

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

diretta da

ENRICO GABRIELLI

PATRIZIA GIUNTI - FRANCESCA LAMBERTI - PAOLA LAMBRINI
LAURETTA MAGANZANI - CARLA MASI DORIA - ISABELLA PIRO

IL DIRITTO NELL'ESPERIENZA DI ROMA ANTICA

Per una introduzione alla scienza giuridica



G. Giappichelli Editore

PREMESSA

Questo manuale, nella sua struttura e nella composizione del ‘team’ che lo ha realizzato, è stato concepito diversi anni fa. Una fortunata ispirazione di Patrizia Giunti ha riunito le sei autrici dapprima idealmente, poi sul filo di una serie di incontri che negli ultimi due anni, causa Covid, si sono svolti (ma anche infittiti) su piattaforma *online*. Una gestazione non breve, che ci auguriamo abbia prodotto frutti duraturi. Il manuale è destinato principalmente agli studenti di Giurisprudenza e delle lauree triennali di impianto giuridico. Abbiamo avvertito la necessità di usare una comunicazione adeguata a beneficio dei nostri studenti. L’obiettivo è riuscire a trasmettere loro quel patrimonio di idee, di creatività, di innovazione nella tradizione, rappresentato dall’esperienza di Roma antica. L’auspicio, naturalmente, è che il *parterre* dei lettori possa essere più ampio della popolazione studentesca cui il lavoro è in primo luogo rivolto: ci rivolgiamo potenzialmente a un pubblico di persone di cultura interessate al fenomeno del diritto nel suo divenire.

L’esposizione è orientata a una evoluzione che va diffondendosi nell’offerta formativa dei Corsi di Laurea giuridici, dopo diverse riforme che hanno in parte modificato il ruolo delle discipline romanistiche nei *curricula* universitari: l’idea di fondo è collegare un’ampia trattazione storica, cui sono riservati il primo capitolo e gli esordi del secondo, con un impianto metodologico e uno svolgimento ‘istituzionale’ ancorati alle tradizionali categorie del diritto privato. Si è pertanto creato uno spazio apposito, nel secondo capitolo, grazie al quale offrire una adeguata storicizzazione delle nozioni dogmatiche e dei modelli di linguaggio usualmente utilizzati nel lavoro del giurista.

La distribuzione delle materie ha tenuto conto di quelle che sono le ‘vocazioni’ delle autrici, sia per tensione all’indagine storico-giuridica, che per i risultati raggiunti nella ricerca. Allo stesso tempo, il dialogo costante, la riflessione comune sulla disposizione dei temi oggetto di trattazione nonché sulla opportunità di affrontare un certo argomento in una sede piuttosto che in un’altra, la numerosità dei rinvii interni, hanno dato vita a un testo che vediamo come un’opera corale, al di là delle specifiche attribuzioni.

Un’impresa inedita, nuova, un manuale scritto soltanto da autrici donne. Anche la scelta, assai ponderata, dell’immagine di apertura vuole esprimere l’importanza di una sensibilità ‘femminile’ nell’interpretazione degli istituti giuridici e della loro storia (è noto come si ipotizzi che vi sia stato un notevole influsso di

Teodora almeno su alcuni aspetti della legislazione di Giustiniano), e l'essenzialità di una partecipazione 'a più voci' in un'opera che ci auguriamo rappresenti un nuovo approdo anche negli ambiti di ricerca e di interesse che di ciascuna di noi sono propri. La storia del diritto, è stato detto, "è un esercizio difficile e pieno di insidie": non per questo possiamo sottrarci alla responsabilità di scrivere questa storia e abbandonare la nostra vocazione di docenti e ricercatrici. Non per questo possiamo rinunciare a far ascoltare la nostra voce. Il manuale rappresenta il frutto di questa nostra determinazione.

Un ringraziamento particolare dobbiamo a Gaetana Balestra, Raffaele D'Alesio e Francesca Rossi, per il supporto fornito nella realizzazione dell'indice analitico e nella verifica dell'accuratezza dei rinvii interni.

CAPITOLO PRIMO

STORIA ISTITUZIONALE E FONTI DEL DIRITTO

Carla Masi Doria

SOMMARIO: I. Introduzione. – I.1. Il diritto. – I.2. Le fonti a) di produzione b) di cognizione. – II. *Regnum*. – II.1. Mito e rito. – II.2. Comunità preciviche e *gentes*. – II.3. *Rex, senatus, curiae e populus*. – II.4. Ritualizzatori e interpreti: i sacerdoti. – II.5. *Mores, leges regiae, foedera*. – III. *Libertas* repubblicana. – III.1. Una rivoluzione? Dalla tirannide alla *res publica*. – III.2. *Iussum populi e provocatio*. – III.3. Patrizi e plebei. – III.4. Le XII Tavole. – III.5. Le leggi *Valeriae Horatiae*. – III.6. Svolgimenti istituzionali tra V e IV secolo. – III.7. Verso l'equiparazione. Le leggi Licinie Sestie. – III.8. Il senato. – III.9. La giurisprudenza (laicizzazione, scrittura e scientificizzazione). – III.10. Le magistrature. – III.11. *Lex publica*. – III.12. Processo penale. – III.13. La crisi della repubblica. – IV. Il principato (costituzione e ordinamento). – IV.1. La struttura politica. – IV.2. Le *'cognitiones'*. – IV.3. I giuristi (scuole e *ius respondendi*; i generi letterari). – IV.4. I *senatusconsulta*. – IV.5. Le costituzioni imperiali. – V. L'impero assoluto. – V.1. La Tetrarchia. – V.2. Nuova organizzazione del territorio. – V.3. La riforma tributaria. – V.4. L'*Edictum de pretiis*. – V.5. Le persecuzioni. – V.6. Aspetti ideologici e rappresentativi. – V.7. Da Costantino alla definitiva divisione dell'impero. – V.8. Attività della giurisprudenza e codici privati. – V.9. Consuetudine e prassi: prospettive. – V.10. La legge delle citazioni. – V.11. Il *Codex Theodosianus*. – V.12. Leggi romano-barbariche. – VI. Giustiniano e la grande compilazione. – VI.1. Il primo Codice. – VI.2. I *Digesta*. – VI.3. Le *Institutiones*. – VI.4. Il secondo Codice. – VI.5. Le *Novellae*.

