

EQUILIBRI POLITICI - COSTITUZIONALI, PROCESSI NORMATIVI E RUOLO DEI GIURISTI NELL'ESPERIENZA DI ROMA ARCAICA E REPUBBLICANA

Prof. Dr. Alessandro CORBINO*
Çeviren: Prof. Dr. Özcan ÇELEBİCAN**

1. Forse nessuna esperienze giuridica consente di osservare come lo consente l'esperienza romana *le interrelazioni* che in ogni ordinamento, si instaurano tra equilibri politico - costituzionali e ruolo della scienza iuris *nel processo di produzione ed applicazione del diritto*.

La ragione sta nella *singolare peculiarità* di una esperienza estesasi nel tempo per oltre 3 secoli (dalla fondazione di Roma cioè a Giustiniano) e caratterizzata da un lato dalla sua *continuità*, dall'altro dall'essere; tuttavia relativa, a forme di *organizzazione sociale e politica profondamente* diverse e per rilievo anche geografico e per specifica complessità e diritto "romano" il diritto del piccolo comune delle origini, ma è ancora diritto "romano" (il medesimo diritto romano) il diritto del più esteso impero del mondo antico; le XII tavole non solo sono *fons omnis publici privatique; iuris con Cicerone* (che vive quattro secoli dopo la loro emanazione), sono diritto vigente ancora con Giustiniano (che vive mille anni dopo di esse).

2. Dal punto di vista che qui consideriamo, si deve però, com'è noto, distinguere innanzitutto nettamente *tra due fasi*: (quella che va dalle origini sino al III sec. d. C. (che si conclude cioè con l'affacciarsi delle *prime "compilazioni"* e quella che va invece da tale momento a *Giustiniano*. Nella prima appare dominante infatti una *concezione "giurisprudenziale"* del diritto nel secondo una con-

* Catania ve Catanzaro Hukuk Fakültelerinde Roma Hukuku Anabilim Dalı Başkanı olan Prof. Dr. CORBINO'nun A.Ü. Hukuk Fakültesi'nde Eylül 1994'te verdiği Konferans.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

cezione invece "autoritativa" di esso (anche se ciò va riferito tuttavia piuttosto à linee di tendenza che non a valutazioni assolute, che sarebbero già come tali antistoriche).

Nella prima fase, l'esperienza giuridica di Roma *appare segnata dalla* convinzione che il "diritto (ius)" - l'insieme cioè delle norme che fondano e governano la convivenza politica - e il risultato di una *riflessione* che si compie, ad opera di un ceto di specialisti (*prudentes*) - di variabile composizione in relazione al mutare degli assetti sociali ed istituzionali - *sulla base* di due elementi di riferimento.

Il primo è costituito dalle *leges*, dagli "enunciati" cioè autoritativamente stabiliti *dall'organo politico* che ne abbia di volta in volta il compito (nel mutare storico degli ordinamenti politico - costituzionali); *il secondo dai mores* dai comportamenti cioè consolidatisi nel tempo per la loro sperimentata efficacia.

Leges e mores non stanno tra loro in opposizione. Essi sono infatti i due necessari referenti *dell'attività logico - speculativa* che conduce i giuristi (ai quali tale compito è appunto deferito) alla individuazione della regola da applicare di volta in volta al caso concreto.

Nella seconda fase, il prevalere di concezioni autoritarie in ogni campo dell'esperienza politica conduce all'idea che anche il diritto non possa avere altra fonte di legittimazione che la volontà imperiale.

Il diritto non appare perciò più il risultato dell'equilibrato comporsi di precetti autoritativamente imposti e di precetti razionalmente elaborati, ma il frutto esclusivo dell'autorità politica. Ai pratici (gli operatori del foro: avvocati e giudici) e agli studiosi (i giuristi, ora sempre più tendenti ad identificarsi con i professori di diritto) ne viene riservata (o meglio si vorrebbe riservare) *solo la utilizzazione, la sua applicazione cioè o la sua sistemazione scientifica.*

Le osservazioni che qui svolgerò si limiteranno *alla prima* di queste due fasi; anzi: più segnatamente alla esperienza più antica, alla situazione che può osservarsi con riferimento alla età arcaica e repubblicana.

3. Prima di passare alla considerazione del concreto ruolo svolto dai giuristi nell'epoca che qui osserviamo, occorrono *due brevi premesse* che valgano a chiarire - nella sua elementare essenzialità - le modalità operative della loro attività.

A) La prima premessa.

Posti dinnanzi al caso, alla specifica vicenda da disciplinare, i giuristi provvedono in primo luogo a constatare se esista già un "enunciato" normativo dal quale la vicenda possa essere disciplinata.

Ove esso esista, essi ne ricavano la direttiva operativa. Così, ad esempio, interrogati - in epoca decemvirale - sulla validità o meno di una dichiarazione resa in sede di *mancipatio* osserveranno: il problema trova risposta nella *lex* che dice "cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto"; se perciò è stata pronunciata una *nuncupatio* (dunque le appropriate parole del caso), allora l'atto è valido; altrimenti no.

