempo a Roma e in tutte le sue province, egli ricorse al sistema di nominare in ciascuna provincia un proprio sostituto con incarico di governatore, il cosí detto *legatus Caesaris pro praetore*, affidando a lui ed alla sua burocrazia le funzioni giurisdizionali che nelle *provinciae senatus* erano esercitate tanto dai governatori di designazione senatoria (*proconsules*) quanto dai questori provinciali. Mentre l'autonomia dei singoli proconsoli delle province senatorie era piena, essendo ciascuno di essi titolare di un suo proprio *imperium*, quella dei *legati pro praetore* delle province imperiali era condizionata alle istruzioni (*mandata*) del *princeps*. Ma questa diversità formale fu superata ra-

pidamente, sul piano pratico, dal fatto che il principe, titolare del cosí detto *imperium proconsulare maius et infinitum*, aveva poteri di alto controllo anche sui proconsoli delle *provinciae senatus*: sicché nel corso del secondo secolo l'amministrazione di tutte le province romane finí per essere gestita in modi unitari secondo i voleri del potere imperiale.

72. GLI EDITTI GIURISDIZIONALI.

Anche se le magistrature giusdicenti furono molteplici e formalmente non coordinate tra loro, la funzione giurisdizionale venne dunque esercitata a Roma, in Italia e nelle varie province territoriali secondo moduli sostanzialmente omologhi. Omologhi non solo sul piano delle procedure, che progressivamente si adeguarono tutte a quelle introdotte dal *praetor peregrinus* e poi disciplinate dalla legge Ebuzia e dalle leggi Giulie, ma omologhi anche sul piano dei criteri adottati per la soluzione dei vari tipi di lite. E ciò dipese essenzialmente dal fatto che tutte le autorità giusdicenti romane si adeguarono in larghissima misura all'esempio costituito dalle magistrature giusdicenti aventi sede nell'*urbs Roma*: il *praetor urbanus*, con l'appendice degli edili curuli, per le controversie *inter cives*; il *praetor peregrinus*, fin che ebbe rilievo distinto da quello del pretore urbano, per le controversie in cui fossero implicati *peregrini*.

Questo processo di uniformazione della funzione giurisdizionale fu grandemente favorito dall'uso che i magistrati (o promagistrati) giusdicenti avevano di pubblicare, all'inizio dell'anno di carica, un '*edictum*' in cui rendevano noto il programma della loro futura amministrazione. Formalmente l'*edictum* magistratuale era una sorta di bando pronunciato o fatto pronunciare in luoghi pubblici ed oralmente (appunto perciò era '*dictum*') allo

scopo di comunicare a tutti gli interessati, ed eventualmente anche durante il corso dell'anno di carica, decisioni di massima, alle quali il magistrato intendesse liberamente adeguarsi nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali: decisioni, in altri termini, di autoregolamentazione dell'attività magistratuale e, nel contempo, di preavvertimento dei cittadini o non cittadini all'insegna del saggio principio 'uomo avvisato mezzo salvato'. In pratica, peraltro, l'*edictum* era reso noto attraverso lo scritto, ed anzi tutto attraverso la sua trascrizione (spesso abbreviata) su un '*album*', su una tavola lignea ricoperta di gesso (*tabula dealbata*) che era affissa, proprio allo scopo delle comunicazioni al pubblico, davanti alla sede magistratuale.

Stava dunque ai soggetti singoli prendere buona nota di ciò che veniva man mano registrato nell'albo magistratuale, prima che le ingiurie del tempo o il sovrapporsi di nuove comunicazioni lo facessero sparire in tutto o in parte. Ed è probabile che a questa bisogna provvedessero di propria iniziativa, nell'interesse di eventuali clienti, stuoli di stenografi (*notarii*), di scritturali (*tabelliones*), di giuristi di secondo o terzo ordine (*scholastici, causidici*), la cui attendibilità era peraltro comprensibilmente varia e spingeva pertanto i meno incauti ad effettuare il riscontro delle notizie da loro offerte sulle registrazioni, anche esse comunque piuttosto disordinate, conservate nelle cancellerie magistratuali.

Per quanto riguarda i magistrati esercenti la funzione giurisdizionale (i due pretori romani) oppure esercenti, nel quadro di un piú ampio fascio di attribuzioni, anche la funzione giurisdizionale (gli altri magistrati e promagistrati), la pubblicazione ad inizio d'anno di un editto 'giurisdizionale' (o di un editto parzialmente dedicato alla giurisdizione) era particolarmente opportuna, se non addirittura necessaria. Non si trattava, sia chiaro, di for-

mulare 'ex novo' un complesso ed articolato codice destinato, oltre tutto, all'effimera vita di un anno. Si trattava piuttosto di rendere note le modifiche e sopra tutto le aggiunte che il giusdicente intendeva apportare agli editti giurisdizionali dei suoi predecessori: il che spiega per quale motivo nelle notizie a noi pervenute avviene di trovare, relative allo stesso argomento, clausole regolamentatrici, evidentemente di diversa età, aventi contenuto diverso. La clausola nuova prevaleva su quella piú antica, ma siccome l'editto non era riprodotto e ripulito ogni anno, la clausola piú antica, pur non avendo piú valore, rimaneva il piú delle volte materialmente, cioè nel suo contesto formale, in piedi.

La prassi degli editti annuali non soltanto permetteva ad ogni nuovo giusdicente di aver conoscenza dei criteri seguiti dai suoi predecessori e di evitare programmazioni estrose per il suo anno di carica, ma permetteva altresí a ciascun giusdicente di conoscere il codice di comportamento adottato dagli altri giusdicenti. Ciò facilitò notevolmente il processo di adeguamento tra il *praetor urbanus* ed il *praetor peregrinus* nella loro azione giurisdizionale, facilitò altresí il processo di coordinazione dell'attività degli edili curuli (i cui editti erano redatti ovviamente in modo conforme) con l'attività dei pretori, ma sopra tutto facilitò la conformizzazione delle giurisdizioni provinciali. È evidente infatti che i governatori provinciali, ivi compresi quelli delle province imperiali, si adeguarono, per quanto possibile, ai criteri seguiti dai magistrati giusdicenti urbani e resi noti dai relativi editti, non essendo corretto, anche se giuridicamente incontestabile (e se qualche governatore disonesto, come Verre in Sicilia, ne approfittò), che si adottassero a seconda dei luoghi pesi e misure diversi. Gli editti provinciali, pertanto, ebbero certo, e non poterono non avere, clausole di contenuto amministrativo e giurisdizionale specifica-

mente relative a situazioni particolari di ciascuna provincia (clausole che Cicerone, *ad Att.* 6.1.15, suggerisce di inquadrare nel concetto di '*genus provinciale*'), ma per tutto il resto si rifecero agli editti dei giusdicenti urbani, forse nemmeno riproducendoli, ma puramente richiamandosi ad essi, salvo che per qualche modifica, con una clausola di rinvio.

Si spiega, alla luce di queste considerazioni, per quale motivo Gaio (1.6), dopo aver detto che tutti i magistrati romani hanno il *ius edicendi*, continua affermando che il diritto edittale 'di piú vasta applicazione' è quello dei due pretori e cosí pure quello degli edili curuli, dei quali magistrati la giurisdizione dei governatori provinciali (e per le province senatorie anche quella dei *quaestores provinciae*) è in certo qual modo, nelle parole del giurista, un riflesso: *... ius autem edicendi habent magistratus populi Romani; sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent (rell.).* Non che il *ius edicendi* dei due *praetores* e dei due *aediles curules* fosse costituzionalmente preminente rispetto a quello dei *praesides* e dei *quaestores provinciarum*: era soltanto che, in punto di fatto, le soluzioni annunciata in sede di *edicta* dai magistrati addetti alla giurisdizione *in urbe Roma* erano quelle che, 'mutatis mutandis', venivano riprodotte in tutto il resto del mondo romano.

Lasciamo ora definitivamente da parte il *praetor peregrinus* e quel *ius civile novum* che, per il tramite agevolante dei suoi editti annuali, si formò nella sua giusdizione e si infiltrò nella giurisdizione del pretore urbano e degli altri magistrati giusdicenti. Concentriamo la nostra osservazione sull'opera svolta per conto proprio dal *praetor urbanus*.

73. L'AZIONE INNOVATIVA DEL PRETORE URBANO.

Si può capire abbastanza agevolmente come mai già nel corso del secondo secolo avanti Cristo, specie dopo la emanazione della *lex Aebutia de formulis*, i cittadini romani siano stati inclini ad accordarsi, davanti al *praetor urbanus*, affinché le loro liti in ordine a materie di carattere commerciale fossero risolte da quel magistrato con la procedura dei *concepta verba* e con l'adozione di regole di giudizio (*iudicia*) conformi a quelle esemplate dalla prassi giurisdizionale del *praetor peregrinus*. Si capisce invece molto meno, almeno a prima vista, come mai i cittadini romani, sin quando la procedura formulare non fu imposta dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 avanti Cristo, abbiano potuto, e già dal secondo secolo, sempre piú assiduamente trovarsi concordi ne far risolvere le loro liti in ordine a materie previste dal *ius civile vetus* sulla base di ' regole di giudizio ' (*iudicia*), adottate mediante la procedura formulare, che fossero spesso addirittura in contraddizione col vecchio *ius civile*. Non basta dire, come si suole, che le innovazioni erano reclamate dalla coscienza sociale. Bisogna spiegare perché, nel concreto delle singole controversie giudiziarie, aderissero sempre piú largamente alla nuova procedura (e, in sede di *litis contestatio*, ad *iudicia* di contenuto innovativo) anche le parti che dall'invocazione del *ius civile vetus*, nei suoi formalismi processuali e nei suoi arcaismi di regolamento, avrebbero potuto ottenere la piú sicura tutela dei propri interessi.

La risposta a questa domanda sta in ciò: che la pressione ad ingoiare il rospo di certe soluzioni alternative, da raggiungersi sulla base di una *litis contestatio* effettuata nei modi del processo formulare, era nei fatti tanto forte da costringere anche i piú riottosi all'accettazione, sia pure tutt'altro che di buon grado, del nuovo. Non solo

la esercitava il *praetor urbanus* con i suoi espedienti '*magis imperii quam iurisdictionis*' (cioè, lo ripeto per esser chiaro, con gli *interdicta*, i *decreta* di *in integrum restitutio* e le *missiones in possessionem*) e in piú col diniego di giustizia (*denegatio actionis*) nei casi maggiormente inaccoglibili, ma erano pronti ad esercitarla indirettamente gli stessi giudici, che di fronte a certe istanze facevano, come si dice, orecchio da mercante. Basti pensare, per rendersi conto di quest'ultima affermazione, al collegio giudicante dei *centumviri*, i quali, pur dovendo emettere la loro *sententia* sulla base di una *legis actio* quanto mai all'antica, crearono in materia ereditaria una prassi di sentenze tanto grandemente sganciate dal *ius civile vetus*, da aprire il varco ad una categoria del tutto nuova di successori *mortis causa*, i cosí detti 'eredi necessari'.

Completa la spiegazione del fenomeno il dato di fatto, in ordine a cui non vi sono né possono esservi dubbi, della straordinaria influenza esercitata anche e sopra tutto in questo campo dalla giurisprudenza: tanto ai fini della scelta delle soluzioni alternative piú adeguate, quanto ai fini di una forte coerenza dell'azione magistratuale pur nel variare annuo dei suoi titolari. Fu un'influenza che non si valse di nessun potere pubblico e che si esercitò dietro le quinte delle magistrature giusdicenti. Ma non fu affatto un'influenza nascosta. Al contrario, la sua efficacia derivò anche dalla notorietà del suo intervento e dalla fama dei giureconsulti che sovvennero con i loro esperti suggerimenti ai magistrati addetti alla *iuris dictio*.

È facilmente pensabile, del resto, che i magistrati giusdicenti, e in particolare i pretori urbani, non ce l'avrebbero fatta, con le sole loro forze e facendo leva sui soli uffici di cancelleria, a portare avanti un'opera che fu tra le piú imponenti della storia giuridica romana. Infatti, quando si afferma che il pretore urbano prese questa o

quella ardita, a volte arditissima, iniziativa di rinnovamento perché animato dal senso dell'*aequitas* e perché richiamato dalle istanze sociali a non tener conto del *ius civile*; quando si dice ciò, si dimentica o si tace, cosa peraltro molto rilevante, che anche i pretori erano uomini politici, molte volte insediati sulla *sella curulis* non tanto per speciali capacità quanto per motivi di *cursus honorum*, anzi spesso prescelti (salva la approvazione dei comizi) sulla base di brutali ripartizioni di posti di potere o, come si dice oggi eufemisticamente, di ' dosaggi ', che venivano effettuati al servizio delle pretese avanzate dalle famiglie, dalle correnti politiche, dalle personalità di riguardo che in quel giro di anni dominavano la scena politica. Nessuno vorrà credere che a Roma, sopra tutto nel periodo di crisi della *respublica*, si seguisse sempre, nell'assegnazione delle cariche, il criterio del ' the right man in the right place '. Poteva capitare persino quello che, a quanto dicono, succede oggi in taluni paesi agli antipodi dell'Italia: cioè che a coprire una carica importante e delicata fosse messo, e ad occhi beni aperti, un conclamato imbecille o uno sperimentato furfante. Perciò il senso di soddisfazione che possiamo avere ed abbiamo nel costatare che la pretura è stata assegnata in qualche caso a persone veramente di vaglia o anche a giuristi di grande rilievo (in materia si va da Sesto Elio Peto a Salvio Giuliano, passando per figure come quelle di Quinto Mucio, di Servio Sulpicio, di Cassio Longino o di Celso figlio), questo senso di soddisfazione non vale a farci dimenticare che, di solito, la carica era in mano, a dir poco, di inesperti o, peggio ancora, di gente che si piccava, come è curioso difetto di molti ' laici ' in ogni tempo, di avere una facile e acuminata disposizione a risolvere, ' stans pede in uno ', le questioni giuridiche, anche le piú sottili.

Fortuna volle che vi fossero i giuristi di professione

e che, tra il secondo secolo avanti e il primo secolo dopo Cristo, la giurisprudenza romana registrasse una serie di stagioni addirittura auree. Per limitarci alle figure piú eminenti, basti ricordare, per il secondo secolo il già ricordato trio costituito da Giunio Bruto, Manio Manilio e Publio Mucio Scevola e per il successivo primo secolo i due grandi rivali Quinto Mucio Scevola *pontifex* e Servio Sulpicio Rufo, con tutto il séguito dei loro discepoli e colleghi. Per i tempi che seguirono, sino agli albori del secondo secolo dopo Cristo (cioè per quella che io ritengo di poter qualificare la 'fase augustea' del periodo del principato), valga il ricordo di Ateio Capitone e di Antistio Labeone, dei vari Sabiniani e Proculiani, di Giavoleno Prisco, di Nerazio Prisco, di Celso figlio.

Legati alle grandi casate da cui in molti provenivano, inseriti negli ambienti sociali piú elevati, tutt'altro che chiusi in inaccessibili torri d'avorio o appollaiati in aristofaneschi pensatoi librati in altezza, i giureconsulti di questi tre secoli furono sopra tutto degli ambiziosi: non tanto ambiziosi però di cariche, quanto ambiziosi di un potere meno appariscente e piú corposo, che li rendesse socialmente indispensabili, un po' alla guisa di coloro che i francesi usano denominare (in modo un po' gigionesco, ma efficace) come 'maîtres à penser'. La via per giungere a questo traguardo era quella dello studio approfondito del diritto, dell'esercizio paziente e sottile dell'*interpretatio*, dell'escogitazione fantasiosa, ma ragionata e prudente, di espedienti atti a far sí che il diritto non restasse troppo addietro rispetto alle sempre nuove esigenze sociali. Di essi si aveva allora bisogno come non se ne ha oggi: proprio perché il *ius civile* era difficile da interpretarsi e immutabile nella sua vecchia ossatura, proprio perché la legislazione non sovveniva, proprio perché i magistrati giusdicenti variavano di anno in anno e non davano affidamento di vera competenza. E siccome la

concorrenza (o, se si preferisce, la dialettica) era fortissima, non era possibile fingere una sapienza giuridica che non si aveva o utilizzare la propria abilità al servizio di un interesse di parte: la cosa sarebbe venuta troppo facilmente alla luce attraverso la critica spietata dei giuristi rivali. Come oggi un medico che voglia emergere deve prepararsi tanto da fare diagnosi inattaccabili e da prescrivere terapie di evidente resa, cosí il giurista antico era nella necessità, se voleva acquistar fama e influenza, di chiudere gli occhi al ' suo particulare ' e di dare responsi davvero imparziali e consigli effettivamente efficaci.

Fu appunto a questa categoria sociale altamente specializzata dei giureconsulti, che fecero capo i pretori per essere consigliati nell'esercizio delle loro funzioni. Non solo essi curarono di circondarsi di un *consilium* costituito da buoni *adsessores*, ma curarono altresí di ascoltare molto attentamente le suggestioni che ad essi comunque provenissero dall'ambiente dei giuristi, anche se non facenti parte del loro specifico *consilium*. E le suggestioni esterne non tanto erano costituite da iniziative spontanee, quanto erano materiate dai *responsa* che i giureconsulti davano agli interessati e che costoro, se incoraggiati dal responso a dare avvio ad un processo, o a difendervisi anziché cedere, producevano *in iure*, riversati in tavolette cerate col sigillo dei testimoni, affinché il magistrato ne tenese conto. *Responsa* (oggi si direbbe ' pareri *pro veritate* ') che erano tanto piú attendibili, almeno sul piano dell'imparzialità del giureconsulto, in quanto erano forniti gratuitamente, senza compensi visibili e senza sacchetti di monete (le ' bustarelle ' del tempo) passati di sottobanco. I giureconsulti solitamente erano abbienti, ma se eccezionalmente non lo erano (come si racconta, ad esempio, di Masurio Sabino) preferivano farsi dare un onorario dai loro allievi, piuttosto che ricevere ' sportule ', ' palmarii ' o ' fiori ' (comunque li si voglia chia-

mare, i compensi) dai loro interroganti. Avrebbero perduto il prestigio in caso contrario.

Ovviamente vi erano giuristi piú inclini alle innovazioni e giuristi piú timorosi di strappi da apportare alle tradizioni. E fatalmente vi erano anche giuristi piú riflessivi, anche se progressisti, e giuristi piú superficiali e spericolati, anche se conservatori. Per quanto concerne questo secondo punto, giustizia vuole che si dica che, almeno al momento della sua prima introduzione da parte di Augusto, il *ius respondendi ex auctoritate principis*, su cui ci fermeremo in séguito (n. 83), non mancò al suo scopo ufficiale, di segnalare i giuristi piú preparati e attendibili nella cerchia di quella che era diventata una categoria troppo affollata e troppo poco selezionata (meglio poi se questi giureconsulti erano amici del *principes*). Per quanto concerne il primo punto, basta mettere a confronto, sulla base del poco, ma non pochissimo, che ci dicono le fonti, le personalità antagoniste, ambedue grandissime, di Quinto Mucio Scevola (figlio di Publio e console nel 95) e di Servio Sulpio Rufo (console nel 51).

Mucio, che fu pretore anch'egli come Servio, rifuggiva palesemente da innovazioni in sede di *iuris dictio*, le quali avessero potuto lasciar traccia profonda, col risultato di inquinare il *ius civile*. Forse è cosí che si spiega l'opera geniale che egli svolse per dare una prima 'sistemazione' alla materia civilistica mediante accostamenti dei *casus* per categorie, per *genera*, i quali permettessero di intuire i principî piú alti, e inespressi, del sistema ed agevolassero di conseguenza la soluzione di casi nuovi con l'ausilio di ardite, ma non cervellotiche e spericolate integrazioni analogiche. Servio Sulpicio non contestò nelle linee generali la struttura sistematica abbozzata da Quinto Mucio, ma si impegnò nell'arricchirla con la presa in considerazione di molti altri casi pratici e con discussioni piú sottili e vivaci, che portò avanti con l'aiuto di numerosi

e valenti discepoli. Non è forse un caso che Servio abbia inaugurato, con i suoi due *libri ad Brutum*, la serie delle opere espressamente dedicate al commento degli *edicta* dei pretori, dando l'avvío al riordino approssimativo degli editti stessi secondo uno schema di carattere essenzialmente processuale.

74. LA FORMAZIONE DELL'' EDICTUM PERPETUUM '.

La funzione esercitata dai magistrati giusdicenti, con l'ausilio indispensabile dei giureconsulti, per portare avanti il *ius Romanorum* e distaccarlo, ove fosse necessario, dai paradigmi ormai inattuali del *ius civile* (in particolare, del *ius civile vetus*), fu espressa molto efficacemente nel II-III secolo dopo Cristo da Emilio Papiniano in una sua celebre definizione (Pap. 2 *def.* D. 1.1.7.1). A quell'epoca si era ormai pienamente consolidato il *ius praetorium*, e Papiniano affermò che esso consisteva nel diritto posto in essere dai pretori per esigenze di interesse generale (per esigenze di *utilitas publica*) allo scopo di agevolare l'applicazione del *ius civile*, di riempirne le lacune e di correggerne taluni punti: *quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam.*

Non dovrebbe essere nemmeno necessario aggiungere che non tutte le iniziative dei pretori urbani (e degli edili curuli), le ' regole di giudizio ' da loro escogitate e fatte accettare con la *litis contestatio* alle parti, costituirono *ius* sin dall'inizio o comunque si tradussero in diritto col tempo. È pensabile che molte di queste iniziative rimasero limitate al caso che le aveva provocate, o a un minimo numero di altri casi consimili verificatisi intorno allo stesso tempo, ed è anche pensabile che molte altre tra esse ebbero periodi di applicazione e di favore troppo brevi

per integrare una prassi. Quelle che tennero fermo a lungo e che assursero pian piano, nella concezione generale, al livello del 'diritto' furono certamente la minoranza.

Un 'precedente' aveva sicuramente la sua forza trascinante, ma, come ho già detto parlando del *praetor peregrinus*, esso poteva anche essere successivamente, 're melius perpensa', respinto o superato da una decisione diversa e piú persuasiva. E quanto all'editto annuale, sia pure nelle sue clausole di piú vecchia origine, il magistrato, come anche ho detto a suo luogo, poteva modificarlo al momento dell'entrata in carica, cosí come poteva, in ogni caso, posto di fronte ad una questione concreta, anche assumersi la responsabilità di disapplicarlo. Occorre rendersi conto, infatti, che sin quando ai magistrati giusdicenti, e in particolare ai pretori, fu possibile esercitare con una sufficiente autonomia la loro funzione, dunque sin verso la fine del primo secolo dell'èra volgare, essi ebbero a disposizione almeno due sistemi distinti di comportamento.

Il sistema di giustizia piú elementare era quello che chiameremo 'decretale', cioè del decidere caso per caso, sotto la spinta di una valutazione realistica di *aequitas*, se adottare una regola di giudizio parzialmente o totalmente nuova rispetto ai principî civilistici vigenti. Sistema particolarmente opportuno là dove la fattispecie da risolvere addirittura non fosse prevista dal *ius civile*, né fosse ad esso riconducibile col procedimento dell'integrazione analogica, ma sistema, sia chiaro, che era anche il meno raccomandabile per la tranquillità politica del magistrato: il quale, per quanto validi potessero essere stati i suoi motivi di fondo, si esponeva alla facile rimostranza di aver tradito la sua funzione. Deve ritenersi pertanto che, al piú, i magistrati ricorressero alla giustizia decretale solo per sporadici interventi innovativi '*magis imperii quam iurisdictionis*' e per qualche *denegatio actionis*, impli-

cante, quest'ultima, solo un rinvio della causa ad un momento successivo o, piú spesso, una remissione di essa alla responsabilità del magistrato che sarebbe sopravvenuto l'anno seguente.

Molto piú cauto e affidante, sia per il magistrato sia per la comunità, era certamente il sistema di giustizia ' edittale '. Di fronte al caso nuovo da risolvere, il magistrato, sempre che non vi fossero peculiari ragioni di urgenza, ricorreva per consiglio ai giureconsulti del suo ' entourage ' e stabiliva in astratto, mediante un pubblico *edictum*, il criterio nuovo, e conforme all'*aequitas*, in base al quale si riprometteva di impostare la soluzione non solo del caso a lui sottoposto, ma di ogni caso dello stesso tipo che potesse essergli proposto durante l'anno di carica. Si è parlato per tale ipotesi, con locuzione moderna, di ' *edictum repentinum* ', ma non è a credere che il magistrato si risolvesse ad emanarlo da un momento all'altro. I rinvii dela causa vi erano anche per questo e il giusdicente aveva perciò tutto il tempo di prendere, ' ex informata conscientia ', le sue decisioni di principio.

Con tutto ciò, è assai improbabile che gli *edicta repentina* siano stati sempre molto abbondanti. Col passar del tempo il ' sistema edittale ' si concretò proprio negli editti proclamati dal magistrato all'inizio dell'anno di carica: editti da valere per tutto l'anno ed appunto perciò, in riferimento al fatto di essere destinati a coprire tutto il periodo magistratuale, denominati talvolta, forse, ' *perpetua edicta* '. E che per i pretori giusdicenti l'uso dominante fosse già nel primo secolo antecristo quello degli *edicta perpetua*, è indirettamente confermato dal fatto che solo agli *edicta perpetua* (o comunque annuali) sembra essersi riferita la *lex Cornelia de iurisdictione* del 67 nell'esigere (a titolo, sia pure, eminentemente esortativo) che i pretori nell'amministrare la giustizia si attenessero ai loro editti perpetui (' *ut praetores ex edictis suis per-*

petuis ius dicerent', come riferisce il grammatico Asconio, fiorito poco posteriormente a quei tempi).

Se prima della *lex Cornelia* (la quale fu, è bene chiarirlo, un plebiscito rogato dal tribuno Caio Cornelio) i pretori urbano e peregrino furono piuttosto disordinati e estemporanei nell'emanazione degli editti annuali, è da presumere che dopo di allora, ed anche indubbiamente per effetto dell'esortazione proveniente dalla legge, gli editti annuali si siano rapidamente avviati ad una sorta di 'stabilizzazione'. Fu stabilizzazione nel senso che assai più difficilmente di prima i magistrati subentranti rinnegavano, come pure era formalmente nei loro poteri, gli editti dei magistrati uscenti, limitandosi preferibilmente ad integrarli con quei soli nuovi editti, possibilmente non 'repentini', di cui la coscienza sociale, e quale interprete accreditata della stessa la giurisprudenza, avesse insistentemente manifestato il bisogno.

In altri termini, già nell'ultimo cinquantennio avanti Cristo un 'testo-base' degli editti magistratuali si era ormai costituito, secondo un processo, a così dire, alluvionale, e secondo un ordine delle materie suggerito dalle prime trattazioni dedicate alla materia dai giuristi. Ma questo complesso di clausole e di formule era tuttora aperto, beninteso, ai nuovi incrementi che seguirono nel secolo successivo.

75. LA GENESI DEL 'IUS HONORARIUM'.

Quando, intorno alla fine del primo secolo dell'èra volgare, la produttività di inovazioni giuridiche da parte dei magistrati giusdicenti si spense praticamente del tutto, i pretori non persero, almeno formalmente, le loro attribuzioni di *iuris dictio*, ma dovettero esplicarle proprio nel senso letterale di '*dictio*' *iuris*, di dichiarazione di un diritto precostituito: diritto che era quello risultante dalla

tradizione civilistica, ma era sopra tutto quello introdotto e confermato dai loro editti in formulazioni ormai pressoché stabilizzate, oltre che quello posto via via in essere dalle nuove fonti del *ius novum*. Emersero, pertanto, due tendenze connesse: l'una a considerare *ius* le statuizioni formulate durante un paio di secoli precedenti dai magistrati giusdicenti, e in particolare dai pretori; l'altra a considerare fonti di questo '*ius* da giurisdizione', gli *edicta perpetua*, e in particolare l'*edictum perpetuum* del pretore urbano.

La prima tendenza, quella cioè di elevare al livello di *ius* la prassi dei magistrati giusdicenti, non è contestata, dal momento che trova espressione nella celebre definizione di Papiniano poc'anzi ricordata. Il punto intorno a cui le opinioni sono diverse concerne il momento storico in cui i Romani pervennero alla concezione del '*ius praetorium*' o, piú in generale, del '*ius honorarium*'.

Non mancano studiosi secondo cui la concezione del *ius honorarium* si sarebbe formata già in età preclassica, e precisamente nell'ultimo secolo avanti Cristo, in relazione a quel tanto delle statuizioni innovative dei magistrati giusdicenti che man mano veniva a potersi dire 'consolidato' nella prassi edittale. Le fonti tecniche al riguardo sono mute, ma non si può non tener presente che di esse rimangono, con riferimento all'età preclassica, scarsissimi resti o riferimenti.

A sostegno della tesi ora detta, si potrebbe, se mai, far leva sul fatto che già in età preclassica si era formato l'editto tralaticio e che già qualche giurista, a cominciare da Servio, vi aveva dedicato commenti. E si potrebbe anche trarre profitto da una notizia di Pomponio (*sing. enchir.* D. 1.2.2.44) relativa ad Aulo Ofilio, il quale pretore certamente non fu perché '*in equestri ordine perseveravit*' (dunque non intraprese la carriera che, dai questori ai consoli, portava al senato e all'*ordo senatorius*), eppure

fu il primo a 'comporre' l'*edictum praetoris*. Tuttavia che Ofilio sia stato il primo 'codificatore' dell'editto pretorio è smentito da una lettura spassionata di tutta la frase di Pomponio: il quale è vero che dice quel che dice di Ofilio, ma specifica che il primato di questi consistette in una presa in considerazione 'diligente' del testo edittale, mentre i *libri duo ad Brutum* di Servio erano stati in precedenza di estrema brevità: *de iurisdictione idem edictum praetoris primus diligenter composuit, nam ante eum Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit*. Quanto al valore indiziario costituito dai commenti giurisprudenziali all'editto, lo direi nullo, tanto più che è pensabile che Servio prima e Ofilio dopo si siano essenzialmente preoccupati di mettere insieme ('*componere*') secondo un certo schema sistematico le disordinate clausole edittali: le quali, come abbiamo supposto a suo tempo, non tutte risultavano bene in mostra nell'albo magistratuale e vi si accavallavano comunque molto alla rinfusa.

Restano, per un'ambientazione del concetto di *ius honorarium* nel primo secolo avanti Cristo, le fonti atecniche. Ma letterati e filosofi che parlano di *ius praetorium* o *honorarium* nella età preclassica, alludono ad un diritto formulato in proprio ed '*erga omnes*' dai magistrati giusdicenti, o alludono piuttosto, in modo equivoco appunto perché atecnico, al diritto posto in azione dai magistrati stessi nell'esercizio della funzione giurisdizionale, cioè all'*ius civile Romanorum*? A leggere alcuni testi di Cicerone, la risposta esatta è certamente la seconda. Per esempio, vi è un testo dei *topica* (5. 28) in cui il fluente Arpinate afferma in tutte lettere che il *ius civile* si materializza nelle leggi e in tante altre cose, tra cui gli editti giurisdizionali dei magistrati (*ius civile id esse quod in legibus senatus consultis rebus iudicatis iuris peritorum auctoritate edictis magistratuum more aequitate consistat*).

Ancora, parlando come avvocato in una procedura interdittale, sempre lui, Cicerone, rapporta la procedura interdittale di carattere esclusivamente pretorio al *ius civile* (cfr. *pro Caec.* 12.35: *quid ad causam possessionis, quid ad restituendum eum quem oportet restitui, quid denique ad ius civile?*); né diversamente è dato pensare di un passo del *de lege agraria* (3.3.11: *Etiamne si vi deiecit? etiamne si clam, si precario venit in possessionem? ergo hac lege ius civile causae possessionum praetorum interdicta tollentur*). Tutti gli elementi testuali ora citati servono da bussola per l'interpretazione nel senso da me sostenuto di altri passaggi piú incerti, tra cui uno delle Verrine (*in Verr.* 2.1.114), in cui effettivamente si ha l'impressione, che, quando parla di *ius praetorium* Cicerone voglia proprio alludere ad un ordinamento giuridico a se stante: *posteaquam ius praetorium constitutum est, semper hoc iure usi sumus.*

L'eccesso opposto, rispetto alle teorie che situano il concetto di *ius honorarium* nel secolo I avanti Cristo, è costituito dall'orientamento, oggi prevalente, secondo cui la nozione di un diritto onorario e la terminologia corrispondente sarebbero emerse solo nell'età post-adrianea, probabilmente a séguito di quella pretesa codificazione dell'editto, ordinata da Adriano ed eseguita da Salvio Giuliano, di cui parlerò di qui a poco. A me sembra peraltro che nemmeno questo voler ricacciare l'idea del *ius honorarium* in un'epoca tanto tarda si conformi alle suggestioni che ci provengono da fonti altamente credibili ed alle stesse esigenze della verosimiglianza. Per ciò che attiene a quest'ultima, va notato che in età post-adrianea (sia o non sia avvenuta la codificazione adrianea dell'editto) ormai le fonti 'repubblicane' del diritto romano erano in forte decadenza e di fronte ad esse, accomunate (come vedremo tra poco) in un'unica concezione e denominazione di *ius vetus*, si ergeva e preponderava

il *ius novum* imperiale: non vi sarebbe stato quindi motivo, proprio in quell'epoca, per creare, distinto da quello del *ius civile*, un concetto di *ius honorarium*. A parte ciò, fonti tecniche quanto meno dell'età adrianea, e certamente credibili, qualificano il diritto formatosi nella prassi dei magistrati giusdicenti come *ius praetorium* o *honorarium*. E se in età adrianea o pre-adrianea si è parlato per esplicito dai giuristi romani di un *ius honorarium*, ciò vuol dire che il concetto dello stesso *ius* (se non ancora la denominazione di esso come tale) si era dovuto formare alquanto antecedentemente.

Io sono pertanto convinto che l'origine della concezione di un *ius honorarium*, distinto dal *ius civile* e ad esso antitetico, sia da rapportarsi agli inizi dell'età classica, e comunque a tempi non esuberanti dal primo secolo dell'èra volgare. Ai tempi in cui i pretori: da un lato cominciarono a incrementare meno sollecitamente anno per anno i loro editti di nuove clausole, e, dall'altro lato, si ritennero vincolati, in forza della *lex Cornelia* del 67 avanti Cristo, alle loro promesse edittali, nonché, implicitamente, agli editti dei loro antecessori.

Tra i vari testi che si possono addurre a conforto di una concezione del *ius honorarium* diventata già salda in pieno secondo secolo, mi limiterò ad indicare Gaio, che dice ben chiaro essere la *bonorum possessio* un istituto del *ius praetorium* (4.34: *cum enim praetorio iure is, non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum esse, neque id, quod ei debebatur, potest intendere dari sibi oportere*), e ancora Gaio nel passo famosissimo del *duplex dominium* (1.54: *ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium, nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur, ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiri-*

tium eiusdem non sit: nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur): testo, il secondo, in cui basta osservare che quando si vuol dire che un servo può essere contemporaneamente oggetto di '*in bonis habere*' pretorio e di '*dominium ex iure Quiritium*', non si esita a parlare di lui come oggetto di '*potestas ex utroque iure*', dunque di un potere derivante *ex iure civili* e *ex iure praetorio*.

76. La pretesa codificazione adrianea.

Venuta meno l'attività innovativa dei magistrati giusdicenti, costituitasi la concezione del *ius honorarium* come sistema giuridico chiuso e non piú passibile di consistenti sviluppi, è evidente che gli editti magistratuali furono considerati quali testi non solo normativi, ma di carattere presoché definitivo ed immutabile. Il che ha fatto addirittura parlare a qualche autore antico e alla generalità degli studiosi moderni (questi ultimi, talvolta, con convinzione caparbia che richiama alla mente, '*si licet*', quella dei sostenitori, in altri tempi, del sole che gira intorno alla terra) di una sua vera e propria '*codificazione*'.

L'insegnamento canonico in proposito, è che, sotto il principato di Adriano e per iniziativa di questo *princeps*, il sommo giurista Salvio Giuliano abbia proceduto al riordinamento e ad una sorta di rudimentale codificazione degli editti dei magistrati giusdicenti, a culminare con quello del *praetor urbanus*. Un apposito *senatusconsultum* avrebbe solennemente dato il crisma della definitività al testo giulianeo, che venne denominato, per conseguenza, sebbene posteriormente, '*edictum perpetuum*': *perpetuum* nel senso di immutabile nei secoli.

Anche gli insegnamenti canonici possono però essere infondati. Come ho cercato di dimostrare da alcuni anni a

questa parte in un certo numero di scritti e di precisazioni polemiche, gli elementi, che sogliono o possono addursi a dimostrazione dell'avvenimento codificativo, sono in parte illusori o controproducenti e sono, per il resto, di scarsissimo valore probatorio. Altri elementi, pur noti ai romanisti, ma finora non adeguatamente valutati sotto questo profilo, sono d'altronde tali da indurre addirittura ad escludere, posti a confronto con i precedenti, che la codificazione dell'editto abbia mai avuto luogo. A mio avviso, insomma, la tradizione relativa ad una codificazione giuliano-adrianea dell'editto ha avuto origine e diffusione esclusivamente nel mondo postclassico, a partire dal quarto secolo. . . .

Il punto è di particolare importanza al fine della configurazione storico-costituzionale del *principatus* nei suoi rapporti con gli organismi repubblicani tradizionali. Non posso, dunque, limitarmi all'enunciazione della mia tesi, per poi passare oltre. Un cenno di dimostrazione ci vuole.

L'argomento principe a sostegno della 'communis opinio' è costituito, ovviamente, dalle testimonianze testuali della codificazione giuliano-adrianea dell'editto. Non pochi sono, infatti, i testi giuridici e letterari, che di tale codificazione parlano o, quanto meno, fan cenno. Ma occorre subito porre in rilievo che questi testi appartengono tutti al secolo IV e ai secoli seguenti: il che significa che non ci tratta di testimonianze coeve e dirette della codificazione, ma di testimonianze indirette, di attestazioni 'per sentito dire' o, eventualmente, per aver piú o meno male inteso. I passi, che solitamente si citano, appartengono, infatti, ad Aurelio Vittore, ad Eutropio, a Peanio, a S. Girolamo, a Paolo Diacono, a Landolfo Sagace, a Giustiniano, ai Basilici e all'*Epitome legum*, e ad essi possono, a mio avviso, aggiungersi ancora due costituzioni postclassiche del *Codex Theodosianus* e una Novella di Valentiniano III. È ben difficile credere che di un avve-

nimento tanto importante si siano perdute tutte le attestazioni e persino tutte le possibili indirette allusioni dei giureconsulti contemporanei.

Di piú. La scadente qualità delle testimonianze, cui fa richiamo l' ' opinio generalis ' sulla codificazione, non è per nulla compensata dal numero relativamente elevato delle stesse, perché le fonti postclassiche dianzi ricordate sono, in realtà, tra loro piú o meno strettamente interdipendenti, cioè tutte, con piú o meno evidenza, ricalcate sulla piú antica e derivate, almeno in parte, da quella. Aurelio Vittore (*de Caes.* 19.1) ed Eutropio (*brev.* 8.17), i due piú antichi testimoni che possono essere invocati, scrissero nel secolo IV inoltrato, attingendo ad un archetipo comune, costituito, pare, da una storia degli imperatori da Nerva a Diocleziano, oggi peraltro perduta: se pur l'archetipo realmente parlò della ' codificazione ', sta di fatto che la sua confezione non fu anteriore al secolo IV. D'altra parte al discorso di Eutropio si riallacciano, per generale riconoscimento, quattro passi di autori successivi: quelli di Peanio, di S. Girolamo, di Paolo Diacono e di Landolfo Sagace. Tenendo poi presente che il *breviarium ad Urbe condita* di Eutropio, *magister memoriae* della corte imperiale, fu scritto, prima del 378, per ordine dell'imperatore Valente, al fine di fornire la cancelleria imperiale di un succinto repertorio della storia romana, è lecito presumere che all'attestazione eutropiana si ricolleghino tre costituzioni imperiali, posteriore al 378, le quali denominano l'editto pretorio come ' *edictum divi Hadriani* ': una costituzione di Graziano, Valentiniano e Teodosio I del 379 (CTh. 11.36.26.4), una costituzione di Teodosio II del 424 (CTh. 4.4.7.9) e la Novella di Valentiniano III (21.1.31), che è del 446. Ed è evidente che questo spunto dell'attestazione eutropiana non dovette essere estraneo alla conoscenza che dell'avvenimento codificativo dimostra Giustiniano (cfr. CI. 4.5.10.1;

Tanta-Dédōken 18), sebbene sia necessario aggiungere che l'imperatore illirico offre talune importanti precisazioni di origine certamente indipendente: le precisazioni relative al carattere di 'definitività', cioè di immodificabilità, del testo codificato o comunque 'riordinato' per ordine di Adriano.