I. Introduzione

I.1. Il diritto

L'esperienza giuridica romana, in un mondo in velocissima trasformazione come quello odierno, deve soprattutto servire a comprendere che il diritto è un fenomeno storico, mutevole. Ma anche un fenomeno umano: significativo è il noto *dictum* di Ermogeniano, un giurista romano vissuto alla fine del III secolo d.C., conservato nei *Digesta* di Giustiniano in D. 1.5.2 (Hermog. 1 *iur. epit.*). ... *hominum causa omne ius constitutum sit* ... [tutto il diritto è stato costituito per gli uomini]. Naturalmente il nostro modo di intendere il diritto è strettamente connesso con una lunghissima tradizione che parte dal mondo romano.

Ma a che serve il diritto? Il diritto serve alla regolamentazione, all'ordinato svolgimento dei rapporti tra privati e tra istituzioni (e tra privati e istituzioni), e come tale è frutto dell'evoluzione politico-sociale ed economica dell'ordinamento cui si riferisce.

Il diritto romano è per noi una specie di laboratorio genetico e al contempo un tavolo settorio. Vi troviamo infatti, per così dire, il DNA dei moderni ordinamenti giuridici. Abbiamo la possibilità e la fortuna di studiare la fisiologia e i momenti patologici di una compagine politico-sociale che si è evoluta lungo più di mille anni della storia di Europa e ha fortemente influenzato, in modo diverso, i secoli successivi. Mentre infatti chi voglia avvicinarsi ad esempio allo studio della filosofia (anche di quella contemporanea) non può fare a meno di guardare all'antica Grecia, dove sono nati moltissimi dei concetti e delle modalità di pensiero che i filosofi ancora oggi utilizzano, chi si dedica al diritto, alla pratica giuridica, come allo studio scientifico delle istituzioni, non può prescindere da idee che nacquero a Roma, in una civiltà che ebbe, per così dire, il dono del diritto, e nella quale, per la prima volta nella storia umana, si affermò un ceto di giuristi che si propose, ed ebbe come *munus*, come compito tecnico, l'applicazione pratica del diritto e l'approfondimento scientifico delle strutture giuridiche. Mentre scrivo queste pagine penso alla notizia di qualche giorno fa relativa al discorso di apertura della seduta plenaria del Parlamento europeo di Ursula von der Leyen, eletta il 16 luglio 2019 come presidente della Commissione europea, prima donna a ricoprire l'importante ruolo, secondo la quale: «la filosofia greca e il diritto romano costituiscono la culla della nostra civiltà europea».

Di concetti romani noi giuristi moderni siamo circondati, nel campo del diritto pubblico (cioè dell'organizzazione dello Stato), come nel diritto privato (che regola i rapporti tra i consociati). Pensiamo anche alla terminologia: legge = *lex*, crimine = *crimen*, pena = *poena* (di origine greca), contratto = *contractus*, beni = *bona*, proprietà = *proprietas*, possesso = *possessio*, costituzione = *constitutio*, e molti altri. Naturalmente oggi gli istituti menzionati non sono identici alle loro origini romane, ma è indubbia la linea di continuità (semantica e pratica) tra antico e moderno. Tutti questi istituti, con innumerevoli altri che si studiano anche nelle discipline del c.d. 'diritto positivo', hanno una loro storia che aiuta a comprenderli e che affonda le sue radici nel diritto romano e nella sua tradizione.

Proprio 'diritto' è invero un termine che non ritroviamo nella Roma antica, dove si utilizzava invece il termine di origine indoeuropea *ius*, avente inizialmente il significato di forza, potere: la *vis* che si riconfigura in *ius*. La definizione non è semplice; possiamo accontentarci, oggi, di un'approssimazione: sono regole di diritto quelle norme comportamentali per le quali è prevista la coazione nel caso di violazione. Così il diritto si distingue da altri ambiti 'normativi', quali la morale, l'educazione, la religione.

La nostra prospettiva è naturalmente quella di Roma antica, quella storica, del periodo che va dalla mitica fondazione da parte di Romolo, intorno al 754 o 753 a.C., fino al 565 d.C., anno della morte di Giustiniano, imperatore a Costantinopo-

li (la ‘Nuova Roma’ fondata sul sito di Bisanzio, l’odierna Istanbul). A Giustiniano si deve la monumentale opera giuridica, denominata poi, secoli dopo, *Corpus iuris civilis* (→ I §VI; II § II), che tanto influirà sul diritto medievale e moderno, e sui diritti nazionali europei (e su quelli da questi a loro volta orientati), fino ai giorni nostri. Anche quella che per lungo tempo è stata considerata una vicenda separata, e cioè la tradizione del *Common Law* anglosassone, a ben vedere presenta stretti punti di contatto con il modo romano di pensare e attuare il diritto.

1.2. Le fonti a) di produzione b) di cognizione

La metafora della fonte è antichissima, già i Romani la utilizzavano per indicare il momento di ‘produzione’ del diritto, l’irruzione positiva della regola nella comunità dei cittadini. Livio, il noto storico d’età augustea, definirà le **XII Tavole** (testo di legge della metà del V secolo a.C.) *fons omnis publici privatique iuris*: fonte di tutto il diritto, pubblico (quello che attiene alla struttura e al governo della città) e privato (quello che riguarda i rapporti tra gli individui) (→ II § III.4).

