



# SAPIENZA

## UNIVERSITÀ DI ROMA

**DIRITTO ROMANO, TEORIA DEGLI ORDINAMENTI E  
DIRITTO PRIVATO DEL MERCATO  
(XXXI ciclo)**

Settore scientifico disciplinare:  
IUS/18 Diritto Romano e Diritti dell'antichità

Dottorando: Marko Di Vincenzo  
Tutor: Chiar.mo Prof. Franco Vallocchia

Titolo della tesi:

**DIRITTI, POTERI, CONFLITTI.  
STRUMENTI GIURIDICI PER LE TECNICHE DECISIONALI  
NEL DIRITTO ROMANO (PUBBLICO E PRIVATO)**

**DIRITTI, POTERI, CONFLITTI.**  
**STRUMENTI GIURIDICI PER LE TECNICHE DECISIONALI**  
**NEL DIRITTO ROMANO (PUBBLICO E PRIVATO)**

Considerazioni preliminari p. 1

**‘CONFLITTI’ E LORO NECESSARIA COMPOSIZIONE:**  
**LA POSITIVITÀ DI POSIZIONI NEGATIVE**

- |  |    |
|--|----|
| 1. Il ‘confitto’ nell’ottica della <i>civitas augecens</i>   | 5  |
| 2. Il rifiuto di una presunta ‘conflittualità’ tra <i>ius publicum</i> e <i>ius privatum</i> .<br>due diverse posizioni di studio di un diritto concreto     | 21 |
| 3. <i>Consortium</i> e <i>collegia magistratuum</i> : Una poco esplorata <i>contentio</i><br>del secolo scorso tra <i>ius publicum</i> e <i>ius privatum</i> | 35 |

**RICERCA DI ‘CONFLITTI’**  
**NELLO *IUS PUBLICUM* E NELLO *IUS PRIVATUM***

- |  |    |
|--|----|
| 1. Indirizzi della ricerca verso una sistematicità giuridico-religiosa | 48 |
| 2. Alla ricerca di ‘conflitti’ nello <i>ius publicum</i>               | 62 |
| 3. Alla ricerca di ‘conflitti’ nello <i>ius privatum</i>               | 90 |

**SELEZIONE DI 'CONFLITTI' TRA POTERI (*IUS PUBLICUM*)  
E TRA DIRITTI (*IUS PRIVATUM*)**

Raccolta casistica <i>ius publicum</i>	114
Raccolta casistica <i>ius privatum</i>	120

**SOLUZIONE DEI 'CONFLITTI' NELLO *IUS PUBLICUM*:  
TECNICHE E STRUMENTI**

1. <i>Sacra</i>	125
2. <i>Sacerdotes</i>	135
3. <i>Magistratus</i>	147
4. <i>Leges</i>	179
5. <i>Senatusconsulta</i>	188
6. <i>Foedera</i>	197

**SOLUZIONE DEI 'CONFLITTI' NELLO *IUS PRIVATUM*:  
TECNICHE E STRUMENTI**

1. <i>Personae</i>	208
2. <i>Res</i>	225
<i>Res humani iuris publicae</i>	226
<i>Res humani iuris privatae</i>	235
3. <i>Actiones</i>	263
Considerazioni conclusive	280
Bibliografia	287
Indice delle fonti	308



*Abbiamo sbagliato nel momento della nascita dello Stato di diritto,  
quando ci siamo preoccupati di ritrovare giustizia nella legalità  
e non abbiamo invece esplicitato nella legalità la giustizia*

Gli obiettivi perseguiti con la presente tesi richiedono sin da subito una necessaria sistematicità, la quale, se da un lato non è sufficiente a ridurre la complessità, può sicuramente aiutarmi ad evitare che l'ambizione scada in una dispersiva superficialità.

Non nego che l'operazione più difficile è infatti quella della 'selezione': operare delle scelte, prendendo posizioni, è forse il più grande esercizio che sono chiamato ad operare. E nello scegliere, secondo criteri e direzioni ancora inesplorati, mi presto consapevolmente a critiche; lo sforzo più grande è dunque quello di fornire personali interpretazioni, non solo per il momento inevitabile dell'analisi, ma anche (e soprattutto) per il momento preliminare della scelta; per dette operazioni, che certamente possono non esser condivisibili, mi pongo l'elementare imperativo della logicità.

Sulla base di questa preoccupazione principale, opero dunque una scelta tra tutte quelle situazioni giuridiche coinvolgenti poteri (*ius publicum*) e diritti (*ius privatum*), che possono essere tra loro diversi oppure eguali, ma, in quest'ultimo caso, propri di più 'contitolari'; in ogni caso, singolarmente presi, diritti e poteri comunque potenzialmente capaci di dispiegare un determinato effetto giuridico, distinto da quello che può scaturire da altri: capaci, quindi, di generare un 'conflitto'.

Da qui la scelta per il termine 'conflitto', molto in voga nel gergo costituzionale, con il quale si identificano tutti quei veri e propri 'scontri' tra poteri, che manifestano momenti e fatti giuridici bisognosi di una risoluzione per evitare la paralisi; se così intese, tale situazioni, non possono che verificarsi e presentarsi, con le medesime problematicità, anche nel diritto privato.

Ed allora sorge la necessità di una soluzione per evitare che il 'conflitto' si crei (laddove questo possa essere quindi considerato come 'potenziale') ovvero per dirimere un 'conflitto' già sorto (che può ben definirsi come 'attuale'). Si pensi esemplarmente per il primo caso alla comproprietà, laddove lo *ius prohibendi* si pone come strumento per il socio di impedire il sorgere di un effetto giuridico irreparabile; per il secondo si pensi invece alla *intercessio*, ove il tribuno, appurata la lesione, e ravvisata dunque la 'conflittualità' con gli interessi della *pars populi* che egli tutela, oppone con esito favorevole la *sacrosanctitas* agli *auspicia*.

Opero dunque la selezione sulla base del diverso atteggiarsi delle soluzioni offerte dal sistema per tutte quelle situazioni che solo erroneamente potrebbero definirsi 'patologiche'; la ricerca, a ben

guardare, deve partire dalla tecnica o strumento di risoluzione del 'conflitto', perché solo rovesciando la prospettiva possono a fondo comprendersi, non solo la sostanza stessa dell'istituto oggetto di studio, ma soprattutto l'esigenza verso una via d'uscita naturale dallo stesso schema giuridico che risolve: una soluzione dunque 'fisiologica'.

La centralità della soluzione non risolve però da sola la logicità cui, perlomeno, aspiro; se infatti è vero che talvolta la soluzione può essere la medesima per diversi e distanti 'conflitti', e nello *ius publicum* e nello *ius privatum* (si pensi, tra tutte, alla *sortitio*), sorge comunque la necessità di offrire sistematicità alla raccolta.

Ed allora analizzo i casi escerpiti sotto la prospettiva delle due diverse posizioni di studio, raggruppandoli in due distinte tabelle: in quella dello *ius publicum*, non mi è sufficiente la tripartizione ulpiana in *sacra*, *sacerdotes* e *magistratus*, ma per evitare 'conflitti sistematici' vi affianco l'ulteriore suddivisione ciceroniana in *leges*, *senatusconsulta* e *foedera*; per lo *ius privatum* utilizzo la classica tripartizione gaiana in *personae*, *res* e *actiones*.

Sicché se questo è laconicamente il disegno dello schema utilizzato nelle tabelle (pp. 114-124), sui cui indirizzi di ricerca e criteri utilizzati per il 'riempimento' dedico ampio spazio nel secondo capitolo, possono ora delinearsi gli obiettivi sostanziali della tesi.

Innanzitutto se, come detto, il rovesciamento della prospettiva di studio risulta essere una metodologia in ogni caso da sperimentarsi e verificarsi -nei suoi risultati- sul campo, ciò non le nega, sia solo sotto il profilo metodologico, tale valore. L'esame delle diverse situazioni conflittuali, una volta analizzate con l'ausilio della soluzione, infatti, possono svelare prospettive analitiche di più facile ed intuitiva soluzione, ovvero, a mio avviso, in taluni casi ci offrono proprio la possibilità di comprendere appieno il funzionamento o la sostanza stessa di un istituto (come si vedrà per esempio per le *res in usu publico*).

Il rinvenirsi poi di una medesima soluzione per istituti distanti tra loro, come per esempio il già citato *ius prohibendi*, che lo si ritrova sia nel *consortium erecto non cito* sia nella collegialità tra magistrati, dimostra ancora una volta come *ius publicum* e *ius privatum*, altro non possono essere che due semplici ma diverse posizioni di studio. Tant'è che tra queste mai interviene un conflitto, perché peraltro il sistema offre una precisa gerarchia tra esse, sicché l'una (*ius privatum*) facendo parte dell'altra (*ius publicum*), non può che svilupparsi nei suoi contenuti in una continua conformità allo *status rei Romanae*.

A ben guardare si tenta poi di dimostrare come se nello *ius publicum* il conflitto non può che attenersi, alla radice, al campo dei poteri, nello *ius privatum* il conflitto è generato da diritti, attribuiti a diversi (con)titolari, che in egual modo possono esercitarli; la soluzione, tanto per il diritto pubblico quanto per il

diritto privato, non può che essere (eccezion fatta per i casi in cui si ricorra alla soluzione estrema della *sortitio*, come si vedrà) l'attribuzione di un 'potere-diritto' al singolo, inteso come 'potere ad esercitare un diritto': si pensi ancora una volta all'*intercessio tribunicia* (soluzione che è permessa dalla *sacrosanctitas* che si contrappone agli *auspicia*) o allo *ius prohibendi* 'privatistico', che discende da una contitolarità nel diritto sulla cosa.

Trattasi in ogni caso di soluzioni pratiche, dirette a produrre - o ad evitare che si produca - un determinato effetto giuridico; tutti gli strumenti o tecniche decisionali, infatti, si pongono altresì in armonia con la 'concretezza' del sistema giuridico-religioso romano: si può affermare che il concetto di persona giuridica non è tanto 'sconosciuto' ai Romani, ma non voluto, e dunque non approfonditamente ricercato. Laddove infatti, e non solo nel diritto pubblico, si utilizza il criterio della maggioranza, questo lo si predilige non tanto per ragioni rispondenti alla logica dell'astrazione, quanto per mere finalità funzionali, o, comunque, squisitamente pratiche: in ogni caso la volontà può dirsi 'comune' e mai 'collettiva', sia che provenga dal popolo riunito nei comizi, sia nei collegi di diritto privato; rifiutandosi il concetto della rappresentanza, debbono in ogni caso trovarsi espedienti tali da permettere il corretto funzionamento di insiemi tra più persone, come ben può essere il prevalere della *maior pars*.

Nessun sistema può poi avere la presunzione di offrire lo strumento per rispondere ad ogni esigenza umana; tuttavia quello romano, giuridico-religioso, è imperniato su una clausola di garanzia costituzionale tale da poter risolvere ogni tipo di antinomia, anche futura sulla base delle nuove necessità della *civitas*: la conformità dello *ius* al *fas* è un assioma al quale ogni tipo di 'conflitto', nella sua risoluzione, può facilmente ricondursi.

Se questi risultano essere gli obiettivi principali, ai quali poi necessariamente si affiancano le varie ricostruzioni dei singoli istituti, o in generale, dei singoli 'casi' trattati, vi è ancora da premettersi circa la prospettiva che mi guida nell'accingermi a trattare il tema del 'conflitto'.

Infatti se è pur vero che il diritto è esso stesso lo strumento di risoluzione di ogni tipo di contrasto proprio di una comunità organizzata -ed infatti in ultima istanza si ha il processo, allorché i vari strumenti deflattivi falliscano- credo sia altrettanto irrefutabile che esso non è che una delle soluzioni allo 'star insieme': non è di certo un caso che la tradizione racconti la fondazione di Roma come momento emblematico della scelta delle regole contro l'anti-diritto.

Ciò però non significa che se il diritto è una scelta, esso si conquista da solo; gli strumenti di risoluzione del 'conflitto', rappresentano infatti il risultato di una lotta, ove lo scudo della legalità viene forgiato e difeso dalla forza: non si pensi solo al diritto pubblico, al tribuno, ma si pensi anche alla

gestione di una singola cosa, dove un singolo fratello deve aver la forza di fraporsi all'altro, in principio, ed in seguito ad ogni altro altro atto eguale ed ostinato del contitolare.

Tutto ciò porterebbe a pensare ad una prospettiva 'negativa' del conflitto, ove gli strumenti appaiono come inclini meramente a difendere i singoli interessi di chi li esercita, verso un inesorabile rallentamento del sistema: in verità è l'esatto contrario.

Senza voler scivolare nel campo della filosofia, non posso non rimarcare come il 'conflitto' assurga ad elemento imprescindibile per la crescita della *civitas*: ecco quindi quella 'positività' di posizioni 'negative', intima chiave di lettura di questa tesi.

# I

## ‘CONFLITTI’ E LORO NECESSARIA COMPOSIZIONE: LA POSITIVITÀ DI POSIZIONI NEGATIVE

### 1. Il ‘conflitto’ nell’ottica della *civitas augescens*.

Nell'accingermi a trattare dell'interpretazione del tema del conflitto<sup>1</sup>, credo che la miglior cosa sia necessariamente fare ricerche dagli inizi dell'Urbe, *non quia velim verbosos commentarios facere, sed quod in*

---

<sup>1</sup> Mi sembra doveroso tentare di fornire una puntuale panoramica sulle definizioni che a questo duttile termine vengono nobilmente affiancate dal diritto odierno: A. BERRUTI, v. “*Conflitto*” in *NNDI*, IV, Torino 1957, scrive, sotto il Capo I (“Il conflitto di poteri e il conflitto costituzionale”), mancando quindi un capo apposito dedicato ad una definizione del ‘conflitto’ in generale: «La dottrina anteriore alla nuova Costituzione dello Stato italiano ha precisato che la nozione generale del “conflitto” suppone due autorità le quali asseriscano che una determinata potestà sia nelle attribuzioni di ciascuna di esse ad esclusione dell'altra, o che non sia nelle attribuzioni né dell'una né dell'altra; ed ha posto in rilievo che la nozione stessa è connessa col principio della separazione dei poteri dello Stato e deriva dalla necessità che fra i poteri medesimi sia assicurata la coordinazione, ai fini di un armonico svolgimento delle pubbliche potestà; non posso esimermi dal sottolineare che in *Enc. dir.*, VII, Milano 1961, manca una voce dedicata al conflitto, ma posso comunque far notare che C. CORRADO, v. *Conflitti di amministrazione*, pp. 993-997, esordisce affermando che «Il verificarsi di una situazione di conflitto rende necessario il ricorso a sistemi di risoluzione idonei»; estendendo la ricerca ancora a voci enciclopediche, ed abbracciando prettamente l'odierno terreno dei diritti soggettivi, A. MAGAZZÙ, in *Enc. dir.*, VII, p. 671-681, scrive «In sede di teoria generale (e a proposito dell'esercizio del diritto soggettivo) si parla di “concorso e conflitto” tra diritti soggettivi. L'uso di codesti termini si riscontra anche nella legge. Per esempio: il termine “concorso” è adoperato dal legislatore nella rubrica dell'art. 2741 c.c. che parla del “concorso dei creditori” e il termine “conflitto” nella rubrica dell'art. 1380 c.c., che prevede e regola l'ipotesi di “conflitto tra più diritti personali di godimento”» e in nota 1 specifica che «è legittima la comune tendenza (che risale ai pandettisti e trattatisti tedeschi) a considerare il tema in esame, a proposito dell'esercizio del diritto soggettivo. Si vedrà infatti che conflitto o “collisione” (quando si verifica) e concorso (quando è disposto dalla norma che previene o risolve il conflitto), nella ipotesi di coesistenza di diritti che hanno contenuto identico e identico oggetto, attengono, rispettivamente, all’“esercizio” e alla “esercitabilità” del diritto soggettivo»; U. NATOLI, v. *Conflitto di diritti*, in *Digesto Discipline Privatistiche – Sez. civile*, III, Torino 1998, 447-451, afferma che «tra le ipotesi in cui l'esercizio del diritto di un soggetto può riflettersi nella lesione del diritto di un altro soggetto, la dommatica del secolo scorso ha messo in particolare evidenza quella del conflitto o della collisione dei diritti, tradizionalmente rappresentata come una situazione, nella quale due o più diritti soggettivi appartenenti a soggetti diversi si trovino di fronte e in modo che l'esercizio dell'uno renda, in tutto o in parte, impossibile quello del o degli altri», sforzandosi poi di riuscire a dare un precipuo indirizzo al tema del conflitto, enuclea ben tre elementi o caratteri posti alla base di situazioni di conflittualità e cioè “la contemporanea esistenza, o più precisamente, la coesistenza di più diritti soggettivi”, “l'appartenenza di questi a soggetti diversi”, e “la possibilità che vi sia interferenza tra le attività di esercizio dei singoli diritti, che, cioè, l'esercizio dell'uno porti al sacrificio più o meno completo e definitivo del o degli altri diritti”. Passando ai dizionari, fornisco una rapida rassegna di qualche esempio di definizione di conflitto, tesa a rimarcare la incompiutezza lessicale di un termine che presta il fianco a innumerevoli campi semantici: *Vocabolario Treccani: Il Vocabolario Treccani*, Roma 1997, p. 891, v. “*Conflitto*” riporta per l'accezione che ci interessa: «In diritto, situazione giuridica caratterizzata da posizioni contrastanti e incompatibili proprie di soggetti diversi, pubblici o privati, rispetto al medesimo rapporto giuridico in senso lato (diritti soggettivi, norme, poteri), e per la quale l'ordinamento positivo predispone adeguati mezzi di composizione» passando poi a delineare precipuamente cosa debba intendersi per “conflitto di diritti soggettivi”, “conflitto di norme”, “conflitto di poteri”; *Dizionario Garzanti: Il grande dizionario Garzanti della lingua italiana*, Milano 1987, p. 714, v. “*Conflitto*” si legge tra i vari significati: «Contrasto, opposizione, contraddizione; lotta, contrasto sociale»; nel *Sabatini-Coletti: dizionario della lingua italiana*, Milano 2003, p. 555, v. “*Conflitto*”

*omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret: et certe cuiusque rei potissima pars principium est*<sup>2</sup>.

A ben guardare, infatti, tutto nasce e s'erge su un conflitto, che ci vien narrato, tra gli altri<sup>3</sup>, da Livio, al quale mi affido:

Liv. 1.6.3-1.7.3: *Romulum Remumque cupido cepit in iis locis ubi expositi ubique educati erant urbis condendae... Quoniam gemini essent nec aetatis verecundia discrimen facere posset, ut di quorum tutelae ea loca essent auguriis legerent qui nomen novae urbi daret, qui conditam imperio regeret, Palatium Romulus, Remus Aventinum ad inaugurandum templa capiunt. Priori Remo augurium venisse fertur, sex voltures; iamque nuntiato augurio cum duplex numerus Romulo se ostendisset, utrumque regem sua multitudo consulaverat: tempore illi praecepto, at hi numero avium regnum traherent. Inde cum altercatione congressi certamine irarum ad caedem vertuntur; ibi in turba ictus Remus cecidit. Volgatio fama est ludibrio fratris Remum novos transiluisse muros; inde ab irato Romulo, cum verbis quoque increpitans adiecisset, "Sic deinde, quicumque alius transiliet moenia mea," interfectum. Ita solus potitus imperio Romulus; condita urbs conditoris nomine appellata.*

---

si attesta tra le varie accezioni: «Opposizione, contrasto, discordia» e ancora «Contrasto tra autorità politiche, giudiziarie o amministrative: c. di attribuzione, di competenza, c. giurisdizionale»; ed ancora nel *Grande dizionario italiano dell'uso*, ideato e diretto da TULLIO DE MAURO, p. 243, v. "Conflitto" si scorge: «Urto, contrasto, opposizione: c. di idee, c. sociale, di classe, di poteri; contrasto tra autorità od organi politici, amministrativi o giudiziari». Sarebbe impossibile, e nondimeno, ad esser garbati, oltremodo superficiale, all'inizio del lavoro, una rassegna dell'utilizzo del vocabolo conflitto in diritto romano, ed allora, proprio perché ho intenzione di chiarire io quale sia la difficoltà e l'ontologia stessa del termine, tanto cara allo sviluppo della *civitas*, mi limito a render presente come sia diversa la prospettiva del giurista da quella dello storico dinanzi al tema del conflitto: F. DE MARTINO in *Il conflitto giuridico tra Cesare e il Senato*, in *Cesare nel bimillenario della morte*, Roma 1956, p. 177 ss., raccolto in F. DE MARTINO, *Diritto e società nell'antica Roma*, I, a cura di A. DELL'AGLI e T. SPAGNUOLO VIGORITA, Roma 1979, p. 380 ss., definisce subito il conflitto come "contrasto", e dopo aver saggiamente chiarito come in realtà la costituzione romana fosse di fatto 'aristocratica', sotto il forte indirizzo del senato, criticando così quel concetto di costituzione mista, visione di un Polibio «propria di circoli aristocratici facenti capo a Scipione» e quindi «abbastanza tendenziosa» ecco che il giurista afferma che «Il contrasto tra Cesare e il Senato, che fu in sostanza un aspetto del più grave conflitto fra Cesare e Pompeo, fu appunto sulla durata del comando proconsole di Cesare. Dalla sua mancata soluzione scaturì la guerra civile», mentre E. GABBA, in *Nuove ricerche sul conflitto fra plebei e patrizi in Roma arcaica*, in *Athenaeum* 67, 1989, pp. 570-575, intende il conflitto come «lotta per un progressivo e costante inserimento politico della plebe». Non bisogna esser dei raffinati linguisti per comprendere come il dato prospettico muti direzione: il giurista lamenta una mancata soluzione al "contrasto", lo storico assiste alla "lotta" e ne trascrive l'esito "progressivo". Non appare peregrino ricordare, per il senso proprio di 'conflitto', anche perché «il diritto è il primo strumento sociale con cui si cerca di risolvere un conflitto» (D. CECCARELLI-MOROLLI, *Appunti di geopolitica*, Roma 2018, p. 151), che l' "Heidelberg Institute for International Conflict Research" pubblica biennialmente un analitico 'rapporto' denominato "Conflict Barometer"; per approfondimenti sul tema vedasi *Ibidem*, pp. 75-76.

