

Istituzioni di diritto romano

I. Istituzioni

- 1) Il significato del termine Istituzioni
 - a) Introduzione sintetica ad una materia
 - b) Alcuni esempi di opere letterarie: la *Institutio oratoria* di Quintiliano (35-40 - 96 d.C.), i *Libri institutionum divinarum* di Lattanzio (250-327 d.C.)
 - c) Le *Institutiones* di diritto: Gaio, Fiorentino, Ulpiano (II-III a.C.)
 - d) Le *Institutiones* dell'Imperatore Giustiniano (533 d.C.)

II. Diritto

- 1) Il diritto: un concetto intuibile ma difficile da precisare
- 2) Alcuni elementi alla base del diritto:
 - a) La esistenza di una collettività umana
 - b) La organizzazione della collettività
 - c) La esistenza di regole con funzione di proibire, imporre, punire

III. Limiti cronologici del diritto romano

- 1) La vitalità del diritto romano:
 - a) La fondazione di Roma (VIII a.C.)
 - b) Morte dell'imperatore Giustiniano (565 d.C.)
- 2) La formazione del *Corpus iuris civilis* (dal 528 al 534 d.C.)
- 3) Gli sviluppi successivi del diritto:
 - a) Diritto bizantino nell'Oriente mediterraneo
 - b) Diritto comune (dopo il mille) in Occidente

4) La scuola di Bologna (XI sec. d.C.)

a) La diffusione nella Europa continentale

b) La diffusione nelle colonie della America Latina

5) La età della codificazione

6) Gli 'altri' insegnamenti romanistici in Italia

a) Storia del diritto romano

b) Diritto romano

IV. Limiti oggettivi

- 1) L'oggetto del corso di Istituzioni di diritto romano
- 2) La contrapposizione fra diritto privato e diritto pubblico
 - a) Il diritto privato regola essenzialmente i rapporti e gli interessi privati, individuali
 - b) Il diritto pubblico regola l'organizzazione e il funzionamento della collettività organizzata e i rapporti di essa con gli individui e quindi gli interessi pubblici

V. Il diritto romano come fenomeno storico

- 1) Il valore storico del diritto romano
 - a) Vitalità e continuità storica del diritto romano
 - b) Carattere relativo di schemi, concetti e istituzioni giuridiche
 - c) Influenza del contesto sociale, culturale, economico, politico, spirituale (etc. etc.) sulla formazione del diritto
 - d) La interazione fra diritto e società: *ubi societas, ibi ius*

VI. La elaborazione scientifica del diritto romano

- 1) La nascita della scienza giuridica in Roma antica
 - a) La analisi scientifica dei problemi giuridici
 - b) La elaborazione di concetti e principi giuridici
 - c) La formazione di istituti giuridici
 - d) La 'costruzione' di un vocabolario giuridico
- 2) La vitalità scientifica del diritto romano
 - a) La scomparsa degli altri diritti 'storici'
 - b) La seconda vita del diritto romano nel Medioevo

c) La influenza attuale del diritto romano

VII. Il valore dello studio del diritto romano

- 1) La ricostruzione del diritto romano come fatto storico in sé
- 2) La acquisizione di un metodo giuridico
- 3) La conoscenza del momento genetico degli istituti, concetti e principi giuridici essenziali
- 4) La formazione del diritto privato e pubblico italiano attraverso il diritto romano
- 5) La 'espulsione' del diritto pubblico romano

VIII. I periodi della storia del diritto romano. La età arcaica

- 1) La periodizzazione nel diritto privato romano: età arcaica, preclassica e classica, postclassica e giustiniana
- 2) La convenzionalità della periodizzazione
- 3) L'età arcaica: VIII a.C. – metà circa del III a.C.
 - a) La fondazione della *civitas* (VIII sec. a.C.)
 - b) Struttura costituzionale prima monarchica (*rex*, Senato e *comitia curiata*)
 - c) Struttura costituzionale poi repubblicana (magistrature, Senato e altre assemblee popolari: *comitia centuriata* e *tributa* e *concilia plebis*)

- d) La formazione di Roma come potenza militare
- e) le prime forme di attività commerciali
- 4) Le fonti del diritto in età arcaica: i *mores*
- 5) Il ruolo del collegio sacerdotale dei pontefici nella formazione del diritto
- 6) La società romana arcaica è 'chiusa'?
- 7) I caratteri del diritto romano nella età arcaica:
 - a) Povertà di strutture: pochi atti negoziali (*mancipatio, in iure cessio, sponsio*) e poche azioni processuali (le *legis actiones*)
 - b) Formalismo: *certa verba* e ritualità; il ruolo della volontà; il ruolo della magia

- c) Connessione tra diritto e religione: *ius* e *fas*
- d) Ruralità: carattere assoluto della proprietà; individuazione delle *res mancipi*; struttura patriarcale della famiglia; durezza verso i debitori insolventi
- e) 'Personalità' del *ius civile*
- 8) Difficoltà ricostruttive del diritto romano dell'età arcaica

IX. L'età preclassica

- 1) Il periodo: metà circa del III sec. a.C. – 27 a.C.: apogeo e crisi della Repubblica
 - a) Egemonia di Roma nel Mediterraneo
 - b) Aumento dei traffici commerciali
 - c) Influenza della filosofia greca a Roma
- 2) La creazione dei contratti consensuali:
 - a) Rilevanza secondo il *ius gentium*
 - b) Accessibilità dei nuovi contratti ai *non cives*
 - c) Rilevanza esterna della volontà e della *bona fides*
- 3) Il processo formulare

- 4) L'attività del *praetor* (*urbanus* e *peregrinus*)
 - a) La *iuris dictio*
 - b) La formazione del *ius honorarium* e l'*aequitas*
 - c) L'editto del pretore
 - d) Le *leges*, emanazione delle assemblee popolari
- 5) La 'nascita' della giurisprudenza laica
- 6) La ricostruzione del diritto: giuristi successivi; fonti non tecniche: ad es. Cicerone

X. La età classica

- 1) L'avvento del Principato: 27 a.C. – III sec. d.C.
- 2) Struttura costituzionale ibrida
- 3) Le fonti:
 - a) Decadenza della *lex* (96-98 d.C. con Nerva l'ultima *lex*) e del ruolo del pretore
 - b) *Senatus consulta* e costituzioni imperiali
 - c) La giurisprudenza classica
 - e) Ricostruzione del diritto attraverso il *Corpus iuris civilis*

XI. L'età postclassica

- 1) Il periodo: III sec. d.C. – 565 d.C. (morte di Giustiniano)
- 2) L'inaridimento della giurisprudenza dopo Diocleziano (305 d.C.) e la c.d. età postclassica (a partire da Costantino 312 d.C.)
- 3) Instaurazione di un governo assoluto e dispotico?
- 4) Divisione dell'Impero in due parti (395 d.C.)
 - a) *Pars Occidentis* (con capitale Roma)
 - b) *Pars Orientis* (Bisanzio-Costantinopoli)

5) Trionfo del cristianesimo

6) Invasioni barbariche

7) Disgregazione dell'Impero

a) Deposizione di Romolo Augustolo (476) ad opera del re Odoacre

b) Ascesa al trono di Giustiniano (527) e riconquista dell'Italia

8) Decadimento tecnico e stilistico nella formulazione delle norme

9) La compilazione di antologie giuridiche

a) Il Codice Teodosiano (438)

b) La compilazione giustiniana (VI sec.): *iura e leges*

c) Ricostruzione del diritto: problemi di coordinamento delle diverse fonti

GIOVANNI PUGLIESE - FRANCESCO SITZIA - LETIZIA VACCA

con la collaborazione di

Riccardo Fercia - Leo Peppe - Giulietta Rossetti
Maria Virginia Sanna - Marco Urbano Sperandio

ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO 2012

INTRODUZIONE

I. Il diritto romano oggetto dei nostri studi

Il diritto a cui ci si riferisce è l'insieme dei precetti di varia origine, che furono applicati per ordinare e regolare la vita della comunità romana dalla fondazione di Roma (754 a.C.) fino alla morte di Giustiniano (565 d.C.). È un lungo arco di tempo, che abbraccerebbe esattamente (se potessero farsi conteggi esatti in un campo così incerto e indefinito come quello dei primi secoli di Roma) 1319 anni. Naturalmente in questo lunghissimo corso di secoli la comunità romana subì numerose trasformazioni, passando da un piccolo villaggio di capanne sito sul Palatino e su qualche colle circostante a un impero, che dominò a lungo la maggior parte del mondo allora conosciuto dalle genti mediterranee e che fu poi, a sua volta, invaso da popoli stranieri e ridotto, prima a scindersi in due parti (d'Oriente e d'Occidente), poi, con la formale caduta della parte occidentale nel potere di quei popoli (a. 476), sopravvivendo nella sua parte orientale fino al 1453 come impero bizantino. Ma per gli studiosi del diritto romano il diritto romano storico viene fatto terminare con la morte dell'Imperatore di Costantinopoli Giustiniano (a. 565), in ragione dell'importanza della sua opera.

Il diritto, naturalmente, subì corrispondenti trasformazioni. E nondimeno fra le origini e Giustiniano vi fu, nel campo del diritto, indiscussa continuità. Ciò determina un'importante caratteristica del diritto romano: quella di permettere l'osservazione dell'evoluzione di un unico sistema giuridico nell'arco – si diceva – di oltre 1300 anni. Non vi sono altri esempi nella storia di sistemi giuridici, di cui sia possibile conoscere il contenuto e i mutamenti per un periodo di tempo così lungo e sulla scorta di dati così significativi. Questi infatti sono spesso costituiti da copie attendibili degli atti, che nei vari tempi crearono o applicarono il diritto, o da scritti di esperti (*prudentes*, *iurisprudentes*, *iurisperiti*, *iurisconsulti*), che si proponevano proprio di stabilire quale fosse il diritto nei singoli casi o di descrivere questo diritto nel suo insieme.

Quando Giustiniano ascese al trono nel 527, da oltre cinquant'anni quella che era stata la culla del diritto romano (Roma e l'Italia) era sottoposta al dominio di popoli germanici (in quel momento gli Ostrogoti), mentre sotto altri popoli germanici si trovavano i rimanenti territori dell'antica parte occidentale dell'impero. Eppure proprio allora si produsse, grazie appunto a Giustiniano, un evento fondamentale della storia giuridica romana: la compilazione del più importante materiale inerente a quel diritto, di remota o recente provenienza o derivante dallo stesso Giustiniano, in tre parti di diversa ampiezza e integrate poi da una quarta. Questa compilazione, denominata a partire dalla fine del XVI sec. *Corpus iuris civilis* e così oggi nota, servì a conservare quel materiale (costituito nel più celebre dei suoi libri, *Digesto* o *Pandette*, da preziosi brani dei suddetti esperti di diritto) ed a tramandarlo fino ai giorni nostri.