Le **fonti** rappresentano il modo che ciascuna comunità (o ciascun ordinamento) ha di produrre il diritto, costituiscono la ‘sorgente’ dalla quale scaturisce il diritto (si pensi nelle principali lingue europee alla consonanza di significato del termine ‘fonte’ proprio con la sorgente [it.], *source* [fr.], *source* [ingl.], *fuelle* [spagn.], *Quelle* [ted.]).

Nell’epoca più antica esiste una forte congiunzione tra la norma religiosa e la norma giuridica, connessione che manca (o è fortemente attenuata) nel vissuto dell’uomo contemporaneo occidentale (ma non in quello di comunità politiche, anche odierne, che si richiamano direttamente alla divinità come legislatore).

Per l’uomo antico il modo più naturale di giustificare l’introduzione di regole vavevoli per l’intera comunità era rimandare la loro istituzione a una divinità. Il dio-legislatore è una tipica forma di legittimazione degli ordinamenti più antichi. La manifestazione della divinità attraverso la norma giuridica (e dunque religiosa allo stesso tempo) è propria del mondo antico e soprattutto dei popoli orientali (che sono i primi di cui conosciamo l’organizzazione politica). Esempi significativi possono essere il **codice di Hammurabi** di Babilonia (collocabile nella prima metà del 1700 a.C.), o anche il decalogo di **Mosé** (i Dieci comandamenti, intorno al 1250 a.C.): entrambe queste legislazioni esordiscono con l’autoaffermazione della divinità e proseguono nell’elencazione di prescrizioni (obblighi e divieti) ai quali la comunità sottoposta è tenuta in virtù dell’obbedienza dovuta al dio. La **‘teofania normativa’** consiste dunque nella diretta promanazione della legge dal dio: una manifestazione del dio attraverso la norma. Tale comportamento, spiegato razionalmente, rappresenta un tentativo di autorganizzazione che trova la sua giustificazione in una volontà ultraterrena. A Roma, invece, fin da età molto antica, il diritto, pur presentando diverse connessioni con il divino, non appare diret-

tamente promanare dalla divinità: evidentemente non era sentita l'esigenza di una siffatta legittimazione di norme e regole.

Le fonti del diritto si possono suddividere in fonti di produzione e fonti di cognizione. Le **fonti di produzione**, quegli atti o fatti idonei a produrre diritto, costituiscono la sorgente, come si è accennato, da cui **scaturisce il diritto**. Le **fonti di cognizione** sono invece quei materiali che permettono di conoscere forme e contenuti di un determinato ordinamento, uno **strumento di conoscenza**, appunto. È ovvio che, quando si può attingere alle fonti di produzione, queste divengono, nella storia, anche fonti di cognizione.

a) Le fonti di produzione

Nei mondi primitivi e arcaici, anche prima delle teofanie normative, la fonte di produzione primaria per importanza era chiaramente costituita dal comportamento/uso (anche per l'evidente limite costituito dalla più tarda diffusione della scrittura, scoperta recente rispetto alla storia dell'umanità). L'evoluzione degli ordinamenti, poi, porterà progressivamente alla supremazia degli atti (scritti).

Se volgiamo lo sguardo al diritto positivo, al nostro **Codice civile**, entrato in vigore nel 1942, sono premesse le c.d. **Disposizioni sulla legge in generale**, che all'art. 1 elencano le fonti del diritto, le fonti dell'ordinamento italiano vigente: 1) **leggi**; 2) **regolamenti**; 3) **norme corporative** (abrogate nel 1944, perché strettamente connesse con l'ordinamento politico fascista); 4) **usi**.

Nel 1948 si è, poi, posta al vertice delle fonti del diritto la **Costituzione** repubblicana, legge fondamentale del nostro ordinamento.

La **legge** e le altre tipologie legislative sono testi che promanano nel nostro ordinamento dal Parlamento secondo le procedure stabilite dalla **Costituzione**. Anche i **regolamenti** sono testi (atti), che hanno una vigenza diversa nel nostro ordinamento, come le leggi sono sostanziati in documenti scritti, approvati e posti in vigore secondo specifiche norme. Gli **usi** sono invece dei fatti, comportamenti che, per un qualche motivo, divengono vincolanti per la comunità. La dottrina e la giurisprudenza li definiscono, in modo diverso dal legislatore, **consuetudini**. Le consuetudini (→ I § II.5; V.9) sono fonti del diritto quando si riscontra in esse la **diuturnitas**, cioè il ripetersi e prolungarsi nel tempo di tale comportamento, e la **opinio iuris ac necessitatis**, ossia il convincimento dei consociati di seguire una norma di diritto; inoltre non devono essere in contraddizione con norme scritte in vigore. Nel mondo più antico la fonte principale del diritto è il comportamento giuridicamente rilevante, a formazione consuetudinaria. Nel mondo moderno questa proporzione si ribalta, oggi noi siamo avvolti da un mondo legislativo fatto di testi.

Per ogni 'periodo' della storia romana è possibile individuare diverse fonti di produzione del diritto. Segue un'elencazione delle diverse tipologie, che saranno riprese di volta in volta nei differenti periodi storici considerati.

Per l'età arcaica (nella quale è possibile includere l'età precivica e quella monarchica o, forse meglio, per i Romani, del **regnum**, che va fino al 509 a.C., una

data ‘convenzionale’) erano importantissimi i *mores* (costumi, comportamenti). Dai *mores* deriva il termine italiano ‘morale’, ovvero il complesso dei modi di agire reputati giusti dall’intera comunità, solo che – nella nostra lingua – il significato di questa terminologia si è distaccato dall’ambito giuridico, per significare, invece, il mondo etico. Anche la morale è fortemente sottoposta all’evoluzione e alle involuzioni dei comportamenti sociali.