<sup>2</sup> Gaio (*l. I ad leg. XII Tab.*) in D.1.2.1

<sup>3</sup> In *Enn. Ann.*, 97-100, poco emerge il tema del conflitto: *Cedunt de caelo ter quattuor corpora sancta avium, praepetibus sese pulchrisque locis dant. Conspicit inde sibi data Romulus esse priora, auspicio regni stabilita scamna locumque*; come è noto ripreso da Cic., *div.* 1,107: *Atque ille Romuli auguratus pastoralis, non urbanus fuit, nec fictus ad opiniones imperitorum, sed a certis acceptus et posteris traditus. Itaque Romulus augur, ut apud Ennium est, cum fratre item augure...*

Posto che l'esame del conflitto, è bene chiarirlo subito, invoca il diritto augurale, è doveroso sottolineare, che sulla scorta dello studio di questo, non si può accettare che Remo possa essere considerato una figura inserita posteriormente<sup>4</sup>, poiché «l'*inauguratio* di scelta fra Romolo e Remo doveva trovare spunto e appoggio nell'antichissima realtà giuridico-religiosa»<sup>5</sup>. Infatti la consultazione augurale compiuta dalle persone fra le quali doveva intervenire una scelta, pubblica, era realmente in uso fra le popolazioni latine<sup>6</sup>.

Preliminarmente, avverto che non dubito che Romolo possa considerarsi l'augure perfetto<sup>7</sup>, poiché Romolo compie da solo la sua inaugurazione, non verificandosi quindi una approvazione, piuttosto una scelta divina: in altre parole «egli preesiste all'ordinamento e lo genera per volontà divina»<sup>8</sup>; la chiusura dell'ordinamento verso la sfera dello *ius divinum*<sup>9</sup> si presenta come immediatamente necessaria alle origini<sup>10</sup>: è grazie proprio ai poteri augurali che erano riconosciuti a Romolo, che si può anche giustificare quella sottomissione<sup>11</sup> dei pastori latini senza che vi fosse una elezione. È proprio il

---

<sup>4</sup> La critica è a T. MOMMSEN, *Die Remuslegende*, in *Hermes* 1881, p. 12 ss.; detta linea è poi seguita da E. PAIS, *Storia critica di Roma durante i primi cinque secoli*, I, 1, Roma 1913, p. 296 nt. 1.

<sup>5</sup> P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale* I, Torino 1960, p. 576.

<sup>6</sup> Basta infatti concentrarsi sulla descrizione del modo di scelta del *praetor* della lega dell'*aqua Ferentina* sulla base di Fest. 241 M: *Praetor ad portam nunc salutatur is qui in provinciam pro praetore aut pro consule exit: cuius rei morem ait fuisse Cincius in libro de consulum potestate talem: "Albanos rerum potitos usque ad Tullum regem: Alba deinde diruta usque ad P. Decium Murem consulem populus Latinos ad caput Ferentinae, quod est sub monte Albano, consulere solitos, et imperium communi consilio administrare: itaque quo anno Romanos imperatores ad exercitum mittere oporteret iussu nominis Latini, complures nostros in Capitolio a sole oriente auspicio operam dare solitos. Ubi aves addixissent, militem illum, qui a communi Latio missus esset, illum quem aves addixerant, praetorem salutare solitum, qui eam provinciam optineret praetoris nomine"*.

<sup>7</sup> Cic. *div.* 1.3: *Principio huius urbis parens Romulus non solum auspicio urbem condidisse, sed ipse etiam optumus augur fuisse traditur.*

<sup>8</sup> P. CATALANO, *Contributi*, 585.

<sup>9</sup> Lapalissiano il fatto che siamo dinanzi ad uno di quei casi in cui i dati del diritto divino illuminano anche la storia del diritto umano, avendo valutato, in questo caso, che penetrazione v'è, con l'elemento religioso. La precisazione è dovuta poiché questo è lo spirito che mi sembra di cogliere in P. CATALANO, *Contributi*, 109, nt. 7, nella quale egli interpreta R. HENRION, *La recherche scientifique en ancien droit romain* in *Latomus* VI, 1947, p. 126: «n'est pas dans l'histoire des croyances religieuses qu'il faut chercher les principales sources de l'ancien droit romain». Queste affermazioni vanno sicuramente confrontate con l'interpretazione autentica offertaci dallo stesso P. CATALANO, *Per lo studio dello ius divinum*, in *SMSR*, 33, fasc. 1, 1962, il quale, rispondendo a D. SABBATUCCI, *Diritto augurale e religione romana*, in *SMSR*, 32, 1961, pp. 154 ss, non negando la distinzione, già nella prima età della repubblica, fra i vari rami dell'ordinamento (ad es. *ius augurium*, *pontificium*, *civile*) né l'isolamento tra questi avvenuti nell'ultima età repubblicana, chiarisce come debba intendersi un "sistema religioso-giuridico unitario", e cioè che per esempio «lo *ius augurium* non è meno giuridico dello *ius civile* (si ricordi l'equivalenza del significato di *ius*, che si trova ancora in Cicerone, *Cato Maior*, 11, 38: *ius augurium, pontificium, civile tracto*) né meno religioso della individuazione delle singole volontà divine compiuta dal complesso della tradizione sacerdotale romana. Il vero è che tutte queste realtà da una parte sono insieme religiose e giuridiche, dall'altra si presentano in un complesso molteplice di piani (si considerino ad esempio le varie fonti di produzione del diritto: da *Iuppiter al populus*). Infatti continua poi, e mi sembra eloquente ed esaustivo: «Orbene, i Romani contrapponevano i singoli concetti di *deus*, *religio*, *fas*, *ius*, *patres*, *populus* ecc., e non in un modo che la nostra distinzione religione-diritto possa esprimere: noi dovremo qualificarci come religiosi e insieme giuridici».

<sup>10</sup> E accompagnerà poi la storia del diritto romano: a mio suffragio la definizione di Ulpiano in D.1.1.10.2: *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. Per una attenta disamina di questa definizione mi posso affidare a B. BIONDI, *Crisi e sorti dello studio del diritto romano*, in *Conferenze Romanistiche Univ. Trieste*, I, Trieste 1950, p. 25 ss.; criticata però da P. CATALANO che in *Per lo studio*, p. 134, la contesta poiché a suo avviso dimentica della «radice storica antichissima del pensiero di Ulpiano»; oppure R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano. Parte speciale: Su talune concezioni del diritto nell'esperienza giuridica romana*, I ed., Torino 1953, p. 269 ss; ma anche in G. VICO, *De nostri temporis studiorum ratione*, 1709, par. 11 e in *De universi iuris uno principio et fine uno*, 1720, Prol., par. 168, 171, 183; e ancora B. DONATI, *La definizione di Ulpiano della iurisprudencia e l'interpretazione del Vico* in *Archivio giuridico*, 98, 1927, p. 66 ss.

<sup>11</sup> Liv. 1.6; Cic. *De rep.* 2.2.4; Diodoro 8.3; Cassio Emina, *Hist. rom. fragm.* ed. Peter, I, p. 101, fr. 11.

diritto augurale che, estrinsecandosi attraverso i suoi principi nel momento giustificativo e a fondamento del potere, che ci aiuta a mostrarci quale sia la concezione istituzionale del potere stesso, e che ci permette di ripudiare qualsivoglia contraria dimostrazione, poggiante invece su un fantomatico, se non sfuggente e misterioso, sfiorante il metagiuridico, “carisma personale<sup>12</sup>” o “istituzionale<sup>13</sup>”. Romolo è un augure che si inaugura *rex*, ma questo è espressione del diritto augurale, non certo di un particolare carisma, poiché «la tradizione non poneva tanto una spiegazione storica quanto cercava una suprema giustificazione divina all'ordinamento giuridico-religioso romano»<sup>14</sup>.

Operate queste brevi ma fondamentali premesse, è evidente come un conflitto<sup>15</sup> si crei nel momento dell'*inauguratio*<sup>16</sup> di Romolo e Remo circa chi dovesse regnare. Ma prima di analizzare quali sono i conflitti che emergono dalla narrazione di Livio sopra riportata, è incontrovertibile che il tutto è ordinato ed orientato alla nascita di una società organizzata secondo il diritto<sup>17</sup>, e questo è chiarissimo dalle fonti:

Liv. 1.8.1: *Rebus divinis rite perpetratis vocataque ad concilium multitudine quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat, iura dedit*

<sup>12</sup> P. DE FRANCISCI, *Arcana Imperii* III, 1, p. 24 ss.; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma 1959, p. 499 ss.

<sup>13</sup> P. DE FRANCISCI, *Arcana* III, 1, p. 32 ss., *Primordia*, p. 516 ss.; P. DE FRANCISCI, *Intorno alla natura e alla storia dell'auspicium imperiumque*, Milano 1953, p. 403ss.; P. DE FRANCISCI, *Intorno all'origine etrusca del concetto di imperium*, in *Stud. Etr.* 24, 1955-1956, p. 39

<sup>14</sup> P. CATALANO, *Contributi*, 512.

<sup>15</sup> Aderisco a quella tesi secondo la quale il conflitto è stato risolto a favore di uno dei due; contrariamente ricordo invece che sulla base di Cassio Emina frg. 11; *Schol. Cic. Bob.* p. 148; Virgilio, *Aen.* 1,293; Servio, *Aen.* 1,276, si è voluto ricercare un influsso sulla duplicità dei magistrati consolari su una presunta parità di Romolo e Remo: si veda R. BONGHI, *Storia di Roma*, I, p. 7ss.; L. HOLZAPFEL, *Intorno alla leggenda di Romolo* in *Atti Congr. Inernaz. scienze storiche*, Roma 1903, II, p. 57 ss.; L. PARETI, *Storia di Roma e del mondo romano*, I, p. 294 ss.

<sup>16</sup> Di *augurium*, *inauguro*, parla con estrema esattezza Liv. 1, 6: *Quoniam gemini essent nec aetatis verecundia discrimen facere posset, ut di quorum tutelae ea loca essent auguriis legerent qui nomen novae urbi daret, qui conditam imperio regeret, Palatium Romulus, Remus Aventinum ad inaugurandum templa capiunt*; 1,7: *Priori Remo augurium venisse fertur...*; 1,8: *Alii ab numero avium quae augurio regnum portenderant eum secutum numerum putant*; 1,18: *...accitus, sicut Romulus augurato urbe condenda regnum adeptus est, de se quoque deos consuli iussit. Inde ab augure, cui deinde honoris ergo publicum id perpetuumque sacerdotium fuit, deductus in arcem, in lapide ad meridiem versus consedit. Augur ad laevam eius capite velato sedem cepit, dextra manu baculum sine nodo aduncum tenens quem lituum appellarunt; Floro, epit. 1,1,6: *uter auspicaretur et regeret adhibere placuit deos. Remus montem Aventinum, hic Palatinum occupat... sic vicitor augurio...* Impropropriamente, in quanto utilizzanti *auspicium*, *auspico*; Gellio, 13,14,5: *Huius rei Messala aliquot causas videri scripsit, sed praeter eas omnis ipse unam probat, quod in eo monte Remus urbis condendae gratia auspicaverit avesque inritas habuerit superatusque in auspicio a Romulo sit: "Idcirco" inquit "omnes, qui pomerium protulerunt, montem istum excluderunt quasi avibus obscenis ominosum"*; Seneca, *Dial.* 10,13,8: *aut quod Remo auspicante illo loco aves non addixissent*; Nepoziano 1,4 praef.: *Urbem Roman auspicis conditam certum est. Itaque Romus prior sex vultures auspicatus: postea Romulus duodecim, potior Remo fuit, quod Remus prioribus auspicis niteretur, Romulus pluribus*; Ps. Aurelio Vittore, *orig.* 23,1: *Cum igitur inter se Romulus et Remus de condenda urbe tractarent, in qua ipsi pariter regnarent, Romulusque locum, qui sibi idoneus videretur, in monte Palatino designaret Romamque appellari vellet contraque item Remus in alio colle, qui aberat a Palatio milibus quinque, eundemque locum ex suo nomine Remuriam appellaret neque ea inter eos finiretur contentio, avo Numitore arbitre ascito placuit disceptatores eius controversiae immortales deos sumere, ita ut, utri eorum priori secunda auspicia obvenissent, urbem conderet eamque ex suo nomine nuncuparet atque in ea regni summam teneret. Cumque auspicaretur Romulus in Palatio, Remus in Aventino; Paolo, *Fest. epit.* 276: *remurinus ager...ubi Remus de urbe condenda fuerat auspicatus; Schol. in Cic. orat. Bobiensia*, ed. Stangl p. 148, *In Vat.* par. 23: *notissimum habemus auspicante Romulo, qui Palatium ceperat, et Remo, qui Aventinum, priusquam Roma conderetur, auspicia esse captata primumque sex vultures Remum vidisse, dein postea Romulum duodecim, atque ita et Romam conditam et ipsos reges appellatos: illum quod prior auspiciis cepisset, Romulum vero, quod maius.***

<sup>17</sup> Idea maturata nell'esperienza repubblicana, *Cic. rep.* 1.25.39: *est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus.*

Il conflitto deve necessariamente esser risolto, perché la società, alla quale deve esser dato il diritto, invoca a gran voce l'ordine e la regola, sin dai primissimi tempi<sup>18</sup>. Ed è per tale ragione, per tale fine, che mi sembra oltraggioso verso il diritto, e non solo<sup>19</sup>, che io mi interroghi sulla natura e le origini del 'mito fondativo', andando prima a specificare che di mito trattasi, spinto da quella logica ordinatrice che distingue in "miti delle origini" e "miti escatologici"<sup>20</sup> per andar subito dopo, colto da un imbarazzo teleologico, a far della faccenda di Romolo e Remo un'eccezione che confermi una presunta regola generale<sup>21</sup>.

Poste le premesse, chiarito il fine, si può tracciare la linea dei conflitti che emergono dal racconto di Livio.

---

<sup>18</sup> Non trattasi di parole enfatiche, ma di risposta a chi, infatuato dalla propria prospettiva continua a concepire la fondazione di Roma come una leggenda, o peggio, un «prodotto storico di lungo periodo, pluristratificato, che è possibile sondare attraverso la mitologia comparata, la storia delle istituzioni religiose e politiche, la linguistica, le stesse conoscenze letterarie degli antichi esterne all'annalistica e l'archeologia» dimenticando il fine della fondazione, cioè l'ordine e il diritto: A. CARANDINI, *Remo e Romolo. Dai rioni dei Quiriti alla città dei Romani*, Torino 2006, p. 36 ss.; oltremodo puntuale, sempre dal punto di vista dello storico, ma con attenzione rivolta alla giuridicità della fondazione, è Attilio Mastrocinque, che oltre a sviluppare interessantissimi spunti riguardo il rapporto tra Romolo e i patrizi, e sul punto rimando a A. MASTROCINQUE, *Romolo (La fondazione di Roma tra storia e leggenda)*, Padova 1993, precisamente a p. 130 ss., preferisce sempre essere attento al dato giuridico con compiute analisi degli atti rituali come l'*auspicatio* o della tracciatura del *sulcus primigenius*, anche in A. MASTROCINQUE, *Romolo alla luce delle nuove scoperte*, in *Roma. Romolo, Remo e la fondazione della città, catalogo della mostra*, Roma 2000, pp.51-57.

<sup>19</sup> Gli scavi di Andrea Carandini e dei suoi colleghi, nell'area tra la Via Sacra e il Palatino, hanno in qualche modo ricondotto l'attenzione a Romolo, facendo rivivere, ancora una volta, il dibattito se Roma sia nata per un processo di formazione, per sinecismo, ovvero mediante un atto di fondazione; trattasi di una quanto mai *vexata quaestio*, resa ancor più complicata dalla scienza che ha dimostrato che Roma era frequentata ben prima dell'VIII sec. a.C., poiché vi sono stati ritrovamenti in tal senso che indicano la presenza di insediamenti nel Foro Boario, sul Palatino e sul Campidoglio, comunque databili all'età del Bronzo, testimonianti una lunga fase 'proto-urbana': d'altronde la tradizione romana ne era consapevole, ed Ercole, Evandro ed Enea ne sono i testimoni, così come quei re indigeni (Saturno, Pico, Fauno, Latino ecc.) che in un tempo remoto avrebbero regnato nel Lazio. Sul tema si è espresso T.J. CORNELL, *La leggenda della nascita di Roma*, in *Roma. Romolo, Remo e la fondazione della città, catalogo della mostra*, Roma 2000, p. 45. Come è noto i *Lupercalia* costituivano la festa che si riferiva alla Roma del Palatino, e cioè la Roma primigenia: «C'è un unico punto, credo, nel quale concordano storici greci e romani, poeti antichi, culti romani e dati emersi da scavi archeologici: la prima Roma era quella del Palatino, precisamente del Germalo, note dagli inizi del secolo, ora sappiamo che una porzione di abitato, alla fine del IV secolo, fu rispettata e monumentalizzata evidentemente perché i Romani la consideravano un lugo sacro alla memoria delle origini, legata alle tradizioni di Romolo, Faustolo o altro eroe. Augusto d'altra parte era convinto di aver edificato il suo palazzo sopra la casa di Romolo», così A. MASTROCINQUE, *Romolo alla luce delle nuove scoperte*, p. 52; per qualche dato archeologico a supporto, si veda A. CARANDINI, *La nascita di Roma, Dèi, Lari, eroi e uomini all'alba di una civiltà*, Torino 1997, p. 60 ss.

<sup>20</sup> Entrambe le espressioni sono tratte dal lavoro di H. HUBERT-M. MAUSS, *Mélanges d'histoire des religions*, Paris 1909 = DURKHEIM, H. HUBERT, M. MAUSS, *L'origine dei poteri magici*, Torino 1972, p. 99. Peraltro gli stessi H. HUBERT e M. MAUSS, *La rappresentazione del tempo nella religione e nella magia*, in E. DURKHEIM, H. HUBERT, M. MAUSS, *L'origine dei poteri*, a p. 104: «Gli uomini, nel timore di turbare l'ordine delle cose con una iniziativa malaugurata, si impongono delle regole per preservare, nei limiti delle loro possibilità, l'ordine necessario, quel medesimo che le loro credenze mostrano perfettamente realizzato nel mondo. C'è infatti una generale convinzione che domina e turba l'esperienza, e che i nostri antenati hanno elevato a vera e propria legge scientifica. Esistono cioè dei fenomeni che, se cominciati all'inizio di un periodo, durano per tutto il periodo: e tali fenomeni per cominciare attendono l'inizio di un periodo»; altro non mi sembra che invocare a gran voce quanto proprio ci dice Liv. 1.8.1.

<sup>21</sup> Mi sembra possa aprire ad un'interpretazione in tal senso lo studio di A. MCCLINTOCK, *Il 753 a.C. L'anno zero del diritto*, studio frutto della ricerca «*Dal rex all'auctor. Modelli di rappresentazione dell'identità culturale*» finanziato dal CNR, Progetto "Promozione e ricerca giovani 2005": L'identità culturale come fattore di integrazione.

Innanzitutto Remo e Romolo<sup>22</sup> erano gemelli, come tradizione insegna. L'età non poteva esser criterio dirimente per chi dovesse fondare la città nei luoghi in cui entrambi erano stati esposti ed allevati.

Per decidere quindi chi dovesse essere il *conditor*, e dunque regnare, dopo aver fondato la città, i due rimisero la scelta agli dèi chiedendo *auspicia*<sup>23</sup>, e per l'appunto *privata*<sup>24</sup>: Romolo infatti non era ancora *rex*, e sbagliato sarebbe parlare di auspicazioni pubbliche del re anteriormente alla *lex curiata* (come quindi varrà poi per i re successivi), non differendo questi *auspicia* da quelli dei *patres*. Ricordo infatti il principio che sta alla base dell'*interregnum*: mancando i supremi magistrati *auspicia ad patres*<sup>25</sup> *redeunt* (Cic. *Ad Brut.* 1.5.4)<sup>26</sup>; sembra che siano gli *auspicia publica* a tornare ai *patres*<sup>27</sup>. È necessario interrogare Livio:

Liv. 6.41.6: *nos quoque ipsi* (sc. *patres*) *sine suffragio populi auspicato interregem prodamus et privatim auspicia habeamus, quae isti ne in magistratibus quidem habent*

---

<sup>22</sup> Con l'inversione voglio rendere omaggio, ricordandola, quella tradizione secondo la quale la coppia dei gemelli è in tal modo designata: Nevio, *Alimonia Remi et Romuli*; Cass.Hem., fr.2 p.= Dion., in *Grammatici Latini*, II, pp. 384-5 Keil; Cic. *De leg.* I.30; *Fasti Praen.*, 23 dic. (*Inscr. It.* XII.2, p. 139); Ovid., *Fasti* III.31; Tac. *Ann.* XIII.58; Iustin. XLIII.27; tant'è che a volte i Romani venivano detti discendenti di Remo: Prop. II.1.23; IV.1.9; V.6.80; Catull.58.5; Iuven. X.73; Mart. X.76.4; Stat., *Silvae* II.7.60; *Anth. Pal.* IX.219.

<sup>23</sup> Ricordo che tutti, in relazione agli atti che possono compiere validamente, possono auspicare, e quindi possono auspicare (in senso lato) i sacerdoti, i magistrati, i *patres familias*, i *fili familias*, i plebei, gli stranieri (italici e non), i servi: Cic. *div.* 1.16.28, 1.2.3; Liv. 1.36.6, 5.52.15, 6.41.4; Valerio Massimo 2.1.1; Servio, *Aen.* 1.346; 4.340; Varro *Rer. rust.* 3.3.5; Servio, *Aen.* 4.45; Fest. 268 L, s.v. *Prohibere comitia*: per il commento di queste fonti si veda P. CATALANO, *Contributi*, 197 ss., ove tra l'altro egli critica la teoria di TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, Leipzig 1885-1888 = *Le droit public romain*, Paris 1892-1893, I, p. 101 nt.1 e III, p. 325; aiutandosi con la tesi di G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, Torino, 1907, I, p.237 ss., p. 295; sottolineando poi come gli *auspicia* fossero diffusi presso le popolazioni italiche (per Gubbio si veda G. DEVOTO, *Tabulae Iguvinae*, Roma 1937, o *Le tavole di Gubbio*, Firenze 1948) e ed etrusche (Cic. *div.* 1.42.94), proprio con riferimento al volo degli uccelli.

<sup>24</sup> L'espressione *auspicia privata* la si trova in Liv. 4.2.5; Cic. *div.* 1.16.28, Valerio Massimo 2.1.1; *auspicia publica* si trova in Liv. 4.2.5, Dione Cassio 38.13.2 e, se fra essi comprendiamo anche quelli sacerdotali: Paolo, *Fest. epit.* 18; per completezza l'espressione *auspicia magistratum* la si trova in Gellio 13.15.4; Cens. *De die nat.* 26.4; *auspicia populi* per il senso di *auspicia magistratum* in Cic. *De domo* 14.38; *De nat. deot.* 2.4.11. *Prima facie* si deve dire che quelli privati riguardano tutti i cittadini, circa gli atti che possono validamente compiere e si distinguono da quelli pubblici, non solo per gli oggetti, ma per alcuni elementi obiettivi: «ad esempio maggior numero di segni osservati, assoluta mancanza della necessità del luogo inaugurato», come riporta P. CATALANO, *Contributi*, p. 452.