L'influenza del *Corpus iuris civilis* si estese ben oltre il tempo e il luogo in cui esso era stato compiuto. Un fattore iniziale di questa influenza fu la riconquista dell'Italia da parte degli eserciti di Giustiniano dopo vent'anni di durissima guerra contro gli Ostrogoti. Così, infatti, la compilazione giustiniana poté, su richiesta del papa Vigilio, essere introdotta in Italia e, divenendo diritto vigente, fornire la base a una tradizione su cui si fondò, alcuni secoli dopo, la rinascita del diritto romano nella forma tramandata appunto da quella compilazione: una seconda vita, può dirsi, del diritto romano.

II. La sopravvivenza del diritto romano nel medioevo e nell'età moderna

La storia di questa seconda vita del diritto romano non è oggetto del presente corso. Le sedi didattiche adatte al riguardo sono le discipline del 'Diritto comune' e della 'Storia del diritto medievale e moderno'.

Devono solo fissarsi alcuni punti. Il primo è che la deposizione dell'ultimo Imperatore d'Occidente nel 476 e la morte di Giustiniano in Oriente nel 565 non segnarono la fine dell'applicazione del diritto romano.

In Oriente la compilazione giustiniana rimase in vigore; sennonché le sue traduzioni, parafrasi, commenti in greco e le nuove leggi, che più tardi la integrarono, riassunsero e in parte sostituirono, trasformarono il diritto da essa tramandato in quello che suole chiamarsi diritto bizantino: il diritto appunto della parte orientale dell'impero divenuta impero bizantino e sopravvissuta come tale fino al 1453. Tale diritto lasciò tracce più o meno profonde, sia nei territori che avevano fatto parte dell'impero bizantino (come per esempio le regioni africane e asiatiche occupate dal VII sec. in poi dagli Arabi), sia in quelli che ne recepirono l'influenza (come p. es. l'Ucraina e la Russia). Di esso non occorre fare ulteriore discorso.

Anche in Italia e in altri territori occidentali il diritto romano rimase in vigore (in Italia nella forma giustiniana, altrove in quella precedente) relativamente alla popolazione di origine romana e alla Chiesa cattolica. I popoli germanici seguivano, infatti, l'indirizzo, del resto non nuovo, di salvaguardare il diritto proprio dei diversi gruppi etnici; e così fecero i Longobardi, che, poco dopo la riconquista giustiniana, invasero l'Italia e gradualmente ne occuparono oltre i due terzi, l'altro terzo (in massima la parte meridionale) rimanendo sotto l'impero d'Oriente e divenendo quindi, fino all'incirca al 1000, terra di diritto bizantino. Ma il grave abbassamento del livello culturale, connesso al generale impoverimento e alla diminuzione della popolazione, impedì praticamente la diretta lettura sia (in Italia) dei testi della compilazione giustiniana, sia (fuori d'Italia) di quelli ad essa precedenti, e gravemente impoverì in breve tempo il diritto romano effettivamente applicato. Se questa situazione fosse perdurata per qualche altro tempo, del diritto romano sarebbe rimasto in Italia, e in generale in Occidente (nonostante il più alto livello della Spagna visigotica), solo un lontano ricordo.

Invece tra il X e l'XI sec. si ebbe, specie nella Francia meridionale (Provenza) e nell'Italia centro-settentrionale, una rinascita culturale, che permise nuovamente la lettura diretta delle fonti romane, in particolare di quelle giustiniane, e creò un nuovo interesse per la loro conoscenza. Sorsero così centri di studio del diritto romano e tra essi, nella seconda metà del XI sec., emerse la scuola di Bologna, il cui

insegnamento consistette nella lettura dei testi giustiniani (in primo luogo quelli del Digesto, prima divenuti irreperibili) e nella loro illustrazione con appositi commenti chiamati 'glosse' (dove il nome di Glossatori dato ai maestri di Bologna tra l'XI e il XIII sec.). Importa notare che l'influenza della scuola bolognese non rimase circoscritta al campo della didattica e della cultura, ma si estese in modo del tutto naturale all'attività pratica, svolta poi dai suoi ex allievi come avvocati, notai, giudici.

Il fenomeno assunse presto maggiori dimensioni, sia perché a Bologna affluirono allievi da altre città d'Italia e d'Europa, sia perché altrove (per esempio a Padova, Perugia, Napoli, Montpellier, Orléans, Salamanca, Praga, Heidelberg) il modello bolognese venne più o meno direttamente e integralmente imitato con analoghe ripercussioni sulla pratica forense.

Al riguardo si impose in definitiva il principio che il diritto romano della compilazione giustiniana fosse da applicare quale diritto generale, o come si disse 'comune', in tutti i casi in cui mancassero regole specifiche del diritto particolare o 'proprio' del luogo in cui si operava o giudicava. E il diritto particolare, derivante da disposizioni di re, signori, assemblee popolari, o anche da consuetudini, ebbe diversa estensione (minore per esempio in Italia, maggiore per esempio nella Francia settentrionale, dominio delle consuetudini di ceppo germanico o *coutumes*). Il diritto comune, d'altro canto, non era solo 'civile' (ossia romano giustiniano), bensì anche 'canonico' (ossia proveniente direttamente o indirettamente dalla Chiesa, la quale, pur retta dapprima dal diritto romano e culturalmente ispirata ad esso, aveva sviluppato un proprio diritto autonomo di valore universale, di cui aveva ottenuto in pratica l'applicazione nelle materie rilevanti per la religione).

Verso la metà del XVI sec., dopo che anche i Paesi tedeschi, che mai nell'antichità erano stati sottoposti al dominio romano, avevano operato la così detta 'recezione' (fine del XV-inizio del XVI sec.), larga parte dell'Europa centro-occidentale studiava e applicava il diritto romano comune. Ancora più importante è che il metodo, la tecnica, i principi di origine romana o maturati nello studio del diritto romano vennero adottati anche in quelle materie o in quei territori in cui prevaleva il diritto particolare oppure il diritto canonico.

Solo l'Inghilterra, per un complesso di ragioni politico-sociali che qui sarebbe troppo lungo spiegare, trasse dall'insegnamento del diritto romano (che pur cominciò abbastanza presto a essere svolto nelle università di Cambridge e di Oxford) solo un'influenza culturale. Il fatto che alcune materie siano state poi disciplinate sulla base o sul modello di diritti romanizzati di origine europeo-continentale non contraddice la refrattarietà di fondo dell'Inghilterra sia all'applicazione del diritto romano sia all'impiego di modelli romanistici nel ragionamento giuridico.

La stessa refrattarietà si estese ai Paesi extraeuropei colonizzati dagli Inglesi e divenuti poi indipendenti, come per esempio gli Stati Uniti, l'Australia, in certa misura l'India. Viceversa nei Paesi colonizzati da Spagnoli, Portoghesi, Francesi, Olandesi venne trapiantato il diritto romano nella forma e nei limiti vigenti nelle rispettive Madrepatrie.

III. Il movimento per la codificazione nell'Europa continentale e l'influenza del diritto romano sui codici

Per effetto della molteplicità delle fonti del diritto e dell'intrinseca natura del diritto applicato nei suddetti territori durante il medioevo e nell'età moderna i libri da consultare per scoprire la regola adatta a decidere una qualsiasi controversia erano tanto numerosi quanto voluminosi; e si aveva sempre ragione di temere che in una pagina dimenticata si celasse la chiave della decisione e che l'avversario riuscisse a scoprirla e a manovrarla a proprio favore. Sussisteva dunque l'esigenza pratica di semplificare e sintetizzare il materiale giuridico. Quando questa esigenza si incontrò con la filosofia giusnaturalistica e col razionalismo settecentesco, sorse nell'Europa continentale il movimento della codificazione, mirante in sostanza a concentrare in un ridotto numero di norme, coordinate fra loro in modo logico e sistematico, l'immenso materiale giuridico sopra menzionato. E nel giro di un secolo esso condusse all'emanazione, in parecchi Paesi europei e dell'America latina, di una serie di codici, che coprono l'intero diritto privato, quello penale e i relativi processi.

Ma i codici attinenti al diritto privato, in ispecie i codici civili, pur ispirati a ideologie e esigenze pratiche del tutto moderne, assorbono molto dei precetti, dei principi, dei concetti romani tramandati dall'antichità e in qualche modo li conservarono e perpetuarono. Nello stesso tempo essi fecero cessare ogni vigenza attuale del diritto romano comune, e quindi di quella parte del diritto romano antico che sopravviveva in esso. Mentre dunque, da un lato, i codici conservarono allo studio del diritto romano attualità e rilevanza, dall'altro modificarono il significato e lo scopo di questo studio, determinandone un'impostazione nettamente storica. Impostazione, per la verità, già adottata da alcune scuole giusromanistiche fin dal XVI sec., ma ora resa necessaria per tutte.

Impostazione storica non significa soltanto studiare il diritto romano come un diritto del passato, privo di valore pratico attuale; bensì, anche, più specificamente, trattarlo per se stesso quale fenomeno storico, avente (come ogni altro fenomeno storico) uno svolgimento nel tempo, e soggetto in questo svolgimento all'influenza di vari fattori tanto intrinseci (attinenti per esempio alla qualità o alle idee dei legislatori, dei giudici, degli avvocati dei vari tempi) quanto estrinseci (attinenti per esempio alla forza e alla natura dei gruppi sociali o al tipo di economia prevalente nei singoli momenti storici).

L'influenza della seconda categoria di fattori dipende ovviamente da un presupposto: essere il diritto una realtà sociale, distinta bensì dalle altre e oggetto di un'autonoma disciplina, ma connessa nel contempo ad esse con un articolato rapporto di interazione.

IV. Gli insegnamenti romanistici nelle università italiane

Per parecchi secoli vi furono nelle Università solo gli insegnamenti di 'Istituzioni di diritto romano' e di 'Diritto romano' (a lungo indicato per lo più come 'Pandette', in quanto si fondava essenzialmente sulla lettura del Digesto giustiniano o Pandette). Entrambi risalivano almeno a Giustiniano, dato che, secondo una co-

stituzione dello stesso Giustiniano emanata contemporaneamente alla promulgazione del Digesto, il primo anno delle scuole di diritto doveva essere dedicato essenzialmente alla lettura della parte della compilazione chiamata *Institutiones*, mentre nel secondo, terzo, quarto anno dovevano leggersi varie parti del Digesto o Pandette. A partire dalla fine dell'800 e in conseguenza del prevalere dell'approccio storico allo studio del diritto romano, il panorama delle materie romanistiche impartite nelle Università si arricchì della 'Storia del diritto romano' (incentrata sul diritto pubblico romano e la storia della giurisprudenza romana), che venne ad affiancare le Istituzioni di diritto romano (diritto privato e processo civile romani) nella didattica introduttiva agli studi nella Facoltà di Giurisprudenza. Rimaneva sempre il corso 'avanzato' di Diritto romano, nel quale veniva esposto un tema monografico in modo approfondito; ad esso si sono affiancati corsi specialistici, come l'Esegesi delle fonti del diritto romano, che, per chi ha già una buona conoscenza elementare, pone lo studente a diretto contatto coi testi (specie con quelli provenienti dai giuristi), meglio permettendo di capire il diritto romano dall'interno; oppure il Diritto pubblico romano, il Diritto commerciale romano, ecc.

