

Lelio Lantella

Tratti di andamento del diritto privato romano

Estratto da

Profili diacronici di diritto romano



Giappichelli

Avvertenza

Il presente volume è un estratto della parte scritta da Lelio Lantella nella pubblicazione di Lelio Lantella ed Emanuele Stolfi, *Profili diacronici del diritto romano* (ISBN 9788834857571) del 2005.

Eventuali rimandi interni fanno riferimento all'editio maior.

Sezione Prima

Il diritto e gli istituti

Area della società, del diritto, dello «Stato»¹

1. Dall'indistinto al distinto: separazione dei sistemi direttivi, isolamento e valorizzazione della giuridicità

1.1. L'indistinzione, in età arcaica, dei sistemi direttivi

Diritto, religione e morale

È impossibile, nella fase più antica della storia romana, pensare al diritto come a un autonomo spazio di pratiche e saperi, percepito come qualcosa di ni-

¹ In queste pagine il termine 'Stato' sarà impiegato nell'accezione meno impegnativa che esso ha assunto nella storia delle dottrine politiche: essenzialmente, come entità pubblica, a proiezione territoriale, cui è collegato un potere «politico» (distinto, come tale, dalle mere forze sociali).

In effetti gli storici dubitano che per il mondo antico, soprattutto per il periodo anteriore all'età severiana (fine II-III sec. d.C.) e al Dominato (fine III sec.-V sec. d.C.), si possa parlare di 'Stato' inteso come «concetto astratto di ordinamento politico», e che termini come *res publica*, *populus* e *civitas* possano costituire il «diretto e formale riscontro» del termine 'Stato', inteso nella duplice accezione di Stato-istituzione e Stato-persona. Certo è comunque che '*res publica*' non designa il regime repubblicano ma – letteralmente, e a prescindere dal tipo di assetto costituzionale – «la cosa pubblica» (ossia, «il complesso della "situazione romana" nei suoi elementi personali, materiali ed organizzativi»). Questo è appunto il significato in cui useremo sia '*res publica*' che 'Stato', senza per questo presupporre l'esistenza, nel mondo antico, di qualcosa di omologo allo «Stato moderno», frutto delle esperienze politiche e teoriche realizzatesi fra XV e XVII secolo.

Quanto poi alla contrapposizione fra società e «Stato», essa è qui adottata per sintetizzare e schematizzare un lungo processo storico. Dobbiamo peraltro ricordare come essa sia più il frutto di concettualizzazioni moderne che di visuali già espresse nelle fonti antiche. E ciò non solo alla luce di quanto appena rilevato a proposito di '*res publica*' e 'Stato', ma anche per quanto concerne la 'società'. A Roma infatti – come è stato scritto – «il concetto di 'politico' ... è non

tidamente altro rispetto alle prescrizioni che regolavano i rapporti con gli dei e ai rituali che scandivano la vita della comunità. Inizialmente troviamo piuttosto una fase di indistinzione tra il diritto e gli altri sistemi direttivi (quali, innanzitutto, la religione e la morale): tra quelli che più tardi saranno rispettivamente designati come ‘*ius*’ e ‘*fas*’. E non a caso i primi sapienti del *ius* che incontriamo a Roma sono dei sacerdoti: in particolare, come vedremo, i pontefici.

La religione romana arcaica: ritualismo e incidenza sulla vita quotidiana

Da parte sua, la religione romana (e invero non solo quella arcaica) non conosce la grande inventiva mitologica tipica del mondo greco: essa si configura piuttosto come un insieme di regole la cui osservanza garantisce la protezione della divinità: parole da pronunciare o gesti da compiere in modo da non incorrere nell’ira divina. Ma la sfera religiosa non resta confinata ai luoghi e alle pratiche di culto: essa irrompe in ogni atto della vita quotidiana, e il rapporto con gli dei è chiamato in causa anche quando, ad esempio, un cittadino commette un crimine che potrebbe far ricadere sull’intera collettività la vendetta del dio, o quando nel rivendicare la proprietà di un bene (tramite *legis actio sacramenti in rem*) si invoca il giudizio divino per stabilire se sia fondata la propria pretesa e ingiustificata quella della controparte.

Formalismo arcaico e valenza performativa

Il formalismo, orale e gestuale, che domina gli atti dei privati in questo periodo, trova la sua origine proprio nella dimensione della religiosità arcaica. Anche negli atti negoziali e processuali dei privati la parola assume una valenza performativa, nel senso che la pronuncia è creativa di diritto e modificativa della realtà. La pronuncia di determinate parole ha un carattere quasi magico, e il minimo errore preclude la possibilità di ottenere l’effetto sperato².

1.2. Prime tracce di una laicizzazione del *ius*

La riforma serviana

È verosimile che l’indistinzione tra sfera giuridica, morale e magico-sacrale apparisse già meno assoluta con la monarchia etrusca e con quella riforma serviana che – ripartendo, su base censitaria, il popolo in centurie – incrinò il potere delle *gentes* (ognuna delle quali aveva in precedenza un carattere e uno specifico ruolo politico, nonché propri *mores*), per creare un primo, unitario spazio politico della *civitas*. La sfera della religione e delle relazioni interne alle *gentes* (esclusivamente patrizie, almeno se intese come organi anche politici, caratte-

specialistico, ma totalizzante e comprende tutte le manifestazioni del pubblico, anche ciò che noi includeremmo nella categoria del ‘sociale’ autonomamente inteso».

² Su questi aspetti cfr. *infra*, §§ 33 e 48.

rizzati da una genealogia illustre)³ tende allora a contrarsi, e il *ius* si lega sempre più alla sfera della politica cittadina.

La legge delle XII Tavole

La laicizzazione è un processo estremamente graduale, e forse non incontrastato. Vi contribuiscono in modo decisivo le lotte condotte, fra V e IV sec. a.C., dai plebei contro i patrizi, e alcuni dei successi ottenuti dai primi. La legge delle XII Tavole, che la tradizione pone fra questi successi⁴, segna per alcuni aspetti una svolta (mentre per altri si pone in forte continuità col passato). Per quanto, infatti, composta in larga parte dalla recezione di precedenti *mores*, questa normazione mira a limitare il monopolio del sapere giuridico detenuto dai pontefici (che erano solo patrizi), fornendo una norma scritta, potenzialmente accessibile a tutti i cittadini.

Lo scopo non fu pienamente raggiunto, in quanto la *'interpretatio'* dei pontefici continuò a essere indispensabile, e ad essa si fece ora ricorso per interpretare e applicare le disposizioni di quella legge. Ma agli occhi dei posteri (come Livio e Pomponio) la legge delle XII Tavole apparirà come autentica «fonte del diritto civile»: una fonte costituita da previsioni generali e astratte, che non stravolge, sul piano dei contenuti, l'assetto arcaico sedimentato nei *mores* e manifestato caso per caso dai pontefici, ma che tuttavia introduce alcune novità rilevanti.

Tramite queste ultime l'aspetto propriamente giuridico si definisce in maggior autonomia rispetto all'ambito magico-religioso, come ad esempio laddove si prevede la possibilità, nel compimento di atti librali (che cioè richiedono l'impiego di bilancia e bronzo: *nexum* e *mancipatio*), di aggiungere, rispetto alle formule predefinite e inderogabili, dichiarazioni libere e verosimilmente non solenni, che siano vincolanti per le parti (*'cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto'*)⁵, oppure laddove si introducono forme processuali (come la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*) ormai prive degli elementi religiosi (quali il *sacramentum*) che caratterizzavano le *legis actiones* più antiche.

