

IL DIRITTO ROMANO: UN SISTEMA DA RIMEDITARE*

di

Maria Cristina Colacino

Sono passati più di 80 anni da quando il romanista tedesco Federico Schulz pubblicava – anno 1934 –, prima di lasciare la patria per sottrarsi alle persecuzioni razziali, l'aureo libriccino "I principi del diritto romano"¹, col quale si proponeva di illustrare, in modo conciso ma, al tempo stesso, rigoroso, le caratteristiche fondamentali, secondo il suo punto di vista, dell'ordinamento giuridico romano.

Il lavoro, condotto sulla base di una vasta ed approfondita conoscenza del diritto romano, considerato sia nel suo sviluppo storico che nella sistemazione dommatica², si proponeva di individuare, come era reso esplicito dal titolo, i principi che dovevano ritenersi come basilari dell'ordinamento, considerato nel plurisecolare svolgimento delle istituzioni, avendo essenzialmente riguardo al suo fenomenico atteggiarsi nel periodo che, a buon diritto, si considera come *classico*³. Si trattava certamente di un

proposito stimolante, che oggi più che mai può fornire spunti di riflessione sul "Diritto romano", e sul modo di indirizzare ed articolare il suo studio, superando il tradizionale metodo esegetico (poco produttivo, dato che oggi molti operatori del diritto non hanno dimestichezza con la lingua latina) e la ricostruzione ed esposizione degli istituti che finiscono per proporsi come una aristocratica forma di erudizione, riservata a pochi iniziati⁴.

La lezione che può trarsi dal sistema giuridico che si suole definire "diritto romano" non deve riguardare, quindi, tanto – ad avviso di chi scrive – l'esame e la storia (sempre comunque utilissimi) degli istituti giuridici che, spesso, sono all'origine del pensiero giuridico moderno (si pensi, ad es., ai vizi della volontà, alle obbligazioni, ai diritti reali, ecc.), quanto invece la ricerca e la individuazione di alcune caratteristiche di fondo del sistema, delle linee guida cioè della legislazione, nel suo vario atteggiarsi in relazione agli sviluppi della storia costituzionale⁵, e della connessa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

In questa prospettiva appare utile risalire proprio ad alcuni principi indicati dallo Schulz come basilari del sistema giuridico di

* Per "Diritto Romano" si intende l'ordinamento giuridico (complesso di istituti e di norme) vigente a Roma nei vari periodi della sua Storia, dalle origini dell'Urbe (verso la metà dell'ottavo secolo a.C.) alla ponderosa compilazione voluta dall'Imperatore Giustiniano (527-565).

¹ "Prinzipien des römischen Rechts" - München 1934, e "Principles of roman law" – Oxford 1936; in italiano tradotti da V. Arangio-Ruiz, "I principi del diritto romano" – Firenze 1949.

² Dello stesso Schulz vedi: "Storia della giurisprudenza romana", con prefazione di P. De Francisci – Firenze 1968 e "Classical roman law" – Oxford 1951.

³ Vedi Schulz, "Classical roman law" cit.; V. Arangio-Ruiz, "Storia del diritto romano" – Napoli 1957

⁴ La letteratura sull'esegesi dei testi del diritto romano a noi pervenuti è immensa, specie in relazione all'influenza che l'ordinamento giuridico di Roma ha esercitato sulla formazione e lo sviluppo dell'esperienza giuridica medievale, moderna e contemporanea. Sull'argomento vedi P. Koschaker, "L'Europa e il diritto romano", traduzione di A. Biscardi – Firenze 1962.

⁵ Vedi F. De Martino, "Storia della Costituzione romana" – Napoli 1958/1972; vedi anche L. Capogrossi-Colognesi, "Storia di Roma tra diritto e potere" – Bologna 2009; utile la consultazione di V. Arangio-Ruiz, "Storia del diritto romano" – cit. e P. De Francisci, "Sintesi storica del diritto romano" – Roma 1948; dello stesso P. De Francisci vedi la fondamentale "Storia del diritto romano" – Milano 1938 (purtroppo incompleta).

Roma e che, in definitiva, oggi ne costituiscono la vera e più importante eredità.

Appare stimolante la ricerca e la individuazione nel pensiero giuridico dei romani, nel suo svolgersi e nelle sue manifestazioni (la legislazione, la giurisprudenza, la elaborazione dottrinale), di alcuni aspetti, tra i tanti, che appaiono particolarmente significativi e che ancora oggi propongono agli operatori del diritto spunti di riflessione e modelli di organizzazione del pensiero e della prassi giuridica, capaci di porsi come fonti di ispirazione per le iniziative del legislatore e per la vita stessa e la funzionalità pratica, dell'ordinamento vigente.