<sup>25</sup> Per *patres* intende l'insieme dei senatori TH. MOMMSEN, *Le droit public romain* I, p. 102 ss.; II, p. 331; VI, p.13 ss.; che *patres* siano tutti i senatori è ritenuto da P. WILLEMS, *Le droit public romain*, Louvain, 1883, p. 18ss., e in *Le sénat de la république romaine*, Paris 1885, e *contra* A. WAGNER, *Qui désignait le premier interroi?* in *Revue de l'instruction publique en Belgique* 1887 pp. 137-15; 217-228; e anche DE SANCTIS, *Storia*, I, p. 233 e 352; ed ancora G. NOCERA, *Il potere dei comizi e i suoi limiti*, Roma 1940, p. 251 ss. Sicuramente da escludere che significhi l'insieme dei patrizi riuniti in curie, poiché così si celerebbe uno dei fondamenti storici degli *auspicia* (come ritiene S. MAZZARINO, *Dalla monarchia allo Stato repubblicano. Ricerche di storia romana arcaica*, Catania 1945, p. 218. P. CATALANO, *Contributi*, p. 455, nt. 55: «Comunque sia di ciò si può dire che per l'età più antica gli *auspicia* tornano al consiglio degli anziani».

<sup>26</sup> Cfr. Cic. *De leg.* 3.3.9: *Ast quando consules magisterve populi nec erunt, auspicia patrum sunt, ollique ec se produnt qui comitiatu creare consules rite possit*. Si legge anche *auspicia renovantur* nelle fonti, in Liv. 5.31.7; 5.52.9; 6.5.6 (cfr. 5.17.3.).

<sup>27</sup> Comunque «non è un astratto potere di auspicazione che torna ai *patres* (che non avrebbe senso): è il potere di comando sui cittadini, è il concreto potere di comando come si atteggia in quanto attribuito ai *patres* (e non a un singolo) e che quindi si esprime essenzialmente nell'attività di scelta del capo: è il potere di comando concepito dal punto di vista (preminente in antico) del diritto augurale, cioè rivestito del corrispondente potere auspicale», così P. CATALANO, *Contributi*, p. 457. A sostegno indico Liv. 1.32.1: *Mortuo Tullo res, ut institutum iam inde ab inito erat, ad patres redierat*. Si nota che è semplicemente l'aspetto umano a esser rimarcato del ritorno del potere ai *patres*.

Quindi durante l'*interregnum* hanno gli *auspicia privatim*, e la consultazione, tanto quanto la base dell'interregno stesso, si fondano sugli *auspicia privata*: i singoli *interreges* per *prodere interregem* consultano questo tipo di auspici.

Il depositario degli *auspicia patrum* -nominato tramite *prodere interregem*, che equivale a *porro dare*, leggendo quindi una trasmissione degli *auspicia* dei *patres* all'*interrex*- diviene quindi l'*interrex* scelto, avente un *auspicium* fondantesi sopra gli *auspicia* dei *patres*, che come dimostrato sono *privata*; anche quegli *auspicia publica* in Cic. *Ad Brut.* 1.5.4, del magistrato e del *rex*, provengono dai *patres* e quindi dai loro *auspicia privata*.

Romolo occupò, per prendere gli auspici, il Palatino, mentre Remo l'Aventino<sup>28</sup>: la differenza del luogo di osservazione dimostrava come si volesse evitare un ulteriore conflitto; si chiedeva alla sfera dello *ius divinum*<sup>29</sup> di far pervenire i segni in determinati luoghi, che necessariamente, ai fini di confusioni interpretative, dovevano essere per ciascuno chiari.

Ma prima di prender la strada dei colli, per risolvere ogni tipo di conflitto, avrebbero dovuto stabilire una regola, un criterio risolutivo concernente la futura interpretazione dei segni divini: avrebbero in definitiva dovuto stabilire se sarebbe poi valso il criterio cronologico o quantitativo nella futura attività di lettura del segno celeste. Così non fecero.

Remo vide per primo sei avvoltoi, Romolo ne vide il doppio, ma dopo che il primo aveva già reso pubblico<sup>30</sup>, annunziato<sup>31</sup> l'auspicio. Essendo mancata la previsione, ecco che dal conflitto giuridico,

---

<sup>28</sup> Il fatto che Remo ebbe auspici pessimi, fa sì che l'Aventino fu detto sede di auspici 'osceni': Gell. XIII.14.5.6 (*avibus oscenis ominosus*); Verg. *Aen.* VIII.235 (*dirarum nidis domus opportuna volucrum*). Sul nome Aventino fatto derivare da *aves*: Varro *ling.* V.43; Serv., *Aen.* VII.657; Aug. *Civ.Dei* XVIII.21; Ennio, *Ann.* I.79-81 scrive che Romolo prese gli auspici dall'Aventino, «ma questo va inteso nel senso che da questo colle egli auspicava circa il destino del Palatino, come comprova la tradizione sul corniolo nato sul Palatino dalla lancia che egli aveva scagliata dall'Aventino », così A. MASTROCINQUE, *Romolo alla luce delle nuove scoperte*, p. 133-134 nt. 511; sul tema vedasi O. SKUTSCH, *The Annals of Quintus Ennius*, Oxford 1985, pp. 221-238, ed ancora A. MERLIN, *L'Aventin dans l'antiquité*, Paris 1906, p. 29.

<sup>29</sup> Si tratterà *infra* del rapporto tra *ius humanum* e *ius divinum* e *ius sacrum*: qui mi limito a far notare come il conflitto sia risolto a favore della preminenza data allo *ius sacrum*, ma perché così è scelto dallo *ius humanum*: è l'uomo che chiede al dio come vuole che arrivi il segno (si pensi esemplarmente, all'*inauguratio* descrittaci da Liv. 1.18.6-10), in una sola ottica e per una sola ragione: evitare conflitti interpretativi. Si tornerà necessariamente sul tema, poiché si aprirà anche al conflitto tra *sacerdotium* ed *imperium*, ove come loda Cic. *De domo*, 1.1, le medesime persone presiedevano alla religione ed al governo della *res publica*.

<sup>30</sup> Si veda, per la necessità di una scelta pubblica *supra*, nt. 7.

<sup>31</sup> Qui si apre una problematica di non poco conto, e cioè quella relativa alla partecipazione del popolo all'*inauguratio* del *rex*. Premetto subito che non dubito che una partecipazione ci sia, sia pure nella misura di 'omaggio'. Dovendomi occupare del primo dei re, il quadro è ancor più complesso, poiché non mi posso affidare al sistema dell'*inauguratio* inaugurato da Numa, ma in questo caso il *rex* si inaugura da sé, perché non v'è la partecipazione di un altro augure. A ben guardare, però, che sia un augure che stia alla sua sinistra e che secondo quel particolare gli tocchi il capo con la mano destra, o che interpreti la volontà di *Iuppiter* egli stesso, come *optumus augur* nulla cambia: Mommsen esclude che il popolo intervenisse nella scelta del *rex*, anche se egli, escludendo comunque la successione ereditaria, tesi seguita dal Bonfante e dal primo De Francisci, ritiene necessaria la consultazione degli Dei e la *lex curiata*; nonostante questa affermazione non è corretto annoverarlo fra i sostenitori della sovranità popolare in età regia, poiché è comunque chiaro che egli ritiene che il potere del *rex* non derivasse dal popolo. Sul punto si veda TH. MOMMSEN, *Le droit public romain* III, p. 8 ss.; II, p. 278 ss.; VI, 1, p. 341 ss., 356 ss.; P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Roma 1934, I, p. 76 ss.; P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, Milano 1943, I, p. 151 e 164. Considerando valida la tesi del Mommsen dell'impossibilità, anche in avanzata età

irrisolvibile perché senza regola, si scatenò il conflitto fisico e da lì la strage: Remo cadde colpito nella mischia<sup>32</sup>.

L'accordo, il patto, o la regola, avrebbero quindi aiutato i due gemelli a non risolvere il conflitto con il ricorso a quell'estrema soluzione che sempre esiste in natura e che se non esistesse il diritto regolerebbe brutalmente secondo la logica dell'*homo homini lupus*<sup>33</sup> una società orfana di un contratto sociale<sup>34</sup>.

Ma la seconda versione riportata da Livio ci dice di più, ci fa comprendere la necessità della risoluzione del conflitto, perché la città deve necessariamente essere fondata; così vengono erette delle mura<sup>35</sup> e con esse delle regole, entrambe destinate ad essere estese o riviste, in un'ottica che esige e ricerca l'espansione e la crescita.

Una città era stata creata, e con essa una dicotomia nello spazio: esiste un territorio della città<sup>36</sup> e qualcosa che è esterno ad esso; il rituale, denso di significati giuridici, ha già conferito necessariamente

---

repubblicana, che il popolo creasse i sacerdoti (non per la creazione, ovviamente, ma per la partecipazione, si veda esemplarmente sul tema F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali ed assemblee popolari nella repubblica romana*, Torino 2008) scrive U. COLI, *Regnum* in *SDHI* 17, 1951, p. 92: «La ragione...era esclusivamente questa: che essi erano inaugurati. Ciò significa che era Giove a sceglierli. Se era Giove a sceglierli, la elezione popolare non era ammissibile. Infatti, o la inaugurazione veniva dopo il voto del popolo, e allora questo non avrebbe avuto il solito valore di *iussum*, perché sulla scelta l'ultima parola sarebbe spettata a Giove, il quale alla domanda *si fas est...* avrebbe potuto rispondere negativamente; o la inaugurazione veniva prima, e allora si avrebbe avuto l'assurdità di una pronunzia del popolo in eventuale contrasto con l'eccelsa pronunzia del massimo degli déi». A parte il fatto che non tutti i sacerdoti erano inaugurati (si veda P. CATALANO, *Contributi*, p. 211 ss.), mentre invece è generale il principio dell'impossibilità della *creatio* da parte del popolo, e a parte il fatto che *iussum* può significare consenso oltreché comando, si deve considerare che l'*inauguratio* è un permesso di *Iuppiter*, non un comando: quindi concordo con P. CATALANO, *Contributi*, p. 402 ove egli scrive che «una corretta visione dell'efficacia dei segni rilevanti la volontà divina non contraddice dunque la presenza della volontà popolare». Se Catalano ripone fiducia nella tradizione che vuole un qualche intervento della volontà popolare nella scelta del *rex*, mi sembra, almeno per il primo, che quell'annuncio di cui parla Livio, si avvicini a quel semplice «atto di omaggio del popolo», concordando con la visione propria di P. DE FRANCISCI, *Per la storia dei comitia centuriata* in *Studi Arancio-Ruiz*, Napoli 1953, I, p. 16, intendendo poi la *lex curiata* come «promessa di obbedienza del popolo al magistrato», e quindi una dichiarazione, una *lex* con cui il *rex* imponeva al popolo (ossia all'esercito) un vincolo di obbedienza, come residuo della primitiva *coniuratio* con la quale le milizie si vincolavano proprio all'obbedienza verso il condottiero.

<sup>32</sup> Secondo ovviamente la prima delle due versioni riportateci da Livio nel passo esaminato.

<sup>33</sup> Plaut. *Asin.* II, 4, 88: *lupus est homo homini, non homo*; espressione che diventa concetto ed indagine di studio da parte di T. HOBBS, *De cive*, Amsterdam, 1642.

<sup>34</sup> Proprio nel senso di JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Contrat social*, Amsterdam, 1762.

<sup>35</sup> Ricordo che quando Festo parla di riti di fondazione, egli distingue la *sanctitas*, quindi l'inviolabilità, che i riti assicurano alle mura, dallo *ius* che riguarda le porte: Festo, 358 L: *Rituales nominantur Etruscorum libri, in quibus perscriptum est, quo ritu condantur urbes, arae, aedes sacrentur, qua sanctitate muri, quo iure portae, quomodo tribus, curiae, centuriae distribuantur, exercitus constituentur, ordinentur, ceteraque eiusmodi ad bellum ac pacem pertinentia*.

<sup>36</sup> Se è vero che il rito del solco primordiale è emblema di idee arcaiche, altrettanto opportuno è sottolineare che vi sono comunque degli accomodamenti di ordine pragmatico e, per così dire, imperniati su quell'ottica di concretezza che sempre ha contraddistinto la realtà storica e nondimeno giuridica romana. Ove infatti vi sono le porte il solco si interrompe, poiché bisogna fare in modo che la separazione da ciò che è fuori non vi renda impossibile la comunicazione, dato che si deve poter uscire ed entrare nella città, ad esempio per deporre i cadaveri, poiché lo spazio dei morti è al di fuori della città: divieto delle XII tavole, *Tavola X*, 1 in BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*, I, p. 35 (cfr. Cic *De leg.* 2.23.58); *C.I.L.* VI, 31577 e 31614-5. Il vero e proprio limite sacro non è di certo costruito dalla cinta muraria, ma dal *pomerium*, trovandosi leggermente dietro le mura, e anche qui possiamo scorgere dei motivi pratici: in caso di attacco nemico, le mura dovevano comunque esser difese, e la previsione di uno spazio franco tra le mura e la città lasciava la possibilità di ottenere un dispiegamento delle truppe, senza intralciare il divieto di non poter entrare in città in armi.

alla *civitas* uno statuto, che la distingue da ciò che circonda il *pomerium*<sup>37</sup>: la sorte di Remo<sup>38</sup> ne è la viva testimonianza, poiché egli valicando il *sulcus primigenius*<sup>39</sup> ha calpestato la regola giuridica<sup>40</sup>, e con essa ha oltraggiato la volontà divina.

Suggestiva, ma non per questo imprecisa, l'espressione del Mastrocinque, quando egli afferma: «Tutto questo sistema di cautele religiose<sup>41</sup> era stabilito nel momento in cui la comunità si insediava, secondo un suo specifico sistema religioso e socio-politico. Si trattava di un patto tra la comunità e gli dèi, e quando la comunità cambiava nella sua struttura (ad esempio da monarchia a repubblica) e nel sistema insediativo (ad esempio con la Roma serviana delle quattro regioni) il patto doveva esser rinnovato. Quello che Rousseau chiamava “contrat social”, presso gli antichi Latini ed Etruschi era un contratto tra gli uomini e gli déi»<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> «I fondatori di una città aggiogavano un toro a destra e una vacca dalla parte interna. Cinti alla maniera di *Gabii*, e cioè con il capo coperto da un lembo della toga rimboccata, essi tenevano il manico dell'aratro piegato in modo da far ricadere le zolle all'interno. E nel tracciare il solco in questo modo essi segnavano il luogo delle porte, sollevando l'aratro in corrispondenza delle mura», traduzione tratta da D. BRIQUEL, *La leggenda di Romolo e il rituale di fondazione delle città*, in *Roma. Romolo, Remo e la fondazione della città, catalogo della mostra*, Roma 2000, p. 39, di Cato, *Orig.* fr. 18 Peter; Altre fonti sul tema Varro, *ling.* 5.143, Varro *Agric.* 2.1.9-10; Plut. *Rom.* 11.1-5; Festo, 358 L, Macr. *Saturn.* 5.9.13. Questa descrizione trova una puntuale illustrazione in numerose monete celebranti la fondazione di colonie romane e in un bassorilievo rinvenuto in Aquileia; è evidente quindi che i Romani erano consapevoli di riprodurre in età repubblicana ed imperiale lo stesso rito seguito da Romolo. Plutarco con dovizia di particolari narra le modalità con le quali il fondatore, attraverso un vomere aggiogato ad una coppia di bovini delimitò il perimetro della città determinando così il luogo in cui avrebbe innalzato le sue mura: il solco era raddoppiato da una linea formata dalle zolle della terra, che erano state rovesciate con cura verso l'interno; trattasi del *pomerium* che conformemente all'etimologia del termine adottata dallo scrittore greco, è una linea situata dietro il muro (*post murum*), Plut. *Rom.* 11.3-5.

<sup>38</sup> Remo si perde nel mondo civilizzato, proprio di Romolo, quando invece, secondo la tradizione Remo è più adatto al mondo della natura selvaggia: è lui, e non Romolo, che per primo riaccuffa i briganti che si sono impadroniti dei loro armenti, mentre è Romolo che entra da vincitore nella città di Alba a capo della schiera dei pastori, quando Remo vi era entrato sì per primo, ma come prigioniero, poiché catturato dai servitori di Numitore; «non è un caso che Remo non conosca la vita adulta: Egli muore, come tramandano le nostre fonti, a diciotto anni, e cioè proprio nell'età in cui si diventa cittadini, membri a pieno titolo della comunità. La sua vita è limitata alla fase iniziale, prima che egli sia in grado di poter svolgere un ruolo nella città», così D. BRIQUEL, *La leggenda*, p. 40. Sul tema vedasi altresì: R. SCHILLING, *Romulus l'élú et Rémus le réprouvé*, *REL*, 38, 1960, p. 182-199; D. BRIQUEL, *Les enfances de Romulus et Rémus*, in *Mélanges offerts à R. Schilling*, Paris 1983, p. 55-56; D. BRIQUEL, *La meurtre de Rémus, ou le franchissement de la limite*, in *Tracés de fondation*, a cura di M. DETIENNE, Louvain-Paris 1990, p.171-179.

<sup>39</sup> Dion. Alic. I.88.2

<sup>40</sup> Il divieto, che rimarrà, è quello di entrare armati nel territorio della città: il suolo della città deve conoscere solo rapporti pacifici tra cittadini, poiché lo spazio inaugurato è lo spazio della civiltà, che per essenza è regolamentata: chi ha a che fare con la guerra, preso dal *furor*, è tenuto lontano dal territorio prettamente cittadino, e non è un caso che l'esercito in armi si riunisca nel Campo Marzio, e quindi fuori dal *pomerium*, così come il fatto che il guerriero di ritorno da una spedizione, dovesse essere prima purificato dal furore, prima di tornare alla normale vita del cittadino. Per approfondimenti su queste notizie, si veda D. BRIQUEL, *La leggenda*, p. 39 ss.

<sup>41</sup> L'autore si riferisce anche al *mundus*: quello romano per antonomasia è pacifico che fosse quello del Foro presso il Comizio, cfr. M. VERZAR, *L'umbilicus Urbis: il mundus in età tardorepubblicana*, *DialA*, 9-10, 1976-1977, 9.378-88; F. COARELLI, *Il Foro Romano*, I, Roma, 1983, pp. 210-214. Esso veniva aperto tre giorni l'anno, giorni nefasti, nei quali gli spiriti dei morti potevano vagare liberamente per la città. Quindi il pomerio normalmente teneva lontano gli esseri terrestri, mentre il *mundus* tratteneva gli spiriti sotterranei. Ricordo poi che nell'epoca in cui cominciarono a riunirsi i comizi centuriati, e quindi nel Campo Marzio, Roma fu dotata, oltre all'altare sotterraneo di *Dispatèr* al *Tarentum* e di un luogo elevato per prendere gli auspici sul Quirinale, anche di un altro *mundus*: sul punto F. COARELLI, *La doppia tradizione sulla morte di Romolo e gli auguracola dell'Arx e del Quirinale*, in *Gli Etruschi e Roma, Atti dell'incontro di studio in onore di M. Pallottino*, Roma, 1981, pp. 173-188, A. MASTROCINQUE, *Roma quadrata*, in *MEFRA*, 110, 1998, pp. 681-697.

<sup>42</sup> A. MASTROCINQUE, *Romolo alla luce delle nuove scoperte*, p. 56.

Quindi garantire la *pax deorum* è l'obiettivo che da subito si pone il *conditor*, dove infatti «il 'centro' religioso dello spazio è anche il punto iniziale della storia del popolo romano»<sup>43</sup>; spazio e tempo sono messi in evidenza innanzitutto da «due misteriosi monumenti, i quali rimangono pur sempre un'incognita»<sup>44</sup>, e cioè il *mundus* (o *fossa*) e la *quadrata Roma*, nonché più strettamente dal *pomerium*, o meglio ancora dal suo “concetto normativo”<sup>45</sup>.

Il *mundus*, una sorta di pozzo scavato al centro della città che si sta fondando, si identificherebbe con l'*umbilicus urbis*, che si trova nel Foro Romano<sup>46</sup>, nelle strette vicinanze del *comitium* e quindi il centro della vita pubblica della città, almeno se partiamo da ciò che narra Plutarco<sup>47</sup>, che pone chiaramente il *mundus* come il centro del perimetro della città, rispetto al quale poi viene tracciato il *pomerium*.

Secondo appunto Plutarco<sup>48</sup> attraverso la consulenza di sacerdoti etruschi, Romolo fondò l'urbe secondo un rito che prevedeva la costruzione di una cavità<sup>49</sup>, detta *mundus*<sup>50</sup>, fossa<sup>51</sup> nella quale

---

<sup>43</sup> P. CATALANO, *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia*, in ANRW, II, 16, 1 (1978), p. 464.

<sup>44</sup> G. LUGLI, *Itinerario di Roma antica*, Milano 1970, p. 160.

<sup>45</sup> Per usare l'espressione di P. CATALANO, *Aspetti spaziali*, p. 479.

<sup>46</sup> F. COARELLI, *Il Foro Romano. I. Periodo arcaico*, Roma 1983, pp. 199-226. Testimonianze archeologiche del *mundus* sono poi state trovate in colonie romane (per esempio a Cosa, fondata nel 273 a.C.) o anche in città etrusche (a Marzabotto, III-IV sec. a.C.), anche se in questi casi il *mundus* si trova sull'arce anziché propriamente al centro del Foro, assurgendo piuttosto a valore simbolico di centralità.

<sup>47</sup> Plut. *Rom.* 11.1-5; in C. Ampolo, *Plutarco, le vite di Teseo e Romolo*, Milano 1988, p. 299, si fa riferimento al fatto che Plutarco attribuisse alla città una forma circolare, contrastante con la tradizione, fondata sul significato, esaminato *infra* la *quadrata Roma*, secondo il quale appunto la stessa aveva una forma se non propriamente quadrata, rettangolare.

<sup>48</sup> La narrazione di Giovanni Lido, *De mens.* 4.73, Wuensch, è simile a quella di Plutarco, ma P. CATALANO, *Aspetti spaziali*, p. 462 nella stessa vi ravvisa un collegamento del *mundus* non solo con l'*urbs* ma anche con l'*ager*.