'Ius' e 'fas'

I due termini con cui viene indicata la polarità tra diritto e religione sono *'ius'* e *'fas'* (la cui contrapposizione è attestata a partire dalla fine del III secolo a.C.). *'Ius'* designa innanzitutto il luogo fisico in cui il *rex* e poi i magistrati rendono giustizia (cfr. la fase *'in iure'* del processo privato), e quindi, ma vero-

³ Col che, secondo alcuni autori, verrebbe a operare l'ancestrale persuasione che la «forza» degli antenati si propaghi sui discendenti e supporti il prestigio di questi ultimi.

⁴ E che dice realizzata da un collegio di dieci uomini («decemviri») fra il 450 e il 449 a.C.

⁵ «Nel compimento di un *nexum* o di una *mancipatio*, come la lingua avrà pronunciato, così sia il diritto». Cfr. *infra*, in particolare § 48.

similmente solo più tardi, l'ordine giuridico oggettivo alla cui stregua dovevano essere valutati (come *iusti* o *iniusti*) i comportamenti e le relazioni fra gli uomini⁶. 'Fas' (contrapposto a 'nefas') è invece ciò che non risulta offensivo di alcuna divinità, e quindi l'insieme dei precetti, in qualche modo rivelati dalla divinità stessa (o comunque manifestazione della sua volontà)⁷, che presiedono ai rapporti fra quest'ultima e gli uomini⁸. È probabile che questa contrapposizione terminologica, sconosciuta nella prima età monarchica, sia frutto di rappresentazioni più tarde, quando il fenomeno della costituzione del *ius* come sfera autonoma era ormai pienamente in atto.

1.3. Isolamento e valorizzazione del *ius*

«Laicizzazione» del diritto e vicende del collegio pontificale

Il fenomeno che va sotto il nome di «laicizzazione» del diritto può dirsi, con la legge delle XII Tavole, appena avviato. Il sapere giuridico rimane segreto ed esclusivo monopolio dei pontefici. Solo tra la fine del IV e l'inizio del II secolo a.C. (e non senza connessione con alcune vicende relative al collegio pontificale), il fenomeno giuridico si presenta nettamente distinto dalla religione, e compiutamente «laico». Tappe di rilievo di quest'itinerario possono considerarsi la pubblicazione, alla fine del IV secolo, delle formule di azioni e negozi precedentemente non divulgate al popolo, e poi la scelta del pontefice Tiberio Coruncanio, all'inizio del III secolo a.C., di «professare pubblicamente» (*publice profiteri*) il sapere giuridico, rendendo pubblici i propri responsi⁹.

⁶ A questi significati di '*ius*' se ne affiancano, in età più recente, numerosi altri, a cominciare da quelli di portata soggettiva (vicini quindi ai nostri «diritti soggettivi»): cfr. le nozioni di '*ius agendi*', '*ius eundi*', ecc.), di «potestà» (così nell'espressione '*alieni iuris*') e di «situazione giuridica» (così nell'espressione '*successio in ius*'). Degne di rilievo sono poi – soprattutto per la fase più arcaica – le proposte avanzate da alcuni studiosi circa l'etimologia di '*ius*', ricondotta a parole dell'antico indiano e avestico indicanti «purezza grazie all'osservanza di un rito» (laddove quindi appare di nuovo in primo piano il profilo magico-religioso). Altri ritengono piuttosto di rintracciare una radice della parola nel babilonese '*wussû*' o '*wûsu*', che designa il «distinguere bene e male» (e in questo caso la connessione sarebbe maggiormente orientata sul versante etico).

⁷ L'etimologia del termine (dalla radice '*bhā*'; cfr. il greco '*phaino*' e '*phemi*' e il latino '*ferri*') sembra infatti rinviare a una forma di apparizione o manifestazione: in questo caso, evidentemente, della volontà divina.

⁸ Rapporti che dobbiamo immaginare non solo di natura religiosa, ma piuttosto ricchi, a loro volta, di implicazioni giuridiche: così i giorni «nefasti» sono quelli in cui è, ad esempio, impedito al pretore di pronunciare le parole-chiave del processo privato, quali '*do*', '*dico*', '*addico*'. La proibizione è quindi – come spesso accade nelle realtà arcaiche – in primo luogo proibizione di proferire determinate parole; ma, nel nostro caso, questo equivale a vietare la celebrazione dei processi in determinati giorni: solo i pontefici conoscono il calendario, e quindi stabiliscono i giorni nei quali è lecito agire in giudizio.

⁹ Si veda *infra*, § 33.

Commerci e giurisdizione pretoria

Il III secolo a.C. è anche il periodo in cui si formano le prime province, si incrementano i commerci mediterranei e sorge la magistratura del *praetor peregrinus*, onde rendere giustizia fra romani e stranieri e fra stranieri e stranieri. Nell'ambito di questa *iurisdictio* – così come di quella del *praetor urbanus* e degli edili curuli – prende vita il *ius honorarium*¹⁰, in cui non vi è ormai spazio per commistioni fra «giuridico» e «religioso» (nessun ruolo vi è infatti riservato ai pontefici, e a produrre diritto, con la redazione annuale dell'editto, sono i soli magistrati della *res publica*).

Da un'etica arcaica a un'etica di mercanti

Il fenomeno giuridico, che deve qui tener conto degli interessi dei mercanti e della libertà e rapidità degli scambi ad essi necessaria, tende ormai a discostarsi anche dalla morale dell'arcaica comunità agraria e dalla rigidità dei suoi schemi di comportamento. La correttezza richiesta (e in questo è paradigmatico l'itinerario che va dalla *fides* alla *bona fides*)¹¹ non è mero rispetto della parola data, ma attuazione e salvaguardia di quanto effettivamente pattuito in sede di libera contrattazione.

Il compimento della distinzione, rispetto alla religione

La distinzione fra diritto e religione assume così dall'età mediorepubblicana, almeno per quanto concerne il diritto privato (un discorso parzialmente diverso meriterebbero il diritto internazionale, pubblico e sacrale), un tratto irreversibile¹².

Il compimento della distinzione, rispetto alla morale

Ma anche rispetto alla morale il *ius* si configura sempre più come qualcosa di diverso, seppur non praticabile in dispregio della giustizia e delle esigenze di equità sollevate dal singolo caso. E tuttavia anche quando, molto più tardi (all'inizio del III secolo d.C.) i giuristi di età severiana si sforzeranno di valorizzare i principi naturali e il fondamento etico del *ius*, non mancheranno di segnalare l'incomprimibile alterità di diritto e morale¹³.

¹⁰ Sul quale *infra*, § 2.

¹¹ Cfr. *infra*, § 47.

¹² E ciò tanto più laddove la stessa figura dell'esperto di diritto si incarna non più nell'aristocratico che coltiva il sapere giuridico unitamente all'arte militare e all'impegno politico, ma (dall'età augustea in avanti) nello studioso *tout court*, le cui energie possono essere interamente destinate alla sola elaborazione giuridica, e agli occhi del quale il *ius* si presenta ormai come una sfera compiutamente autonoma. Su tutto ciò, si veda *infra*, § 32.

¹³ Come laddove Giulio Paolo affermerà che '*non omne quod licet honestum est*' («non tutto ciò che è lecito è onesto»): (62 *ad edictum*) D. 50.17.144.pr.