Tornando ai *mores*, prima recitati e affidati ad una forma di tradizione orale, saranno trascritti solo in un secondo momento, ottenendosi in questo modo, in una società mutata, una maggiore certezza del diritto. I *mores* sono norme di tipo consuetudinario, ma non possono sovrapporsi completamente alle moderne consuetudini (intese, lo si è visto, come fatti normativi basati su *diuturnitas* e *opinio iuris*), pure presenti in età più tarda nel mondo romano, nel quale si costruisce la struttura dogmatica e ci viene trasmessa la denominazione. Per i Romani il *mos* corrisponde al costume degli antenati (e perciò ha un valore sacrale) e allo stesso tempo è conforme alla natura stessa delle cose: da ciò il comportamento attinge forza regolativa.

In età monarchica vi erano, poi, le *leges regiae* (→ I § II.3, II.5), ossia un primitivo tipo di legge che promanava dal *rex*. Spesso ripetevano la sostanza normativa dei *mores*; talvolta queste *leges* corrispondevano all’esigenza di risolvere una situazione precedentemente non prevista. Il re sottoponeva la sua decisione all’assemblea del popolo (riunito per compagini a struttura familiare: *comitia curiata*) per ricevere il *suffragium*, una approvazione rumorosa e informale.

Per l’età repubblicana (dal 509 a.C. all’età augustea, fine del I sec. a.C.), centrali sono le *XII Tabulae* (→ I § III.4), cioè ‘la’ legge, la ‘codificazione’ (o meglio: la compilazione scritta) dei *mores*, solo in parte innovativa. Vi erano, inoltre, le *leges publicae* o *leges rogatae* (→ I § III.11), proposte dai magistrati posti al vertice della repubblica e approvate con voto delle assemblee popolari, che disciplinavano ambiti giuridici specifici.

Sempre in età repubblicana si segnalano, come fonte del diritto, i *responsa prudentium* (→ I § III.9): risposte di autorevoli cittadini, i giuristi, particolarmente esperti di diritto, sollecitate da richieste di pareri loro sottoposte da privati o da magistrati. I più antichi *responsa* erano forniti dai **pontefici** (→ I § II.4; II § III.11.3; III § III.1; V § II, II.1), sacerdoti specializzati nell’ambito giuridico. E l’autorevolezza del rispondente a dare forza giuridica al *responsum* che può essere riutilizzato quando la situazione di fatto rispetto alla quale il *responsum*-soluzione di diritto era stato escogitato si dovesse ripresentare.

Concorreva a formare l’ordinamento giuridico anche l’**editto del pretore** (→ I § III.10; V § III.2), il magistrato funzionalmente istituito per dirimere le liti tra i cittadini. L’editto veniva emanato ogni anno come atto programmatico della giurisdizione pretoria. In via residuale, restavano in vigore tutti i *mores* e le *leges regiae* non ancora compresi in fonti-atto più recenti.

Nell’età del principato, infine, si affiancano alle *leges*, all’editto e ai *responsa prudentium*, le *constitutiones principis* (→ I § IV.5) e i *senatusconsulta* (→ I §

IV.4). L'insieme di queste tipologie di fonti è ben rappresentato in quelli che la storiografia moderna chiama i 'cataloghi' delle fonti (il punto di osservazione è certamente influenzato dalla teoria sviluppatasi a valle dell'esperienza romana), in primo luogo quello, notissimo, che apre le *Institutiones* di Gaio (→ I § IV.3), ove, premesso un riferimento ai *mores*, sono elencati legge, plebiscito, senatoconsulto, editti e *responsa prudentium* in un sistema anacronistico, perché nel secondo secolo del principato si pone al centro, come modello paradigmatico della legalità, l'antica *lex* repubblicana. Accanto a quello gaiano esistono anche 'cataloghi' di Pomponio e di Ulpiano (nei *Digesta* giustiniane), a questi i moderni avvicinano pure un testo ciceroniano, nel quale le fonti sono elencate al fine della costruzione dell'argomentazione.

Le **costituzioni imperiali** rappresentavano la volontà del principe, figura particolarmente potente e autorevole che – a partire da Ottaviano Augusto (→ I § IV.1) – assume il ruolo di vertice nella comunità politica romana, ormai tesa verso l'impero universale. L'influenza del *princeps* nell'ordinamento sarà sempre più rilevante e significativa, fino a raggiungere il suo apice nell'età del dominio (a partire da Diocleziano, 283/284 d.C.), quando i Romani arriveranno a considerare come 'legge' ogni manifestazione della volontà dell'imperatore. I *senatusconsulta* esprimevano le indicazioni e le statuizioni del senato. Originariamente, come svela la terminologia, si trattava dell'assemblea degli anziani, i *senes*, che davano consigli al *rex* (→ I § II.3), e poi ai magistrati repubblicani (→ I § III.10). I 'vecchi' nelle società antiche svolgevano un ruolo importantissimo, perché detentori dell'esperienza e quindi di una massa critica di sapere, utile per poter risolvere situazioni problematiche. In età repubblicana i *senatusconsulta* avevano una portata politica, di **autorevole consiglio** ai magistrati (di conseguenza difficilmente disatteso, anche se non mancano esempi di magistrati che non eseguirono le direttive presenti nel *consultum* del senato, si pensi a **Publio Mucio** [→ I § III.9] nel 133 a.C. per la repressione nei confronti di **Tiberio Gracco** [→ I § III.13] e dei suoi seguaci). Durante il principato questi *consulta* (di un senato da tempo trasformato in assemblea di ex magistrati) avranno una portata direttamente legislativa, anche se Gaio (1.4) nel suo 'catalogo delle fonti' fa riferimento ad una discussione sul punto: *Senatus consultum est quod senatus iubet atque constituit; idque legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum* [Il senatoconsulto è ciò che il Senato comanda e stabilisce; ciò tiene luogo di legge sebbene sia stato oggetto di discussione].