<sup>49</sup> La cavità scavata nella terra ha una funzione di comunicazione con il mondo ctonio, ed ergo con le potenze soprannaturali che lo abitano: attraverso essa si entra in rapporto con gli dèi e con le altre entità che si aggirano nella profondità della terra; ma la funzione del *mundus* non si esercita solo verso il basso, tant'è che il nome che designa questa cavità è lo stesso che si utilizza per indicare la volta celeste. Festo, 144 L.: *Mundo nomen impositum est ab eo mundo, qui supra nos est: forma enim eius est, ut ex is qui intravere cognoscere potui, adsimis illae*; il rapporto con il cielo è importante poiché sta a significare che il *mundus* non è in rapporto solo con ciò che sta sotto, terra e viscere, ma anche con ciò che sta sopra, il cielo. Il cielo è la dimora dei *dii caelestes*, che ovviamente sono diversi dalle divinità infernali, ctonie, i *dii inferi*. La comunicazione del *mundus* è posta su un piano verticale, dal basso verso l'alto, facendo sì che la città entri in rapporto con il pantheon nel suo complesso. E questo ponte, questo collegamento, viene posto in essere all'inizio, sin dal momento della fondazione, ove la città non è soltanto un'entità materiale, l'*urbs*, ma una comunità di uomini che ha la necessità di vivere in un rapporto (pacifico) con gli dèi. Ma v'è di più: la dimensione verticale non riesce da sola a fondare la *civitas* poiché essa richiede una dimensione orizzontale, non potendo coincidere la città con il suo centro geometrico. Si rende necessario quindi tracciare il *pomerium*.

<sup>50</sup> Ovidio, *Fasti* 4, 821ss., anche se non parla di *ritus Etruscus* e di *mundus* narra in maniera simile il rito rispetto a Plutarco: *fossa fit ad solidum, fruges iaciuntur in ima / et de vicino terra petita solo; / fossa repletur humo, plenaequae imponitur ara, / et novus accenso fungitur igne focus*. Nache Festo, 310L, sembra far riferimento a questa fossa: *Quadrata Roma in Palatio ante templum Apollinis dicitur, ubi reposita sunt quae solent bona omnis gratia in urbe condenda adhiberi, quia saxo m<u>nitus est initio in speciem quadratam. Eius loci Ennius meminit cum ait: 'et quis erat Romae regnare quadrata'*. Sempre lo stesso riporta dal libro VI 'De iure pontificio' di Ateio Capitone, la definizione di *mundus* data da Catone nei 'Commentaria iuris civilis': *Mundo nomen impositum est ab eo mundo, qui supra nos est: forma enim eius est, ut ex is qui intravere cognoscere potui, adsimis illae*. Comunque sull'interpretazione di questi passi, e in generale, su quelli riguardanti *pomerium*, *sulcus primigenius*, *quadrata Roma*, *mundus*, *mundus Cereris*, vi sono profonde divergenze fra gli studiosi, e per tutti si può vedere L. DEUBNER, *Mundus, Hermes* 68 (1993) p. 276 ss.; F. CASTAGNOLI, *Roma quadrata in Studies presented to D.M. Robinson* 1, Saint Louis 1951, p. 389 ss.; G. DUMÉZIL, *La religion romaine archaïque, suivi d'un appendice sur la religion des Étrusques*, Paris 1966.

dovevano esser gettate delle primizie e porzioni di terra proprie dei luoghi da cui provenivano i cittadini<sup>52</sup>.

Le fonti asseriscono che Romolo fortificò il Palatino<sup>53</sup>, dove egli aveva fondato la città, e che tale città era *quadrata*<sup>54</sup>. Il collegamento fra la tradizione sul pomerio romuleo e i dati archeologici<sup>55</sup> è

---

<sup>51</sup> L'ara e la fossa della fondazione romulea sono identificate da V. BASANOFF, *Pomerium Palatinum. Memorie Della Reale Accademia Dei Lincei*, serie VI, vol. IX, fasc. 1, 1939, con il *mundus* e la *quadrata Roma*; queste considerazioni però non sono state prese in considerazione da tutti coloro che vogliono nettamente distinguere la fossa del Palatino dal *mundus*, e questo dalla *quadrata Roma*: ad es. H.L. BONNIEC, *Le culte de Cérès à Rome, des origines à la fin de la République, Études et Commentaries* 27, Paris 1958, p. 175 ss.; K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte, Handbuch der Altertumswiss.*, V, 4, München 1960, 141 ss. Ne tengono conto invece, tra gli altri G. LUGLI, *Il solco primigenio della 'Roma quadrata'*, *Capitolium* 18 (1943) pp. 203-210; P. DE FRANCISCI, *Primordia*, p. 482; F. FABBRINI, *Dai 'religiosa loca' alle 'res religiosae'*, in BIDR, LXXIII (1970). «Difficile sostenere una identità tra il *mundus* del Palatino e il *mundus Cereris*. Inoltre va menzionata l'ipotesi dell'Alföldi (A. ALFÖLDI: *Die Struktur des voretruskischen Römerstaates*, Heidelberg 1974, 173 ss.) che il *mundus* nel *comitium* (cui si riferisce Plutarco) sia quello di una città con "Doppelorganisation", comprendente sia l'area del Palatino che quella del Quirinale», così P. CATALANO, *Aspetti spaziali*, p. 463. Per quanto attiene all'appartenenza del *mundus* all'Etrusco *ritus* si propende per un orientamento positivo, mentre per quanto concerne il rapporto tra *quadrata Roma* e *mundus* si veda G. DUMÉZIL, *La religion romaine archaïque*, p. 630 : «entre autres nombreux emprunts aux Italiotes, aient annexé, codifié et marqué de leur estampille ces vieux usages indoeuropéens». Per un esame tra le analogie tra il *mundus* romano ed il mandala indiano, rimando a P. CATALANO, *Aspetti spaziali*, p. 464, anche se incompiute poiché lo stesso autore, afferma che bisognerebbe andare ad esaminare le concezioni dell'*Umbilicus terrae* presso numerosissime genti.

<sup>52</sup> Romolo secondo la tradizione, Ovidio, *Fasti*, IV, 819 ss.; Festo 310 L., vi avrebbe scavato una fossa per gettarvi offerte di buon auspicio, soprattutto vegetali e terra. La realtà di simili riti, è stata confermata da resti vegetali trovati a Cosa, in una fessura della roccia, al centro proprio di una piattaforma quadrangolare, dedicata quando la colonia fu fondata nel 273 a.C. I fondatori di Cosa non inventarono loro e per l'occasione il rito della fossa, ed addirittura A. MASTROCINQUE, *Romolo alla luce delle nuove scoperte*, p. 56, sulla base di queste indagini si interroga: «In realtà è possibile che la Roma quadrata palatina, situata davanti alla casa del principe, novello Romolo, fosse un'invenzione dell'intelligenza augustea. Su questo punto si potrebbero fare scommesse reali: infatti, davanti alla *domus* di Augusto c'è un monumento di importanza capitale, che non è ancora stato indagato in profondità. Esso consiste in una zona quadrangolare, situata nella Roma quadrata palatina, la quale doveva essere talmente importante che, durante i lavori di innalzamento del sito eseguiti per realizzare la *Domus Flavia*, fu messa in collegamento mediante una conduttura con il livello del nuovo palazzo. Se per caso si trovassero qui, sotto il piano d'età augustea, resti vegetali (o altro) risalenti all'VIII secolo, avremmo la conferma della storicità del rito di fondazione della Roma palatina in questa zona; se invece si trovassero resti di un rito augusteo, aggiungeremmo un capitolo alla storia del principato».

<sup>53</sup> Liv. 1.7.3; Dion. Hal. 1.87.3-4, 37.1; Plut. *Rom.* 10.

<sup>54</sup> Dion. Hal. 1.88.8; Plut. *Rom.* 9; App. *Bas.* fr. 1a. 9.

<sup>55</sup> Durante gli scavi sul Palatino dirette dal Carandini sono venute alla luce, sulle pendici settentrionali, resti di case medio-repubblicane, sotto alle quali sono stati individuati i resti di almeno quattro grosse dimore con giardino della seconda metà del VI sec. a.C.; sotto a queste sono stati rinvenuti i resti di quattro muri edificati successivamente ai piedi del Palatino, con la funzione di proteggere il colle: uno datato al 550 a.C.; uno parallelo e di poco distante, databile verso il 600, uno verso il 675, ed un altro che risulta essere addirittura databile verso il 730-720 a.C. A circa quindici metri da quest'ultimo sono state ritrovate delle palizzate parallele che farebbero pensare ad A. MASTROCINQUE, *Romolo (La fondazione di Roma tra storia e leggenda)*, p. 94, a un primitivo pomerio, vale a dire «il pomerio che Romolo avrebbe tracciato quando fondò la sua Roma palatina». Quindi non è escluso che la tradizione sulla Roma palatina sia nata proprio sulla base da parte degli storici sull'interpretazione di queste mura recentemente scoperte. Secondo Tac. *Ann.* XII.24 il perimetro toccava il Foro Boario, l'ara di Conso, le *curiae veteres* e il sacello dei Lari, ed ergo andava dall'Ara Massima al Circo fino alla via Sacra, disegnando una sorta di trapezio, mentre App. *Bas.* fr. 1a. 9, ci parla di un quadrato regolare. Do parola ad A. MASTROCINQUE, *Romolo (La fondazione di Roma tra storia e leggenda)*, p. 100: «L'idea di *Roma quadrata* era nata per attribuire alla città delle origini uno schema geometrico che sarà proprio delle colonie: "questa espressione è un programma di urbanismo" scrive André Magdelain (A. MAGDELAIN, *Le pomerium archaïque et le mundus* in A. MAGDELAIN e Y. THOMAS, *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Rome, 1990); ma esiste anche una, seppur remota, possibilità che fosse attribuita, attraverso speculazioni erudite, a Romolo. Roma quadrata poteva significare infatti "divisa in quattro parti" e riferirsi alla quadripartizione operata da Servio Tullio, il quale aveva creato le quattro tribù urbane». Infatti nel cosiddetto 'papiro di Servio Tullio' (*Pap. Ox.* 2088, 8.17) si parla del muro che fece innalzare il sesto re di Roma e di *quadrata Roma* e il verso di Ennio (*Ann.* 157) in Festo, 310L possiamo leggere: *et quis enim erat Romae regnare quadratae*. nella edizione Vahlen è emendato: *et qui sextus erat Romae regnare quadratae*.

comunque estremamente pericoloso, poiché da uno studio approfondito è chiaro che ogni autore antico ricercava una particolare lettura al fine di ricostruire una realtà primigenia.

Concentrandomi sul pomerio, perché è poi quello che per primo deve estendersi nell'ottica della *civitas augescens*, chiarisco subito che l'inaugurazione del confine dell'*urbs* differiva da quella che si aveva per altri luoghi<sup>56</sup>, poiché il permesso, la richiesta di approvazione concerneva un particolare uso pubblico, e cioè contraddistinguere<sup>57</sup> le *urbes* agli altri abitati (*oppida*). Seguendo il Catalano<sup>58</sup> e il Valeton<sup>59</sup> il concetto di *pomerium* va definito in base alla congiunta interpretazione di:

Liv. 1.44.3-: *Pomerium verbi vim solam intuentes postmoerium interpretantur esse; est autem magis circumoerium, locus quem in condendis urbibus quondam Etrusci qua murum ducturi erant certis circa terminis inaugurato consecrabant, ut neque interiore parte aedificia moenibus continuarentur, quae nunc volgo etiam coniungunt, et extrinsecus puri aliquid ab humano cultu pateret soli. Hoc spatium quod neque habitari neque arari fas erat, non magis quod post murum esset quam quod murus post id, pomerium Romani appellarunt; et in urbis incremento semper quantum moenia processura erant tantum termini hi consecrati proferebantur.*

Aul. Gell., *Noct. Att.* 13.14.1: *Pomerium quid esset, augures populi Romani, qui libros de auspiciis scripserunt, istiusmodi sententia definiunt: "Pomerium est locus intra agrum effatum per totius urbis circuitum pone muros regionibus certis determinatus, qui facit finem urbani auspicii*

Varro, *ling.* 5.143: *...postmoerium dictum eiusque auspicia urbana finiuntur*

Secondo la definizione di Livio, *pomerium* era il luogo inaugurato, e cioè il luogo in cui era stato chiesto il permesso divino affinché fossero costruite le mura: in questo modo i *muri* dell'*urbs* erano

---

<sup>56</sup> «Il *pomerium* non era un *templum*», così P. CATALANO, *Aspetti spaziali*, p. 482; Sul tema vedasi esemplarmente P. CATALANO, *Contributi*, cit., p. 248 nt. 2, 304, 305 ss.

<sup>57</sup> Secondo il linguaggio giuridico-religioso romano: Varro *ling.* 5.143: *Oppida condebant in Latio Etrusco ritu multi, id est iunctis bobus, tauro et vacca interiore, aratro circumagebant sulcum (hoc faciebant religionis causa die auspicato), ut fossa et muro essent muniti. Terram unde exculperant, fossam vocabant et introrsum iactam murum. Post ea qui fiebat orbis, urbis principium; qui quod erat post murum, postmoerium dictum, eo usque auspicia urbana finiuntur. Cippi pomeri stant et circum Ariciam et circum Romam. Quare et oppida quae prius erant circumducta aratro ab orbe et urvo urbes; et, ideo coloniae nostrae omnes in litteris antiquis scribuntur urbes, quod item conditae ut Roma; et ideo coloniae et urbes conduntur, quod intra pomerium ponuntur; Papin. D.18.7.5: Cui pacto venditoris pomerio cuiuslibet civitatis interdictum est, urbe etiam interdictum esse videtur. quod quidem alias cum principum mandatis praeciperetur, etiam naturalem habet intellectum, ne scilicet qui careret minoribus, fruatur maioribus,*

<sup>58</sup> P. CATALANO, *Contributi*, p. 292 ss; e ID. *Aspetti spaziali*, p. 480 ss.

<sup>59</sup> Tra le varie, I.M.J. VALETON, *De templis Romanis*, in *Mnemosyne*, XXV, 1897, p. 93 ss. e 361 ss.

*sancti*<sup>60</sup>. Il proposito di costruire le mura centra la definizione del pomerio (Livio dice *ducturi*); vi sono dunque due azioni<sup>61</sup>: una è l'inaugurazione, tramite la quale si rende possibile la costruzione delle mura in quel luogo, e la seconda è la costruzione delle stesse<sup>62</sup>. Risultano esser poi due i caratteri necessari del pomerio, inteso quindi nel senso di luogo inaugurato per le mura: esso doveva cingere l'*urbs* senza interruzioni<sup>63</sup>, ed altresì doveva esser unico, essendo un confine con intrinseca una serie di norme religiose-giuridiche.

Dalla definizione di Varrone e da quelle degli *augures* si comprende che il pomerio è il confine della città: le notizie sono di fondamentale importanza poiché tutta una serie di norme e di poteri presupponevano questo concetto, e di conseguenza anche tutta una serie di attività poteva compiersi solo fuori o all'interno del *pomerium*. Esempiarmente, per quanto attiene all'*imperium*, chi ne era titolare veniva considerato *extra urbem* quando era *extra pomerium*:

Aul. Gell., *Noct. Att.* 15.27.4: *centuriata autem comitia intra pomerium fieri nefas esse, quia exercitum extra urbem imperari oporteat, intra urbem imperari ius non sit.*

Si ricordi poi<sup>64</sup> che i *comitia curiata* era all'interno del *pomerium* che si riunivano, e questa norma non fu derogata neanche nel periodo della lotta tra Cesare e Pompeo<sup>65</sup>.

Per quanto attiene all'espressione *finis urbani auspicii*, la parola *auspicium* non sembra desti problemi ad interpretarla come 'potere' magistratuale o con il significato connesso di 'auspicazione', anziché interpretarlo solamente come 'segno divino'; infatti possiamo così distinguere gli *auspicia urbana* da quelli *militaria*<sup>66</sup>, come *imperia* ed *auspicia domi* e *militiae*<sup>67</sup>.

---

<sup>60</sup> Cfr. Cic. *De nat. deor.* 3.40.94.

<sup>61</sup> I.M.J. VALETON, p. 109 ss.; P. CATALANO, *Contributi*, p. 293; ID. *Aspetti spaziali*, p. 480. A questo punto sembra errato il concetto di *pomerium* supposto insistemente da J. LE GALL, *A propos de la muraille servienne et du pomerium*, in *Études d'archéologie classique*, 2 (1959) p. 49 ss.

<sup>62</sup> Ecco perché in alcuni casi si poteva avere un pomerio senza il muro o il muro senza il pomerio.

<sup>63</sup> «Si poteva dare che su una parte del pomerio non fosse costruito il muro: così in quella parte fra il Campidoglio e l'Aventino in cui l'Urbe tocca il Tevere (v. Livio 2.10.1; Dionisio di Alicarnasso 5.23.2). Ciò ha il suo corrispondente nei *templa*, di cui la cosa consacrata spesso occupava una sola parte (ad es., se si consacrava un'ara). E tutto si comprende, a mio avviso, solo tenendo presente la struttura della richiesta augurale (*si est fas*): dalla risposta positiva deriva un permesso, non un obbligo», così P. CATALANO, *Aspetti spaziali*, 480-481.

<sup>64</sup> Ancora, i templi dedicati agli dèi originari d'Italia venivano consacrati alcuni dentro, altri fuori del pomerio, mentre quelli a dèi esteri solo al di fuori, eccezion fatta, in età repubblicana, per il tempio della *Magna Mater* sul Palatino del 191 a.C.

<sup>65</sup> Cass. Dio. 41.43.1-3.

<sup>66</sup> Cic. *nat. deor.* 2 11: ... *post autem e provincia litteras ad collegium misit, se cum legeret libros recordatum esse vitio sibi tabernaculum captum fuisse hortos Scipionis, quod, cum pomerium postea intrasset habendi senatus causa, in redeundo cum idem pomerium transiret auspicari esset oblitus; itaque vitio creatos consules esse*; Cic. *div.* 1 33: ... *qui cum tabernaculum vitio cepisset imprudens, quod inauspicato pomerium transgressus esset, comitia consulibus rogandis habuit*; Tiberio Gracco «dovendo convocare i comizi centuriati per l'elezione dei suoi successori, aveva assunto gli *auspicia extra pomerium*, negli *horti Scipionis*. Tuttavia, dovendo partecipare a una riunione

Proprio sulla base del concetto di *pomerium* come confine dell'*urbs*, e quindi sulla base del significato degli *auspicia urbana*, che vanno compresi giuridicamente i successivi ampliamenti, poiché lo sviluppo della città, la sua crescita, richiede un adeguamento tanto degli stessi auspici urbani, quanto delle norme giuridiche e religiose: necessariamente bisogna rivolgersi a *Iuppiter* chiedendogli *si est fas* che la certa linea del pomerio cresca o rimanga tale, perché implicitamente significa chiedere al dio *si est fas* che cresca il confine degli *auspicia urbana*, ed ancora se sia conforme al *fas* che quella delimitazione di norme e poteri fosse legate a quel preciso confine dell'*urbs* o se andasse esteso, o perché, tramite un'exaugurazione<sup>68</sup>, ristretto.

In ogni caso, una volta fondata l'*urbs* si rendeva necessaria un'inaugurazione della modifica del pomerio per operare qualsiasi intervento sul tracciato<sup>69</sup>. Precisamente, poteva richiedere tale inaugurazione solo chi avesse lo *ius proferendi pomerii* come ci confermano le fonti<sup>70</sup>. Da ricordare è poi comunque che anche la tradizione era incerta sulle modifiche in età regia:

Tac. *Ann.* 12.24: *regum in eo ambitio vel gloria vel vulgata*

L'archeologia<sup>71</sup> non ci fornisce dati certi circa l'età della comprensione dell'intero Palatino, a sostegno della tradizione che la attribuisce a Romolo<sup>72</sup>. Un considerevole ampliamento si ebbe poi in età etrusca, attribuito a Servio Tullio:

Liv. 1.44.3<sup>73</sup>: *Addit duos colles, Quirinalem Viminalemque; Viminalem inde deinceps auget Esquilii; ibique ipse, ut loco dignitas fieret, habitat; aggere et fossis et muro circumdat urbem; ita pomerium profert*

---

del senato, aveva nuovamente passato il *pomerium* in ingresso e poi ancora in uscita per tornare nel Campo Marzio. Nel far ciò, egli aveva dimenticato di riprendere gli *auspicia* al passaggio del *pomerium* in uscita dalla città e perciò i consoli erano stati creati in modo viziato», così R. FIORI, *Gli auspici e i confini*. in *Fundamina*, 20(1), 2014, p.310; ID., *La convocazione dei comizi centuriati: diritto costituzionale e diritto augurale*, in *ZRG*, 131, 2014, 164 ss.

<sup>67</sup> Nel senso di quest'interpretazione e per una precisazione di questi concetti si veda P. CATALANO, *Contributi*, p. 201 ss., 216,222,225; e *Aspetti spaziali*, ID. *Aspetti spaziali*, p. 481. Errato il concetto di *pomerium*, inteso come del tutto indipendente dalle mura da parte di P. GRIMAL, *L'enceinte servienne dans l'histoire urbaine de Rome*, *Mélanges d'archéologie et d'histoire* 71 (1959) p. 46 ss.

<sup>68</sup> Sul tema vedasi P. CATALANO, *Contributi*, p. 324 ss.

<sup>69</sup> V. Dion. Hal. 4.13.3. Si veda P. CATALANO, *Contributi*, p. 295 ss. In senso contrario I.M.J. VALETON, *De templis Romanis*, in *Mnemosyne*, XXVI 1898, la cui tesi secondo la quale per l'ampliamento del pomerio non serviva tracciamento del solco è comunque smentita da L. LAFFRANCHI, *Gli ampliamenti del pomerio di Roma nelle testimonianze numismatiche*, in *Bullettino della Commissione archeologica comunale di Roma*, 47 (1919), p. 18 ss.

<sup>70</sup> Aul. Gell. *Noct. Att.*13.14.3; Tac., *Ann.* 12.23; Sen. *Dial.* 10.13.8; Hist. Aug., *Vopisc. Aurelian.* 21.10.

<sup>71</sup> G. LUGLI, *Sulle più antiche orme di Roma*, *Rendiconti dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, serie VIII, 6 (1951) p. 369 ss., ritiene di poter individuare alcuni cippi del pomerio di Romolo di cui ci parla Tacito.

<sup>72</sup> Aul. Gell. *Noct. Att.*13.14.2.; Tac., *Ann.* 12.24: *...forumque Romanum et Capitolium non a Romulo, sed a Tito Tatius additum urbi credere. Mox pro fortuna pomerium auctum.*

<sup>73</sup> Cfr. Dion. Hal. 4.13, secondo il quale il Quirinale era già stato aggiunto da Numa.

Se non vi furono ampliamenti fino a Silla e poi Augusto<sup>74</sup>, l'Aventino venne ricompreso nel *pomerium* solo sotto Claudio<sup>75</sup>, e si hanno poi testimonianze, non pacifiche<sup>76</sup>, circa ampliamenti avutisi sotto Nerone, Vespasiano, Traiano, Commodo ed Aureliano.