Valorizzazione del diritto

Il costituirsi del *ius* come sfera autonoma si accompagna (e in certa misura è determinante nel dar vita) a una crescente valorizzazione del ruolo del diritto nella vita sociale. Lo straordinario sviluppo della scienza giuridica a Roma si lega alla convinzione che fosse questo il sistema direttivo, da rendere via via più raffinato tecnicamente, con cui disciplinare i rapporti fra gli uomini, e che sempre questo (e non, ad esempio, la retorica, o la filosofia)¹⁴ fosse il sapere socialmente determinante, affidato a figure (i giuristi) di altissimo prestigio¹⁵. L'isolamento del *ius* è quindi, a Roma, isolamento di valorizzazione: non solo fenomeno di progressiva distinzione, ma soprattutto costituzione di un'autonomia che consentì il successivo, e formidabile, decollo tecnico.

Un carattere della storia dell'Occidente

Fra il diritto – consegnato a una compiuta laicità, e posto al centro della vita sociale – e la religione e la morale fu quindi nitidamente tracciata, nell'esperienza romana, una distinzione di sfere e di ambiti applicativi. L'isolamento e la valorizzazione non vennero meno neppure di fronte all'influenza, pur rilevante, della religione cristiana sul diritto tardoantico: esse erano anzi destinate a costituire un carattere forte della tradizione giuridica e culturale dell'Occidente.

2. Dal *ius Quiritium* al *ius civile* e alla pluralità dei piani normativi

2.1. Evoluzione del *ius* cittadino

Il *ius Quiritium*

Il nucleo più risalente del diritto conosciuto dai Romani è costituito dal *ius Quiritium*, ossia dal *ius* proprio dei più antichi membri della comunità cittadina, sorto nella comunità arcaica su base consuetudinaria (tramite l'operare dei '*mores*', e in correlazione agli apporti dei pontefici)¹⁶. È questo l'ambito in cui tro-

¹⁴ Diversamente da quanto riscontriamo nell'esperienza greca.

¹⁵ Alle quali ci si rivolgeva per chiedere un parere sulle questioni più importanti del vivere sociale: parere formalmente non vincolante, ma munito di altissima autorevolezza. La pratica di fornire *responsa* su specifiche ipotesi era a Roma, per tutta l'età repubblicana e per i primi due secoli di quella imperiale, assolutamente centrale. Il giurista passeggiava nel Foro per mostrarsi disponibile ad ascoltare le richieste dei *patres* e fornire loro un consiglio, oppure riceveva gli interpellanti nella propria casa (che talora diveniva, così, gremita di profani che chiedevano *responsa* al tecnico del diritto): cfr. Cicerone, *De oratore* 3.33.133. In certi casi, al giurista veniva addirittura costruita, a spese pubbliche, una dimora in cui ricevere gli interpellanti e dare pareri: è il caso di Scipione Nasica (si veda D. 1.2.2.37).

¹⁶ Si veda *infra*, § seguente.

vano riconoscimento alcune delle figure tipiche dell'esperienza giuridica arcaica (a cominciare da quel fascio di poteri, su cose animali schiavi e uomini liberi, spettante al *pater familias*), e a cui vengono ricollegati, anche più tardi, alcuni fondamentali istituti del diritto privato, a cominciare dalla proprietà civilistica in senso stretto (ossia distinta dall'*in bonis habere* o «proprietà pretoria»), denominata appunto '*dominium ex iure Quiritium*'.

Dal ius Quiritium al ius civile

Il piano normativo che storicamente succede al *ius Quiritium* e ne eredita il carattere di diritto peculiare della *civitas*, è il *ius civile*, ossia il diritto proprio dei '*cives*' («cittadini») ¹⁷. La cerchia di tali cittadini, ovviamente, è ormai ben più ampia dei soli '*Quirites*', e più numerose sono anche le fonti di produzione del nuovo diritto cittadino: tra di esse permangono i *mores* e la *interpretatio* dei giuristi (pontefici o laici che siano), ma si affermano anche fonti quali le XII Tavole, le leggi comiziali, i plebisciti, i senatoconsulti e poi le costituzioni imperiali. La continuità tra *ius Quiritium* e *ius civile* è tuttavia ben illustrata dalla riconducibilità a entrambi di figure fondamentali quali la proprietà ('*dominium*'). Per le posizioni giuridiche a carattere relativo (come le obbligazioni) sembra invece che il riconoscimento abbia iniziato a operare nella sola sfera del *ius civile*: non a caso, a fronte di un '*dominium ex iure Quiritium*' ¹⁸ si parla di un '*oportere*' (solo) '*iure civili*'.

La recezione nel ius civile di figure originariamente estranee ad esso

Rispetto al *ius Quiritium*, il *ius civile* conosce un rilevante fattore di sviluppo nella recezione (cosiddetta «civilizzazione») di istituti originariamente affermatosi nell'ambito del *ius gentium* e/o del *ius honorarium*. È questo il caso dei contratti consensuali (compravendita, locazione conduzione, società e mandato): istituti di probabile origine pretoria ¹⁹ e che potevano essere conclusi anche da stranieri (perciò considerati contratti del *ius gentium*). Essi però, col tempo, divengono produttivi di effetti (anche) sul piano del *ius civile* ²⁰, e sono infatti pro-

¹⁷ S'intende, cittadini romani. Per alcuni istituti del *ius civile* era peraltro prevista una fruibilità anche da parte di limitati gruppi di non romani (così per il matrimonio rispetto a quanti godessero di *ius connubii*, o per la *mancipatio* per chi avesse il *ius commercii*). Altri istituti, pur potendo dispiegare i propri effetti sul piano del *ius civile*, erano considerati di *ius gentium* (in uno dei significati che vedremo propri di questo sintagma) nel senso che ne era consentita la fruizione anche da parte degli stranieri: è il caso, come vedremo, della *stipulatio*.

¹⁸ E di una menzione dello stesso *ius Quiritium* in formule solenni come quella della *legis actio sacramenti in rem*, o della *mancipatio*.

¹⁹ Almeno nel senso che il primo riconoscimento di una tutela processuale per i crediti che ne sorvegliano non è da situare, se non per limitatissimi casi, nell'ambito delle *legis actiones*, ma piuttosto nel contesto della *iurisdictio inter cives et peregrinos* del *praetor peregrinus*, che molto probabilmente, a sua volta, recepì prassi e tecniche di composizione arbitrali.

²⁰ Così ad esempio dalla compravendita ('*emptio venditio*') sorge a carico di ciascuna parte

tetti da un'azione propria del *ius civile* (*actio civilis*, con *intentio in ius ex fide bona*). Qualcosa di analogo è da dirsi per quelle figure negoziali che solo tra fine repubblica e inizio principato ottengono la tutela di un'*actio in ius* (di nuovo, *ex fide bona*), mentre precedentemente erano protetti solo da *actiones in factum*: è ciò che accade con deposito e comodato, ma anche con la *negotiorum gestio* («gestione di affari altrui»).

2.2. Origine e sviluppo del *ius* «sovranzionale»

Il ius fetiale

La prima sfera normativa che a Roma presenta un carattere sovranazionale è rappresentata dal *ius fetiale*, ossia da quel ramo del *ius sacrum* pertinente alle funzioni dei feziali. Questi ultimi costituivano uno dei più antichi collegi sacerdotali di Roma: le loro funzioni consistevano nella gestione dei rapporti – di pace e (soprattutto) di guerra – tra il popolo romano (che essi rappresentavano) e le comunità straniere²¹. Il *ius fetiale* si connotava perciò, rispetto al *ius Quiritium* (e poi anche al *ius civile*), per la caratteristica della comunanza a Romani e stranieri, ma anche per un carattere essenzialmente pubblicistico.