La codificazione dell'editto, ove fosse realmente avvenuta, non avrebbe certo mancato di destare una grande risonanza nel mondo romano ad essa contemporaneo, ed in particolare nell'ambiente dei giureconsulti, mentre è un fatto, ripeto, davvero sorprendente che manchino del tutto le testimonianze del periodo classico sull'avvenimento codificativo. Questo silenzio delle fonti classiche, a noi direttamente o indirettamente pervenute, difficilmente può attribuirsi al caso. Non è escluso, naturalmente, che dal caso dipenda, ma si convenga che ciò è assai poco probabile. Meno probabile ancora, quando si pensi al numero particolarmente copioso dei testi giurisprudenziali del secolo II dopo Cristo di cui disponiamo. Tanto meno probabile quando si rifletta che, tra questi testi, sono prevalenti i frammenti dei *libri digestorum* e dei commentari *ad edictum*. Ancor piú improbabile, infine, ove si consideri che i compilatori dei *Digesta* giustinianei, non solamente non avevano motivo alcuno per stralciare dalle opere escerpite le menzioni della codificazione dell'editto, se vi fossero state, ma avevano, anzi, tutto l'interesse a porre in risalto l'attività codificatrice di Giuliano, sul quale con tanta compiacenza si sofferma e insiste, nelle citate sue costituzioni, Giustiniano. Si aggiunga a ciò che, se pur minimi, non mancano gli indizi di modifiche al testo edittale apportate, dopo l'epoca della pretesa codificazione e sia pure per servile ossequienza ai suggerimenti imperiali, proprio e per l'appunto dei pretori.

L'argomento del silenzio classico sulla codificazione

dell'editto assume uno spicco particolarissimo nei riguardi di un paso di Pomponio ed una importanza addirittura decisiva nei riscontri di un testo di Gaio.

Della pretesa codicazione giuliano-adrianea dell'editto non fa, anzi tutto, cenno alcuno il ben noto e qui spesso citato frammento del *liber singularis enchiridii* di Sesto Pomponio, riportato nei *Digesta* di Giustiniano (D. 1.2.2), in cui pur si traccia un quadro relativamente ampio delle magistrature, delle fonti del diritto e della giurisprudenza romana, si badi, sino a Giuliano compreso. La dottrina dominante non poteva non rilevare questa omissione e perciò, essendo escluso che essa possa essere dipesa da una ' interpolazione privativa ', cioè da una cancellatura, ha tentato di trarsi dall'imbarazzo asserendo che l'*enchiridion* di Pomponio sia stato evidentemente scritto prima della codificazione dell'editto da parte di Giuliano. Ma non vi è chi non veda il carattere sforzato di questa soluzione, la quale, per di piú, essendo l'*enchiridion* di Pomponio sicuramente posteriore al 129 d.C., è in contrasto con la tesi di molti autori, secondo i quali la codificazione ebbe luogo, invece, prima del 129.

Comunque, se in qualche modo il silenzio di Pomponio può pur essere faticosamente spiegato, non può giustificarsi il fatto che della pretesa codificazione giuliano-adrianea taccia del tutto anche il manuale istituzionale di Gaio, scritto dopo la morte di Adriano, in quel suo *prooemium*, che è specificamente dedicato ai *iura populi Romani* (Gai 1.1-7). Ivi Gaio novera tra le fonti del diritto gli ' *edicta eorum, qui ius edicendi habent* ' e si diffonde poi (cfr. 1.6) nel chiarire quali siano questi *edicta*, senza menomamente alludere alla codificazione, anzi (si badi bene) mostrando di considerare il *ius edicendi* come potestà tuttora viva e piena, unica e sola radice degli *edicta magistratuum*. Chi non voglia chiudere ogni spiraglio al buon senso dovrà convenire che questo reciso

modo di esprimersi di Gaio è indizio sicuro ed inequivocabile della mai avvenuta codificazione giuliano-adrianea dell'editto.

77. GLI SPUNTI DI VERITÀ DI UNA LEGGENDA.

Quanto ai motivi per cui possa essersi determinata e propagata, nel mondo postclassico, la leggenda sulla codificazione giuliano-adrianea dell'*edictum perpetuum*, un senso elementare della misura suggerisce che si escluda senz'altro, almeno sino a prova contraria, l'ipotesi di una deliberata invenzione di questa notizia da parte di chi per primo la ha messa in circolazione o di chi successivamente l'ha integrata con nuove precisazioni. È da pensare, piuttosto, ad equivoci, piú o meno grossolani, in cui autori postclassici siano incorsi nella valutazione di figure e di fatti dell'età di Adriano. Equivoci intuitivamente assai facili in scrittori non giuristi, come ad esempio Eutropio, ma non difficili nemmeno in Giustiniano, che pur egli riferisce della codificazione, dato che questi scriveva in un'epoca in cui la leggenda sulla codificazione stessa circolava ormai da piú di due secoli.

Se di equivoci si è trattato, è interessante ricercare quali possano essere stati gli elementi storicamente veri, che hanno dato esca alle errate ed arrischiate illazioni postclassiche circa una codificazione dell'editto perpetuo ordinata da Adriano.

Un primo elemento di verità sottostante alla leggenda sulla codificazione consiste nel fatto (e questo l'ho già detto e ripetuto) che, nel corso del secolo II dopo Cristo, quanto meno a cominciare da Adriano, effettivamente si esaurí la produttività di nuovi principî da parte del *praetor urbanus* ed effettivamente l'editto si avviò, per conseguenza, verso una sorta di cristallizzazione formale e sostanziale. La svolta autoritaria indubbiamente impressa

da Adriano alla politica del principato e il conseguente prevalere delle *orationes in senatu habitae* e delle *constitutiones principum* sulle tradizionali fonti giuridiche repubblicane (già da tempo, del resto, languenti) non poterono non determinare, tra l'altro, la stasi praticamente totale del *ius edicendi* dei magistrati esercenti la *iurisdictio*. Posto che ogni nuovo sviluppo del diritto era determinato direttamente o indirettamente, come vedremo, dal *princeps*, è chiaro che il *ius honorarium*, pur rimanendo valido nei principî che aveva in passato introdotti, perse la sua vitalità produttiva ed espansiva, allineandosi con il *ius civile* ed il *ius publicum* nel quadro di quel che legittimamente può definirsi, per suggestione delle stesse fonti classiche, il '*ius vetus Romanorum*', subordinato alle modifiche del *ius novum* imperiale. L'*edictum*, divenuto effettivamente '*perpetuum*' nel senso di completo, definitivo e duraturo, venne infatti in questo senso esplicitamente qualificato da alcuni giuristi dell'età dei Severi.

Queste prime precisazioni, se valgono ad escludere criticamente che una codificazione dell'editto sia stata necessaria e sia realmente avvenuta, mettono in luce la possibilità che autori postclassici, poco usi alla critica storica, siano stati indotti senza troppe difficoltà a concentrare in un atto concreto di Adriano lo sviluppo storico, di cui questi fu soltanto un elemento.

Cominciamo col dire che ad Adriano, autore '*de iure*' della codificazione, la leggenda affianca Salvio Giuliano, il quale di essa sarebbe stato l'autore materiale, '*de facto*'. Ed anche sotto questo profilo è innegabile che nuclei di verità sottostiano alle inammissibili illazioni degli autori postclassici. Biograficamente Salvio Giuliano si inquadra bene nel principato di Adriano, durante il quale percorse gran parte del suo *cursus honorum*, giunse ad esser membro del *consilium princips*, fu capo della scuola sabiniana e moderatore della secolare divisione tra sabiniani

e proculiani, scrisse forse un commento all'editto pretorio e preparò, comunque, l'opera celebratissima dei *digesta* in 90 libri. Come giurista, Giuliano fu, inoltre, dai posteri giustamente reputato il sommo dei suoi tempi e, unitamente a Papiniano, come il massimo di tutta la giurisprudenza classica. I suoi *digesta* vennero considerati il ' monumentum aere perennius ' del diritto classico di Roma e furono larghissimamente sfruttati dai giuristi posteriori. Le sue opinioni furono ritenute decisive e incontestabili, tanto che si giunse al punto, in età postclassica, di attribuire nominativamente alla sua alta autorità alcuni principî dell'antico diritto. Di lui si ricorda perfino, come fatto straordinario pei tempi, l'introduzione di una ' *nova clausola* ' nell'editto. In ogni caso ai suoi *digesta* fecero certamente capo, non solo per il contenuto, ma per il sistema stesso della trattazione (per la cosí detta ' *compositio* '), Gaio, Paolo ed Ulpiano nei loro rinomati *libri ad edictum*.

Forse l'analisi del principato di Adriano può suggerire ancora un altro nucleo di verità della leggenda postclassica ed un'altra causale, meno generica, dell'equivoco o degli equivoci da cui essa è scaturita. Infatti Adriano riformò la politica di tipo augusteo svolta dai predecessori: non tanto nei riguardi della *respublica*, quanto nei riguardi dell'*imperium Romanum*. Pago della tranquillità e della condiscendenza degli organismi repubblicani, egli, seguendo in ciò le linee classiche della politica di Augusto, non si preoccupò ancora, come Settimio Severo e molto piú Diocleziano, di sminuire formalmente i loro poteri, salvo che per la parte relativa alle *provinciae*. Il suo costante interessamento, dimostrato all'evidenza dai suoi stessi incessanti viaggi di ispezione nel mondo romano, fu precisamente quello di costituire, sotto la diretta guida del *princeps*, un *imperium Romanorum* unitario, nel quale le *provinciae senatus* non fossero piú relativa-

mente autonome, troppo ancora ' repubblicane ', di fronte alle *provinciae Caesaris*.

Se, dunque, è ' a priori ' altamente improbabile (a prescindere dalla dimostrazione contraria, che si è dianzi riassunta) che Adriano abbia preteso di ' codificare ' l'ormai esausto editto dei *praetores* e degli *aediles curules*, non è invece inverosimile, ed è anzi piú che possibile, che Adriano, per cementare l'unità amministrativa dell'*imperium*, abbia, tra l'altro, ottenuto dal *senatus* un *consultum*, mediante il quale fu vietato o sconsigliato ai *praesides* delle *provinciae senatoriae* di apportare modifiche di *genus provinciale*, in considerazione cioè delle esigenze specifiche delle rispettive *provinciae*, al testo tralaticio degli editti urbani. Ogni regolamentazione nuova sarebbe stata, dunque, anche nelle *provinciae senatoriae*, come già avveniva da tempo in quelle imperiali, da rimettersi esclusivamente al *princípes*, titolare dell'*imperium proconsulare maius et infinitum*.

Ed a conferma di questa limitata ipotesi, va notato che, effettivamente, dopo l'età di Adriano si sente per la prima volta parlare di un ' *edictum provinciale* ' conforme per tutto le *provinciae*, cui Gaio dedicò un ben noto commento, strettamente simile ai commentari relativi all'editto urbano. Cosí come soltanto in quest'epoca si fa menzione di un ' *edictum monitorium* ', commentato da Callistrato: espressione, quest'ultima, la quale, secondo una elegante e convincente ipotesi di Fritz Schulz, sta per ' *edictum commonitorium* ', vale a dire ' editto soggetto a prescrizioni o limitazioni imperiali '.

NOTE AL CAPITOLO X

70. Sul *ius honorarium*, in generale: Guarino, *SDR.* n. 142-147 (ma v. anche n. 84-91); M. Kaser, *' Ius honorarium ' und*

' ius civile ', in *ZSS.* 101 (1984) 1 ss., con bibliografia; id., *Zum ' ius honorarium '* (1978), in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (1986), con qualche variante rispetto allo scritto precedente; Wieacker, *Röm. RGesch.* 1 (nt. 44) 429 ss. V. anche: G. Pugliese, *' Ius honorarium ' a Roma ed ' equity ' nei sistemi di ' common law '*, in *R. trim. dir. e proc. civile* 42 (1988) 1105 ss. — La realtà di un ' diritto alternativo ', offerto (e in qualche caso copertamente imposto) ai soggetti giuridici, non è una peculiarità della storia giuridica romana, di quella inglese e di qualche altra storia giuridica. Pur se in misura meno estesa e incisiva, essa tende a manifestarsi in quasi tutte le altre esperienze giuridiche, sopra tutto là dove si riconosce una piú o meno vasta rilevanza giuridica all' ' arbitrato ', alla ' giurisdizione di equità ' (e non di stretto diritto) e ad altri modi di affidamento della decisione delle controversie (generalmente, su istanza concorde delle parti) alla discrezionalità dei giudicanti. Il che solitamente dipende: o dal fatto che le leggi e i provvedimenti equiparati non ce la fanno a seguire con tempestività tutte le nuove esigenze di disciplina sociale; o dal fatto che le procedure ordinarie di risoluzione delle liti sono tanto lunghe, complesse o costose, da indurre i soggetti a preferire il ricorso ad una giustizia piú rapida. anche se talvolta piú sommaria. V. anche *infra* n. 100.

71. Per un quadro delle magistrature ' repubblicane ' giusdicenti: Guarino, *SDR.* n. 92-116. — A proposito delle magistrature giusdicenti della *respublica*, va sottolineato che, sebbene i soli edili curuli fossero sforniti di *imperium*, la regola non era che esse avessero la titolarità dell'*imperium* e tanto meno era che la *iurisdictio* fosse una sottospecie dell'*imperium*: la regola qualificante era limitata alla titolarità della *iurisdictio*. Il ' di piú ' costituito dall'*imperium* permise ai magistrati giusdicenti *cum imperio* di emettere, importanti provvedimenti come gli *interdicta*, le *in integrum restitutiones* e le *missiones in possessionem*, intesi a scopo di integrazione e di rafforzamento della giurisdizione normale; provvedimenti qualificati ' *magis imperii quam iurisdictionis* ' da Ulp. D. 2.1.4 e da Paul. D. 50.1.26.

72. Sugli editti giurisdizionali: A. Watson, *The development of the praetor's Edict*, in *JRS.* 60 (1970) 105 ss.; D. Pugsley, *The aedilician edict*, in *Daube noster* (1974) 253 ss.; R. Martini, *Ricerche in tema di editto provinciale* (1968); A. Guarino, *Gaio e l'editto provinciale* (1969), in *Le ragioni del giurista* (1983) 305

ss. — È vecchia questione se gli editti giurisdizionali fossero creativi di vero e proprio diritto. M. Wlassak (*Die römischen Prozessgesetze* 2 [1891] 359), ragionando con estremo (e formalmente impeccabile) rigore, ha affermato: 'das sogenannte *ius honorarium* ist kein Recht, sondern Beamterwillkühr', aggiungendo che la discrezionalità magistratuale, anche quando si riversava in un editto, non produceva 'diritto in senso proprio' ('Recht in eigentlichem Sinn') perché il giusdicente non dipendeva da una autorità superiore e i suoi dettami non si adeguavano alla volontà popolare (cioè alla legge). Tutto ciò è verissimo in astratto, ma sta in fatto: da un lato, che anche i *senatusconsulta*, le *constitutiones principum* e i *responsa* tra loro conformi dei giuristi muniti di *ius respondendi* si trovavano nella stessa posizione degli editti magistratuali; dall'altro che, almeno secondo Gaio, i *iura populi Romani* 'risultavano' in egual misura da tutti questi documenti (v. *retro* nt. 19). Vale piú, in sede storica, la convinzione logica che solo il popolo (attraverso le *leges* o i *mores*) può fondare il *ius* o non piuttosto la costatazione che i Romani, almeno in età classica, ritenevano giuridicamente obbligatorie anche istituzioni poste da altre fonti? — Gli editti giurisdizionali emanati all'inizio dell'anno di carica dai magistrati (detti perciò '*edicta perpetua*') non vincolavano inderogabilmente al loro rispetto né i magistrati degli anni successivi (che avevano piena libertà di non confermarli e di variarli), né gli stessi magistrati che li avevano emessi, i quali ultimi potevano decidere in concreto (con *decreta* pronunciati 'ad hoc') in modo diverso dalle loro promesse e potevano altresí emettere in corso d'anno altri *edicta* (cosí detti, da noi moderni, '*edicta repentina*') di contenuto diverso o addirittura opposto: è vero, infatti, che i magistrati usavano prestare, all'atto dell'entrata in carica (entro cinque giorni dalla *creatio*), un solenne giuramento di osservare le leggi ('*iusiurandum in leges*': cfr. per tutti Liv. 31.50.7), ma questo giuramento (a prescindere da ogni questione circa il suo valore) non li vincolava ad osservare gli impegni assunti con i propri *edicta*. Di qui la *lex Cornelia de iurisdictione* del 67 a.C. (*infra* n. 74): legge (o, per la precisione, plebiscito) a carattere imperfetto, che infrenò il fenomeno degli editti estemporanei, ma non lo eliminò. Tenuto conto di ciò, non sembra esatta la tesi di E. Betti, *Dir. romano* 1 (1935) 52 nt. 2, secondo cui 'l'emanazione di editti da parte del pretore è un fenomeno che presenta grande analogia con l'emanazione di regolamenti da parte di un'autorità amministrativa': la figura tutta moderna del 'regolamento' con-

siste in un complesso di autolimitazioni che l'organo amministrativo impone preventivamente alla propria attività discrezionale, ma l'organo amministrativo non può disattendere il regolamento finché esso non sia, per ragioni ben precise, variato. Il massimo che si possa dire degli editti giurisdizionali è che essi erano dei '*programmata*', cioè delle enunciazioni particolareggiate delle intenzioni e degli obbiettivi dei magistrati: programmi che, come tutti i progetti del genere, impegnavano i loro formulatori sul piano morale, sul piano sociale, sul piano politico, non certo sul piano del dovere giuridico. A prescindere dalle ipotesi di malafede (cfr. Cic. *de off.* 1.7.23: *fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*), non può ignorarsi che anche i più minuziosi progetti (si pensi a quelli architettonici) vanno incontro, nove volte su dieci, alla necessità o alla opportunità delle 'variazioni in corso d'opera'.

73. Sugli *adsessores* dei magistrati giusdicenti e, nel periodo classico, anche dei funzionari imperiali, per tutti: O. Behrends, *Der 'assessor' zur Zeit der klassischen Rechtswissenschaft*, in *ZSS.* 86 (1969) 192 ss., con bibliografia. — Sulla giurisprudenza preclassica, cenni in: Guarino, *SDR.* n. 148-154. V. anche, da ultimo: A. Schiavone, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana* (1987), che va da Publio Mucio ad Antistio Labeone; R. A. Bauman, *Lawyers in Roman republican politics* (1983); id., *Lawyers in Roman Transitional politics* (1985); id., *Lawyers* (*retro* nt. 59) 25 ss. Ivi bibliografia. Non mi impegolo in discussioni sulla giurisprudenza del I secolo avanti Cristo e su Labeone (cui aggiungerei Capitone) perché per farlo ci vorrebbe un libro nel libro. Mi limito a dire che non capisco un gran che la tesi di alcuni, secondo cui nel sec. I a.C. vi sarebbe stato un epocale passaggio dell'oralità alla scrittura (quasi paragonabile a quello primordiale dal crudo al cotto): lo 'scritto' (in senso, siamo intesi, metaforico) ebbe inizio già con Sesto Elio e con i suoi *Tripertita*. Se una transizione (comunque, da non enfatizzare) vi è stata, essa ha avuto riguardo al passaggio della pura *explicatio legum* e dal *responsum* personalizzato al gusto ed alla pratica delle *quaestiones*, quindi delle variazioni sollecitatrici delle prime visioni sistematiche. Ma sono il primo ad ammettere che, nel mio modo piuttosto raso terra (Dio mio, non sarà positivistico?) di vedere le cose, posso radicalmente sbagliarmi.

74. Sulla *lex Cornelia de iurisdictione* (di cui già *retro* nt. 72):

A. Metro, *La ' lex Cornelia de iurisdictione ' alla luce di Dio. Cass. 36.40.1-2*, in *Iura* 20 (1969) 500 ss., con bibl.; N. Palazzolo, *La ' propositio in albo ' degli ' edicta perpetua ' ed il ' plebiscitum Cornelium ' del 67 a.C.*, in *Scr. Guarino* (1984) 2427 ss. V. anche il mio scritto *La formazione* (1980) cit. *infra* nt. 76. — Le fonti relative alla *lex Cornelia* sono solamente Dio Cass. 36.40.1-2 e Ascon. *in Cornel.* 1.48 (119 Stangl), del quale ultimo ho riferito le parole nel testo. È piuttosto discusso se il plebiscito, limitando il richiamo agli *edicta perpetua*, implicitamente ammettesse la piena libertà di emanare i cosí detti *edicta repentina* (in corso d'anno), o se il plebiscito volesse piú in generale esortare i pretori a rispettare quanto stabilito con i loro *edicta* (anche se emessi in corso d'anno) nell'esercizio normale (e non decretale) della giurisdizione. Personalmente, propendo per la seconda tesi, difesa dal Palazzolo, anche perché non è affatto sicuro che la *lex Cornelia* parlasse veramente di *edicta ' perpetua '*, come dice Asconio, e non invece soltanto di *edicta*, come si desume da Dione Cassio.

75. Per una analisi molto attenta delle fonti atecniche e tecniche in cui compaiono le espressioni ' *ius praetorium* ' o ' *ius honorarium* ' (o in cui certi istituti vengono denominati *praetorii*): Kaser, ' *Ius honorarium* ' (nt. 70) 77 ss. — Per il pensiero ciceroniano in ordine all'esistenza di un *ius praetorium* autonomo, cfr. (oltre il passo delle Verrine riportato nel testo) Cic. *de invent.* 2.22.67: *quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt*). — Su Gai 1.54 v. anche *retro* n. 35.

76. La ' communis opinio ' in ordine alla cosí detta ' codificazione ' dell'*edictum perpetuum* è stata praticamente monolitica (con qualche piccola variante quanto alla data dell'avvenimento) sin quando io, nel lontano 1945, in un corso universitario pubblicato a Catania, gettai il primo seme del dubbio sulla verità dei fatti: dubbio che svolsi piú ampiamente in una monografia dedicata a *Salvius Iulianus* (1946) 26 ss., nella prima edizione della mia *Storia del diritto romano* (1949) n. 48, e in una relazione pronunciata al congresso internazionale di Verona del 1948 e riversata nei seguenti due articoli: *L'esaurimento del ' ius honorarium ' e la pretesa codificazione dell'editto*, in *St. Albertario* 1 (1953) 627 ss.; *La leggenda della codificazione dell'editto e la sua genesi*, in *ACIV.* 2 (1951) 167 ss. Le reazioni alla mia tesi sono state

numerose, ma tutte (me lo si lasci dire) generiche, aprioristiche e superficiali. Esse vanno da A. Berger, *Due note su Salvio Giuliano*, in *St. Albertario* 1 (1953) 603 ss. (che replica ai cenni contenuti nella biobibliografia su Salvio Giuliano del 1946), a E. Bund, *Salvius Iulianus, Leben und Werk*, in *ANRW.* 2.15 (1976) 421 ss. (che nega, con ironia fuori luogo, praticamente tutto), al recentissimo S. Serangeli, *'Abstenti', 'beneficium competentiae' e 'codificazione' dell'editto* (1989), sul quale mi intratterrò poco oltre. Agli articoli dianzi citati io sono venuto aggiungendo, col passare degli anni (a prescindere da varie noticine del genere 'tagliacarte'), i seguenti saggi: *L'editto edilizio e il diritto onorario* (1955 e 1956), ora in *Le ragioni del giurista* (1983) 293 ss.; *Gaio e l''edictum provinciale'* (1969), ivi 305 ss.; *La formazione dell'editto perpetuo* (1980), ivi 321 ss. (articolo che riprende e sviluppa ulteriormente i precedenti); *'De albo corrupto'*, in *Index* 18 (1990) 275 ss.; *L'editto in casa Cupiello*, in *Labeo* 36 (1990) 50 ss. Per verità, chi legga con qualche attenzione le reazioni destate nella dottrina giusromanistica dai miei ripetuti attacchi alla 'communis opinio' comincerà a reperirvi qua e là non poche e non irrilevanti ammissioni parziali oppure a mezza bocca, tra le quali mi piace rilevare quelle di: C. A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano*. 2: *Il processo formulare* (1982) 39 nt. 18 ('forse' attendibile la mia tesi, anzi non portata all'ultima conseguenza di negare anche il fermo adrianeo dell'*edictum provinciale*); A. Torrent, *La 'ordinatio edicti' en la política jurídica de Adriano*, in *BIDR.* 86-87 (1984) 37 ss., spec. 54 ss. (una '*ordinatio*' dell'editto si ambienta bene nella politica legislativa di Adriano, ma fu cosa assai diversa da una vera e propria codificazione: ma v. *contra* il mio *'De albo corrupto'* cit. nt. 57); R. Orestano, *Introduzione* (nt. 1) 139 nt. 17 ('qualche argomento colpisce, ma l'insieme non riesce a persuadere'); Kaser, *'Ius honorarium'* (nt. 70) 67 e nt. 214-216 (che lascia deliberatamente da parte la questione di una 'von Julian vollzogene abschliessende Textredaktion - nicht Kompilation! - auf Veranlassung Hadrians', dandomi atto di varie osservazioni e, in particolare, della mancanza di fonti tecniche [classiche] confermative dell'opera svolta da Giuliano e da Adriano). — Gli indizi di modifiche apportate al testo edittale dopo la pretesa codificazione o addirittura dopo la fine del principato di Adriano sono relativi a cose di scarso rilievo (perché non è certo da negare che l'attività edittale sia andata esaurendosi nel corso del sec. II a.C.), ma vi sono. A quelli che ho indicato in *L'esaurimento* cit., nt. 186 e 188, mi

limito ad aggiungere gli elementi addotti da: C. Furia, *Gai 3.84; 4.38 e la collocazione originaria dell'editto 'de capite minutis'*, in *SDHI.* 53 (1987) 110 ss.; Guarino, *L'editto in casa Cupiello* cit. 53 ss.; (a proposito di Ulp. D. 14.5.2 pr. in relazione a Sev. e Carac. CI. 4.26.2).

77. Ad ulteriore conforto della mia tesi sulla inesistenza di una codificazione o anche di una risistemazione 'ufficiale' dell'editto pretorio (e dell'editto edilizio) in età adrianea o comunque in età classica va tenuto debitamente presente (v. in particolare: Guarino, *La formazione* cit. 329 ss.) che il testo del preteso editto adrianeo è stato ricostruito (nei limiti del possibile) da O. Lenel, *Das Edictum perpetuum, ein Versuch seiner Wiederherstellung*[3] (1927), sulla base delle attestazioni dirette o indirette (non sempre, si badi, tra loro corrispondenti) contenute nei *digesta* di Salvio Giuliano (l. 1-58) e nei libri *ad edictum* di Gaio, di Paolo e di Ulpiano: il 'sistema' dell'editto adrianeo è, dunque, in realtà il sistema della '*compositio*' (non in tutto e per tutti identica) delle sue clausole operata (in analogia con quanto già fatto precedentemente quanto meno da Ofilio: *retro* n. 75) dai giuristi ora citati. Ciò induce a chiedersi se veramente vi fosse davvero un *album* ufficiale contenente in ordine sistematico il moltissimo che si legge o si suppone dal Lenel, e la ovvia risposta è che questo albo, tanto spropositatamente grande da contenere tutto e da essere redatto con caratteri agevolmente leggibili dal basso, è una pura fantasia. Non è che i magistrati non disponessero di albi su cui affiggere i loro editti e i loro comunicati: è piuttosto che su queste tavole, di superficie necessariamente limitata, essi affiggevano (alla stessa guisa di ciò che avviene oggi per gli albi dei comuni e delle autorità giudiziarie) solo i programmi e le disposizioni più recenti, rimanendo il resto affidato alle registrazioni delle loro cancellerie e sopra tutto alla 'memoria' scritta dei giuristi e dei *notarii*. Sistema imperfetto quanto si vuole, ma non molto diverso, a ben guardare, dal sistema di conservazione dei provvedimenti legislativi e delle costituzioni dei *principes*, che non erano rintracciabili, dopo i momenti della prima affissione, in una 'Gazzetta ufficiale' o in qualcosa del genere. La tesi è confermata dal fatto che l'*edictum de albo corrupto*, se inizialmente era stato veramente relativo all'ipotesi di *corruptio* di un *album*, ai tempi di Ulpiano puniva con una pena pecuniaria, su *accusatio* di un *quivis de populo*, chiunque avesse falsificato dolosamente il tenore di un editto riportato nell'albo, oppure su papiro, op-

pure su qualunque altro mezzo scrittorio. Cfr. Ulp. 3 *ad ed.* D. 2.1.7 pr.: *Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit: datur in eum quingentorum* [*aureorum*] (*milium sestertiorum*) *iudicium, quod populare est.* — Sull'*edictum monitorium*: F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana* (tr. ital. 1968) 344 s.

XI. IL ' IUS NOVUM '.

78. L'ESAURIMENTO DEL DIRITTO ' REPUBBLICANO '.

Nel corso del primo secolo dopo Cristo, nel corso cioè di quella che, arrivando non piú in là di Traiano, ho già ripetutamente chiamata la ' fase augustea ' del principato, la politica dei *principes* fu, e in parte dovette essere per necessità di cose, una politica di formale rispetto per le istituzioni tradizionali repubblicane e le loro funzioni.

A parte il fatto che anche successivamente, cioè nella cosí detta ' fase adrianea ' e sino a tutta la dinastia dei Severi (estintasi nel 235 d.C.), sarebbe stato ancora sulla *respublica*, sempre piú esangue ma comunque viva, che il principato avrebbe basato la sua autogiustificazione ufficiale, nel primo secolo sussistevano tuttora, della repubblica antica, elementi reali troppo consistenti per essere di colpo eliminati o trascurati. Questi elementi facevano capo, come è ben noto, alla *nobilitas* senatoria, alla sua potenza economica, alla sua non trascurabile influenza su vasti strati della popolazione, alla sua residua ambizione di continuare a governar la *respublica*, sia pur subendo una forte concorrenza del *princeps*, mediante il consesso supremo del *senatus*. Le resistenze di quest'ultimo, con tutto ciò che gli stava alle spalle, furono superate dai *principes* solo gradualmente, e non senza episodi di scacco o di momentaneo arretramento, in una progressione che occupò tutto il primo secolo dell'èra volgare e che, quindi, permise ancora per qualche tempo agli organismi repubblicani di ' fare diritto ' alla vecchia maniera: di produrre diritto nel clima di una finzione piú o meno evidente, non

tanto che il *princeps* e la sua personale organizzazione di potere non esistessero o non avessero grande influenza sociale, quanto che questo diritto 'repubblicano', prodotto o applicato nei modi antichi, non fosse in realtà suggerito dal *princeps* o non fosse comunque solo quello da lui pienamente gradito. Pertanto, mentre il *ius honorarium* prima si accresceva, poi si consolidava e infine si sclerotizzava secondo il processo storico che già si è descritto qualche pagina addietro (n. 76), al *ius civile*, alla repressione criminale e ad altri settori ammessi via via a far parte del concetto di *ius* portò nuova linfa una ripresa del *ius legitimum novum*, in particolare di *leges publicae*, favorita da Augusto e dai suoi immediati successori. Anzi il *ius legitimum novum*, il *ius publicum* di tipo 'repubblicano', si riversò sopra tutto in una fonte normativa, della cui fondatezza costituzionale si erano sino ad allora fortemente dubitato: il *senatusconsultum*.

L'elenco dei senatoconsulti normativi è lungo, annovera molti provvedimenti di notevole rilevanza e giunge nel tempo, con qualche ultima manifestazione, sino alla dinastia dei Severi. Sarebbe tuttavia un grosso errore limitarsi a considerare il lato formale degli stessi: il fatto cioè che ci troviamo, a primo aspetto, di fronte ad una serie di atti del senato repubblicano, e non del principe e dei suoi dipendenti. L'ambiguità della fase augustea del principato, non del tutto eliminata nella stessa fase adrianea che seguí, impone che ci si chieda, in ordine ad ogni senatoconsulto normativo, se il senato elargí il provvedimento godendo di un minimo indispensabile di reale autonomia nei confronti del *princeps*, o se il provvedimento emesso dal senato altro non fu che la traduzione in termini di *consultum*, cioè in termini di parere favorevole, di quella che era in realtà una decisione normativa già presa nei fatti dal principe.

In linea generale, tralasciando qui un esame specifico

dei vari senatoconsulti, la risposta è che ben pochi tra essi sembrano essere stati emanati in un clima di vera autonomia. Per la maggioranza dei senatoconsulti normativi dell'età del principato è chiaro che si trattò dapprima di provvedimenti 'permessi', cioè affidati dal *princeps* al senato (o non sottratti dal principe allo stesso), mentre si trattò di poi, e sempre con maggiore frequenza andando avanti nel tempo, di provvedimenti 'imposti'. A volte imposti implicitamente, attraverso la manovra politica, altre volte richiesti esplicitamente dal principe (con una istanza di cui a nessuno può sfuggire il valore obbligante) attraverso la sua personale e autorevolissima *relatio in senatu* (cui faceva seguito, data la inesistenza del voto segreto, una discussione puramente formale, conclusa da un voto finale ben difficilmente sfavorevole) oppure attraverso la lettura in senato, fatta personalmente o fatta fare da un proprio dipendente, di una solenne *oratio principis* unicamente destinata alla acclamazione finale.

L'*oratio principis in senatu hàbita*, costituzione imperiale sotto vesti residue di senatoconsulto, è solo un esempio, forse il piú indicativo, del processo di cauta, ma radicale trasformazione del governo dello stato e dell'ordinamento giuridico, di cui fu teatro il periodo del principato. Ben piú frequenti e incisivi furono, sopra tutto nella fase adrianea, gli interventi *extra ordinem*, in materie nuove e in materie vecchie, del *princeps*, dei funzionari da lui dipendenti, persino di magistrati della repubblica da lui sollecitati. Ne parleremo tra poco. Ma sin d'ora deve dirsi, di questi interventi straordinari, che la loro frequenza ed incisività non giustificherebbero di per se sole la tesi della loro progressiva trasformazione in interventi ordinari, quindi la tesi della radicale trasformazione del governo e del diritto in senso 'imperiale', se non si registrassero, in concomitanza, gli esempi di subordina-

zione degli organismi repubblicani ai voleri del *princeps* secondo lo schema documentato dalle *orationes in senatu*.

È su questi rilievi (non tanto, si ripete, dell'imponenza crescente degli interventi *extra ordinem*, quanto del venir meno progressivo della produzione giuridica tipicamente repubblicana) che si basa, per quanto riguarda l'aspetto giuridico della storia di Roma, il problema del *ius novum*. Il problema, piú precisamente, della identificabilità in sede storiografica di un nuovo sistema giuridico, di un '*ius novum*' affermatosi durante l'età del principato e pienamente consolidatosi nella successiva età dell'impero assoluto. Un *ius* rispetto al quale tutto il diritto di estrazione repubblicana, sia *civile* che *honorarium*, sia da qualificare, come diritto tuttora formalmente valido ed altamente venerato, ma in realtà improduttivo ormai di nuove determinazioni, anzi divenuto nelle applicazioni concrete cosí debole e poco sicuro, da dover ricorrere per un piú valido appoggio (si sarebbe tentati di dire per il 'bastone della vecchiaia') al nuovo diritto ed alle sue istituzioni giudiziarie: un diritto da qualificare insomma, diciamolo chiaro, come '*ius vetus*'.

79. La concezione generale del 'ius novum'.

Il tema del *ius novum* di marca imperiale contrapposto al *ius vetus* di marca repubblicana è un problema che gli studiosi moderni sentono peraltro piuttosto tiepidamente. E ciò forse dipende anche dal fatto che ancora una volta non disponiamo di categoriche prese di posizione delle fonti tecniche romane.

Forse la prima intuizione la ebbe Rudolf Jhering, il quale, nella sua magistrale opera sullo 'spirito del diritto romano', non poche volte differenziò dal '*ius antiquum*' il *novum ius*, senza tuttavia specificamente identificare quest'ultimo esclusivamente nel diritto imperiale. Del *ius*

novum il Jhering mostrò di avere un'idea piú vasta, come di un sistema giuridico essenzialmente basato sul ' *bonum et aequum* ' e sulla libertà di forme, contrapposto quindi, per questi riguardi, all'antico e tradizionale, e in certo senso piú puro, diritto romano: qualcosa che certamente attiene anche al diritto di età imperiale, ma non attiene ad esso soltanto. Comunque lo spunto era dato, ed è da dire che corrispondeva ad analoghe osservazioni che tralucono qua e là nelle fonti.

Una piú precisa teoria sul ' nuovo diritto ' fu formulata da Alessio Rudorf e da Giuseppe Emilio Kuntze, i quali sostennero, nella seconda metà del secolo XIX, che sin dagli inizi dell'età del principato si sarebbe andato costituendo un *ius* ' *novum* ', anche detto ' *extraordinarium* ' per il fatto di essere attuato attraverso la *cognitio extra ordinem*. Fonti di questo diritto, contrapposto sia al *ius civile* che al *ius honorarium*, sarebbero state le *constitutiones principum* e gli stessi *senatusconsulta*, o almeno i *senatusconsulta* piú recenti e piú chiaramente subordinati alla volontà imperiale. Il Rudorf, in particolare, affermò che il *ius novum* dell'età del principato continuò in una fioritura rettilinea anche nell'epoca successiva del dominato, identificandosi con quel *ius novum*, o ' *ius* ' per eccellenza, che in età postclassica veniva decisamente contrapposto al *ius vetus* anteriore all'affermarsi dei valori del cristianesimo. E su questa strada il Kuntze aggiunse, di suo, che il *ius novum* si era già solidamente costituito nell'età da Diocleziano a Costantino e che da esso derivò in prosieguo ogni importante ' novità ' del diritto romano, nonché la tutela giudiziaria nei nuovi modi *extra ordinem* di qualsivoglia istituto giuridico antico.

L'indirizzo del Rudorf e del Kuntze, che pure fu largamente approvato sul primo momento da illustri studiosi, incontrò, dopo qualche tempo, critiche particolarmente

forti in Moriz Wlassak, il quale affermò e cercò vigorosamente di dimostrare che almeno nel periodo classico, persino nell'avanzata fase adrianea, mai non vi fu posto per un *ius novum*. L'antitesi tra *ius civile* e *ius honorarium*, a parere di questo autore, esaurí del tutto l'ambito del diritto romano classico. E l'influenza del Wlassak, notoriamente fortissima anche per la forza della personalità di questo grande pensatore, fece abbandonare per qualche tempo la precedente concezione del *ius novum*, alla quale si manifestarono parimenti contrari Otto Lenel e Ludwig Mitteis, vale a dire gli studiosi che, unitamente al processualista austriaco, furono i massimi esponenti della giusromanistica 'critica' tra i due secoli.

Dobbiamo a illuminanti prese di posizione di Salvatore Riccobono, se la concezione del *ius novum* è stata nel nuovo secolo vigorosamente riassunta e approfondita, pur con sensibili variazioni di pensiero determinate ('felix culpa') dalla sua eccezionale esuberanza. E sulla scia del Riccobono si sono posti in seguito validissimi studiosi appartenenti alla sua scuola o derivati da quella. Cosí, mentre Cesare Sanfilippo dava della concezione riccoboniana una lucida conferma attraverso i suoi studi sull'*hereditas*, Lauro Chiazzese precisava, in termini generali e forse un po' troppo audaci che i senatoconsulti e le costituzioni degli imperatori costituirono nell'età imperiale 'un *ius civile* che per la sostanza non ha nulla di comune con l'antico, che è animato dalla stessa *aequitas* che informa il diritto pretorio, che è insomma un *ius civile novum*'. Piú di recente, Bernardo Albanese ha, con piú attenta misura, parlato di un '*ius novum* o *extraordinarium*', che 'continua negli sviluppi già affermatisi nel *ius gentium* e nel *ius honorarium*'.