Accenno poi ad un conflitto che secondo autorevoli menti si sarebbe posto proprio nel momento della modifica del tracciato del pomerio: mi riferisco al problema posto dal Valetton<sup>77</sup> quando egli sostiene che si doveva *exaugurare* la parte che si voleva sostituire e *inaugurare* la parte nuova, poiché considerando gli effetti giuridici, non poteva che esistere un unico pomerio, e quindi non poteva aversi una exaugurazione in tal senso prima che non fosse stato approvato dagli dèi il nuovo luogo e tratto del pomerio, senza interruzioni ovviamente del tracciato di quest'ultimo. In realtà si deve pensare solo a una semplice inaugurazione della modifica<sup>78</sup>: Catalano afferma infatti: «Questa tesi del Valetton è sottile ma, da respingere: si trattava di semplici modifiche del pomerio e non di eliminazione del vecchio per costituirne uno del tutto nuovo: solo in questo caso si sarebbe compresa una exaugurazione unita ad una inaugurazione»<sup>79</sup>. Ma non è, a mio avviso solo questa la motivazione per la risoluzione del conflitto, poiché a ben guardare, se veramente vi fosse prima un'exaugurazione e poi una inaugurazione del nuovo pomerio, una risposta negativa alla duplice domanda avrebbe reso *nefas* non solo quella precisa modifica, ma ogni modifica di tratto del pomerio: quindi una semplice 'aggiunta' elimina alla radice un irrisolvibile conflitto<sup>80</sup>.

La definizione di questi concetti di inestimabile forza giuridica, chiariscono perché la risoluzione del conflitto tra i gemelli, nella seconda versione riportata da Livio, mostra come la *civitas* sia nata con, se non prima, dell'*urbs*: è la regola giuridico-religiosa a giustificare non l'assassinio di Remo, ma la sua semplice condanna. Poco importa se un legame di sangue li univa, poiché la città deve crescere, e con essa debbono crescere anche le regole dato che con la crescita della città cresceranno i conflitti, e dove

---

<sup>74</sup> Di questo avviso anche P. CATALANO, *Aspetti spaziali*, p. 487.

<sup>75</sup> Sul tema vedasi P. CATALANO, *Contributi*, p. 296 ss.

<sup>76</sup> Per approfondimenti: M. LABROUSSE, *Le pomerium de la Rome impériale*, *Mélanges d'archéologie et d'histoire* 64 (1937) p. 165 ss.; A. VON BLUMENTHAL, *Pomerium* in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XXI, 2 (1952), 1874 ss.; J. LE GALL, *Le titre fleuve de rome dans l'antiquité*, Paris 1953, 190 ss.; ID., *A propos*, p. 50 ss.

<sup>77</sup> I.M.J. VALETON, *De templis Romanis*, in *Mnemosyne*, XXV 1897, p. 132.

<sup>78</sup> In tal senso Dion. Hall. 4.13.3. Sulle condizioni, diverse da norme augurali rivelate per l'ampliamento del pomerio: I.M.J. VALETON, *De templis Romanis*, in *Mnemosyne*, in XXIII 1895, p. 78 ss., e in XXV 1897, p. 133; TH. MOMMSEN, *Droit public*, IV, p. 466 ss.; informazioni divergenti si hanno però in Tac. *Ann.* 12.23: *Et pomerium urbis auxcit Caesar more prisco quo iis qui protulere imperium etiam terminos urbis propagare datur*; e in Hist. Aug., Vopisc. *Aurelian.* 21.10: *pomerio autem neminem principum licet addere nisi eum qui agri barbarici aliqua parte Romanam rem publicam locupletaverit*; e ancora in Sen. *Dial.* 10.13.8: *quod numquam provinciali sed Italico agro adquisito proferre moris apud antiquos fuit*.

<sup>79</sup> P. CATALANO, *Contributi*, p. 295.

<sup>80</sup> E infatti, a riprova, si legge in P. CATALANO, *Contributi*, p. 326: «È quindi da escludere la richiesta unita di exaugurazione e inaugurazione: "si est fas che in A+B sia eliminato A e si est fas che sia introdotto C"; si deve pensare piuttosto alla più semplice richiesta "si est fas che in A+B, A sia sostituito con C": la risposta negativa impedisce quella modifica, ma non ogni modifica».

non c'è regola c'è la forza bruta<sup>81</sup>; ciò che importa è che questi vengano risolti, e che la regola li preveda e offra lo strumento di risoluzione: solo così la *civitas* è *augescens*<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Ed infatti a perire è Remo, che per natura, come narra tradizione, apparteneva più al mondo della forza che a quello civilizzato (in tal senso, per riferimenti, si veda nt. 39).

<sup>82</sup> Innanzitutto alcune precisazioni terminologiche: come noto i verbi incoativi, aventi il suffisso *-sco*, indicano o l'inizio o il rafforzamento di un'azione; *augesco* è incoativo di *augeo*, ove appunto la radice *aug-* esprime l'idea di incremento, rafforzamento accrescimento. Il sintagma *de quo* è usato da Pomponio nel celeberrimo passo del *Liber singulari enchiridi*: D.1.2.2.7: *augescente civitate*; par. 2: *postea aucta ad aliquem modum civitate*; par. 18: *populo aucto*; par. 28: *quod multa turba etiam peregrinorum in civitate veniret*. M. BRETONE, *Motivi ideologici dell' 'Enchiridion' di Pomponio*, in *Labeo* 11 (1965) p. 17 e nt. 28 scrive, con riferimento al "valore sostanziale ed ideologico" dello "schema eliano" utilizzato da Pomponio: «attraverso quello schema è la 'continuità' dell'ordinamento che cresce su se medesimo col crescere della *civitas*, che si trasforma ma non si nega o annulla mai, ad essere riconosciuta ed esaltata»; mentre A. WATSON, ' *Ius Aelianum* ' and ' *tripertita* ', in *Labeo* 19 (1973) p. 26 ss.: «*augescente civitate* cannot refer simply to the development of institutions within the state»; L. LANTELLA, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia (Appunti per un seminario di storia del diritto romano)*, 1979 p.15: «l'aumento della *civitas* (che qui intenderei soprattutto nel senso di ' aumento demografico ' ) ha suggerito a Romolo di disporre come ha fatto»; questi studiosi interpretano il sintagma in esame come posto in relazione rispetto a fatti interni od esterni alla *civitas*. P. CATALANO, *Diritto e persone*, Torino 1990, XIV ss., contrappone egregiamente la romana *civitas augescens*, virtualmente universale, agli attuali «stati nazionali incapaci di crescere umanamente», e proprio secondo quello schema, nei suoi aspetti demografici oltre che spaziali e temporali, dobbiamo collocare il *favor libertatis* e l'eliminazione degli *status* di *peregrinus* e di *Latinus*, nonché il *favor* per i nascituri, e cioè nello schema della *civitas augescens*. Si può confrontare il passo di Pomponio con delle costituzioni imperiali in cui sono presenti i concetti, più che le idee, di aumento della *civitas* e del *populus*. Nell'ottica dello schema esaminato si comprende come lo sviluppo dei fatti sia stato regolato con degli schemi giuridici: ecco così la divisione in curie operata da Romolo, lo *ius Aelianum*, l'istituzione del dittatore, quella dei *quaestores*, del *praetor peregrinus* (D.1.2.2.2-7-18-22-28); così Giustiniano di fronte ad una situazione di fatto presenta la soluzione giuridica: I.1.2.5: *Senatusconsultum est quod senatus iubet atque constituit. nam cum auctus est populus Romanus in eum modum ut difficile sit in unum eum convocari legis sancienda causa, aequum visum est senatum vice populi consuli*; per un confronto, D.1.2.2.9: *Deinde quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficiliter in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam rei publicae ad senatum deduxit*. Per un esame della Novella 5 di Valentiniano III e della 25 a proposito del *favor libertatis*, nonché per un confronto con Nov. Th. 5.1 del 438, e quindi a proposito di una costituzione di Costantino concernente la costruzione di nuove case a Costantinopoli, la Novella 15 di Teodosio II del 439, la seconda costituzione di Giustiniano del titolo XV del libro VII del 530, rimando a M.P. BACCARI, *Il concetto giuridico di civitas augescens: origine e continuità*, in *SDHI*, LXI (1995), pp. 759 ss, in particolare in nt. 23, nonché a M.P. BACCARI, *Cittadini, popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV-VI*, Torino 1996, p. 60 ss.; comunque da questo esame emerge che il concetto di *civitas augescens* è un programma, anzi un imperativo, che lo stesso Giustiniano si prefigge di attuare, seguendo la linea dei suoi predecessori: vedasi anche la comunicazione di M.P. BACCARI, al XVI Seminario internazionale di studi storici da Roma alla Terza Roma su ' *Civitas augescens* ' : *cittadinanza e sviluppo dei popoli da Roma a Costantinopoli a Mosca* (Campidoglio 21-23 aprile 1996), in *Index* 30 (2002). Mi preme sottolineare poi, oltre al fatto che il processo di crescita numerica dei *cives* ha certamente inizio con l'*asylum* romuleo, passa poi fondamentalmente per la *constitutio Antoniniana* e trova poi il punto conclusivo in Giustiniano con l'eliminazione del concetto di straniero ( v. sul tema della cittadinanza esemplarmente P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino 1965, p. 26 ss., nonché ID., ' *Ius Romanum* ' . *Note sulla formazione del concetto*, In *La nozione di ' Romano ' tra cittadinanza ed universalità*, Napoli 1984, p. 554 ss.), che l'orientamento verso la crescita della *res Romana* lo troviamo già in Enn. *Ann.* 478: *Audire est operae procedere recte qui rem Romanam Latiumque augescere vultis*, ove in Cic. *Balb.* l'aumento è considerato dal punto di vista del *foedus*, e quindi verso il nemico: *Illud vero sine ulla dubitatione maxime nostrum fundavit imperium et populi Romani nomen auxit, quod princeps ille creator huius urbis, Romulus, foedere Sabino docuit etiam hostibus recipiendis augeri hanc civitatem oportere; cuius auctoritate et exemplo numquam est intermissa a maioribus nostris largitio et communicatio civitatis*. Anche in Sallustio troviamo il concetto di aumento e crescita della *res publica*: Sall. *Catil.*6.7: *regium imperium, quod initio conservandae libertatis atque augendae rei publicae fuerat*; 10.1: *ubi labore atque iustitia res publica crevit*; 6.3: *res eorum civibus, moribus, agris aucta*. Come non citare poi Liv. 1.8: *Crescebat interim urbs munitionibus alia atque alia appetendo loca, cum in spem magis futurae multitudinis quam ad id quod tum hominum erat munirent. Deinde ne vana urbis magnitudo esset, adiciendae multitudinis causa vetere consilio condentium urbes, qui obscuram atque humilem conciendo ad se multitudinem natam e terra sibi prolem ementiebantur, locum qui nunc saeptus descendentibus inter duos lucos est asylum aperit. Eo ex finitimis populis turba omnis sine discrimine, liber an servus esset, avida novarum rerum perfugit*; e ove egli riporta la frase del tribuno Canuleio, Liv. 4.4.4: *Quis dubitat quin in aeternum urbe condita, in immensum crescente nova imperia, sacerdotia, iura gentium hominumque instituantur?*; e ancora quando parla della politica della cittadinanza nei confronti dei vinti, Liv. 8.13.16: *vultis exemplo maiorum augere rem Romanam, victos in civitate accipiendo*; ed ancora Livio sull'accrescimento: 1.30: *Roma interim crescit Albae ruinis. Duplicatur civium numerus; Caelius additur urbi mons, et quo frequentius habitaretur eam sedem Tullus regiae capit ibique habitavit. Principes Albanorum in patres ut ea quoque pars rei publicae cresceret legit, Iulios, Servilios, Quinctios, Geganos, Curiatios, Cloelios*; 1.35.6: *nec minus regni sui firmandi quam augendae rei publicae memor centum in patres legit qui deinde minorum gentium sunt*

## 2. Il rifiuto di una presunta conflittualità tra *ius publicum* e *ius privatum*: due diverse posizioni di studio di un diritto concreto.

«Io credo che presso nessun popolo le linee di questa istoria della distinzione del diritto pubblico e privato e le forze operanti siano pregne di gravi e penose conseguenze, come presso la nostra “itala gente dalle monte vite”»<sup>83</sup>.

Dovendo discorrere sul tema dei conflitti mi par buona cosa chiarire, *ab Iove principium*, come io intendo che debba esser percepita la *summa divisio* tra diritto pubblico e privato, e non solo poiché è vero che secondo ottiche differenti potrebbe a ben guardare sorgere tra gli stessi un aspro conflitto, ma anche, e soprattutto, perché tutto il lavoro è orientato sull'analisi tra i contrasti che si generano nelle due diverse posizioni di studio del diritto romano.

Se è vero che nel diritto privato Roma ha trionfato, nella misura in cui i popoli latini mantennero la sua sacra eredità, ordinata da un imperatore greco, e trasmessa poi grazie anche al valore di maestri italiani ai germanici, è vero poi anche che il nostro organismo -per dirla alla Hobbes<sup>84</sup>- costituzionale ha radici inglesi<sup>85</sup>, mentre il diritto amministrativo è d'impronta francese.

Così oggi nell'esperienza giuridica contemporanea, diritto pubblico e diritto privato si pongono senza troppa difficoltà come concetti antitetici, ove lo Stato è soggetto di quel diritto pubblico avente ad oggetto la cosa pubblica, in una direzione che a mio avviso non può che esser la tutela sociale, ove

---

*appellati, factio haud dubia regis cuius beneficio in curiam venerant; 1.45.1: Aucta civitate magnitudine urbis, formatis omnibus domi et ad belli et ad pacis usus, ne semper armis opes acquirerentur, consilio augere imperium conatus est, simul et aliquod addere urbi decus. Iam tum erat inclitum Dianae Ephesiae fanum; id communiter a civitatibus Asiae factum fama ferebat. Eum consensum deosque consociatos laudare mire Servius inter proceres Latinorum, cum quibus publice privatimque hospitia amicitiasque de industria iunxerat. Saepe iterando eadem perpulit tandem, ut Romae fanum Dianae populi Latini cum populo Romano facerent.* Infine, mi preme sottolineare che sulla base dell'analisi di Aul. Gell. *Noct. Att.* 18,7: ‘*senatum*’ dici et pro loco et pro hominibus, ‘*civitatem*’ et pro loco et oppido et pro iure quoque omnium et pro hominum multitudine, ‘*tribus*’ quoque et ‘*decurias*’ dici et pro loco et pro iure et pro hominibus; Cic. *De rep.* 6.13.13: *nihil est enim illi principi deo qui omnem mundum regit, ... acceptius quam concilio coetusque hominum ire sociati quae civitates appellantur*, si nota come da un lato tutti i membri della comunità partecipino direttamente alla vita politica, e questa partecipazione si ha tramite un'organizzazione giuridica: quindi la *civitas* va comunque intesa in un significato in cui prevalga la concretezza. In tal senso G. LOMBARDI, *Appunti di diritto pubblico romano*, Roma 1940-1941, p. 102 ss. (l'autore esamina puntualmente i tre significati esposti da Gellio); e P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974, p. 147 ss.

<sup>83</sup> Così P. BONFANTE nella prolusione, che fu letta nella R. Università di Torino il 13 novembre del 1901, dal titolo *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato*, pubblicata in *Rivista italiana di sociologia*, VI, Roma, 1902, p. 1. Sulla stessa si veda il commento di U. COLI, *Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato*, in *SDHI*, IV (1938), p. 68 ss.

<sup>84</sup> Quando si parla di organismo costituzionale, a mio avviso, forte è l'influsso di T. HOBBS, *Leviatano*, Londra, 1651.

<sup>85</sup> «Il mondo romano è finito. I dolci campi inonda un diluvio di genti nuove. Signori dello Stato, i barbari foggiarono a lor talento il diritto pubblico Di alcune istituzioni, e non delle meno basilari negli Stati moderni, fu detto ch'esse nacqero nelle foreste germaniche»: questa orazione funebre, colma di mestizia è di P. BONFANTE, *La progressiva diversificazione*, p. 14.

invece il diritto privato accoglie come soggetto l'individuo, il singolo privato degli altri, con il fine di tutelarne le sue private interazioni giuridiche con gli altri suoi consimili, nell'ottica di una tutela -o forse dannata salvaguardia- del patrimonio.

Se questo è lo stato delle cose, la pulizia concettuale che intendo principiare<sup>86</sup>, comincia sin da questi due aspetti, e per combattere la loro antitesi non posso che far notare come nel diritto romano queste non erano altro che due diverse posizioni di studio<sup>87</sup>; prima di far questo però voglio sottolineare quali spinte a mio avviso potrebbero aver contribuito a questa divisione, ovviamente analizzando l'esperienza giuridica romana, nella quale abbiám compreso come per prime<sup>88</sup> queste due diverse

---

<sup>86</sup> Non scopro oggi di esser un idealista se «sogno l'antica repubblica» come «gli archeologi cercano le vestigia del municipio nel comune medio-evale», ma trovo allora piene conferme del mio essere, in P. BONFANTE, *La progressiva diversificazione*, p. 14: è vero che «nessun vestigio, nel mondo moderno, delle istituzioni di Romolo e di Servio, di Augusto o Diocleziano» ma ciò vuol dire che non possano ancora prender parola?

<sup>87</sup> P. BONFANTE, *La progressiva diversificazione*, p. 3 ss., per dimostrare come «non v' ha forse allora un solo istituto di diritto pubblico, che non ritrovi il suo schietto equivalente in un istituto di diritto privato: termini, concetti, elementi di struttura e di funzione» prende ad esempio molti interessantissimi parallelismi: si occupa per prima della famiglia, la cui base non solo, ma il cui spirito, la cui morale, sono in perfetta antitesi con la società e con la sfera pubblica, ma il *pater* «romano nella famiglia è precisamente il re dello Stato, designato pur esso con il titolo di “*pater*” nel suo genuino significato di signore e sovrano» sottolineando poi ancora che «*da manus o potestas del re è, nel termine stesso, la manus o potestas del pater familias, il consilium regis è il consilium domesticum, e l'oscurissima e caratteristicamente romana auctoritas patrum rispetto al popolo è l'auctoritas tutorum sui pupilli, egualmente caratteristica e indefinibile, egualmente enigmatica a un intelletto moderno*»; con lo stesso indirizzo passa poi all'esame dei diritti patrimoniali, nel quale inserisce quel ‘ paragone ’ di cui poi precipuamente mi occuperò, e cioè il rapporto tra *consortium erecto non cito* e collegialità tra i magistrati; presenta poi un esame del campo delle obbligazioni giungendo a queste conclusioni: «Restando pure sul terreno delle obbligazioni convenzionali, teniamo presente che nel momento in cui ci collochiamo (il momento è quello che egli definisce “la soglia dell'epoca evolutiva del diritto romano, innanzi allo svolgimento grandioso del diritto onorario”), il *contractus*, la convenzione materiale, non esiste; la forma domina, e forma tipica romana, è il giuramento, è la domanda e risposta verbale, la *sponsio*. Della prima, il diritto posteriore custodisce solo un modesto rudimento, la promessa del liberto; l'altra invece, nella figura più libera della stipulazione, primeggia anche sotto il regime del *contractus*. Ora le stesse identiche forme consacrano pure i rapporti internazionali e religiosi della città primitiva, rappresentata dai suoi feziali, dai suoi magistrati, dai generali, dagli auguri. Più sorprendente ancora è il ritrovare gli stessi aspetti nel diritto pubblico interno, e precisamente nella formazione della legge. Volete, acconsentite, cittadini? Sì, risponde il popolo. *Velitis, inbeatis, Quirites? Uti rogas. Rei publicae sponsio*, definisce la legge Papiniano»; analizza ancora il testamento operando un parallelismo tra il tipo di successione *mortis causa* e la designazione da parte del predecessore; per passare poi ad «avvertire che le forme dell'antica procedura civile hanno con la pubblica intimazione di guerra più che analogia identità meravigliosa. Che il *pactum*, istituto processuale nelle origini, è la *pubblica pax*? Casuale non è il riscontro fin ne' termini stessi; trenta giorni, *triginta iusti dies*, è il termine concesso al nemico per soddisfare alle richieste del *pater patratus*; trenta giorni, *triginta iusti dies*, è il termine accordato dalle XII Tavole al debitore confesso o condannato per soddisfare alle suo obbligazioni»

<sup>88</sup> Seppur lo scritto non pretende «di analizzare un problema così complesso nella sua interezza, e tanto meno di prospettare soluzioni definitive», è interessantissimo, poiché spiccatamente suggestivo: E. CANTARELLA, *Pubblico e privato nella «polis» omerica* in *Atti del II Seminario romanistico gardesano promosso dall'Istituto milanese di diritto romano e storia dei diritti antichi* (12-14 giugno 1978), Milano 1980, p. 3-10. L'autrice si propone di evidenziare l'esistenza in Omero di una dicotomia tra pubblico e privato, che ella scova in più di un'occasione, perché la stessa ritiene fondamentale questa indagine per meglio comprendere le implicazioni di questo problema con riferimento alla nascita della polis. Sembra proprio che quindi nel mondo omerico esista la consapevolezza che da un lato c'è il gruppo familiare, e dall'altro un'entità sovraordinata comune a tutti. Ora senza andare a ripercorrere analisi grammaticali che lascio agli addetti del mestiere, ricordo come Omero ci narra un'assemblea ad Itaca, ove emerge come gli Itacesi non sanno chi li ha convocati e qualcuno (il vecchio Egizio) si chiede chi li ha convocati: *Od. 2.28.28-32*, nella traduzione offerta dalla stessa Autrice a p. 4 dell'opera citata: «Ora, chi ci ha raccolti così? chi tanto ha bisogno/ fra i giovani o fra coloro che sono avanti negli anni?/ Forse ha udito notizia che torna l'esercito/ e vuol dirla in pubblico, lui che per primo l'ha avuta?/ o d'altro pubblico bene vuol parlare e trattare?». L'assemblea viene quindi di regola convocata per trattare questioni o per comunicare notizie di pubblico interesse quale, appunto, che l'esercito acheo sta tornando da Troia. Ma Telemaco non l'ha convocata per questo, piuttosto per parlare di mali che si sono abbattuti su di lui, *Od. 2.42-46*: «Non ho udito notizia che torna l'esercito,/ da dirla in pubblico, io che per primo l'ho avuta,/ non d'altro pubblico bene voglio parlare e trattare,/ ma della mia angoscia, chè doppia sciagura è piombata sulla mia casa...». Si evince quindi una scissione tra le due

posizioni di studio si fossero con precisione andate a delineare. Per prima cosa, la crisi della famiglia, che dal Serrao<sup>89</sup> è stata addirittura presa come strumento ed oggetto d'indagine privilegiata per lo studio del privato e del pubblico, e il suo lento ma incisivo ridursi sotto la pressione della sfera pubblica, è non tanto una causa, ma l'emblema di questo indirizzo di separazione, che invece trova le sue motivazioni in quella particolare strategia di relazioni private con i confederati (Roma ebbe sin dalle sue origini aperto il *commercium*) rifiutando quindi un vero e proprio sistema federale, sposando invece un sistema confederativo con latini ed italiani volto più che altro alla difesa del comune territorio; l'ufficio del

---

sfere, infatti Telemaco tratta del suo problema come privato e vuole subito precisarlo, proprio perché sa bene che il popolo conosce bene questa distinzione. Ancor più evidente la distinzione tra pubblico e privato si ha a Sparta, ove Menelao, nell'accogliere Telemaco, gli chiede preliminarmente, *Od.*, 4, 312-314: «Telemaco forte, quale bisogno ti ha spinto/ a Lacedemone splendida sul dorso ampio del mare?/ tuo privato o del popolo? Questo rispondi sincero». L'autrice poi ricorda altri passi in cui evidente è la distinzione tra le due sfere anche per quanto attiene alla materia dei beni, pubblici o privati, (*Od.* 20, 264-265: «...questa casa/ non è pubblica, ma d'Odiseo, e per me l'ha acquistata»; ove interessante è sottolineare che la sfera del pubblico, in contrapposizione a quella del privato, consistente in interessi personali e familiari, è quella sfera delle cose appartenenti alla comunità, intese come quelle cose che hanno destinazione di comune interesse: il bottino di guerra, -e in tal senso mi si permetta di ricordare anche la discussione fra Agamennone e Achille nel primo canto dell'Iliade- che è della comunità perché guadagnato in comune, e la cassa destinata a far fronte agli interessi di guerra, intesi come spese, perlopiù privati, ma poiché destinati ad uno scopo comune, divenuti pubblici, e in tal senso si ricordi quanto dice Menelao ai capi degli Achei: *Il.*, 17,248-251, traduzione di R. CALZECCHI ONESTI, *Iliade*, fa parte di *La grande biblioteca dei classici latini e greci*, Milano 2015, a p. 611: «O cari, capi e guide degli Argivi,/ che a fianco degli Atridi Agamennone e Menelao/ bevete a pubbliche spese e comandate ciascuno/ alla sua schiera: da Zeus vi viene gloria e onore»). La distinzione tra pubblico e privato è presente quindi in modo delineato anche nella società omerica: «Ciò che era pubblico e ciò che era privato, insomma, comunità e famiglia, non erano solo due sfere distinte e rigorosamente incomunicabili: erano anche, sembra di potere concludere, due momenti di aggregazione diversi, basati su diverse regole interne e su diversi moduli organizzativi». La comunità deve esser intesa come il luogo del pubblico, la casa, in contrapposizione, era il luogo del privato. Poiché è il significato che più mi piace, e con il quale sono solito riferirmi alla 'città', come credo di aver chiarito *supra* (§1) con l'utilizzo di *civitas*, in luogo di *urbs*, segnalo come E. CANTARELLA, *Pubblico e privato*, p. 10 intenda *pòlis*, termine che già in Omero veniva identificato «con la popolazione, che erta al tempo stesso la collettività e il luogo della gestione del potere, l'insieme dei consociati e qualcosa che non si risolveva nella loro semplice somma. Era un aggregato urbano, alla cui gestione, si contribuiva partecipando all'assemblea popolare: e la partecipazione all'assemblea prescindeva da ogni riferimento genetico, e dipendeva solo dalla comunanza di vita all'interno di un'unità territoriale. Era un'identità sovraordinata ai singoli che, come abbiamo visto, avevano ben chiaro il senso della prevalenza dell'interesse comunitario su quello individuale».