Nell'età del principato le *leges* scemano d'importanza, mentre l'editto del pretore raggiunge l'apice della sua capacità di leggere i rapporti economici e di regolarli giuridicamente. È in questa fase storica che il ruolo dei giuristi raggiunge il suo culmine, riflesso non solo nella pratica rispondente, ma in una letteratura sempre più sofisticata, che ricongiunge nelle sue trame tutte le tipologie delle fonti di produzione: dal commento alle leggi (in primo luogo alle antiche XII Tavole), a quello all'editto, a una serie di trattati, monografie, manuali che rappresentavano un vero tesoro di decisioni giuridiche (in un discorso controversiale, che ve-

de l'opinione divergente di singoli e di scuole), tramandate in primo luogo dalla **Compilazione giustiniana** (→ I § VI; II § II).

Rispetto a questo diritto che si definisce non a caso 'classico', con una terminologia che indica un giudizio di valore, e che ha il suo momento di ultimo fulgore nell'età dei Severi, lungo il III secolo si assiste a una progressiva, seppur non totale, anonimizzazione della giurisprudenza. Si giunge così a una caratterizzazione precipua del diritto c.d. postclassico o più in generale tardoantico (comprendendo anche la legislazione giustiniana). Si tratta del ruolo crescente e poi del tutto dominante dell'imperatore (ormai *dominus* assoluto dell'impero, che non tarda a dividersi prima con l'esperienza tetrarchica e poi definitivamente con i successori di Teodosio I), o forse, meglio, della sua cancelleria (ove i giurisperiti agiscono silenti, come burocrati), nella produzione e nella interpretazione del diritto. È il tempo delle grandi 'codificazioni' romane: prima il *Codex Theodosianus* (→ I § V.11), poi la monumentale impresa di Giustiniano, che ci ha consegnato il c.d. *Corpus iuris civilis* (→ I § VI; II § II).

b) Le fonti di cognizione

Le fonti di cognizione, come già accennato, si sostanziano in ogni materiale che permette di conoscere forme e contenuti di un determinato ordinamento. Rappresentano quindi un vero e proprio strumento di conoscenza rispetto all'oggetto indagato.

Per il diritto romano esse consistono non solo nei testi ufficiali che possiamo leggere, nella loro interezza o frammentariamente (leggi, senatoconsulti), e nelle opere giuridiche, di cui si è sottolineata l'importanza come 'fonti di produzione', ma anche nelle opere di letteratura non giuridica, scritti di storici come Tito Livio o Dionigi di Alicarnasso, oratori, si pensi a Cicerone, commediografi (Plauto), grammatici (Varrone), poeti addirittura, e poi nei reperti archeologici, numismatici, epigrafici, papirologici, pittorico-artistici, oltre che in studi antropologici.

II. Regnum

II.1. *Mito e rito*

Per l'esperienza più risalente alcune di queste fonti ci consentono la conoscenza di un fenomeno assai rilevante, il **rito**, una serie di azioni formali che rispondono, nella mentalità dell'uomo antico, a un'esigenza di ordine e di pubblicità. Il rito è **momento solenne, performativo**: il convincimento diffuso della comunità di riferimento lo rende capace di trasformare situazioni di fatto attraverso un rivestimento formale (si pensi, ancora oggi, alla celebrazione del matrimonio, che trasforma lo *status* dei nubendi, o alla proclamazione in una seduta di laurea, che

conferisce il titolo di ‘dottore’ e di conseguenza abilita a una serie di posizioni giuridiche inattuabili da chi non sia laureato).

Le origini, per raccontare una storia, sono un problema fondamentale, che può diventare ossessionante. La nascita di Roma, per come descritta dalla storiografia antica, viene rappresentata come insieme di elementi rituali e mitici. Non si è mai smesso di riflettere su di un racconto che svela molto di quanto avverrà in seguito. **Rito e mito** sono uniti dallo sfondo, giuridico e civile, cioè contestualizzati in riferimento a una vicenda di costruzione e accrescimento della città, come comunione ordinata di cittadini. Il rito è una modalità del fare, fortemente formalizzata nei gesti e nelle parole strutturate come assicurazione rispetto al risultato atteso, e come riduzione simbolica dello svolgersi delle cose. Al contempo costituisce una sorta di pubblicità dell’evento.

Tracciare un solco secondo un certo rito, significa fondare una città, renderne sacro il perimetro. La presunta comunicazione con gli dei si iscrive in questa mentalità rituale. Il mito, nel mondo romano, è sempre però anche civile, mai esclusivamente religioso: indica un esempio per la comunità, segna le modalità di comportamento. Gli eroi sono comuni cittadini (anche donne), che in una occorrenza particolare mostrano il modo migliore per affrontarla, secondo quello che viene così codificato come ‘carattere nazionale’ dei Romani. A differenza del mito greco, l’atto eroico non è compiuto da semidei (tranne quello fondativo originario di Romolo), ma da soggetti pienamente integrati nella società anche attraverso una genealogia riconoscibile (pur se fittizia) nel legame con i *maiores*. Così, attraverso comportamenti esemplari e la loro ritualizzazione, si forma un complesso di strutture normative a matrice consuetudinaria che, al contempo, costituiscono le basi per un’aspettativa positiva rispetto all’esito dei comportamenti. L’ideologia sottesa è che se la comunità vi si conforma, otterrà l’approvazione statica degli dei (*pax deorum*) e di conseguenza uno sviluppo positivo. Così rito e mito, compresi nei *mores maiorum*, costituiscono la base e la ‘filosofia’ stessa della società romana e del suo modulo di disciplinamento organizzativo, governato da un ceto di sapienti, capace di interpretare segni e rapporti e anche di aggiornare il sistema.