Ove l'enunciato invece manchi, i giuristi individuano, alla luce degli *enunciati esistenti* e in relazione ai peculiari aspetti del *casus*, il dettato operativo ad esso adeguato; il quale risulterà dunque, da un lato, estraneo agli enunciati in quel momento vigenti, dall'altro tuttavia compatibile con essi e prenderà posto perciò, nell'ordinamento, accanto alle norme già in precedenza individuate.

Così, ad esempio, per restare sempre all'epoca più antica, interrogati da chi - non potendo attendere, perchè in punto di morte, la convocazione dei comizi per fare testamento (sembra si riunissero a Roma per questo solo 2 volte l'anno) - chiede se sia possibile o meno affidare ad un amico il proprio patrimonio perchè provveda egli ad eseguirne le volontà succesorie, i giuristi constatano: a) è consentito stabilire la sorte dei propri beni dopo la propria morte (si dice infatti nelle XII tavole; "uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto"); b) in occasione di ogni trasferimento inter vivos solenne (*mancipium*) è possibile gravare di obblighi l'acquirente (dicono infatti le XII tavole che ogni dichiarazione accessoria, purchè sia *nuncupatio*, incide sulla efficacia del *mancipium*: "cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto". Dunque: in base agli "enunciati" vigenti è possibile fornire una risposta *positiva* al problema: nasce così un "enunciatio" nuovo (non più dettato autoritativamente da un organo politico ma

stabilito razionalmente dai giuristi e mancante perciò di una rigorosa formulazione letterale): "chi si trova in pericolo di morte può affidare inter vivos - nella forma solenne della mancipatio - il proprio patrimonio ad un amico indicandogli con una nuncupatio come attribuirlo dopo la sua morte (Scriverà Gaio: [2.102] "Qui neque calatis comitiis is neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet).

Ognuno, dunque, comprende come l'attività del giurista sia, per natura, condizionata dal numero e dalla formulazione degli enunciati normativi vigenti nel momento storico in cui egli opera. Tanto più limitato è il numero degli enunciati normativi vigenti, tanto meno restrittivo è il loro dettato, tanto più ampio risulterà lo spazio per una *riflessione "creativa"*.

Questo ruolo "creativo" di produzione normativa è tuttavia non dei singoli, ma dell'insieme: non appartiene al "giurista" ma alla "giurisprudenza".

Perchè infatti un enunciato si traduca in norma; perchè un'indicazione, una proposta di pratica soluzione di un caso inquadrabile nell'ambito di un *enunciato vigente divenga*, a sua volta, dettato da osservare è necessario che su tale indicazione o proposta si formi il consenso degli specialisti. Solo in presenza di questo l'opinione del singolo giurista diviene opinione della giurisprudenza e dunque "norma", criterio di comportamento per il soggetto che opera.

L'ordinamento effettivamente vigente in *un dato momento storico* non è allora costituito dai soli enunciati esistenti (cioè dai mores consolidati e dalle leges) ma piuttosto dal complesso delle "norme" che i giuristi ritengono possano ricavarsi da essi o essere compatibili con essi.

B) La seconda premessa. L'attività della giurisprudenza è "tecnica". esercizio ed applicazione di specifiche abilità.

Come nel II secolo d.C. precisò Celso, *ius* (il risultato appunto della riflessione interpretativa dei giuristi) *est ars boni et aequi* (*ars*, tecnica, del contemperamento dell'utile individuale - *il bonum* - con la parità di trattamento *l'aequum*).

Ora, poichè il "diritto" è disciplina dei fatti della vita, la competenza, le abilità che il giurista deve acquisire discendono dallo studio dei comportamenti umani: questi si ripetono infatti in relazione all'esperienza, alla loro provata efficacia. Se, può così, constatarsi, ad esempio, che ogni volta che si sia realizzato l'acquisto dal precedente proprietario di una cosa importante impossessandosi di essa in presenza di un certo numero di *testes* in grado di ricordare le parole che hanno sancito l'accordo e i gesti che le hanno sottolineate, *ci si è posti al riparo* da possibili contestazioni successive, diverrà allora opportuno suggerire di operare similmente ogni volta che si voglia conseguire il trasferimento di una cosa importante. Dall'esperienza, il giurista ricaverà dunque la norma: "le cose più importanti si trasferiscono mediante atto solenne, fatto di appropriati gesti e di appropriate parole in presenza di *testes*".

I "*mores*", i comportamenti consolidati nel tempo, perchè appunto di provata efficacia, costituiscono, in altre parole, il naturale campo di osservazione del giurista, la fonte viva nella quale egli coglierà il "*ius*", l'enunciato non formale, che guiderà la sua attività pratica, quello al quale dovrà fare cioè riferimento per individuare la regola di una concreta vicenda, *che non trovi già disciplina in una lex*.

Rispetto ai *mores*, il giurista si pone allora come il tecnico, lo specialista che da essi ricava l'enunciato (il *ius*) e da questo la *norma operativa* (la *regula*, il concreto criterio di comportamento); mentre rispetto alla *lex* (che detta direttamente l'enunciato, il *ius*), il giurista si pone invece come lo specialista che da essa trae tecnicamente soltanto la *regula*, il concreto dettato operativo.