A mio parere, l'incertezza di alcuni circa la realtà storica del *ius novum* e l'incertezza di altri nel rappresentare questa realtà, di cui prendono tuttavia pienamente

atto, dipendono, sopra tutto in relazione al periodo del principato, da almeno tre dati reali, di cui non si vuole o non si sa tener conto, sia considerandoli singolarmente e sia considerandoli nel loro insieme.

Il primo dato reale da tener presente è che il concetto di *ius novum* è diverso da quello di *ius extraordinarium*, pur se il piú delle volte, e sempre piú di frequente col procedere dei secoli, essi coprono la stessa area e quindi finiscono per coincidere. ' *Ius extraordinarium* ' è, propriamente inteso, il diritto scaturito dagli interventi *extra ordinem* facenti capo al *princeps* e dei quali parleremo piú dettagliatamente tra poco; ' *ius novum* ' è invece il prodotto sia degli interventi *extra ordinem*, che di residui interventi repubblicani ed anche, non poco, della interpretazione giurisprudenziale tardo-classica e postclassica. Lo si legge tra le righe, tanto per fare un esempio, di un testo di Gaio (6 *ad ed. prov.* D. 5.3.1 e 3), in cui questi, con riferimento all'*hereditas*, contrappone al *vetus ius* delle *XII tabulae* e del *ius civile* il *novum ius* delle successioni ereditarie regolate da senatoconsulti o da costituzioni imperiali (*hereditas ad nos pertinet aut vetere iure aut novo: vetere e lege duodecim tabularum vel ex testamento, quod iure factum est . . . novo iure fiunt heredes omnes, qui ex senatus consultis aut ex constitutionibus ad hereditatem vocantur*): con il che Gaio, senza negare ai *senatusconsulta* la loro appartenenza ai *ius publicum* nel senso di *ius legitimum novum*, li disancora, a causa del loro contenuto innovativo e della loro connessione con le costituzioni imperiali, sia dal *ius civile* che dal *ius honorarium*. Solo con il tardo giurista Callistrato (2 *ed. monit.* D. 4.6.2 pr.) l'identificazione (o confusione) tra *ius novum* e *ius extraordinarium* è documentata: tanto vero che egli parla di un *ius* che ' *extra ordinem dicitur ex senatus consultis et principalibus constitutionibus* '.

Secondo dato reale, da non sottovalutare, è che nel

periodo del principato, ma con strascichi nello stesso periodo dell'impero assoluto, l'ideologia sottostante al *ius novum* fu quella della sua 'specialità' rispetto al *ius vetus*, sia *civile* che *honorarium*. Il *ius vetus* di stampo repubblicano costituiva, in altri termini, un *ius commune*, un diritto razionale, talvolta denominato ellitticamente *ratio iuris* o *ratio*, rispetto al quale la normativa di *ius novum* aveva certo efficacia derogatoria, ma non supremazia di rango. Sebbene le costituzioni imperiali postclassiche affermino spesso, e in toni altisonanti, la loro superiorità rispetto a checchessia, queste affermazioni, se lette con attenzione, altro non sono che un modo esuberante per sottolineare la innegabile loro preponderanza in termini di efficacia sul *vetus ius*.

E infine eccoci al terzo dato reale da considerare. I contenuti del *ius novum* classico e postclassico sono di valore e di orientamento estremamente vario, intimamente connesso con i tempi, le situazioni politiche, i problemi economici da affrontare, le complesse questioni sociali e religiose, le diverse influenze locali e dei vari ambienti dell'impero. Una linea di continuità, sia pure approssimativa, è rintracciabile solo per il *ius vetus*, anche per la conservazione che di esso si curò non soltanto nelle scuole di diritto, ma nella prassi giudiziaria. Tuttavia, chi voglia cercare nel concreto del *ius novum* lo sviluppo dei valori del *ius civile* piú progredito (del *ius civile novum*, o si dica pure del *ius gentium*) e l'esaltazione dei valori del *ius honorarium*, magari con l'aggiunta dei valori del cristianesimo, tutto questo, per lo meno ad un livello minimo di coerenza, egli non è in grado di trovarlo. Troppe spinte diverse, in un arco di tempo troppo lungo per poter essere considerato unitario, hanno fatto sí che del *novum ius*, da un lato si debba dire che è una realtà, visto che è nettamente diverso dal *ius vetus*, ma dall'altro non si possa dire

del pari che abbia una precisa fisionomia, sulla base della quale possa procedersi ad una definizione di contenuti.

Stabilito quindi che del *ius novum* classico o postclassico sarebbe illusorio voler fissare una nozione troppo minuziosa, non resta, per avere un'idea sufficientemente chiara del fenomeno, che parlare degli interventi *extra ordinem* facenti capo al potere imperiale, delle *constitutiones principum* a carattere normativo, della nozione di *ius vetus* e della sua storia sino a Giustiniano e infine, per le ragioni che vedremo a séguito di tutto questo discorso, dell'emersione e della storia di una nuova fonte di diritto, vera espressione di un *ius novum* non *extraordinarium*, rappresentata dalla *consuetudo*.

80. GLI INTERVENTI IMPERIALI 'EXTRA ORDINEM'.

Secondo la geniale impostazione di Augusto, coltivata e perfezionata dai suoi successori, il *princeps* non era una istituzione ordinaria della *respublica*, e ciò pur se spesso egli si compiaceva di assumere anche cariche magistratuali ordinarie, particolarmente quella di console con tanto di collega. Il *princeps* era un'istituzione repubblicana, sí, ma *extra ordinem*, a carattere straordinario, che riceveva di volta in volta alcune altissime attribuzioni, a titolo personale e fiduciario, dal *senatus populusque Romanus*.

Le attribuzioni del principe, che gli permettevano di soprintendere giuridicamente a tutta la *respublica*, esclusion fatta per il solo consesso del *senatus*, si stabilizzarono, nel corso della fase augustea, in due poteri: anzi tutto la *tribunicia potestas*, che faceva del *princeps* colui che condizionava con il suo diritto di veto (*intercessio*) tutte le magistrature repubblicane, tenendo quindi sotto controllo il funzionamento della *respublica* tradizionale; secondariamente il cosí detto *imperium proconsulare maius et infinitum*, che a lui assicurava il comando supremo su

tutte le province, anche su quelle del senato, e la disponibilità degli eserciti anche dentro i confini della città di Roma. Sarebbe interessante fare una storia piú particolareggiata di questi due poteri essenziali e della loro progressiva istituzionalizzazione, se non fosse in questa sede un fuor d'opera e se non potessi, per quanto riguarda i miei personali punti di vista, rinviare ad altri miei scritti sul tema. Mi basti solo dire questo: che, se in una prima fase del principato (quella che io chiamo la ' fase augustea ') le potestà *extra ordinem* del *princeps* furono tali in senso puntuale, nel senso cioè di poter anche non essere concesse nella stessa misura ad ogni nuovo candidato al principato, in una seconda fase (quella che fu aperto da Adriano e che io chiamo la ' fase adrianea ') l'istituto del *princeps*, il complesso dei suoi poteri supremi, la sempre piú vasta burocrazia facente capo a lui furono considerati come elemento stabile e irrinunciabile dell'ordinamento autoritativo romano e furono qualificati *extra ordinem* esclusivamente per differenziarli dagli elementi tradizionali, dall'*ordo* tipico della antica *respublica*.

Dei loro poteri *extra ordinem* i *principes* fecero uso, nel campo giuridico, sia come giudici, sia come interpreti del *ius*, sia infine come autori di decisioni normative aventi valore di legge. Ma il traguardo fu raggiunto, con accorta progressione, solo nel corso della fase adrianea del principato: fase in cui, cominciando per l'appunto da Adriano, l'*imperium Romanum*, costituito dal complesso delle *provinciae* sottoposte direttamente o indirettamente al *princeps*, perse il suo originario carattere di subordinazione nei riguardi della *respublica*, avviandosi a diventare addirittura l'elemento predominante di tutto il sistema politico romano. Durante la fase augustea i *principes* favorirono invece il riconoscimento di attribuzioni *extra ordinem* anche ai *consules* ed al *senatus*, valorizzarono inoltre la *interpretatio prudentium* attraverso la concessione del

ius publice respondendi ai giureconsulti ritenuti migliori e piú affidanti e agevolarono nei modi che abbiamo visto in precedenza la legislazione pubblica, l'attività innovativa dei magistrati giusdicenti, l'emissione di *senatusconsulta* normativi.

Tutto ciò non significa che un'attività *extra ordinem* esercitata dagli stessi principi non si sia profilata già nella fase augustea del principato. L'attività *extra ordinem* dei *principes* vi fu, e fu anche imponente, ma ebbe agli inizî, studiatamente, gli aspetti degli interventi (quasi sempre richiesti concordemente dagli interessati e quasi mai obbliganti per i destinatari) del *princeps civitatis* nella veste del cittadino da tutti riconosciuto come il migliore ed il piú saggio: del che rimane traccia nella formulazione di puro e semplice parere o consiglio adottata stabilmente da certe costituzioni autorevoli, principalmente dagli *edicta*. Man mano che il ' punto di non ritorno ' all'antica repubblica divenne sempre piú vicino, e perciò sempre piú sicura si profilò la sopravvivenza del regime del *principatus*, gli interventi *extra ordinem* del *princeps* divennero peraltro, oltre che piú numerosi, piú autoritari, piú affini alle leggi pubbliche, sí che già dal primo secolo dell'era volgare l'editto del pretore urbano indicò tra le fonti giuridiche di cui avrebbe preteso il rispetto anche, per esplicito, gli ' *edicta decreta principum* '.

Nella fase adrianea del principato non vi furono comunque piú dubbi sul punto che la volontà del *princeps* fosse costitutiva di diritto. Gaio, nelle sue *institutiones* (1.5), indica tra i *iura populi Romani* le *constitutiones principum*, ravvisandole negli *edicta ad magistratus*, nei *decreta* risolutivi di processi *extra ordinem* e nelle *epistulae* con cui il *princeps* comunicava le sue soluzioni dei dubbi di interpretazione del diritto sottopostigli da un magistrato. Forse non è solo per caso che nell'elenco manchino ancora i *mandata*, contenenti istruzioni per i fun-

zionari dipendenti, e sopra tutto i *rescripta*, cioè gli autorevolissimi responsi in materia giuridica indirizzati ai privati. Ad ogni modo quello che importa è che il giurista aggiunga, sia pure con visibile forzatura, che mai si era dubitato delle *constitutiones* che facessero veci di legge (*nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat*). Ed ancora piú interessante è la giustificazione che egli da del potere paralegislativo imperiale: *cum ipse imperator per legem imperium accipiat.*

Quale fosse questa legge giustificativa lo spiegherà meglio, nell'età dei Severi, Ulpiano (1 *instit.* D. 1.4.1 pr.; cfr. I. 1.2.6), in un passo famosissimo da ritenersi sostanzialmente genuino (solo un po' enfatizzato da un lettore postclassico o da Giustiniano): *quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium* [*et potestatem*] *conferat.* Si trattava cioè della volontà popolare (generalmente peraltro 'rappresentata' dal senato) con cui si attribuiva al *princeps* l'*imperium proconsulare maius et infinitum*, oppure, piú semplicemente, della solenne *lex curiata de imperio* mediante la quale, sin dai tempi dei re di stampo etrusco (ecco il perché di '*lex regia*'), si dava solenne riconoscimento dell'*imperium* conferito ad un magistrato (o promagistrato, o personaggio anche privato) dai *comitia curiata.*

81. LA 'COGNITIO EXTRA ORDINEM'.

La formazione di un concetto unitario del *ius extraordinarium* facente capo al *princeps* favorí l'organizzazione di una *cognitio extra ordinem* dell'imperatore, tanto per le controversie private quanto per gli affari criminali. La *cognitio principis* non ebbe mai regole precise, anzi variò anche notevolmente dall'uno all'altro personaggio o dal-

l'una all'altra epoca storica: questo il motivo per cui nelle fonti si parla, piuttosto che di ' *cognitio* ' come categoria generale, di ' *cognitiones* ' al plurale. Comunque, quanto a linee generali le *cognitiones extraordinariae* sfociarono sempre in qualcosa di identico. Ebbero cioè natura ' inquisitoria ', di indagine integralmente affidata all'iniziativa del giudicante: non dipendente, una volta che fosse stata posta in moto, dalle sole richieste avanzate da attori o accusatori o dalle sole prove dagli stessi prodotte.

In ordine alle controversie private l'assunzione della *cognitio extra ordinem* da parte del *princeps* non significò abolizione della *cognitio ordinaria*, rappresentata dalla vecchia procedura *per formulas*. Questa rimase largamente applicata in Roma e in Italia e, sebbene su scala meno vasta, fu praticata anche nelle *provinciae senatus*, servendo egregiamente allo scopo della decisione delle controversie in primo grado. Nelle *provinciae* imperiali e nello stesso territorio italico la *cognitio extra ordinem* prevalse, invece, anche per le prime istanze, sull'*ordo iudiciorum privatorum*. Ad ogni modo, al di sopra della *cognitio* di primo grado, *ordinaria* o *extraordinaria* che fosse, fu ammessa la *cognitio extra ordinem* del *princeps* o dei suoi delegati, su *appellatio* della parte soccombente. E questa *cognitio* finí per non essere piú considerata in nessun caso di carattere estemporaneo, ma divenne alla fine del tutto regolare, con efficacia di eventualmente annullare il primo giudicato e di sostituirvene un altro definitivo.

Il processo straordinario in affari privati si svolgeva sotto la direzione di un funzionario imperiale o, in suprema istanza, sotto la direzione del *princeps* o di un *praefectus praetorio* e si concludeva con un *decretum* (o *sententia*) di rigetto o di accoglimento, pieno o semipieno, della domanda attrice. Per l'*appellatio* non vi erano termini stabiliti, dimodoché la prima sentenza era immediatamente esecutiva. Tuttavia l'interposizione dell'appello

anteriore alla esecuzione della *sententia*, *ordinaria* o *extraordinaria*, aveva effetto sospensivo dell'esecuzione.

Quanto alla *cognitio extraordinaria* in maniera criminale, anche essa subí un analogo processo di rioganizzazione unitaria. Le vecchie *quaestiones perpetuae*, create in epoca preclassica come tribunali speciali per singoli tipi di reato, furono progressivamente messe del tutto da parte e la stessa *cognitio extraordinaria* esercitata per qualche tempo dal *senatus* decadde, sino a limitarsi ai *crimina* di carattere politico commessi da *magistratus* e *senatores*. Rimase, dunque, praticamente sola la *cognitio extra ordinem* del *princeps*, esercitata per sua delegazione dai funzionari dipendenti, e particolarmente dal *praefectus urbi*, dal *praefectus vigilum* o, nelle *provinciae*, dai *praesides*. Con l'andar del tempo si concretarono e si chiarirono le linee caratteristiche del nuovo sistema repressivo e si specificarono altresí le varie figure di *crimina* perseguiti *extra ordinem* dall'autorità. Si parlò, pertanto, di *crimina extraordinaria* e di relative *poenae extra ordinem*, creandosi finalmente un sistema punitivo completo e unitario, quale Roma non aveva mai in precedenza avuto.

L'iniziativa della *cognitio extra ordinem* criminale spettava esclusivamente all'autorità, che agiva o su denunzia privata (*accusatio*, *delatio*) o su rapporto degli ufficiali subalterni incaricati della polizia. All'autorità spettò, altresí, in linea esclusiva, l'*inquisitio* dei fatti e la comminazione discrezionale della *poena extra ordinem* adeguata. Le direttive dei *principes* in proposito furono nel senso che non bastasse accertare la commissione del fatto criminoso da parte dell'imputato, né fosse sufficiente accertare ulteriormente che il fatto fosse stato commesso con la coscienza e volontà di compiere un illecito (cioè *dolo malo*, *sponte*, *consulatu*), ma che occorresse analizzare, ai fini dell'applicazione della *poena* adeguata, il grado di intensità del *dolus*, se maggiore o minore, nonché ogni

altra circostanza di tempo, di luogo, di persona atta a mettere in luce esatta la vera responsabilità intima, oltre che esterna, dell'imputato. Teoricamente un sistema da fare invidia a molte legislazioni ' penali ' moderne; ma praticamente, è bene non tacerlo, un sistema assai poco raccomandabile perché non fondato sul principio ' *nullum crimen, nulla poena sine lege* ', e quindi aperto ad arbitrii di ogni genere da parte dei giudicanti.

Vasta e complicatissima la gamma delle *poenae extra ordinem*. Esse andavano dai *summa supplicia* (morti ignominiose: *crucifixio, damnatio ad bestias*) alla *poena capitis* per decapitazione o strangolamento, ai lavori forzati (*damnatio ad metalla* ecc.), implicanti per giunta la riduzione del condannato in schiavitú (*servitus poenae*), all'*exilium*, alla *deportatio in insulam* (soggiorno coatto in località isolata con conseguente perdita della cittadinanza e confisca del patrimonio: *ademptio civitatis* e *bonorum*), alla *relegatio in insulam* (pena analoga alla precedente, ma senza perdita della cittadinanza e confisca di beni), alla fustigazione (*fustium ictus*), a varie sanzioni minori o accessorie, di carattere pecuniario (*mulctae*) o di altra natura (interdizione di diritti). Non fu contemplata come *poena* la reclusione. Si ammise e si praticò, invece, la carcerazione preventiva (*custodia reorum*) in attesa di giudizio.

La conclusione, per chi osservi pacatamente le strutture processuali or ora sommariamente descritte, è che i procedimenti di gran parte delle nazioni moderne, sia in civile che in penale, hanno molto, forse troppo, assorbito dai procedimenti della *cognitio extra ordinem* imperiale. Il che, se non erro, è dipeso dal fatto che l'autorevolezza esemplare della ' tradizione romanistica ' dalla caduta dell'impero romano ai nostri giorni, è stata prevalentemente identificata, per ciò che attiene all'assetto della cosa pubblica (costituzione, amministrazione, giurisdizione), nella subordinazione del cittadino al cosí detto potere ' statale ',

che fu caratteristica, in realtà, essenzialmente dell'assolutismo imperiale.

82. LE 'LEGES' IMPERIALI.

Fuori della *cognitio extra ordinem*, sempre piú intensa ed esclusiva fu, in età classica e in età postclassica, la emanazione di provvedimenti imperiali (*constitutiones principum* o *principales*) equiparati alla *leges publicae* in virtú del principio '*quod principi placuit, legis habet vigorem*'.

Il principio, adattato alla concezione postclassica dell'*imperator* come *dominus imperii*, acquistò la significazione che qualsivoglia manifestazione di volontà dell'imperatore fosse vincolante per i destinatari, essendo l'imperatore stesso ritenuto la 'legge animata' dell'impero (*nómos émpsychos*). Inoltre le *constitutiones principis*, andando oramai a fine la possibilità dell'emanazione di nuove *leges publicae* e facendo esse appello ad una sorta di delega popolare, a guisa di *leges datae*, passarono gradatamente ad esser denominate esse stesse per antonomasia '*leges*'.

Non tutte le *leges* imperiali (anche dette *leges principales*) ebbero carattere normativo: non tutte cioè perseguirono lo scopo di regolare tipi di fattispecie, anziché fattispecie singole, e di rivolgersi ad una generalità di persone, anziché a persone determinate. Il diritto postclassico distinse tra *leges generales*, relative a categorie di casi e di soggetti, e *leges speciales* (o *personales*), relative a casi singoli e a singoli soggetti. Distinzione, la quale ebbe il suo valore nei riguardi dell'applicabilità da parte dei giudici ed in generale dei consociati, poiché si affermò il principio che le costituzioni speciali non potessero '*ad exemplum trahi*', essere applicate cioè a casi simili o analoghi, per il fatto che la legge fatta su misura (*quae princeps alicui ob merita indulsit vel si quam poenam irrogavit*

vel si cui sine exemplo subvenit) non esce fuori dai limiti del suo destinatario, ' *personam non egreditur* ' (Ulp. 1 *instit.* D. 1.4.1.2).

Per le *leges generales* sorse anche il problema della efficacia nel tempo e nello spazio. Il criterio adottato fu che una *lex generalis* avesse valore sinché non venisse esplicitamente abrogata da un'altra *lex generalis* e che ogni *lex generalis*, fosse essa emanata dall'imperatore di Oriente o fosse emanata da quello di Occidente, avesse vigenza per tutto il territorio dell'impero. Correlativamente alla scissione fra Oriente e Occidente, si procedette peraltro, in relazione alla efficacia delle leggi nello spazio, ad una notevole modifica, in quanto l'imperatore Teodosio II, preparando la grande raccolta di *leges generales* denominata *Codex Theodosianus*, dispose, nel 429 dopo Cristo, che le leggi emanate in una delle due *partes imperii* non avessero vigore nell'altra parte, se non fossero state ufficialmente comunicate dall'uno all'altro imperatore, mediante una *sanctio pragmatica*, e se non fossero state, inoltre, confermate dal secondo imperatore (CTh. 1.1.5).

Se ora dall'astratta distinzione tra *leges generales* e *leges speciales* degli imperatori vogliamo scendere alla specifica elencazione dei tipi di costituzione a noi noti, va detto che approssimativamente, sempre per quanto riguarda le *leges* imperiali del periodo postclassico, il quadro complessivo è il seguente.

Delle *leges generales* facevano parte le *orationes ad senatum*, gli *edicta ad praefectos*, gli *edicta* ai funzionari di corte, gli *edicta ad populum*. Le *orationes ad senatum*, che erano derivate dalle *orationes principum in senatu habitae*, non erano seguíte piú dal *senatusconsultum*: esse consistevano in manifestazioni di volontà legislativa dell'imperatore, lette solennemente al senato da un funzionario di grado superiore, a scopo di renderle pubbliche. Gli *edicta ad praefectos praetorio*, derivati dagli *edicta* ai

praesides delle province del periodo classico, consistevano in manifestazioni di volontà legislativa dell'imperatore comunicate ad uno o piú *praefecti praetorio*, affinché questi le trasfondessero a loro volta negli *edicta* che ciascuno di essi era autorizzato ad emanare (entro i limiti rappresentati dalle *leges generales*) nella rispettiva *praefectura*. Altri *edicta* di vario genere erano inoltre diretti a funzionari di corte, affinché costoro facessero applicazione dei dettami in essi espressi quanto alla materia per cui erano competenti. Infine gli *edicta ad populum* (o *leges edictales*) erano un'altra derivazione dagli antichi *edicta principum*, ma con la differenza che, essendo indirizzati direttamente al popolo o ad una parte di esso, venivano pubblicati mediante affissione in tutti i territori dell'impero.

Nella categoria delle *leges speciales* rientravano i *decreta*, i *mandata*, i *rescripta* e le *adnotationes*. I *decreta* derivavano chiaramente dai *decreta* emessi *extra ordinem* dai *principes* durante l'epoca classica, ma erano un genere fortemente decaduto, perché gli imperatori avevano perso l'uso, con il generalizzarsi della *extraordinaria cognitio*, di decidere direttamente le controversie: al posto dei *decreta* degli imperatori si diffusero, in questo campo, le sentenze dei funzionari che amministravano giustizia nel loro nome. I *mandata* anch'essi derivati dal periodo classico, erano istruzioni amministrative ai funzionari subordinati, ma scomparvero del tutto a partire dal V secolo. I *rescripta* e le *adnotationes* furono un tipo di *leges speciales* probabilmente affine a quello dei *rescripta* del periodo del principato: numerosissimi sopra tutto con Diocleziano, che assai spesso fu costretto ad avvalersene per mettere in guardia i sudditi orientali da false interpretazioni del diritto romano, a partire da Costantino decaddero e furono ammessi soltanto se enunciassero principî non in contrasto con le *leges generales* e soltanto se contenessero (ad evitare l'abuso dell'autorità derivante dalla risposta impe-

riale) la clausola per cui la risposta aveva valore se ed in quanto fosse esatta la rappresentazione della fattispecie fatta dal richiedente (' *si preces veritate nituntur* ', se le richieste si fondano sulla verità).

Un genere intermedio tra le *leges generales* e le *leges speciales*, fu costituito, a quanto pare, dalle *pragmaticae sanctiones*, dette anche in Occidente *pragmatica* (col sottinteso, forse, di *rescripta*). Sulle loro piú precise caratteristiche regna, tuttavia, molta oscurità. Anche per esse fu imposta la clausola ' *si preces veritate nituntur* ' e l'imperatore Anastasio stabilí (491 d.C.) che fossero nulle quelle contrarie alle *leges generales*. In generale, le prammatiche contenevano disposizioni di carattere amministrativo, emanate su richiesta di enti pubblici o per iniziativa degli stessi imperatori. Esempio famoso: la *pragmatica sanctio pro petitione (papae) Vigilii*, con cui Giustiniano confermò nel 554 l'estensione all'Italia della sua codificazione.

83. LA FINE DEL ' DIRITTO GIURISPRUDENZIALE '.

L'esaurimento della produzione giuridica repubblicana e l'affermazione del *ius novum* furono fenomeni accompagnati e favoriti dal progressivo estinguersi, nel corso del periodo classico, dell'attività giurisprudenziale autonoma: dal progressivo venir meno, in altri termini, di quell'importante apporto che alla formazione ed all'evoluzione del *ius Romanorum* era stato dato per secoli e secoli dal ceto dei giureconsulti. Questo arresto del cosí detto ' diritto giurisprudenziale ' romano non avvenne per effetto di imposizioni scoperte dei *principes*, ma dipese dal fatto che i giuristi furono posti dagli stessi principi in condizione di perdere lentamente quel contatto diretto col pubblico, quella possibilità di intervenire nella vita giuridica con i loro pareri, tanto ' de iure condito ' quanto ' de iure con-

dendo', da cui erano derivati il loro alto senso di responsabilità e la loro grande rilevanza sociale.

Tra i mezzi usati dai *principes* al fine di disanimare, senza parer di volerlo, la giurisprudenza autonoma va particolarmente segnalato il '*ius publice respondendi*', cui sarà bene dedicare qualche cenno meno sommario di quelli che si sono incontrati nelle pagine che precedono. Dell'istituto parlano in modo relativamente diffuso solo fonti della fase adrianea del periodo classico, e cioè Pomponio (sempre se di lui genuinamente si tratta), in un brano del *liber singularis enchiridii* (D. 1.2.2.49), e Gaio, in un paragrafo delle sue *institutiones* (Gai 1.7, cfr. I. 1.2.8). Ne parlano, è bene dirlo subito, in un'epoca in cui l'istituto aveva ormai quasi del tutto esaurito la sua funzione. Certo è, infatti, che le concessioni del *ius respondendi* nella fase adrianea si diradarono sino quasi a sparire, mentre i migliori giureconsulti preferirono l'ingresso nel *consilium principis* e nelle carriere imperiali.

A leggere il passo di Pomponio, che in questo punto sembra abbastanza attendibile (anche perché non è verosimile che egli o un suo epitomatore abbiano potuto inventare di sana pianta un racconto in netto contrasto con l'avversione adrianea per l'istituto), il *ius publice respondendi* derivò da un'iniziativa di Augusto, ma non ebbe agli inizi carattere di '*ius*', di '*beneficium*', di potere giuridico. Prima di Augusto, dice appunto Pomponio, chi voleva fare il giureconsulto era libero di farlo e di dare quindi *responsa* a chi glieli chiedesse. Ne conseguì tuttavia, sopra tutto in quei tempi di estremo disordine sociale che precedettero l'affermazione di Ottaviano, un'inflazione di *responsa*, spesso contraddittorî tra loro e piú spesso ancora riferiti ai giudicanti in modo inesatto, di cui i litiganti facevano incetta, senza troppo badare all'effettivo valore dei giuristi interrogati, allo scopo di influenzare a proprio favore la decisione dei processi. 'Litigando iura

crescunt ', dice un noto brocardo tuttora ampiamente verificabile nei processi moderni. Ed ecco allora che Augusto stabilí di coprire con la sua *auctoritas* personale, cioè col suo riconosciuto prestigio di *princeps civitatis*, i giureconsulti (o piú precisamente, è chiaro, alcuni giureconsulti), affinché maggiore divenisse l'*auctoritas* di costoro rispetto a quella degli altri: *primus divus Augustus, ut maior iuris (consultorum) auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent.*

L'iniziativa di Augusto (' *primus* ', dice di lui Pomponio) fu, come si vede, in tutto e per tutto coerente con la sua politica e la sua propaganda: di personaggio che non volle riconoscersi come fondatore di un nuovo ordine politico, ma che si atteggiò studiosamente a restauratore della *libera respublica* dei tempi andati, a uomo eminente in Roma solo per *auctoritas* e non per *potestas* (cfr. *Res gestae d. A.* c. 34). I giuristi da lui ritenuti migliori (e si fa torto alla sua straordinaria intelligenza politica quando si asserisce che preferiti furono solo i suoi amici e sostenitori piú malleabili) ebbero da lui solo il pubblico e autorevolissimo riconoscimento della loro eccellenza: il che bastò ed avanzò per ottenere il risultato pratico che litiganti e giudici trascurassero di rivolgersi agli altri o di prendere in troppa considerazione i *responsa* di costoro. Fu solo con Tiberio, quando il sistema di governo del principato divenne ' istituzione ', che a sua volta la ' patente di buon giurista ' introdotto da Augusto si istituzionalizzò e diventò un *beneficium* giuridico vero e proprio, cioè un privilegio concesso dai *principes* su richiesta degli interessati. Non solo infatti Pomponio scrive che ' *ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit* ', ma fa capire ancor meglio, attraverso due passaggi (cfr. D. 1.2.2.48 e 50) relativi al principe Tiberio ed al beneficiario Masurio Sabino, che fu quest'ultimo a godere per primo, su concessione del successore di Augusto, del *beneficium* di dare

responsa al popolo. Il '*respondere ex auctoritate principis*' si era convertito nel '*ius publice respondendi*'.

È pienamente comprensibile che, una volta affermatosi come *beneficium*, il *ius publice respondendi* sia stato ambitissimo dai giuristi romani. A prescindere dal prestigio personale che esso conferiva a coloro che ne fossero insigniti, il rilievo sociale dei principî affermati in suo nome toccava livelli quasi corrispondenti a quelli di una fonte di diritto, sopra tutto nell'ipotesi che uno stesso principio fosse stato confermato concordemente da piú giureconsulti. Ma conveniva ai *principes*, sia pur tenendo saldamente nelle proprie mani la chiave della concessione, favorire in perpetuo il fiorire dell'istituto? Evidentemente no. Una volta superata la possibilità pratica di un ripristino della *respublica* dei tempi pre-augustei, tanto valeva non correre piú l'alea rappresentata, non tanto dalle improbabili 'ribellioni' dei concessionari del beneficio alla politica legislativa dei *principes*, quanto dalla probabilissima rivalità tra gli stessi e dalla eccessiva crescita della loro influenza nel mondo romano. Della rivalità danno prova evidente i dissensi avutisi durante tutta la fase augustea del principato tra le cosí dette 'scuole' dei Sabiniani e dei Proculiani: dissensi che furono spesso causa di incertezze nell'applicazione del diritto e che non sempre sembrano rapportabili, per quanto ci è dato di giudicare, a motivazioni serie di divergenza interpretativa. Quanto all'influenza dei giuristi muniti di *ius respondendi*, specie quando i loro pareri su un certo argomento fossero tutti o quasi tutti concordi tra loro, è ovvio che essa non abbia dato altro che fastidio ai *principes*, ormai che la legislazione era stata messa a tacere, la giurisdizione dei pretori e degli altri magistrati era stata privata di ogni slancio innovatore e imbrigliata era infine la stessa attività normativa del *senatus*.

Questo è il punto di vista dal quale dobbiamo porci

nel valutare due notizie relative ad Adriano, il grande dirottatore del principato verso i suoi esiti imperiali. La prima notizia ci proviene da Pomponio, sempre nel brano citato. Ad alcuni eminenti concittadini (nientemente che ex-pretori: *viri praetorii*) che gli avevano chiesto il *ius respondendi* il *princeps* replicò, con la sua caratteristica ironia, che questo beneficio non lo si doveva chiedere, ma si doveva attendere pazientemente che venisse concesso, e che comunque gli avrebbe fatto piacere se tra loro i piú sicuri di sé si fossero per intanto esercitati al *populo respondere*. Dall'episodio si desume con evidenza che ormai i freni erano stati notevolmente stretti e che il *ius respondendi*, senza essere stato ancora abolito, si trovava già sulla china discendente. E ciò illumina maggiormente il senso della seconda notizia, la quale ci viene data da Gaio (1.7). Dopo aver indicato tra le fonti dei ' *iura populi Romani* ' i *responsa* dei giuristi muniti di *ius respondendi*, Gaio si affretta ad aggiungere che tuttavia, in forza di un rescritto di Adriano, avevano valore paralegislativo, vincolante per i giudicanti, solo i pareri che da quei giuristi fossero stati espressi in maniera conforme: *quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi.*

La costituzione di Adriano citata da Gaio fu solo un *rescriptum*. Non abolí il *ius respondendi*, né fissò in termini categorici e inderogabili il principio della efficacia *vice legum* dei soli *responsa prudentium* conformi. Ma è intuibile che, nella sostanza, il rescritto adrianeo chiuse un'epoca e segnò l'inizio della fine del diritto giurisprudenziale romano. E fu visibilmente in esso la radice di una famosissima costituzione emanata un paio di secoli dopo da Valentiniano III (a. 426, CTh. 1.4.3) e nota come ' legge delle citazioni ': costituzione con cui fu stabilito che si potessero invocare in giudizio come aventi

valore di legge solo brani estratti dalle opere di cinque giuristi classici (Papiniano, Ulpiano, Paolo, Gaio e Modestino), e si aggiunse che nella ipotesi di non conformità dei pareri di costoro il giudice fosse tenuto a seguire l'avviso della maggioranza o, in subordinata, quanto non fosse possibile registrare una maggioranza, l'avviso espresso dal sommo Papiniano. Chi ha parlato, a proposito della legge delle citazioni, della istituzione di un 'tribunale dei morti' ha ovviamente fatto ricorso ad una iperbole, ma l'iperbole torna acconcia sopra tutto per segnalare l'ormai avvenuta morte, nel periodo postclassico del diritto romano, di una giurisprudenza autonoma e di apprezzabile livello culturale.

84. LE COMPILAZIONI DELLE 'LEGES' E DEI 'IURA'.

Il monopolio della produzione giuridica assunto dal *ius novum* comportò la 'fissazione' del patrimonio giuridico antico in un *ius vetus* non piú passibile, dunque, di accrescimenti e sviluppi. Dato poi che il *ius novum* già nel corso del periodo classico, e piú ancora in età postclassica, si concentrò nelle costituzioni imperiali, nelle *leges novae*, ne venne di conseguenza che il *ius vetus* fosse talvolta denominato antonomasticamente '*ius*' o '*iura*'.

Queste le linee generali del fenomeno. Linee che possono essere pienamente sottoscritte per ragioni di chiarezza espositiva ed anche per aderenza a quello che, almeno con riferimento all'antitesi tra *iura* e *leges* del periodo postclassico, è tuttora l'insegnamento corrente. In concreto, è appena il caso di avvertirlo, queste linee generali non trovano nelle fonti sempre perfetta conferma. Non solo l'antitesi tra *ius/iura* e *leges* non è cosí frequente, dal punto di vista della terminologia, come si potrebbe pensare, ma i valori dei termini cambiano anche in dipendenza all'epoca cui rimontano le fonti tecniche che li

adoperano. È stato notato, ad esempio, che le fonti tarde e certo non preclare del secolo VI inglobano talvolta nei *iura* anche costituzioni imperiali dell'età precostantiniana, cioè di un'età per esse molto antica, nella quale anche le costituzioni imperiali rientravano, secondo la visuale degli scrittori cristiani, in una sorta di '*ius vetus*' precristiano (n. 79).

Qui però, per andare maggiormente al concreto, una domanda si impone. In quali documenti erano rintracciabili le *leges* ed i *iura*? Come si faceva a prendere atto della loro esistenza e del loro esatto contenuto?

Per le *leges* imperiali la risposta è facile anche se non è fatta per tranquillizzare pienamente le istanze di certezza del diritto. Il loro testo era curato e conservato dalla cancelleria imperiale, alla quale si poteva teoricamente far capo: sia per conoscerlo quando lo si ignorasse, sia per confrontarlo con le trascrizioni od i riferimenti non ufficiali di cui si disponesse. Ma in pratica il sistema lasciava molto a desiderare. Le vicende politiche spesso agitate sconvolgevano altrettanto spesso l'ordine degli archivi imperiali e il troppo grande numero delle *leges*, tra *generales* e *speciales*, non favoriva certo l'opera degli archivisti. L'incuria burocratica sempre piú diffusa peggiorava notevolmente le cose. La conseguenza era che, sopra tutto per le costituzioni piú antiche e per le *leges speciales*, la cancelleria imperiale era tutt'altro che in grado di dare affidanti risposte.

Fu essenzialmente in relazione a queste deficienze della cancelleria imperiale, che si provvide a varie raccolte e compilazioni di *leges* imperiali: ad iniziativa di privati prima ancora che ad iniziativa degli imperatori o di altre pubbliche autorità. Raccolte di costituzioni, piú o meno ampiamente commentate, si fecero già da alcuni giuristi tardo-classici, ma con carattere sempre di florilegio, di scelta del meglio o del piú interessante. Ben piú impor-

tanti, non solo per mole, ma anche per impegno, furono il *Codex Gregorianus* e una sorta di sua appendice, il *Codex Hermogenianus*, entrambi dell'età di Diocleziano ed entrambi di autori privati a noi non noti (Gregorio o Gregoriano?, Ermogene o Ermogeniano?), ma evidentemente favoriti ed aiutati nel loro difficile lavoro dalla cancelleria imperiale. L'epoca della compilazione si aggira, probabilmente, tra il 293 e il 295.

I due codici ora detti ordinarono per materie i rescritti imperiali: non tutti però, ma quelli soltanto che avessero valore di principio e che potessero essere pertanto considerati, purché non urtassero contro *leges generales*, fonti di *ius novum*. Seguirono, a prescindere da minori compilazioni private o ufficiali, i due grandi codici ufficiali di *leges* imperiali: il *Codex Theodosianus*, pubblicato da Teodosio II nel 436 e contenente in 16 libri solo *leges generales*, e il *Codex Iustinianus repetitae praelectionis*, edizione riveduta di un primo codice uscito nel 531, che fu pubblicato da Giustiniano I nel 534 e contenne in 12 libri, fortemente revisionate dall'autorità imperiale, tanto *leges generales* quanto *leges speciales*, sopra tutto costituite queste ultime da *rescripta* precostantiniani. Come si vede, tutto ciò non è molto per la nostra documentazione, specialmente se si guarda al fatto che il solo codice a noi integralmente e direttamente pervenuto è il *Codex Iustinianus*, mentre per gli altri la conoscenza è molto frammentaria e si basa spesso sui riferimenti contenuti nelle cosí dette *Leges Romanae Barbarorum* (in particolare, nella ricchissima *Lex Romana Wisigothorum*), cioè in quelle tarde raccolte di materiale giuridico romano che furono curate da alcuni re barbarici.