II.2. *Comunità preciviche e gentes*

Quando parliamo dei Romani e del loro diritto ci riferiamo ad una situazione storica molto avanzata rispetto allo stanziamento dei **Latini** nel territorio della Valle del Tevere. Questo popolo proveniva da molto lontano, da migrazioni che erano durate migliaia di anni e apparteneva al ceppo linguistico degli Indoeuropei. Probabilmente, gli Indoeuropei partirono dalle steppe dell’Europa orientale per giungere in Italia, poi nel Lazio, dove si differenziarono, popolandolo con una serie di piccole comunità (i Romani ricordavano trenta *populi* detti *Albenses*, dal nome della più importante città dei Latini, Alba Longa). In Italia i Latini (e le al-

tre popolazioni italiane) incontrarono gli aborigeni e altri *ghenoi* come gli **Etruschi**, che erano stanziati nel nord del Lazio e nell'odierna Toscana, e i Greci che, a partire dal IX secolo, popolavano le coste meridionali della Penisola e avevano stanziamenti commerciali nelle isole.

Si dicono **formazioni preciviche** quelle strutture comunitarie preesistenti alla fondazione della *civitas* romana. Il riferimento è a quelle popolazioni sia di stirpe indoeuropea (quali i Latini, i Sabini, i Volsci) sia non indoeuropea (gli Etruschi, di dubbia provenienza), unite da vincoli di difesa comuni e dedite a riti religiosi condivisi con conseguenze istituzionali relevantissime. L'organizzazione in primitivi villaggi si basava su legami familiari o pseudo-familiari degli abitanti.

La costituzione di nuclei di individui accomunati da vincoli di sangue (reali o fittizi) era rappresentata, a Roma, ancora in età storica, dai gruppi gentilizi. La **gens** era una sorta di famiglia allargata orizzontale, i cui membri si differenziavano dagli altri in virtù del **nomen**, condiviso da tutti i discendenti di un antenato lontano, storico o mitico. Il nome era dunque segno della comune discendenza. I gentili, ossia i componenti della *gens*, che, in età più antica, si spostavano e partecipavano insieme alle guerre di razzia o di difesa, in età precivica e cittadina esercitavano un controllo sul territorio di appartenenza (c.d. **ager gentilicius**), si riunivano in date fisse e in maniera esclusiva (ad es. per i funerali di un membro della *gens* o per ricorrenze solenni), avevano un sepolcro comune, garantivano i debiti l'uno dell'altro, ereditavano dagli altri gentili in alcuni casi e avevano la tutela sulle donne (→ III § VI.1) e gli impuberi (→ III § V.1) appartenenti alla *gens* in mancanza di un parente più prossimo.

Alcune testimonianze lascerebbero intendere come, già in età precivica, ogni **gens** avesse anche un proprio ordinamento giuridico e militare particolare, specifico: in tal senso deporrebbe la vicenda, risalente al periodo repubblicano, della quale fu protagonista la **gens Claudia**, che – dopo aver visto condannare due propri membri, di nome Lucio, per gravi fatti di sangue – decise di vietare l'attribuzione di questo prenome ai futuri membri della *gens*; un'analogha situazione coinvolse la **gens Manlia**, con riguardo al prenome Marco.

Per comprendere le ipotesi sull'organizzazione precivica appare opportuno qualche riferimento alle strutture familiari romane.

La **familia proprio iure** (→ IV § I.1) era l'unità elementare all'interno di un sistema matrimoniale monogamico, formato da un *paterfamilias* (→ III § II.3), la moglie e i suoi diretti discendenti (quella che oggi sociologicamente si suole definire *nuclear family*), oltre a schiavi e animali: una delle accezioni di **familia** era, infatti, di tipo patrimoniale (es. **familia servorum**). La *familia proprio iure* si caratterizzava per la sottomissione di tutti i suoi membri alla **potestas** del padre. Più esattamente, erano sottoposti a tale **potestas**: la moglie, in quanto acquisita secondo determinate forme particolari (c.d. **uxor in manu**, → IV § II.2); i figli (anche adottivi) non emancipati e le loro mogli *in manu*; le figlie non sottoposte a *manus* altrui; i successivi discendenti per linea maschile e le loro mogli *in manu*.

La **familia communi iure** (→ IV § I.1) corrisponde a un'unità familiare più ri-

stretta della *gens*, ma più ampia della c.d. *familia proprio iure*. Essa era composta, infatti, dai figli di un antenato comune più vicino rispetto al capostipite della *gens*: quando, alla morte di un *paterfamilias*, venivano a formarsi nuovi nuclei familiari sottoposti alla *patria potestas* rispettivamente dei figli del *paterfamilias* defunto, permaneva comunque, tra i fratelli e i loro discendenti, un legame familiare più tenue, il c.d. vincolo di agnazione (parentela per discendenza maschile), cui potevano corrispondere pretese ereditarie, in mancanza di eredi nell'ambito della *familia proprio iure* (→ IV § I.1), e la tutela (→ III § V, § VI) delle donne e degli impuberi.

Nel descrivere lo sviluppo delle unità familiari preciviche come di un'organizzazione statale, caratterizzata dalla presenza di organismi incaricati di svolgere, fin dalle origini, funzioni 'statali', la lettura storiografica del secolo scorso è stata profondamente suggestionata dalle teorie di Pietro Bonfante e di Eduard Meyer: pur pervenendo a conclusioni specularmente opposte, entrambi risentirono degli influssi (e dei limiti) delle impostazioni statualistiche – con l'idea della sovranità come una costante nel tempo – ed evoluzionistiche (tipiche della cultura ottocentesca).