Insomma: l'ordinamento (l'insieme degli *iura populi Romani*) è il frutto dei *mores* e delle *leges*; ma le *regulae*, le norme, i dettami da osservare nei concreti casi della vita, che da esso derivano sono sempre conseguenza dell'attività speculativa dei giuristi: D.50.17. 1 (Paul, 16 ad Plautium): "non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat".

Il diritto vivo non si identifica, in altri termini, con l'enunciato normativo, ma con ciò che da quell'enunciato gli specialisti, di volta in volta, traggono.

Un esempio aiuterà a chiarire:

Una celebre antichissima disposizione di età regia - ribadita ancora nelle XII tavole - suonava:

"*Si pater ter filium venum duit, filius a patre liber esto*" riflettendo su di essa i giuristi ne ricavarono - nei secoli - molteplici e talora persino contraddittorie conseguenze:

a) quando la disposizione veniva considerata, come era, introduttiva di una sanzione per l'abuso della *patria potestas*, si osservava: l'enunciato riguarda il pater, dunque l'avente potestà, non il *paterens*, cioè il genitore; pertanto, il *filius* in esso nominato non è il discendente naturale, ma l'alieni *iuris* sottoposto, dunque anche il nipote, il pronipote, etc.;

b) quando la disposizione fu in epoca più recente utilizzata per rendere possibile l'emancipatio (la sottrazione cioè di un sottoposto alla patria potestas attraverso un fittizio abuso di essa: il pater faceva ora tre consecutive *venum dationes* giovandosi della collaborazione di un amico), la disposizione fu in corenza reinterpretata: poichè l'enunciato si esprime parlando di filium, deve ricavarsene che la triplice *venum datio* riguarda solo i figli maschi e dunque non anche le figlie e gli altri discendenti in potestate, per la cui emancipatio dunque sarebbe stata sufficiente una sola *venum datio*;

c) allo stesso modo, quando, introdotta la *noxae deditio*, cioè la facoltà per il *pater* di sottrarsi alla responsabilità nascente dal *delictum* di un sottoposto, la norma fu utilizzata per consentire appunto il trasferimento a tal causa del sottoposto dal *pater* alla vittima, la giurisprudenza tornò sull'enunciato: esso, dissero così taluni (la cui opinione era ancora difesa, nel I sec. d. C., dai Sabiniani), sanziona gli atti di spontanea alienazione dei sottoposti; quando l'alienazione non è dunque tale (come quando è dettata dalla necessità di sottrarsi ad una responsabilità), non si deve allora richiedere per l'effetto interruttivo della patria potestas nemmeno per il *filius* una triplice *venum datio* ma se ne deve ritenere sufficiente una:

Gai. 4.79: "Cum autem filius familias ex noxali causa mancipio datur, diversae scholae auctores putant ter eum mancipio dari debere, quia lege XII tabularum cautum sit, <ne aliter filius de potestate patris> exeat, quam si ter fuerit mancipatus; Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt, et illas tres legis XII tabularum ad voluntarias mancipationes pertinere".

Dunque: da un unico enunciato, varie e mutevoli norme.

Ma, mentre l'enunciato, scolpito nei verba, sta là - astratto - ad orientare i giuristi, le norme che da esso i giuristi ricavano incidono nel vivo della vita degli uomini, consentono di valutare se Tizio nipote di Caio e da lui *venum datus* una volta è ancora o no in potestà di Caio e da lui *venum datus* una volta è ancora o no in potestà di lui e perciò, ad esempio, suo successore, suo strumento di acquisto, etc.

I giuristi concorrono allora *solo in parte* alla costruzione del diritto vigente (giacchè questo può essere sia il risultato della loro *interpretatio*, come quando discende dai *mores*, sia un fatto indipendente da essa, come avviene quando esso è posto da una *lex*); essi concorrono però invece sempre interamente alla sua concreta realizzazione: sono lo strumento attraverso cui l'ordinamento diviene prassi.

4. Nella fase dell'esperienza giuridica romana che stiamo qui considerando, l'epoca più antica (dalle origini sino al IV sec. a. C. circa) appare segnata da due elementi di fondo:

a) il primo. La *lex*, è uno strumento di produzione normativa eccezionale: fissa gli enunciati cardine, ribadisce il carattere vincolante di antichi *mores*, introduce repentine innovazioni. E ciò tanto in materia di organizzazione istituzionale (quel che noi considereremmo diritto costituzionale), quanto in materia di *relazioni intersoggettive*.

Nella tradizione, con *lex* si sarebbe provveduto a configurare gli originari poteri del rex, la composizione e le attribuzioni del *senatus*, le attribuzioni dell'assemblea popolare; con *lex* sarebbe stato dato riconoscimento all'organizzazione delle magistrature plebee; e via via, nel tempo, con *leges* o atti equiparati si sarebbe: introdotto il consolato, affiancato ad esso nuove magistrature, riveduta la composizione del senato e fissati i criteri de seguire nella *lectio* dei suoi componenti, introdotta la *provocatio ad populum*, etc...