Dal ius fetiale al ius gentium

Proprio la sovranazionalità del *ius fetiale* ha indotto alcuni studiosi a individuare in questo particolare diritto il precedente storico del *ius gentium*²². Il *ius gentium*, sul piano diacronico, starebbe così al *ius fetiale* come il *ius civile* sta al *ius Quiritium*. Quel che distinguerebbe profondamente il *ius gentium* rispetto al *ius fetiale* sarebbe in primo luogo il carattere (sempre più) esclusivamente laico di questa sfera normativa (laddove invece il *ius fetiale* aveva, per definizione, natura religiosa). In secondo luogo, risulterebbe distintivo il carattere (anche e soprattutto) privatistico del *ius gentium*, come diritto relativo ai rapporti tra privati, a qualunque comunità essi appartengano: tale carattere non sarebbe originario (dal momento che il *ius fetiale* inerisce ai rapporti tra comunità politiche, e costituisce quindi una sorta di «diritto pubblico internazionale») e si sarebbe, piuttosto, affermato gradualmente, col dilatarsi delle relazioni commerciali nell'area mediterranea.

un'obbligazione ('*oportere*'), riconosciuta dal *ius civile* e protetta da specifica azione. A favore del compratore si determina poi non un passaggio di proprietà (in quanto l'*emptio venditio* non ha effetti reali) ma un'immissione in possesso in base a un titolo idoneo (nel caso, '*ex empto*'), tale da determinare in breve tempo, in presenza di ulteriori requisiti, l'usucapione, e quindi l'acquisto del *dominium ex iure Quiritium*.

²¹ Inizialmente, deve presumersi, rapporti tutti calati nella sfera del religioso, ossia essenzialmente configurati come rapporti tra le divinità dei vari popoli.

²² La cui distinzione dal *ius civile* non sarebbe, a sua volta, un dato originario, ma solo posteriore allo scioglimento della Lega Latina (338 a.C.).

La polisemia di ‘ius gentium’

Fra i molti significati che ha assunto il sintagma ‘*ius gentium*’, prevale, almeno nelle fonti giurisprudenziali²³, quello di «insieme di norme e istituti (essenzialmente del diritto privato) comuni a Romani e stranieri»²⁴. Secondo alcuni studiosi, esso riuscirebbe così comprensivo di due diverse nozioni: da un lato, quella di parte dell’ordinamento romano composto dall’insieme delle regole e degli usi propri di tutti i popoli²⁵, e dall’altro quella di parte del *ius civile* che si applica anche agli stranieri²⁶. È difficile dire se questa duplicazione concettuale corrisponda pienamente alle visuali dei giuristi romani: indubbiamente essa non è mai stata da loro compiutamente ed espressamente teorizzata.

Certo è che – anche ammettendo l’esistenza, per secoli, di un concetto sostanzialmente unitario del *ius gentium* – questo non preclude l’esistenza di sue interne articolazioni, di sviluppi e mutamenti diacronici, e anche di un’insopprimibile polisemia del sintagma ‘*ius gentium*’,²⁷ sia contemplato in sé che valutato in rapporto al *ius civile* e al *ius naturale*²⁸.

I rapporti fra *ius gentium* e *ius naturale*

Già nel mondo antico²⁹ i confini tra *ius gentium* e *ius naturale* non risultano sempre nitidissimi, né mancano di sensibili mutamenti nel tempo.

Così in Cicerone è talora adombrata una tendenziale coincidenza tra le due sfere normative³⁰, e in Gaio (non il *ius naturale* ma almeno) la ‘*naturalis ratio*’

²³ Nelle quali peraltro, a quanto ci consta, il sintagma ‘*ius gentium*’ non appare prima del II secolo d.C.

²⁴ Ossia di norme e di istituti che, rispettivamente, valgono e sono fruibili tanto dai cittadini romani che dagli stranieri.

²⁵ Ossia quel *ius* ‘*commune omnium hominum*’ («comune a tutti gli uomini») di cui – come leggiamo in Gaio, *Institutiones* 1.1 – ‘*omnes populi ... partim utuntur*’ («in parte usano tutti i popoli»).

²⁶ È il caso, ad esempio, della *verborum obligatio*: cfr. Gaio, *Institutiones* 3.93.

²⁷ Basti pensare al suo significato (destinato ad ampia fortuna moderna) di diritto comune ai popoli intesi come comunità politiche, ossia «diritto (essenzialmente pubblico) in vigore nei rapporti tra ‘Stati’». Sarebbe questo, secondo alcuni studiosi, il significato – prevalente o esclusivo – che nel mondo antico il sintagma avrebbe avuto fino all’età di Cicerone.

²⁸ Diverso il discorso per un concetto come quello di ‘*ius civile*’, i cui contorni sarebbero, di per sé, piuttosto nitidi, ma tendono a mutare se questa sfera normativa è posta a confronto col *ius honorarium* o col *ius gentium*. Così un istituto come la *stipulatio* – *verborum obligatio* conosciuta anche da altri popoli, e fruibile anche dai *peregrini* – rientra nel *ius civile* se questo è contemplato in contrapposizione al *ius honorarium*. Se invece il *ius civile* viene valutato in confronto col *ius gentium*, la *stipulatio* dovrà essere considerata come figura propria della seconda sfera normativa.

²⁹ Come poi anche in quello moderno.

³⁰ Si veda in particolare *De officiis* 3.5.23 (ove l’identità è invero proposta fra ‘*natura*’ e ‘*ius gentium*’).

è posta alla base del *ius gentium*, come la volontà del singolo popolo³¹ è alla base del *ius civile*.

Nei giuristi severiani, tuttavia, le due sfere normative sembrano ormai senz'altro distinguersi: in Ulpiano, ad esempio, il *ius naturale* nulla ha a che vedere con la natura o la ragione umana³², comune a tutti i popoli, ma piuttosto costituisce il diritto comune all'uomo e agli altri animali, e come tale ben diverso da quel *ius gentium* che rappresenta il prodotto del comune progresso (solo) umano³³.

È così che possono profilarsi istituti o regimi che sono propri del *ius gentium* e viceversa ignoti al *ius naturale*, e anzi contrari ai suoi principi: è il caso della schiavitù, istituto comune a tutti i popoli antichi, ma stimato da Ulpiano non rispondente al diritto naturale³⁴. Ed è anche così che si gettano le basi per quella netta tricotomia (*ius naturale*, *ius gentium* e *ius civile*) che troviamo più tardi enunciata in apertura delle *Institutiones* di Giustiniano (1.2).

2.3. Diritto di origine magistratuale

Ius honorarium

Il *ius honorarium* deriva il proprio nome, stando alle fonti³⁵, dall'«*honor*» («carica») dei magistrati muniti di «*iurisdictio*» (ossia, etimologicamente, del potere di dire cosa sia «*ius*»)³⁶. Tale *iurisdictio* è riconosciuta, in termini generali, ai pretori (urbano e peregrino), ma anche, per specifici settori (di materia o di giurisdizione territoriale), agli edili curuli e ai governatori provinciali. La fonte principale in cui si estrinseca la *iurisdictio* e da cui pertanto scaturisce il *ius honorarium*, è l'editto, ossia il programma annuale che il magistrato (giusta il proprio «*ius edicendi*»)³⁷ emana al momento dell'entrata in carica, e nel quale indica i mezzi processuali che concederà, e i casi in cui essi saranno fruibili³⁸.

³¹ In riferimento alla quale è assunto da Gaio come paradigmatico il caso della *lex rogata*.

³² Come invece accade in molte elaborazioni posteriori, in una linea di pensiero che va almeno da Isidoro di Siviglia a San Tommaso.

³³ Una simile prospettiva diviene ancor più visibile in Ermogeniano (fine III secolo d.C.): cfr. D. 1.1.5.