Secondo **Pietro Bonfante**, l'organizzazione statale romana si sarebbe sviluppata da forme più elementari verso forme più complesse, in base allo schema *familia – gens – civitas*. La *patria potestas* (→ III § II.3.1) di età storica sarebbe, quindi, il residuo di un più definito e ampio potere politico del *paterfamilias* sul gruppo familiare, nell'ambito del suo territorio di stanziamento. Poiché la carenza di stabilità della *familia proprio iure*, data dalla sua breve durata, rendeva difficile riconoscerle i caratteri di politicità e di statualità, Bonfante utilizzò la *familia communi iure*, in una sorta di combinato disposto con la *familia proprio iure*. Nello specifico, individuò la trasmissione del potere da parte del *paterfamilias* attraverso il testamento a uno dei propri figli, in modo che questi risultasse titolare di un potere anche nei confronti dei suoi fratelli, nell'ambito della *familia proprio iure*. Il problema principale di questa ricostruzione consiste, tuttavia, proprio nella presupposizione di un sistema generalizzato di successione ereditaria a carattere testamentario, di cui non è presente alcuna attestazione nelle fonti relative al diritto romano originario.

Nella prospettazione di **Eduard Meyer**, invece, l'organismo sovrano originario veniva identificato con lo stato-stirpe, cioè l'orda migratoria originaria con a capo un re: la formazione della città sarebbe stata, dunque, il prodotto ultimo della disgregazione della più vasta unità etnica (stato-stirpe). Le orde si sarebbero, in successione, suddivise in città e, all'interno delle città, in *gentes*, secondo il modello della *polis* greca, e infine in *familiae*.

Sia la teoria di Bonfante sia quella di Meyer si basano, tuttavia, su due presupposti criticabili, che ne inficiano la portata euristica: da una parte, l'idea della sovranità come una costante nel tempo; dall'altra l'impostazione evoluzionistica (dalla famiglia alla città, o viceversa), che si pone in netto contrasto con la storia, in quanto questa non segue mai del tutto una linea retta, pedissequamente evoluzionistica.

Si può affermare in ogni caso – anche alla luce di testimonianze archeologiche sepolcrali – che, intorno al IX secolo, si è di fronte ad un periodo di fioritura economica, dovuto anche agli intensi traffici commerciali. Sul fronte meridionale, la presenza greca si spingeva fino a Capua, e, su quello settentrionale, l'espansione della potenza etrusca (collegata con lo sviluppo della metallurgia) era diventata rilevante.

Si assiste a fenomeni di **sinecismo** (letteralmente 'andare ad abitare insieme', σύν οικέω), cioè ad aggregazioni politico-economiche con funzioni principalmente militari/di difesa, con una forte differenziazione economico-sociale verso la metà dell'VIII secolo a.C. e ritualizzazioni di carattere sacrale per la copertura delle esigenze materiali delle comunità di villaggio. Un esempio di questo genere era la diffusione dell'osservazione rituale del volo degli uccelli (a mezz'aria tra la terra e il cielo, in grado di porre gli uomini in relazione con la divinità e orientarli nella realizzazione della *pax deorum*), capaci di legittimare le più rilevanti scelte politiche. Obiettivo degli uomini, dunque, diventò ritualizzare lo stare insieme, per porre in essere procedure in grado di prevedere la positività nella vita reale.

II.3. Rex, senatus, curiae e populus

A differenza di altri ordinamenti, il diritto romano si è caratterizzato per un precoce isolamento delle norme giuridiche rispetto agli altri tipi di norme. Certo la situazione era differente nell'età più arcaica. Pur in assenza di una **teofania normativa** (← I § I.2) vera e propria, infatti, esisteva sempre una tensione verso la *pax deorum*, assicurata da determinati atti rituali: la volontà degli dèi era interpretata attraverso l'osservazione di segni, tra i quali, come si è accennato, il volo degli uccelli. Questo sistema di ricerca della pace si pone in relazione con le strutture di prevedibilità, proprie del ritualismo antico, dei comportamenti umani primitivi e degli accadimenti naturali.

Secondo quanto la tradizione riporta, il 21 aprile del 754 o 753 a.C., proprio sull'ansa del Tevere in corrispondenza dell'isola Tiberina, ai piedi del colle Palatino, ebbe luogo l'*auspicium Romuli* (etimologicamente ricollegabile all'osservazione del volo degli uccelli), la premessa fondativa della città di Roma.

Nella vicenda di Romolo e Remo si possono intravedere molti elementi che rimandano alla migrazione rituale del *ver sacrum* (primavera sacra), un rito di passaggio: probabilmente tra le righe della leggenda è possibile comprendere come potrebbero essere andate verosimilmente le cose. Una 'banda' di ragazzi maschi, allontanata dal villaggio di origine (tradizionalmente, la comunità di Alba Longa), superato l'inverno decise di organizzarsi in un aggregato simile alla comunità da cui provenivano. Questo nuovo villaggio riuscì a sopravvivere grazie alla caccia e, probabilmente, ai furti di bestiame. La narrazione dell'uccisione di Remo da parte di Romolo (oppure del suo ausiliario Celere, secondo altra tradizione) evidenzerebbe, infine, la volontà dei Romani repubblicani di esplicitare gli aspetti negativi del *regnum*, del governo di uno solo, considerato un 'avito ma-

lanno'. Si può verosimilmente immaginare che Romolo fosse un capobanda che riusciva, in virtù del suo carisma, a tenere insieme la comunità: era questa la funzione del *rex* (parola con radice indoeuropea usata da Oriente ad Occidente, dal *rix* celtico al *raja* indiano). Un capo era necessario per la comunità perché le *gentes* oscillavano tra l'interesse a stare dentro alla comunità e la rivendicazione della propria indipendenza: il *rex* si faceva garante del mantenimento degli equilibri, soprattutto attingendo alla sfera del sacro e rappresentava, così, innanzitutto un referente religioso della comunità, un sacerdote in grado di produrre sacralità e, grazie all'orpello religioso della *pax deorum*, di tenere unita la comunità.

Una funzione importante del *rex*, subordinata a quella sacrale, era di carattere militare: nella fase più antica della monarchia latino-sabina, egli coordinava le compagini militari gentilizie guidate dai capi delle *gentes*.