E tuttavia: la concreta specifica disciplina delle istituzioni introdotte (inizio e fine, ed esempio, della carica magistratuale, relazione interna tra i contitolari di essa; modalità di svolgimento della assemblea popolare; convocazione e funzionamento del Senato, etc.) restava affidata alla *prassi formatasi attraverso l'esperienza*.

Allo stesso modo, con *lex* sarebbero stati fissati, ad esempio, i principi relativi ai rapporti patrimoniali all'interno del gruppo fami-

liare; determinate le conseguenze dell'omicidio volontario e involontario; etc.

Ma: ancora una volta, la concreta disciplina attuativa dei principi così, fissati, *restava fuori dagli enunciati* (introdotti mediante *lex*.)

E. del resto, le XII tavole, pur volute - come *scrive* Pomponio, nel *II. sec. d. C.*, tracciando la storia dell'ordinamento romano dalle origini ai suoi tempi - *ut civitas fundaretur legibus*, (non furono sicuramente una codificazione dell'intero corpo degli enunciati normativi vigenti.).

b) Il secondo elemento caratterizzante la situazione dell'epoca che consideriamo è il fatto che la giurisprudenza è costituita da un ristretto collegio (in quest'epoca di quattro, forse cinque membri, scelti per *cooptazione* tra i patrizi dal collegio medesimo, per la prima volta istituito da Numa) di pontifices, aventi rango di sacerdoti; ai quali soli spetta l'interpretatio iuris, che essi esercitano attraverso la custodia gelosa e segreto degli antichi formulari e dei calendari che determinavano i dies nei quali era consentito compiere attività giuridiche.

In questo contesto, appaiono evidenti non solo il largo spazio riservate ai giuristi (che appaiono, del resto, rigorosa espressione dell'oligarchia patrizia dominante); ma anche la relativa rapidità dei processi normativi.

Le *leges* potrebbero essere state in età regia addirittura direttamente dichiarate dal *rex* e più tardi, se già così *non era da subito*, sono approvate comunque da un'assemblea popolare di celere convocazione e di immediata decisione; la composizione ristrettissima del collegio dei pontefici e le regole che ne governavano il funzionamento (veniva indicato anno per anno quale tra i suoi componenti avrebbe dovuto rispondere ai privati che lo consultavano) ne rendono presumibile una conseguente rapidità di decisione.

L'ordinamento, saldamente in mano alla classe dominante è, proprio per questo, estremamente aperto alla possibilità di innovazione. Tanto da determinare il formarsi di un'insistente istanza plebea - (soddisfatta a metà del V sec. a. C. con il decemvirato legislativo) - rivolta alla redazione di un corpo di *leges* scritte, che ponesse un freno all'arbitrio dei patrizi, costringendo in buona sos-

tanza i pontefici a confinare - almeno nei casi più importanti la loro interpretatio nell'ambito di enunciati normativi *pubblici* e perciò certi e inderogabili.

5. A partire dal IV sec. a. C. si osservano due importanti novità.

A) La prima. In coerenza con la progressiva ascesa politica della plebe, culminata nell'apertura ad essa del consolato sancita dal c.d. compromesso Licinio - Sestio del 367 a.C., cade il *monopolio pontificale della iuris prudentia*.

Ora si viene affermando l'idea che chiunque posseda di fatto la *necessaria competenza tecnica* può esercitare la professione di *iuris consultus*.

Ciò, naturalmente, non significa nè che i pontefici perdano l'originaria competenza, nè che la professione giuridica si renda nel concreto aperta a tutti.

Pontefici e giuristi laici convivono e ai primi continua ad essere conservato ancora l'antico prestigio (oltretutto essi mantengono il monopolio del diritto sacro, che non è parte modesta dell'ordinamento). E il giurista laico, d'altra parte, esercita la sua attività solo "onorariamente"; sicchè può dedicarsi in fatto all'*interpretatio iuris* solo chi è di condizione *agiata*, dunque membro della nuova oligarchia "patrizio - plebea", che, su base censitaria, viene assumendo il controllo politico della comunità (dominando l'assemblea popolare e riservandosi così in pratica l'ascesa alle magistrature prima e l'accesso al senato poi come conseguenza di ciò).

Pur con questi limiti, la novità è tuttavia di grandissima portata.

Intanto, perchè la competenza "giuridica" appare ora non più conseguenza della competenza religiosa, ma si giustifica direttamente in sè. Il diritto si avvia a divenire un ordinamento normativo indipendente da ogni altro ordinamento normativo eventualmente coesistente.

In secondo luogo, perchè pur essendo in fatto l'attività del giurista appannaggio ancora di una oligarchia, lo è comunque di un'oligarchia assai più ampia dell'originaria e aperta al ricambio in-

terno; appartenervi è assai più facile di quanto non fosse prima l'accoglimento nel patriziato; ora è automatica conseguenza della conquistata ricchezza. Si allargano, dunque, notevolmente la base sociale che esprime il ceto dei giuristi e il numero di coloro che intraprendono questa professione, attratti anche dai benefici che essa procura in termini di notorietà e di successo sociale; e si apre in tal modo la strada ad una libertà dell'interprete prima praticamente impensabile.