³⁴ Secondo cui tutti nascono liberi: cfr. (Ulpiano 1 *inst.*) D. 1.1.4.

³⁵ Cfr. in particolare (Pomponio *lib. sing. enchiridii*) D. 1.2.2.10 («*ius honorarium ... dicitur, quod ab honore praetoris venerat*») e (Papiniano 2 *def.*) D. 1.1.7, dove del *ius praetorium* è detto che «*et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*».

³⁶ «*Ius*» che è qui da intendere – in conformità a peculiarità romane, ignote alle esperienze giuridiche moderne – sia come ordinamento giuridico nel suo insieme, che come soluzione del caso concreto (eventualmente idonea ad assumere, tramite successive conformi applicazioni, una portata più ampia e generale). L'attività del pretore e degli altri magistrati con *iurisdictio* si esplicava appunto nel *dicere* cosa fosse *ius*, in entrambe queste sue accezioni.

³⁷ Ossia il potere di fare comunicazioni al popolo, e in particolare di emanare disposizioni vincolanti l'intera comunità. Il collegamento fra promulgazione degli editti e nascita del *ius hono-*

Ius praetorium

Usato talora come (quasi) sinonimo di *ius honorarium*³⁹, il sintagma ‘*ius praetorium*’ indica in realtà solo una parte, sebbene la più rilevante, della sfera normativa di cui ci siamo appena occupati. ‘*Ius praetorium*’ designa cioè solo quella parte del *ius honorarium* che promana dal *ius edicendi* dei pretori (*praetor urbanus* e *praetor peregrinus*).

Il primo compito del ius praetorium rispetto al ius civile: adiuvare

Proprio le funzioni del *ius praetorium* sono, tra II e III secolo d.C., oggetto di un’esplicita disamina da parte dei giuristi romani. Così Papiniano⁴⁰ non definisce l’essenza del *ius praetorium*, ma piuttosto enuncia un triplice ordine di funzioni che esso – non in sé, ma rispetto al *ius civile* – mira ad assolvere. La prima funzione è costituita dall’«aiutare» il *ius civile* (*adiuvandi iuris civilis gratia*), ossia dal predisporre mezzi (processuali) idonei a far sì che le aspettative di tutela e i diritti vantati sul piano (sostanziale) del *ius civile* non vadano delusi, o comunque ottengano una più efficace protezione.

Quanto appena rilevato non deve indurci a sostenere che qualsiasi mezzo processuale promesso dal pretore costituisca sempre un «aiuto» rispetto al *ius civile*, nel senso che per qualsiasi diritto proprio di quest’ultima sfera normativa (fosse anche il *dominium ex iure Quiritium*) è sempre il magistrato a concedere l’azione che lo tutela⁴¹. Piuttosto dobbiamo pensare a ipotesi in cui il magistrato interviene a rafforzare una previsione o un riconoscimento giuridico già presente sul piano del *ius civile*. È questo il caso, ad esempio:

- delle disposizioni pretorie in tema di delitto di *iniuria* (che introducono un’*actio aestimatoria*, in cui cioè l’ammontare della condanna è commisurato all’entità della lesione), che affiancano e «adiuvano» le vecchie prescrizioni decemvirali (che sancivano la pena fissa di 25 assi: somma col tempo divenuta irrisoria a seguito dell’inflazione)
- della pena del furto manifesto (che è nel quadruplo per il *ius praetorium*, mentre il *ius civile* prevedeva solo l’*addictio* del ladro al derubato)

rarium appare particolarmente stringente in (Pomponio *lib. sing. enchiridii*) D. 1.2.2.10: ‘*magistratus ... edicta proponerant. Quae edicta praetorum ius honorarium constituerunt*’ («i magistrati ... emanavano editti, i quali costituirono il *ius honorarium*»).

³⁸ Circa le particolarità di questa fonte normativa, si veda *infra*, §§ 3 e 38.

³⁹ E ciò talora già da parte dei giuristi romani: così Papiniano in D. 1.1.7.

⁴⁰ In D. 1.1.7, tratto dal secondo dei suoi *libri definitionum*.

⁴¹ Come vedremo, il fatto che il processo formulare sia costituito da un insieme di mezzi processuali promessi dal pretore anche a garanzia di situazioni riconosciute dal *ius civile*, è semmai da considerare una prova a favore dell’unità dell’ordine giuridico romano, laddove *ius civile* e *ius honorarium* rappresentavano diversi piani normativi, ma non davano vita a due distinti ordinamenti.

- della *bonorum possessio* concessa a chi sarebbe comunque *heres* sulla base del *ius civile*.

Il secondo compito del *ius praetorium* rispetto al *ius civile*: supplere

Una seconda funzione del *ius praetorium* è scorta da Papiniano nel «supplire» del *ius praetorium* rispetto al *ius civile* (*'supplendi iuris civilis gratia'*). Chiaramente questa seconda funzione non sempre è facilmente distinguibile da quella terza funzione, correttiva, su cui ci soffermeremo tra breve: «supplire» implica infatti una presa di coscienza circa l'esistenza di lacune del *ius civile*, e di esiti iniqui (contrari al *'bonum et aequum'*) a cui, sul piano dello stesso *ius civile*, si darebbe vita se queste lacune permanessero tali.

Come esempio di questo «supplire» (non disgiunto da una funzione «correttiva») si pensi alla concessione di una *bonorum possessio* a favore dei figli (*'liberi'*) anche se non più nella *patria potestas* del *de cuius* al momento della morte di questi⁴². Tale concessione rappresenta un intervento suppletivo del *ius praetorium* (in quanto è percepita come una lacuna la mancata menzione dei figli non *'sui'* ai fini della successione legittima *ex lege XII Tabularum*), ma presenta anche una funzione correttiva, nel senso di precludere, di fatto, che la successione sia devoluta alla seguente classe di successibili *ex lege* (ossia gli *adgnati*, e in particolare l'*adgnatus proximus*).

Più in generale, possiamo dire che ogni volta che il pretore concede un'*actio utilis* o un'*actio in factum*, abbiamo da parte sua la percezione di un vuoto normativo e il proposito di ovviarvi tramite la concessione di un mezzo processuale a favore di chi, *iure civili*, non potrebbe vantare alcun diritto.

Il terzo compito del *ius praetorium* rispetto al *ius civile*: correggere

La terza e ultima funzione attribuita da Papiniano al *ius praetorium* è, come accennato, quella di «correggere» (*'corrigendi iuris civilis gratia'*). In effetti, il pretore si trova nell'impossibilità di modificare le disposizioni del *ius civile* e la titolarità dei diritti che si pongono su quel piano normativo⁴³. Tuttavia, egli può correggere gli eccessivi formalismi del *ius civile*, o le sue disposizioni non più rispondenti alle esigenze e al sentire sociale, tramite la previsione di meccanismi processuali che apparentemente non alterano il diritto sostanziale per come disegnato dalle fonti del *ius civile*. Ma in realtà la correzione si compie senz'altro, solo che l'interessato sfrutti gli strumenti giurisdizionali che il pretore mette a sua disposizione con l'editto.

⁴² Sul punto si veda *infra*, § 14.

⁴³ Come nel caso del *dominium ex iure Quiritium*, ma anche dei crediti che si configurano nei termini di un *'oportere iure civili'*. Il pretore non può neanche assegnare la qualifica di erede a chi non lo sia sulla base del *ius civile* (*'praetor heredes facere non potest'*): piuttosto, egli potrà intervenire con la concessione della *bonorum possessio*, predisponendo così la situazione idonea a un successivo acquisto per usucapione.