Il *rex* era anche **giudice**, nel senso ampio di mediatore delle esigenze dei diversi gruppi all'interno della comunità. I parametri di riferimento per la risoluzione dei casi erano principalmente i *mores*, ossia le usanze degli antenati, e le *leges regiae*, proclamate alle *curiae* – e, quindi, al popolo tutto –, con cui si registravano pubblicamente *mores* non condivisi da tutti o si decidevano casi mai verificatisi, su cui non vigeva il *mos*. All'atto della proclamazione delle *leges regiae* il popolo prendeva parte con il semplice *suffragium*, un'adesione espressa dalla folla rumoreggiante, non ancora una votazione in senso tecnico.

Già dai tempi di Romolo la *civitas* era assata su quella **struttura triangolare** fondamentale (*rex* – *patres* – *populus*) che improntò l'organizzazione istituzionale dei secoli successivi.

Il *rex* era coadiuvato da un **consiglio di anziani** delle *gentes*, che poi diverrà il **senato** (a Roma si era considerati anziani al compimento dei 46 anni). Secondo la tradizione (lo ricorda Livio) il *senatus* (→ I § II.3, I § III.8) fu creato da Romolo, selezionando, tra le *gentes*, cento *patres* (numero rituale, in quanto il numero dieci, con i suoi multipli, aveva un significato simbolico per i popoli indoeuropei).

Vi era infine il *populus*, la moltitudine ordinata tenuta insieme dal *rex*. Il principio dell'ordine, caratteristica fondamentale di ogni comunità, consentiva di individuare, seguendo un ragionamento *a contrario*, tutto ciò che era disordine, ossia ciò che doveva essere al di fuori della comunità: l'imprevedibile.

La comunità originaria presto ebbe la necessità di assicurarsi una discendenza: così si spiegherebbe l'episodio del ratto delle Sabine. I **Sabini** erano, infatti i membri di una comunità di Italici, stanziata poco più a nord dei Romani, sul Quirinale, di lingua leggermente diversa. La narrazione del mito servirebbe anche a spiegare la fusione delle due comunità. Oltre ai Latini e ai Sabini, nella città più risalente furono presenti anche gli Etruschi: la tripartizione è testimoniata dalle fonti, che attribuiscono a Romolo l'istituzione delle **prime tre tribù** (termine etimologicamente collegabile al numero tre), in cui era distribuito il popolo: i **Rammes** (uomini di Romolo/Latini); i **Tities** (uomini di Tito Tazio, re dei Sabini); i **Luceres** (uomini del 'lucumone', parola etrusca che indicava il capo di quella popolazione).

Si ritiene che le tribù, in età storica, fossero state divise in *curiae* ('unione di uomini', *cum-viria*, un'interpretazione diffusa, ma assai dibattuta). Le curie diventarono, poi, operative nella vita sociale, soprattutto quando la comunità era in guerra. L'esercito corrispondeva alla capacità di armarsi delle *gentes*, tenute insieme e coordinate dal re, operazione non da poco per la presenza di molteplici tensioni centrifughe. Il re era in grado di mantenere l'equilibrio tra queste esigenze contrastanti grazie alla ritualizzazione, elemento intrinseco del diritto, e al consiglio degli anziani della comunità, e aveva come parametro di giudizio, per la soluzione delle ipotesi di conflitto, i *mores maiorum* (→ I § II.5).

Incerta poi l'origine della differenza tra **patrizi** (il nome deriva da *patres*, e secondo la tradizione erano i discendenti dei cento *patres* scelti da Romolo) e **plebs**, il gruppo indistinto. Le due entità sociali (che, secondo la visione marxiana definiremmo classi, diversamente, secondo un orientamento weberiano, ceti) avevano una diversa qualificazione giuridica, tutta sbilanciata a favore dei patrizi.

Ritornando all'istituzione del **rex**, da cui derivava la sua *dignitas*, passiamo all'analisi funzionale dell'istituto. Il re godeva di profonda sacralità e il legame con il mondo religioso si dimostrava un abile strumento per regolare nel migliore dei modi le spinte centrifughe provenienti dai diversi interessi gentilizi. Dalle fonti si rileva che si trattava di una carica monocratica, quindi il potere era affidato ad un solo uomo, anche se nella storia di Roma probabilmente le vicende ebbero un andamento diverso: si pensi al patto (*foedus*, → I § II.5) che Romolo strinse con Tito Tazio, re dei Sabini, che comportò la compresenza a Roma di due re che insieme dividevano il potere (ma questo forse è un mito che anticipa il **consolato**, → I § III.10). Non si ha diretta testimonianza dalle fonti, ma si ritiene che Romolo attese (forse procurò) la morte del suo collega per accentrare il potere nelle sue mani. La tradizione indirettamente tende a sottolineare le conseguenze negative del potere monocratico, proiettando nel mito il modello della *libertas*: infatti, durante la fase repubblicana, le sfere di potere erano bilanciate tra due uomini, così da poter evitare ogni eventuale occasione di tirannide. La durata della carica del *rex* era vitalizia, caratteristica tipica dei popoli indoeuropei.

Ma come si diventava re a Roma? I Romani non seguivano la regola della successione dinastica (in monarchie ancora oggi esistenti il successore è individuato nel discendente in linea retta). Le *gentes* avevano un ruolo importante nella designazione del nuovo re. Due sono le tradizioni che, a partire dalla narrazione relativa alla morte di **Romolo**, disegnano la struttura istituzionale della trasmissione del potere regio: una maggiormente mitica, secondo cui Romolo fu rapito dagli dei e portato in cielo, l'altra – forse più veritiera – secondo cui Romolo fu vittima di un assassinio commesso dai *patres*, i quali portarono con sé una parte del suo corpo squartato.

Tralasciando il significato antropologico e giuridico di questo secondo racconto, in realtà entrambe le tradizioni portano ad una stessa conclusione: difatti, nelle fonti si legge *auspicia ad patres redeunt* e *res ad patres redit*, raffigurando l'immagine del potere che ritorna ai senatori.