La caduta del monopolio pontificale porta con sé, però, anche un problema nuovo.

Mentre in età precedente il numero chiuso e ristrettissimo dei membri del collegio pontificale faceva sì che la formazione del consenso all'interno di esso fosse un fatto sicuramente rapido, ora il numero "aperto" e dunque indefinito dei giuristi comporta che la formazione del consenso all'interno del loro ceto diviene un fatto assai più lento e complesso.

L'opinione di un singolo *iuris peritus* non può essere direttamente "creativa": essa costituirà *ius* solo quando sarà divenuta opinione dominante, o almeno prevalente.

Qualche breve considerazione renderà, spero, più chiaro il punto.

Nella nuova situazione determinatasi, la capacità innovativa della giurisprudenza appare certo più estesa sotto il profilo degli interessi che essa ora considera.

Intanto, perchè si tratta di una giurisprudenza che non essendo più espressione necessaria del patriziato, è naturalmente portata accanto ai valori di certezza (che si esprimono nel formalismo), propri di chi affida le sue fortune ad un'economia fondata (come quella agricola) su ritmi costanti e perciò prevedibili, vengono emergendo istanze anche di rapidità, di asseccamento degli scambi e della velocità di circolazione dei beni propri di chi lega invece le sue fortune a minute attività di industria e di commercio.

In secondo luogo, perchè una giurisprudenza attenta alle esigenze del mercato non può più avere come orizzonte di riferimento solo il diritto che viene dalle tradizioni cittadine, ma deve guardare anche ai costumi e alle tradizioni che vigono altrove, nelle città

straniere con le quali si instaurano ordinarie relazioni di commercio e dalle quali inoltre provengono quegli immigrati che costituiscono in buona misura, in Roma stessa, il ceto dei mercanti; persone dunque aduse ad operare in lingua diversa dal latino e alle quali, anche perciò, appare impossibile imporre un formalismo che, come quello tradizionale romano, è essenzialmente centrato sui verba.

Da un lato, *ora, in altre parole*, attenzione anche agli interessi del commercio; dall'altro attenzione anche alle tradizioni diverse da quelle nazionali. Né l'uno, né l'altro fatto costituiscono, ovviamente, una novità assoluta. Ma l'uno e l'altro fatto acquistano una dimensione prima sconosciuta.

Qualche rapido esempio.

Sotto il primo profilo (più spinta attenzione agli interessi del commercio), si può ricordare innanzitutto quanto accade in materia contrattuale.

Ora diviene possibile, ad esempio, riconoscere come fonti di *obligatio* anche comportamenti (*causae*) che fino allora avevano potuto realizzarsi solo all'interno di rigorosi schemi formali (*la societas consensuale subentra al consortium tra estranei, la stipulatio - con la sua flessibile adattabilità - subentra alla rigorosa ed esclusiva sponsio; etc*).

Ora, diviene possibile affiancare al formalismo centrato sui verba anche un formalismo centrato invece sulla *scriptura*, e dunque idoneo a consentire la nascita di obbligazioni a distanza (si pensi ai *nomina transcripticia*) e accessibile, per altro verso, anche a coloro cui è estranea (o non familiare) la lingua latina. Senza dire degli effetti, che questo *fenomeno, determina, di riflesso, sotto il profilo processuale, innescando* quella profonda rivoluzione che porterà le *formulae* a sostituirsi alle *legis actiones*.

Sotto il secondo profilo (attenzione anche alle tradizioni giuridiche non romane e tuttavia diffuse in ambito mediterraneo), sono ben noti i casi dell'*arrha*, della *lex Rhodia de iactu*, del *fenus nauticum*.

Non sappiamo bene né in che epoca essi vennero all'attenzione dei romani, né in che esatti termini si sviluppò (intorno ad essi) l'attenzione dei giuristi.

Una cosa è tuttavia sicura: rispetto ad essi l'atteggiamento della giurisprudenza non fu uniforme. Esso fu talora infatti di *resistenza* (come nell'*arrha* in materia di compravendita, della quale fu respinta la concezione greca, come traspare ancora da Gai. 3.139), altra volta di *pura recezione* (come sembrerebbe essere avvenuto per il *fenus nauticum*), altra volta di recezione con adattamento (come pare essere stato il caso della *lex Rhodia*, il cui principio di ripartizione del rischio fu accolto non già come esso operava in ambiente greco, nel senso cioè di attribuire a ciascun danneggiato un diritto nei confronti dei più favoriti; quanto invece nel senso di farne elemento della *locatio - conductio* e dunque fondamento di un'*actio locati* contro l'armatore e di un'*actio conducti* di quest'ultimo contro i favoriti).