Fino alla fine degli anni '60 del secolo scorso l'insegnamento del diritto romano era uguale in tutte le Facoltà italiane di Giurisprudenza. Le ripetute riforme dell'ordinamento didattico degli studi giuridici in Italia hanno portato a una certa diversificazione dei contenuti e delle denominazioni degli insegnamenti impartiti: ad es. si è utilizzata la denominazione 'Storia del diritto privato romano' in luogo di 'Istituzioni di diritto romano', al fine di sottolineare che quella materia tradizionale veniva ora insegnata privilegiandone i cambiamenti interni a quel diritto. Ma dappertutto si è ancora ritenuta valida la compresenza di un insegnamento introduttivo, di uno avanzato e di discipline fortemente specialistiche.

V. Il piano di esposizione qui adottato sulla base della distinzione dei periodi storici

Il piano di esposizione dovrà soddisfare le due esigenze appena accennate: quella di fornire nozioni su tutti i temi attinenti al diritto privato (persone e famiglia, processo, proprietà, obbligazioni e contratti, successione e testamento), enunciando principi e concetti al riguardo e illustrando il loro logico coordinarsi o concatenarsi; quella, d'altro canto, di delineare tale quadro in prospettiva storica, di imprimergli quindi l'immagine del movimento, l'idea della relatività e del mutamento, di chiarire infine i modi e, se possibile, le cause dei vari mutamenti.

Di solito, si cerca di soddisfare le due esigenze imperniando l'esposizione sui suddetti grandi temi del diritto privato e sulle loro interne partizioni, e illustrando per ciascun tema o sottotema lo svolgimento storico delle soluzioni concrete, delle regole, dei concetti, ecc. che li riguardano. Con questo tipo di esposizione si sono scritti, non solo in Italia, ottimi manuali. Esso tuttavia, oltre che rispecchiare troppo da vicino le esposizioni del diritto romano inteso come diritto vigente, induce facilmente a rendere marginale l'esposizione di alcuni periodi storici come quello antico e/o quello postclassico.

Sembra preferibile un'impostazione imperniata sui grandi periodi storici, la quale tratti dei temi e sottotemi del diritto privato e dei relativi principi, concetti, solu-

zioni concrete, ecc. solo all'interno di ciascun periodo e alla luce delle sue specifiche caratteristiche. È un tipo di esposizione più difficile e impegnativo e non privo, nemmeno esso, di inconvenienti; ma ha il pregio essenziale di dare a ciascun periodo storico il conveniente rilievo, di sottolineare le sue caratteristiche peculiari in stretto rapporto col loro specifico rispecchiarsi nelle regole, nelle soluzioni concrete, nei concetti, propri del rispettivo periodo, di favorire un'esposizione 'in movimento' anche all'interno di ciascun periodo.

VI. I periodi storici assunti a base dell'esposizione

Vediamo dunque quali grandi periodi storici siano individuabili per il diritto privato romano.

Senza dubbio la partizione in periodi storici di qualunque fenomeno sociale, e quindi anche del diritto romano, può apparire un artificio, poiché momento per momento lo svolgimento si presenta continuo. Se tuttavia, limitandoci al diritto privato romano, che è il campo qui rilevante, si guarda alla sua storia nell'insieme e da lontano, si scorgono linee di frattura, che, pur specificamente diverse per ciascuna branca o talvolta ciascun istituto di quel diritto, sono tuttavia abbastanza vicine l'una all'altra da potersi ricondurre ad un'unica linea di confine tra un periodo e l'altro. I contemporanei non avvertirono quelle fratture, soprattutto perché non potevano prevedere che i mutamenti, da essi certo notati in singoli istituti o branche del diritto privato, si sarebbero in modo analogo ripetuti in altri istituti o branche dello stesso diritto e si sarebbero, comunque, combinati e approfonditi, tanto da segnare appunto una frattura o una decisiva svolta nella storia.

Si può dire, quindi, che la partizione in periodi, sia da un punto di vista generale, sia in particolare riguardo al diritto privato, non è un'invenzione degli storici, bensì un'effettiva realtà, che ben si percepisce, se la si guarda a sufficiente distanza di tempo e nelle sue linee essenziali. Quel che invece è veramente artificioso è la precisa indicazione dell'anno, o anche del decennio, segnante il passaggio da un periodo all'altro. Poiché l'indicazione è nondimeno opportuna, se non altro a fini didattici, deve sottolinearsi che essa ha valore puramente convenzionale e serve soltanto di orientamento.

Ora, sull'individuazione dei grandi periodi storici del diritto privato romano, gli studiosi oggi sono sostanzialmente d'accordo nell'indicare tre: l'antico, il preclassico e classico, il postclassico e giustiniano. Le varianti riguardano il momento di passaggio dall'uno all'altro e l'eventuale individuazione di sottoperiodi in ciascuno di essi.

Il periodo antico comincia ovviamente con la data della fondazione di Roma (754 a.C.) e finisce verso la metà del III sec. a.C. Alcuni autori, come il Bonfante e il Volterra, scelgono quale data finale quella della vittoria di Roma su Cartagine nella II guerra punica (202 a.C.); altri, come il Kaser, anticipano questa data alla fine della I guerra punica ed è, relativamente al diritto privato, la soluzione preferibile. Se si vuole scegliere un anno preciso, si può individuare quello (242 a.C.) in cui fu istituito un apposito magistrato (*praetor peregrinus*) per amministrare giustizia nelle liti dei Romani appunto coi *peregrini* (stranieri) e dei *peregrini* tra loro, e se ne spiegherà a suo luogo la ragione (i. § 68).

Il periodo preclassico e classico, che facciamo cominciare col 242 a.C., si prolunga fino verso la metà del III sec. d.C. È un periodo lunghissimo, durante il quale si ebbe l'espansione del dominio romano su quasi tutto il mondo allora conosciuto dai popoli mediterranei e si avvertirono i primi segni della sua decadenza; in concomitanza si sviluppò il diritto privato, il quale, grazie particolarmente all'opera dei giuristi, raggiunse quel livello di perfezione tecnica e di aderenza a quanto allora (almeno alle classi dominanti) appariva giusto, che fu il principale fattore della sopravvivenza del diritto romano nel medioevo e nell'età moderna, nonché la più valida ragione del suo studio attuale. Come data finale, potrebbe apparire opportuna quella della morte di Modestino, che si può considerare l'ultimo giurista classico (circa 240 d.C.) o, meglio ancora, il 305 d.C., anno della abdicazione di Diocleziano; una data che può essere assunta convenzionalmente come fine dei modi di produzione classici del diritto.

Il periodo postclassico e giustiniano, dai molteplici e talvolta contraddittori caratteri, prende inizio con l'anzidetta data (come le altre, e forse più delle altre, puramente convenzionale e orientativa) e si spinge, attraverso oltre tre secoli, fino alla morte di Giustiniano nel 565.

A ciascuno di questi periodi è dedicata nel presente corso un'apposita Parte; e all'inizio di ciascuna Parte, oltre alla precisazione dei motivi che hanno determinato la scelta della data iniziale e finale del periodo, vengono indicati i sottoperiodi adatti a far percepire la prospettiva storica interna al periodo, delineate le caratteristiche salienti del diritto nel periodo stesso e descritti i modi allora impiegati per la sua formazione.

VII. Le fonti su cui si fonda la conoscenza del diritto romano

Ciascuna disciplina storica ha necessità di fonti, ossia di documenti, scritti o reperti di varia natura, i quali forniscano notizie o indizi sui fatti e gli altri elementi oggetto della disciplina stessa (fonti di cognizione o fonti storiche). Le fonti su cui si fonda la conoscenza del diritto romano possono essere classificate in molti modi. Il più semplice consiste nel distinguere fonti direttamente attinenti al diritto, in quanto riferiscono norme o precetti o atti relativi alla loro applicazione oppure consistono in scritti di giuristi ('fonti giuridiche'), e fonti di carattere storico, letterario, linguistico, erudito che in modo indiretto forniscono notizie di vario genere sul diritto ('fonti extragiuridiche').

Si danno in proposito alcune indicazioni orientative, iniziando dalle fonti giuridiche.

I. Le fonti giuridiche sogliono distinguersi in pregiustiniane e giustiniane.

a) Le prime comprendono anzitutto atti normativi o precettivi (leggi in senso lato, senatoconsulti, editti o decreti di magistrati o dell'Imperatore), di cui ci è pervenuto il testo più o meno integrale attraverso iscrizioni o papiri o citazioni di giuristi (*prudentes*, *iurisperiti*, *iurisconsulti*) oppure anche, con un margine di minore attendibilità, di autori extragiuridici (storici, retori, oratori, eruditi).

Proprio grazie a citazioni si sono potuti ricostruire una serie di norme o precet-

ti, che la tradizione attribuiva ai re (così dette *leges regiae*), e soprattutto il testo approssimativo, con molte lacune e numerosi punti dubbi, delle XII Tavole (metà V sec. a.C.). A iscrizioni invece è fra l'altro dovuta la conoscenza di alcune leggi dell'età repubblicana e del principato; lo stesso vale per la conoscenza di parecchi senatoconsulti, di editti di Augusto e di numerose altre costituzioni imperiali. A papiri infine è dovuta la conoscenza di un rescritto degli imperatori Settimio Severo e Caracalla sulla *longae possessionis praescriptio* e del celebre editto di Caracalla per la concessione della cittadinanza romana a gran parte degli abitanti dell'impero (212 d.C.).

Alla medesima categoria di fonti appartengono le raccolte di costituzioni imperiali e i Codici compilati alla fine del III sec. d.C. (*Codex Gregorianus* e *Codex Hermogenianus*, conosciuti però indirettamente e in modo molto frammentario) e nella prima metà del V (*Codex Theodosianus*, giuntoci per varie vie ma pressoché integralmente), altre raccolte di costituzioni successive al *Codex Theodosianus*, fra cui quelle denominate nell'insieme *Novellae posttheodosianae*, e le così dette leggi romano-barbariche emanate fra il V e il VI sec. d.C. in territori romani assoggettati a re germanici, fra le quali primeggia la *lex Romana Visigothorum*.

b) Una seconda categoria di fonti giuridiche pregiustiniane è costituita da scritti di giuristi pervenuti per lo più attraverso *codices rescripti* (libri, di solito in pergamena, che contenevano opere giuridiche e che furono riutilizzati nell'alto medioevo per scritti di altra natura, specie religiosa) oppure su frammenti di pergamena e papiri. Valore primario fra queste hanno i *Gai Institutionum commentarii quattuor*, comunemente noti come Istituzioni di Gaio, che nel 1816 il Niebuhr, con l'aiuto di reagenti chimici, poté leggere in un *codex rescriptus* della Biblioteca Capitolare di Verona (dove il nome di Gaio veronese) contenente opere di S. Gerolamo.