Ad ogni modo, per ciò che concerne i *iura*, le cose andaron di gran lunga peggio che per le *leges*. Il loro salvataggio, peraltro assai parziale, fu dovuto piú alla venerazione per l'antico da parte dei privati e delle pub-

bliche autorità del periodo postclassico, che non a serie ed obbiettive garanzie di conservazione. Vi son indubbiamente tracce di molte edizioni e compilazioni private postclassiche, ma è rimarchevole che prima ed unica raccolta ufficiale dei *iura* sia stata quella pubblicata da Giustiniano I nel 533, divisa in cinquanta libri, sotto il nome di *Digesta seu Pandectae*. Opera indubbiamente di grande respiro, la compilazione giustinianea (cui può aggiungersi il rifacimento aggiornato delle Istituzioni di Gaio che va sotto il nome di *Institutiones Iustiniani Augusti*), ma ben poca cosa di fronte alla massa originaria dei *iura* classici e piena, inoltre, come dichiara espressamente anche Giustiniano (c. *Tanta* 10), di interpolazioni di forma e di sostanza. D'altronde, lo stesso materiale cui fecero capo giuristi ed imperatori del periodo postclassico per dare notizia del *ius vetus* era materiale di seconda o terza mano: materiale costituito esclusivamente da opere dei giuristi tardo-classici dedicate a farlo conoscere ed a commentarlo. Non solo dei *mores maiorum*, ma anche delle *XII tabulae* e delle altre leggi del *ius legitimum vetus*, anzi persino delle *leges publicae* e delle altre fonti del *ius legitimum novum*, nonché, come abbiamo visto a suo tempo, degli editti giurisdizionali del *ius honorarium*, mancava una documentazione ufficiale a disposizione del pubblico, di cui si potesse disporre. Mancava non solo al pubblico non contemporaneo appartenente ad epoche molto tarde, ma anche a quello appartenente ad epoche anche di poco successive, con conseguenze di incertezza conoscitiva a volte addirittura eguali a quelle che affliggono relativamente al *ius Romanorum* noi studiosi del giorno d'oggi.

Le implicazioni piú importanti dell'accennato modo di conoscenza imperfetto dei *iura* furono due. In primo luogo, non vi è quasi nessun scritto della giurisprudenza romana, per quanto risalente, del quale possa dirsi con sicurezza che sia stato compilato direttamente sulle fonti,

o almeno su tutte le fonti: il che implica che degli scritti della giurisprudenza classica, sopra tutto del II-III secolo dopo Cristo, che sono quelli di cui abbiamo piú vasta conoscenza, è ragionevole ritenere che di molte fonti del *ius vetus* parlino solo per sentito dire. In secondo luogo, gli scritti classici rappresentativi del patrimonio dei *iura* furono rispettati dalla giurisprudenza postclassica (per non parlare delle pubbliche autorità) solo entro limiti piuttosto ristretti: un po' per l'incultura della squallida giurisprudenza occidentale o per l'incomprensione della giurisprudenza orientale (di cultura e tradizione ellenistica), ma un poco, e forse ben piú di un poco, anche perché gli scritti dei giuristi classici, per quanto rappresentativi dei *iura*, erano sempre opere di privati. Opere che non si aveva eccessivo scrupolo ad annotare con riflessioni piú o meno peregrine, ad aggiornare sulla base delle novità introdotte dal *ius novum*, a trascrivere in edizioni abbreviate, o modificate, o arricchite con brani tratti da altre opere, infine a ritagliare senza ritegno allo scopo di estrarne frammenti da inserire in 'compilazioni' di *iura* o miste di *iura* e di *leges* diversamente conformate.

85. La 'consuetudo' come fonte integrativa.

Conseguenze del lento decadere del *ius vetus* e del parallelo affermarsi del *ius novum* fu la progressiva, ma lenta e incerta ripresa, a partire dalla fase adrianea del periodo classico, della produzione di diritto mediante consuetudine. Ma si badi bene: non della consuetudine nel senso antico dei *mores maiorum* arcaici, bensí della consuetudine in un senso nuovo e molto meno autorevole, che ebbe il nome specifico di '*consuetudo*' e fu considerata come fonte non rientrante né tra le *leges* del *ius extraordinarium*, né tra i *iura* del *ius vetus*, bensí come fonte

di tipo a sé stante, fornita di valore sussidiario e subordinato nei confronti delle une e degli altri.

In ordine a questo delicato (e anche discusso) argomento occorre che non sorgano equivoci. È fuor di dubbio che i tre quarti circa del *ius vetus* fossero a radici consuetudinarie, e non è assolutamente il caso di rievocare, anche se in rapida sintesi, tutto lo sviluppo verificatosi, in dieci secoli di vita giuridica romana, intorno al nucleo degli antichissimi *mores maiorum* precittadini e cittadini, che costituirono l'ordinamento giuridico romano originario, denominato *ius Quiritium*. Tuttavia, come si è sottolineato a suo tempo, col passare dei secoli impallidí sempre piú, nella coscienza giuridica romana, la consapevolezza del fatto che il *ius* piú antico era sostanziato di *mores* e si passò insensibilmente ad una sorta di concezione naturalistica e nazionalistica del piú antico ceppo del diritto romano. D'altro canto, a partire dal secolo V avanti Cristo le prassi che si andarono affermando entro la sfera di interessi del *ius*, e cosí pure tutte le costumanze extragiuridiche (religiose, economiche, sociali ecc.) che vennero reclamando l'assunzione nella cerchia del *ius*, trovarono, via via, pronto e facile sbocco, prima ancora di consolidarsi in *mores maiorum*, nelle *leges publicae* e nell'attività sia dei magistrati giusdicenti sia dei giuristi rispondenti. Le consuetudini in senso proprio sono infatti, per necessità di cose, lente, assai lente a formarsi ed a prendere piede, cioè ad imporsi come indispensabili e inderogabili agli occhi della generalità dei cittadini. E cosí i Romani, nel felice periodo di fioritura giuridica che andò dal V secolo avanti sino a tutto il I secolo dopo Cristo, non stettero mai (o quasi mai) ad attendere questo processo di loro consolidamento, questa loro spontanea metamorfosi in *ius*, ma provvidero ad anticipare i tempi, a prendere atto delle istanze evidenziate dalle consuetudini ' in divenire ' prima ancora della piena maturazione delle

consuetudini stesse e a commutarle subito in *ius* attraverso *leges, responsa* giurisprudenziali e *iudicia* giurisdizionali.

Questo fenomeno storico (di appiattimento degli antichi *mores* da un lato, di mancata traduzione in *ius* delle nuove costumanze dall'altro) fece sí che i giuristi classici, pur avendo chiara coscienza del fatto che un ordinamento giuridico consta non soltanto di *leges*, ma anche di *mores*, non indicassero, al concreto, la consuetudine, i *mores maiorum*, tra le fonti autonome del diritto. Esempio tipico quello già segnalato (n. 19) di Gaio (1.1-2; cfr. I. 1.2.1, D. 1.1.9), quando enumera le fonti dei *iura* del popolo romano senza citare i *mores*, che include implicitamente nei *responsa prudentium*. Cose già tutte dette in precedenza, d'accordo, ma che riepilogare e ripetere è, a mio avviso, tutt'altro che inutile.

Tuttavia, a prescindere da qualche sporadica avvisaglia preclassica (per esempio, la *lex Antonia de Termessibus* del 71 a.C.), nel corso appunto dell'età classica cominciarono talune usanze piú radicate e diffuse, generalmente dette *consuetudines* e non *mores*, a venire in considerazione in quanto tali, cioè senza essere inserite nel novero dei *mores maiorum* (non essendovi luogo a parlare per esse degli autorevoli *maiores* o *veteres* romani) e senza essere, d'altro canto, convertite in *ius* da altre fonti. Si trattò, in primo luogo, delle molteplici 'costumanze locali' dei vari popoli accomunati nell'*imperium Romanum*, e dotati via via della *civitas Romana*, e si trattò in secondo luogo, dei non meno molteplici 'usi volgari', interpretativi e applicativi del *ius Romanorum*, che si erano andati formando nella prassi sociale, senza piú lo sfogo, e nel contempo il correttivo, di una fiorente attività giurisprudenziale a carattere casistico.

Sopra tutto dopo la *constitutio Antoniniana* del 212, ma parzialmente già da un secolo prima (in corrisponden-

za col decadere dell'attività giurisprudenziale tipicamente romana), consuetudini locali e usi volgari (questi ultimi solitamente denominati, dagli studiosi moderni, come ' diritto volgare ') dovettero prosperare parecchio e minacciare addirittura di soffocamento talune istituzioni giuridiche tradizionali, come fa il loglio nei riguardi del grano. Sin da allora i *principes* molto si diedero quindi da fare, sopra tutto attraverso i *rescripta*, per eliminare interpretazioni sbagliate, per estirpare conseguenze malamente formulate, e cosí via: nel Codice giustinianeo, difatti, molti sono ancora i *rescripta* di predecessori di Diocleziano, e moltissimi sono i *rescripta* dioclezianei, che appaiono chiaramente intesi a difendere il puro diritto romano dalle storture delle interpretazioni volgari e dal veleno delle costumanze provinciali.

Tenuto conto di tutto ciò, non è affatto da escludere (sebbene alcuni studiosi ne dubitino) che gli stessi giuristi classici dell'età adrianea abbiano potuto cominciare a rendersi conto, sia pure in relazione a casi singoli o a situazioni particolari, della autonomia delle *consuetudines* e che già da essi sia partita la esplicita affermazione del valore integrativo della *consuetudo* almeno rispetto alle lacune delle *leges* e dei provvedimenti equiparati.

Chiarissimo in proposito è, a mio modo di vedere, un passo di Giuliano (84 *dig.* D. 1.3.32 pr. e 1), largamente glossato in epoca postclassica, nel testo genuino del quale già si affermava quanto segue: *de quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod [moribus et] consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet* (*rell.*). Nel libro 84 dei suoi *digesta* Giuliano si occupava (meglio chiarirlo) della *lex Papia Poppaea* sul matrimonio e nel brano ora riportato egli trattava il problema della applicazione di quella legge

nelle comunità municipali, distinte e distanti dall'*urbs Roma*. Proprio perciò egli diceva che: mancando disposizioni esplicite delle leggi, fosse da ricorrersi agli usi locali; mancando usi locali in materia, dovesse utilizzarsi l'analogia; non soccorrendo quest'ultima, fossero da adottarsi i criteri seguíti nella città di Roma. Sicuramente interpolata (per non parlare di altri gravissimi guasti subiti dal frammento nella parte qui non riportata), all'evidente scopo di potenziare il valore della *consuetudo* di cui parla Giuliano, è l'equiparazione della *consuetudo* stessa ai vecchi *mores*. Giustiniano, trasportando il frammento dalla 'sedes materiae' della *lex Papia* ad un titolo iniziale e generale dei *Digesta* intestato '*De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*', ha ancor piú chiaramente attribuito valore generale alla consuetudine, cui egli non ha avuto difficoltà ad equiparare i *mores maiorum* nella concezione generale dei '*diuturni mores consensu utentium comprobati*'. Comunque, vedremo di qui a poco (n. 87) che già in età severiana il giurista Ulpiano manifestò una disposizione ancora piú accentuata di quella di Giuliano verso la costruzione di una categoria generale del '*ius ex non scripto*', di cui facevano, e non era esplicitamente escluso che facessero parte, oltre le *consuetudines*, anche i *mores maiorum*.

È evidente comunque che, sopra tutto in periodo postclassico, la *consuetudo*, pur se a carattere generale (e non locale), non altrimenti poté essere concepita che come fonte subordinata alla legge. La possibilità di una consuetudine *contra legem* fu, insomma, esclusa sul piano positivo, anche se, sul piano delle elucubrazioni teoriche, non mancò chi giungesse a dire che una legge, ove non fosse piú da tempo applicata, potesse considerarsi abrogata per desuetudine. E di questa impostazione postclassica costituisce prova assai chiara, una costituzione costantiniana del 319, che Giustiniano ha riprodotta e convalidata nel

Codex repetitae praelectionis: costituzione con la quale si sancisce, che la consuetudine e le usanze antiche hanno importanza innegabile, ma non sino al punto da prevalere sulla *ratio* del *vetus ius* o sulle *leges* del *ius novum* (CI. 8.52.2: *consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem*).

NOTE AL CAPITOLO XI

78. La comprensione di questo e dei paragrafi successivi del presente capitolo è condizionata, molto più di quanto si è detto nei capitoli precedenti, alla conoscenza delle cose e delle idee esposte, per linee generali, in: Guarino, *SDR.* n. 155-233 (relativamente al periodo classico del diritto romano) e n. 234-279 (relativamente al periodo postclassico). Ivi, in particolare, v. (per quanto riguarda il '*ius vetus*' e il '*ius novum*' in età classica, i '*iura*' e le '*leges*' in età postclassica) i n. 199-206, 207-213, 251-260. — Un punto solo mi preme di mettere in chiaro, ed attiene alla storia del così detto 'impero', per la quale le ricostruzioni operate dagli storiografi generici (o, se si preferisce, generali) di Roma (v. per tutti: S. Mazzarino, *L'impero romano* [1956, rist. 1976]; H. Bengtson, *Grundriss der römischen Geschichte* 1³ [1982] *Zweiter Teil: Die Kaiserzeit*, p. 263 ss.; A. Demandt, *Die Spätantike. Römische Geschichte von Diocletian bis Justinian* [1989]); K. Christ, *Geschichte der römischen Kaiserzeit von Augustus bis zu Konstantin* [1988]) differiscono spesso in modo radicale dalle ricostruzioni operate dai giusromanisti, o comunque sono operate tenendo in poco o punto conto tutto quanto i giusromanisti, dal canto loro, si sono sforzati di segnalare come meritevole di riflessione. Le divergenze tra le due visuali sono meno forti per quanto riguarda il periodo da Diocleziano a Giustiniano I (anche se si può discutere, e molto, in ordine all'epoca della 'fine' dell'impero romano, che vari storici-storici si ostinano, secondo me ingiustamente, a datare col 476 e con la deposizione di Romolo Augustolo: Guarino, *Tagliacarte*, in *Labeo* 35 [1989] 121 ss.; id., *Tagliacarte*, in *Labeo* 36 [1990] 149 s.). Esse diventano invece macroscopiche per quanto concerne il tratto di tempo

da Augusto a Diocleziano (o quanto meno ai Severi), che gli storici generali non esitano a qualificare pur esso di 'impero' (quanto meno di 'alto impero'), al piú scorgndo qualcosa di anomalo nel cosí detto '*saeculum Augustum*', mentre i giusromanisti, pur quando accedono (alcuni) alla definizione generale come impero, non mancano (nessuno) dal tener conto, quanto meno, di due fatti: la lunga persistenza (sempre piú fievole, è vero, col passar del tempo) degli organismi repubblicani (in particolare, del senato) come organismi ancora in qualche modo vivi; la mancata affermazione, nel nuovo stato (malgrado diversi accorgimenti cui questo o quel *princeps* fece ricorso per assicurarsi la successione nella carica), della regola costituzionale dinastica. Ora, io non pretendo che sia fondata e incontestabile la ricostruzione da me proposta, come *respublica* a 'regime' di governo accentrato e autoritario (v. in proposito: A. Guarino, *La democrazia a Roma* [1979]; id., *Gli aspetti giuridici del principato*, in *ANRW*. 2.13 [1980], ora in *Le ragioni* [nt. 72] 27 ss.), ma direi che la costruzione del principato come autocrazia, caratterizzata dagli amplissimi poteri dei *principes* e sopra tutto dal loro *imperium proconsulare maius et infinitum*, sia una costruzione quanto meno semplicistica, la quale non tiene il debito conto della spettanza al *princeps* anche della *tribunicia potestas* e del fatto che, valendosi particolarmente di questo istituto (e della *intercessio* ad esso inerente), il principe fu in grado, sotto il profilo costituzionale di tenere a bada e di rendere praticamente inefficienti gli organi della tuttora esistente *respublica*.

79. Ampia rassegna di opinioni sul *ius novum* in: S. Riccobono jr., *Studi sull'evoluzione del diritto romano nell'età imperiale*. I: *Il problema del 'ius novum' ('extraordinarium') nella dottrina romanistica del secolo XIX-XX*, in *Circolo giur.* 20 (1949) 162 ss. In particolare: S. Riccobono, *La formazione di un 'novum ius' nel periodo imperiale*, in *Atti Congr. st. rom.* 2 (1929) 236 ss.; id., *'Cognitio extra ordinem': nozione e caratteri del 'ius novum'*, in *RIDA*. 3 (1949) 277 ss.; A. A. Schiller; *Factors of the development of the late classical law*, in *An American experience in R.L.* (1971) 126 ss. — Alla contrapposizione tra *ius vetus* e *ius novum* è collegata la diffusissima ed efficace contrapposizione, relativamente al periodo postclassico, tra '*iura*' e '*leges*': i primi intesi nel senso di *ius vetus*, reso ormai conoscibile sopra tutto dalle opere della giurisprudenza classica (intesi quindi come sinonimo di 'scritti giurisprudenziali classici'); le

seconde intese nel senso di *ius novum*, costituito dalle costituzioni imperiali sopra tutto postclassiche (intese quindi come sinonimo di 'costituzioni imperiali'). Questa distinzione, che anch'io ho sempre e largamente adottata e tuttora adotto, ha però basi testuali esilissime, per non dire inconsistenti: J. Gaudemet, *'Jus' et 'leges'*, in *Iura* 1 (1950) 223 ss. V. tuttavia *retro* nt. 25.

80. Oltre la bibliografia indicata *retro* nt. 78, v.: R. Orestano, *Gli editti imperiali*, in *BIDR.* 44 (1936) 219 ss.; id., *Il potere normativo degli imperatori* (1937); F. M. De Robertis, *Sull'efficacia normativa delle costituzioni imperiali* (1942); N. Palazzolo, *Potere imperiale e organi giurisdizionali nel II sec. d.C.* (1974). — La locuzione '*extra ordinem*' (per la quale rinvio ai vocabolari) si affermò in periodo classico, particolarmente nel linguaggio della giurisprudenza, con riferimento all'attività di giudizio (sia nelle liti private, sia negli affari criminali), che fosse esperita (dai magistrati, dal senato, sopra tutto dal *princeps*) al di fuori delle regole del così detto *ordo iudiciorum privatorum vel publicorum* regolamentato dalle *leges Iuliae* del 17 a.C. Cfr., ad esempio, I. 3.12 pr. (*... tunc locum habebat, quando iudicia ordinaria in usu fuerunt: sed cum extraordinariis iudiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt rell.*), I. 4.15.8 (*... quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia rell.*), nonché i varî titoli dei *Digesta* e i varî frammenti in essi contenuti, che parlano di *extraordinariae actiones* (D. 43.1), di *extraordinariae cognitiones* (D. 50.13), di *extraordinaria crimina* (D. 47.11) eccetera. — La letteratura in ordine ad Ulp. D. 1.4.1 pr. è sterminata (v., per un parziale ragguaglio, *Index itp.* e *Suppl.* ahl., cui *adde*: T. Honoré, *Ulpian* [1982] 172, 241). La maggioranza degli autori (seguita anche dall'ediz. D. di Mommsen-Krüger) ritiene interpolato quanto meno '*regia*', ma, a mio avviso, la rievocazione altisonante di una *lex regia* a fondamento dell'*imperium* (non direi anche della *potestas*) del *princeps*, mentre sarebbe stata inconcepibile in un giurista di età anteriore, è viceversa consona alla mentalità affermatasi nell'epoca dei Severi e non stona pertanto in Ulpiano. Vale comunque la pena di ricordare che a Triboniano, non ad Ulpiano, attribuiva la *lex regia* G. B. Vico, *Principj di Scienza nuova* (ediz. 1744) n. 1007-1008 e 1455 ss., deplorando, ad esempio (nt. 1007), che i precedenti interpreti del diritto romano non si siano 'occupati tutti d'intorno alla favola della legge regia di Triboniano, di

cui apertamente si professa autore nell'Istituta, ed una volta l'appicca ad Ulpiano nelle Pandette'.

81. Una trattazione generale della *cognitio extra ordinem* in materia privata e (o) in materia criminale, almeno a mia conoscenza, non esiste; esistono invece numerosissimi studi (che qui tralascio a bella posta di nominare) sulle ragioni per cui i Romani ricorsero al *cognoscere extra ordinem* (nel senso già illustrato dianzi, nt. 80) e sulle varie *cognitiones extra ordinem* che si affermarono concretamente in relazione ai vari casi da risolvere, alle varie situazioni che le occasionarono, alle varie autorità statali che le esercitarono e così via dicendo. Considerato che il *cognoscere extra ordinem* fu (lo si è detto) una serie ricchissima di eccezioni all'*ordo iudiciorum privatorum vel publicorum*, si spiega come anche in età postclassica e giustinianea, quando l'*ordinaria cognitio* non veniva più in nessun caso esplicata, un 'sistema' generale della *cognitio extra ordinem* non si formò: le categorie concettuali cui imperatori e giuristi continuarono a riferirsi furono pur sempre (con qualche deformazione più o meno voluta delle loro significazioni originarie) quelle fissate nelle leggi di Augusto, così come, del resto, si verificò in quasi ogni altro campo dello scibile giuridico, sia per rispetto alla loro antica autorità, sia per riluttanza (o si dica pure per pigrizia e per incapacità) di crearne in loro luogo di altre. L'Orestano, che ha dedicato quasi tutta la sua vita scientifica allo studio delle manifestazioni classiche e postclassiche della *cognitio extra ordinem*, rileva qualcosa del genere, con la consueta acutezza, nella sua raccolta di scritti intitolata '*Diritto*'. *Incontri e scontri* (1981), 469 ss.: tutto esatto, salvo che davvero non capisco lo stupore che egli manifesta quando dice che la *cognitio extra ordinem* 'non esiste', quando rileva che 'i dati concreti della realtà sono soltanto le *cognitiones*' (al plurale) e quando dichiara che 'la *cognitio* in quanto sistema di cui cogliere e delineare la storia (la storia della *cognitio*), seguire le vicende, operare la ricostruzione o la costruzione, è solo un'astrazione, una categoria storiografica sostantivata, ipostatizzata e assunta come avente una realtà in sé'. Vivaddio, rispondo, che altro si è mai creduto della *cognitio extra ordinem* (anche dagli studiosi dei secoli XIX e XX che l'hanno più organicamente 'sistemata': vedili citati a p. 472 ss.), se non che fosse il 'genus proximum', più o meno chiaramente identificato dai Romani, di quelle varie *cognitiones*, che rispetto ad esso costituiscono, viste 'ex post', per così dire, le 'differentiae specificae'? Che cosa è la *cognitio*

extra ordinem, se non una delle tante categorizzazioni cui i giusromanisti (e gli storiografi) ricorrono, forzando ' utilitatis causa ' la realtà della storia, per raccogliere in un panorama piú vasto lo specifico del reale? Sarà che non ci arrivo, ma per me l'Orestano, quando dice che la questione ' non è solo di parole ', una volta tanto è in errore. La questione è solo di parole. — Quando scrivo, nel testo, che i procedimenti di gran parte delle nazioni moderne hanno forse troppo assorbito (sia in civile che in penale) dalla *cognitio extra ordinem* dell'ordinamento assolutistico romano, alludo in particolare ai procedimenti giudiziari del ' Civil law ', ma non voglio assolutamente intendere che a questi procedimenti siano preferibili quelli dei diritti anglosassoni, particolarmente per quanto riguarda la repressione criminale. Al contrario, trovo personalmente deplorevole che in Italia si sia operata, con entrata in vigore dal 1989, una riforma del processo penale, che ricalca in buona parte, con servile imitazione, i semplicistici e pseudo-democratici riti ' accusatori ' del ' Common law ': riti corrispondenti ad esperienze (quelle delle *quaestiones*) che la civiltà romana aveva non senza buoni motivi superate. Ma questo non è, evidentemente, il luogo per diffondersi sulla leggerezza di certi legislatori moderni, tra cui in prima fila quello italiano.

82. Sulla legislazione imperiale postclassica e sui suoi rapporti con le consuetudini: J. Gaudemet, *La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV^e^ et V^e^ siècles*[2] (1979) 11 ss., 13 ss., 21 ss., 30 ss., con bibliografia. — Sulle *pragmaticae sanctiones*, in particolare: M. Bianchi Fossati Vanzetti, *Le Novelle di Valentiniano III*. 1. *Fonti* (1988) 162 ss.

83. Sul *ius publice respondendi*, da ultimo: F. Wieacker, *' Respondere ex auctoritate principis '*, in *Sat. Feenstra* (1985) 71 ss., con bibliografia. La mia opinione, in buona parte sostanzialmente convalidata dal piú recente studio del Wieacker, è stata sviluppata in: Guarino, *Il ' ius publice respondendi '* (1949), ora in *Le ragioni del giurista* (nt. 72) 95 ss., con l'aggiunta di alcune note successive; id., *' Iura condere '* (1980), ivi 119 ss. Non capisco gran che le ragioni per cui il Bretone, *Storia* (nt. 59) 448, qualifichi di ' interpretazione assai riduttiva ' l'opinione del Wieacker (e di chi lo ha preceduto) secondo cui il *i.p.r.* era ormai ' irrimediabilmente antiquato ' all'epoca di Adriano: la ricerca del Wieacker, condotta con la pacatezza e il rigore che convengono ad uno storiografo di alto livello, contribuisce solo a ridurre le

opinioni piuttosto avventate di certi studiosi contemporanei, i quali hanno arbitrariamente immaginato che la giurisprudenza classica, sopra tutto quella successiva alla fase augustea del principato, abbia avuto impostazioni personalistiche di stampo socio-politico e divergenze piuttosto rilevanti di vedute di fondo. Sul punto: A. Guarino, *Le ragioni del giurista* (1985), in *Le ragioni* cit. 9 ss. — Sulla così detta 'legge delle citazioni', da ultimo: E. Volterra, *Sulla legge delle citazioni*, in *AAL.* 27.4 (1983) 184 ss.; G. Bassanelli Sommariva, *La legge di Valentiniano III del 7 novembre 426*, in *Labeo* 29 (1983) 280 ss.

84. Sulle compilazioni postclassiche: Guarino, *SDR.* n. 261-270, 271-279. — Non rientra nell'economia di questo libro la discussione relativa alle interpolazioni giustinianee e, più in generale, alle alterazioni postclassiche (glossemi, sunti, parafrasi ecc.) dei testi giurisprudenziali classici e preclassici (nonché, in misura più limitata perché più guardinga, delle stesse costituzioni imperiali classiche e postclassiche). Rinvio, in materia alla mia *Giusromanistica elementare* (nt. 1) ed alla bibliografia ivi citata.

85. Sulla emersione delle *consuetudines* e sulla loro successiva identificazione postclassica con i *mores*: J. Gaudemet, *La coutume au Bas-Empire*, in *Labeo* 2 (1956) 147 ss.; id., *La formation* (nt. 82) 111 ss., 128 ss.; A. Guarino, *Giuliano e la consuetudine*, in *Labeo* 35 (1989) 172 ss., con bibliografia. — Nel mio scritto la ragionata e completa esegesi di Ulp. 84 *dig.* D. 1.3.32 pr. e 1: *De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod* [*moribus et*] *consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur,* [*et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum.*] *nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes.* [*nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?*] [*quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*]. A parte il resto (che ho più o meno riassunto nel testo), mi preme di segnalare il carattere sicuro di estrosità ideologica postclassica del periodo finale (*quare rell.*), ove si sostiene che le leggi possono essere abrogate per *desuetudo*, cioè

per lunga ed inveterata disapplicazione da parte dei soggetti. Come dire (tanto per fare un esempio) che, in una società piena di ladri, la violazione diffusa e inveterata delle leggi repressive del furto implichi a lungo andare, la morte e tumulazione di quelle leggi. Se fosse mia usanza usare i punti esclamativi, che viceversa aborro, un esclamativo qui ce lo metterei. V. comunque, sul punto: Guarino, *Giusrom. element.* (nt. 1) 185 s.

XII. LE SISTEMATICHE GIURISPRUDENZIALI.

86. La riflessione dei giuristi.

Il discorso sin qui condotto non ci ha soltanto permesso di vedere nelle sue grandi linee l'itinerario storico del *ius Romanorum* dalle origini precittadine a Giustiniano I. Esso ci ha fatto anche intravvedere l'intenso lavorío di riflessione che i Romani, e in particolar modo i giuristi, esplicarono per preparare ed agevolare gli sviluppi del loro ordinamento giuridico. Un lavorío penetrante e sagace, dal quale è dipeso se attraverso i secoli della civiltà romana, nell'inseguirsi e intrecciarsi di tante e tanto complesse vicende sociali, economiche e politiche, il *ius Romanorum* non rimase mai addietro rispetto al flusso complessivo della storia romana, ma riuscí, in sempre nuovi modi, ad adeguarvisi efficacemente.

La riflessione dei giuristi, a cominciare da quella antichissima dei pontefici, proprio perché tanto da vicino e tanto intensamente impegnata nel rinnovamento del *ius Romanorum*, privilegiò nettamente l'analisi dei casi concreti e la ricerca delle concrete esigenze di nuovi regolamenti rispetto alle visuali sistematiche ad ampio raggio. Ma sarebbe un grave errore credere che essa si sia esercitata in modo occasionale e disordinato. In realtà alcune concezioni generali, anche se non sempre esplicite o completamente esplicite, sottesero chiaramente le soluzioni casistiche dei giuristi ed è ad esse che si riallacciano le categorie storico-sistematiche, dal *ius Quiritium* al *ius novum*, in cui è stata calata nelle pagine precedenti la materia di questo libro. La verità è piuttosto che i giu-

risti romani non poterono indugiare troppo nell'inquadratura di costruzioni sistematiche a maggior raggio sin quando furono presi dal cómpito ben piú assorbente e quasi quotidiano di spingere in avanti, con la loro assidua attività di interpretazione dei *iura* esistenti e di suggerimento di nuovi *iura* ai magistrati, la giurisdizione e la legislazione nel mondo romano.

Ecco spiegato il motivo per cui certe impostazioni di carattere generale della giurisprudenza romana (si pensi, una per tutte, a quella del *ius honorarium*) furono, a quanto ci risulta, largamente anticipate da impostazioni analoghe, anche se tecnicamente moltó meno perfette, della speculazione filosofica o parafilosofica. Per certe astrazioni ai giuristi mancava il tempo e la fiducia di sé (per non parlare di facilismo) che altri (principalmente i filosofi e i retori) invece avevano nell'escogitarle, per poi magari abbandonarle. Ed ecco anche la ragione per cui, sempre che le fonti di cui disponiamo non siano lacunose, le poche inquadrature sistematiche a largo raggio furono formulate dalla giurisprudenza romana solo nella fase adrianea del principato, dunque a partire dal secondo secolo dell'èra volgare. Della loro funzione plurisecolare di propulsori dello sviluppo giuridico i giuristi erano ormai, chiusa la fase augustea, in via di essere progressivamente espropriati dai *principes*, sí che il modo di farsi ancora in qualche misura valere era per essi quello del ritrovamento e della autorevole prospettazione di principî unificanti dell'esperienza giuridica.

Sia chiaro che i giuristi del II-III secolo, anche se ormai sempre piú lontani dalla posizione di grande rilievo sociale dei secoli precedenti, conservarono pur tuttavia una grande importanza nella società romana. Erano ancora circondati da allievi numerosi, emettevano tuttora *responsa* su richiesta dei privati, amavano spesso cimentarsi con *quaestiones* complesse, influivano ancora non

poco ai fini dell'ordinata realizzazione del diritto vigente. Innovazioni piú o meno mascherate, peraltro, essi non ne facevano piú. Colui che anche in materia giuridica prendeva le decisioni innovative, facendo il bello e il cattivo tempo, era ormai il *princeps*, attraverso la *cognitio extra ordinem*, i *rescripta*, le *epistulae* e le altre costituzioni. Anche il *ius publice respondendi*, questa manifestazione di fiduciosa preferenza del *princeps* per l'autorità di certi giuristi, era praticamente venuto meno, dimodoché l'autorità del singolo giureconsulto dipendeva soltanto dalla *amicitia* che il principe gli manifestava, magari chiamandolo a far parte del suo *consilium*. Non si dimentichi, a questo proposito, che la famosa disputa sul valore delle *XII tabulae* tra il filosofo Favorino di Arelate e il giurista Sesto Cecilio Africano si svolge, nel racconto che ce ne fa Aulo Gellio (*n. a.* 20.1.1-55), durante l'attesa di ambedue per rendere omaggio all'imperatore Antonino Pio (20.12: *Ad eum* [sc. *Sextum Caecilium*] *forte in area Palatina, cum salutationem Caesaris opperiremur, philosophus Favorinus accessit conlocutusque est nobis multisque aliis praesentibus*).

Fu in dipendenza di questa situazione generale, che i giuristi del II-III secolo si dettero essenzialmente alle opere di commento (sopra tutto *ad Quintum Mucium*, *ad Sabinum*, *ad edictum*), alla riunione di *responsa* e *quaestiones* in *digesta*, alle opere di carattere istituzionale, ai florilegi di *regulae*, *definitiones*, *opiniones* e via dicendo. Con questa attività essi assolsero anche una funzione altamente meritoria, di freno alle audacie innovative dei *principes*, mettendo questi ultimi: da un lato, di fronte alla solenne autorevolezza del *ius vetus* e dei suoi grandi rappresentanti del passato; dall'altro lato, in cospetto di valori ' giuridici ' superiori anche al loro potere, dal *bonum et aequum* alla *iustitia*, al *ius naturale* e via dicendo. Ed è quindi spiegabile che, in questa atmosfera e con que-

sti intenti, i giuristi della fase adrianea si siano anche sforzati di assegnare al *ius Romanorum* una struttura concettuale, un ordine fondamentale, una *ratio iuris* tali da infrenare il *ius novum* e da farlo procedere su binari di coerenza con la tradizione del *ius vetus* e con i principî supremi dell'ordinamento.

Le sistematiche formulate dai giuristi classici furono rispettate e in qualche punto anche arricchite nei secoli del periodo postclassico. Ma chi piú di ogni altro le apprezzò e si sforzò di valorizzarle fu Giustiniano I, sia nei *Digesta* che nelle *Institutiones*.

Per quanto riguarda i *Digesta*, anche se essi furono compilati utilizzando uno o piú ' predigesti ' anteriori (argomento che qui non è il caso nemmeno di sfiorare), è sicuro che sia opera diretta dei commissari giustinianei il famoso titolo finale, D. 50.17, intitolato ' *De diversis regulis iuris antiqui* ', ed è altamente probabile che alla redazione o rielaborazione almeno dei primi quattro titoli introduttivi del primo libro (' *De iustitia et iure* ', ' *De origine iuris et omnium magistratuum et successione prudentium* ', ' *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine* ', ' *De constitutionibus principum* ') abbiano lavorato le stesse persone (Teofilo e Doroteo, oltre Triboniano: ma generalmente si pensa al solo Teofilo) che hanno atteso all'apprestamento almeno dei primi due titoli (' *De iustitia et iure* ', ' *De iure naturali et gentium et civili* ') del primo libro delle *Institutiones*. Per quanto riguarda le *Institutiones*, tutti sanno che esse furono compilate sulla traccia delle *institutiones* di Gaio allo scopo di sostituire queste ultime con un testo piú aggiornato nell'insegnamento scolastico, ma nessuno può ignorare che le molte divergenze, anche di impostazione, dal modello classico provengono dalla presa in considerazione del materiale raccolto nei *Digesta* e dall'utilizzazione di altre opere classiche di *institutiones*, tra cui dovette avere

molto peso il manuale in due libri scritto, forse piú a titolo d introduzione allo studio del diritto che non a titolo di esposizione elementare dello stesso, da Domizio Ulpiano.

Giustiniano, dunque, si riallacciò, attraverso il metodo compilatorio ora descritto, particolarmente alle visuali della giurisprudenza tardo-classica. Né esitò ad accogliere ed a far sua l'idea di base, di un diritto superiore, nei suoi principî generali, anche all'autorità imperiale. Egli, infatti, proclamò i suoi *Digesta* (cui bisogna ritenere implicitamente annessi per accessione le *Institutiones*) il testo ultimo, definitivo, supremo della esperienza romana costituita dai *iura*, vietandone ogni modifica, anche per la via indiretta dell'interpretazione, da parte dei privati e comminando per gli infrattori le stesse pene, gravissime, previste per il *crimen falsi*. Certo non poté anche illudersi di impedire a se stesso ed ai suoi successori di modificare il sistema con nuove *leges*, ma è evidente che intese come ineliminabili, se non proprio come intangibili, i sommi principî della cosí detta *ratio iuris*.

Con riferimento alle scarne osservazioni che precedono, mi sforzerò qui di seguito, tralasciando altri spunti troppo scarsamente documentati oppure di minore importanza, nel tentativo di analizzare brevemente quattro impostazioni sistematiche che si incontrano, abbastanza chiaramente delineate (e non sempre in termini omogenei), nelle *institutiones* di Gaio o nella compilazione giustinianea dei *Digesta*. Di alcune di esse ho già fatto cenno fuggevole a suo tempo, quando ho avviato il mio discorso con la delineazione dei principali significati del concetto di *ius*, ma solo ora disponiamo delle conoscenze necessarie per parlarne piú compiutamente e piú a fondo. Si tratta, piú precisamente, delle distinzioni tra *ius ex scripto* e *ius ex non scripto*, tra *ius commune* e *ius sin-*

gulare, tra *ius civile* e *ius gentium* o *naturale*, tra *ius publicum* e *ius privatum*.

87. I MODI DI MANIFESTAZIONE DEL 'IUS'.

Di derivazione ulpianea, anche se generalizzata da mano postclassica e piú probabilmente dallo stesso Giustiniano, è la distinzione del *ius Romanorum*, con riferimento ai suoi modi di manifestazione (al suo '*constare*'), in *ius ex scripto* e *ius ex non scripto* (cfr. Ulp. 1 *instit.* D. 1.1.6.1: *Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud Graecos*: τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι).

Molto interessante è, al riguardo, ciò che si legge nelle Istituzioni. Ribadita la distinzione di cui al frammento di Ulpiano, queste (I. 1.2.3) continuano dicendo, sulle tracce di Gaio (1.2): *scriptum ius est lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium*. Poco piú in là, dopo aver descritto tutti questi istituti del *ius scriptum*, esse peraltro (cfr. I. 1.2.9) riprendono con queste parole non gaiane: *ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit; nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur*. Una dichiarazione, quest'ultima, che trova corrispondenza in un testo del tardo Ermogeniano riprodotto dai *Digesta* (Hermog. 1. *epit.* D. 1.3.35: *sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura observantur*).

La dicotomia ora ricordata merita rilievo non certo perché differenzia banalmente le fonti riversate in documenti da quelle non documentali, ma perché inserisce a pieno titolo nel catalogo del diritto romano la consuetudine, non limitandola piú alle costumanze locali (alle '*consuetudines*' nel senso ristretto del testo di Giuliano

riportato in D. 1.3.32 pr.), ma portandola implicitamente a quello che sarà il livello generalizzato dei '*diuturni mores*' giustinianei, comprensivi in astratto anche dei *mores maiorum* di antica memoria. È evidente insomma che Ulpiano ha proceduto ad una estensione meditata della dottrina di Salvio Giuliano, compiendo un passo che Gaio, nelle sue *institutiones*, anche forse perché gli era scusabilmente sfuggita l'osservazione giulianea del libro 84 *digestorum*, non aveva fatto. Vedendo la consuetudine largamente operare nell'impero severiano dei suoi tempi, Ulpiano non ha esitato ad inserirla nella categoria del *ius ex non scripto*, richiamando la distinzione greca tra *nómoi éngraphoi* e *nómoi ágraphoi* (cfr. I. 1.2.3). Al che egli (sempre che non sia stato solo Giustiniano) ha forse aggiunto (cfr. I. 1.2.10) che la distinzione stessa è stata formulata 'non inelegantemente' (*et non ineleganter in duas species ius civile distributum videtur*): una postilla che, per chi ricordi la sua citazione della definizione celsina del *ius* come '*ars boni et aequi*' (cfr. D. 1.1.1 pr.: *ut eleganter Celsus definit*), è un tantino di meno, ma non molto, dell''*eleganter*' con cui il nostro giurista ha decorato, sempre nel primo libro *institutionum*, quella definizione.