Insomma: *mores* e legislazioni straniere divenivano per i giuristi, non meno degni di considerazione, di quelli nazionali e costituivano, allo stesso modo di questi ultimi, *elementi di riferimento* della loro elaborazione. Il *ius* che ne derivava era, per la sua provenienza, *gentium* (come, correlativamente, *gentium* era, del resto, quello che, di provenienza romana - è il caso ad esempio della *stipulatio* veniva esteso anche ai non Romani), ma, in quanto individuato dai prudentes romani, era anche, e immediatamente, civile.

La fine del monopolio pontificale e la nascita della giurisprudenza laica, non determinarono dunque un mutamento di metodo nella elaborazione del diritto, nella enucleazione cioè dai *mores* e dalle *leges degli iura applicabili*. Determinarono piuttosto un ampliamento, sotto ogni riguardo, del campo di studio considerato degno di essere osservato.

A fronte di tale più ampia capacità di attenzione alle esigenze sociali, nel nuovo sistema che viene stabilizzandosi, la possibilità innovativa dei giuristi subisce però, anche un condizionamento che prima mancava: quello dei tempi in cui l'innovazione si realizza.

Ogni opinione può essere infatti contrastata:

Gai. 3.140 : Praetium autem certum esse debet. Nam *alioquin* si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit *empta*, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam *emptionem* et *venditionem*; cuius opinionem Proculus secutus est.

La testimonianza - cui se ne potrebbero aggiungere molte altre è relativa alla prima giurisprudenza imperiale, ma appare emblematica della naturale propensione alla discussione che si determina in un ceto aperto di specialisti.

Il problema in discussione è relativo al caso che in una compravendita si sia stabilito di demandare la definizione del prezzo alla stima di un terzo: secondo *Labeone* - la cui opinione è approvata da *Cassio* - ciò comporterebbe nullità del negozio (dal *memento* che difetterebbe il consenso su un elemento essenziale di esso, il *pretium* appunto), secondo però *Ofilio*, approvato da *Proculo*, saremmo invece di fronte ad un negozio valido (dal momento che, quanto al *pretium*, vi è comunque convergenza di volontà, sia pure nel rinviare la determinazione al terzo).

Non mancano, d'altra parte, tracce di una vivacità dialettica altrettanto intensa della giurisprudenza più antica, di quella almeno di cui si è conservato il ricordo:

Varr. de ling. lat. 7.105: In Colace: nexum... <Nexum> Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius quae per aes et libram fiant ut oblige [n] tur, praeter quam mancipio dentur.

Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo qu<a>erit<ur>: nam id <a>es [t] quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum.....

Per spiegare l'espressione "nexum" contenuta in un verso di *Plauto* (o forse di *Terenzio*: entrambi i due commediografi furono autori di commedie perdute intitolate appunto *Colax*), *Varrone* per *aes et libram* (Sicchè nel, suo ambito rientrava dunque la *mancipatio*, nei suoi diversi svolgimenti); mentre per *Mucio* era *nexum* solo ciò che si compiva per *aes et libram* al fine di far sorgere una obbligatio, e dunque non anche ciò che si realizzasse a scopo traslativo.

Orbene: *Manilio* e *Mucio* appartengono alla giurisprudenza della metà del II sec. a. C.; il primo infatti console nel 149 a. C., il secondo tribuno della plebe nel 141 a. C.

Ancora. Riferisce *Ulpiano* nel suo commento a *Sabino*:

D. 7.1.68pr. (Ulp. 17 ad Sab.): Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret; sed Bruti sententia optinuit fructuarium in

eo locum non habere; neque enim in *fructo hominis homo esse potest*. hac ratione nec usum fructum in eo fructuarius habebit. *quid tamen si fuerit etiam partus usus fructus relictus, an habeat in eo usum fructum? et cum possit partus legari, poterit et usu fructus eius.*

Si trascinava un tempo una vecchia questione: se i nati da una schiava dovessero considerarsi o meno alla stregua di fructus ed appartenere dunque all'usufruttuario. Essa fu trancata quando si affermò il pensiero di Bruto. si tratta di Giunio Bruto, anch'egli giurista molto reputato, pretore nel 150 a. C. epoca nella quale dunque il problema in oggetto già divideva gli esperti.

I dissensi (che un tempo si risolvevano nel chiuso del collegio pontificale) ora si trascinavano per *decenni, talora* anche per secoli. Sino a quando, cioè, non si sopissero per il prevalere di un punto di vista (come nel caso della *vetus quaestio* appena ricordata cessata solo quando la *Bruti sententia* appunto "optinuit").