Due delle caratteristiche essenziali del diritto romano da considerare attentamente sono la semplicità e la concretezza⁶, strettamente connesse e, in un certo senso, complementari tra loro.

Semplicità. Significa chiarezza di linguaggio, precisione nell'uso della terminologia e lucidità nell'elaborazione concettuale, evitando la costruzione di istituti complessi e variamente articolati, ed utilizzando rigorose strutture logiche, che non consentono margini di incertezza sia nella creazione del complesso normativo sia nella sua sistemazione dogmatica e soprattutto, nella soluzione, ad opera del magistrato giudicante, delle controversie, mediante la scelta ragionevole e ragionata del migliore assetto degli interessi in contrasto nel caso concreto.

Valutando l'insieme delle norme e degli istituti giuridici propri dell'ordinamento romano è agevole rilevare che esso non è mai molteplice ed intricato, ma si riduce a pochi motivi di indiscutibile chiarezza.

Si è osservato che il diritto romano è connotato da un certo formalismo, che impone il ricorso a formule sacramentali precostituite; ma questo si giustifica proprio alla luce della tendenza alla semplificazione che esige chiarezza ed uso di espressioni il cui valore semantico sia indiscutibile. Così, ad es., l'obbligazione contratta mediante *stipulatio* è valida se le parti hanno pronunciato le parole di rito (*spondes? – spondeo*), in modo da evitare fraintendimenti e, quindi, l'insorgenza di un qualsiasi dubbio circa la reale volontà delle parti di voler contrarre appunto una obbligazione. Così l'istituzione di un erede testamentario richiede che nell'esprimere la sua volontà il testatore usi espressamente la parola "erede" (*heres*).

Occorre avvertire che non si è pertanto di fronte ad un mero formalismo, perché l'impiego di precise espressioni, che solo ad un esame superficiale possono apparire meramente sacramentali, è sostanzialmente mirato a consentire in modo puntuale e non equivoco l'assetto di interessi che nel caso specifico si intendeva realizzare.

Semplicità significa anche parsimonia nella creazione e nell'impiego degli istituti giuridici: un solo istituto doveva (e poteva) servire a vari scopi, sì che rapporti sociali diversissimi potevano risultare soggetti allo stesso regime giuridico. Il diritto di proprietà, ad es., è inteso come unico ed unitario e non sussiste differenza tra proprietà immobiliari e proprietà di cose mobili; il termine iniuria che indicava in origine la sola lesione corporale nel diritto classico fu utilizzato per indicare ogni lesione volontaria anche morale della personalità.

Concretezza. E' l'aspirazione alla creazione (peraltro parsimoniosa) ed alla utilizzazione

⁶ Per vero lo Schulz non indica espressamente tra i principi del diritto romano la "concretezza"; ma questa è evidenziata in tutta la sua opera come elemento integratore dei principi esplicitamente trattati specie

avendo riguardo alle osservazioni relative alla tendenza dell'ordinamento romano alla casistica, al rispetto della tradizione e all'umanità.

di istituti giuridici che apparivano di volta in volta indispensabili per assicurare il giusto equilibrio sia nelle istituzioni nell'ambito del diritto pubblico (si pensi all'*intercessio* che ciascun console poteva esercitare nei confronti del collega, o al limite temporale semestrale della dittatura), sia nell'ambito del diritto privato per regolare rapporti intersoggettivi. In questa prospettiva appare significativo il potere riconosciuto al magistrato giurisdicente (il *praetor urbanus* o *peregrinus*⁷) di creare, non solo al momento dell'assunzione della carica annuale, mediante l'*edictum perpetuum*, ma addirittura di volta in volta, a seconda dei casi, mediante un *edictum repentinum*, la norma più confacente al caso concreto in esame. Si tratta certamente di un sistema peculiare che appare estraneo alle idee moderne di formazione dell'ordinamento giuridico⁸, ma può farci comprendere come anche oggi sia auspicabile e necessario un tempestivo adeguamento del sistema normativo in relazione alle dinamiche sociali, al mutevole atteggiarsi dei rapporti tra lo Stato e i cittadini, e, tra questi tra loro, in conseguenza degli sviluppi della produzione e del commercio e dei mutamenti *in fieri* nella compagine sociale e segnatamente nell'ambito dell'istituto familiare.