<sup>89</sup> L'individuo partecipava alla comunità dei *cives*, all'esercito, alle assemblee popolari, alle ripartizioni della cittadinanza come singolo, *uti civis*, non come espressione del gruppo familiare o parentale cui apparteneva: emerge dunque una precisa distinzione tra il 'pubblico' e il 'privato', ergo tra la sfera del *populus*, in cui l'individuo agisce come singolo, e la sfera familiare e parentale, in cui l'attività del singolo è condizionata negli aspetti economici e potestativi dai rapporti familiari. In queste due differenti prospettive, che io ho riassunto analizzando F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, Napoli 1984, p. 338 ss., il privato, nel pensiero del giurista, prevale sul pubblico. Sicuramente questa affermazione va ridimensionata se si pensa ai momenti in cui l'individuo diventa magistrato o comunque va ad esercitare una funzione pubblica: nel suo rapporto con i gruppi familiari e gentilizi residuano infatti solo condizionamenti psicologici. In tali occasioni «si potrebbe dire con una sola frase, la *civitas* o la classe prevalgono sulla *familia* e sui gruppi parentali e l'individuo, che ne è organo (o, comunque, rappresentante), con esse, e quindi con l'interesse o l'ideologia della *civitas* o della classe tende ad identificarsi (il console, in certo senso, si identifica nella *civitas*; il tribuno nella *plebs*, in quanto parte della *civitas*). In tali situazioni l'individuo, pur se *alieni iuris*, diviene veramente libero dalla *familia* e dal *pater*, e lo diviene in quanto titolare di un potere più forte, e per intensità e per ampiezza, di quello familiare. Ma quando poi cessa dalla carica rientra pienamente nei vincoli potestativi familiari e su di lui riprende influenza il "privato". Quindi il raffinato giurista esplica in quale modo debba intendersi la sua affermazione, sicuramente nell'ottica di una dialettica tra pubblico e privato intesa come naturale base, nel senso di *humus*, nel quale si innesta la lotta fra le classi, e nella quale lo scontro trova composizione: «il "privato" che riesce ad imprimere un certo assetto "pubblico" non è il "privato" promanante da tutte le famiglie della comunità, bensì, principalmente, il "privato" espresso dalle famiglie, e per esse dai *patres*, della classe politicamente ed economicamente dominante e costituita permanentemente dal patriziato, a cui, in alcuni momenti, è da affiancare (ai soli fini qui considerati) lo strato economicamente più elevato della plebe». È lapalissiano dunque che il privato che prevale sul pubblico è il privato proprio della classe dominante, e quindi prima delle *familiae* e delle *gentes* patrizie, della *nobilitas* dopo l'assetto Licinio-Sestio. La lotta di classe viene quindi individuata come composizione di una particolare concezione del pubblico e del privato, che non poteva non esser ricordata.

pretore poi, il cui ruolo come è noto non abbracciò la mera giurisdizione, ma lo svolgimento ulteriore del diritto privato, sottraendo questo aspetto della vita di relazione giuridica alla volontà, alla decisione del popolo in assemblea; pian piano la capacità di diritto privato occupava quindi una base più larga rispetto a quella cui si occupava il popolo, improntata più che altro a questioni aventi fini sociali e politici, svuotati sempre più dei loro risvolti civili<sup>90</sup> e commerciali<sup>91</sup>; in età imperiale alla sparizione dei comizi fa eco un rigoglio della giurisprudenza che è in senso essenzialmente privatistico, ove nel diritto pubblico «continua l'impero della tradizione e dell'opportunità» e le trattazioni «appaiono frammentarie ed elementari»<sup>92</sup>.

Poste alcune ipotesi sulle possibili -o forse probabili- cause degenerative e fondanti la irrisolvibile<sup>93</sup> distinzione tra il diritto pubblico e il privato, occorre ora chiarire come queste debbano essere semplicemente intese, e per far ciò non posso che interpellare il Digesto nonché le Istituzioni di Giustiniano<sup>94</sup>:

Ulp., D.1.1.1.2: *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.*

I. 1.1.4: *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet. dicendum est igitur de iure privato, quod tripartitum est; collectum est enim ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.*

---

<sup>90</sup> La legislazione comiziale si occupa dei rapporti di diritto privato, questo è certamente vero, ma secondo un indirizzo che mi sembra più che altro sociale e politico: in questo senso intendo quelle competenze in materia di garanzie patrimoniali, in campo processuale e in generale giudiziario, nella spinosa questione delle usure, nelle questioni di servi e liberi, in materia di affrancazioni, matrimoni e divorzi. Così, in questo senso, si comprende come il diritto pubblico si avvii verso un indirizzo diverso rispetto a quello privato.

<sup>91</sup> In tal senso mi sembra anche P. BONFANTE, *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato*, p. 12.

<sup>92</sup> P. BONFANTE, *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato*, p. 13.

<sup>93</sup> Sempreché la si pensi come P. BONFANTE, *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato*, p. 15: «E questa separazione è un bene. Il diritto privato ha una funzione essenzialmente diversa da quella del diritto pubblico».

<sup>94</sup> Malgrado la loro quasi contemporaneità, la variazione che i testi presentano in occasione della presentazione della *summa divisio* del diritto in pubblico e privato, mostra come le Istituzioni abbiano preso a modello il passo dei *Digesta*, con omissione di quelle illustrazioni esplicative, che appunto ampliavano il contenuto delle Istituzioni, più sintetico: si ricordi che Giustiniano spesso rimanda al suo *opus magnum* attraverso frasi come, in I. 3.23.2: «quod [...] et in nostris digestis latius significatur»; I. 4,6,2: «[...] sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit»; o ancora I. 4.6.5: «[...] sicut ex latiore digestorum seu pandectarum volumine intellegere licet».

Detta definizione «ha dato molto da fare agli interpreti»<sup>95</sup>: da un lato, c'è chi<sup>96</sup> indagando sul rapporto esistente fra la specifica distinzione del *ius*, proposta da Ulpiano, e i precedenti o successivi agganci col pensiero di altri pensatori, accorda la precedenza proprio a questo giurista, forse perché «suggerita dal preliminare problema relativo all'autenticità<sup>97</sup> del famoso inciso *sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*»<sup>98</sup>, mentre c'è chi<sup>99</sup> afferma che «il testo contenuto nei Digesti è mutilato e corrotto da glossemi; uno, certo, è dimostrato nella frase “*sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*”, la cui origine scolastica può spiegarne l'assenza nel testo delle Istituzioni. Ma quel che più conta è che Ulpiano non può avere basato la distinzione tra *ius publicum* e *ius privatum* sulla nozione di *utilitas*, come farebbe pensare o verrebbe far pensare la frase “*privatum (ius) quod ad singulorum utilitatem*”. Tale frase, contrapposta alla precedente, dovrebbe, infatti, far credere che Ulpiano -nell'antitesi- dicesse che *spectat ad statum rei Romanae* quanto costituisce tutela di una *publica utilitas*<sup>100,101</sup>. E trattasi di una definizione così tanto spinosa che non ha risparmiato da critiche financo scritti di autorevoli giuristi, confluiti poi in voci enciclopediche, per una contestata pusillanimità sul punto<sup>102</sup>.

<sup>95</sup> Così G. GROSSO, *Riflessioni in tema di “ius publicum”*, in *Studi in onore di Siro Solazzi: nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario* (1899-1948), Napoli 1949, p. 461.

<sup>96</sup> G. ARICÒ ANSELMO, *Ius publicum-Ius privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 37 (1983), 447-787.

<sup>97</sup> Peraltro sostenuta tra gli altri, da: E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1942, 50 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 1, München 1971, 197 ss.; M. TALAMANCA, *La filosofia greca e il diritto romano*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma 1977, p. 112 nt. 338; A. CARCATERRA, *L'analisi del “ius” in elementi primi (Celso, Ulpiano, Modestino)*, in *SDHI*, 46 (1980), 272 ss.

<sup>98</sup> In questo senso la recensione di A. CARCATERRA, in *SDHI*, 50 (1984), 549-558. L'espressione è a p. 550.

<sup>99</sup> Per una bibliografia degli autori che criticano i passi di Ulpiano, nel senso di una mancata considerazione degli stessi come testimonianza del pensiero di giuristi dell'età classica, si veda la lunga nota proposta da G. LONGO, «*Utilitas publica*» in *Labeo* 18 (1972) p. 30, precisamente la nota 46.

<sup>100</sup> Sul tema si veda di J. GAUDEMET, «*Utilitas publica*», in *RHD* 29 (1951), 465-499.

<sup>101</sup> G. LONGO, «*Utilitas publica*» in *Labeo* 18 (1972) pp. 7-71, il quale poi addirittura continua affermando che «Ulpiano, forse, nemmeno pose alcuna distinzione tra *ius publicum* e *ius privatum*, nel suo passo originale; comunque la nozione di *ius publicum* la ricollegò con la fonte della norma e, se si dette carico di farlo, ricollegò le norme di diritto privato alla volontà privata. L'*utilitas* non veniva in discussione per lui». L'autore poi dimostra di non voler credere, o di esserne comunque in forte dubbio, anche riguardo l'originalità della frase *huius studii duae sunt positiones*; postclassica comunque la ritennero S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1906-1908, p. 86 nt. 1 e A. STEINWENTER, *Utilitas publica utilitas singulorum*, in *Festschrift P. Koschaker zum 60. I*, 1939, 84 ss.

<sup>102</sup> Nella recensione di G. ARICÒ ANSELMO, in *IVRA* 40, 1989, p. 132-139, a G. NOCERA, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, Napoli 1989: si legge: «Sembra sintomatico al riguardo il fare cauto, quasi guardingo, con cui l'A. si accosta al testo, impegnandosi, prima di citarlo, in considerazioni che invero avrebbero potuto esser differite senza difficoltà. Quando poi la citazione diventa ineludibile, il passo viene riferito non testualmente ma in addirittura tre differenti traduzioni, tra le quali, peraltro, l'A. non indica quale sia da preferire. Quanto ai numerosi e gravi problemi che il passo pone in ciascuna delle sue parti costitutive, l'A. si accontenta di sollevarne alcuni senza però prender posizione rispetto all'una o all'altra delle possibili soluzioni. Rimane incerto, non solo a chi debba attribuirsi il famoso inciso *sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*, ma perfino se debba essere attribuito ad Ulpiano ovvero a Giustiniano il testo tutt'intero. Incertezza destinata a protrarsi fino al momento in cui, verso la fine della trattazione, vi si taglia corto sbrigativamente con l'affermazione che “quella menzione, ridotta tutto sommato a un cenno, del diritto pubblico e privato, lascia assolutamente intatta l'idea della inscindibilità del diritto”. Se si dovesse tener conto del titolo, insomma, si potrebbe avere l'impressione che, giunta in vista quella che si sarebbe portati a ritenere la sua meta, la trattazione subisca ad un tratto uno strano rallentamento, Come se quella grande vela che avevamo visto fin allora avanzare sull'onda di una prosa colorita, vorticosa, rampante verso altezze impervie, spinta e dilatata al massimo dal vento impetuoso dell'idealizzazione storiografica, abbia in quel punto varcato una sorta di linea d'ombra di conradiana memoria».

Volendomi preoccupare solo della distinzione tra le due diverse posizioni di studio, tralasciando la specificazione di ciò in cui consiste il diritto pubblico e come sia tripartito il diritto privato, riporto tre traduzioni<sup>103</sup>, che non mi sento di condividere: «Il diritto pubblico è ciò che riguarda lo stato della *res publica romana*; il diritto privato, ciò che riguarda l'utilità dei singoli (cittadini)»;

«Diritto pubblico è quello che ha riguardo alla prosperità dello stato romano, diritto privato quello che ha riguardo all'interesse dei singoli»;

«Il diritto pubblico è quello che tratta del governo dei Romani, il diritto privato quello che concerne gli interessi dei particolari».

Ripudio queste definizioni, perché per quanto mi sforzi non riesco a comprendere come si possa tradurre *status* con prosperità, se non spinti da inebrianti fantasie e fiduciose interpretazioni; allontanano la terza perché non mi convince l'utilizzo di particolare piuttosto che singolo, ma soprattutto perché *status* non è solo governo, ma anche ciò che è governato.

Temo poi, ma non ne ho oggettivamente la certezza, poiché ad onor del vero riesco comunque ad interpretarla nel modo al quale più mi avvicino, che la prima possa ingenerare confusioni con delle categorie più che moderne, contemporanee<sup>104</sup>; per questo non la critico, ma mi limito a correggerla:

“Diritto pubblico è ciò che attiene alla condizione della cosa romana, diritto privato è ciò che concerne l'utilità dei singoli”.

Credo che ‘condizione’ esprima al meglio tutta quella intrinseca concretezza cui la definizione di Ulpiano si confà: esprime una società che non è solo governo, ma che abbraccia anche i suoi governati, perché in esse consiste e da essi proviene<sup>105</sup>, essendo il frutto del suo perenne divenire<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Queste sono tratte da G. NOCERA, voce «Privato e pubblico», in *Enc. dir.* 35 (1986), p. 649; e le si trovano altresì in G. NOCERA, *Il binomio pubblico-privato*, p. 167 ss.; d'altronde la voce enciclopedica sembra essere stata preparata da Giuliano Crifò, poiché si può leggere in G. NOCERA, *Ius publicum e ius privatum secondo l'esegesi di Max Kaser*, in *SDHI* 68 (2002) a p. 1, nota 1: «Dal canto suo, Nocera aveva già rivisitato il binomio pubblico-privato nella ‘voce’ della *Enciclopedia del diritto* [35 (1986) 615-659], versione da me ridotta di un testo originario che ho potuto pubblicare solo nel 1989 (*Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, Napoli 1989)». La nota è appunto firmata dal Crifò.

<sup>104</sup> La definizione riporta stato e non Stato, questo è fuor di dubbio, ma dato che comunque ‘stato’ denota una certa fissità, un'immobilità, eviterei a questo punto, anche solo delle somiglianze fonetiche.

<sup>105</sup> Piuttosto, è dei governati e non di chi governa: Cic. *leg. agr.*, 2.7.17: *omnes potestates, imperia, curationes ab universo populo Romano proficisci convenit*.

<sup>106</sup> D'altronde è chiaro che la cosa pubblica romana non ha mai accettato l'immobilità della sua costituzione, né dal e per il suo principio, né nel suo sviluppo: Cic. *De rep.*, 2.1.2: *is dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod in illis singuli fuissent fere quorum suam quisque rem publicam constituisset legibus atque institutis suis, ut Cretum Minos, Lacedaemoniorum Lycurgus, Atheniensium, quae persaepe commutata esset, tum Theseus tum Draco tum Solo tum Clisthenes tum multi alii, postremo exsanguem iam et iacentem doctus vir Phalereus sustentasset Demetrius, nostra autem res publica non unius esset ingenio sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot constituta saeculis et aetatibus. nam neque ullum ingenium tantum excitis dicebat, ut quem res nulla fugeret quisquam aliquando fuisset, neque cuncta ingenia conlata in unum tantum posse uno tempore providere, ut omnia completerentur sine rerum usu ac vetustate*.

Per quanto attiene alla distinzione sottostante effettuale nella quale affonda le radici la distinzione tra *ius publicum* e *ius privatum*, al di là di suggestive tesi che arrivano ad affermare che i Romani già alla fine del VI sec. a.C. -e precisamente con la *lex Valeria de provocatione* del 509 a.C.- cominciarono a distinguere tra diritto pubblico e privato<sup>107</sup>, è da ricordare come Orazio<sup>108</sup> alluse a detta distinzione.

Secondo interessante scienza<sup>109</sup> la distinzione nacque per vicende storiche diverse. Si è supposto che, per esempio, i *libri magistratuum* di C. Sempronio Tuditano, sì come i *libri de potestatibus* di U. Giunio Congo Graccano, come peraltro ha dimostrato Bretonne<sup>110</sup>, vadano sì correlati alle lotte politiche del tempo, ma erano in qualche modo spia di un indirizzo diverso, nel senso che nascevano da incentivazioni radicalmente diverse rispetto a quelle da cui nascevano e alle quali si ispiravano gli scritti di civilistica. Quando le lotte di classe si erano composte, questi scritti andarono a trovare un punto di contatto, quando appunto nel I sec. a.C., le lotte erano fra singoli, i quali aspirando a cariche pubbliche, dovevano in una qualche maniera conoscere le regole per l'esercizio delle funzioni alle quali ambivano<sup>111</sup>. Secondo l'autrice la concezione bipartita del *ius* può dirsi costituisse: «la trasfigurazione in chiave teorico-sistematica di quella particolare esperienza che la cultura giuridica andava appunto attraversando in età ciceroniana»<sup>112</sup>. Ma quell'affinità, quella vicinanza, durò poco: infatti tutto quel *ius* che non era *publicum* venne qualificato come *privatum*, poiché la *scientia iuris publici*, recava seco le cause della propria dissoluzione, da individuarsi proprio nel suo oggetto: a differenza della *interpretatio* del

---

<sup>107</sup> L.L. KOFANOV, *Lex Valeria de provocatione del 509 a.C. e l'origine della divisione del diritto romano in pubblico e privato*, in *Ius Antiquum* 8 (2001), pp. 31-36. Analizzando Plutarco (*Popl.* 11.2), Pomponio (D.1.2.2.16), Valerio Massimo (IV. 1.1) e Dionigi d'Alicarnasso (V. 19.4) l'Autore dimostra che la legge permetteva di convocare il popolo non solo per contestare il verdetto della pena capitale, ma anche le multe che venivano irrogate dai consoli. Si ricorda che secondo Livio (10. 9. 5-6) la sanzione per i trasgressori della *lex Valeria* era l'*improbe factum*. Ma di certo questa sanzione non poteva essere considerata una semplice condanna morale, poiché Dionigi d'Alicarnasso racconta questa sanzione consistente nella messa a morte senza processo (V. 70.2). Sulla base di Plutarco (*Popl.* 11.3), sappiamo poi che sulla base di un'altra legge di Valerio la disobbedienza ai consoli si scontava con una multa di due montoni e cinque buoi, corrispondenti più o meno a 520 assi pesanti; per la legge Aternia Tarpeia del 454 a.C., si ricorderà, la multa massima che il magistrato potesse comminare era senza la sanzione del popolo era di circa 500 assi, cioè trenta montoni e due buoi (cfr. Dion. Hal., X. 50. 1-2). La *lex Valeria de provocatione* è possibile che abbia limitato, secondo l'Autore, la somma massima della multa che il magistrato potesse infliggere senza la sanzione del popolo romano, rimanendo così sotto la competenza consolare solamente i casi non superiori a 520 assi; tutti gli altri, invece, restavano nella giurisdizione del *iudicium populi*. Per questo, secondo Kofanov, la *lex Valeria* del 509 a.C. segnò i limiti della futura divisione in *iudicia publica* e *iudicia privata*. Vero è che poi la decisione del popolo avveniva tramite la forma del *iussum populi*; *ius* e *iussum* hanno la medesima radice e gli stessi Romani associavano spesso i due concetti (*Rhet. ad Her.* 2.19; Liv. VII.17.2; *Paul.* D.1.1.11); anche la struttura arcaica di entrambi i termini è quasi la stessa (*lex Lat. Bant.*3; *lex Acilia rep.* 12; 31; *lex. agr.* 111.78). Per questo l'autore, partendo dal fatto che le nozioni di *ius publicum* e *iussum populi* nella repubblica romana erano quasi equivalenti, così come per *ius privatum* e *iussum privati* (si pensi all'espressione *ita ius esto* in alcune norme delle XII Tavole: L. XII t. V.3a; VI.1; VIII.27). Secondo l'autore quindi, sulla base di quanto in questa nota sommariamente riassunto, i Romani effettivamente già alla fine del VI sec. a.C., distinguevano, sia pure *in nuce*, il diritto privato dal diritto pubblico.