Contro la classicità della categoria del *ius ex non scripto* (o *sine scripto*), quindi della consuetudine che di essa si riveste, taluno ha addotto, a prescindere dal silenzio di Gaio, il ben diverso modo di esprimersi di Pomponio (*sing. enchir.* D. 1.2.2.5 e 12), là dove, come già sappiamo (n. 50), dice del *ius civile* che '*sine scripto venit compositum a prudentibus*', o che '*sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*'. Sembrerebbe, a tutta prima, che Ulpiano neghi la identificazione del *ius sine scripto compositum* con l'*interpretatio prudentium*, ponendo al posto di quest'ultima la consuetudine. Ma in realtà non è così, perché non dobbiamo

dimenticare che, nel contesto del *liber singularis enchiridii*, Pomponio intende per *ius civile* la *interpretatio* esercitata *sine scripto* dai *prudentes* sulla fonte scritta, considerata esaustiva di tutto il precedente patrimonio giuridico, che era costituita dalle *XII tabulae*. Già ho segnalato, in proposito, l'influenza esercitata dai *Tripertita* di Sesto Elio Peto sulla visuale di Pomponio.

Piuttosto è stato chiesto e vi è da chiedersi se la definizione ulpianea del *ius ex non scripto* (cfr. I. 1.2.9) non sia eccessiva, dal momento che coinvolge anche quei *mores maiorum* da cui era sostanziato il *ius civile vetus*, implicando la mutabilità anche di essi, ove venga meno il consenso da cui sono circondati. Infatti, quando Ulpiano dice che il diritto proveniente *ex non scripto* è quello confortato dalla prassi (*quod usus comprobavit*), è essenzialmente alla *consuetudo* che si è indotti a pensare, ma quando le Istituzioni giustinianee goffamente aggiungono, a mò di spiegazione, che gli usi di lunga data ' imitano la legge ' se sono confortati dal consenso dei fruitori di diritto (*nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur*), si è portati a dedurre che tra questi *diuturni mores* non immodificabili vi siano i *mores maiorum* civilistici. È pensabile quindi, anche se non può dirsi affatto certo, che il ' *nam diuturni mores rell.* ' non sia ulpianeo, ma sia stato inserito nel paragrafo delle Istituzioni allo scopo di adeguarne l'insegnamento a quelle interpolazioni generalizzanti che, almeno secondo me, una mano postclassica pregiustinianea aveva operato, come ho detto a suo tempo (n. 85), nel frammento di Giuliano riferito da D. 1.3.32 e che, del resto, già sono annunciate dal citato frammento di Ermogeniano in D. 1.3.35.

L'intento dell'annotatore di Giuliano era stato solo quello di parificare concettualmente le *consuetudines* dei tempi di Giuliano e dei suoi tempi ai *mores* in generale:

cosa ineccepibile in astratto, ma che Giuliano non avrebbe mai fatto, essendo ancora troppo chiara ai suoi occhi la differenza tra una semplice *consuetudo* provinciale e gli eterni e immodificabili *mores maiorum* che materiavano il *ius civile*. Il compilatore del primo libro delle Istituzioni giustinianee, che era probabilmente la stessa persona che si è occupata del titolo ' *De iustitia et iure* ' dei *Digesta* (si può pensare, lo ripeto, a Teofilo), ha apprezzato l'equiparazione, che oltre tutto (essendo a lui il passo pervenuto già precedentemente glossato) egli attribuiva all'autorità di Giuliano, e non ha esitato a farla sua.

88. I LIMITI DI APPLICABILITÀ DEL ' IUS '.

Ben consapevoli del fatto che l'ordinamento giuridico quasi mai ha una sfera di riferimento sconfinata, ma anzi il piú delle volte è limitato nelle materie, nelle persone dei destinatari, nei luoghi di applicazione, nel tempo di validità, i giuristi romani non raramente segnalarono il carattere ' speciale ' di questo o quel settore del loro *ius* di fronte al carattere ' generale ' dell'intero *ius* nel suo complesso. Di qui la loro tendenza ad identificare, nell'ambito di quello che solevano chiamare il ' *ius commune* ', vari nuclei specifici, cioè di riferimento piú circoscritto, di regolamento giuridico. E di qui anche, in sede di ulteriore riflessione, il loro impegno nell'identificare la ' differenza specifica ' dei vari ' diritti speciali ' di fronte al ' genus proximum ' o, come essi preferivano dire, di fronte alla ' *ratio* ' (alla ragion d'essere, alla causale, al perché) del *ius* costituente la regola, cioè del *ius commune*.

I motivi delle deroghe piú o meno ampie apportate dai diritti speciali alle regole generali del *ius commune* erano, ovviamente, motivi di opportunità pratica (talvolta

contingente, talvolta politica, talvolta addirittura di privilegio, cioè di favore o disfavore personale): motivi, come si usava dire, di '*utilitas*', dei quali né i giuristi romani si sono mai curati di fare un catalogo aggiornato, né tanto meno noi studiosi moderni abbiamo la possibilità di redigere un elenco sufficientemente ricco. Fatto sta che, prescindendo per ragioni di cautela dalle indicazioni piú o meno estrose provenienti dalle fonti atecniche, nelle fonti tecniche non è raro incontrare la menzione di 'diritti speciali' di varia ampiezza e rilevanza: dal *ius gentilicium* al *ius fiscale*, dal *ius honorarium* al *ius militare*, dal *ius uxorium* al *ius singulare*, e cosí via seguitando. Tutti nuclei giuridici caratterizzati, ripeto, dall'essere in qualche modo contrari alla *ratio iuris* (cioè alla ragione giustificativa di quello che, nei loro confronti, è il *ius commune*) e dall'essere altresí in qualche modo innestati sulle esigenze di una particolare *utilitas*.

Posta la esistenza, nel quadro generale dell'ordinamento giuridico romano, di agglomerati *contra rationem iuris*, risultava ovvio, agli occhi dei giuristi classici: in primo luogo, che essi si imponessero, con prevalenza sul *ius commune*, relativamente ai tempi, alle località, ai soggetti, alle materie, alle fattispecie per cui erano venuti a determinarsi; in secondo luogo, che essi peraltro valessero solo in relazione a quei tempi, località, soggetti, materie, fattispecie, e cioè non fossero passibili di integrazione analogica.

L'una e l'altra ovvietà saranno state probabilmente affermate dai giuristi piú di una volta, quando si presentasse l'occasione (ad ogni buon conto) di sottolinearle, e sono state effettivamente esplicitate, per quanto ci risulta: la prima da Giuliano (L. *Iul.* 402), in un passo dei suoi *digesta* in cui trattava di un istituto di *ius militare*, il *testamentum militis*; la seconda da Paolo (L. *Paul.* 657), in un passo del suo commentario *ad edictum* in cui si

occupava di una questione attinente alla *possessio*. Giustiniano, ritagliando i due brani dal loro contesto originario, li ha trasportati in uno dei primi titoli dei *Digesta*, il tit. D. 1.3 ('*De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*'), dando loro la veste di affermazioni generali. Il testo di Giuliano (Iul. 27 *dig.* D. 1.3.15) suona come segue: *in his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris* (periodo che non presenta davvero difficoltà di traduzione). Quanto al testo di Paolo (Paul. 54 *ad ed.* D. 1.3.14, riprodotto anche in D. 50.17.141 pr.), il suo tenore è il seguente: *quod vero contra rationem iuris introductum est, non est producendum ad consequentias* (il che significa che il diritto contrario alla *ratio* del *ius commune* deve rimanere strettamente circoscritto alla fattispecie cui si riferisce e non può essere portato dall'interprete a conclusioni ulteriori dedotte logicamente dalle sue premesse).

Con ciò il discorso relativo ai diritti *contra rationem iuris* potrebbe dirsi esaurito, se il titolo D. 1.3 non registrasse, dopo i due citati frammenti di Paolo e di Giuliano, un altro brano di Paolo (D. 1.3.16), che figura estratto da un *liber singularis de iure singulari* del giurista severiano e che introduce appunto la figura del '*ius singulare*', definendola in questi precisi termini: *ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*

La dottrina corrente, senza tener conto dell'ordine in cui si presentano i frammenti e, sopra tutto, del fatto che i primi due (fr. 1.3.14 e 1.3.15) sono stati presi con le pinze da discorsi che nulla avevano a che vedere con il *ius singulare*, ha conferito ruolo dominante al terzo frammento ed ha attribuito ai giuristi classici la tesi che il *ius singulare*, da intendersi cosí come lo definisce il

fr. 1.3.16, non fosse da applicarsi per analogia. Tuttavia, senza voler qui riprendere i termini di una discussione molto vivace, che mi ha visto impegnato in prima persona, a me sembra di poter affermare che probabilmente non solo Paolo, ma nemmeno Giustiniano ha inteso dire che le norme di *ius singulare* siano tutte inapplicabili per analogia e che le norme *contra rationem iuris* siano tutte di *ius singulare*. Tanto vero che il fr. 1.3.16, a differenza del fr. 1.3.14, non è stato neppure ripetuto nel titolo D. 50.17.

Bisogna insomma distinguere. Agli occhi dei giuristi del II-III secolo e ancor piú agli occhi di Giustiniano, il *ius vetus*, depositario per eccellenza della *ratio iuris*, era ormai un ' hortus conclusus ', una sfera circoscritta di istituti che non si potevano piú estendere analogicamente a casi simili. Agli occhi degli stessi giuristi, come dei giuristi di tutti i tempi, i regolamenti esplicitamente o implicitamente relativi a fattispecie singole (quindi i *privilegia*), oppure anche a momenti storici determinati o a materie speciali (si pensi al *ius militare*), nemmeno potevano essere applicati, per dirla con l'articolo 14 delle Preleggi italiane, ' oltre i casi e i tempi in essi considerati '. Ma, quando si esca dall'astratto della definizione paolina, e ci si accosti al concreto degli istituti indicati dal *liber singularis de iure singulari* o qualificati come *ius singulare* (o *iura singularia*) dalle fonti, il *ius singulare* si rivela un concetto duramente smentito dalla realtà del diritto romano: dunque un concetto grossolanamente sbagliato da Paolo, o piú probabilmente grossolanamente frainteso dai suoi rielaboratori postclassici.

A sostegno di questo mio convincimento, segnalo che la definizione di Paolo (o di chi altro per lui) dice essere il *ius singulare* caratterizzato da una contrarietà al ' *tenor rationis* ', cioè, a quanto sembra logico intendere, da una antitesi tra il suo proprio regolamento ed i principî in-

formatori del diritto comune: senonché, vi sono istituti esplicitamente definiti come *iura singularia* o implicitamente riguardati come tali, i quali non paiono affatto presentare, almeno nella concezione romana (che è quella che qui particolarmente rileva), carattere alcuno di eccezionalità rispetto al sistema del *ius commune*. Si pensi, da un canto, ai *codicilli*, che un passo dei *Digesta*, attribuito dalla relativa *inscriptio* a Giuliano (37 *dig.* D. 29.7.2.2), inquadra appunto nel *ius singulare*, ma di cui un passo delle stesse Istituzioni giustinianee (I. 2.25 pr.), tratto probabilmente dalle *institutiones* di Marciano, dice che vennero introdotti nel mondo giuridico in quanto non vi si trovò nulla di '*absonans a iuris ratione*' (aggiungendo che, dopo pochissimo tempo, '*iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur*'). E si pensi, d'altro canto, all'istituto della *taxatio in id quod reus facere potest*, di cui si occupava, a quanto risulta da un'altra *inscriptio* dei *Digesta* (D. 24.3.54), proprio il *liber singularis de iure singulari* di Paolo, ma che altro non era, nell'epoca classica, se non un ordinario mezzo processuale di limitazione della pretesa dedotta in giudizio, non piú contrario alla *ratio iuris* (cioè al principio fondamentale che l'obbligazione deve essere adempiuta esattamente ed interamente) di quanto lo potesse essere, ad esempio, la concessione di una *exceptio*, elidente, dati certi presupposti, tutta la pretesa dell'attore.

Non basta. Sempre la definizione paolina dice che il *ius singulare* ha la caratteristica di essere stato introdotto nel sistema giuridico '*auctoritate constituentium*', e si è tutti d'accordo che tra le fonti di produzione giuridica adombrate con la terminologia *auctoritas constituentium* non rientri, di certo, almeno la consuetudine: senonché istituti romani logicamente concepibili come *iura singularia* o esplicitamente definiti come tali dalle fonti risultano invece proprio di origine consuetudinaria. Si pensi,

da un canto, al divieto di donazioni fra coniugi, esempio tipico (per quanto non portato dalle fonti) di *ius singulare*, la cui derivazione consuetudinaria, da altri e da me sostenuta, trova oggi nuovi convinti assertori; e si pensi, d'altro canto, all'istituto del *postliminium*, che un passo attribuito a Giavoleno Prisco (D. 41.2.23) definisce appunto come *ius singulare*, ma della cui origine consuetudinaria non v'è nemmeno luogo a dubitare.

Se poi vogliamo rapportare alla definizione del *ius singulare* la regola '*quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*', la smentita dalle fonti è immediata. È un fatto notissimo che gli istituti del diritto singolare romano sono stati tutti, quale piú quale meno, oggetto di estensione per analogia. Si pensi al *postliminium* che, sorto in confini limitatissimi, per mere esigenze di guerra, divenne, con l'andar del tempo, un istituto complesso, che trovò applicazione per ogni cosa o persona, sia in pace che in guerra. Si pensi al *peculium castrense*, che, concepito come diritto di disporre (*inter vivos* e *mortis causa*) di determinati beni per il *filius familias* militare, fu esteso ad altre categorie di beni e ai *filii familiarum* non militari, divenendo infine patrimonio separato ed autonomo di costoro. Si pensi ancora alla *taxatio in id quod facere potest*, che, ammessa dall'editto pretorio in ordine a particolarissime ipotesi, fu estesa dalla giurisprudenza a casi analoghi numerosi e svariati. E gli esempi potrebbero continuare.

Questi, in sintesi, i motivi per cui ritengo di dover insistere nella tesi, già prospettata e argomentata parecchi anni fa, secondo cui la dottrina del *ius singulare*, vecchia croce degli studiosi del diritto romano, debba essere fortemente svalutata e che apocrifo sia il *liber singularis de iure singulari* attribuito a Paolo. Intorno ad una definizione di mano paolina, forse relativa al *privilegium*, un anonimo studioso postclassico ha cercato

di mettere insieme, secondo una tendenza caratteristica dell'epoca, brani dello stesso autore, che in qualche modo paressero confermarla. Ma la contrapposizione del *ius commune* al *ius singulare*, con relative conseguenze in materia di analogia, non è nemmeno dello studioso postclassico. È solo, ripeto, il frutto di un equivoco della mentalità esageratamente sistematica di noi moderni e della pretesa che noi moderni abbiamo di attenderci dai giuristi romani impostazioni e sviluppi concettuali, cui è pensabile che essi fossero in grado di pervenire, ma cui non risulta nei fatti che essi siano in realtà pervenuti.

89. Le radici sociali del 'ius'.

Altra e molto piú importante manifestazione dell'attività sistematrice e teorizzante della giurisprudenza della fase adrianea del periodo classico è costituita da una distinzione di cui già ho parlato sommariamente in sede di identificazione dei principali significati del termine '*ius*' nelle fonti (n. 20): la distinzione tra *ius civile*, *ius gentium* e *ius naturale*.

Come ho rilevato nella sede dianzi detta, i testi di Gaio, Paolo ed Ulpiano, ai quali dobbiamo principalmente far ricorso, differiscono tra loro in ciò: che i primi due prospettano una dicotomia tra *ius civile* e *ius gentium* (detto anche *ius naturale*), mentre il terzo (cioè il frammento di Ulpiano) scolpisce in modo molto netto una tricotomia di cui gli elementi sono (poi vedremo in quale ordine elencati) il *ius civile*, il *ius gentium* e il *ius naturale*. Dato che relativamente al *ius civile* ed al *ius gentium* il concetto ulpianeo non differisce da quello accolto da Gaio e da Paolo (dato cioè che nel discorso di Ulpiano il *ius naturale* è un ben distinto 'tertium genus' che si aggiunge agli altri due), converrà, per schiarirci le idee, esaminare qui le ragioni della dicotomia

gaiana e paolina separatamente dalle ragioni della tricotomia ulpianea.

Nel paragrafo delle *institutiones* di Gaio (Gai 1.1) la dicotomia si riversa, come già sappiamo, nelle locuzioni *ius civile* e *ius gentium*: *... quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur* (*rell.*). Tuttavia, come pure sappiamo, Gaio non rifugge dalla locuzione *ius naturale*, in luogo di *ius gentium*, e ciò evidentemente perché il fondamento del *ius gentium* è da lui ravvisato nella *naturalis ratio*, cioè in una esigenza spontanea e insopprimibile della natura umana che è comune a tutti i popoli civili e che fa sí che esso *ius gentium* sia rispettato da tutti i popoli in pari modo (*peraeque*). Abbiamo già visto in altre pagine (n. 69) come la apertura ai *peregrini* di un istituto tipicamente romano, qual'era la *stipulatio*, abbia indotto poi il giurista, a prezzo di una innegabile, ma abbastanza scusabile inconseguenza logica, a qualificare *iure gentium* anche quell'istituto.

Da quella gaiana la dicotomia paolina (Paul. 14 *ad Sab.* D. 1.1.11) si differenzia per il fatto di essere alquanto piú vaga nella definizione del *ius* che si contrappone al *ius civile*, di tacere della *naturalis ratio* a giustificazione di esso e di denominarlo, peraltro, *ius naturale*. Si legge infatti nel testo: *ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale; altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile, nec minus appellatur in civitate nostra ius honorarium* (*rell.*). Le ragioni per cui Paolo, occupandosi dei modi di acquisto del *dominium* (cfr. L. *Paul.* 1864), abbia aperto una parentesi sulla differenza tra *ius naturale*

e *ius civile*, preoccupandosi altresí di precisare che in quest'ultimo va incluso (nella prospettiva della contrapposizione al *ius naturale*) anche il *ius honorarium* ed aggiungendo, per buona misura, altri dettagli su cui è meglio per brevità sorvolare, sono ragioni, almeno in linea di larga approssimazione, abbastanza chiare. Alla stessa guisa di Gaio (2.65: *ergo ex his, quae diximus, adparet, quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea quae traditione alienantur, quaedam civili*), egli ha qui voluto classificare i modi di acquisto (e di alienazione) del *dominium* in modi previsti dal *ius naturale* (si pensi alla *traditio rerum*) e in modi previsti dal *ius civile*.

Quello che importa è, comunque, che Paolo, pur se in termini meno limpidi di quelli gaiani e pur se calcando la mano su un '*semper*' e non su un '*peraeque*', certamente non ha voluto parlare di *ius naturale* nel senso del 'tertium genus' ulpianeo (cioè come di *ius, quod natura omnia animalia docuit*), ma ha voluto parlarne nel senso gaiano e ulpianeo di *ius gentium*: il che, a tacer d'altro, è provato da un passo del primo libro dei suoi *manualia*, in cui qualifica appunto *iuris gentium* quella *traditio rerum* che Gaio aveva qualificato *iuris naturalis* (cfr. Vat. 47 *a*: ... *civili enim actione* [sc. *usus fructus*] *constitui potest, non traditione, quae iuris gentium est*).

Alle testimonianze della dicotomia *ius civile* - *ius gentium* (o *naturale*), che si riscontrano nei testi di Gaio e di Ulpiano fin qui ricordati, se ne può aggiungere, sorvolando per brevità su altre attestazioni piú dubbie o piú discusse, una terza: quella ravvisabile (per verità, non senza una certa fatica) nel cosí detto *fragmentum Dositheanum*, cioè in un frammento dell'opera che il grammatico Dositeo compose nel quarto secolo per offrire ai suoi allievi la *interpretatio* latina e la versione greca di brani scelti di vari autori latini, non esclusi i

giuristi. Il brano a noi pervenuto è relativo, piú precisamente, alla materia delle manumissioni ed è tratto da un autore giuridico di identificazione incerta (si è parlato di Pomponio, di Cervidio Scevola, di Gaio, di Paolo e di Ulpiano), il cui dettato genuino è stato, nel suo primo paragrafo, tanto visibilmente rimaneggiato in età postclassica, che le ricostruzioni indiziarie offerte dai vari editori moderni divergono tra loro, almeno formalmente, non poco. Per quanto mi riguarda, propenderei per la congettura di una 'composizione' artificiale che è stata fatta tenendo conto sia di Gaio che di Paolo, ma sopra tutto di quest'ultimo.

Comunque, rinunciando a trascrivere Dosith. 1 in una delle ricostruzioni moderne (tra cui la preferita è solitamente quella di Paul Krüger: cfr. *FIRA.* 2.617 ss.), riporto qui di séguito, nelle parole che contano, il testo originale, che è il seguente: *Omne enim iustum cum iure aut civile appellatur aut naturale dicitur vel nationis aut gentium iustum: ab eo enim nominatur et omnes nationes similiter eo sunt usae; quod enim bonum et iustum est, omnium utilitati convenit;* [*se*] *quod autem iustum civile*[*m*] *proprium est* [*et*] *romanorum et ab eis dictum, quoniam nostra civitas ea veritate utitur* (*rell.*). In altri termini, il frammento fa distinzione tra un *iustum civile*, che è *proprium Romanorum*, e un *iustum naturale vel nationis aut gentium*, che è intrinsecamente *bonum et iustum* e perciò si adatta alle esigenze (alla *utilitas*) di tutti i popoli: una impostazione indubbiamente dicotomica basata anch'essa sulla differenza che intercorre tra esigenze caratteristiche ed esclusive di un certo determinato popolo (in particolare, del popolo romano) ed esigenze comuni ad ogni popolo civile, qualificate, queste ultime, in analogia al '*semper bonum et aequum*' di Paolo, come '*bonum et iustum*'.

Resta ancora da chiarire, nei limiti del possibile, il

perché dalla definizione tendenzialmente ' concreta ' che del *ius gentium* ha dato Gaio si sia passati a quella tendenzialmente ' astratta ' del dettato di Paolo e di quello del frammento Dositeano ad esso ispirato. Il perché, a mio avviso, è molto semplice. Mentre Gaio ha scritto la sua definizione in un'epoca (metà del secolo II dopo Cristo) in cui ancora era netta la differenza tra Romani e *peregrini*, Paolo ha composto i suoi libri *ad Sabinum* negli anni a cavallo tra il II ed il III secolo, cioè in una epoca in cui, se anche non era già stata emanata la *constitutio Antoniniana de civitate Romana peregrinis danda* (212 dopo Cristo), di quella famosa costituzione di Caracalla si avvertivano ormai la necessità e l'imminenza. Venuta meno in larghissima parte la distinzione tra Romani e stranieri, spiegabilmente si è affievolita la rilevanza concreta della distinzione tra *ius civile* e *ius gentium* ed è emersa, in suo luogo, la concezione del *ius gentium* come diritto particolarmente e durevolmente buono in assoluto (nonché, in pratica, agevolmente e da tutti i soggetti giuridici intuibile).

90. LE RADICI NATURALISTICHE DEL ' IUS '.

Gli spunti già percepibili nella concezione paolina del *ius naturale* (*vel gentium*) hanno determinato Domizio Ulpiano, che della *constitutio Antoniniana* fu probabilmente l'ispiratore, a compiere un ulteriore passo in avanti verso la concezione ' naturalistica ' del *ius* non ' *civile* ', non *proprium civium Romanorum*. Dato che la categoria dei *peregrini* era stata ridotta ai minimi termini (o comunque alla importanza minima assegnata ai residui *peregrini dediticii*), Ulpiano, forse anche perché era influenzato dall'emergente neo-platonismo dei suoi tempi e perché si trovava a scrivere i ' verba generalia ' di un manuale di *institutiones*, mise a base della sua dottrina del di-

ritto non piú il *ius civile Romanorum*, ma una visione latissima del *ius naturale*: una visione soverchiante quella distinta e subordinata del *ius gentium* e quella ancora piú subordinata del *ius civile*.

Vedremo tra poco (n. 93) quale importanza rivesta il fatto che la classificazione ulpianea ci venga presentata come attinente al *ius privatum*. Qui limitiamoci alla tricotomia, la quale risulta da Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.2-4, 6 (con parole che vengono in parte ricalcate da I. 1.1.4 e 1.2 pr.): *... privatum ius tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus. Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc discendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censeri. Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur, quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.... Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei(s) servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficimus.*

Credo di poter dire, senza tema di smentita, che tutte le possibili parole sono state spese dagli studiosi nei secoli per canzonare (nei limiti, ben inteso, della civile educazione) la figura del *ius naturale* ' allo stato puro ' (diverso cioè dal *ius gentium* e dal *ius civile*) che emerge da D. 1.1.2.3. Vero è che i rinvii alla natura delle cose, e a ciò che si deve o non si deve fare per un'esigenza di ordine naturale e istintivo, nelle fonti romane atecniche e tecniche non mancano; vero è che il richiamo allo ' stato di natura ' non è stato certo inventato da Gian

Giacomo Rousseau, ma risale ai piú antichi tempi della cultura antica; vero è che Ulpiano, in un passaggio di poco precedente delle *institutiones* (cfr. D. 1.1.1) si è compiaciuto di dire dei giuristi che giustamente sono reputati *sacerdotes iuris* e che essi, salvo errore, praticano la vera e non la falsa filosofia (*cuius* [sc. *iuris*] *merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus . . ., veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*); vero è tutto questo, ma è assai difficile da mandar giú, per sovramercato, la grossolana attribuzione ad un *ius naturale* della procreazione ed educazione dei figli, in dipendenza non di una brada unione sessuale dei loro genitori, ma di una unione sessuale ' *quam nos matrimonium appellamus* '. L'ipotesi dell'inserzione balorda nel testo originario di Ulpiano del *ius naturale*, come quello *quod natura omnia animalia docuit*, è una ipotesi che ad un giusromanista dabbene vien fuori addirittura dai precordi.

Ma un momento. A parte l'obbiezione (superabile) che l'interpolazione non può essere stata giustinianea, dal momento che il *ius naturale* viene definito quasi con le stesse parole anche nel passo già citato delle *Institutiones*, l'ipotesi del glossema (di un glossema di derivazione postclassica e pregiustinianea) trova un ostacolo, direi, insormontabile nel duplice fatto: primo, che la menzione del *ius naturale* è parte organica di tutto quanto il brano ulpianeo dianzi riportato, sí che non può venire da essa ' sic et simpliciter ' espunta; secondo, che vi è per lo meno un altro squarcio di Ulpiano in cui trova conferma la bella idea che, prescindendo dal *ius gentium* e dal *ius civile*, vi è anche un distinto *ius naturale*, o una distinta *lex naturae* che dir si voglia, cui certi principî giuridici vanno direttamente ricollegati (cfr. Ulp. 27 *ad Sab.* D. 1.5.24: *Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur rell.*). La con-

cezione del puro *ius naturale* è, dunque, innegabilmente goffa e sempliciona (e a questo proposito il suo ultimo e piú penetrante critico, Gabrio Lombardi, ha addirittura ragioni da vendere), ma è stata formulata, al tirar delle somme, precisamente da Ulpiano. Il che non significa dire che Ulpiano era uno sciocco, tutt'altro: la sua vastissima opera (nello stendere la quale, indaffaratissimo com'era anche in faccende di stato, non è da escludere che si sia valso di qualche ' negro ') sta sotto gli occhi di tutti a dimostrarci, nel suo complesso, il contrario. Significa solo dire che il nostro giurista, preso da un ' ictus ' filosofeggiante, ha fatto quello che molti altri eminenti giuristi di tutti i tempi hanno fatto, purtroppo, in tali contingenze: senza troppo curarsi (per dirla con qualche suo emulo) di ' rotture epistemologiche ' e di deviazionismi del genere, ha lanciato in orbita una formula di suono filosofico strutturata soltanto di parole.

91. L'ORIZZONTE GAIANO DEL ' IUS '.

La piú interessante fra tutte le classificazioni sistematiche del *ius*, sopra tutto ai fini che si è proposto questo libro, è la distinzione tra *ius publicum* e *ius privatum*, in quanto relativa agli interessi che il diritto prende in considerazione per farne oggetto della sua disciplina. Ma in proposito non possiamo fermarci al solo famosissimo testo di Ulpiano, del quale abbiamo parlato in precedenti pagine (n. 22). Prima di sottoporre ad attenta analisi quella classificazione, che sembra (almeno a tutta prima) riferirsi a tutto quanto l'ordinamento statale e qualificarlo tutto quanto come giuridico, dobbiamo porci la domanda se, anteriormente ad Ulpiano ed all'età dei Severi, si sia già affermata, accanto al concetto di *ius privatum* e ben distinta da essa, la concezione di un *ius publicum* nel senso, molto diverso dagli altri che già ben

conosciamo, di settore del *ius Romanorum* relativo agli interessi della comunità politica presa nel suo insieme, relativo cioè alla costituzione ed all'amministrazione dello stato romano.

' Allo stato degli atti ', vale a dire sulla base di quanto ci risulta dalle fonti di cognizione di cui disponiamo, la risposta a questa domanda è: no. Spunti parziali sicuramente ve ne furono anche in tempi anteriori (nessuno lo può negare e tanto meno intendo negarlo io), ma, almeno sino a Gaio ed alle sue *institutiones*, il panorama del *ius Romanorum* non ricomprese, nella visione ' sistematica ' dei giuristi, tutto l'ordinamento del *populus Romanus*, ma si limitò, almeno fondamentalmente, a quel *ius privatum* in senso lato (comprensivo cioè dei mezzi di difesa processuale dei diritti dei singoli soggetti), che già aveva probabilmente esauriti, come già si è detto (n. 56), gli orizzonti di Sesto Elio Peto nei suoi *Tripertita*. Ecco perché, allo scopo di semplificare utilmente l'esposizione (e non certo allo scopo di semplificare arbitrariamente la materia cui essa si riferisce), io mi riprometto di distinguere, nel séguito di queste note, tra un orizzonte ' gaiano ' e un orizzonte ' ulpianeo ' del *ius Romanorum* nella sua sfera di riferimento agli interessi presi in considerazione.

L'orizzonte ' gaiano ' (e pre-gaiano) del *ius Romanorum*, fosse esso *civile* o fosse invece *gentium*, si limitava, senza ombra di dubbio, al *ius privatum* (nel senso lato poc'anzi indicato). Ciò non risulta dal fatto che le *institutiones* gaiane si occupano esclusivamente dei rapporti giuridici privati e della loro tutela giudiziaria, ma scaturisce chiarissimo dalle parole con cui il nostro giurista chiude il suo ' *prooemium de omni iure* ' o, se si preferisce, apre, dopo aver parlato del *ius* in generale e delle fonti da cui ' *constant* ' i *iura* romani (cfr. Gai 1.1-7), la trattazione cui dedicherà i suoi quattro *commentarii*.

Le sue parole (cfr. Gai 1.8) sono precisamente queste: *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones* (*rell.*). Esse lumeggiano in modo inequivocabile che la materia privatistica (ripartita tra *personae*, *res* ed *actiones*) integra ' tutto il *ius* ' di cui i Romani si valgono: il che val quanto dire che i regolamenti che non attengono a quegli argomenti (che attengono cioè alla disciplina della ' cosa pubblica ') sono del tutto estranei a ciò che i Romani, secondo Gaio e presumibilmente secondo i suoi predecessori, considerano avere carattere di *ius*.

A questa mia interpretazione della visuale gaiana del *ius* (interpretazione che mette in esplicito quanto ritiene, pur se solitamente in implicito, la ' communis opinio ') due sono le obbiezioni che mi pare possano essere opposte. La prima è che anche le *Institutiones* di Giustiniano (I. 1.2.12), pur essendo state composte ben dopo Ulpiano e pur riportando ' expressis verbis ' (cfr. I. 1.1.4) la menzione ulpianea del *ius publicum* accanto al *ius privatum*, ripetono punto per punto la frase di Gai 1.8: ma è obbiezione di poco momento, sol che si badi che in I. 1.1.4 alla impostazione della dicotomia *ius publicum - ius privatum* fa seguito la espressa dichiarazione che il discorso del manuale giustinianeo sarà essenzialmente ' limitato ' al *ius privatum* (' *dicendum est igitur de iure privato, quod est tripertitum: collectum est enim ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus* '). Quanto alla seconda obbiezione, essa è molto piú sottile ed è stata formulata da Giuseppina Aricò Anselmo, con argomentazioni che meritano una replica (o un tentativo di replica) di maggiore impegno.

Secondo la citata studiosa, il periodo di Gai 1.1 che apre, nella ricostruzione universalmente accolta, la trattazione gaiana (' *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium*

hominum iure utuntur') non va inteso, all'ingrosso, nel senso, già in questo libro accennato altrove (n. 19), che tutti i popoli civili utilizzano in parte il loro *ius civile* e in parte il *ius gentium*, ma va inteso, piú esattamente, in quest'altro senso: che i popoli 'retti' da *leges* e *mores* 'utilizzano', in particolare, il *ius civile* e il *ius gentium*, sicché è alla sola branca 'utilizzata' che si riferisce Gai 1.8 (dove si parla dell'*omne ius, quo utimur*). Dato che la branca 'utilizzata' è innegabilmente costituita dalla materia privatistica, può supporsi, secondo la Aricò, che l'altra branca, cioè quella 'retta' da *leges* e da *mores*, sia la branca del *ius publicum*, che il giurista lascia nel suo manuale intenzionalmente da parte, omettendo anche di qualificarla appunto come *ius publicum*. Ragionamento, direi, molto audace (e non so quanto efficacemente corroborato da ulteriori e piú minuziose considerazioni, sulle quali sorvolo), il quale non tanto ha il difetto di attribuire all'onesto Gaio un insolito parlare per sottintesi, quanto ha l'insuperabile manchevolezza, almeno a mio giudizio, di non rendersi conto che con le parole '*legibus et moribus reguntur*' Gaio si riferisce con tutta evidenza all'intero ordinamento 'statale' dei *populi* civilmente organizzati, e non all'ordinamento 'giuridico' degli stessi (tanto meno alla sola branca del *ius* relativo alla cosa pubblica). Se Gaio, dopo aver fatto allusione al *ius publicum* con le parole '*legibus et moribus reguntur*', si fosse davvero voluto limitare nel seguito al *ius privatum*, egli non avrebbe elencato (in 1.2-7) come fonti dello stesso proprio le *leges* e i *mores* caratterizzanti il *ius publicum*.

Ne consegue che il *ius* piú propriamente tale è per Gaio il solo *ius* che Ulpiano chiamerà piú tardi '*privatum*', cioè il solo *ius quod ad singulorum utilitatem spectat*, comprensivo anche delle *actiones* esercitate dai privati in giudizio per la difesa dei loro diritti soggettivi

contestati. L'organizzazione giudiziaria, e piú in generale l'organizzazione costituzionale e amministrativa della *respublica*, almeno nella visione di Gaio, non solo è al di fuori del *ius privatum*, ma è al di fuori dell'*omne ius quo utimur* '. Esso è, ripeto, ordinamento ' statale ', di cui non si pone in discussione l'esistenza e l'autorità, ma non è ordinamento ' giuridico '.

E mi preme di aggiungere, prima di chiudere con questo paragrafo, che la visione gaiana degli interessi formanti oggetto del *ius Romanorum* (interessi, ripeto, esclusivamente relativi ai *privati*) è, se non proprio ribadita, quanto meno non contraddetta, anzi forse indirettamente confermata, dal contemporaneo di Gaio Sesto Pomponio nel suo *liber singularis enchiridii* (D. 1.2.2). In questa operetta, che abbiamo incontrato tanto spesso nelle pagine precedenti, vi è indubbiamente una serie di paragrafi (dal 13 al 34) in cui si elencano le magistrature repubblicane e si parla perfino del *princeps*, ma tutta l'architettura del discorso è finalizzata all'illustrazione del *ius privatum* e delle autorità statali preposte alla *iuris dictio*. Anzi lo stesso esuberante catalogo dei magistrati si apre (cfr. D. 1.2.2.13) con questa significativa precisazione: *post originem iuris et processum cognitum consequens est, ut de magistratuum nominibus et origine cognoscamus, quia, ut exposuismus, per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur.*

92. L'ORIZZONTE ULPIANEO DEL ' IUS '.

Escluso che sino a Gaio, quindi sino al principato degli Antonini, i giuristi romani abbiano visto con chiarezza una categoria del *ius publicum* affiancarsi a quella tradizionale del *ius privatum*, va ora detto che, sempre attenendoci a quanto ci risulta dalle fonti, la categoria del *ius publicum* è stata invece vista (in modo ancora

approssimativo, ma, tutto sommato, soddisfacente) da Domizio Ulpiano, al quale si deve anche la terminologia (o meglio, il nuovo impiego della terminologia) che ha poi designato per secoli le due branche dell'ordinamento giuridico.

Il passo, che del resto già conosciamo (n. 20), è, piú precisamente, Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1.2 (riprodotto in I. 1.1.4): *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. privatum ius tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.*

Anche se volessimo ammettere che realmente le *institutiones* di Ulpiano, come alcuni hanno sostenuto, siano confezione postclassica e non opera genuina dell'età classica, difficile è poter negare, almeno in linea di massima, senza specifici argomenti contrari, che l'insegnamento ora riferito possa essere appartenuto all'età classica.

Dal testo risulta, in primo luogo, che la distinzione fra *ius publicum* e *ius privatum* è, essenzialmente, una distinzione scolastica. Bisogna non dimenticare, a questo proposito, che il frammento ulpianeo, con cui si apre tutta la trattazione dei *Digesta* di Giustiniano, incomincia con un *principium*, in cui è detto che il giurista, e comunque colui il quale voglia occuparsi di diritto, deve anzitutto porre ben in chiaro quale sia la derivazione del diritto stesso (*iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat*); dopo di che, con l'audace etimologia che già conosciamo, ma in realtà con una trasposizione del discorso dal piano strettamente etimologico al piano razionalistico, il giurista continua dicendo: *est autem a iustitia (ius) appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.* Posta questa pre-

messa, Ulpiano continua, nel paragrafo 1, che immediatamente precede il paragrafo nostro, con quell'alata esaltazione della professione di giurista, sacerdote del diritto, sulla quale mi sono già diffuso parlando di *ius naturale* (n. 90).

Tenuto conto di tutto quanto precede, si comprende finalmente un po' meglio il significato della proposizione con cui si inizia la frase di cui ci vogliamo occupare. '*Huius studii duae sunt positiones*' sta a significare '*huius iuris studii duae sunt positiones*', cioè che vi sono due modi dello studio di quel diritto, di cui Ulpiano (o chi per lui) ha così nobilmente qualificati i 'sacerdoti'. E ciò significa che la dicotomia *ius publicum-ius privatum* è per Ulpiano (o chi per lui) una distinzione teorica, la quale abbraccia tutto quanto il terreno del diritto, cercando di inquadrarlo e distinguerlo in una certa determinata maniera.

Il criterio della distinzione risulta essere quello della '*utilitas*'. Utilità pubblica per il *ius publicum*, utilità privata per il *ius privatum*. *Publicum ius* viene definito, infatti, il diritto '*quod ad statum rei Romanae spectat*', e questa definizione, sebbene non vi compaia esplicitamente il concetto di *utilitas*, in altro modo non può logicamente interpretarsi, se non con riferimento alla *utilitas* della *res publica*: le parole '*status rei Romanae*' significano infatti 'situazione della *respublica Romanorum*', dunque complesso di argomenti che interessano la sua struttura e il suo funzionamento. Dato che il *privatum ius* è definito subito dopo esplicitamente come il diritto che '*ad singulorum utilitatem (pertinet)*', la conseguenza è che vi sono 'cose' (cioè argomenti, materie, affari) di utilità pubblica e 'cose' di utilità privata: *sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatim.*

Questo mio breve discorso è inteso a porre bene in luce che la definizione ulpianea può essere accettata o

non accettata come classica, ma che, se la si accetti per il diritto classico, altra destinazione non può avere che quella di ricomprendere in sé tutto quanto l'ordinamento giuridico romano, ed altra funzione non può esplicare che quella di basare la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato su un criterio di utilità. Bisogna dire, peraltro, che tra gli studiosi moderni vi è tutt'altro che concordia, sopra tutto in questi ultimi tempi, circa la classicità del dettato. Alcuni ritengono di dover assegnare la creazione di esso soltanto al periodo postclassico (così Gabrio Lombardi e Silvio Romano). Altri invece (come Silvio Perozzi e Artur Steinwenter), non giungono a questa estrema conclusione, tuttavia contestano recisamente la genuinità della frase '*sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*', basandosi su una non troppo chiara e convincente dimostrazione della presunta contraddittorietà tra queste parole giustificative e la definizione poc'anzi data dei due rami del diritto romano, con particolare riguardo alla definizione del *ius publicum*.