La celebre osservazione di Ermogeniano⁹ che "*hominum causa omne ius constitutum est*", che potrebbe, a prima vista, apparire banale, individua invece l'ispirazione di

fondo del sistema, e cioè che il diritto romano è stato creato in funzione dell'uomo, si propone cioè - prescindendo da qualsiasi ispirazione filosofica - come un sistema organico, mirato a soddisfare in modo sollecito e prammatico esigenze concrete dei membri della collettività nei loro reciproci rapporti nonché nel loro atteggiarsi nei confronti dello Stato e delle più ristrette comunità di appartenenza. Questo atteggiamento ha consentito ai Romani - sia nell'attività di creazione delle regole del diritto, sia nella loro pratica attuazione, sia nell'interpretazione giurisprudenziale - di individuare ed elaborare sistematicamente istituti e concetti fondamentali del pensiero giuridico universale, muovendo dalla considerazione di casi pratici, di volta in volta ritenuti meritevoli di una specifica regolamentazione intesa a realizzare un "giusto" equilibrio fra gli interessi coinvolti. Così deve dirsi che i romani non elaborarono, ad es., una teoria generale degli atti e/o dei negozi giuridici; tuttavia ad essi si deve la costruzione di dottrine particolari suscettibili di applicazione in modo più o meno uniforme a tutti gli atti giuridici o almeno a vasti gruppi di essi, come le dottrine della *condicio*, del *dies*, del dolo, della violenza e della rappresentanza. Si tratta di dottrine sviluppate attraverso una casistica che aveva riguardo a situazioni che la sempre maggiore complessità dei rapporti economici familiari e politici poneva sempre più spesso innanzi all'interprete. Appare

⁷ Il *praetor urbanus* è un collega *minor* dei consoli, dei quali, comunque, condivide l'*imperium*. Venne creato nel 367 a. C. proprio per esercitare la funzione giurisdizionale esentando dalla stessa i consoli. Il *praetor peregrinus* venne creato nel 242 a. C. per dirimere le controversie fra cittadini romani e stranieri nei confronti dei quali non poteva applicarsi rigidamente il diritto quiritario. Ambedue i pretori entrando in carica, all'inizio dell'anno, redigevano un editto (*edictum perpetuum*) indicando analiticamente come avrebbero esercitato la loro funzione.

⁸ Un riflesso del potere normativo attribuito al magistrato giurisdicente si rinviene oggi nel comma 2

dell'art. 1 del Codice Civile svizzero del 10.12.1907 che prevede testualmente: "Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che *egli adotterebbe come legislatore*".

⁹ Giurista vissuto tra il III e il IV secolo d.C. cui si deve, probabilmente, una raccolta di costituzioni imperiali conosciuta, appunto, come *Codex Hermogenianus* e che costituisce una continuazione e integrazione di una precedente raccolta nota come *Codex Gregorianus*

significativa a questo riguardo l'esigenza di regolare i rapporti riguardanti l'attività produttiva e commerciale nel maturo e poi tardo periodo repubblicano, che alcuni studiosi designano come "età commerciale"¹⁰, allorquando furono instaurati rapporti sempre più stretti con stranieri sia a Roma che nei mercati dell'Oriente e di tutto il Mediterraneo in genere, per i quali il diritto quiritario non offriva sufficienti sistemi di tutela e di componimento di eventuali controversie. Si può ricordare a questo riguardo che l'*actio de dolo malo* e la corrispondente *exceptio*¹¹ trassero origine, come attestato da Cicerone¹², da una iniziativa di un amico dello stesso Cicerone, Caio Aquilio, probabilmente quando questi ebbe a ricoprire la carica di *praetor peregrinus*¹³. L'aspirazione a realizzare in ogni situazione un giusto assetto di interessi, attraverso la tendenza alla casistica, ha consentito l'attribuzione di un limitato potere giurisdizionale con il connesso potere di emettere un editto per regolare tale attività anche a magistrati di rango inferiore a quello dei pretori¹⁴. Così la garanzia per i vizi delle cose vendute venne rafforzata

dall'intervento giurisdizionale degli edili (*aediles*), cui spettava la cura dei mercati e dell'annona¹⁵. Si deve agli edili l'introduzione nel sistema, per le vendite degli schiavi e degli animali, dell'*actio redhibitoria* (esperibile entro sei mesi dalla conclusione della vendita) e dell'*actio aestimatoria* (esperibile entro l'anno)¹⁶, da cui direttamente discendono le disposizioni contenute negli artt. 1490 – 1497 del Codice civile italiano.