Nè - va ancora ricordato - il prevalere di un'opinione *cancellava* le altre, che restavano dunque sempre presenti, pronte a riaccendere il dibattito. anche al riguardo valga un esempio (anch'esso piuttosto *avanzato* rispetto al tempo che qui stiamo considerando, ma non per questo meno significativo):

Gai. 2.154: Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est ut ignominia, quae accidit ex venditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo vitio sed necessitate iuris bonorum venditionem peteretur; *sed alio iure utimur.*

L'ipotesi è quella di chi - temendo di non avere abbastanza da soddisfare; proprii creditori e di subire perciò post mortem la *venditio bonorum* e l'ignominia ad essa collegata - libera e istituisce come proprio erede il suo schiavo (che quale *heres necessarius*, gli succederà ipso iure, senza dunque potere *rifiutare*), affinché *venditio bonorum* ed *ignominia* colpiscano lui anzichè lo stesso testatore. Orbene, come ricorda *Gaio*, secondo *Sabino*, la cui opinione egli trovava citata in *Fufidio* (altro giurista del I sec. d. C.), lo schiavo non avrebbe dovuto, in questo caso, subire la conseguenza accessorio-

ria dell'*ignominia*, dato che egli sopportava la *venditio bonorum necessitate iuris* (come inevitabile conseguenza giuridica) e non suo vitio (cioè per un suo comportamento riprovevole). Ma la opinione di *Sabino*, osserva *sconsolato Gaio*, che sembra a sua volta condividerla, è tuttora minoritaria: *alio iure utimur, vige un diverso principio*.

La conseguenza pratica di questo stato di cose fu che ora nessuno poteva essere certo - ancorchè allegasse a sostegno il *responsum* di un giurista - di ottenere ragione in giudizio: il risultato della lite passava (anche dall'adesione del magistrato) (quanto alla impostazione tecnica di essa) e (del giudice) (quanto alla decisione) *all'una o all'altra opinione in campo*. Di norma, l'uno e l'altro si saranno, ovviamente, attenuti alla opinione dominante: ma ciò avrebbe potuto anche non essere.

Di qui l'importanza del ruolo del giurista nell'attività di convinzione del magistrato e del giudice. Di qui il grande rilievo sociale della sua attività. Di qui la rilevanza della fama e del prestigio personale di cui egli godesse.

B) La seconda collegata novità che, nell'epoca che stiamo considerando, (si presenta alla nostra osservazione) è l'affermarsi del particolare ruolo che viene ora ad assumere la *iurisdictio* dei magistrati.

Non è certo il caso di affrontare in questa sede il problema della origini della *iurisdictio* che *i più considerano* antichissima, prerogativa, prima del rex, poi dei consoli, poi ancora dei pretori, *ma altri ritiene* invece prerogativa nata con il pretore istituito nel 367 a. c. (o, al più, poco prima e affidata poi appunto *a lui* e, per *particolari materie*, anche ad altri magistrati).

Ci basti constatare che la *iurisdictio* esisteva certamente nel tempo che qui valutiamo.

Orbene, in forza di tale prerogativa, il magistrato ebbe facoltà di accordare o denegare tutela anche in contrasto con il *ius* della civitas, quello che risultava cioè dalle sue fonti *proprie*, che - nel tempo che qui consideriamo - seguendo lo schema di Papiniano, depurato degli elementi fondativi di *ius civile ai suoi tempi*, (ma non ancora in quelli che stiamo considerando) erano *leges, plebis*

scita (da quando almeno equiparate alle prime) e auctoritas prudentium:

D. 1.1.7pr. (Pap. 2 defin.): *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.*

Ci informa infatti lo stesso *Papiniano*:

D. 1.1.7.1 (Pap. 2 defin) : *Ius Praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*

Funzione del ius nascente dall iurisdictio magistratuale (e perciò honorarium) era rafforzare, integrare o correggere il ius civile. Una funzione, dunque, in sè non diversa da quella attribuita alla lex e alla auctoritas prudentium.

Mentre queste però rafforzavano, integravano o correggevano il ius civile producendo nuovo ius civile, il *ius* frutto della iurisdictio magistratuale non aveva invece questa forza: si contrapponeva anzi, come altro da esso, al ius civile.

Le ragioni di questa differenza si colgono tuttavia agevolmente.

Mentre la lex è espressione della volontà comiziale (ratificata da quella senatoris) e l'auctoritas prudentium il frutto della meditata riflessione degli specialisti, l'intervento del magistrato è invece l'immediata risposta ad una sopravveniente esigenza, e non può perciò vantare nè lo specifico potere costituzionale proprio del comitium, nè la approfondita ponderazione che sottosta al formarsi del consenso dei prudentes.

Il magistrato può perciò solo dire, non anche fare ius, come sottolineerà più avanti Gaio a proposito di uno dei tanti interventi pretori:

Gai 3.32: *Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt; nam praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem principalem. Sed cum eis praetor <dat bonorum possessionem>, loco heredum constituuntur.*

Il diritto che nasce dall'attività del magistrato è un diritto provvisorio. Si applica solo ai casi sottoposti alla sua *iuris dictio*. Vale per lui, non per i suoi successori nella carica (anzi fino alla *lex Cornelia* del 67 a. C., che fissò il principio (*secondo cui i pretori "ex edictis suis perpetuis ius dicerent"*) il diritto del pretore non vale nemmeno per lui, libero com'è egli di discostarsi da quanto egli stesso in precedenza, durante l'anno di carica, avesse stabilito)

Esso non è tuttavia destinato a restare per natura distinto dal *ius civile*. Anzi.