Per quanto mi concerne, io sono convinto che le ragioni di dubbio sollevate circa la classicità della classificazione ulpianea sono legittime e sono anche consistenti. Posto che da una proposizione della giurisprudenza classica ci si attende, come ci si deve ragionevolmente attendere, se non cristallina chiarezza e convincente evidenza, quanto meno una sufficiente coerenza, non può negarsi che nel caso nostro è già occorsa una certa buona volontà per collegare tra loro, con riferimento all'*utilitas*, la nozione di *ius publicum* e quella di *ius privatum*. Maggiore buona volontà occorre poi quando, passando all'esame del *ius privatum*, ci si rende conto che il processo giurisdizionale, pur interessando lo *status rei Romanae* (oltre che, beninteso, i privati che vi figurano come parti), non è inquadrato sistematicamente nell'ambito del *ius publicum*, ma è inquadrato, secondo una tradizione plurisecolare,

nell'ambito del *ius privatum*. Tuttavia l'ipotesi della alterazione postclassica o giustinianea comporta difficoltà forse anche maggiori di quelle implicate dall'accettazione della classicità della classificazione.

Difficilmente un postclassico (mettiamo, il solito ' lettore postclassico ', non troppo sveglio di mente, che si ipotizza in questi casi) avrebbe escogitata una cosí impegnativa distinzione, riuscendo ad inserirla, non dimentichiamolo, in un discorso che si apriva con il ' *iuri operam daturum rell.* ' e con le altre frasi che si leggono nel *principium* e nel paragrafo 1 e che continuava, dopo il paragrafo in esame, con la suddistinzione del *ius privatum* in *ius naturale*, *gentium* e *civile*. Quanto a Giustiniano, o meglio ai suoi collaboratori, l'ipotesi di una classificazione ' dogmatica ' di tutto l'ordinamento giuridico romano sistemata all'inizio dei *Digesta* e, quel che piú rileva, ad apertura delle *Institutiones*, è un'ipotesi a prima vista seducente, ma che non si adatta al collegamento, nei *Digesta*, col brano che precede (*cuius merito quis rell.*), il quale può essere stato scritto da Ulpiano o può essere stato inserito, se proprio si vuole, da un giurista postclassico, ma dall'imperatore sicuramente non proviene.

Rispetto al brano di D. 1.1.1.2 ed alla classificazione del *ius* in *publicum* e *privatum*, ci troviamo, insomma, nella situazione, sempre a mio parere, di doverne accettare come di gran lunga meno improbabile la classicità, la genuinità ulpianea. Se la classificazione non brilla per coerenza, ciò dipende da due motivi: dalla sua novità rispetto alla giurisprudenza precedente e, sopra tutto, dalla difficoltà intrinseca di ' astrattizzare ' il dato essenzialmente storico dell'esperienza giuridica romana. Difficoltà, quest'ultima, che si profila, piú o meno aspra da sormontare, in ordine a qualunque esperienza giuridica, per la resistenza che essa inevitabilmente oppone, nella sua varietà

e vivactà, a ogni tentativo di rigido inquadramento sistematico.

93. Il valore della definizione ulpianea.

L'importanza della classificazione ulpianea, e della sua puntuale ripercussione sia nei *Digesta* che nelle *Institutiones* di Giustiniano, non consisté comunque nel valore intrinseco delle due distinte concezioni, quella del *ius publicum* e quella del *ius privatum*. Essa fu costituita essenzialmente dal collegamento di queste due concezioni in una visione del *ius* molto piú larga di quelle enunciate o intravviste dalla giurisprudenza preclassica e classica precedenti e nella tendenziale (non voglio dire addirittura completa) identificazione di esso *ius Romanorum* con tutto l'ordinamento statale romano.

Ciò premesso, è doveroso segnalare che la nozione del *ius publicum* nella dicotomia ulpianea è di gran lunga piú incerta e abborracciata della nozione del *ius privatum*. Mentre di quest'ultimo Ulpiano passa a dire che è *tripertitum* in *naturale*, *gentium* e *civile*, proseguendo il suo discorso con una esposizione elementare proprio e solo della materia privatistica (cfr. L. *Ulp.* 1908-1932), del *ius publicum* egli si limita a segnalare, volendone indicare il contenuto, che '*in sacris*, *in sacerdotibus*, *in magistratibus consistit*'. Una elencazione davvero sconcertante, e quanto meno frettolosa, nella quale: non figurano né le assemblee popolari né il senato; non è affatto chiaro se il concetto di *magistratus* si estende anche al *princeps* ed ai suoi funzionari (come invece si verifica nel *liber singularis enchiridii* pomponiano: n. 91); hanno, al contrario, una netta e inconsueta posizione di spicco i *sacerdotes* (cioè, evidentemente, i *sacerdotes publici populi Romani*) ed i *sacra* da loro officiati. Non occorre una grande capacità di penetrazione per rendersi conto, scor-

rendo questa panoramica del *ius publicum*, che Ulpiano, pur essendo convinto (a differenza di Gaio) che il *ius Romanorum* non si limita alla tradizionale materia privatistica e si estende a tutto il resto dell'ordinamento, del ' resto dell'ordinamento ' ha un'idea molto vaga, che tratteggia in modo, a dir cosí, impressionistico. Del *ius publicum* in senso ulpianeo altro non si può dire, in altri termini, se non che esso è il *ius non privatum*.

Come giunse Ulpiano alla utilizzazione in senso nuovo della vecchia e diffusissima locuzione ' *ius publicum* '? Tenuto presente che questa locuzione non ebbe mai, in precedenza, il significato ' esclusivo ' né di ' *ius legibus publicis conditum* ', né di ' *ius, quod privatorum voluntate derogari non potest* ', tenuto altresí presente che spunti della contrapposizione tra *ius privatum* e *ius publicum* sono rintracciabili già in precedenti fonti dell'età preclassica e dell'età classica (tutte cose, queste, che sono state già dette e sottolineate a suo tempo), la risposta piú attendibile al nostro interrogativo è la seguente. In età severiana, anzi a conclusione di quella età (cioè nell'età di fioritura di Ulpiano) l'uso di designare come *ius publicum* la produzione delle *leges publicae populi Romani* era spiegabilmente venuto meno di pari passo col venir meno, sin quasi ad estinguersi, di quella produzione. D'altra parte, nel profilarsi, sempre piú accentuato in quell'età, dell'estensione della *civitas Romana* a quasi tutti gli abitanti dell'impero (estensione ufficialmente proclamata dalla *constitutio Antoniniana* del 212), non bastò piú parlare di *ius publicum* nel senso di diritto (privato) inderogabile: occorse accompagnare e sovrapporre a questo diffuso significato di *ius publicum* il significato di un *ius publicum* (ancora piú autorevole, ancora meno derogabile, ancora piú vincolante) come diritto relativo alla partecipazione dei cittadini, vecchi e nuovi, al governo

dello stato romano. L'estendimento del concetto alla ' cosa pubblica ' venne, pertanto, naturale.

NOTE AL CAPITOLO XII

86. Quanto e come la riflessione dei giuristi preclassici e classici sia stata influenzata dalle dottrine filosofiche e retoriche dei tempi loro e dei tempi precedenti, è problema indubbiamente doveroso per il giusromanista avveduto. Tuttavia dare una risposta soddisfacente è, nella maggior parte dei casi, estremamente difficile: sia per la mancanza da parte nostra di conoscenze esaurienti (spesso anche soltanto vaghe) circa i singoli giuristi; sia per la comprensibile e apprezzabile tendenza dei giuristi romani (come, del resto, di ogni giurista serio di tutti i tempi) ad ' isolare ' le questioni trattate da considerazioni e influenze estranee (religiose, politiche, sociali, dottrinali eccetera); sia, infine, perché la gran parte delle enunciazioni dei giuristi preclassici e classici è pervenuta sino a noi attraverso edizioni e compilazioni postclassiche, che le hanno talvolta (specie in Occidente) ulteriormente ridotte e asciugate e le hanno altre volte (specie in Oriente) arricchite e infiorate con esplicazioni posticce o addirittura (sopra tutto per influenza del cristianesimo) falsificanti. Questa conosciutissima verità è stata da F. Schulz esplicitata, in modo tanto sintetico quanto chiaro, in un capitolo dei suoi *Prinzipien* (nt. 1) intitolato ' Isolierung ' (v. tr. ital. 16 ss.) ed ha dato la stura, a partire dal 1935 e sopra tutto dagli anni cinquanta del secolo, ad un fiume di note, articoli, postille e lucubrazioni, generalmente intese (alcune, sia chiaro, con apprezzabile finezza, ma le piú, sia concesso di aggiungerlo, con stucchevole vacuità) a mettere in rilievo che il giurista è pur sempre figlio del proprio tempo, membro del proprio ceto (o, per taluni, della propria classe), autore di certe scelte culturali di fondo e via discettando. Nel rinviare a quanto ho già rilevato *retro* nt. 56 e nell'annunciare che mi asterrò da citazioni ingombranti, voglio qui osservare solamente questo: che, salvo rare e limitatissime eccezioni, procedere al di là di queste linee generiche, non dico che non vada tentato, ma il piú delle volte non produce risultati affidabili, oppure (per coloro che non hanno la forza di appallottolare e gettar nel cestino i fogli dei loro tentativi chiaramente falliti)

porta alla pubblicazione di romanzi storici che non dispiacerebbero, se fosse ancor vivo, ad Alessandro Dumas padre (sempre che questi vi potesse dare un sapiente ritocco per renderli meno enfatici e piú digeribili). Quando poi certi moderni giusromanisti ricamano sopra qualche frase piú o meno sonora di un giurista romano e immancabilmente la ricollegano agli insegnamenti di un piú o meno oscuro filosofo suo contemporaneo, che non si sa e non si può dire se egli (in tempi cosí scarsi di edizioni e di 'mass-media') abbia addirittura saputo che esistesse, ebbene confesso che ormai io non ho piú la pazienza di continuare la lettura delle estrose congetture sino alla fine. Meglio, volendo leggere 'incontri' del genere, aprire le pagine del *Cyrano de Bergerac* di Edmond Rostand, là dove (atto I, scena II) il prode Cirano, dopo aver ferito in duello, al ritmo di una sua estemporanea ballata, il visconte di Valvert, viene attorniato da persone che si complimentano e, fra queste, da un moschettiere che non conosce e di cui chiede il nome all'amico Cuigy ('Monsieur, voulez vous me permettre? / C'est tout à fait très bien, et je crois m'y connaître; / J'ai du reste exprimé ma joie en trépignant...' / 'Comment s'appelle donc ce monsieur?', 'D'Artagnan'). — Sulla famosa discussione tra Africano e Favorino riportata da Gell. *n. a.* 20.1 v. per tutti: F. Casavola, *Giuristi adrianei* (1980) 1 ss., 75 ss., 107 ss., che fissa la data probabile dell'incontro nel 146, anno in cui Africano, Favorino e Gellio si trovavano sicuramente a Roma (da cui, come è noto, non si allontanava Antonino Pio). Alla fedele registrazione mnemonica del lungo e complesso dialogo presta pienamente fede (unitamente al Casavola) il Bretone, *Storia* (nt. 59), 62, che parla dell'analisi di Africano, come di 'un'analisi tutta orale, che egli viene svolgendo... con il filosofo accademico Favorino di Arles' e la giudica 'non meno importante di un'opera scritta'. Dato che M. Talamanca, *Per la storia della giurisprudenza*, in *BIDR.* 80 (1977) 279 s., ha espresso una forte incredulità circa l'esattezza del racconto (e della memoria) di Gellio a questo proposito, mi consenta il Casavola (cfr. p. 93 ss.) di dirgli che anch'io, come il Talamanca cui egli replica, sono uno che 'soffre dell'ossessione giudiziaria della prova' (se cosí vogliamo chiamare una civile e doverosa riluttanza dall'accettare, senza riscontri plausibili, una testimonianza del tutto inverosimile, anche e sopra tutto a causa della peculiare tecnicità degli argomenti trattati). D'accordo che Favorino era, per dirla alla maniera di Accursio, un '*talis homo*', una persona altamente per bene; d'accordo che Gellio dice di se stesso, nella prefazione delle

Noctes, che egli prendeva annotazioni '*ad subsidium memoriae*'; d'accordo che, 'quanto alle fonti scritte, il bilancio della critica è largamente favorevole alla probità di Gellio'; ma nel caso nostro si tratta di una conversazione piuttosto lunga (cronometrarla per crederlo) svoltasi nel breve tempo dell'attesa di essere ammessi alla *salutatio* del *princeps*, davanti a molte (e presumibilmente non tutte e sempre silenti) persone, in ordine ad una serie di punti che richiedevano scandite citazioni 'ad litteram' e meditate e pausate risposte. Sarò un inguaribile incredulo (per non dire un giudice che giudica '*iuxta alligata et probata*'), ma il probo Gellio, che segue attento tutto questo complesso dialogo e che redige su due piedi schede su schede *ad subsidium memoriae*, io francamente non lo vedo. È piú che presumibile, a mio avviso, che il dialogo Africano-Favorino, almeno come dialogo, cioè come scambio incessante di precise battute tra i due, non vi sia stato: il che, del resto, non implica che Gellio, nel 'costruirlo', abbia omesso di far capo ad adeguate fonti documentali. — A proposito della questione dei cosí detti 'predigesti' v.: Guarino, *SDR.* n. 275; D. Mantovani, *Digesto e masse bluhmiane* (1987); G. L. Falchi, *Sulla codificazione del diritto romano nel V e VI secolo* (1989) 145 ss. Non posso fare a meno di rilevare (tanto piú che l'ho già inutilmente fatto in relazione alla precedente edizione del libro cui mi riferisco) che la mia personale e ampiamente argomentata tesi in materia (la tesi dei tre predigesti, corrispondenti alle 'massae' bluhmiane, su cui, da ultimo: A. Guarino, *La compilazione dei 'Digesta Iustiniani'*, in *ANA.* 79 [1968] 527 ss.) è una teoria che può essere, come ogni altra, criticata e contraddetta, ma che non è giusto banalizzare e quasi ridicolizzare come fa R. Bonini in AA. VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*^{2} (1989) 746 ('fra i pochi residui sostenitori di questo tipo di tesi si può annoverare il Guarino, il quale pensa addirittura all'esistenza di tre diversi Predigesti').

87. Sulla dicotomia di *ius ex scripto* e *ius ex non scripto*, da ultimo: B. Schmiedel, '*Consuetudo*' *im klassischen und nachklassischen römischen Recht* (1966) 42 ss.; L. Bove, *La consuetudine in diritto romano* 1 (1971) spec. 106 ss.; F. Gallo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto* (1971) spec. 55 ss.; W. Flume, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht* (1985) 10 s.; Kaser, *Zur Problematik* (nt. 31) 14 e nt. 20, 30 s., con altra bibliografia. — Inutile quasi dire che Cicerone ha detto sul l'argomento, e in particolare sulla consuetudine, un mucchio di

cose, che brillano per la loro diversità e spesso per la loro contraddittorietà. V., per tutti: D. Nörr, *'Divisio' und 'partitio'* (1972), su cui: A. Guarino, *La consuetudine e Polonio*, in *Labeo* 21 (1975) 68 ss. Famosissimi sono Cic. *top.* 5.28: *...definitiones aliae sunt partitionum, aliae divisionum; partitionum, cum res ea, quae proposita est, quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile esse dicat id esse, quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more aequitate consistat (rell.)*; nonché Cic. *top.* 7.31: *...si quis ius in legem, morem, aequitatem dividat.* Su questi e altri passi ciceroniani gli studiosi hanno scritto di tutto e qui non è il caso di addentrarsi in citazioni e discussioni. Mi limito solo ad osservare, a parziale difesa dell'Arpinate, che, sebbene le sue idee circa le possibili fonti del *ius* siano piuttosto sorprendenti, egli non assevera che gli istituti da lui nominati siano tutti e davvero fonti di *ius*, ma fa solo l'ipotesi che, volendosi operare una *partitio* (un elenco aperto) delle stesse, oppure volendosi operare una *divisio* (una suddivisione) del *ius*, 'si dica' (e qui, senza troppo pensarci, egli afferra a volo i primi concetti che gli vengono in mente.). — Su Iùl. D. 1.3.32 v. *retro* n. 85.

88. Sull'argomento del *ius commune* e, in contrapposizione allo stesso, specificamente del *ius singulare*: R. Orestano, *'Ius singulare' e 'privilegium' in diritto romano*, in *AUMA.* 11 (1937) 5 ss.; A. Guarino, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare*, in *Ann. dir. comparato* 18 (1946) 1 ss.; G. Longo, *'Ius singulare'*, in *Ét. Macqueron* (1970) 451 ss. — I miei vari studi culminati nel saggio sul *ius singulare*, i cui risultati sostanzialmente confermo, mi sono costati non solo una forte (seppure amichevole) divergenza di idee con l'Orestano, ma anche una polemica dura (violenta nei termini non da parte mia) con R. Ambrosino, studioso acuto e appassionato, degno di ogni stima, cui la prematura scomparsa ha impedito di portare a termine l'opera che stava scrivendo e pubblicando sul tema. Di questa polemica, anche per il modo con cui è stata interrotta, mi è spiaciuto, come di ogni polemica in cui sono stato coinvolto nella mia vita, oltre ogni dire (certamente molto piú di quanto ritengo decoroso esprimere nella pagina di un libro). Quanto alla divergenza di idee con l'Orestano, essa è stata, come le molte altre che l'hanno seguita, trattata da lui e da me con la bonaria tolleranza che deve aversi in questi casi tra due persone che si stimano. Voglio peraltro segnalare, a questo proposito, un fatto piuttosto 'singolare',

e cioè che l'Orestano, in *'Diritto'. Incontri e scontri* (1981) 449 ss., ha omesso di riprodurre il suo 'lavoro giovanile' e, prima di trascrivere la breve voce *Diritto singolare*, apparsa in *ED.* 12 (1964) 746 s. (una voce che è poi essenzialmente di rinvio a 'Norme singolari, speciali, eccezionali'), ha confessato, in una succinta premessa in corsivo, che, tornato a riflettere dopo tanti anni sul problema del diritto singolare, si era trovata dinanzi una tale quantità di incertezze e di dubbi, che aveva finito per lasciare in sospeso il suo manoscritto alla pagina 184 e per metterlo a dormire in un cassetto. Mi domando, ciò posto, se le osservazioni mossegli da me in altrettanta gioventú, non abbiano in qualche modo influito anch'esse sui ripensamenti di un uomo tanto disponibile, anzi tanto incline alle rimeditazioni critiche.

89. Sul tema del *ius civile*, in contrapposto al *ius gentium* e al *ius naturale*, la letteratura è vastissima: G. Lombardi, sv. *'Ius gentium'*, in *NNDI.* 9 (1975) 381 ss.; A. Burdese, sv. *'Ius naturale'*, ivi 383 ss. In particolare: M. Voigt, *Das 'ius naturale aequum et bonum' und 'ius gentium' der Römer* (4 voll. 1856-1875); G. Lombardi, *Ricerche in tema di 'ius gentium'* (1946); id., *Sul concetto di 'ius gentium'* (1947); id., *Diritto umano e 'ius gentium'*, in *SDHI.* 16 (1950) 254 ss.; G. Grosso, *Riflessioni su 'ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium' nella dialettica fra tecnicismo - tradizionalismo giuridico e adeguazione allo sviluppo economico e sociale di Roma*, in *St. Donatuti* 1 (1973) 439 ss.; P. Stein, *The Development of the Notion of 'naturalis ratio'*, in *Daube noster* (1974) 305 ss. — Il senso non univoco e preciso del termine *'gens (gentes')* è posto in adeguato rilievo, con una analisi completa e acuta, dal Lombardi, *Sul concetto* cit. 32 ss. Ivi, 61 ss., 92 ss., 101 ss., anche la paziente ispezione dei significati di *'ius gentium'* in Cicerone, in Livio e negli altri autori non giuristi. Di Cicerone interessa particolarmente ricordare *de off.* 3.17.69, sul quale ci siamo già intrattenuti *retro* n. 65, nonché l'apparente omologia di *'naturale'* e di *'gentium'* che si intravvede in *de off. 3.5.23*: *neque vero hoc solum natura, id est iure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri.* Lo *'id est iure gentium'*, prescindendo dai filologi che hanno corretto *'et iure gentium'*, ha provocato anche opinioni diverse da quella dell'identità col *ius naturale* e perfino l'ipotesi di un'interpolazione (per tutti: S. Perozzi, *Ist. di dir. rom.*[2] [1928] 1.95 nt. 2). Non mi

convince l'interpretazione del Lombardi, 80 ss., il quale, facendo capo all'autorità filologica del Madoia, sostiene che ' l'*id est* ciceroniano non vuole stabilire un rapporto di identità, ma semplicemente introdurre un elemento che completi e perfezioni il concetto che si viene esponendo '. — Tra le altre fonti atecniche, degno di interesse è uno squarcio di Gellio, che si inserisce in un lungo brano dedicato alla puntuale difesa della famosa orazione *pro Rhodiensibus* di M. Porcio Catone dalle molte critiche espresse nei suoi riguardi dal troppo esigente Tullio Tirone, il ben conosciuto liberto di Cicerone. In particolare, contro l'accusa secondo cui Catone ha ragionato in modo smodatamente sofistico nel sostenere, con ricorso a molteplici esempi, che i Rodiensi non sono punibili per aver ' voluto ' la guerra coi Romani dal momento che la guerra non l'hanno poi ' fatta ', Gellio, *n. a.* 6.3.45, obbietta anzi tutto: *Ac primum ea non incallide conquisivit* (sc. *Cato*), *quae non iure naturae aut iure gentium fieri prohibentur, sed iure legum rei alicuius medendae aut temporis causa iussarum* (*rell.*) (Catone, cioè, molto avvedutamente si fece forte di esempi relativi a leggi contingenti e non andò in cerca di esempi contrari al diritto naturale oppure [*aut*] al diritto delle genti). Questo testo (su cui v., comunque, Lombardi 110 s.) fa intendere che verso la metà del secondo secolo (l'età dell'opera di Gellio) il *ius naturale*, distinto dal *ius gentium*, era già nell'aria, ma non sconfessa per nulla la bipartizione ' tecnica ' tra *ius civile* e *ius gentium* (*naturale*) operata in quegli stessi tempi da Gaio.

90. Sulla tricotomia ulpianea v. la letteratura già citata *retro* nt. 89 e, in particolare: Lombardi, *Sul concetto* (nt. 89) 194 ss., con la bibliografia ivi indicata. *Adde*, in difesa della classicità della tricotomia: C. A. Maschi, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani* (1937). — In ordne alle radici culturali ed agli orientamenti filosofici di Ulpiano: P. Frezza, *La cultura di Ulpiano*, in *SDHI.* 34 (1968) 363 ss.; G. Crifò, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista*, in *ANRW.* 2.15 (1976) 707 ss., spec. 780 ss., con bibliografia. Temo che questi e altri autori, ove scorressero il breve discorso che ho svolto nel testo, troverebbero il mio giudizio sulla cultura di Ulpiano alquanto irriverente, così come alquanto azzardata giudicherebbero il mio generico richiamo all'influenza esercitata sui giuristi dell'età severiana dalle reminiscenze platoniche e dalle idee, tuttora in via di formazione, del neo-platonismo. Me ne dispiace vivamente, ma non so pensare in modo diverso. E mi conforta la circostanza che

in modo non molto dissimile dal mio, pur omettendo prudentemente ogni giudizio sul *ius naturale* di Ulpiano, si esprima dottissimamente il Bretone, *Storia* (nt. 59) 349 ss., quando enuncia, tra le altre, le proposizioni seguenti: ' Questa idea del diritto naturale ... ha (come sappiamo) una remota ascendenza in Pitagora e in Empedocle. Non sembra che Aristotele potesse condividerla, e il pensiero stoico non le aveva manifestato nessun favore. Se mai, si risentono in essa altri echi accademici teofrastei ... Il fascino utopico della riflessione ulpianea sul diritto naturale non deve indurre però in un errore storiografico. Considerata nel suo contesto, essa non nasconde nessun pericolo illuministico. Il diritto naturale si coordina con il diritto dei popoli e il diritto civile in una gerarchia. Ogni piano scorre sull'altro senza una minima frizione '. Il che è per me tutto esatto (fatto salva, forse, qualche aposiopési in ordine agli ' echi teofrastei '), ma non direi che sottragga del tutto il ' piano ' del *ius naturale* all'anànche di scorrere sugli altri due lubrificato da alcune sbroscie puerili. (Anche i migliori ingegni cascano talvolta nel vezzo di filosofeggiare. Nella mia lunga vita mi è capitato, una volta, di avere tra le mani un libro di diritto privato veramente acuto e profondo, il cui ' indice analitico ' finale portava, peraltro, l'avvertenza: ' I termini filosofici sono contrassegnati da un asterisco '). — L'attribuzione del *ius, quod natura omnia animalia docuit*, ad una mano postclassico-pregiustinianea è stata fatta dai Lombardi, cit., per superare le obbiezioni mosse a precedenti studiosi (C. Longo, S. Perozzi), i quali parlavano di interpolazione giustinianea senza rendersi conto che nella compilazione di Giustiniano è largamente diffusa, anzi dominante, la dicotomia *ius civile - ius gentium*. L'estrosa invenzione del *ius naturale* (che il Lombardi si rifiuta assolutamente, con altri, di attribuire ad Ulpiano) sarebbe stata inserita nel contesto ulpianeo mediante un rimaneggiamento di tutto il passo, il quale si limitava in origine ad affermare che il *ius Romanorum* si divideva in due branche: quella dei *praecepta naturalia* (da intendersi nel senso di *ius gentium*) e quella dei *praecepta civilia*. Accogliendo (prevalentemente ' ad pompam vel obstentationem ') il testo così modificato nei *Digesta* e nelle *Institutiones*, i commissari giustinianei lo avrebbero peraltro ulteriormente ritoccato, riferendo la tricotomia al solo *ius privatum* (sul che v. *infra* n. 91). Per quel che mi riguarda, mentre confermo che la ' pars destruens ' del ragionamento del Lombardi è pienamente convincente, le complicazioni supposte da questo autore nella presunta alterazione post-

classica della formulazione ulpianea mi incoraggiano nell'impressione che tutto Ulp. D. 1.1.1.2-4 sia sostanzialmente genuino.

91. Per l'attribuzione a Gaio di una visione, sia pure implicita, della dicotomia *ius publicum - ius privatum*: Aricò Anselmo, '*Ius publicum*' (nt. 49) 557 ss. e *passim*. La citata studiosa ritiene di poter intravvedere l'origine della distinzione in Cic. *de rep.* 1.25.39, 1.26.41-42 e in altri passi ciceroniani: cfr. 613 ss., con considerazioni sulle quali non mi soffermo. — Va rilevato, come giustamente afferma la Aricò Anselmo 515 ss., che vi sono testi 'in cui l'attributo di *publicus*, lungi dal ridurre l'ambito di riferimento del termine *ius*, ... intenda proprio arricchirlo con l'espressione di una qualità, d'un modo di essere che ... sembra accompagnarsi ad un'idea generalmente intesa, senza circoscrizioni specifiche di sorta'. Anche se questo rilievo non è, a ben vedere, applicabile a tutti i testi giuridici che la studiosa analizza (dividendoli in cinque gruppi), è indubbiamente vero che vi sono passi nei quali *ius publicum* ha presumibilmente un senso diverso da *ius, quod ad statum rei Romanae spectat* (o anche, aggiungo io, da *ius legibus publicis constitutum*, oppure da *ius, quod privatorum pactis mutari non potest*): il senso diverso è, piú esattamente, quello di '*ius* che sta sotto gli occhi di tutti' o che 'si impone a tutti per l'evidenza del suo fondamento'. Esempi: Paul. 48 *ad ed.* D. 39.2.18.1 (*Quod opere facto consecutus sit* [*dominii capione*] (*dominium usucapione*) *promissor, non teneri eum eo nomine Pomponius ait, quia nec loci nec operis vitio, sed publico iure id consecutus sit*); Pap. 14 *quaest.* D. 28.1.3 (*Testamenti factio non privati, sed publici iuris est*). V. anche *retro* nt. 57, a proposito di Paul. D. 35.2.1 pr. — In ordine alla visione pomponianâ della sfera di riferimento del *ius*, non può essere passato sotto silenzio che nei paragrafi 13-34 si parla anche (a mio parere, come ho scritto nel testo, per 'esuberanza') di magistrature che non hanno nulla a che vedere con la *iuris dictio inter privos* (per esempio i *triumviri monetales*), ma le direttrici del discorso sono segnate dal citato § 13 e inoltre (confusionariamente, non vi è dubbio) dal § 34 finale: *ergo ex his omnibus* (sc. *magistratibus*) *decem tribuni plebis, consules duo, decem et octo praetores, sex aediles in civitate iura reddebant*. Dopo di che si passa (nei § 35 ss.) ad indicare quali sono i *plurismi et maximi viri*, che '*iuris civilis scientiam ... professi sunt*'.

92. Sulla distinzione ulpianea tra *ius publicum* e *ius privatum*

e su tutti i problemi connessi, la ricchissima bibliografia relativa è tutta citata e criticamente analizzata nell'esauriente saggio di: M. Kaser, *' Ius publicum ' und ' ius privatum '*, in *ZSS.* 103 (1986) 1 ss. *Adde*: G. Nocera, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto* (Napoli 1989). — La scadentissima qualità del discorso ulpianeo riportato da D. 1.1.1 e 6, quando non ha indotto taluni studiosi a dubitare dell'autenticità di tutta l'opera di *institutiones* attribuita ad Ulpiano (v. in proposito: Schulz, *Storia* [nt. 2] 304 s., che trova il primo sostenitore di questa tesi in G. Hugo e nota, di suo, con riferimento anche alle *institutiones* di Paolo: ' è certamente difficile credere che questi due grandi e altolocati giuristi scrivessero manuali di tal genere, brevi e necessariamente elementarissimi, o che, se cosí fecero, i loro libri non sostituissero nelle scuole di diritto l'antiquata e difettosa opera di Gaio '), ha spinto altri e numerosissimi giusromanisti a critiche di questo o di quel passo che sarebbe qui troppo lungo elencare. Critiche tutte (o quasi tutte) degne di apprezzamento, ma che non tengono presente il dato fondamentale, da me illustrato nel testo, che anche un grande tecnico del diritto, uscendo dal suo seminato e cedendo all'úzzolo del filosofema, può dire (e di solito dice), delle ragguardevoli sciocchezze. Il che è stato già affermato, ben piú autorevolmente di me, da Rudolf Jhering in quel suo *Scherz und Ernst* (nt. 9): opera che tutti i giuristi e gli storici del diritto romano dovrebbero leggere giorno dopo giorno come una specie di breviario, al fine di evitare certe tentazioni e di farne, quando vi siano cascati, contritamente la penitenza.

93. La distinzione ulpianea tra *ius publicum* e *ius privatum*, se da un lato ha l'indubbio merito di far intravvedere il raggiungimento di una concezione dell'ordinamento giuridico esteso a tutto l'ordinamento statale, ha d'altro lato il demerito di aver eccessivamente influenzato gli studiosi moderni del diritto nel senso di ritenere che il diritto stesso, se non è privato, è pubblico e viceversa. Per questo indirizzo, v. tuttora: S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *ED.* 12 (1964) 696 ss., con una difesa della tradizione romana, anzi ulpianea, che è tanto brillante, quanto poco persuasiva. Molto piú realistica e convincente è la posizioni di quanti (e si tratta della maggioranza) ritengono che la semplicistica distinzione ulpianea sia addirittura controproducente ai fini di una vera conoscenza del diritto in tutti i suoi aspetti. Nel qual senso mi limito a citare (uno per tutti): F. Galgano, *Diritto privato*[5] (1988) 16 ss.

XIII IL DIRITTO NELL'ESPERIENZA ROMANA.

94. ' Ius Romanorum ' e realtà romana.

Al termine del nostro rapido viaggio attraverso la storia di Roma e del suo ordinamento giuridico, siamo finalmente in grado di azzardare uno schizzo, approssimativo sia pure, ma non meramente impressionistico, dell'esperienza romana del diritto. Possiamo cioè finalmente tentare di farci un'idea generale del diritto di Roma. Non per come i Romani variamente lo intesero in sede di speculazione filosofica o di discettazione puramente astratta, ma per come essi, con la vigile assistenza dei loro giuristi, lo praticarono e lo vissero, dunque implicitamente lo pensarono, nella realtà delle loro vicende storiche.

Il metodo di indagine in questa sede adottato, di guardare non dico con diffidenza, ma certo con molta cautela alle fonti di cognizione sicuramente atecniche, e di polarizzare la trattazione intorno all'uso del termine ' *ius* ' nel senso peculiare di diritto, ci avrà forse fatto perdere svariati particolari interessanti. Non dobbiamo nascondercelo. In cambio, abbiamo però certamente guadagnato, seguendo questo metodo, una visione d'insieme abbastanza chiara e affidante dell'ordinamento giuridico romano in tutta la sua complessa evoluzione. Ed è una visione che sin d'ora ci permette, almeno a mio avviso, di contestare una affermazione largamente diffusa tra i romanisti e della quale si è reso portatore, in un suo classico manuale di ' istituzioni di diritto romano ', Vincenzo Arangio-Ruiz, allorché ha sostenuto che ' la scarsa propensione della giurisprudenza romana per la speculazione concettuale fa sí

che una mente moderna non possa collocare il sistema giuridico di Roma sotto le poche idee generali, o piuttosto impressioni complessive, espresse qua e là dai giuristi antichi '.

Non è vero che i giuristi antichi abbiano avuto tanto poche idee generali, quanto si crede che abbiano avuto. Tanto meno è vero che essi non abbiano mai dissipato la nebulosa delle impressioni approssimative. La verità, come ho d'altronde già avvertito a suo tempo, è piuttosto che sino a tutta l'età classica, sino al III secolo dopo Cristo, i giuristi romani, assorbiti dalle cure della casistica contingente, non si preoccuparono gran che di esplicitare e di perfezionare sul piano teoretico alcune importanti visuali sistematiche che pure sottesero la loro riflessione sui fatti concreti. Visuali che andarono consolidandosi ed articolandosi nel tempo per motivi di tradizionalismo, ma di un tradizionalismo tutt'altro che miope e ostinato, anzi per certi versi, sopra tutto nell'età del principato, altamente apprezzabile. Visuali che sole possono spiegare la coerenza di fondo che lega tra loro tanti e tanto diversi, nelle occasioni e nei tempi, interventi giurisprudenziali di cui le fonti ci danno notizia. Sí che una mente moderna ben può, ma piú propriamente è da dirsi che deve, collocare il sistema giuridico romano sotto le idee generali della giurisprudenza romana, salvo ad andare oltre, dopo questa inquadratura iniziale, lungo le vie suggerite da una piú evoluta dogmatica attuale.

Certo anche il sistema di indagine qui prescelta comporta i suoi rischi. Non solo vi è il pericolo, che incombe comunque su ogni ricerca storica, di immaginarsi come romane talune concezioni che romane non sono, cioè di presentare come visuali ' implicite ' dalla giurisprudenza romana delle visuali in realtà inesistite. Vi è anche il rischio di sopravvalutare talune delle formulazioni sistematiche generali che sono state esplicitate dai giuristi del II-III se-

colo dopo Cristo e, sulla loro scia e non sempre in modi apprezzabili, dalle scuole o dalle cancellerie imperiali dell'età postclassica sino a Giustiniano. Se delle formulazioni di sicura o probabile marca temporale postclassica non è affatto detto che tradiscano l'essenza del vero diritto romano, delle formulazioni di piú certa origine temporale classica non è per nulla detto che colgano in pieno la verità del *ius Romanorum*. Poco inclini alle discettazioni teoriche come erano, può ben darsi che anche i celebrati giuristi classici, e in particolare quelli della fase adrianea, si siano lasciati prendere talvolta la mano, alla maniera dell'apprendista stregone di Wolfgang Goethe, da strumenti concettuali che non avevano in confidenza. Ed è perciò che, pur volutamente astenendomi da compiaciute sottigliezze in ordine al ' classicismo ' o meno dei giuristi classici, io ho messo ripetutamente in guardia i lettori sia dalle speculazioni filosofiche vere e proprie che dalle discettazioni astratte prive di fermo e affidante appiglio nella realtà.

La realtà o, a meglio dire, la restante realtà romana. Quella economica, sociale, politica, della cultura materiale e della cultura artistica e letteraria. Ecco ciò di cui il diritto romano è stato parte, realtà parziale di una realtà complessiva, con cui esso pertanto va sempre attentamente misurato. Commisurazione indispensabile, ma, inutile illudersi, non sempre facile: sia per le notizie frammentarie che anche di questa realtà residua ci sono pervenute, sia particolarmente per la difficoltà, a volte insuperabile o quasi, di distinguere in sede storiografica il ' reale giuridico ' dal reale non (o non ancora, o non piú) giuridico.

Del secondo ordine di difficoltà ci siamo avveduti spesso, nelle pagine che precedono, tanto per ciò che ha riguardato i problemi di origine di un certo sistema o di esaurimento della sua fioritura, quanto per ciò che ha attenuto ai problemi della sfera di riferimento di questo

o quel sistema (si pensi, per fare un solo esempio, al *ius*, '*quod ad statum rei Romanae spectat*'). Piuttosto che affidarmi a deduzioni troppo minute e strette, facilmente sconfinanti nell'immaginario, ho volutamente cercato, in proposito, di fermarmi a conclusioni generiche, evitando tuttavia di cedere ad una tentazione quietistica, che taluni studiosi hanno addirittura elevato a teoria: quella di ritenere mai diversificabile la prassi politico-sociale dalla realtà giuridica, quindi di identificare quest'ultima nella prassi politico-sociale. Fermo restando, come piú volte detto, che '*ex facto oritur ius*', la distinzione tra '*factum*' e '*ius*', tra 'Sein' e 'Sollen', è stata invece, almeno come aspirazione e come tentativo, sempre alla radice di quanto si è detto sin qui. E dovrà essere, ad egual titolo, a base delle conclusioni da trarre in ordine al concetto di diritto nell'esperienza romana.

95. 'Ius Romanorum' e società romana.

Una prima conclusione, direi piuttosto sicura, è questa. Il '*ius Romanorum*' fu concepito sempre e solo come espressione di Roma nella sua struttura di società sovrana. Fu cioè sempre e solo concepito come una 'species' del 'genus' rappresentato dall'ordinamento autoritativo romano.

Nel quadro di questa affermazione va smentito che i Romani abbiano mai inteso il loro *ius* come materiato anche di componenti estranee all'ordinamento autoritativo. Il dubbio ha una sua ragion d'essere particolarmente in relazione a concetti come quelli di *aequitas*, di *bonum et aequum*, di *iustitia*, di *naturalis ratio*, di *divinum*: concetti usitatissimi dalle fonti di cognizione in senso atecnico, ma cui si rifanno spesso anche le fonti di cognizione in senso tecnico. Ora, qui non si nega l'evidenza che tali con-

cetti abbiano dato luogo a formazioni ideologiche del tipo di ' *ius aequum* ' in contrapposizione ad ' *ius strictum* ' od anche ad ' *ius iniquum* ', di *ius* come ' *ars boni et aequi* ', di *ius* come ' *dictum a iustitia* ', di *ius naturale* come ' *ius quod semper aequum et bonum est* ', di ' *ius divinum* ' in contrapposizione a ' *ius humanum* '. Si può tranquillamente negare, peraltro, che le concezioni ora richiamate implichino una subordinazione del *ius Romanorum* a valori genericamente sociali o addirittura a valori super-umani.