Sebbene il manoscritto gaiano sia del V-VI sec., esso riproduce largamente, pur con alcune omissioni e qualche modificazione, il testo originale del II sec. d.C. ed è quindi un fondamentale strumento per la conoscenza del diritto romano privato nel periodo del suo più elevato livello. Due papiri scoperti nel secondo e terzo decennio del '900 hanno colmato qualche lacuna, risolto qualche dubbio e rivelato un'omissione commessa dall'editore o dagli amanuensi del manoscritto veronese. Nella medesima categoria di fonti sono anche notevoli i *Tituli Ulpiani*, le *Sententiae* di Paolo, i *Vaticana Fragmenta* (scoperti in un *codex rescriptus* della Biblioteca Vaticana dal card. Angelo Mai). Di epoca più avanzata (V-VI sec.) sono la *interpretatio* sui Codici Gregoriano ed Ermogeniano, quella al Codice Teodosiano, quella alle *Pauli Sententiae*, gli *Scholia Sinaitica* (commenti in greco di brani dei libri *ad Sabinum* di Ulpiano), nonché l'*Epitome Gai* e i *Fragmenta Augustodunensia* (riassunto, o, rispettivamente, parafrasi-commento delle Istituzioni di Gaio). Non deve infine dimenticarsi il c.d. *Liber Syro-Romanus* (compilazione in lingua aramaica di estratti o riassunti di testi romani giurisprudenziali ed imperiali).

c) Una terza categoria di fonti è costituita da attestazioni di contratti, testamenti, trasferimenti di proprietà, dichiarazioni attinenti allo *status* delle persone, difese o decisioni giudiziarie, in sostanza da atti di applicazione del diritto, che servono a farlo conoscere nel suo valore concreto. Si tratta per lo più di tavolette di legno, al loro tempo coperte di cera, che i Romani utilizzavano, fra l'altro, per i loro documenti privati.

Esse provengono da luoghi in cui, nonostante la loro deperibilità, si sono potu-

te conservare, come a Pompei e Ercolano o in una miniera di salgemma in Transilvania. Talvolta i documenti furono trascritti su tavole di bronzo o di marmo; altre volte ci si servì di papiri.

II. Le fonti giuridiche giustiniane consistono nella compilazione che Giustiniano cominciò non appena salito al trono nel 528 promuovendo una nuova raccolta di costituzioni imperiali che fondesse i codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, scartasse le costituzioni superate e vi aggiungesse quelle emanate successivamente. Egli la proseguì con grande intensità fino al 534, promuovendo una raccolta di scritti di giuristi e la redazione di un manuale per i giovani che iniziavano gli studi giuridici. Dopo quella data la sua attività normativa continuò per tutto il resto della sua lunga vita (mori infatti nel 565) e le costituzioni emanate in questo periodo furono raccolte dopo la sua morte insieme con qualcuna dei suoi due primi successori.

La compilazione giustiniana, chiamata, dalla fine del XVI sec., come si è detto, *Corpus iuris civilis* (*civilis* in contrapposizione allora a *canonici*, della Chiesa), consta dunque di quattro parti: il *Codex* del 529 (*Novus Iustinianus Codex* a noi non pervenuto), sostituito da una nuova edizione nel 534 (*Codex repetitae praelectionis*, che è quello tramandato dall'antichità), i *Digesta* o, alla greca, *Pandectae* (antologia, divisa per argomenti, degli scritti di giuristi dalla fine del I sec. a.C. alla fine del III d.C., ma concentrata su quelli del II e dei primi decenni del III), le *Iustiniani Institutiones* (modellate in larga misura su quelle di Gaio), le *Novellae* (così chiamate in quanto comprendenti le 'nuove' costituzioni successive al *Codex repetitae praelectionis*, denominazione come si è visto già usata per le costituzioni successive al Codice Teodosiano). Devono menzionarsi inoltre la parafrasi in greco delle Istituzioni di Giustiniano, compiuta da uno dei loro tre compilatori Teofilo (*Theophili Paraphrasis*), e una compilazione di riassunti, parafrasi, commenti in greco, compiuta nel IX sec. in Oriente (*Basilica*), in quanto utili a far meglio comprendere il diritto della compilazione.

III. Le fonti extragiuridiche sono ovviamente le più varie. Si indicano qui quelle più frequentemente consultate per trarne notizie giuridiche. Alcune sono state già indirettamente menzionate in quanto citano brani di leggi o altri atti precettivi o normativi.

A parte le commedie di Plauto e di Terenzio, che sono ricche di riferimenti al diritto privato, ma per le quali c'è il dubbio che rispecchino più il diritto attico o altri diritti greci (a causa del modello greco da esse più o meno pedissequamente seguito) che non il diritto romano, sono importanti: a) le opere retoriche o filosofiche, in ispecie la *Rhetorica ad Herennium*; b) varie opere e orazioni di Cicerone (*de inventione*, *de oratore*, *orator*, *partitiones oratoriae*, *Brutus*, *topica*, *de legibus*, *de officiis*, *de natura deorum*, *pro Quinctio*, *pro Roscio comoedo*, *pro Tullio*, *in Verrem*, *pro Caecina*, *pro Murena*); c) le *epistulae* di Plinio il Giovane e il suo 'panegirico' di Traiano; d) gli scritti in materia agraria come quelli di Catone, *de agricultura*, Varone, *de re rustica*, Columella, *rei rusticae libri*, e quelli degli *agrimensores* o *gromatici* come Frontino, Siculo Flacco, Agennio Urbico ecc.; e) il lessico di Varrone, *de lingua Latina*, quello di Festo, *de verborum significatu*, che è del II sec. d.C., ma utilizza lessici anteriori, e le opere erudite come quelle di Gellio, *Noctes atticae*, e Macrobio, *Saturnalia*; f) gli scritti dei Padri della Chiesa (c.d. 'patristica'), e, per una visione diversa del IV-V sec., i 'panegirici' come quelli di Sidonio Apollinare, Liba-

nio, Claudio Mamertino, Drepanio Pacato, ecc., nonché, a più alto livello, le *relationes* di Q. Aurelio Simmaco.

Ma naturalmente dati importanti possono trovarsi anche nelle opere di storici greci e latini come Dionigi d'Alicarnasso, Appiano, Plutarco, Sallustio, Livio, Tacito, Svetonio, e persino in quelle di poeti come Virgilio, Orazio, Giovenale e altri ancora.

PARTE I

IL PERIODO ANTICO

CAPITOLO I

**FORMAZIONI E PARTIZIONI DEL DIRITTO
NEL PERIODO ANTICO**

SEZIONE I

CARATTERI GENERALI

1. Delimitazione del periodo

Il periodo antico, se si accetta la data della fondazione indicata dalla tradizione, comprende oltre cinque secoli, spingendosi dalle origini fino all'inizio dell'espansione di Roma nel Mediterraneo. È giustificato allora supporre che nel corso di questo lungo periodo il diritto abbia subito una notevole evoluzione.

Il periodo si può suddividere in due sottoperiodi, aventi come punto di demarcazione l'evento giuridicamente più rilevante di tutti i cinque secoli, ossia l'emanazione delle XII Tavole da parte dei Decemviri: un primo sottoperiodo antico dal 754 al 450, un secondo sottoperiodo antico (o sottoperiodo postdecemvirale) dal 450 al 242.

Tuttavia bisogna ricordare che, in coerenza con la qualifica che gli si dà, il periodo viene fatto finire prima che i principali fattori di evoluzione e di cambiamento, dai quali derivarono appunto i caratteri del periodo preclassico e classico, abbiano veramente cominciato a operare.

D'altra parte, occorre tenere conto del fortissimo tradizionalismo dei Romani in materia giuridica, con la loro conseguente tendenza a conservare, poco o punto mutati, istituti, regole, atti, anche dopo che le condizioni in cui erano sorti e le esigenze cui dovevano inizialmente soddisfare non sussistevano più.

Dato dunque per scontato il fattore innovativo costituito dalle XII Tavole, si può nondimeno supporre che alla fine del periodo il diritto conservasse alcuni fra i caratteri fondamentali già posseduti all'inizio e si può quindi ritenere legittimo fare su di essi un discorso unitario.

2. Struttura politica, economia e cultura della Roma primitiva

Che cosa sia stata politicamente e costituzionalmente la fondazione di Roma, non è da discutere in questa sede. Con ogni probabilità essa consistette nell'unione di più gruppi parentali (*gentes*), che si sottoposero a un unico capo (*rex*) scelto nel loro seno, come certo era già avvenuto in passato in altre comunità. Che questi gruppi parentali vivessero già sul Palatino e qualche colle circostante (per conto loro o nell'ambito di un'organizzazione comunitaria dei Latini) oppure vi fossero

venuti da Albalonga (città latina senza dubbio più antica di Roma), emigrati spontaneamente o mandati a costituirvi una colonia, sono tutte ipotesi non inverosimili e proposte anzi da vari autori, in quanto spesso suggerite dalle stesse fonti antiche.

Conviene dunque che ci si limiti ad assumere come probabili alcuni punti: 1) che alla fondazione di Roma parteciparono *gentes*, le quali comunque preesistevano; 2) che Roma fu retta all'inizio da un *rex*, capo religioso e militare insieme; 3) che in un primo tempo il potere del *rex* era debole, in quanto condizionato, fra l'altro, dalle *gentes*; 4) che nondimeno esso gli permise, in date circostanze, di emanare precetti validi per l'intera comunità.

La comunità romana al suo inizio era essenzialmente dedicata alla pastorizia, all'economia di raccolta e ad una limitata attività agricola di tipo estensivo. Poi cominciò a introdursi un'agricoltura più evoluta. Può darsi che questa introduzione sia stata in rapporto con l'influenza, non solo culturale ed economica, ma anche politico-militare, esercitata in Roma dagli Etruschi tra la fine del VII e la fine del VI sec. a.C. Certo, essa determinò un'elevazione del tenore di vita e l'inizio di attività non strettamente agricolo-pastorali; non è improbabile che abbia anche migliorato le tecniche agricole.