Come esempio della funzione correttiva del *ius praetorium* si pensi all'ipotesi in cui taluno sia stato indotto dagli altrui raggiri (*dolus malus*) o dal timore di una ingiusta e grave violenza cui altrimenti sarebbe andato incontro (*metus*), a promettere con *stipulatio* una determinata prestazione: egli sarà, *iure civili*, senz'altro debitore, e in nulla rileverà il vizio da cui era affetta la sua volontà. Tuttavia il pretore interviene a correggere questo regime e salvaguarda l'integrità patrimoniale della vittima di dolo o violenza concedendogli o un'*exceptio* (se ancora non ha adempiuto ed è conseguentemente citato in giudizio: nel qual caso otterrà di non corrispondere ciò di cui è *iure civili* debitore) oppure un'*actio* (*de dolo* o *quod metus causa*), se vi è già stato adempimento, e si mira quindi a condannare l'autore del raggiri o della minaccia al pagamento di una somma, rispettivamente, pari o multipla del danno patrimoniale arrecato⁴⁴.

Il rapporto tra sfere normative e l'unicità dell'ordinamento

Le tre funzioni del *ius praetorium* individuate dagli stessi giuristi romani, hanno indotto alcuni studiosi a configurare il medesimo *ius praetorium* (e più in generale il *ius honorarium*) come un ordinamento giuridico autonomo e distinto, «parallelo», rispetto al *ius civile*. Questa interpretazione è probabilmente condizionata da visuali moderne del fenomeno giuridico, e in particolare dalle concezioni normativistiche. Sul piano storico, questa interpretazione non appare poi in grado di superare la difficoltà costituita dalla configurazione di un ordinamento duplice in cui però unica è la giurisdizione⁴⁵. Sembra quindi preferibile parlare del *ius civile* e del *ius honorarium* non come due differenti sistemi giuridici, ma piuttosto come due piani normativi diversi⁴⁶, tutt'altro che impermeabili l'uno all'altro, e che col tempo finiscono anzi per compenetrarsi⁴⁷, e perdere poi sostanzialmente, in età giustiniana, la loro alterità.

⁴⁴ Più in generale, una funzione correttiva è stata scorta in tutti quei tipici strumenti della giurisdizione pretoria che sono *denegationes actionis*, *exceptiones* e *praescriptiones*.

⁴⁵ Nel processo formulare, creato dal pretore, trovano infatti tutela anche i diritti riconosciuti dal *ius civile*.

⁴⁶ Secondo la terminologia di altri studiosi, come «due settori normativi di uno stesso sistema giuridico».

⁴⁷ Così che situazioni come quella dell'*in bonis habere* garantito dagli interventi pretori potrà configurarsi, a metà del II secolo d.C., come autentica «proprietà pretoria» (giusta la dottrina gaiana del '*duplex dominium*'). Sul versante degli apporti giurisprudenziali, un intento di fusione delle fonti e dei piani normativi sembra sotteso alla stessa scelta di praticare generi letterari come i *digesta*, comprensivi di una parte ricalcata sulla sequenza editale e di un'altra dedicata a *leges* e *senatusconsulta*.

3. Dalla società allo «Stato», nelle fonti del diritto

3.1. Produzione consuetudinaria e giurisprudenziale del diritto

Carattere «extrastatuale»

Per quanto concerne le fonti e i meccanismi di produzione del diritto, essi sono dapprima da ricercarsi esclusivamente nella società (aggregazione di uomini che interagiscono sul piano morale e materiale, a prescindere da eventuali investiture politiche), e più tardi sono invece ricondotti, in misura crescente, a un organismo politico (*res publica*, che qui tradurremo con «Stato»)⁴⁸. A dominare la produzione del diritto nell'età più antica sono infatti, come abbiamo accennato, i *mores* e le pronunzie (*responsa*) dei pontefici⁴⁹.

I mores

I *mores* sono regole di condotta, morale e giuridica, iscritte nel costume. In particolare, secondo alcuni autori, essi sarebbero sorti dall'aggregazione del «modo di vivere» (*mos*) di ciascuna *familia* e *gens* (patrizia): aggregazione avvenuta a seguito della costituzione, negli anni della monarchia etrusca, di uno spazio cittadino e politico unitario⁵⁰. Pur dovendosi considerare fonte del diritto «extrastatuale», tipica dell'età arcaica, i *mores* non sarebbero quindi un «fatto normativo» originario, ma già una rielaborazione della produzione consuetudinaria gentilizia. Una rielaborazione sulla quale avrebbe non poco inciso la nascita, a seguito della riforma serviana, di una sola, compatta realtà cittadina.

I responsa

I *responsa* dei pontefici sono risposte formulate a fronte di richieste di privati relative al compimento di atti negoziali o processuali. Per quanto, come accennato⁵¹, sia difficile per l'età arcaica distinguere l'ambito dei vari sistemi direttivi, è da notare come i pontefici siano autorità religiose, non politiche né militari⁵²: la loro capacità di produrre *ius* deriva perciò dalla conoscenza di un sapere e da una loro particolare autorevolezza, non dall'essere un ausiliario del re o un magistrato della *res publica*.

⁴⁸ Cfr. *supra*, nt. 1.

⁴⁹ È invece molto dubbia la natura e il ruolo che in età monarchica avrebbero assunto certe disposizioni direttamente provenienti dal re, note come *leges regiae*.

⁵⁰ In questo senso possiamo definire il *mos* come «costume intrafamiliare» e i *mores* come «costumi dell'intera comunità cittadina».

⁵¹ Si veda *supra*, § precedente.

⁵² Come è stato rilevato, i sacerdoti sono, nell'età più risalente, organi della «città-Stato» al pari dei magistrati, ma non sono essi stessi magistrati.

La receptio moribus

Secondo alcuni studiosi, il legame fra *responsa* e *mores* sarebbe stato, almeno sino all'età dell'imperatore Adriano (117-138 d.C.), particolarmente stretto, nel senso che non la pronunzia del giurista (sacerdote prima e laico più tardi) sarebbe stata immediatamente produttiva di diritto, ma la sua recezione da parte dei consociati. A creare *ius* sarebbe quindi il ripetersi di comportamenti, da parte dei membri della comunità, sostanzialmente conformi all'originario parere del sapiente (cosiddetta '*receptio moribus*').

La produzione giurisprudenziale del diritto

Certo è comunque che per tutta la repubblica e sino almeno al III secolo d.C. a produrre diritto, direttamente o meno, concorrono i pareri dei giuristi – dapprima sacerdoti e poi laici, ma che sempre operano come privati cittadini, investiti di un ruolo autorevole che deriva loro dalla conoscenza del *ius*, ma senza ricoprire necessariamente alcuna carica politica. Si tratta di una fonte di produzione del *ius* «extrastatuale», che non a caso gli imperatori cercheranno di controllare attraverso il '*ius respondendi ex auctoritate principis*' («diritto di dare responsi sulla base dell'autorità del principe») e la chiamata dei più importanti giuristi nel proprio *consilium*.

Declino dei mores

Quanto ai *mores*, appare significativa la loro assenza negli elenchi di fonti del *ius* messi a punto, fra II e III secolo d.C., da Gaio, Pomponio e Papiniano⁵³. È possibile che questo sia da attribuire all'intervento di Adriano e alla forza vincolante da lui attribuita – senza ormai più alcuna necessità di *receptio moribus* – ai pareri, di contenuto conforme, provenienti da giuristi muniti di *ius respondendi*⁵⁴.