Il *ius honorarium* è fisiologicamente destinato a confluire nel *ius civile*, non appena si formerà su di esso il consenso nei modi dovuti (attraverso cioè l'*auctoritas prudentium* o una *lex* che lo recepisca).

A proposito della recezione del *ius honorarium* nel *ius civile* per opera dei giuristi possiamo, ad esempio, ricordare: la prima tutela giuridica del *depositum* (cioè della consegna a fine di custodia di una *res* da restituire a richiesta) e del *comodatum* (consegna invece di una cosa perchè sia usata e poi restituita) Fu *in factum*, per effetto appunto di un intervento del pretore. ciò non impedì però alla giurisprudenza di elaborare il principio che il deponere ed il comadare fossero attività costitutive di *obligatio civilis*, dunque, contratti e che la loro tutela non dipendesse più perciò dall'editto pretorio, ma direttamente dal diritto civile. Con la conseguenza che alle originarie *formulae in factum* si affiancarono ora quelle in *ius conceptae*, con la struttura cioè *voluta* dalla giurisprudenza.

Quale esempio di recezione invece del *ius honorarium* nel *civile* attraverso *lex* possiamo ricordare un altro celebre caso: se il *dominus* avesse manifestato la volontà di rendere libero uno schiavo in forma diversa da quella richiesta dallo *ius civile* per la validità della *manumissio*, lo schiavo non acquistava *iure civili* la libertà. Il pretore *stabilì* tuttavia che se il *dominus* avesse espresso la sua volontà secondo certa modalità (e cioè; *inter amicos*; per *epistulam*; per *mensam*), egli avrebbe tutelato in fatto lo schiavo, impedendo al *dominus* di costringerlo a tornare in servizio. una *lex Iunia Norbana* degli inizi del I sec. d. C. trasformò questa condizione di liberi solo di fatto in una speciale condizione di (liberi) di diritto, distinta dalla condizione di coloro che avessero acquistato la libertà secondo le antiche forme proprie dello *ius civile*.

Come si vede, il *ius honorarium* è destinato dunque a divenire *ius civile*: deve solo passare perché ciò avvenga al vaglio dei consueti strumenti costituzionali di produzione di esso.

Il *ius honorarium* ha l'importantissima funzione di anticipare il *ius civile*, laddove esigenze pratiche reclamino una immediata regolamentazione nuova o difforme dalla consueta, la quale *non può perciò che* introdursi intanto *se non* in via meramente provvisoria. Come dirà più tardi Marciano, il *ius honorarium* "*viva vox est iuris civilis*": ne è, in qualche modo, l'avamposto.

D'altronde, il magistrato giudicante opera, a sua volta, con l'occhio rivolto ai giuristi.

Egli è un politico in carriera, che deve bene operare per *ottenere* il consenso di opinione pubblica necessario a favorire i progressi nella stessa e deve essere dunque attento a cogliere le *attese e le aspirazioni prevalenti (o almeno più rilevanti)* Da qui la normale presenza attorno a lui di un *consilium* di esperti (dunque di giuristi) che lo assiste e lo aiuta nell'espletamento della sua *iurisdictio*. senza dire che, a partire almeno dal II sec. a. C., i giuristi hanno intrapreso - accanto al loro tradizionale insegnamento orale reso ai loro *auditores* - anche la redazione di opere scritte, che circolano e che costituiscono, perciò, il naturale supporto dell'attività giudicante di ogni diligente pretore.

E' tempo di conclusioni.

Nella seconda parte della Repubblica, il *ius* in senso proprio, il *ius civile*, continua ad essere, come in antico, il risultato di una deliberazione autoritativa (la *lex*) (che (semmai lo era stata) non è più tuttavia prerogativa del rex ma di assemblee (comitia, centuriata e tributa; concilia plebis), la cui diversa composizione riflette il sempre più complesso equilibrio che nella costituzione romana di questa epoca si realizza tra principi ordinatori diversi) ovvero di una elaborazione razionale riservata ad un ceto di esperti (*prudentes*). ma il "sistema" conviene per altro ad una società politica ormai adusa alla circolazione di idee ed al confronto fisiologico di posizioni diverse.

Roma non è più, del resto, la città egemone del Lazio: ora à la potenza militare che ha imposto il suo dominio al mondo mediterraneo, del quale conrolla l'economia.

La produzione del dritto - pur continuando e svolgersi nelle forme tradizionali non è più espressione delle ristrettissima oligarchia di un tempo. Essa è ora un fatto che coinvolge tutte le forze sociali, ciascuna delle quali dispone al riguardo di strumenti di iniziativa e di controllo, in un giuoco complesso che vede protagonisti il pretore, i magistrati, le assemblee ed il senato, in un intrecciarsi vario e bilanciato di relazioni. Garanti della unità di indirizzo e della continuità sono, in questo sistema, i "prudentes": essi filtrano tecnicamente le istanze politiche, traducendole in enunciati normativi, che trovano il fondamento della loro efficacia nell'antica sapienza di cui però non i singoli giuristi, ma la giurisprudenza nel suo insieme si considera depositaria.