Nel campo politico, d'altra parte, essa rafforzò i poteri del *rex* a scapito delle *gentes*. Finita l'influenza o dominio etrusco, si ebbe, in coincidenza coi primi tempi della repubblica, un generale impoverimento e la riduzione, se non la scomparsa, delle attività economiche non agricolo-pastorali, mentre l'agricoltura risultò più progredita e intensiva, come già forse sotto gli Etruschi. Ma nel corso del V e del IV sec. a.C. furono le qualità militari del popolo romano ad assumere particolare importanza, talché può ben dirsi che allora la principale attività dei cittadini romani maschi fino ai 40 anni di età sia stata il guerreggiare e il prepararsi alla guerra, alternati con la coltivazione dei campi. L'immagine del contadino-soldato, di cui fu simbolo Cincinnato, non ha valore soltanto retorico.

Il livello culturale subì verosimilmente nel corso del lungo periodo antico oscillazioni analoghe a quelle verificabili o ipotizzabili nel campo socio-economico. La scrittura (di tipo alfabetico come presso Fenici, Greci, Etruschi) era certo conosciuta dalle persone che svolgevano funzioni politiche o sacerdotali; e alcune di queste probabilmente appresero, oltre che a suo tempo l'etrusco, anche il greco.

Generalmente diffusa, come di regola presso i popoli di quel grado di civiltà, era la credenza nel costante interferire con la vita e le attività umane di forze soprannaturali, in parte personificate in specifiche divinità, in parte lasciate indistinte nel grande mondo occulto. Si trattava in sostanza di credenze religiose e magiche a un tempo; e ciò faceva sì che non solo la religione bensì pure la magia svolgesse una rilevante funzione nella società.

3. Importanza delle formazioni sociali a base parentale (*gentes*, *familiae*)

Un carattere del periodo antico è l'importanza delle formazioni sociali a base parentale, ossia le *gentes* e le *familiae*.

Le *gentes*, già probabilmente indebolite dai re etruschi (o di influenza etrusca) e ridivenute poi più forti all'inizio della repubblica (prima metà del V sec.), erano destinate a decadere abbastanza presto come formazioni sociali rilevanti per il di-

ritto (in specie privato), sì da lasciare nelle fonti scarse tracce della loro organizzazione interna.

Le *familiae* invece conservarono la loro rilevanza e la loro struttura strettamente accentrata per tutto il periodo antico e, sia pure con graduali attenuazioni, per parecchi secoli ancora.

3.1. Correlativa scarsità di funzioni e di poteri dello Stato o *civitas*

Al rilievo appena fatto si rannoda un altro carattere generale: la ristretta sfera in cui operavano allora gli organi dell'intera comunità e il diritto da essi promosso.

A questa comunità – è bene ora avvertirlo – si darà, per convenzione e a scopo orientativo, il nome di 'Stato' o quello romano di *civitas*; ma si è ben consapevoli che essa non corrispondeva allo Stato delle moderne esperienze giuridiche e che, a sua volta, il termine romano *civitas*, per quanto forse teoricamente applicabile anche alla comunità monarchica, venne però in uso nel linguaggio politico-giuridico romano solo nella repubblica avanzata.

Alla debolezza iniziale del *rex* si è già accennato. Ma qui importa rilevare che, anche quando, per influenza etrusca, i suoi poteri divennero più forti e quando, instaurata la repubblica, ugualmente forte fu l'*imperium* (il potere sovrano) dei magistrati repubblicani, l'ambito in cui l'uno e gli altri imposero le loro decisioni a singoli soggetti o gruppi sociali o emanarono precetti nei confronti di essi rimase piuttosto ristretto. Per quanto qui interessa, lo Stato per buona parte del periodo antico si occupò di punire solo i delitti di tradimento e di sovversione interna e i delitti militari, lasciando la punizione degli altri illeciti all'iniziativa e alla forza della *gens* o del capofamiglia interessati o anche, talvolta, di qualsiasi cittadino, con la riserva per lo più di un proprio potere di controllo e, talvolta, di giudizio. Così pure, quando la *civitas* interveniva col *rex*, o il magistrato repubblicano che gli succedette, ad amministrare giustizia nelle controversie fra capifamiglia, esso si accontentava di controllare la regolarità formale degli atti compiuti dai contendenti e, talvolta, organizzava un giudizio, demandando poi al capofamiglia vincitore il potere e l'onere di applicare le pene e le altre sanzioni con la forza propria e con quella dei propri familiari e sottoposti.

3.2. Dipendenza della tutela giuridica dalla forza privata delle *gentes* e delle *familiae* molto più che da quella della *civitas*

Al largo spazio lasciato, al loro interno, alle formazioni sociali come le *gentes* e le *familiae* faceva riscontro, nei rapporti esterni, l'ampio spazio lasciato non solo all'iniziativa, ma anche alla forza delle singole *gentes* o, come è più spesso documentato, dei singoli capifamiglia. Non si trattava, beninteso, di mera autodifesa privata, la quale si sarebbe risolta in anarchico e indiscriminato esercizio della violenza, bensì di forza privata in qualche modo incanalata nei binari del diritto. Ma ciò ugualmente significa che lo Stato non aveva il monopolio della forza, anzi nei rapporti privatistici (sia pure esterni alle *gentes* o alle *familiae*) spesso non aveva forza alcuna.

4. Rilevanza della religione e della magia nel campo del diritto

Un merito che generalmente si riconosce alla civiltà giuridica romana è quello di avere saputo separare il diritto dalla religione. Questa separazione è però una conquista, che maturò gradualmente e che non impedì il persistere a lungo di tracce dell'originaria indistinzione.

Un carattere fondamentale del diritto nel periodo antico fu precisamente l'originaria indistinzione tra diritto e religione, in quanto le regole di condotta, con cui si esercitava il controllo sociale, erano spesso giuridico-religiose nel senso che si spiegherà, mentre inoltre la loro osservanza era abbastanza spesso assicurata da sanzioni religiose, quando non direttamente dal timore della vendetta degli dei.

La magia, a sua volta, serviva a determinare i modi in cui gli atti importanti della vita sociale dovevano essere compiuti, perché, solo ponendoli sotto la protezione delle forze occulte (il che si otteneva col compimento di appositi gesti e la pronuncia di date parole), si conferiva ad essi validità ed efficacia; un'efficacia che, d'altra parte, solo con un rituale simmetrico si sarebbe potuta eliminare. La magia era inoltre l'ingrediente necessario di certe pene capitali, come il *supplicium more maiorum* (uccisione tradizionale mediante flagellazione) e la *poena cullei* (il reo veniva chiuso in un sacco con alcune bestie e gettato in acqua). Essa stessa, d'altra parte, poteva costituire (come nei casi, previsti dalle XII Tavole, del canto che attirava la maledizione su qualcuno e del sortilegio con cui le messi si riteneva venissero fatte passare dall'altrui al proprio campo) l'oggetto di gravissime punizioni.

5. Il formalismo

Un'altra caratteristica fondamentale del periodo antico, connessa a quella appena considerata, è il *formalismo*. Se la validità e l'efficacia degli atti erano assicurate dall'osservanza di un rituale magico, l'ovvia conseguenza era la prescrizione di una rigida forma (verbale e gestuale) per il compimento degli atti stessi: rigida nel senso che era assolutamente indispensabile (qualsiasi errore od omissione causava l'invalidità dell'atto), ma anche nel senso che essa era sufficiente (non contando per la validità dell'atto lo scopo effettivamente perseguito dall'autore ed essendo talvolta irrilevante la sua stessa consapevolezza del significato dei gesti compiuti e delle parole pronunziate). Anche la religione, con la ritualità delle preghiere prescritte per rivolgersi agli dei, non poteva non favorire tale tipo di formalismo. Non a caso gli schemi formali da impiegare furono a lungo un segreto custodito dal collegio sacerdotale dei pontefici.

SEZIONE II

LE FONTI DEL DIRITTO

6. Nozione di fonte del diritto

Nel linguaggio giuridico moderno per indicare i modi in cui il diritto si forma si usa l'espressione 'fonte del diritto'. Essa dipende dalla stessa metafora, per la quale si parla, come abbiamo visto, di 'fonte' in senso storico. Come per 'fonte' in senso storico si intende quel documento, quel reperto archeologico, quello scritto di poeta, storico, letterato, ecc., da cui 'sgorga' la notizia o l'indizio di un accadimento, di un'azione, di un'idea del passato, così per 'fonte del diritto' si intende quel fatto o quell'atto, da cui 'sgorga' il diritto.

Talvolta, per mettere in evidenza che quel fatto o atto non dà soltanto 'notizia del diritto' (svolgendo quindi una funzione analoga a quella della fonte in senso storico), bensì lo 'fa nascere' o 'forma', si precisa trattarsi di una 'fonte di produzione' del diritto o di un 'formante'.

7. I mores

È opinione generalmente accettata che, durante i primi tre secoli della storia di Roma, gran parte del diritto, in particolare del diritto privato, sia stato costituito da *mores*, ossia da costumi e da regole non scritte ad essi conformi.

Il giurista Pomponio (II sec. d.C.) dice (D. 1.2.2.1) che all'inizio della *civitas* il popolo prese ad operare «*sine lege certa, sine iure certo*» («senza una precisa legge senza un preciso diritto») e che, introdotte poi dai re alcune *leges*, queste furono abrogate in seguito alla cacciata dei re e di nuovo quindi il popolo non poté irrimediabilmente valersi che di «*incertus ius et aliqua consuetudo*» («di un diritto non precisamente determinato e di una qualche consuetudine»).

Fra *mos* o *mores* ('costumi' e quindi 'regole conformi a tali costumi') e *consuetudo* ('consuetudine') vi è connessione, talché si parla in genere di 'diritto consuetudinario' per indicare quello stabilito dai *mores*; ed è certo corretto dire che il diritto dei primi secoli di Roma era in larga parte un diritto consuetudinario. Possiamo dunque considerare i *mores* come le regole giuridico-religiose (o anche giuridico-magiche) depositatesi insensibilmente nel patrimonio di valori e di credenze della società romana antica, il quale era custodito dalla tradizione. Poiché però queste regole, per la loro stessa natura, non erano attestate per iscritto e tanto meno raccolte in elenchi riconosciuti, il loro contenuto, quindi, il loro significato, la loro stessa esistenza erano assolutamente incerti (il *ius incertum* di Pomponio).

8. Ius civile, iurisdictio, interpretatio

I. Sin dall'età più antica la formazione del diritto romano si articola su tre elementi fondamentali: il *ius civile*, che può identificarsi con l'ordinamento positivo

specifico del popolo romano, la determinazione e applicazione processuale del *ius* governata dal *rex*, titolare della *iurisdictio* (= del potere di *ius dicere*, i. § 8.II) in quanto detentore del potere sovrano, la *interpretatio* formulata dai collegi sacerdotali e dotata di grande 'autorevolezza' (*auctoritas*) in quanto espressa da un ceto di specialisti della tecnica giuridica.