Altre forme di produzione «extrastatuale» del diritto

Nell'elaborazione giurisprudenziale il riferimento alla formazione consuetudinaria del diritto torna ad affiorare nei primi decenni del III secolo d.C., verosimilmente in conseguenza della concessione, da parte dell'imperatore Antonino Caracalla, della cittadinanza a tutti i sudditi dell'impero (*constitutio Antonini*).

⁵³ È peraltro da ricordare come nelle *Institutiones* di Gaio i *mores* non vengono menzionati nell'elenco delle fonti del diritto ('*iura populi Romani*'), ma sono richiamati nell'iniziale riferimento ai popoli (quale anche il romano) che '*legibus et moribus reguntur*' («sono retti da leggi e costumi»): i *mores* sono quindi, per Gaio, accanto alle leggi e agli atti ad esse equiparati, tra le fonti normative di tutti i popoli che hanno raggiunto un certo livello di civiltà giuridica.

⁵⁴ Proprio quest'ultimo elemento, oltre che la provenienza imperiale della riforma, deve indurci a pensare che l'esclusione dei *mores* dalle fonti del diritto attive nel II secolo d.C. non sia avvenuta a beneficio di un'altra fonte «extrastatuale» del *ius* (i responsi dei giuristi), ma sia piuttosto da interpretare come ulteriore attestazione del crescente rilievo del potere imperiale nella produzione del diritto.

niana, del 212 d.C.). In virtù di questo provvedimento i diritti locali si configurarono come mere consuetudini locali. Esse peraltro, come del resto le nuove norme consuetudinarie che vennero affermandosi tra i vecchi *cives*, non mancarono di assumere – come presto riconobbero i giuristi – carattere vincolante. Ma quest'ultimo veniva in essere solo in assenza di un'esplicita previsione di una norma scritta: in altre parole, da fonte originariamente pressoché esclusiva (nella forma dei *mores*), la formazione consuetudinaria del diritto si riduceva adesso a fonte subalterna e sussidiaria⁵⁵.

3.2. Le leggi e i plebisciti

La legge delle XII Tavole

Fin dalla metà del V secolo a.C. si affermano a Roma anche forme di produzione del diritto che promanano dal potere politico⁵⁶, quali in primo luogo la legge delle XII Tavole e poi le *leges rogatae*. Le XII Tavole sono emanate da una magistratura collegiale straordinaria (quella dei *decemviri legibus scribundis*), le cui vicende qui non interessano, ma che è comunemente riconosciuto abbia realizzato un corpo normativo assimilabile (se non proprio compiuto a imitazione, come vorrebbe la tradizione) ai *nómoi* delle «città-stato» greche. Questo corpo normativo non cancellò il ruolo dei pontefici nella produzione del *ius*, ma costituì un modello di fonte del diritto decisamente alternativo: prodotta da organi politici, scritta e predefinita, uguale per tutti⁵⁷.

Le leges

Le leggi in senso stretto (*leges rogatae*) sono proposte dai magistrati (ordinari e permanenti), approvate dalle assemblee popolari e ratificate dal Senato. Alla loro produzione cooperano quindi tutti e tre gli elementi della costituzione repubblicana. È peraltro interessante notare come, almeno fino al III secolo a.C.⁵⁸, fossero verosimilmente più frequenti leggi che vietavano determinati atti ma che, in caso di violazione, comminavano una pena pecuniaria anziché sancire la nullità dell'atto stesso (*leges minus quam perfectae*), o addirittura leggi che vietavano un atto ma senza disporre alcuna sanzione in caso di violazione (*leges imperfectae*), mentre dovevano essere inizialmente più rare leggi che vietavano un atto e ne prevedevano la nullità se era poi effettivamente compiuto (*leges perfectae*).

⁵⁵ E tale si mantenne per tutto il corso dell'età tardoantica.

⁵⁶ Da quello che noi designeremmo come «Stato»: cfr. *supra*, nt. 1.

⁵⁷ Evidente, in questo senso, la vicinanza al principio della «isonomía» proprio delle póleis greche.

⁵⁸ E secondo alcuni autori anche più tardi, nel senso che *leges perfectae* sarebbero state promulgate solo alla fine dell'età repubblicana.

Dalle *leges imperfectae* alle *leges perfectae*

La spiegazione di questa particolare cautela nel ricorso allo strumento legislativo è da cercarsi nel fatto che il diritto su cui le *leges* andavano a incidere era ancora prevalentemente formato, in età mediorepubblicana, da *mores*, percepiti come insiti nella natura stessa dei rapporti umani, e perciò immutabili. Il legislatore non poteva stravolgerli radicalmente, e del resto anche laddove egli non interveniva a comminare sanzioni giuridiche, è verosimile che la violazione del divieto legislativo desse luogo a riprovazione morale e ad altre conseguenze negative sul piano sociale. Il progressivo affermarsi delle *leges perfectae* equivale quindi a una ulteriore manifestazione del crescente potere dello «Stato» nella creazione del diritto, a discapito delle originarie forme di controllo sociale.

I plebiscita

Se poi da un lato le assemblee di tutto il popolo (comizi centuriati e tributi) approvano le *leges rogatae*, dall'altro anche le assemblee formate dai soli plebei (i *concilia plebis*) votano atti normativi (i *plebiscita*). Essi rappresentano dapprima nient'altro che decisioni rivoluzionarie, proposte e approvate in seno al «controstato» plebeo. A seguito dell'emanazione della *lex Hortensia* (286 a.C.), i *plebiscita* vengono però equiparati alle leggi comiziali e vincolano tutto il popolo, patrizi e plebei: essi diventano perciò, a tutti gli effetti, una fonte «statuale» del diritto.

3.3. Editti e senatoconsulti

Altre fonti di carattere «statuale»

«Statuali» sono anche altre fonti, tra le più incisive nella storia del diritto privato fra repubblica e principato: gli editti dei magistrati con potere di «dire cosia sia diritto» (*iurisdictio*), e quindi di amministrare la giustizia, e le pronunzie del Senato (i *senatus consulta*).

L'editto del pretore

Fra gli editti magistratuali ha una portata generale⁵⁹ e acquista, a partire almeno dagli ultimi due secoli della repubblica, un ruolo centrale l'editto del pretore. Si tratta di un programma con cui il magistrato indica, al momento della sua entrata in carica, i mezzi di tutela processuale che concederà. Esso è quindi, in primo luogo, una autoregolamentazione da parte del pretore, ma offre anche ai consociati un quadro delle situazioni giuridiche che (o perché già riconosciute dal *ius civile* o perché stimate meritevoli sul piano del *ius honorarium*) possono

⁵⁹ Ossia non circoscritta alla giurisdizione in determinate materie, come accade per l'editto degli edili curuli, chiamati a risolvere le controversie relative alle compravendite, nei mercati, di schiavi, giumenti e fiere.

trovare protezione in quel particolare meccanismo di intervento «statale» che è il processo.

Il significato della «codificazione» dell'editto

L'editto è emanato annualmente, e in astratto può essere, di volta in volta, completamente diverso da quello che lo ha preceduto. Tuttavia, a seguito di una lunga evoluzione (cui partecipano, in forma incisiva, i giuristi, coi loro consigli e i loro commenti), esso viene stabilizzandosi in una serie di clausole costanti. Mutato il regime, da repubblicano a imperiale, il nuovo potere politico si volgerà proprio a questa struttura ormai da tempo stabilizzata per appropriarsi dell'editto, sinora appannaggio dei magistrati repubblicani. Questo è il senso che dobbiamo scorgere nella «codificazione» (o «cristallizzazione») dell'editto, voluta dall'imperatore Adriano e realizzata dal giurista Giuliano fra il 130 e il 138 d.C.