L'*aequitas*, il *bonum et aequum*, la *iustitia* furono motivi sociali o morali ispiratori della giurisdizione, della giurisprudenza, della legislazione, del diritto in tutte le sue articolazioni, ma non si imposero essi stessi, direttamente, per la loro intrinseca forza, come diritto ai Romani. La *naturalis ratio*, o in qualunque altro modo si voglia denominare il fondamento del *ius gentium* e del *ius naturale*, spiegò agli occhi dei Romani il perché della costante conformità di certi regolamenti romani con quelli di ogni altro popolo o di tutti gli esseri viventi, ma non fu per i Romani una fonte autonoma ed autosufficiente dei regolamenti giuridici romani. I comportamenti dettati dalle divinità vennero infine inquadrati nel *fas/nefas*, fecero dunque parte della sfera del *fatum* e non della sfera del *ius*, il quale anche quando fu denominato ' *divinum* ', perché relativo ai rapporti con le divinità, fu tuttavia concepito come posto e fatto valere dalla volontà degli uomini. Insomma, la *iuris interpretatio* dei giuristi, la *iuris dictio* dei magistrati, la *leges publicae* delle assemblee, i molteplici surrogati di queste funzioni essenziali posti in essere dal *senatus* e sopra tutto dai *principes* molto si adoperarono per adeguare il *ius Romanorum* ai valori della *fides*, della *aequitas*, della *iustitia*, della *naturalis ratio* e della religione prima pagana e poi cristiana, ma non lo fecero nel senso di riconoscere efficacia vincolante a quei valori. Lo fecero solo nel senso di tradurre in ordinamento autori-

tativo romano e di qualificare specificamente come *ius Romanorum* talune esigenze promananti da essi.

Ciò premesso, va subito aggiunto che, se è vero che il '*ius Romanorum*' non esorbitò mai dai limiti dell'ordinamento autoritativo romano, non è tuttavia da ritenere che i Romani lo abbiano in tutto e per tutto identificato con l'ordinamento di Roma in quanto società sovrana. Nel loro *ius* i Romani videro sempre una parte specificamente caratterizzata del loro stesso ordinamento autoritativo, ed appunto perciò fu tanto lento e faticoso, dalle lontanissime origini quiritarie sino alla sistemazione ulpianea in *ius publicum* e *ius privatum*, l'adeguamento della sfera del *ius* a quella dell'ordinamento statale.

Elementi ritardanti di questo processo furono, a parte la cautela e il tradizionalismo ben noti dei giuristi, il carattere non sicuramente stabile di molti regolamenti e la inconciliabilità di parecchie istituzioni romane con la funzione della *iuris dictio*.

Quanto al primo punto, è certo che i Romani ebbero del diritto, del *ius*, l'idea di un ordinamento che fosse particolarmente saldo, quindi durevole, quindi tendente addirittura al perpetuo. Lo abbiamo visto il per *ius Quiritium* delle origini, poi per il *ius civile*, poi per il *ius honorarium*, poi per tutto quanto il *ius vetus*, riscontrando altresí, in relazione a questi sistemi di fondo, quanto limitati e quasi imbarazzati siano stati gli interventi correttivi delle *leges* e dei provvedimenti ad esse equiparati, quanto difficile sia stata l'assunzione delle statuizioni relative nella sfera del *ius*. Posta questa radicata tendenza, può comprendersi agevolmente la riluttanza dei Romani, e in particolare dei giuristi, a considerare come propriamente giuridici molti istituti, specialmente della vita pubblica, troppo intimamente legati alle variazioni della politica e del contingente sociale. Questa mentalità può essere considerata sorprendente, magari poco sensata, dagli uomini del giorno d'oggi,

abituati come essi sono ad una legislazione copiosissima disposta a far diritto di tutto, ed anche a disfare piuttosto facilmente qualunque principio giuridico preesistente. Bisogna tuttavia rendersi conto del fatto che le società sovrane del giorno d'oggi sono generalmente imperniate sui cosí detti ' parlamenti ' rappresentativi e che alle radici degli istituti parlamentari moderni vi è la concezione, affermatasi per ben noti motivi storici, della onnipotenza del parlamento. Quando si parte dal principio, per dirla col già ricordato enunciato inglese, che ' il parlamento può fare ciò che vuole, salvo trasformare un uomo in donna ', è comprensibile che si identifichi il diritto nelle leggi votate dal parlamento e che non si apprezzino le diverse esigenze degli antichi Romani.

Rientra molto piú facilmente nella capacità di comprensione degli uomini del nostro tempo l'altro elemento ritardante dell'espansione del *ius Romanorum*, cioè la sensibile riluttanza dei Romani a qualificare come *ius* gli istituti, non pochi, in ordine ai quali l'ordinamento autoritativo romano non prevedesse la possibilità di una tutela giurisdizionale. L'ordinamento di Roma come ente sovrano era infatti per gran parte privo di quelle garanzie giurisdizionali di buon funzionamento dell'organizzazione sociale che, sia pure in modi spesso approssimativi, caratterizzano gli ordinamenti delle moderne società sovrane, lo ' stato di diritto ' di cui tanto orgogliosi andiamo noi moderni. E se per alcuni settori (particolarmente per la disciplina interna delle *familiae* e delle *gentes*, nonché per molti risvolti piú delicati dell'attività sacerdotale pubblica) la cosa era spiegabile in base ad una rinuncia dello stato a farsi valere direttamente, e in base ad un connesso ' transfert ' di quei settori all'autonomia di altri ordinamenti (quelli familiari e gentilizi, quelli religiosi) che riscuotevano la sua fiducia, per l'importantissimo settore delle strutture generali di governo la situazione era tutta diversa.

Da un lato non era pensabile l'affidamento delle regole ad esse relative ad altro ordinamento che non fosse quello stesso di Roma come società sovrana, dall'altro lato il controllo di quelle strutture e del loro funzionamento era concepito essenzialmente come controllo politico.

96. L'EFFETTIVITÀ DEL 'IUS ROMANORUM'.

Se ora passiamo a chiederci quale sia stato, a mente dei Romani, l'indice di esistenza del loro ordinamento giuridico, del *ius Romanorum*, la risposta non potrà essere né precisa in ogni sua parte (il che, d'altronde, è scontato), né sopra tutto unitaria. A prescindere dalle molte zone oscure, in cui non è facile penetrare con l'indagine storica, gli aspetti generali dell'ordinamento giuridico romano si prospettano alquanto diversi tra loro nel tempo.

In ordine alle sedimentazioni piú antiche (*ius Quiritium*, *ius legitimum vetus*, *ius civile vetus*) è possibile dire con qualche sicurezza che la esistenza del *ius Romanorum* e la sua differenziazione dall'ordinamento autoritativo di Roma furono collegati, come già accennato, al carattere di particolare persuasività e stabilità dei principî relativi: principî in ordine ai quali era praticamente inconcepibile che i cittadini osassero coscientemente e volontariamente violarli ed era altresí praticamente impensabile che la comunità potesse espressamente abrogarli o mutarli. Dubbi circa l'interpretazione dei principî civilistici potevano ben esservi, ed era compito dei *iuris prudentes* aiutare a risolverli. Potevano ben emergere anche, in armonia con l'evoluzione della società romana, esigenze di integrazione o di piú attenta articolazione dei principî stessi, ed era compito delle *leges publicae* (cosí come rispetto al *ius Quiritium* era stato per le *leges* del *ius legitimum vetus*) adoprarsi per soddisfarle. La convinzione dominante dei Romani era comunque, relativamente ai nuclei piú antichi del loro

ius, che piú in là di ardite interpretazioni (ma sempre interpretazioni) giurisprudenziali e piú in là di attente integrazioni (ma sempre integrazioni) legislative del *ius* non fosse lecito (piú esattamente, non fosse *fas*) spingersi. Mentre era in cambio fondamentalmente lecito, anche se assai cautamente praticato, modificare secondo necessità tutto il resto dell'ordinamento autoritativo romano.

Per effetto di questa concezione di base, il *ius Romanorum* piú risalente mancò di un vero e proprio sistema sanzionatorio e fu informato, in certo qual modo, al cosí detto ' principio della vergogna ' (allo ' shame principle ' dei sociologi). Il cittadino, se cosciente e volontario, non poteva infrangere i principî civilistici. Se lo faceva, egli precipitava in balía del *fas/nefas*, di fronte al quale si trovava paurosamente solo e sprovveduto, dal momento che i suoi concittadini, e per essi i *iuris prudentes*, erano unanimi nel riprovare il suo atto e nell'approvare l'azione di autodifesa posta eventualmente in essere dall'avversario. Ed una luminosa conferma di questa impostazione è data dalle *leges publicae* intervenute, tra il IV e il II secolo avanti Cristo, ad integrare il *ius civile vetus* o in qualche caso persino a modificarlo: leggi che furono tutte, per quanto sappiamo, significativamente esenti dalla previsione di sanzioni per l'ipotesi di inosservanza (furono cioè tutte, per dirla col linguaggio di qualche secolo dopo, *leges imperfectae*).

L'ingresso nella sfera del *ius Romanorum*, accanto al sistema originario, del cosí detto ' sistema della colpevolezza ' (del ' guilt system ' dei sociologi) fu dovuto all'affermarsi del *ius legitimum novum*, del *ius civile novum*, del *ius honorarium*. Il sistema dell'incolpazione, e quindi delle sanzioni afflittive, era già largamente praticato nel settore (originariamente extragiuridico) della repressione dei *crimina*, cioè delle azioni considerate gravemente lesive degli interessi della comunità nel suo complesso, ed

era stato per lungo tempo imperniato sui poteri sovrani o disciplinari dei magistrati (specie di quelli *cum imperio*), nonché sull'azione di intervento contro i nemici degli interessi popolari tradizionalmente riconosciuta ai tribuni della plebe. Con l'avanzare dei secoli e con il crescere delle esigenze di garanzia della libertà dei cittadini contro eventuali soprusi degli uomini del potere, le *leges publicae* intervennero sempre piú numerose per disciplinare la materia: dapprima allo scopo di assicurare la possibilità dei condannati di effettuare la *provocatio ad populum* per ottenere dai comizi la commutazione della condanna, di poi allo scopo di istituire corti criminali permanenti per specializzare la reazione a determinate ipotesi di criminalità (le cosí dette *quaestiones perpetuae*). Attraverso questo processo la sfera di applicazione del *ius* si estese anche alla materia criminale (e indirettamente anche all'esercizio delle potestà pubbliche da parte dei magistrati), ma a sua volta nel concetto di *ius* penetrò anche il principio della colpevolezza. E il sistema fu largamente recepito dai magistrati giusdicenti nella creazione del *ius civile novum* e del *ius honorarium*: non solo e tanto nel senso che si diffondessero nel *ius Romanorum* le sanzioni scopertamente afflittive della persona o del suo patrimonio (condanne fisiche, multe, immissioni in possesso), ma anche e particolarmente nel senso che si diffusero le sanzioni di invalidazione o di inutilizzazione processuale degli atti disapprovati dalle autorità giusdicenti.

Il sistema della colpevolezza divenne di gran lunga prevalente nel *ius Romanorum* col procedere del principato verso l'assolutismo e con l'affermarsi della duplice concezione di un *ius* quasi totalmente coincidente con l'ordinamento autoritario romano e di un *ius novum* essenzialmente imperiale avente funzioni di integrazione e correzione del *ius vetus*, nonché di difesa dello stesso contro coloro (in particolare, i cittadini di estrazione provinciale)

che si attentassero a violarlo. Anche sotto questo aspetto il diritto romano piú tardo è quello che piú strettamente rassomiglia a grandissima parte degli ordinamenti giuridici moderni.

L'osservazione storiografica induce dunque a ravvisare nel *ius Romanorum* due processi di trasformazione in certo modo concomitanti. Da un lato si osserva il progressivo coincidere della sfera del *ius* con la sfera dell'ordinamento autoritativo, dall'altro lato si osserva il progressivo infiltrarsi nel concetto di *ius* delle caratteristiche di intervento sanzionatorio proprie dell'ordinamento autoritativo. Sorto come un nucleo di principî assai piú ristretto dell'ordinamento autoritativo e essenzialmente fondato sulla convinzione immediata della loro autorevolezza da parte dei cittadini, il *ius Romanorum* approdò progressivamente alla sua coincidenza con l'ordinamento autoritativo romano ed alla recezione da parte sua delle caratteristiche sanzionatorie che erano proprie di quest'ultimo.

97. La struttura del 'ius Romanorum'.

Può chiedersi, a questo punto, se i Romani abbiano concepito il loro ordinamento giuridico come un complesso di comandi normativi o come un'istituzione inerente alla realtà della società romana. È un problema che meno ancora di quelli sin qui delibati induce a conclusioni sufficientemente sicure, sopra tutto per la poca o punta attenzione che i giuristi romani vi hanno dedicato. Tuttavia, siccome esso è stato da qualcuno discusso in tempi relativamente recenti, non possiamo noi qui trascurarlo.

Sia pur con somma precauzione, a me pare di poter sostenere che da parte dei Romani vi fu una visione tendenzialmente (ma non piú che tendenzialmente) istituzionistica del cosí detto *ius publicum*, o almeno del diritto che oggi denominiamo come costituzionale e amministra-

tivo, mentre la concezione romana del *ius privatum* e del *ius* in genere fu chiaramente, in parte esplicitamente, una concezione normativa. Non può omettersi tuttavia di tener presente che diverso avviso ha vigorosamente manifestato Giuseppe Grosso, secondo il quale tutto ciò che sappiamo delle strutture e del funzionamento del *ius Romanorum* porterebbe a concludere che la visione del *ius* da parte dei Romani sia stata essenzialmente istituzionistica.

L'elemento piú vistoso, cui il Grosso fa richiamo per sostenere la sua tesi, è costituito dalla presunta concezione arcaica del *ius civile* romano, cosí come sappiamo che lo ha visto Max Kaser, cioè come una sorta di diritto naturale e nel contempo nazionale. E siccome ai primordi non vi erano altri sistemi giuridici fuori del *ius civile*, cioè dire *ius civile* equivaleva dire *ius Romanorum*, sarebbe chiaro, secondo il Grosso, che il *ius civile* si identificava completamente con la *civitas* stessa, anzi con la stirpe romana e con le sue esigenze vitali. Ragionamento, questo ora riferito, che potrebbe essere preso in qualche considerazione solo se la ricostruzione storica sulla quale si fonda non fosse, come si è detto a suo tempo, assolutamente inesatta, anzi esattamente contraria alla presumibile realtà della concezione arcaica del *ius*.

Dato che in età arcaica, tra l'ottavo e il quarto secolo avanti Cristo, il *ius Quiritum*, il *ius legitimum vetus*, il *ius civile vetus* furono essenzialmente concepiti come principî dettati dai *mores maiorum* e da coordinate precisazioni di carattere legislativo, la visuale che del loro *ius* ebbero i piú antichi Romani non fu certo quella istituzionistica, nemmeno ' avanti lettera ', ma fu quella normativa, di comandi a carattere generale e astratto con particolari connotazioni di autorevolezza e di stabilità. Né la concezione normativa poté dirsi abbandonata nei tempi successivi, in cui progressivamente (e mai completamente, sia chiaro) si profilò, come abbiamo supposto, una conce-

zione, a dir cosí, naturalistica dei princípi fondamentali e piú antichi dell'ordinamento giuridico romano.

Superato questo primo caposaldo della dottrina del Grosso, ancora piú facile, se non mi inganno, è il superamento degli altri e meno validi argomenti da lui addotti. Argomenti che si riassumono nelle tre proposizioni di cui appresso.

Prova, o quanto meno indizio, di una concezione istituzionistica del diritto sarebbe (in ciò la prima proposizione) l'originaria subordinazione della *lex* al *ius* e l'originario carattere della stessa *lex*, intesa come convenzione sociale, come '*communis rei publicae sponsio*' (Pap. 1 *def.* D. 1.3.1), piuttosto che come comando normativo. Francamente però non capisco. Il fatto che le *leges* romane (e piú precisamente le *leges publicae populi Romani*) fossero il frutto di una sorta di 'patto sociale', di *rei publicae sponsio*, non mi pare che ne escluda od attenui il carattere normativo. Anche le convenzioni possono avere carattere normativo, se contengono una predeterminazione generale di strutture e di comportamenti sociali. Quanto alla convinzione che le *leges* romane siano state per lungo tempo considerate prive della capacità di infrangere i princípî del *ius*, essa si è rivelata (l'ho detto al momento opportuno) il frutto di un equivoco storiografico: l'equivoco di aver dedotto dal fatto innegabile che le piú antiche *leges publicae* non modificarono mai (o quasi mai) il *ius civile* la esistenza, contestabilissima, di un principio di immodificabilità del *ius* da parte delle *leges publicae*. Del resto, se leggiamo per intero il notissimo brano di Papiniano in cui si equipara la legge ad un patto sociale, la prima e prioritaria affermazione che in esso troviamo è proprio quella che la legge è un 'precetto', cioè una normativa, che si impone all'osservanza della comunità: *lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum . . . coercitio, communis rei publicae sponsio.*

La seconda proposizione a difesa della visuale istituzionistica è fondata dal Grosso sul modo di formazione del *ius honorarium*. Dato che il sistema detto del *ius honorarium* derivò storicamente dalla concessione di *iudicia* ai privati, concessione fatta dai *magistratus* giusdicenti, cioè da elementi dell'organizzazione cittadina, se ne dovrebbe dedurre che almeno il *ius honorarium*, se non tutto quanto il *ius Romanorum*, si identificò immediatamente con la compagine statale. Ma il Grosso non considera, ciò affermando, che, sino a quando si ritenne in Roma che il *magistratus* giusdicente potesse liberamente concedere il *iudicium* che meglio gli paresse all'attore, solo basandosi sulla sua valutazione equitativa del rapporto controverso, non si ritenne ancora che da ciò derivasse diritto, *ius*. Si parlò, come sappiamo, di '*ius honorarium*' solo nel corso dell'età classica, quando l'*edictum* magistratuale diventò tralaticio e, insomma, sorse e si affermò la regola di concedere immancabilmente, in presenza di una certa ipotesi, una certa azione. Prima di allora vi fu il processo privato, vi fu il potere del magistrato di decidere discrezionalmente se assecondare una tutela processuale e quale, ma non vi fu un 'diritto' onorario. Il *ius honorarium* fu posteriore, sia storicamente che logicamente, alla consolidazione consuetudinaria della massima parte delle norme in cui si concretò.

Infine la terza proposizione utilizzata dal Grosso per la sua dottrina sta nella struttura che i diritti reali avrebbero avuto secondo la giurisprudenza romana. I Romani non avrebbero concepito i diritti reali come poteri 'erga omnes', cioè come espressione di rapporti intersoggettivi tra il titolare e gli *omnes cives*, ma li avrebbero intesi come poteri diretti del soggetto sulla *res*: poteri dei quali il rapporto tra il soggetto attivo e gli 'omnes' (tenuti questi a rispettare l'esercizio delle sue facoltà) sarebbe stato in certo senso solo manifestazione conseguenziale e sussidiaria.

Siccome la concezione dell'ordinamento giuridico come istituzione è incompatibile con la configurazione del diritto assoluto su un oggetto (di quello che il piú delle volte è il cosí detto *ius in re*) come pretesa del titolare nei confronti degli altri soggetti giuridici, si avrebbe da tutto ciò la conferma della visione istituzionistica che i Romani avrebbero avuto del loro *ius*. Opporrei peraltro che, se pur fosse vera l'inconciliabilità tra istituzione e diritto soggettivo ' erga omnes ', non è comunque sostenibile che un complesso normativo esiga ad ogni costo che i diritti assoluti siano concepiti come diritti ' erga omnes '. Non è sostenibile, né mi pare che sia stato mai seriamente sostenuto.

Ad ogni modo, dato che l'analisi della dottrina del Grosso ci ha portati a sfiorare la materia delle situazioni giuridiche soggettive, non sarà male, prima di concludere in ordine al tema di cui stiamo discutendo, aprire una parentesi specificamente dedicata alla visione romana delle situazioni dei soggetti giuridici.

98. ' Ius Romanorum ' e situazioni soggettive.

A mio avviso, la correttezza metodologica esige che non si esca, in questa ricerca, dal seminato delle successive concezioni del *ius Romanorum* che abbiamo creduto di poter ricostruire nelle pagine precedenti. E siccome in principio vi fu il *ius Quiritium* e il *ius Quiritium* iniziale lasciò tracce profonde sull'ordinamento giuridico delle epoche successive, cominciamo, come suol dirsi, ' ab ovo ', cioè dal richiamo di due punti fondamentali, sui quali ho a suo tempo molto insistito: anzitutto, che l'antichissimo *ius Quiritium*, fiorito nei secoli VIII-VI avanti Cristo, dette rilievo solo alle *potestates* dei *patres familiarum* o *gentium*, tralasciando di regolare ogni altro elemento della vita sociale; secondariamente, che la materia del credito, estranea al *ius Quiritium* e rilevante nei primi secoli solo

in sede extragiuridica, fu presa in considerazione ed embrionalmente regolata solo dal *ius legitimum vetus*, e precisamente dalle *XII tabulae*, nel quinto secolo antecristo.

Se ci chiediamo come vennero concepite dai piú antichi Romani le *potestates* del *ius Quiritum*, la risposta che sembra doversi dare è che esse non furono viste come distinti diritti soggettivi, ma furono concepite come altrettanti attributi della *patria potestas*, cioè come elementi non autonomi, come facoltà implicate dallo ' status ' di soggetto del *ius Quiritium*.

Non è difficile dimostrarlo. Già sappiamo che il termine ' *ius* ', nel senso di diritto soggettivo, non è mai usato nelle fonti con riferimento al *dominium* e, in genere, alle situazioni giuridiche assolute, mentre vi appare adoperato assai di frequente per indicare, in modo comprensivo, lo ' status ' del soggetto di diritto privato. Queste particolarità della terminologia romana si spiegano solo come residui della situazione piú antica, quale tratteggiata dianzi, e suonano quindi conferma della stessa. D'altra parte, che questa opinione sia nel giusto, mi sembra confermato anche dal fatto che, ancora in età avanzata, i Romani, nei riguardi del *dominium*, usavano parlare di acquisto e di perdita ' della cosa ', anziché di acquisto e di perdita del diritto di proprietà sulla cosa, usavano cioè riconnettere la *res* direttamente alla persona del *pater familias*. La circostanza che essi non solessero mettere in risalto, tra il soggetto e la *res*, l'elemento intermedio del diritto del primo sulla seconda, può essere fatta dipendere da un normale fenomeno di attrito del linguaggio, a patto, peraltro, di accogliere la ricostruzione delle origini da me proposta. Infine si ricordi anche che la romanistica piú moderna ha posto in evidenza la originaria indifferenziazione di quel cosí detto *mancipium*, che fu il padre comune dei vari diritti assoluti dell'età storica (il *dominium ex iure Quiritium*, la *dominica potestas*, la *potestas* sui *filii*

e sulle persone *in causa mancipii*, la *manus maritalis* sull'*uxor*). Questa importante, e ormai sicura scoperta, posta in relazione con la tesi che il *ius Quiritium* non conobbe altre situazioni soggettive al di fuori di quelle potestative, equivale a dire che il *ius Quiritium* regolò un solo diritto, molto ampio, il *mancipium*, e cioè, che per esso *ius Quiritium* il diritto soggettivo si confuse con la titolarità giuridica, con lo ' status ' di *pater familias*.

Assodato che i diritti assoluti in senso proprio passarono in Roma ad essere concepiti come tali, cioè come situazioni soggettive autonome, attraverso un processo di lenta enucleazione dal seno della categoria generale e generica di ' soggetto del diritto privato ', vale a dire di *pater familias*, ne segue che la costruzione dogmatica di questa categoria non possa non riflettersi nella ricostruzione dogmatica dei diritti assoluti. Ora, lo ' status ' di *pater familias*, soggetto di diritto, fu certamente, in Roma, sin dalle origini ed anzi sopra tutto alle origini, concepito come una qualificazione di carattere relativo, e cioè come affermazione, e nel contempo delimitazione, della sfera di libertà di ciascun singolo *pater familias* nei confronti di tutti gli altri *patres familiarum* facenti parte della comunità. Se lo ' status ' di *pater familias* fu inteso ' ab origine ' come una ' pretesa ', sia pur generica ed approssimativa, del singolo ' erga omnes ', come una ' licentia petendi ' del consociato verso tutti gli altri, è evidente che i diritti assoluti, da esso più tardi enucleatisi, non poterono venir concepiti, a loro volta, che come pretese ' erga omnes '. E se nelle fonti i diritti assoluti sono non di rado rappresentati sotto la specie dei poteri sugli oggetti, anziché sotto la specie delle pretese verso gli altri soggetti, ciò è perché la *potestates* del *pater familias* romano, prima di essere considerate come diritti dei soggetti, e quindi come pretese ' erga omnes ', furono per lungo tempo considerate, appunto, come *potestates*, come facoltà: ma come facoltà,

si badi, giuridicamente non autonome, perché ricomprese nell'ambito dello ' status ' di *pater familias*.

Veniamo ora ai diritti così detti relativi. Due sono le caratteristiche che maggiormente colpiscono chi guardi all'*obligatio* romana: in primo luogo, il fatto che il rapporto in esame non sia mai, o quasi, rappresentato dalle fonti sotto la specie del credito, quindi della situazione del creditore, ma sia invece in esse rappresentato ' sub specie ' di un obbligo di prestare e nel contempo, piuttosto confusamente, di una soggezione dell'*obligatus* al creditore; in secondo luogo, il fatto che, quando nelle fonti si venga a riferirsi al creditore, non gli si attribuisca un *ius*, ma piuttosto un'*actio in personam*, cioè un mezzo processuale di accertamento, che preludeva in antico alla apprensione fisica dell'*obligatus*, alla *manus inectio* sulla sua persona.

Ambedue le particolarità ora accennate divengono pienamente comprensibili quando si tenga presente che l'*obligatio* stessa altro non era, alle origini, che un *mancipium* affievolito del creditore sull'*obligatus*: un *mancipium* che, d'altra parte, poteva anche tornare in essere, attraverso l'esperimento dell'*actio in personam* e della *manus iniectio*, in caso di inadempimento. Allo stato quiescente, il rapporto era rappresentato con riferimento al soggetto passivo, all'*obligatus*, per lo stesso motivo per cui, nel seno dell'antico amplissimo *mancipium* del *pater familias*, si guardava ai differenti oggetti dello stesso (la *domus*, i *filii*, l'*uxor*, gli *animalia quae collo dorsove domantur*, i *servi*) per differenziare l'una dall'altra le facoltà che il *pater* era in grado di esercitare. La situazione dell'*obligatus* era dipinta come un misto di obbligo e di soggezione, cioè come un ' *necessitate adstringi* ', perché sull'*obligatus* non solo gravava un obbligo, ma gravava potenzialmente la soggezione alla *potestas* del creditore in caso di inadempienza. A sua volta, la situazione del creditore non era normal-

mente espressa mediante il termine *ius*, ed era viceversa frequentemente adombrata mediante la terminologia ' *actio in personam* ', per la ragione che il rapporto fra creditore e debitore diveniva dolente, facendo con ciò avvertire la sua presenza, solamente nella ipotesi di inadempimento, allorché l'arma del creditore diventava quella dell'*actio*, mediante cui si poteva giungere a ricostituire la *potestas* del creditore sulla persona dell'*obligatus*.

In conclusione, i Romani non soltanto mancarono di una concezione e di una terminologia unitaria delle situazioni giuridiche soggettive, ma, assai probabilmente, non giunsero mai a ricondurre sotto il paradigma di un ' genus ' unitario la situazione del titolare di una *potestas* e quella del creditore. La prima fu, infatti, per essi, una figura, diremmo oggi, di diritto sostanziale, concretantesi in una pretesa ' erga omnes ' al rispetto della propria sfera di libertà. La seconda, la situazione del creditore, fu, invece, per essi (a differenza della situazione dell'*obligatus*, di cui si è detto), una figura essenzialmente processuale, concretantesi nella possibilità di assoggettare, mediante il giuoco di azioni dichiarative ed esecutive, la persona dell'*obligatus* inadempiente. Col procedere dei tempi, attenuata l'esecuzione personale sui debitori, introdotta la procedura formulare con relativa *litis contestatio*, profilatosi un certo quale indirizzo sistematico nella giurisprudenza, sopra tutto classica, le cose indubbiamente mutarono, ma non sino al punto di prefigurare con assoluta chiarezza la concezione moderna del diritto soggettivo contrapposto al dovere giuridico nell'ambito di un ' rapporto giuridico ' intersoggettivo.

99. ' Ius ' e sindacabilità del potere.

Tirare a questo punto le fila dai rilievi che precedono per giungere ad un punto di arrivo, ad una ' teoria ', an-

che in ordine al problema della struttura del *ius* secondo i Romani, non è affatto facile, oppure lo è sin troppo.

La prima tentazione è indubbiamente quella di dire una volta di piú che gli elementi di cui disponiamo non permettono di accertare in modo attendibile quale visione (normativa o istituzionistica?) i Romani ebbero del loro ordinamento giuridico, e che pertanto la ricerca va posta nella cartella dei problemi insoluti. Peraltro, lo scrupolo che immediatamente dopo subentra è che la impossibilità di pervenire all'agognato punto di arrivo, all'auspicata ' teoria ' di cui poc'anzi dicevo, non debba distogliere dalla fatica di porre in ordine gli elementi, sia pur tra loro contraddittori, che sembrino utilizzabili per la soluzione del problema. Io non so quanto peso Carlo Marx abbia dato alla sua brillante affermazione che ' l'anatomia dell'uomo fornisce una chiave per l'anatomia della scimmia ' (penso, per essere sincero, che egli abbia dato a questo ' slogan ' una rilevanza di gran lunga inferiore a quella che gli conferiscono certi suoi reverenti esegeti), ma, pur se diffido parecchio della ' chiave ' interpretativa indicata da Marx, non dubito che la somiglianza della scimmia con l'uomo legittimi almeno il problema di un qualche collegamento originario tra i due esseri. Sicché, posta la indiscutibile somiglianza esistente tra *ius Romanorum* e ordinamenti giuridici moderni, posta anzi la innegabile parentela intercorrente tra il primo e i secondi, è ragionevole chiedersi se e sino a che punto sia sostenibile l'impressione da me già espressa, secondo cui la concezione romana del *ius privatum* sarebbe stata tendenzialmente normativistica, mentre quella del *ius publicum* sarebbe stata tendenzialmente istituzionistica.

Per quanto riguarda il *ius privatum*, cosí come puntualizzato a suo tempo in sede di analisi della dicotomia *ius publicum-ius privatum*, direi che la concezione normativistica di esso si profilò, senza possibilità di equivoci,

sin dagli inizi preromani. Un *ius* identificato negli autorevoli *mores maiorum*, e accresciutosi via via intorno a questo nucleo, non poté essere concepito che come un sistema di principî, di *praecepta*, di comportamenti prescelti e prestabiliti come doverosi. Né la concezione variò o si diluí nelle vicende successive. Come ho anche detto poco fa a proposito del *ius honorarium*, del diritto, almeno in materia privatistica, si parlò dai Romani solo se e quando una certa iniziativa o una certa prassi fossero sfociati in precise e vincolanti consuetudini, integrate da *leges* e provvedimenti equiparati, insomma in una precettistica a carattere normativo: il che vale per tutto il corso storico del *ius privatum* sino a Giustiniano.

Naturalmente, proprio perché al tema non fu dedicata una particolare riflessione dai giuristi o da altri in sede tecnica, sarebbe assurdo attendersi dalla lettura delle fonti romane, sopra tutto trattandosi di una lettura da farsi piú che altro tra le righe delle stesse, una configurazione normativistica esauriente del *ius privatum* romano. Abbiamo già avuto modo di osservare, nell'esame delle situazioni giuridiche soggettive, lo scarso rigore, derivante in gran parte dallo scarso interesse, dei Romani nelle visuali relative. Tuttavia lo studio delle situazioni giuridiche soggettive ci ha anche confermati, se non erro, in un rilievo già fatto: che nella concezione romana il *ius* era essenzialmente caratterizzato dalla *iuris dictio*, tanto che si propendeva piuttosto a parlare di *actio*, che non di *ius*, quando di un soggetto, e in particolare di un creditore, si volesse indicare il diritto verso un altro soggetto. Questa associazione tendenziale tra *ius* e *iuris dictio* non va elevata al rango di connotazione caratteristica ed esclusiva del *ius Romanorum*, ma non va nemmeno sottovalutata. Sarebbe grave sottovalutarla.

Se, proseguendo in questa nostra analisi, usciamo ora dalla cerchia del *ius privatum* (sostanziale e processuale)

in senso proprio, non mancheremo certo di ravvisare piuttosto facilmente, al di fuori del *ius privatum*, altri nuclei normativi entro la sfera dell'ordinamento giuridico romano. Tanto piú facilmente la cosa ci riuscirà, quanto piú ci avvicineremo all'età classica ed alle evidenti tendenze che in essa si profilarono verso la ' giuridizzazione ' dell'ordinamento autoritativo e verso la categorizzazione del diritto secondo schemi sistematici. I nuclei normativi, di cui dicevo, presero spunto dal cosí detto *ius publicum*, nel senso di *ius legitimum novum*, e si aggregarono intorno a materie non tradizionalmente privatistiche, alle quali le *leges publicae populi Romani* e i provvedimenti ad esse equiparati avessero dedicato regolamenti non passeggeri e isolati, ma di carattere stabile e generalizzante: ad esempio, la materia della repressione criminale mediante *quaestiones perpetuae* (istituti che erano, oltre tutto, strettamente imparentati con la *iuris dictio* in senso stretto), la materia della disciplina militare e delle procedure sanzionatorie da essa comportate, la materia dell'organizzazione tributaria e del contenzioso relativo. Queste formazioni normative, tanto affini strutturalmente alla concezione del *ius privatum* e della relativa *iuris dictio*, contribuirono in modo decisivo al formarsi di una generale convinzione che il *ius Romanorum* non si limitasse al diritto tradizionale, al *ius* ' *quod ad singulorum utilitatem pertinet* ', ma si estendesse anche a ' *quod ad statum rei Romanae spectat* '. Ulpiano, sia ribadito per amore di chiarezza, non inventò la dicotomia *ius publicum-ius privatum*, ma essenzialmente la esplicitò e la avviò in qualche modo a coincidere con l'ordinamento autoritativo romano. Ma questi rilievi non autorizzano affatto la conclusione che anche il *ius publicum* (quello ' *quod ad statum rei Romanae spectat* ') sia stato mai concepito nella sua interezza come una struttura normativa.

Al contrario. Premesso che Roma non ebbe mai nella

sua storia ' carte costituzionali ' o ' patti fondamentali ' nel senso moderno della parola, la materia costituzionale e amministrativa, o in altri termini la materia ' pubblicistica ' di Roma, fu sempre, in tutti i periodi della storia romana, allo stato, nei suoi tratti fondamentali, dell'indistinto normativo. È lecito ed è possibile, anche in questo campo, differenziare il giuridico da non giuridico: l'ho detto a suo tempo e qui lo ripeto. È facile, sempre nella sfera del *ius publicum*, individuare i grumi normativi, talvolta anche molto importanti, che vi si formarono: questo lo abbiamo constatato poco fa. È visibile ad occhio nudo la tendenza normativistica della giurisprudenza tardo-classica in materia di *ius publicum*: tendenza che si manifesta, ad esempio, nelle numerose trattazioni dedicate dagli esponenti di quella giurisprudenza ai ' regolamenti ' relativi a taluni aspetti (non tutti) degli *officia* di taluni pubblici funzionari (*de officio consulis, praetoris tutelaris, quaestoris, proconsulis, praesidis, curatoris rei publicae, praefecti praetorio, praefecti urbi, praefecti vigilum* ed altre ancora). Oltre queste visioni isolate e parziali del diritto pubblico come complesso di norme assolutamente non sembra, comunque, che i Romani siano andati.

Sulla via della concezione normativa di tutto il loro ordinamento giuridico, sia pubblico che privato, li trattenne, io penso, non soltanto la mancanza di una approfondita riflessione sul tema. Li trattenne dapprima il fatto che la materia pubblicistica per molti secoli non fu considerata ' giuridica '. Poi, dopo la formazione della dicotomia *ius publicum-ius privatum*, li trattenne dalla concezione normativistica una duplice impossibilità. L'impossibilità ' tecnica ' di integrare il *ius publicum* in tutti i suoi aspetti con un sindacato piú o meno arieggiante la *iuris dictio* caratteristica del *ius privatum*. In piú, e sopra tutto, l'impossibilità ' politica ' di impostare anche alla lontana questo problema, o piú in generale di inquadrare entro un com-

pleto sistema normativo, inevitabilmente subordinandola ad esso, una struttura statale che sempre piú decisamente si approssimava all'assolutismo imperiale, alla subordinazione di tutto e di tutti, ma in particolare della vita pubblica, al volere insindacabile dell'imperatore.

100. ' Ius a iustitia '?

Il compito che mi ero proposto di assolvere con queste pagine può dirsi, non so se bene o se male, esaurito. Se tentassi di procedere oltre, varcherei incautamente la soglia di quel severo e un po' tenebroso laboratorio in cui si fa, da chi può e sa farla, la ' teoria generale del diritto '. Vedano un po' i cultori di questa elevata disciplina, che tanto espertamente ' *diruit, aedificat, mutat quadrata rotundis* ' (Hor. *ep.* 1.1.106), se ed in quale misura gli elementi che mi è parso desumere dall'esperienza romana siano in qualche modo utilizzabili. In ogni caso, vi sarà pure un cestino per la carta straccia lí dentro.

Tuttavia, pur rendendomi conto di andare ' ultra crepidam ', vi è ancora un punto sul quale vorrei brevemente fermarmi. È un punto tra i piú dolorosi della nostra vita moderna: quello dello sgomento che ci prende (e qui richiamare Franz Kafka è abbastanza pertinente) di fronte alla straordinaria indeterminatezza del diritto cui siamo tenuti ad obbedire e di cui, come tutti sanno, non è perdonata la eventuale ignoranza da parte nostra. Emerge qualche suggerimento al riguardo dall'esperienza romana antica?

L'impostazione astratta del problema e l'astratta ricerca della sua soluzione è, agli occhi della riflessione contemporanea, sin troppo facile. Se leggiamo, ad esempio, le pagine dedicate al tema da un acuto filosofo italiano, Flavio Lopez de Oñate, non ci costa certo fatica condividere la premessa, secondo cui ' l'azione umana ha bisogno

per realizzarsi di partire fin dall'inizio da una fede nella vita sociale: fede che può sussistere solo se la società contraccambia la sua fede nell'azione stessa, e le ricambia il dono che essa fa alla società, conferendole la garanzia che è data dalla certezza '. Né possiamo escludere, di fronte a queste premesse, che ' la consuetudine, nonostante il suo contatto immediato con lo spirito collettivo, che sembrava garantire l'adesione continua al principio di giustizia come la collettività organizzata lo intendeva, appare un *ius incertum* e che appunto perciò essa dovette cedere il luogo ai codici '. Che poi ancor piú rischioso della consuetudine per l'esigenza di certezze del diritto sia l'affidamento ai giudici (o ad altri) della creazione del principio risolutivo delle controversie, nessuno può ragionevolmente negarlo. Ecco perché si conclude che l'unica e sola garanzia che resta è data dalle leggi. ' Nella certezza, e quindi nella legge, consiste dunque la specifica eticità del diritto '.

Eppure, dopo essere pervenuti, nel flusso trascinante di questo ragionamento, alla conclusione ora detta, chi il diritto moderno, italiano o straniero che sia, lo conosca anche un poco da vicino, o piú precisamente lo pratichi, non può fare a meno, a mio avviso, di scuotersi come da un sogno troppo bello. Non solo di leggi nelle nazioni moderne ve ne sono tali e tante da formare a volte una inestricabile giungla. Non solo molte di quelle leggi escono dai patteggiamenti parlamentari in formulazioni cosí contorte e oscure da costituire a volte altrettanti piccoli o grandi ' rebus '. Vi è di piú. Quasi nessuna formulazione di legge, per quanto chiara possa a tutta prima sembrare, si sottrae in concreto alla possibilità di qualche dubbio di interpretazione ed è in grado di evitare, sempre in concreto, la possibilità di esplicazioni diverse o addirittura tra loro contraddittorie. A parte il ben noto latino ' habent sua sidera lites ' (o, se si preferisce, ' tot capita tot senten-

tiae '), bastano spesso, a determinare le varianti, i tempi e i luoghi diversi, non voglio dire anche i climi (sia quelli meteorologici, sia quelli socio-politici), in cui l'attività di interpretazione si esercita.