Bisogna premettere tuttavia che questi tre momenti, pur distinguibili teoricamente all'interno del processo dinamico di formazione dell'ordinamento giuridico, appaiono strettamente interconnessi in concreto, tanto da formare un tutto unico, costituito dallo stesso *ius civile*, che, attraverso l'esercizio della *iurisdictio* guidato dalla interpretazione, si determina e si definisce progressivamente nei suoi contenuti pratici.

Il *ius civile* viene identificato originariamente con i *mores*, e cioè con l'insieme di regole di comportamento interindividuale consolidatesi nelle antiche usanze, ed in cui si confondono elementi magici, religiosi e giuridici; sono le consuetudini e le tradizioni dei gruppi dalla cui fusione ha avuto origine la *civitas*, ma i loro contorni ed i loro contenuti sono incerti, trattandosi di un ordinamento non scritto, e tanto meno trasfuso in un corpo di leggi.

Così il compito di 'rivelare' un dato *mos*, una data regola, indicandone nello stesso tempo il contenuto e dandone la relativa interpretazione, spettò in modo del tutto naturale a quelli che erano i portavoce ufficiali della volontà degli dei, ossia ai collegi sacerdotali (i. § 8.III). Le loro formulazioni, grazie anche al loro verosimile valore di 'precedente' in qualche modo vincolante, furono così i principali fattori reali della formazione dei *mores* e del loro sviluppo.

II. L'applicazione dei precetti e delle regole latenti nell'ordinamento spettava tuttavia al *rex*, quale capo politico e religioso della *civitas*, al quale era devoluto il compito di custode della *pax deorum* e di garante delle istituzioni cittadine.

Prerogativa esclusiva del potere sovrano è infatti quella di *dicere ius*, di affermare cioè, nel momento del processo ed in relazione ai singoli casi concreti, ciò che è 'giusto' e ciò che è 'ingiusto', ciò che è lecito e ciò che è illecito, dando con la sentenza effettività e coercibilità ai precetti di volta in volta individuati e dichiarati nell'ambito indeterminato dei *mores*.

Il carattere fondamentale dell'esperienza giuridica romana discende tuttavia dalla circostanza che sin dall'età più antica questa operazione di individuazione e determinazione delle regole di comportamento presenti nella comunità è il prodotto 'mediato' di un'attività tecnica, affidata professionalmente ad un gruppo di specialisti, esperti di cose religiose ed umane, che, per la loro posizione politica e istituzionale, sono chiamati ad esprimere la loro 'opinione autorevole' (*responsum*) su tutti gli atti più importanti della vita cittadina.

III. Nell'ambito del nostro discorso assume rilevanza soprattutto il collegio dei pontefici, che si occupò in particolare dei problemi del diritto privato.

Le notizie di cui disponiamo circa l'attività dei pontefici sono purtroppo frammentarie e tutte relative ad un'età posteriore alle XII Tavole. È lecito tuttavia supporre che l'intervento di questi primi 'giuristi' si svolgesse secondo modalità del tutto analoghe a quelle che troviamo attestate per il periodo successivo.

Pomponio narra che i pontefici avevano il compito di formulare pareri su tutti gli aspetti più importanti del *ius civile*. Questi 'pareri' (*responsa*) potevano in real-

tà avere ad oggetto le questioni più disparate, riguardare problemi giuridici o sociali, o anche di mera opportunità sociale, ed essere richiesti dai privati cittadini dallo stesso *rex*, che si serviva dei collegi sacerdotali come organi consultivi. Essi potevano avere natura 'cautelare', riguardare cioè l'ammissibilità e la forma di un atto ancora da compiere (per esempio un matrimonio, una compravendita o un testamento) o natura 'giudiziale', se il quesito riguarda la 'liceità' di un atto già compiuto e su cui vi fosse una controversia.

Questi *responsa* non solo erano dotati di un'enorme autorevolezza in quanto provenienti da un gruppo di 'sacerdoti', cooptati, come si è detto, fra le famiglie più rappresentative del patriziato e considerati detentori di conoscenze agli altri precluse, ma di fatto dovevano essere considerati necessari e vincolanti, rappresentando per il cittadino l'unico modo per assicurarsi della conformità dell'atto alle regole dell'ordinamento, e quindi della sua efficacia.

Non vi è dubbio che fin dalle origini i pontefici abbiano utilizzato per la formulazione dei loro responsi un metodo ed una tecnica specifici, anche se è molto difficile ricostruire con una certa esattezza i procedimenti logici seguiti, nonché le fasi del processo di sedimentazione e di astrazione che permise il passaggio da singoli responsi alla 'creazione' di 'regole giuridiche normative', e di forme negoziali e processuali 'tipizzate' tecnicamente.

Il 'formalismo' di cui si è parlato sopra può infatti essere considerato anche il risultato di un elevato grado di tecnicismo: la realtà fattuale dei comportamenti umani viene filtrata attraverso una rappresentazione fortemente 'stilizzata', in cui la forma non rappresenta ancora l'involucro esteriore, richiesto dall'ordinamento per controllare e dare efficacia e pubblicità a situazioni giuridiche individuabili o individuate nella loro struttura fondamentale anche indipendentemente da essa, ma costituisce la traduzione in schemi tecnico-giuridici dell'essenza dell'atto nel suo porsi concreto.

Le stesse considerazioni possono estendersi dagli schemi processuali agli schemi degli atti dei privati, elaborati in questo periodo come 'tipici' nel senso che si vedrà.

Per tornare al problema del rapporto fra questa attività di elaborazione scientifica e la individuazione delle regole di comportamento attraverso l'attività giurisdizionale del *rex*, bisogna ricordare che, come si è detto, i responsi dei pontefici non attengono solo al modo in cui devono instaurarsi le controversie, alla individuazione cioè delle formule che devono usarsi per instaurare il processo in modo legittimo e alla determinazione delle pretese che attraverso le singole formule possono trovare tutela, o al modo in cui deve svolgersi un determinato atto per produrre l'effetto di modificare le situazioni giuridiche precedenti (responsi cautelari), ma possono concernere anche la liceità o illiceità di determinati comportamenti o atti (responsi giudiziari).

IV. Tutto ciò, ovviamente, indirizza lo svolgimento del processo ed il suo risultato in modo ben preciso. Se è vero infatti che dal punto di vista formale la sentenza fonda il suo valore normativo nei confronti delle parti sul potere del *rex* di *dicere ius* ('dichiarare il diritto'), dichiarando i *mores*, e dando ad essi valore coattivo, dal punto di vista sostanziale il principio giuridico in essa individuato e utilizzato è ancora una volta il risultato del parere espresso dai pontefici, che intervenivano come consulenti del *rex* o delle parti, se non addirittura come collegio giudicante.

L'insieme di queste soluzioni che confluivano nelle sentenze veniva peraltro – sin da età molto antica – decantato e semplificato in una serie di regole estremamente sintetiche, in cui si condensavano i fondamentali canoni giuridici a cui attingere per la soluzione di successivi casi simili, salva naturalmente la individuazione di nuovi principi in relazione a casi differenti da quelli già risolti, o a casi non ancora prospettati.

9. Le *leges regiae*

Il citato passo di Pomponio, dopo avere parlato della mancanza iniziale di una certa *lex* o *certum ius*, afferma che Romolo, diviso il popolo in *curiae*, fece votare dalle *curiae* varie *leges*, che altre *leges* furono fatte votare dai successivi re e che esse si potevano leggere ancora ai suoi tempi (II sec. d.C.) in un libro, in cui le aveva raccolte un certo Sesto Papirio, libro chiamato appunto '*ius civile Papirianum*'. In effetti leggi dei re sono menzionate da parecchie altre fonti, per lo più storiche e letterarie, ma in minima misura anche giuridiche.

Occorre tuttavia mettere in evidenza l'estrema improbabilità che quelle *leges* siano state testi normativi presentati dal re al voto dei comizi curiati. Il racconto di Pomponio al riguardo pare l'anticipazione al *regnum* di un modello di *lex* formatosi durante la repubblica, forse solo dopo le XII Tavole. Le *leges regiae* sono dunque piuttosto da immaginare come precetti di natura insieme giuridica e religiosa (come voleva il generale indirizzo del tempo) emanati, forse, dinanzi al popolo riunito nelle *curiae*, dai singoli re nella loro funzione di capi religiosi, politici e militari insieme.

10. Le XII Tavole

I. All'inizio della repubblica (V sec. a.C.) i *mores* erano ancora di gran lunga prevalenti e i poteri dei pontefici nel rivelarli e interpretarli risultarono accresciuti per la rinnovata supremazia (dopo la fine del *regnum* di influenza etrusca) dell'aristocrazia gentilizia (ossia dei patrizi), a cui i pontefici appunto appartenevano. Come essi esercitassero realmente la loro funzione, non possiamo sapere; ma è facile capire che i plebei avessero motivo di ritenere o di sospettare che tale esercizio avvenisse a vantaggio dei patrizi e a danno loro. Così l'abolizione o attenuazione di questo potere dei pontefici attraverso la redazione di un corpo di norme scritte e precisamente formulate divenne una delle rivendicazioni avanzate dai plebei nella prima metà del V sec. a.C. e fatte valere con secessioni e sommosse.

Di queste norme pubblicate in XII Tavole (tra il 451 e il 450 a.C. da due successivi collegi di 10 magistrati, perciò detti *decemviri*), da cui il nome tradizionale, ne riferiscono parecchie fonti o nel contenuto o addirittura in quello che asseriscono essere il loro tenore testuale letterati e giuristi vissuti tra il I sec. a.C. e il V d.C. Beninteso, è praticamente da escludere che quello da essi riportato sia il tenore originario. In realtà, a parte gli effetti della distruzione di Roma ad opera dei Galli di Brenno (390 a.C.), la quale per altro, secondo Liv. 6.1.10, non avrebbe del tutto impedito il successivo ritrovamento delle XII Tavole, si ritiene generalmente che il loro lin-

guaggio, che pure a noi suona arcaico, sia stato successivamente ammodernato.

Un dato sicuro è, comunque, che le XII Tavole furono un corpo di norme relative in larga misura al diritto privato e al corrispondente processo, oltre che al diritto e al processo penale e alla stessa struttura costituzionale, e costituirono per molti secoli la base del diritto di Roma. Esse non disposero differenze tra patrizi e plebei, con l'unica (benché, certo, non irrilevante) eccezione della materia matrimoniale; ed ebbero anche il merito di avere avviato il processo di distinzione del diritto dalle regole religiose o magico-religiose.

II. Le XII Tavole si limitarono a regolare alcuni campi fondamentali, lasciando sussistere l'insieme degli antichi *mores*.