I senatoconsulti

I senatoconsulti sono atti, emanati dal Senato, dapprima meramente consultivi, ossia forniti di alta autorevolezza ma formalmente non vincolanti. Forse già alla fine della repubblica, e poi senz'altro dal I secolo d.C. essi assumono però forza di legge⁶⁰, tanto più che ben presto divengono uno strumento normativo nelle mani del principe, la cui proposta (*'oratio principis in senatu habita'*) è quasi automaticamente approvata dai senatori e costituisce quindi la sostanza del loro atto normativo.

3.4. Le costituzioni imperiali e le «codificazioni» tardoantiche e giustinianee

Le constitutiones

I successori di Augusto non tarderanno a occuparsi in prima persona, e direttamente⁶¹, della produzione del *ius*. Le costituzioni imperiali – siano esse a carattere generale (come *edicta* e *mandata*) o particolare (come *decreta*, *rescripta* ed *epistulae*) – divengono così la tipica espressione di norme che provengono, senza alcuna partecipazione popolare, esclusivamente dal potere politico, ossia da uno «Stato» sempre più accentrato nelle mani dell'imperatore.

⁶⁰ *'Legis vicem optinent'* («hanno valore di legge»), secondo Gaio (*Inst.* 1.4), che pure registra l'esistenza di discussioni al riguardo.

⁶¹ Senza cioè necessariamente riversare la sostanza della propria volontà normativa nelle forme delle *leges rogatae* (come ancora fece Augusto) o dei senatoconsulti (come abbiamo appena visto).

Verso la polarità leges/iura

Dalla metà del III secolo d.C., proprio le costituzioni imperiali diverranno la principale fonte di diritto: sparita da tempo la legislazione comiziale, cristallizzato l'editto, venuta meno la necessità di ricorrere a senatoconsulti e inaridita la forza propulsiva e creativa della giurisprudenza (ormai operante solo nell'anonimato della cancelleria imperiale e delle scuole), a produrre diritto è adesso solo la macchina burocratica che fa capo al sovrano assoluto. In età tardoantica le costituzioni imperiali assumono il nome di '*leges*' (contrapposte agli '*iura*', costituiti dagli scritti degli antichi giuristi), e formano l'oggetto delle prime codificazioni (coi codici gregoriano, ermogeniano, poi teodosiano e infine giustiniano).

Le «codificazioni»: da private a pubbliche

Le raccolte di *leges* sono codificazioni – o, più propriamente, «consolidazioni» di precedente materiale normativo – compiute dapprima da semplici privati (nel caso dei codici gregoriano ed ermogeniano) e più tardi dallo stesso potere politico (codici teodosiano e giustiniano). Anche in quest'ambito assistiamo quindi a un tratto di andamento che va da una raccolta ed elaborazione posta in essere in seno alla società civile a una voluta e realizzata da organi «statali». Con queste «codificazioni» viene perfezionata la transizione da un modello di diritto giurisprudenziale a uno legislativo, in cui a produrre diritto (o a stabilire quali dei materiali giuridici del passato costituiscano ancora diritto vigente) è esclusivamente l'imperatore.

Uno schema riassuntivo

Con le «codificazioni» viene anche meno⁶² un tipico tratto dell'esperienza giuridica romana, in cui le fonti del diritto si erano venute col tempo accumulando, e il sopraggiungere di nuove non toglieva formalmente vigore alle più antiche (come ad esempio le XII Tavole, ancora vigenti in età imperiale, quando erano addirittura oggetto di commenti giurisprudenziali).

Una situazione che possiamo sintetizzare con la seguente tabella⁶³:

⁶² In quanto solo il materiale, legislativo e giurisprudenziale, che trova posto nelle raccolte di Teodosio e, ancor più, di Giustiniano potrà avere, in futuro, valore normativo.

⁶³ In essa si è distinto tra fonti 'attive', ossia capaci di produrre nuovo diritto, e fonti 'in vigore', in cui sono incluse sia quelle 'attive' sia quelle non più capaci di produrre *ius*, ma dalle quali è a suo tempo scaturito un diritto tuttora vincolante. Così ad esempio le *leges rogatae* non sono più attestate, come modo di produzione del diritto, dopo l'imperatore Nerva (fine I secolo d.C.), ma quanto da esse stabilito manterrà molto più a lungo la propria vigenza.

PERIODO STORICO	FONTI «EXTRASTATALI» ATTIVE	FONTI «STATUALI» ATTIVE	FONTI «EXTRASTATALI» IN VIGORE	FONTI «STATUALI» IN VIGORE
VIII secolo – metà del V secolo a.C.	<i>Mores, interpretatio</i> dei pontefici	(<i>Leges regiae?</i>)	<i>Mores, interpretatio</i> dei pontefici	(<i>Leges regiae?</i>)
Metà del V secolo a.C. – 286 a.C.	<i>Mores, interpretatio</i> dei pontefici, plebisciti (vincolanti i soli plebei)	Legge delle XII Tavole, <i>leges rogatae</i>	<i>Mores, interpretatio</i> dei pontefici, plebisciti (vincolanti i soli plebei)	Legge delle XII Tavole, <i>leges rogatae</i>
286 a.C. – inizio I secolo d.C.	<i>Mores</i> (nella forma della <i>receptio moribus?</i>), <i>interpretatio</i> dei pontefici e dei giuristi laici	<i>Leges rogatae</i> , plebisciti (d'ora in avanti vincolanti tutto il popolo), editti dei magistrati laici	<i>Mores, interpretatio</i> dei pontefici e dei giuristi laici	Legge delle XII Tavole, <i>leges rogatae</i> , plebisciti (d'ora in avanti vincolanti tutto il popolo), editti dei magistrati
I secolo d.C. – 130 circa d.C.	Pareri dei giuristi e connessa <i>receptio moribus</i>	<i>Leges rogatae</i> , plebisciti, senatoconsulti (con forza vincolante), editti, costituzioni imperiali	<i>Mores</i> (nella forma della <i>receptio moribus?</i>), <i>interpretatio</i> dei pontefici, pareri dei giuristi	Legge delle XII Tavole, <i>leges rogatae</i> , plebisciti, senatoconsulti (con forza vincolante), editti dei magistrati, costituzioni imperiali
130/138 d.C. – 212 d.C.	Pareri dei giuristi (se muniti di <i>ius respondendi</i> e di contenuto conforme)	Editto nella redazione adrianeo-giuliana, costituzioni imperiali (anche di modifica all'editto)	Pareri dei giuristi (se del passato, eventualmente connessi alla <i>receptio moribus</i>)	Legge delle XII Tavole, <i>leges rogatae</i> , plebisciti, senatoconsulti (con forza vincolante), editti dei magistrati (nella redazione adrianeo-giuliana), costituzioni imperiali
212 d.C. – fine III secolo d.C.	Pareri dei giuristi, consuetudine (in posizione subalterna e sussidiaria rispetto alle fonti scritte)	Costituzioni imperiali	Pareri dei giuristi (se del passato, eventualmente connessi alla <i>receptio moribus?</i>), consuetudine	Legge delle XII Tavole, <i>leges rogatae</i> , plebisciti, senatoconsulti (con forza vincolante), editti dei magistrati (nella redazione adrianeo-giuliana), costituzioni imperiali
IV secolo – 439 d.C.	Consuetudine	Costituzioni imperiali	Pareri dei giuristi, consuetudine	Legge delle XII Tavole, <i>leges rogatae</i> , plebisciti, senatoconsulti (con forza vincolante), editti dei magistrati (nella redazione adrianeo-giuliana), costituzioni imperiali

(segue)