<sup>108</sup> Hor., *ars*, 395-6: *Fuit haec sapientia quondam: publica privatis secernere, sacra profanis.*

<sup>109</sup> G. ARICÒ ANSELMO, *Ius publicum-Ius privatum*, p. 746 e ss.

<sup>110</sup> M. BRETONNE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1971, p. 12, 14 ss., 41, 59.

<sup>111</sup> Tipico il caso di Cesare per il quale Varrone scrisse *XVI libri rerum divinarum*, quanto alle sue funzioni di *pontifex maximus*. Si ricordi poi, sotto il mero valore storico, la mediazione di Q. Elio Tuberone (*doctissimus iuris publici et privati* : *Pomp.* D.1.2.2.46) fra Cesare e Pompeo.

<sup>112</sup> G. ARICÒ ANSELMO, *Ius publicum-Ius privatum*, p. 768.

diritto privato, attività inevitabilmente creativa, che nell'obiettivo di spezzare la continuità con le sue precedenti configurazioni modellava il *ius* in maniera incessante, per l'*interpretatio* di diritto pubblico non v'era spazio per manovre innovatrici. Infatti, il suo oggetto non era rimodellabile direttamente dall'interprete giurista, ma dall'interprete-popolo: la *res publica*, come soleva dire il genio di Catone, *non unius esse ingenio sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot constituta saeculis et aetatibus*<sup>113</sup>. La rigidità era quindi data da quello stesso obiettivo dello *ius* che secondo sempre Cicerone aveva la funzione di *tenere* lo *status* della *res publica*<sup>114</sup>, ove l'*optima civitas* era quella frutto del lavoro degli antenati, con il compito per le generazioni future di difenderla e custodirla. Manca quindi lo *ius publicum* di una certa elasticità rispetto allo *ius privatum*: «lo si poteva, al massimo, guardare da un punto di vista anziché da un altro, ma non cambiare. Operazione essenziale di questa specie di *interpretatio* restava, in fondo, la ricerca di un'ortodossia, reale o fittizia, dell'esperienza costituzionale del presente rispetto a canoni fissati in un passato spesso remotissimo: un atteggiamento, insomma, esclusivamente retroverso»<sup>115</sup>. Quando poi regole e istituti propri della *libera res publica* vennero catturati da un disegno sapiente e lungimirante, quale quello di Augusto, ecco che la scienza propria del diritto pubblico dette segni di vitalità, per poi però, dopo il breve corteggiamento, esser destinata al canto del cigno, sotto le note degli *arcana imperii*: tant'è che, l'espressione *ius privatum* appare nei *Digesta* solo cinque volte<sup>116</sup>, e neppure con significato univoco; solo in due testi, e neanche giuridici, si ritrova la contrapposizione<sup>117</sup>.

La valutazione generale posta sulla base di un elemento concreto si inserisce nella valutazione della distinzione e classificazione del *publicum* e del *privatum*, sì come avviene nella distinzione tra lo *scriptum* e il *non scriptum*, che si trova in Cicerone<sup>118</sup> e che poi viene enunziata come generale nelle fonti giustinianee.

La contrapposizione tra atti normativi pubblici e privati, fra gli ordini del popolo e il concreto regolamento di interessi proprio dei privati, in una forma certo schietta e giuridicamente atecnica, o comunque imperfetta<sup>119</sup>, la si trova in:

Cic. *Part. Orat.* 37, 129-130: *iuris est omnis ratio nobis explicanda. Quod dividitur in duas partes primas, naturam atque legem, et utriusque generis vis in divinum et humanum ius est distributa, quorum aequitatis est unum, alterum religionis. Aequitatis autem vis est duplex, cuius altera directa et*

<sup>113</sup> Cic., *De rep.*, 2.2.

<sup>114</sup> Cic., *De rep.*, 1.21.24; *De leg.* 1.6.20.

<sup>115</sup> G. ARICÒ ANSELMO, *Ius publicum-Ius privatum*, p. 770.

<sup>116</sup> D.4.5.6; 28.1.3; 39.1.5.19; 43.12.4; 1.1.1.2; 1.2.2.2.46, non contando D.49.14.6 pr. e 49.14.45.4, ove si parla di *ius privati, ius privatorum* nel senso di posizione giuridica del singolo nei confronti del Fisco.

<sup>117</sup> Sen. *De clem.*, 1.4.2: *hic populus, quam diu sciet ferre frenos, quos si quando abruperit vel aliquo casu discussos reponi sibi passus non erit, haec unitas et hic maximi imperii contextus in partes multas dissiliet, idemque huic urbi finis dominandi erit, qui parendi fuerit. Ideo Principes regesque et quocumque alio nomine sunt tutores status publici non est mirum amari ultra privatas etiam necessitudines*; Plin. *Epist.* 8. 14.1: *Cum sis peritissimus et privati iuris et publici cuius pars senatorium est...*

<sup>118</sup> Mi riferisco a Cic. *Part. orat.* 37, 129-130.

<sup>119</sup> G. GROSSO, *Riflessioni*, p. 463, la definisce "rozza".

*veri et iusti et ut dicitur aequi et boni ratione defenditur, altera ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet, quod in beneficio gratia, in iniuria ultio nominatur. Atque haec communia sunt naturae atque legis, sed propria legis et ea quae scripta sunt et ea quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur. Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud: publicum lex, senatusconsultum, foedus, privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio.*

Vero è che Cicerone non è un giurista, e se è vero anche che questa fonte può intendersi come una contrapposizione *publicum-privatum*, non la si può intendere come una precisa distinzione fra essi. Comunque nei *publica scripta* troviamo *lex, senatusconsultum, foedus*, mentre tra gli *scripta privata* basti notare solo la *stipulatio*, con riferimento al documento. Il raffronto immediato è comunque fra le *leges* e le statuizioni del popolo con i *privatorum pacta*, simboleggiante quel parallelismo e contrapposizione che si aveva nel loro atteggiarsi sulla base dello *ius civile*<sup>120</sup>. Questa impostazione, nell'ottica principale del binomio *natura-lex*, e poi in quella del binomio *scriptum-non scriptum*, riferisce (in maniera comunque, come già detto, atecnica) la distinzione del *publicum* e del *privatum* allo *scriptum*, involgendo negli *scripta publica* la *lex*, il *senatus consultum* e il *foedus* (*tabulae, pactum conventum, stipulatio* sono *privata*). Comunque se la base dell'individuazione di un *ius publicum* è quella delle fonti, si può scorgere anche la possibilità di sviluppi in altre direzioni; infatti per quanto attiene ai *foedera* sembra leggersi un'oscillazione tra il riferimento alla fonte ed il riferimento all'oggetto che essi regolano. Si esamini:

*Cic. Balb. 15. 34: L. Marcius, primi pili centurio, cum Gaditanis foedus fecisse dicitur. Quod cum magis fide illius populi, iustitia nostra, vetustate denique ipsa quam aliquo publico vinculo religionis teneretur, sapientes homines et publici iuris periti, Gaditani, M. Lepido Q. Catulo consulibus a senatu de foedere postulaverunt.*

---

<sup>120</sup> «Il riferimento alle *leges* è diretto ed immediato. È naturale che anche a questo proposito alle *leges* vengano equiparate altre fonti: senatoconsulti, *constitutiones principum*; mentre si discute per l'editto del pretore. Ma questa impostazione, che ci presenta un terreno semplice e concreto di raffronto, non giustifica ancora una generale affermazione, come quella del De Francisci, che dalla antitesi *ius (civile) lex* si è passati, con lo svilupparsi delle nuove fonti, all'altra fra *ius (civile)* e *ius publicum*. (non già a quella fra *ius privatum* e *ius publicum*). Di fronte all'individualità delle fonti e delle contrapposizioni, non si pone esplicitamente e chiaramente una generale antitesi *ius civile- ius publicum*, come è pur vero che non si pone l'antitesi generale *ius publicum-ius privatum*. Il concetto di *ius publicum* opera concretamente nel raffronto coll'efficacia delle convenzioni private; senza peraltro che con ciò si individui un concetto di *ius privatum* nascente da queste», così G. GROSSO, *Riflessioni*, p. 464.

Qui con i *publici iuris periti* allude però al diritto che regola la conclusione dei *foedera*: il riferimento è quindi alla materia regolata; questo riferimento, come anche ritiene Grosso «potrebbe stare alla base di altri più generici accenni ciceroniani al *ius publicum*»<sup>121</sup>.

Deve poi dirsi che la qualifica di *publicus* ha la sua connessione etimologica con *populus*: il termine *publicus* deriva, infatti, da *populicus*, *poplicus*, *publicus*<sup>122</sup>. Il riferimento alla *civitas*, intesa come pluralità<sup>123</sup>, vien da sé, e la antitesi che ne discende, pubblico-privato, intesa come pluralità, come unione di una moltitudine di uomini associata sul consenso di diritto e sul diritto stesso nonché sulla comunanza d'utilità<sup>124</sup>, contrapposta al singolo 'privato' degli altri, trova ampia esplicazione: *res publicae/privatae*; *crimina publica/delicta privata*; *utilitas publica/utilitas privata*; *iudicia publica/iudicia privata*; *leges publicae/leges privatae*, etc.

Comunque il concetto di *ius publicum*, come risultante dal passo esaminato di Ulpiano non è in modo univoco ripercorso dalle fonti, da cui emergono diversi significati.

Molti<sup>125</sup> sposano un concetto di *ius publicum* che involge quello sopra esaminato, concependolo addirittura come significato classico del termine: è *ius publicum* quel diritto che «con riguardo alle fonti, cioè alla provenienza da fonti che potremmo dire *grosso modo* statuali, e cioè in primo piano la *lex*, precisamente la *lex publica*, e, con equiparazione a questa, i *sentusconsulta* e le *constitutiones principum*, mentre più discusso è il riferimento a norme dell'editto pretorio»<sup>126</sup>.

---

<sup>121</sup> G. GROSSO, *Riflessioni*, p. 466. Lo stesso scova poi un altro riferimento, generico, al contenuto, in un'affermazione di Livio sulla legge delle XII tavole: Liv. III, 34: *in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo, fons omnis publici privatique est iuris*.

<sup>122</sup> Si veda sul tema: A. ERNOUT MEILLET, voci *Populus* e *Publicus*, in *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, Parigi, 2001, 522. L'etimologia della parola *populus* resta sostanzialmente ignota, ma la storiografia prevalente sembra convinta dell'identità tra *populus* ed esercito; questa tesi, sostenuta da T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, Berlino, 1886, trova larghe adesioni presso gli studiosi, tra cui P. DE FRANCISCI, *'Arcana imperii'*, III, Milano, 1948, 96 ss. e A. MOMIGLIANO, *Osservazioni sulla distinzione tra patrizi e plebei*, in *Les origines de la république romaine. Entretiens sur l'antiquité classique*, Ginevra, 1967, 197 ss., i quali hanno evidenziato come il termine presenti la medesima radice del verbo *populo*, *as*, *are* che significa devastare, distruggere, ed è quindi legato all'idea della guerra condotta da una forza militare organizzata. Invece altri hanno rilevato una possibile derivazione etimologica dell'aggettivo di *populus* cioè *publicus*, da *pubes* e quindi da adulto atto alle armi: in tal senso vd. J. GAUDEMET, *Le peuple et le gouvernement de la République romaine*, in *Labeo*, XI, 1965, 148 e R.E. MITCHELL, *Patricians and plebeians. The origins of Roman State*, Londra, 1990, 155 ss.

<sup>123</sup> Alcuni ricorsi al concetto di *popularis*, (basti pensare a Cic. *De leg.* 2.4.9 ove parla di *populares leges*, o ibid. 2.8.18: *quique agent rem duelli, quique popularem*) usati per porre in evidenza la partecipazione di tutti i cittadini, indicano che *poplicus*, *publicus* (entrambe le forme si trovano usate nella *lex agraria*, C.I.L., I. 2.85) «tendono a perdere l'originario significato 'concreto', e ad implicare un riferimento ad un apparato 'pubblico', distinto dall'insieme dei cittadini. Forse lo stesso passaggio dalla forma *poplicus* alla forma *publicus* (etimologicamente connessa a *pubes*) è un indice di questa tendenza. Essa si spiega, comunque, con il progressivo scadimento dell'importanza sociale (oltre che politica) della riunione dei Quiriti nei *comitia*». Così P. CATALANO, *Populus Romanus Quiritis*, Torino 1974, pp. 125-126.

<sup>124</sup> Mi rimetto all'unica definizione di popolo: Cic. *De rep.* 1.25.39 *est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*.

<sup>125</sup> S. ROMANO, *La distinzione fra «ius publicum» e «ius privatum» nella giurisprudenza romana*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940; G. LOMBARDI, *Il concetto di ius publicum negli scritti di Cicerone*, in *Rendiconti Istituto Lombardo*, 72 1938-1939; G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, Roma, 1947; P. DE FRANCISCI, *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della Beatificazione*, I, Milano 1947-1949, p. 211 ss.

<sup>126</sup> Così G. GROSSO, *Riflessioni*, p. 462.

Ma soprattutto nelle fonti si afferma il principio secondo il quale *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*, e da questo se ne è ricavata un'interpretazione di *ius publicum* vicino alle nostre norme di ordine pubblico. Anche Kaser<sup>127</sup>, tiene a rilevare che presso i giuristi del periodo alto classico, *ius publicum* presenta un nuovo connotato secondo il quale si pone l'effetto giuridico concreto della sua inderogabilità. E *publicum ius privatorum pactis mutari non potest* è una regola che trova applicazione in tutto l'ordinamento giuridico, poiché nell'ambito del diritto pubblico una deroga preventiva da parte dei privati è inconcepibile: infatti a ben guardare la regola diventa pratica soltanto nella sfera del diritto privato.

Mi sembra comunque inconfutabile che il conflitto, perché ovvio che di conflitto trattasi, venga risolto a favore del diritto pubblico, che non permette al diritto privato di modificarlo: la risoluzione sta in una regola del diritto pubblico, e solo lì può stare, perché al contrario si sarebbe esposta ad una potenziale e lecita modificazione da parte del diritto privato stesso.

Comunque discussa è l'estensione delle fonti che possono considerarsi di *ius publicum* ove però il punto di partenza è sicuramente dato dalla *lex*: a supporto si pensi all'antitesi pubblica *iure-moribus*, corrispondente a *legibus-moribus* di cui ci parla Cicerone<sup>128</sup>, al riferimento alla *lex Papiria*<sup>129</sup> di cui ci parla sempre lo stesso, e a Papiniano quando egli fa riferimento alla *lex Falcidia*<sup>130</sup>. Che poi si parli di *ius publicum*<sup>131</sup> per i senatoconsulti, questo si può giustificare solo con l'equiparazione alle leggi, come tra l'altro deve farsi per le *constitutiones principum*.

Molto più complesso è il discorso che vale per l'editto pretorio, e per giustificare come per questo si sia potuto parlare di *ius publicum* non si può che far riferimento al De Francisci<sup>132</sup>. Egli esaminando i passi che aprivano ad una lettera pubblicistica, nega che le norme del diritto pretorio siano mai state comprese nel *ius publicum*, poiché lo *ius praetorium* vi si contrappone nella sua idea, dato che l'*imperium* del magistrato sarebbe stato espressione di un potere e di funzioni anteriori -come per altro verso la *interpretatio prudentium*- che la *civitas* avrebbe sì riconosciuto, ma mai sono entrati nell'autonomia di essa<sup>133</sup>.

---

<sup>127</sup> M. KASER, "Ius publicum" und "ius privatum", in *ZSS*, 103, 1986; G. NOCERA, *Ius publicum e ius privatum secondo l'esegesi di Max Kaser*, in *SDHI* 68 (2002) p. 5.

<sup>128</sup> Cic. *De rep.* 1.2.2-3.

<sup>129</sup> Cic. *De domo*, 49.128.

<sup>130</sup> D.35.2.15: *privatorum cautione legibus non esse refragandum consistit, et ideo sororem iure publico retentionem habituram et actionem ex stipulatu denegandum*.

<sup>131</sup> Cfr. ad es. D. 27.8.1.9.

<sup>132</sup> P. DE FRANCISCI, *Idee vecchie e nuove*, p. 212 ss.

<sup>133</sup> Così G. GROSSO, *Riflessioni*, a p. 465 risponde a De Francisci: «Non bisogna teorizzare troppo, in quanto il concetto di *ius publicum* si presenta in uno spontaneo riferimento e raffronto, di fronte al quale il *ius honorarium* ha una individualità distinta, ma per il modo stesso in cui avviene il riferimento non se ne può trarre un concetto organico e rigoroso, così che non potrebbe a priori escludersi un'assimilazione di precetti pretori nell'affermazione dell'inderogabilità del *ius publicum*».

Il principio analizzato, se pur non individua una generale distinzione e classificazione del diritto, presenta però, come visto una genesi ed un significato concreto. E nell'ottica pregnante della concretezza, vorrei ci liberassimo di quelli lenti azzurre di kantiana memoria, col fine di emanciparci da quella visione fallace e menzognera contemporanea, che propria di un mondo giuridico plastificato, ci vuol far leggere categorie giuridiche romane contagiati dalla logica dell'astrattezza.

Troppo cauto è Gallo quando egli afferma: «Dirò semplicemente che mi sembra che nell'esperienza giuridica romana si possa ravvisare un grado di concretezza maggiore rispetto a quello che si riscontra nella nostra esperienza giuridica attuale»<sup>134</sup>; molto più incisivo è il De Francisci: «E vorrei ancora che lasciando da parte gli astrattismi, ci si sforzasse di penetrare sempre più addentro nella sostanza dell'ordinamento giuridico romano e di afferrare le intime e concrete ragioni sociali, economiche, politiche ed anche culturali che hanno provocato il dinamismo, in ogni sua fase creatore, di un diritto che, appunto per questa sua virtù, è divenuto e rimane uno degli elementi fondamentali della civiltà europea. Molti concetti astratti sono, in certo qual modo, miti dei moderni: e lo storico ha il dovere di trattarli alla stregua di quelli, spesso più seducenti e poetici, degli antichi»<sup>135</sup>.

Vero è poi che i «Romani non hanno atteso Vico per dire che il diritto è un fatto dell'uomo, costituito da e per gli uomini (Herm. D.1.5.2), con la precisa avvertenza (Ulp. D.1.3.8) che *iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur* -i diritti vanno riferiti in funzione del rapporto di socialità-, né hanno posto in dubbio che l'uomo, nella sua complessità psicofisica, sia il soggetto del diritto<sup>136</sup> per eccellenza, destinatario delle norme e attuatore dei fini del diritto mediante i poteri attribuiti dall'ordinamento»<sup>137</sup>.

Insigni studiosi tedeschi si sono illusi di poter illuminare, mediante talune categorie astratte lo sviluppo del sistema giuridico: e io come il De Francisci, temo che esse «anziché ad un'analisi più penetrante di tale sviluppo, possano condurre ad un'artificiosa, sommaria, astorica interpretazione, sia dello svolgimento del sistema sia di quello delle singole istituzioni, del loro carattere e del loro spirito»<sup>138</sup>. In effetti, è dato incontrovertibile che l'attuale esperienza giuridica sia permeata da un imperativo categorico che la trascina verso il dogma dell'astrazione. Si hanno così regole, che diventano

---

<sup>134</sup> F. GALLO, *La concretezza nell'esperienza giuridica romana*, in *Index* 5 (1974-1975) p. 1-12.

<sup>135</sup> P. DE FRANCISCI, *Note critiche intorno all'uso di categorie astratte nella storia del diritto romano*, in *Studi Volterra* 1, Milano 1971, p. 1-48.

<sup>136</sup> Non a caso, ma perché si cala nell'ottica del tema di cui sto trattando, mi permetto anche qui di ricordare che locuzioni come 'soggetto di diritto' 'diritto soggettivo' non trovano riferimenti nelle fonti giuridiche romane; si veda esemplarmente sul tema R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino 1961, p. 404 ss., e soprattutto P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino 1990, p. 216 ss; P. CATALANO, *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D.1.1.12*, in *Iuris Vincula, Studi in onore di Mario Talamana*, II, Napoli, 2001, p. 111.

<sup>137</sup> G. CRIFÒ, *Riflessioni antiche e nuove in tema di persona*, in *Cunabula Iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Broggin*, Milano 2002, p. 151

<sup>138</sup> P. DE FRANCISCI, *Note critiche*, p. 4.

categorie, il tutto racchiuso nel sistema, o meglio ancora, nell'ordinamento. Si individuano una serie di elementi che presentano un connotato comune e sulla base di questo, si creano figure e categorie sempre più generali, concetti che sono sempre più astratti. Ma così facendo si assottigliano le differenze all'insegna di quella logica unificatrice; i giuristi romani si concentravano proprio sulle differenze, considerando comunque gli elementi unificatori e anche la visione d'insieme relativa alle varie entità da essi individuate ed esaminate in un determinato ambito. Proprio l'attenzione per le differenze dimostra come essi avessero una propensione per la concretezza, e col vessillo di questa, ecco perché sceglievano dei procedimenti definitivi diversi<sup>139</sup> dalla definizione per genere e differenza, che noi siamo soliti usare.

Prendo ad esempio la celeberrima definizione celsina del diritto riportata da Ulpiano:

Ulp. D.1.1.1 pr.: *...ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

Non possiamo di certo considerare questa definizione come elemento di erudizione, come si è trascinati a fare da quella spinta a conoscere e concepire il diritto come norma o ordinamento, o talora come pretesa<sup>140</sup>: siamo dunque portati a pensare che il diritto sia norma, ordinamento, e non *ars*.

Mentre secondo Celso il diritto era nel genere *ars*<sup>141</sup>, come pure vi rientrano l'*ars grammatica*, *oratoria*, *medicinae*, etc.

Così, attraverso la tecnica, la disciplina, si deve concepire il *principium* stesso dello *ius*: il *bonum et aequum* (che non è *aequitas*<sup>142</sup>). Questa definizione è l'emblema di come il diritto, a mio avviso, debba

---

<sup>139</sup> Si pensi, esemplarmente alla *definitio per partitionem* e alla *definitio per divisionem*, due tipi illustrati da Cicerone (Cic. *Topica*, 28.30-33): mediante la prima si distinguono nel corpo umano la testa, il collo, le braccia, *et cetera*; si procede quindi ad una spartizione in membra delle *res, quae proposita est*. Nel secondo tipo di definizione si individuano tutte le specie appartenenti, o meglio ancora, che possono rientrare, in un determinato genere: l'*adoptio* indicando le varie specie di adozioni, le *obligationes* individuando i vari tipi di obbligazioni esistenti nel sistema. «In breve, anche i giuristi romani si servivano, nell'elaborazione del diritto (né, a ben vedere, potrebbe essere diversamente), di procedimenti definitivi. Ovviamente però essi procedevano, nel compierla, in conformità alla loro visione del diritto, alla loro propensione per la concretezza e, quindi, ad attribuire rilievo agli aspetti differenziali», così F. GALLO, *La concretezza*, p. 11.