È stato infatti sottolineato che, per quanto attiene al diritto privato, questa codificazione, pur dovendosi ritenere esaustiva, nel senso che conferisce carattere legislativo a tutto l'insieme dell'ordinamento preesistente, assume «un'andatura fortemente allusiva rispetto al contenuto normativo da esprimere». In altri termini, in essa viene dato per presupposto tutto il tessuto fondamentale dell'ordinamento di tipo consuetudinario, e viene omessa la trattazione degli elementi portanti del diritto privato, quali ad esempio la struttura dei rapporti familiari e potestativi legati alla famiglia agnatzia, la disciplina dei rapporti di appartenenza, l'ossatura degli atti negoziali più importanti, tutti sicuramente già delineati in quest'epoca, per introdurre invece una serie di norme, peraltro estremamente laconiche, volte a disciplinare aspetti particolari di questi istituti.

È lecito supporre che queste norme siano, almeno nella generalità dei casi, il risultato di regole già introdotte nella pratica dalla *interpretatio* pontificale dei *mores*: si pensi per esempio alle regole per la successione degli agnati e dei gentili in assenza di testamento, alla norma in tema di *auctoritas* nella *mancipatio* o, infine, alla sanzione della perdita della patria potestà per il padre che venda tre volte il figlio.

Del resto la stessa formulazione lessicale e sintattica delle norme delle XII Tavole lascia intravedere un linguaggio tecnico già evoluto, ed una capacità di astrazione e di sintesi nella struttura dell'enunciato che non può essere il prodotto nuovo ed originale della tecnica legislativa dei *decemviri* (ciò può rilevarsi anche se non conosciamo il testo originale delle XII Tavole, ma ne possediamo solo poche e frammentarie citazioni testuali da parte di autori più tardi; tutto lascia pensare infatti che queste citazioni siano rimaste fedeli all'originale almeno nella struttura dell'enunciato, salva l'eliminazione di alcuni arcaismi linguistici).

III. Da ciò si può quindi dedurre che anche molte delle norme contenute nelle XII Tavole possono fornire un significativo esempio dei contenuti elaborati dalla giurisprudenza pontificale e della tecnica di astrazione e di semplificazione con cui questi contenuti venivano sintetizzati in regole di applicazione generale.

Sotto questo particolare angolo visuale si può ritenere anzi che le XII Tavole non abbiano comportato alcuna rivoluzione; o meglio, il fatto rivoluzionario è consistito nella codificazione in sé e non nelle singole norme che essa contiene. La tradizione storiografica ci presenta le XII Tavole come il risultato di una rivendicazione plebea, volta ad assicurare la certezza del diritto e a sottrarre ai pontefici il potere esclusivo di rivelare e interpretare i *mores*, e non vi è dubbio che l'esistenza di una codificazione scritta, da considerarsi fonte esclusiva del *ius* della *civitas*, abbia rappresentato una rottura drastica con la precedente realtà politico-istituzionale.

11. La formazione del diritto dopo le XII Tavole: la *interpretatio prudentium*

I. Come si è detto, gli enunciati normativi contenuti nelle XII Tavole, anche se formalmente esaurivano la trama delle regole di comportamento, e anche se indubbiamente costituirono il momento di superamento dell'antica base consuetudinaria del *ius civile*, non escludono o resero superflua l'attività di interpretazione, intesa nella sua funzione di mediazione fra le norme dell'ordinamento giuridico e la loro applicazione pratica. Restò cioè costante la necessità di un 'filtro' fra realtà sociale e schemi giuridici, affidata in via esclusiva ai depositari della tecnica necessaria.

Può supporre semmai che la presenza di una base testuale scritta e la separazione netta delle norme giuridiche da tutte le altre regole di comportamento, di carattere religioso, etico o sociale, abbiano indotto ad un'ulteriore specializzazione del sapere giuridico, come tecnica di adattamento – oltre che di interpretazione – di norme poste positivamente, e che, in quanto tali, potevano rappresentare anche un limite al potere di 'creare' o di 'individuare' nuove regole e nuovi schemi processuali o negoziali.

Sotto questo profilo può trovare una spiegazione l'affermazione di Pomponio secondo il quale solo dalle XII Tavole cominciarono a 'fluire' la *interpretatio* e la *disputatio fori* ('discussione giudiziale') e che la *interpretatio* non è tuttavia una parte del diritto a sé stante, ma è da considerarsi un tutt'uno con il *ius civile* individuato nella sua dimensione dinamica, di concreta applicazione ed esplicazione.

Secondo lo stesso racconto di Pomponio, dopo la codificazione decemvirale, l'attività di interpretazione continuò per circa un secolo ad essere esercitata dal collegio pontificale, esplicandosi in modo del tutto analogo al periodo precedente, e cioè mediante responsi rilasciati ai privati, ai magistrati o ai giudici. Solo successivamente sarebbe iniziato un processo di 'laicizzazione', nel senso che, come vedremo, la *interpretatio* cessò progressivamente di essere monopolio dei Pontefici, per essere esercitata anche da 'giuristi laici', la cui autorevolezza si fondava non più sulla carica rivestita ma sulle conoscenze tecniche acquisite alla scuola di altri giuristi, oltre che, ovviamente, sull'appartenenza al ceto politicamente dominante.

Possiamo inoltre ipotizzare che il 'monopolio pontificale' sia stato in un certo senso garantito per lungo tempo, anche dopo l'instaurarsi del regime repubblicano, proprio dalla trasmissione orale, all'interno del collegio dei pontefici, delle regole cautelari e processuali in cui si condensava il sapere giuridico. L'assenza di opere scritte permetteva infatti la circolazione di queste regole, e soprattutto della tecnica interpretativa che in esse si esprimeva, solo all'interno del ceto che ne custodiva gelosamente il segreto.

II. Ciò può quindi spiegare la circostanza che la c.d. 'laicizzazione' della giurisprudenza venga tradizionalmente collegata alla pubblicazione delle prime opere scritte da Appio Claudio Cieco e da Gneo Flavio (fine del IV sec. a.C.-inizio del III), nonché alla prassi di dare responsi in pubblico, introdotta da Tiberio Coruncanio, primo Pontefice massimo plebeo (metà del III sec. a.C.).

È difficile peraltro valutare esattamente il significato di queste notizie, e soprattutto il significato sostanziale che va attribuito a questo processo di laicizzazione. Si tratta cioè di stabilire se la laicizzazione fu semplicemente un fatto 'esterno' alla

struttura della *interpretatio*, riguardando solo la posizione istituzionale dei giuristi e lo svuotamento del potere dei pontefici, o se invece, come appare più probabile, si sia manifestata anche nelle modalità di formazione del sapere giuridico, e nella tecnica di trasmissione e conservazione di questo sapere.

Tralasciando qui la questione della veridicità storica del racconto di Pomponio e dell'autenticità delle opere attribuite ad Appio Claudio e a Gneo Flavio, dobbiamo rilevare la necessità di tener separati due problemi, che spesso invece gli studiosi tendono a sovrapporre: quello della nascita di una letteratura specialistica e di una tecnica di trasmissione scritta del sapere giuridico e quello del significato della laicizzazione in relazione alle modalità del concreto operare dei giuristi e al metodo utilizzato in questo operare.

Alla fine del IV sec. i contenuti giuridici elaborati dai giuristi in connessione e in sovrapposizione alle norme delle XII Tavole erano, si può supporre, per lo più già sedimentati nella forma di massime fortemente astratte, 'regole normative', e le prime opere scritte non furono altro che raccolte di queste massime e di questi formulari. La redazione per iscritto permette effettivamente la diffusione di alcune di queste regole al di fuori della cerchia ristrettissima che monopolizzava la *interpretatio*, ma non bisogna pensare che ciò potesse essere sufficiente ad infrangere la segretezza delle tecniche giuridiche, gelosamente custodita dai Pontefici. La 'pubblicazione' di queste opere poteva arrecare un colpo politico all'esclusività del potere dei Pontefici solo sotto il profilo di una maggiore certezza del diritto che essi applicavano (si pensi all'importanza che venne attribuita alla pubblicazione del calendario giudiziario), analogamente a quanto era già avvenuto, in misura ben maggiore, con la codificazione delle XII Tavole. Tuttavia, le caratteristiche stesse di queste opere non permettevano certo che la tecnica giuridica cessasse di essere patrimonio di un ceto ristretto, individuato dalla possibilità di far parte dei collegi sacerdotali, ultimo baluardo dei privilegi patrizi, per diventare accessibile ai giuristi 'laici'.

La conoscenza di alcune massime di diritto e di questo insieme di regole laconiche, prive di significato per i non 'addetti ai lavori', non poteva infatti in alcun modo facilitare l'apprendimento del *ius civile* nella sua dimensione dinamica, comprensiva della *interpretatio*.

III. Come si è visto, l'essenza della tecnica interpretativa romana e del suo metodo può rivelarsi compiutamente solo nel momento dello svolgimento dell'attività pratica, nel momento in cui cioè il giurista, nel formulare il responso, pone in concreto rapporto l'ordinamento giuridico preesistente ed il singolo caso, al fine di individuarne la soluzione. Solo in quel momento, almeno in questa fase di evoluzione della formazione del pensiero giuridico, è percepibile quindi il procedimento logico che viene utilizzato per 'trovare' la soluzione nell'insieme del *ius civile* scritto e non scritto.

Se ciò è vero, la laicizzazione del diritto, nel senso di apertura della conoscenza delle tecniche interpretative ai giuristi non pontefici e di fine del monopolio fondato sulla segretezza del metodo giuridico e sulla 'irrazionalità' del responso – da intendersi ovviamente come impossibilità di percepirne la *ratio*, e non come mancanza di essa – si ha veramente solo con la partecipazione di giuristi non pontefici alla discussione sulla struttura del caso da risolvere e sulla motivazione della soluzione.

Può quindi risultare falsante porre sullo stesso piano, come tappe omogenee di un medesimo processo, la redazione di opere scritte, come quelle attribuite ad Ap-

pio Claudio e Gneo Flavio, e l'inizio della prassi di dare responsi in pubblico (che ovviamente va intesa come prassi di discutere con un pubblico di *auditores*, discepoli del giurista rispondente, la motivazione e il procedimento logico-euristico attraverso il quale si perveniva ad una determinata soluzione).

Mentre la redazione delle prime opere scritte infatti non implicava di per sé l'allargarsi della conoscenza giuridica oltre il ceto ristretto dei tecnici-pontefici, in quanto solo loro restavano in grado di comprendere e interpretare le regole che vi erano contenute, l'innovazione attribuita a Tiberio Coruncanio travolse effettivamente il monopolio di questa 'casta'. La possibilità di apprendere direttamente dal giurista la tecnica della *interpretatio*, come scienza che permette di padroneggiare l'insieme dei principi che costituiscono la tradizione giuridica, adattandoli di volta in volta alla struttura del caso concreto, rappresentò infatti la vera conquista dei nuovi 'tecnici' emergenti, laici, a fronte di un sapere non più esoterico.