Certamente oggi che l'attività nomotetica si esprime attraverso un complesso procedimento costituzionalizzato, inteso a garantire – quanto meno in astratto – la rispondenza del dettato normativo alla volontà popolare, è difficile, se non addirittura impossibile tener dietro tempestivamente alla dinamica, a volte veloce, dei rapporti sociali, prendendo atto delle sempre più mutevoli esigenze poste da tali rapporti; ma di certo l'esigenza di poter fare affidamento su un sufficientemente rapido adeguamento dell'ordinamento giuridico al variare della richiesta di giustizia che è alla base di ogni umana convivenza dovrebbe indurre ad un'attenta meditazione dei problemi che detta richiesta

¹⁰ F. Serrao, "Diritto privato economia e società nella storia di Roma" (volume 1) – Napoli 2006; vedi anche F. De Martino, "Storia economica di Roma antica" – Firenze 1979; anche se non recente e, per taluni aspetti, superata M. Rostovzev, "Storia economica e sociale dell'Impero romano" – Firenze 1953 (Traduzione G. De Santis).

¹¹ Nel Digesto vengono usate anche le espressioni *actio doli* ed *exceptio doli*; ma si tratta quasi sicuramente di testi manipolati da giuristi dell'età post-classica. L'espressione *actio de dolo malo* intende porre l'accento sul carattere sostanzialmente truffaldino del comportamento che si intende sanzionare, laddove il dolo, di per sé, (*dolus bonus*) si risolve soltanto in una esagerata valorizzazione della propria prestazione, comunque, non idonea ad indurre in errore la controparte.

¹² "De officiis" 3, 14, 58 e seguenti laddove Cicerone espone il caso occorso ad un tal Canio, cavaliere romano, il quale, ingannato dal banchiere Pizio con una fenomenale messa in scena, aveva comprato una

villa presso Siracusa pagando un prezzo esorbitante e non aveva poi potuto far nulla contro colui che lo aveva raggirato, perché, allora si era privi di tutela contro i raggiri truffaldini. Infatti, Caio Aquilio non aveva ancora introdotto, nel sistema, l'*actio de dolo malo*.

¹³ Sul punto cfr. F. Serrao, "La *jurisdictio* del *praetor peregrinus*" pagg. 106 e segg.

¹⁴ Il complesso delle norme contenute negli editti dei pretori e degli altri magistrati di minore rango limitatamente forniti di potere giurisdizionale viene indicato nelle fonti come *jus honorarium* cioè come diritto creato dai titolari delle varie magistrature.

¹⁵ Originariamente gli edili, in numero di due, erano magistrati della plebe ed ausiliari dei tribuni; ad essi si aggiunsero nel tempo gli *aediles curules* che potevano essere anche patrizi. Agli edili erano riservate la *cura annonae* e la *cura urbis* alle quali si riannodava la vigilanza sui mercati.

¹⁶ Vedi V. Arangio-Ruiz, "La compravendita in diritto romano" – Napoli, 1954, pagg. 361 e segg.

pone non solo al legislatore ma agli studiosi ed agli operatori del diritto in genere ed in questa prospettiva il diritto romano, inteso nelle sue basilari tendenze e caratteristiche,

può porsi come fonte fondamentale ed inesauribile di ispirazione.

Bibliografia

- L. PARETI, “Storia di Roma e del mondo romano”, volumi 6 – Torino 1952-1961 – opera fondamentale per uno sguardo d’insieme dello sviluppo politico di Roma e degli assetti costituzionali e amministrativi adottati nel tempo nell’ambito del mondo romano;
- E. VOLTERRA, “Istituzioni di diritto privato romano” – Roma, 1984;
- F. SERRAO, “Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale” – Pisa 1989;
- G. PUGLIESE, “Istituzioni di diritto romano” – Torino 1990;
- S. PEROZZI, “Istituzioni di diritto romano” (Volumi 2) – Bologna 1928 (ristampa anastatica, Roma 2002);
- M. KASER, “Das romische Privatrecht” – Munchen 1971;
- R. VON JHERING, “Geist des römischen Rechts aus den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung” – Leipzig 1877;
- F. DE MARTINO, “Diritto privato e società romana” – Roma 1982;
- B. ALBANESE, “Gli atti negoziali nel diritto privato romano” – Palermo 1982.