Pertanto, se l'eticità del diritto consiste nella certezza, non si può ragionevolmente sostenere che la certezza sia assicurata dalle leggi. Tanto meno essa è assicurata dalle leggi, se si verifica il caso, frequentissimo nelle società moderne, anche le piú democratiche, che le leggi non soltanto sono troppe, ma troppo spesso sono imprevedibili dal cittadino: imprevedibili nel senso che enunciano regole tanto innovatrici, tanto originali, a volte tanto estrose, che il cittadino medio non è nemmeno in grado di intuire che esistano e, sopra tutto, non è in grado di intuire, sia pure all'ingrosso, quale possa esserne il contenuto. Per tendere il piú possibile al traguardo della certezza, sia pure essendo ' a priori ' convinti che esso non è pienamente raggiungibile, produrre leggi, e dare ad esse il massimo di diffusione pubblicitaria, non basta. Bisogna ripiegare, in concreto, su qualcosa di altro.

Ecco dove può soccorrere l'esperienza giuridica di Roma. La quale ci ha largamente rivelato, nelle pagine precedenti, che, nei tempi anteriori al degrado del sistema politico repubblicano in assolutismo imperiale, piú che le leggi e i provvedimenti di governo ad esse equiparati, piú che la stessa consuetudine rappresentata dai *mores maiorum*, operarono, al fine di soddisfare le esigenze dell'incremento del diritto e della certezza dei suoi principî, la *interpretatio prudentium* e la *iuris dictio* dei magistrati. La *interpretatio prudentium* attuò la unificazione del *ius civile* e molto ancora si rese utile, successivamente, per il progresso e l'armonizzazione di ogni altro sistema giuridico romano. La *iuris dictio* dei magistrati, strettamente collegata con l'attività dei giureconsulti, effettuò il riconoscimento nel mondo giuridico romano di istanze sociali

piú avanzate e moderne, che altrimenti con molta fatica si sarebbero affermate.

Al giorno d'oggi vi sono mille ed uno motivi, tutti evidentissimi, per disperare che possa risorgere una *interpretatio prudentium* alla maniera romana. Ma per la giurisdizione è diverso. Tanto in Italia che in ogni paese civile, la magistratura giusdicente è posta in condizione non solo di interpretare a titolo meramente dichiarativo i princípî dell'ordinamento giuridico, ma anche di adeguarli man mano, nei modi (e dentro i limiti) della cosí detta ' interpretazione progressiva ', ai tempi nuovi che avanzano. E in questa ricerca del nuovo diritto che occorre, o piú precisamente del nuovo diritto di cui la società fa richiesta, i giusdicenti già sono in qualche misura aiutati dai numerosi margini di discrezionalità che loro assegnano le leggi civili e quelle penali, ma possono essere, quanto meno in sede civile, ulteriormente agevolati dalla autorizzazione che loro diano le parti a giudicare, là dove non si tratti di diritti indisponibili, anziché secondo lo stretto diritto (il ' *summum ius* ' di Cicerone), ' secondo equità '. Secondo equità, cioè sulla base di una ragionata ricerca delle soluzioni piú sentite dalla coscienza sociale, cosí come una norma purtroppo quasi ignorata del codice italiano di procedura civile (art. 114) esplicitamente prevede.

Sono temi, questi, in ordine ai quali è notorio che oggi si discute moltissimo: il che è certamente apprezzabile, purché le discussioni non trascendano, come a volte succede, in polemiche a sfondo politico o, peggio, in pretese di alcuni giudici esagitati di ' fare giustizia ' (magari apprezzabilissima sul piano dell'equità) anche fuori dai limiti invalicabili delle leggi vigenti. È evidente che l'eticità del diritto esige che, ove si decida di avere maggior fiducia nei giudici, i piú ampi poteri debbano essere ad essi assegnati da leggi chiare e precise. Comunque, il dilemma da risolvere è se riconoscere o non riconoscere alla giu-

risdizione una piú estesa capacità di fiancheggiare la legislazione. Certo, la diffidenza del pubblico è grande, ed è forse spiegabilmente accresciuta dalle intemperanze di quei giudici esagitati di cui si diceva dianzi. Ma non credo sia da condividere, nei confronti dei giudici, l'amara sfiducia di un Guicciardini, che preferiva alle loro equivoche sottigliezze le ' sentenze de' Turchi, le quali si espediscono presto e quasi a caso ', né suppongo siano parecchi (anche se qualcuno ve n'è) gli eredi moderni di quel giudice Bridoye del grande Rabelais, che risolveva le questioni tra le parti in giudizio tirando i dadi prima per l'una e dopo per l'altra. Sorridere dei giudici non è peccato, ma andare piú in là sarebbe ingiusto.

Occorre insomma fiducia nella giustizia. Fiducia che sul momento, bisogna dirlo, è (sopra tutto in Italia e per ragioni sconvolgenti che stanno sotto gli occhi di tutti) piuttosto scarsa, ma che bisogna far di tutto, dall'una parte e dall'altra del banco dei giudici, per incrementare.

Anche se sbagliava grossolanamente nell'etimologia, in fondo Ulpiano, nel passo famoso con cui si aprono i *Digesta*, aveva in un certo senso ragione. ' *Ius a iustitia* '. È dalla giustizia, da quella beninteso incarnata nei giudici, che dobbiamo attenderci il nostro piú sicuro diritto.

Nota al capitolo xiii

Dato che il presente capitolo ha carattere puramente riepilogativo di quanto detto nei capitoli precedenti e dato che la mia intenzione non è quella di insegnare inconsultamente il mestiere ai cultori di teoria generale del diritto, quest'unica nota ai n. 94-100 è deliberatamente limitata ad alcune precisazioni essenziali. — Le parole di V. Arangio-Ruiz riportate nel n. 94 si leggono in *Istituzioni di diritto romano*[14] (1960) 15. — Sulla questione del ' classicismo ' dei giuristi classici (n. 94) e sulle incredibili sottigliezze a tutta prima escogitate in argomento: Guarino,

Il classicismo dei giuristi classici, in *Scr. Jovene* (1954) 227 ss., con bibliografia. In particolare, la discussione si è fatta per Gaio, e a questo proposito v., a titolo di esempio: M. Kaser, *Gaius und die Klassiker*, in *ZSS.* 70 (1953) 127 ss.; A. D'Ors, *Gayo prépostclásico*, in *AHDE.* 23 (1955) 240 ss. Se non erro, in questo come in altri casi, la mia reazione costante (anche se talora, lo ammetto, alquanto vivace) a certi entusiasmi della dottrina ha avuto il merito di contribuire a gettare acqua sul fuoco di quegli entusiasmi, come dimostra, ad esempio, la lettura di: M. Kaser, *La classicità di Gaio*, in *Gaio e il suo tempo* (1964) 42 ss. — In ordine alla necessità di distinguere, in sede di ricostruzione storica, il '*factum*' dal '*ius*' (n. 94), e in particolare le prassi puramente sociali e politiche dalle istituzioni giuridiche, v.: A. Guarino, *La democrazia a Roma* (1979) 23 ss. Ivi, 101 ss., la contestazione della tesi di J. Bleicken, *Staat und Recht in der römischen Republik*, in *Wiss. Gesellsch. Univ. Frankfurt* 15.4 (1978), secondo cui la repubblica romana non avrebbe avuto un sicuro e completo ordinamento costituzionale, ma si sarebbe fondata su un 'ordinamento precostituzionalistico', a metà strada tra la politica e il diritto. Puramente verbali, a mio sommesso avviso, i tentativi di superamento di questo ordine di problemi posti in atto da chi parla di 'fattualità' dell'ordinamento 'giuridico' romano: cfr. Orestano (nt. 26) *passim*. — Sui temi dei n. 95-96, in generale: Guarino, *Il concetto dell'ordinamento giuridico alla luce dell'esperienza romana* (1952), in *Le origini* (nt. 14) 283 ss. — Per i riscontri in tema di sociologia v., per tutti: R. Treves, *Introduzione alla sociologia del diritto*[2] (1980) *passim*, con bibliografia. Un suggestivo e persuasivo richiamo allo 'shame system' ed al 'guilt system' in: E. Cantarella, *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco* (1979) 209 ss. e *passim*. — In ordine al n. 97, v.: G. Grosso, *Problemi generali* (nt. 1), specialm. VII ss. e 1 ss.; Guarino, *Rc. a Grosso* (ediz. 1948), in *Arch. giur.* 138 (1950) 78 ss. — Sull'argomento del n. 98, in generale: Guarino, *DPR.* (nt. 1) n. 22.3, con bibliografia. In particolare: Guarino, *Il diritto e l'azione nell'esperienza romana* (1953), in *Le origini* (nt. 14) 314 ss. — Le parole di K. Marx riferite nel n. 99 si leggono in *Lineamenti fondamentali di critica dell'economia politica* (trad. it. 1976 del ms. 1857-58) 30. Sulla mancanza a Roma di carte costituzionali e leggi fondamentali: A. Guarino, *La democrazia a Roma* cit., *passim*. Sul pensiero di Marx, da ultimo: A. Carandini, *L'anatomia della scimmia. La formazione economica della società prima del capitale*

(1979). — Per quanto riguarda le considerazioni di cui al n. 100, v.: F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*[2] (1950) 1 ss.; A. Guarino, *La consuetudine* (nt. 86) *passim*. V. anche: G. Zaccaria, *L'obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto*, in *R. dir. civ.* 25 (1979) 1. 603 ss., con bibliografia. — Il pensiero di F. Guicciardini si legge in *Ricordanze* (cfr. *Opere*, a cura di V. De Caprariis [1953] 141) e merita di essere trascritto integralmente: 'Io credo siano manco male le sentenze de' Turchi, le quali si espediscono presto e quasi a caso, che el modo de' giudicî che si usano comunemente tra' Cristiani: perché la lunghezza di questi importa tanto, e per le spese e per i disturbi che si danno a' litiganti, che non nuoce forse manco che facessi la sentenza che s'avessi contro el primo dì. Sanza che, se noi presuppogniamo le sentenze de' Turchi darsi al buio, ne séguita che, ragguagliato, la metà ne sia giusta; sanza che, non forse minore parte ne sono ingiuste di quelle date tra noi, o per la ignoranza o per la malizia de' giudici'. — Su Bridoye, luogotenente di Fonsbeton, e sulla sua complessa vicenda, v.: F. Rabelais, *Gargantua et Pantagruel* t. III (ed. Pléiade 457 ss.), col pertinente commento di E. Nardi, *Rabelais e il diritto romano* (1962) 137 ss. — Il detto '*habent sua sidera lites*', attribuito solitamente ad Orazio, risale invece, per quanto ne sappiamo, a Terenziano Mauro, *De litteris, syllabis et metris* (1286). — Non vorrei che una lettura impaziente della 'conclusione' cui giungo in questo libro (n. 100) inducesse qualcuno a pensare alle battute finali di *En attendant Godot* di S. Beckett, là dove Vladimiro ed Astragone, al termine della loro lunga discettazione in attesa di Godot, si dicono reciprocamente 'Allora andiamo?' - 'Andiamo', e tuttavia (così la didascalia finale) 'non si muovono'. Vorrei tanto che queste mie pagine fossero, almeno in minima parte, degne di quelle di Becket, ma temo forte che non lo siano. Comunque, come ha detto, sempre profondo, Goethe? 'Man reist ja nicht um anzukommen, sondern um zu reisen'.

LE FONTI.

A. FONTI GIURIDICHE

CODEX THEODOSIANUS

1. 1. 5 401
1. 4. 3 407
4. 4. 7. 9 371
11.36.26. 4 371

NOVELLAE AD THEODOSIANUM PERTINENTES

Novellae Valentiniani III
21. 1.31 371

CORPUS IURIS CIVILIS

Codex

3.36.19 126
4. 5.10. 1 371
4.26. 2 383
7.25. 1 168, 177, 197
7.31. 1 pr. 197
8.52. 2 417

Digesta

c. *Tanta* - Δέδωκεν

10 372
18 372

1. 1. 1 pr. 15, 46, 430, 453
1. 1. 1 444, 464
1. 1. 1. 1 46, 453
1. 1. 1. 2 46, 111, 127, 443, 450, 453, 463
1. 1. 1. 3 106, 463
1. 1. 1. 4 106, 463
1. 1. 2 443
1. 1. 2. 3 443, 463
1. 1. 3 443
1. 1. 4 443
1. 1. 6 443, 464
1. 1. 6 pr. 106
1. 1. 6. 1 429
1. 1. 7. 1 119, 361
1. 1. 9 123, 414
1. 1. 10 pr. 16
1. 1. 10. 1 101, 124
1. 1. 11 107, 116, 439
1. 2. 2 129, 160, 267, 373, 449
1. 2. 2 pr. 108, 126, 268
1. 2. 2. 1 109, 166
1. 2. 2. 2 188
1. 2. 2. 3 109, 204, 234
1. 2. 2. 4 109, 126, 211, 225, 237, 268, 312
1. 2. 2. 5 245, 268, 430
1. 2. 2. 6 245, 268, 273
1. 2. 2. 7 237, 245, 263, 268, 270, 274
1. 2. 2. 8 268
1. 2. 2. 9 269
1. 2. 2.10 269

1. 2. 2.11 268, 269
1. 2. 2.12 216, 246, 268, 269, 340, 430
1. 2. 2.13 268, 449, 463
1. 2. 2.28 328
1. 2. 2.34 268, 463
1. 2. 2.35 268, 274, 463
1. 2. 2.36 189, 274
1. 2. 2.37 274
1. 2. 2.38 274
1. 2. 2.39 160, 338, 343
1. 2. 2.41 125
1. 2. 2.44 365
1. 2. 2.47 286
1. 2. 2.48 405
1. 2. 2.49 404
1. 2. 2.50 405
1. 2. 2.53 268
1. 2. 5 214
1. 3. 1 102, 477
1. 3. 8 102, 124
1. 3. 14 434, 435
1. 3. 15 434
1. 3. 16 434, 435
1. 3. 32 431, 459
1. 3. 32 pr. 415, 422, 430
1. 3. 32. 1 415, 422
1. 3. 35 429, 431
1. 3. 40 102, 124, 139
1. 4. 1 pr. 396, 419
1. 4. 1. 2 401
1. 5. 24 444
1. 6. 8 pr. 147
1. 7. 36. 1 128
1. 8. 9. 3 314
1.16. 2 pr. 127
2. 1. 4 378
2. 1. 7 pr. 384
2.14. 38 310
4. 2. 23 pr. 310
4. 6. 2 pr. 391
5. 3. 1 391
5. 3. 3 391
6. 1. 1. 2 198, 199
11. 1. 4. 1 116
12. 6. 47 339
14. 5. 2 pr. 383
22. 6. 2 110, 126
22. 6. 9 127
24. 3. 54 436
26. 7. 5. 7 216
28. 1. 3 463
29. 1. 1 pr. 125
29. 7. 2. 2 436
30.49 pr. 126
35. 2. 1 pr. 218, 311, 463
39. 2. 18. 1 217, 463
41. 2. 23 437
41. 3. 1 218
41.10. 5. 1 126
44. 7. 51 114
45. 1. 91. 3 46, 47
47.10. 13. 1 310
48.19. 41 314
50. 1. 26 378
50. 7. 18 340
50.16. 51 200
50.16.144 189
50.17. 45 pr. 310
50.17. 45. 1 310
50.17. 54 115
50.17. 55 115
50.17.141 pr. 434
50.17.144 pr. 17, 124
50.17.202 121

Institutiones

1. 1. 1 16
1. 1. 4 111, 443, 447, 450
1. 2 pr. 106, 443
1. 2. 1 106, 123, 414
1. 2. 2 106, 167, 197
1. 2. 3 429, 430

1. 2. 6 396
1. 2. 8 404
1. 2. 9 104, 429, 431
1. 2.10 430
1. 2.12 447
2.25 pr. 436
3.12 pr. 419
4. 6 pr. 114
4.15. 8 419

FRAGMENTA VATICANA
47 a 440

GAI INSTITUTIONES
1. 1 100, 106, 118, 123, 124, 343, 373, 414, 439, 446, 447
1. 2 103, 124, 269, 373, 414, 429, 446, 448
1. 3 373, 446, 448
1. 4 373, 446, 448
1. 5 373, 395, 446, 448
1. 6 354, 373, 446, 448
1. 7 373, 404, 407, 446, 448
1. 8 447, 448
1. 32 b 171, 199
1. 35 171, 199
1. 54 112, 168, 176, 197, 199, 368, 381
1. 89 215
1. 90 215
1. 91 215
1.119 175
1.144 147
1.156 106
1.167 175
2. 65 440
2. 88 175
2.104 218, 236
2.158 201
2.267 175
3. 66 199
3. 72 171
3. 73 171
3. 82 125
3. 93 343
3. 94 342
3.133 343
3.166 112, 176
3.167 175
3.174 236
3.182 125
3.183 125
4. 16 112, 175
4. 27 125
4. 30 298
4. 31 298
4. 34 175, 368
4. 36 175
4. 41 175
4. 45 175
4.102 165
4.103 305
4.109 305

PAULI SENTENTIAE
4. 9. 8 171

TITULI EX CORPORE ULPIANI
1. 1 292, 293
1. 2 292, 293
3. 1 171
3. 5 171
5. 2 235
5. 5 235

B. FONTI LETTERARIE

APICIUS

De re coquinaria
6. 9. 7 121
7.15. 1 122

ASCONIUS

Orationum Ciceronis sex enarratio (ed. Stangl)

In Cornelianam
1.48 (p. 119) 381

AUGUSTINUS

De civitate Dei
4. 4 94

Enarrationes in Psalmos
35.16 121

AURELIUS VICTOR

De Caesaribus
19. 1 371

AUSONIUS

Technopaegnion
8. 1 134
8. 2 134

CASSIODORUS

In Psalmos
24. 8 121

CATO (M. PORCIUS)

De agri cultura
156. 7 97

CENSORINUS

De die natali
24. 3 327

CICERO (M. TULLIUS)

I. Orationes

De domo sua ad Pontifices
17.43 231

De lege agraria
3. 3.11 367

In Verrem
II. 1.44.114 367
II. 1.46.121 98
II. 2.12. 31 175

Philippicae
2.13.31 347

Pro Balbo
14.33 288

Pro Caecina
12.35 367
33.95 289
33.96 199

Pro Murena
12.26 175
13.28 96

Pro Sestio
30.65 231

II. Epistulae

Ad Atticum
3.23. 2 288, 314
6. 1.15 354

Ad familiares
2. 4. 1 202
4.13. 1 202
8. 8. 3 312
9.21 190, 202
15.21. 4 202

III. Opera rhetorica

Brutus
41.152 96

De inventione
2.22.67 381

De oratore
1. 5. 15 84
1.51.185 96
1.51.190 96
2.67.271 98
3.20. 76 165

Orator
34.120 284

Partitiones oratoriae
37.129 312
37.130 283, 312

Topica
2. 9 16
5.28 366, 459
7.31 459

IV. Opera philosophica

De legibus
3. 4.11 231
3.19.44 231

De officiis
1. 7.23 380
3. 5.23 340, 460
3.17.69 284, 340, 460

De re publica
1.25.39 243, 267, 463
1.26.41 463
1.26.42 463
2. 1. 2 161
2.22.39 322, 341
2.36.61 231
2.37.63 236
6.13.13 267

Dio Cassius

Historiae Romanae
36.40. 1 381
36.40. 2 381

Dyonisius Halicarnasensis

Antiquitates Romanae
3.36 189
4.21. 3 341
4.71 234
4.76 234
4.84 234
10.60 236

Euripides

Supplices
430 209
437 209

EUTROPIUS

Breviarium ab Urbe condita
8.17 371

FESTUS GRAMMATICUS

De verborum significatu cum Pauli epitome (ed. Lindsay)

Mos (p. 146-7) 165
Paelices (p. 248) 189
Parens (p. 247) 200
Pro censu (p. 290) 234
QRCF (p. 310) 136
QSDF (p. 310) 136
Sacratae leges (p. 423) 288, 290
Themin (p. 505) 134

FRAGMENTA BEROLINENSIA DE IUDICIIS (*FIRA.* 2.625)
1. 1 175

FRAGMENTUM DOSITHEANUM (*FIRA.* 2.617)
1 441

GELLIUS (AULUS)

Noctes Atticae
5. 4. 1 233
6. 3.45 461
10.20. 2 232, 286, 312
10.20. 3 286, 312
10.20. 4 286, 312
20. 1 457
20. 1. 1 426
20. 1.47 116
20. 1.55 426
20.12 426

GROMATICI VETERES (ed. Lachmann)

Frontinus

De controversiis agrorum
44. 8 175

HORATIUS

Epistulae
1.10.24 105

ISIDORUS HISPALENSIS

Etymologiae
5. 2. 2 138
5. 9. 1 167, 197
15. 2. 1 244
20. 2.32 98

IUVENALIS

Satirae
1. 3.12 163

LIVIUS

Ab Urbe condita libri
1. 8. 5 130
1. 9. 5 163
1.19. 1 163
1.60. 4 234
3.31. 7 210, 221
3.31. 8 210, 221
3.32. 6 211
3.34. 1 223
3.34. 2 223
3.34. 6 111, 229
3.37. 4 223
3.57.10 223

4. 1. 1 213, 224
4. 1. 2 213, 224
4. 1. 6 213
4. 2 224
4. 4. 5 236
4. 6. 1 224
4. 6. 2 224
4. 6. 3 224, 236
7.17. 2 238
7.17.12 229, 239
9.34. 6 230, 238
10. 9. 3 239
10. 9. 4 239
10. 9. 5 239
31.50. 7 379
32.27. 6 328
37.51. 1 326
37.51. 2 326
40.19.11 328
40.44. 2 328

Periochae
19 325, 326
20 328

LUCRETIUS

De rerum natura
5.958 124

LYDUS

De magistratibus
1.38 325

MACROBIUS

Saturnalia
3. 8. 3 165
3. 8.14 165

PLAUTUS

Cistellaria
469 122
472 99, 122

Epidicus
522 284
523 284

PROBUS

De notis iuris fragmenta (*FIRA.* 2.453)
3.13 288
6.32 175

QUINTILIANUS

Institutio oratoria
12. 3. 3 95
12. 3. 6 95
12. 3. 7 95
12. 3.10 95

SERVIUS GRAMMATICUS

In Vergilii carmina commentarii

Georgica
1.268 138
1.269 138

SUETONIUS

De vita Caesarum

Divus Iulius
70 198

TACITUS

Annales
1.42. 3 198
3.75 313

TESTAMENTUM NOVUM

Pauli epistulae

Ad Romanos
13. 1 89

VALERIUS MAXIMUS

Facta et dicta memorabilia
1. 1. 2 326
2. 8. 2 326, 341

VARRO

De lingua Latina
5.66 140
6.29 137, 144
6.31 136, 144
6.32 136

VERGILIUS

Aeneis
2.77 135

Georgica
1.269 137

ZONARAS

Epitome historiarum (*Annales*)
8.17 326

C. FONTI DOCUMENTALI

CIL.
1². 674 267
4 .1679 200

CIPPUS VETUSTISSIMUS (*FIRA.* 1.19)
5 164
15 138

ILS.
15 267

LEGES

Lex Coloniae Genetivae Iuliae s. Ursonensis (*FIRA.* 1.177)
1. 4.15 312
3. 1.12 312

Lex Cornelia de XX quaestoribus (*FIRA.* 1.131)
1.39 284
2. 8 284

Lex de imperio Vespasiani (*FIRA.* 1.154)
31 312
34 288

Lex Rubria de Gallia Cisalpina (*FIRA.* 1.169)
1.20 312
2.21 312

PSI.
1182 236

RES GESTAE DIVI AUGUSTI
34 405

TABULAE POMPEIANAE (SECUNDAE)
34 309, 316

GLI ARGOMENTI.

Actio 114 s., 192 ss., 482, e v. *Diritto (soggettivo)*, *Iurisdictio*
actiones populares 285
addictus 270
adnotationes 402
aequitas 22, 46, 357, 362 s., 389 s., 469, 491, e v. *Aequum et bonum*
aequum et bonum 16 s., 46, 107, 389 s.
agere 265, e v. *Actio*
Apicio 97, 121 s.
Appio Claudio Cieco 263
ars 16 s., 46, e v. *Ius, Iurisprudentia*
auctoritas patrum 280 s.
auguria 132
auspicia 132
autonomia 72
azione 73 ss., e v. *Actio*

Beneficia 405 s.
Bloch (Marc) 11
bona fides v. *Fides*
bonum et aequum v. *Aequum et bonum*

Caput civis v. *De capite civis*
caput de impunitate 288 ss.
Capitone 313
categorie dogmatiche e studio del diritto romano 41 ss., e v. *Esperienza giuridica romana*
cavere 265
Celso 15, 46
certezza del diritto 488 ss. e v. *Ius incertum*
Civil Law 421
civiltà romana 76 ss.
civitas Quiritaria 157
— Romana 242 s., e v. *Civitatis donatio, Fictio civitatis*
civitatis donatio 248
clientes 249
coattività 89
Codex Iustiniani Augusti v. *Corpus Iuris Civilis*
codificazione adrianea degli editti dei magistrati giusdicenti 369 ss., 381 ss.
— giustinianea v. *Corpus Iuris Civilis*
cognitio extra ordinem 396 ss., 420 s., e v. *Extra ordinem*
comitia centuriata 206, 220 s., 234
commentaria Servi Tulli 234 s.
Commentatori 25 s.
commercium 248, 331
Common Law 22, 150, 421
comparazione giuridica 34 s., 51
compilazione giustinianea v. *Corpus Iuris Civilis*

compilazioni di leges e iura 408 ss.
comunità internazionale 63
concezioni teocratiche 62, 66
connubium 210, 220, 225, 235, 248
consensus 102, 104, 139
constitutiones principum 395 s.
consuetudine 65, 105, 276, e v. *Consuetudo*
Consuetudo 205, 412 s., 422 s., 429 ss., e v. *Consuetudine*
convenzione sociale 477
Corpus Iuris Civilis 411
coscienza giuridica universale 33 ss.
costituzione 313 ss., 486 s.
crimina 227, 398 s., 473
crisi del diritto romano 29 ss.
Culti 26, 28
Dante Alighieri 15, 17
de capite civis 230 ss.
decreta principum 402
definitio 121, 126
denegatio actionis 295, 304, 362
desuetudine 198, 422 s.
dies comitiales 137
— religiosi 137
Digesta Iustiniani 427, e v. *Corpus Iuris Civilis*
directum 65, 90, 97, 121
diritto (oggettivo) v. *Ordinamento giuridico*
— (soggettivo) 72 ss., 94, 479 ss. e v. *Actio, Situazioni giuridiche soggettive*
— alternativo 344, 378
— anglosassone 20 ss.
— cinese 19 s.
— cogente e dispositivo 276
— comparato v. *Comparazione giuridica*
— giurisprudenziale v. *Giurisprudenza romana*
— islamico 19 s.
— naturale 26, 145, e v. *Ius naturale*
— romano 12 s., e v. *Esperienza giuridica romana*
disputatio fori 245
Dodici Tavole 109 s., 204, 210 ss., 214, 226 ss., 237 ss., 244 s., 255, 271
dogmatica v. *Categorie dogmatiche e studio del diritto romano, Teoria generale del diritto*
dominium 258
dovere giuridico 72 ss.
duello ordalico 152 ss., 165
Edicta principum 401 s.
edictum perpetuum 308, 351 ss., 361 ss., 374 ss., 379 s.
— praetoris peregrini 336 s., 353 s.
— repentinum 363 s., 381
effettività v. *Principio dell'effettività*
equità v. *Aequitas, Equity*
equites 319
Equity 22
esegesi delle fonti 86 s.
esperienza giuridica romana 18, 50, 56, 465 ss.
eticità del diritto 488 ss.
exceptio 295
exercitus centuriatus 205 s., 207, 234
ex facto oritur ius 93, 155 s.

extra ordinem 419, e v. *Cognitio extra ordinem, Ius extraordinarium*

Facoltà 74, 481 s.
factum e ius v. *Ex facto oritur ius*
familiae 157
fas 133 ss., 141 ss., 148, 156 ss., 162 s., 182
fatti normativi 165 s.
fatum 143
fictio civitatis 331, 342
fides 320
filosofia del diritto 37 s., 51 s.
— e diritto 456, 461
foedera 185, 187, 201
fonti di cognizione (atecniche e tecniche) 78 ss., 83 ss., 95 s.
— di produzione 165
formalismo 256 ss., 259 ss., 272
formulae 297 ss., 303 ss., 307 ss., 355 ss.

Gaio 445 ss.
gentes 157 s., 171, 180 s., 183 s., 460
Giuliano 369, 375 s.
giurisprudenza romana 17, 264 ss., 358 ss., 403 ss., 424 ss., 456 ss., 465 ss., 490 ss., 492 s.
giuristi v. *Giurisprudenza romana*
Giustiniano v. *Corpus Iuris Civilis*
giustizia v. *Aequitas, Ius, Iustitia*
Glossatori 24
Gneo Flavio 264
Granio Flacco 189 s.
Grundnorm 67, 71
guilt-system v. *Sistema dell'incolpazione*

Ignorantia iuris 110
imperium 348
Impero v. *Principato*
in bonis habere 168
iniustum 137
inquisitio 398
insegnamento del diritto romano 31 ss., 91, e v. *Esperienza giuridica romana*
Institutiones Iustiniani Augusti 427 s., e v. *Corpus Iuris Civilis*
interpolazioni 87
interpolazionismo 50, 87
interpretatio duplex e multiplex 86
interpretatio prudentium 241 s., 253, 261 ss., 430, 490 s., e v. *Giurisprudenza romana, Pontifices*
Isolierung 456 ss.
iudex 154
iudicia imperio continentia 302 s., 304 s.
iudicium 298 ss.
iura 102 s., 408 ss., 418, e v. *Ius*
— (contrapposti a leges) 120, e v. *Compilazioni di leges e iura*
— gentilicia 171, 184, 198
iuris consensus 267, e v. *Consensus*
— dictio 115 s., 148 ss., 192 ss., 296, 297 ss., 323 ss., 490 s., e v. *Magistrati giusdicenti*

— interpretatio 159, 192 ss., 208, e v. *Interpretatio prudentium*
— origo atque processus 129 ss.
— praecepta 101, 124
— prudentes 246, e v. *Giurisprudenza romana*
ius 15 ss., 46, 215, 480, 488, e v. *Ordinamento giuridico*
— (etimologia) 97 ss., 138 ss., 163 s.
— (genesi) 159 ss., e v. *Iuris origo atque processus*
— (e res publica, municipia, etc.) 123
— civile 118, 216, 241 ss., 246, 265, 286 ss., 332, 361, 390, 438 ss.
— — novum 242, 317 ss., 335 ss.
— — vetus 241 ss., 244 ss.
— commune 392, 432 ss., 459 s.
— ex scripto e ex non scripto 429 ss.
— extraordinarium 119 s., 388 ss.
— finitum 110
— fiscale 111
— gentilicium 111, 157
— gentium 106, 317 ss., 339 s., 438 ss.
— honorarium 119, 344 ss., 364 ss., 390
— incertum 108, 126 s., 204 s., 209, 212, 489
— legitimum novum 118, 354, 275 ss., 283 ss.
— — vetus 118, 203 ss., 213 ss., 216 ss., 220 ss., 241
— militare 111
— naturale 106 s., 426 ss., 438 ss., 442 ss., 461 ss.
— novum 119 s., 388 ss., 418 ss.
— praetorium 119, 344
— privatum 111 s., 447 ss., 450 ss., 463 ss., 484 ss.
— publicum 28, 30, 111 s., 215, 216 ss., 236 s., 251 s., 254 s., 275 ss., 386, 447 s., 450 ss., 454 ss., 463 ss., 475 s.
— Quiritium 117 s., 156 ss., 167 ss., 171 ss., 175 s., 179 ss., 192 ss., 197 ss., 203, 233, 241, 257, 260, e v. *Mores maiorum*
— sacrum 132, 229
— singulare 103, 433 ss., 459 s.
— vetus v. *Iura* (*contrapposti a reges*)
— dicere 148 ss., e v. *Iuris dictio*
— est factum 93
— lexque 284
— Aelianum 191, 264, 274
— Flavianum 191, 263, 273
— Papirianum 188 ss., 202
— (come diritto soggettivo) 112 ss.
— accusationis 285
— edicendi 354
— provocationis ad populum 285
— publice respondendi 308, 360, 395, 404 ss., 421 s.
iustitia 15 s., 426 ss., 469, 488 ss.
iustus 215, e v. *Iustus ac legitimus*

— ac legitimus 284, e v. *Iustus*

Kant (Immanuel) 15
Kelsen (Hans) 38, 64 ss., 66 ss., 91 s.
Koschaker (Paul) 31 s., e v. '*Crisi del diritto romano*'

Latini 171 ss., 248, 270
leges (contrapposte a iura) 400 ss., 408 ss., 418, e v. *Constitutiones principum*
— datae 283, 296, 312
— imperfectae 293 ss., 315
— in privos latae v. *Privilegia*
— publicae populi Romani 215, 242, 252, 254 s., 279 ss., 283 ss.
— regiae 151, 185 ss., 201, 204, 238
— sacratae 290
— Liciniae-Sextiae 230
— Porciae 239
legge 89 s., e v. *Ordinamento giuridico*
— delle citazioni 407 s.
— del taglione 158
legis actiones 152 ss., 175, 246, 248, 259, 263, 297 ss.
— latores 222
legitimus 215
lex 186, 201
— divina 138
— humana 138 s.
— Aebutia 306, 307
— Canuleia 210 ss., 224 s.
— XII Tabularum v. *Dodici Tavole*
— Maenia 330 s.
— Ogulnia 262, 272
— Plaetoria 326 s., 341
— Publilia Philonis de patrum auctoritate 230
libertas 199
liberti 250 s.
licentia agendi, petendi, subiciendi 74, 113 s., 479 ss.
litis contestatio 298 ss.

Magistrati giusdicenti 346 ss.
magistratus 454, e v. *Magistrati giusdicenti*
maiores v. *Mores maiorum*
mancipium 174 ss., 270
mandata principum 402
manumissiones 250, 251, 271 s.
manus 181
Martou (Enrico Ireneo) 11
metodo critico-esegetico 86, e v. *Interpolazionismo*
mores maiorum 144 ss., 156, 164 s., 165, 182 s., 255, 413 s., 430
mors litis 309, 316

Natura 105, 444, e v. *Ius naturale*
naturalis ratio 105 s., e v. *Ius naturale*
natura normativa 286, e v. *Fatti normativi*
nazione romana 243, e v. *Civitas Romana*
necessitas 102
nefas 134 ss., 156 ss.
nobilitas 262 s., 319

normazione 166, e v. *Fatti normativi*
normativismo v. *Teoria normativa del diritto*
nudum ius Quiritium 112, 168
numina 143 s.

Obligationes 114, 177 ss., 257 ss., 482 s.
oratio principis in senatu habita 386 s., 401
ordalia 152 ss.
ordinamenti autoritativi 59, 61
— sociali 58, 70, 468 ss.
ordinamento giuridico 12 s., 14 ss., 45, 56 ss., 87 ss., 90 s., gg ss., 104 ss., 110 ss., e v. *Ius*
ordo ordinans e ordo ordinatus 56
Orestano (Riccardo) 10, 45, 50
origo iuris atque processus v. *Iuris origo atque processus*

Pandettistica 28 s.
Papirio (Sesto) 188 ss., e v. *Ius Papirianum*
parola creatrice 151
partitio 117
patria potestas 146, 169
patricii 170, 179 s.
patto sociale v. *Consensus*
pecunia 185
pensiero giuridico v. *Giurisprudenza romana*
peregrini 248, e v. *Praetor peregrinus*
periodizzazione del diritto romano 77 s., 95
personalismo del diritto 256 ss.
plebei 170, 180 s., 205 ss., 207 ss., 221, 236
plebiscita 28 1s.
plebs v. *plebeii*
poenae 398 s.
Pomponio 267 ss.
pontifices 149, 193 ss., 208, 228 s., 235, 246, 260
populus Romanus Quiritium 243
possessio 185
Postglossatori 25
potere giuridico 72 ss., 479 ss.
potestas 181, 258, 479 ss.
praetores consules 196, 206, 323
praetor peregrinus 297, 305 s., 323, 327 ss., 331 ss., 335 ss., 341 s.
— urbanus 297, 346 ss.
pragmaticae sanctiones 403
precedenti 150, e v. *Civil Law, Esperienza giuridica romana*
pre-digesti 458
pretesa 74
principato 385 ss., 393 ss., 454
principio di effettività 63
privilegia 103, 286, 434 ss.
procedura extra ordinem v. *Cognitio extra ordinem*
— per formulas v. *Formulae*
— per legis actiones v. *Legis actiones*
processo accusatorio 421
— penale 421, e v. *Crimina, Poenae, Provocatio ad populum, Quaestiones perpetuae*
— privato 297 ss., 315 ss., e v. *Procedura*

Proculiani 406
provocatio ad populum 232, 239, 285, e v. *De capite civis*
prudentes 261 ss., e v. *Giurisprudenza romana*
publicus 276 s., 310 s., e v. *Ius publicum, Populus*

QRCF 135
QSDF 135
quaestiones perpetuae 474, 486
Quirites 170, 197 s., 241, e v. *Ius Quiritium*

Rapporti giuridici 73 ss.
ratio iuris 392, 433, e v. *Ius singulare*
— naturalis v. *Ius naturale*
regnum 233 s., e v. *Rex*
relatio in senatu habita 387 s.
religiosità 132 ss., 161 s.
rescripta principum 308, 402, 415 s.
respondere 265, e v. *Ius publice respondendi*
responsa prudentium 359 s., e c. *Ius publice respondendi*
respublica Romanorum 233 s., 242 ss., 247 ss., 266 s., 385 ss.
retorica e giurisprudenza romana 456
rex 149, 193, e v. *Regnum*
Roma 130 ss., 158
Romano (Santi) 38, 69

Sabiniani 406
sacerdotes 454
sanctio 285, 288 ss., 314
sanzione 64
schiavitú 249 ss.
scienza universale del diritto 35, 52
Scuola storica tedesca 27
senatusconsulta 267, 282 s., 386, 401
servi v. *schiavitú*
Servio Tullio 207, 234
Sestio Elio Peto Cato 264
shame system v. *Sistema della vergogna*
sistema della colpevolezza 64, 80, 473 ss.
— della vergogna 64, 473 ss.
— premiale (o promozionale) 64
situazioni giuridiche soggettive 72 ss., 479 ss.
società umana 58
sociologia del diritto 10
soggetti giuridici 72, 481
somnium Scipionis 267
sovranità 58 s., 63, 89
stato 59, 65, 70
stipulatio 338, 342 s.
storia giuridica 18, 34 ss., 51, e v. *Esperienza giuridica romana, Storiografia*
storiografia 11 ss., e v. *Storia giuridica, Studi giusromanistici*
studi giusromanistici 23 ss., e v. *Esperienza giuridica romana*

Taglione 158
teoria dell'effettività v. *Principio di effettività*

— generale del diritto 36 ss., 51 s.
— istituzionistica 64 ss., 68 ss., 92 ss., 166, 475, 484 ss.
— normativistica 64 ss., 166, 475 ss., 484 ss.
— pura del diritto 66 ss., 91 s.
teorie realistiche 93
terminologia 15
testamentum per aes et libram 218 s., 236 s.
Thémis 134
Tiberio Coruncanio 263, 264, 273
tribú 157 s., 184
tribunal 115 s.
tutela mulierum 147

Ulpiano 15, 46, 445, 449 ss., 461, 464, 492
utilitas 433, 451, 454 ss., e v. *Consensus*

Veteres v. *Mores maiorum*
vis 181

Finito di stampare
nel Luglio 1990
dalla Tip. G. Pipola
Napoli