Una volta divenuta 'pubblica' la formulazione del responso, l'apprendimento della *scientia iuris*, e la *iuris peritia* come capacità di padroneggiare questa *scientia* dipendono soprattutto dalle attitudini personali; l'autorevolezza (*auctoritas*) delle opinioni dei giuristi viene così a porsi in esplicito rapporto con la conoscenza scientifica del diritto, oltre che con il prestigio della posizione sociale e politica rivestita da ciascuno di essi, condizione quest'ultima che garantisce l'omogeneità della *interpretatio* con gli orientamenti del ceto degli *honoratiores*.

La trasmissione e la conservazione di questa *scientia* resta ancora prevalentemente orale: ciascun giurista l'apprende dalla discussione quotidiana con il suo maestro, l'applica a sua volta nei responsi e pareri che gli vengono richiesti e la trasmette ai suoi discepoli. La circolazione delle idee, la discussione circa la soluzione dei casi, il progredire della *interpretatio* verso nuove formulazioni non trovano ancora alcuna eco in una letteratura giuridica specialistica.

IV. Non a caso il punto di arrivo di questa fase della giurisprudenza può essere considerato il primo tentativo di una esposizione scritta, complessiva e sistematica del diritto: i *Triperita* di Sesto Elio Peto Cato (console nel 198 a.C.), di cui Pomponio dirà che contengono i *cunabula iuris* ('le basi del diritto').

L'opera prende il nome dalla tripartizione del *ius civile* operata dal giurista al fine di esporne con maggiore chiarezza le diverse componenti: il testo delle XII Tavole, l'interpretazione svolta dalla giurisprudenza su di esso, ed infine la struttura del processo, con l'esposizione delle singole *legis actiones*.

Il *ius civile* viene dunque esplicitamente e significativamente identificato nelle tre componenti che abbiamo individuato come fondamentali sin dalle origini: la base normativa, la sua esplicazione e integrazione mediante la *interpretatio* giurisprudenziale, la sua tutela e attuazione processuale.

V. Anche il linguaggio giuridico diviene sempre più tecnico, espressione di una scienza specialistica. Molti termini assumono infatti una valenza ed un significato differente da quello corrente e che non può essere inteso se non con la mediazione del giurista.

Questo particolare processo di evoluzione, operato all'interno dei singoli istituti, comporta che, pur mantenendosi apparentemente inalterato, o quasi, l'insieme degli schemi negoziali e processuali preesistenti, si moltiplicano invece le regole interpretative, derivanti dalla sedimentazione e tipizzazione dei loro nuovi campi di

applicazione concreta, così come individuati via via dai giuristi.

Possiamo quindi concludere nel senso che la codificazione delle XII Tavole non rappresenta una frattura rispetto ai contenuti elaborati precedentemente dalla giurisprudenza pontificale nell'opera di determinazione dei *mores*, ma anzi in un certo senso si limita a 'fissarli' in un insieme di regole precettive formulate secondo la stessa tecnica di quella giurisprudenza.

La redazione di questo testo legislativo scritto modifica tuttavia, almeno in parte, il rapporto fra 'giuristi' e ordinamento giuridico.

Fino a quando l'ordinamento era costituito dal tessuto indifferenziato dei *mores*, i responsi dei pontefici si fondavano esclusivamente sulla loro posizione politica all'interno della comunità, sul prestigio e sull'autorevolezza della carica ricoperta e del ceto di appartenenza, né vi era alcun limite apparente alla continua creazione di nuovi istituti o alla modificazione di quelli preesistenti. In questo contesto il processo davanti al re e il suo *dicere ius*, non costituiscono altro che l'attuazione in forma coattiva degli schemi processuali e sostanziali predisposti dai pontefici.

Nel momento in cui questi schemi vengono trasfusi in un diritto scritto che conferisce certezza al *ius civile*, vincolante per tutti i cittadini, e quindi anche per gli stessi pontefici e per i magistrati giudicanti, automaticamente la funzione dei depositari delle conoscenze giuridiche cambia, nel senso che i loro responsi non rivelano un ordinamento latente ma esplicano un dato normativo già esistente e conoscibile.

Ciò non ha significato però, come si è detto, la cristallizzazione e la immobilizzazione di quel diritto. Ne è prova certa la circostanza che il *ius civile* del II sec. a.C. è ben diverso dal diritto delle XII Tavole, pur trovando sempre in esse la sua fonte formale (con la sola aggiunta di poche leggi - o plebisciti - innovativi su singoli e ristretti settori del diritto privato).

12. Le leggi comiziali. I plebisciti

I. Dall'inizio del secondo sottoperiodo (metà del V sec. a.C.), ma, secondo la tradizione, già prima, cominciò a operare un'altra fonte del diritto, caratteristica delle antiche città-stato a regime repubblicano: la legge. Essa, chiamata tecnicamente dai Romani del periodo successivo *lex rogata*, era un testo normativo proposto all'assemblea popolare (*comitia centuriata*, poi anche *comitia tributa*) dai supremi magistrati e approvato dall'assemblea stessa e ratificato dal senato (*auctoritas patrum*). L'assemblea non poteva modificare il testo proposto.

II. Accanto alle *leges rogatae*, si posero i *plebisciti*. Questi erano deliberazioni della plebe, le quali cominciarono a essere prese dalle assemblee plebee (cioè da quelli che poi si dissero *concilia plebis tributa*) quando, nei primi decenni del V sec. a.C., la plebe si organizzò come comunità a sé stante, pur nell'ambito della *civitas*. Tali deliberazioni vincolavano solo la plebe, a meno che il senato non le facesse proprie, estendendole così all'intero popolo romano.

Verso la fine del periodo antico i plebei riuscirono a fare stabilire con la *lex Hortensia* (286 a.C.) che i plebisciti «*universum populum tenerent*» («vincolassero l'intero popolo»).

13. Ius e fas

Al secondo sottoperiodo può farsi risalire la distinzione tra *ius* e *fas*, che emerge da alcune fonti. In questa distinzione *ius* è ormai soltanto la regola giuridica in senso profano, *fas* è invece la regola religiosa. A essa particolarmente si ricorre in tema di liceità di dati atti: con *ius est* si indica la liceità secondo il diritto, con *fas est* quella secondo la religione. La distinzione, beninteso, non esclude interferenze, nel senso che un'illiceità religiosa (*nefas*) può ostacolare l'esercizio del diritto, come quando essa vieta nei giorni qualificati *nefasti* nel calendario compilato dai pontefici la pronunzia dei *verba* (delle parole) solenni necessari per fare valere il proprio diritto in tribunale nei confronti di chi lo contesta o lo viola.

Un altro risvolto della laicizzazione del diritto può vedersi nell'individuazione di rami del diritto relativi ai rapporti con la divinità: *ius sacrum*, *ius divinum*. Mentre prima questi rapporti erano oggetto di regole insieme giuridiche e religiose, successivamente si distinsero dagli aspetti che apparivano ormai meramente religiosi quelli che si ritennero ancora rilevanti per il diritto, come per esempio la determinazione delle persone tenute a provvedere ai sacrifici familiari dopo la morte del *pater familias* o il regime delle cose ritenute appartenenti agli dei del cielo o a quelli degli inferi. Il *ius sacrum* e il *ius divinum* ebbero appunto la funzione di regolare la seconda categoria dei rapporti con gli dei; e si tratta – occorre ripetere – di veri e propri rami del diritto, non di una mescolanza di diritto e religione.

14. Ius Quiritium e ius civile

Dobbiamo ora cercare di chiarire l'espressione *ius Quiritium*, che nei testi giuridici a noi pervenuti ricorre soprattutto nella formula *ex iure Quiritium*.

Questa accompagnava le solenni affermazioni di signoria familiare e dominicale (*vindicationes*), per lo più fatte dinanzi al re o al magistrato che amministrava giustizia: per esempio «*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*» («Affermo che questo schiavo è mio *ex iure Quiritium*»: Gai. 4.16). *Ex iure Quiritium* è verosimilmente da tradurre 'in forza del diritto dei Quiriti'; e *Quirites* era la specifica qualifica dei cittadini romani nella pienezza dei loro diritti: *populus Romanus Quirites* era infatti l'indicazione tecnica dello 'Stato' romano come parte degli atti internazionali (trattati, dichiarazioni di guerra, ecc.).

Ius Quiritium era dunque lo specifico diritto dei Romani, fondato sui *mores*, rivelato dai pontefici, codificato o in qualche misura riformato dalle XII Tavole. A rigore esso non avrebbe dovuto comprendere il diritto proveniente da *leges*, ma le nostre conoscenze del diritto più arcaico non consentono maggiore precisione.

CAPITOLO II

LE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE. GLI ATTI CHE LE COSTITUIVANO, MODIFICAVANO O ESTINGUEVANO. LA LORO TUTELA PROCESSUALE

SEZIONE I

LE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE

15. Le situazioni giuridiche soggettive in generale

Le norme, i precetti, le regole di varia origine e natura, oggetto del precedente esame, avevano in ultima analisi la funzione di regolare la condotta degli individui nella vita sociale e di stabilire la sua rilevanza o irrilevanza a dati effetti; simmetricamente, di qualificare giuridicamente tale condotta. Sotto il primo profilo, la condotta poteva venire comandata, vietata, permessa, resa rilevante o irrilevante, sotto il secondo, poteva avere la qualifica di doverosa, illecita, lecita, efficace, inefficace.

In conseguenza di questa regolazione e valutazione e delle corrispondenti qualifiche, i soggetti, la cui condotta veniva regolata e corrispondentemente qualificata, venivano a trovarsi in una particolare situazione giuridica, nel senso, per esempio, che essi avevano o non avevano la facoltà di comportarsi in un dato modo (per esempio cogliere frutti da un albero), che dovevano o non dovevano compiere un dato atto (per esempio, consegnare un certo animale a un'altra persona), che erano o non erano in grado di determinare con una loro pronunzia o un loro gesto il prodursi di un dato effetto giuridico (per esempio, la liberazione di uno schiavo). In quanto riferite a un soggetto, si tratta di 'situazioni giuridiche soggettive' (per brevità, d'ora in poi 'situazioni giuridiche').

Spesso la condotta regolata, valutata e qualificata dal diritto era vista in funzione di un altro o altri soggetti, la cui condotta veniva coerentemente regolata, valutata e qualificata; e in conseguenza ciascun soggetto veniva a trovarsi in una particolare situazione giuridica rispetto a un altro o ad altri soggetti. Si aveva così quello che modernamente è chiamato 'rapporto giuridico', che è quindi la relazione fra due o più soggetti disciplinata dal diritto.

16. Caratteri delle situazioni giuridiche soggettive nel periodo antico e loro specie

Nel periodo antico dobbiamo anzitutto notare che i soggetti presi in considerazione come titolari di situazioni giuridiche, e quindi come possibili parti di un rap-