<sup>140</sup> Come *facultas agendi*, intesa come pretesa prevedibilmente accoglibile e che è facoltativo far valere: così il diritto definito da B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto raccolte da M. Bagni*, Pavia 1959.

<sup>141</sup> Si ricordi che Quintiliano, trattando della retorica, distingue fra *ars, artifex, opus* definendo la prima *Inst. or.* 2.14.5: *ars erit, quae disciplina percipi debet: ea est bene dicendi scientia*.

<sup>142</sup> Si veda sul tema F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI* 53 (1987), p. 30 ss.; e F. VALLOCCHIA, *Appunti su bonum et aequum e conventio-consensus tra ius e societas*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, 11 (2013). F. GALLO, *La concretezza*, p. 11, commenta Cic. *Topica* 29: *Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas; eius autem aequitatis utilis cognitio est; utilis ergo est iuris civilis scientia*; egli afferma che «mentre Cicerone parte da una visuale statica (*aequitas constituta*), in Celso predomina la prospettiva dinamica». *Bonum et aequum* all'inizio del I secolo a.C. costituiscono una *pars* dello *ius* assieme a *natura, lex, consuetudo, indicatum, pactum*. In *Rhet.* 2.19 si legge: *de eo causa posita dicere poterimus, si, ex quibus partibus ius constet, cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, indicato, aequo et bono, pacto*; queste *partes* dello *ius* non sono poi le stesse che ci presenta Cic. *Part.* 129: (*ius*) *dividitur in duas partes primas, naturam atque legem*. Successivamente (le *Partitiones oratoriae* sono state iniziate da Cicerone intorno al 54 e sono state concluse nel 47 a.C.; mentre i *Topica* furono conclusi nel 44 a.C.) individua nei *Topica* le parti dello *ius*; Cic. *Top.* 5.28: *ius civile ... in legibus, senatus consultis, rebus indicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistit*. Scompare il *pactum* e l'*aequitas* prende il posto dell'*aequum et bonum* che precedentemente aveva associato

essere rettamente concepito: in funzione di applicazioni che accettino solo concretezza. Il diritto è un'arte perché deve assicurare sempre, in ogni caso, soluzioni buone ed eque ai problemi che si pongono ai singoli nella quotidianità, sia nelle loro relazioni private che pubbliche, poiché non vi è differenza, dato che cambia solo la posizione dalla quale si studia il problema e se ne ricerca la soluzione; soluzione che deve avere come protagonista l'uomo, dato che il diritto stesso è opera degli uomini, e gli uomini esigono risposte concrete<sup>143</sup>, non plastificate<sup>144</sup>.

---

ai *magistratus* (F. GALLO, *Sulla definizione*, p. 30-31, analizzando il linguaggio comune, vede *aequum* più vicino a 'giustizia' mentre «*aequitas* è da intendersi più vicino ad 'uguaglianza'», ove, almeno nel significato proprio di *aequum* e non traslato «l'uguaglianza è il campo d'azione (o l'oggetto e fine immediato) del diritto, mentre la giustizia è il suo fine ultimo. Si può esplicitare: il diritto, tramite l'attuazione dell'uguaglianza, tende alla giustizia»; infatti lo stesso Autore a p. 36 così la pensa: «Secondo Celso, *l'ars boni et aequi* è l'arte di apprestare, nella produzione come nell'interpretazione e applicazione del diritto la soluzione buona, alla stregua dei criteri enunciati, nel rispetto dell'uguaglianza-*aequitas*. In sintesi: l'arte del buono o del bene 'eguale'; del buono o del bene nel senso di soluzione buona, perché l'*ars*, costituita dal *ius*, ha il compito di produrre soluzioni, vuoi generali ed astratte vuoi di casi singoli; e di 'eguale' nel senso di rispondente all'uguaglianza-*aequitas*, sia per quanto attiene all'organizzazione del gruppo sociale, sia per quanto concerne rapporti tra i singoli, nonché tra essi e l'ente personificato, o comunque la comunità»); Cic. *leg. agr.* 2.102: *ius in iudiciis et aequitate magistratum*. In Gaio, abbiamo poi la conferma della scomparsa del patto: Gai 1.2: *constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium*. Quindi è evidente che si passa da *partes iuris* ad una elencazione di quegli atti idonei a produrre *ius*: da *figurae* (Per quanto attiene a '*iuris figura*', si veda Gai 2.191: *Post haec uideamus de legatis. quae pars iuris extra propositam quidem materiam uidetur: nam loquimur de his iuris figuris, quibus per uniuersitatem res nobis adquiruntur: sed cum omni modo de testamentis deque hereditibus, qui testamento instituuntur, locuti simus, non sine causa sequenti loco poterit haec iuris materia tractari*) ad una classificazione di fonti di produzione del diritto, e quindi ad una vittoria del solo elemento prescrittivo. Ecco allora che l'ergere il *bonum et aequum* a *principium* dello stesso *ius* significava farlo vivere, e peraltro nella maniera più assoluta, pur di fronte alla sua assenza nelle elencazioni concernenti lo *ius*: in questo modo il *bonum et aequum* prende sicuramente spazio nel momento in cui si considera lo *ius* sotto i molteplici aspetti della produzione, della interpretazione e della applicazione del diritto.

<sup>143</sup> Suggestivo è il raffronto tra forma e sostanza, che come sempre il Guarino si sforza di indagare, nel senso di astrattezza e concretezza riferiti al tema delle votazioni, apparso in A. GUARINO, *L'astratto e il concreto del votante romano*, *Panorami* 2 (1990), pp. 175-186: egli infatti chiama "noumeno costituzionale" l'astrazione, e quindi la forma, del sistema delle votazioni nei comizi, mentre parla di "fenomeno" per "la realtà delle cose" (p. 178). Passa poi al confronto individuali dei "gaps" simboleggianti, appunto, il divario tra forma e sostanza, e quindi, tra astrattezza e concretezza: «Per quanto attiene al capitolo delle votazioni assembleari, il fenomeno si concretava in una non esigua quantità di "distacchi" più o meno rilevanti dall'astratto costituzionale, i quali distacchi (li vogliamo chiamare, all'inglese, "gaps"?) rendevano spesso scomodo, difficile o addirittura ingrato e pericoloso il compito del votante»; «I "gaps" da prendere in considerazione atenevano, lo dico subito: al peso specifico dei voti individuali; al tasso e al tipo di influenza dei votanti alle urne; al modo di formazione e di manifestazione del voto». L'autore, passa poi ovviamente all'analisi di ciascun elemento indicato.

<sup>144</sup> Non potevo esimermi da queste precisazioni, perché in quest'ottica tutto il lavoro sarà improntato. Come avrei mai potuto studiare temi complessi, partendo da un'ottica sbagliata? Non avrei potuto dar risposta a quegli illustri maestri, quando ad esempio, interrogandosi su temi tanto dibattuti, tuonano: «L'eliminazione del concetto di persona giuridica non ha nessuna conseguenza dannosa per la nostra cultura giuridica. La storia del diritto romano insegna il contrario. La posizione giuridica del cittadino romano non ha, né in età repubblicana né in quella imperiale, sofferto del fatto che la persona giuridica fosse e rimanesse sconosciuta al diritto», così U. VON LÜBTOW, *Bemerkungen zum Problem der juristischen Person* in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, 2, Milano 1954, p. 510. Con queste parole apre P. CATALANO, *Il populus Romanus e il problema delle persone giuridiche* in *La persona giuridica collegiale in diritto romano e canonico. Aequitas romana ed aequitas canonica: atti del 3. colloquio (Roma, 24-26 aprile 1980) e del 4. colloquio (Roma, 13-14 maggio 1981)*, Città del Vaticano 1990, p. 9.

### 3. *Consortium e collegia magistratum*: una poco esplorata *contentio*<sup>145</sup> del secolo scorso tra *ius publicum* e *ius privatum*.

Roma sta per essere invasa dai Sabini, a cagione del tradimento di Tarpeia; questa invasione è in procinto di compiersi anche perché favorita da un intervento divino:

Ovid. *Met.* 14.784: *rescindere numquam / dis licet acta deum.*

Giunone ha infatti lasciato aperta la porta del Campidoglio fortificato, e Venere accortasene, vorrebbe richiudere l'accesso ed intervenire a favore della stirpe di Enea, ma «agli dèi non è mai concesso di

---

<sup>145</sup> Utilizzerò questo termine per riferirmi al 'conflitto' nel diritto romano, preferendolo a *certamen*, (molto più spesso usato come 'combattimento', 'lotta') che ricorre spesso in Livio, ed alcune volte, (si veda esemplarmente Liv. 4.6; 4.7b; 4.45; 6.19; 9.33; 26.11; 37.51.1-4) sembra avere proprio il medesimo significato. A mio supporto una vasta raccolta di fonti che riporto: Cic., *Brut.*, 80; 202; 233; 273; 276; 304; 313; 316; *Cato*, 23,82; 14,49; *div.*, 1,73; 2,262; *fat.* 17; *fin.* 1,27; 2,39; 2,68; 3,2; 3,41; *De imperio Cn. Pompei ad Quirites oratio* 9;36; *inv.* I, 17I; II, 104; II, 100; II, 114; II, 125; II, 150; *leg. agr.* 1,27; 2,91; 3,1; *leg.* 1,11; 3,156; 3,157; III, 171; *off.* 1,26; 1,58; 1,68; 1,87; 1,90; 1,132; 1,133; 1,136; 1,137; 1,146; 1,152; 2,169; 2,209; 2,232; 2,241; *opt. gen.* 7,20; 7,22; *de orat.* 1,11; 1,23; 1,40; 1,60; 1,61; 2,5; 2,17; 2,25; 2,26; 2,53; 2,54; 2,56; 3,2; 3,4; 3,8; 3,45; 3, 53; 3,59; 3,60; 3,61; *part.* 7; 95; 104; 108; 69; 89; 99; 104; 124; *rep.* 1,25; *Pis.* 22, 31, 32; *Catil.* 4,13; *Vatin.* 15; 23; *Lael.* 34; *orat.* 37, 45, 59, 85, 95, 109, 212; *Phil.* 2,2; 2,7; 5,32; 8,7; 14,18; *Arch.* 12; *Balb.* 21; 59; 60; *Caecin.* 41; *Cael.* 39; *Cluent.* 2; 44; 116; *Deiot.* 5; *Flacc.* 7; 14; 18; *Marcell.* 3,5; *Mil.* 43; *Mur.* 8; 11; 14; 19; 22; 34; 56; *Planc.* 5; 6; 15; 16; 17; 35; 48; 54; 77; 78; 89; *Quinct.* 21; *Scaur.* 34; *Sest.* 36; 36b; 39; 40a; 44; 47; 58; 86; 104; 130; *Sull.* 49; 90; *top.* 95; *Tusc.* 2,4; 2,51; 2,54; 2,57; 2,65; 3,25; 5,77; Varro, *ling.* 8,39; Liv. 3,19; 3,30; 3,52; 3,64; 3,65; 3,71; 4,6; 4,7b; 4,2; 4,25; 4,50; 4,57; 5,2; 5,10; 5,41; 5,51; 6,36; 7,17b; 8,33; 8,35; 10,23; 10,24; 10,37a; 21,63; 22,61; 26,48; 27,11; 27,25; 30,40; 33,2; 35,31; 35,45; 36,3; 36,32; 37,47; 37,51; 37,57; 38,50b; 39,32; 39,36; 39,38; 39,39; 39,40; 40,42; 41,6; 41,28; 42,10; 42,23; 42,32; 42,43b; 43,16; Aul. Gell. *Noct. Att.* 1,11,16; 12,13,26; 14,3,9; 14,5; 14,5,4; 20,6,11; Gai. 4,166; Cth. 1,4,1; 1,29,5; 2,6,5; 2,8,1; 2,18,1; 4,4,2,1; 5,1,7,1; 6,26,11; 7,3,2; 12,7,2; 15,10,1pr.; 16,2,23; 16,8,22; *Inst. Iust.* 4,15,5; *Dig.* 8.2.26; 11.6.1pr.; 12.6.43; 43.20.1.26; 44.7.20; Cod. Iust. 1.9.15; 2.11.18; 4,44,8; 5.4.24; 6.27.5.1; 8.53.34.2; 10.73.2. Per quanto attiene al solo Livio, nel senso ricercato, trovo riscontro, se pur le fonti non sono indicate dalla stessa (la quale rimanda semplicemente a D.W. PACKARD, *A concordance to Livy I*, Cambridge 1968, p. 954 ss.), in C. MASI DORIA, *Spretum imperium: prassi costituzionale e momenti di crisi nei rapporti tra magistrati nella media e tarda repubblica*, Napoli, 2000, p. 9: «*Contentio* nel lessico liviano indica sicuramente un momento di rottura della concordia costituzionale». Lopalissiano anche nel suo pensiero che siamo in tema di 'conflitti' e 'soluzioni': «La casistica che emerge a tal proposito dalle fonti risulta meritevole di approfondimento e bisognosa di coordinamento. Non di rado, infatti, le discordie costituzionali costituiscono l'occasione per gli scrittori antichi di mostrare, oltre che lo scontro su di un punto di *ius publicum* (in questa categoria giuridica sono infatti da ricomprendere i rapporti tra magistrati), la norma di riferimento e le soluzioni spesso scaturite dalla prassi; se questo è il modo con cui si affrontavano e si studiavano i conflitti, io credo che l'indirizzo vada oggi rovesciato: partire dalla soluzione agevola lo studio, poiché ci fornisce *a posteriori* la possibilità di comprendere quale sia stato il bisogno giuridico interrogandosi se esso abbia poi trovato soddisfacimento in relazione alle problematiche del caso o dell'istituto, il quale, tramite la soluzione, può esser meglio analizzato e quindi compreso.

rescindere atti di altri dèi»<sup>146</sup>. Bernhard Kübler<sup>147</sup> fa così notare come da questo passo emerga che si ritrova nel «Götterstaat» ciò che trova precisa regola nel *römisches Staatsrecht*.

Giove e la moglie Giunone avevano scelto come giudice per decidere su una famosa controversia tra loro intercorsa<sup>148</sup> Tiresia, e questo quando diede ragione a Giove, venne privato della vista da Giunone; neanche però il ‘padre onnipotente’ può rimediarsi poiché la pena non può essere annullata da un altro dio. Ad un dio non è concesso annullare quanto fatto da un altro dio:

Ovid. *Met.* 3.336: *at pater omnipotens (neque enim licet irrita cuiquam / facta fecisse deo) pro lumine adempto / scire futura dedit poenamque levavit honore.*

Analizzando queste fonti, ci si rende conto nel primo caso che gli dèi nell'Olimpo sembrano creare un collegio, dove gli stessi vi fanno pare con *par potestas*, poiché nel momento in cui uno di loro porta a compimento -e in questo è la differenza con la città degli dèi greca, come dimostrato dall'*Ippolito* di Euripide<sup>149</sup>, ove non è possibile tra pari potestà nemmeno la proibizione dell'atto incompiuto, e quindi ancora non esplicante effetti- un atto, per gli altri è impossibile rimediare in senso contrario, o, meglio ancora, eliminarlo.

Nel secondo caso si nota come neanche il padre degli dèi possa ergersi al di sopra della legge e del collegio, non possedendo quindi *maior potestas*<sup>150</sup>.

Per Ovidio dunque, la cassazione dell'atto già compiuto è impossibile, poiché vale la regola della *prohibitio*: questo ci dimostra come nello ‘Stato degli dèi’ esista un'*intercessio*, ma questa non potrà mai essere una ‘Kassation’<sup>151</sup> di un atto già compiuto.

Questa è la risposta che il filologo e giurista<sup>152</sup> Kübler<sup>153</sup> propone a quella lunga e aspra diatriba che ha accompagnato, ardendola fino alle ceneri, libranti in un silenzio quasi assordante, la romanistica

<sup>146</sup> Per questa traduzione anche C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003, p. 99.

<sup>147</sup> B. KÜBLER, *Götterstaat und römisches Staatsrecht*, in *ZSS LVI*, 1936, 261 ss.

<sup>148</sup> Si trattava di decidere chi traesse tra uomo e donna maggior piacere nel rapporto d'amore: ecco perché venne scelto Tiresia, perché egli, a seguito di un miracolo, avendo colpito con un bastone due serpenti mentre si accoppiavano, aveva provato ambedue le esperienze: Tiresia, non potendo tornar vedente, ricevette un prolungamento della vita di sette volte il suo corso, nonché ricevette da Giove il dono della preveggenza. Sul racconto ovidiano si veda R. GRAVES, *The Greek Myths*, II, London, 1960, p. 11-12; H. VON GEISAU, s.v. *Teiresias*, in *Der Kleine Pauly*, V, München, 1979, p. 558.

<sup>149</sup> Si veda v. 1328 ss.

<sup>150</sup> Si nota quindi una differenza con con lo Zeus greco, caratterizzato da poteri assoluti nei confronti degli altri dèi, così come ci viene descritto presso Omero e i Tragici, soprattutto nel *Prometeo* di Eschilo, in questo senso: BERNHARD KÜBLER, *Götterstaat*, 262.

<sup>151</sup> Visione di TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, I, p.266 ss.

<sup>152</sup> Sulla sua figura, si veda L. WENGER, *Bernard Kübler*, in *ZSS, LXI*, 1941, p. XIII ss.

di un secolo addietro: le tracce e le gesta della scienza che vi partecipò sono state con acribia recentemente ripercorse<sup>154</sup>.

Ora mi sembra doveroso denudare le mie intenzioni all'occhio desideroso dell'obiettivo finale: la *contentio* di cui mi appresto a parlare, non prende posizione privilegiata all'inizio del lavoro a caso; il conflitto tra così mirabili ed autorevoli menti sul tema dello *ius prohibendi* nel *consortium erecto non cito* e nei *collegia magistratuum*, mi concede la possibilità di dimostrare come *ius publicum* e *ius privatum* non siano altro, come ho cominciato a chiarire nel paragrafo precedente, due diverse posizioni di studio.

Ma v'è di più: questi studi mi aiutano a dimostrare come la logica del conflitto richieda una soluzione, e dimostrato che la *civitas augescens* si innesta sul diritto, è il diritto stesso che deve ricercare una soluzione alla *contentio*, per far sì che questa non sfoci in *bellum*; analizzando poi le soluzioni, quando queste sono comuni, è logico chiedersi per prima cosa se il problema stesso sia comune. Sarà questo quindi lo spirito del lavoro successivo, e non volendomi comunque fermare all'analisi delle soluzioni che mi ci accingo a ripercorrere, ma anzi, volendone offrire una personale, non occuperò questa prima parte con la mia soluzione, che sarà esplorata, indagata, ricercata e confrontata nella seconda parte, assieme alle altre<sup>155</sup>.

Quindi è chiaro che non tratto di questa *contentio* come oggetto di indagine privilegiata, ma la asservisco alla volontà dimostrativa di una stretta connessione tra *ius publicum* e *ius privatum*, considerandola emblematica non solo di questo ultimo aspetto, ma anche di quella logica scientifica che vuole l'analisi del problema partendo dalla soluzione. «Non volendo chiudere gli occhi alla luce»<sup>156</sup> apro alla totale comparabilità del diritto pubblico e del diritto privato romano, volendo sì, perseguire una “lettura circolare” della storia delle istituzioni giuridiche romane, ricomprendendo e riconnettendo «le trasformazioni delle forme politiche e sociali con la storia delle istituzioni pubbliche e con l'evoluzione

---

<sup>153</sup> Esprimendo la gioia delle sue ricerche, per rispondere alla diatriba che infervorava gli anni della romanistica: «ed io credo di averne trovata una di tal fatta, e proprio in un luogo dove non la si sarebbe in alcun modo cercata» traduzione di C. CASCIONE, *Consenso*, p. 99.

<sup>154</sup> Mi riferisco al già citato C. CASCIONE, *Consenso*, che appunto con solerzia ripercorre la disputa, senza però, e questo non può non esser segnalato, prendere energicamente una posizione: a meno che questi, come comunque fortemente credo, faccia preferir parola a Kübler nella chiosa del lavoro scientemente.

<sup>155</sup> Il chiarimento mi è sembrato opportuno: non è mia intenzione né ripetermi né anticipare un'indagine esposta nel secondo capitolo; prenderebbe qui troppo spazio, dato che per un'accurata analisi è nel mio pensiero doverosa l'analisi della forma evoluta del *consortium*, la *communio* (costituendone poi lo *ius ad crescendi* un'ulteriore risposta), sì come per il rapporto di collegialità tra i magistrati sarà opportuno chiarire alcuni tratti fondamentali della mia visione dello *status rei Romanae*. Se questi sono ragioni metodologiche, vi sono anche ragioni prettamente simmetriche e sistematiche: è mia intenzione analizzare singolarmente tutte quelle *contentiones* che ritengo reclamino a gran voce una *solutio* nello *ius publicum* e nello *ius privatum* raccogliendole prima in delle tabelle sinottiche per poi analizzarle una ad una: un rinvio o un 'vuoto' mi svuoterebbe della sistematicità e della pienezza che tanto ricerco.

<sup>156</sup> Questa è l'espressione di P. BONFANTE, *Prefazione* (a TH. MOMMSEN, *Abriss des römischen Staatsrechts*, Leipzig, 1893 = *Disegno del diritto pubblico romano*, Milano 1904), XII ss.; anche in *Scritti giuridici vari*, IV, 510 ss.: «La storia della costituzione romana aveva prima di lui delle trattazioni notevoli: il diritto pubblico romano è la vera creazione del Mommsen, questo studio è al di d'oggi tanto più essenziale, in quanto, chi non voglia chiudere gli occhi alla luce, un parallelismo costante avvicina le istituzioni del diritto pubblico e del diritto privato di Roma».

del diritto privato»<sup>157</sup>, ma rifiutando quella impostazione rigida e sistematica propria del “Vorwort” che Mommsen premetteva alla prima edizione dello *Staatsrecht*<sup>158</sup>, perché io credo che il diritto pubblico romano, essendo la condizione della cosa romana<sup>159</sup>, non può che riflettere quel complesso gioco di interazioni ed equilibri tra persone e poteri (i secondi risiedono e provengono dalle prime<sup>160</sup>), non essendo quindi possibile astrarre dei concetti primari; come nel diritto privato «il concetto di obbligazione è avvertito come fondamentale, sopra alla vendita e alla locazione» nel diritto pubblico non devono «il consolato e la dittatura esser valutati come modificazioni del concetto fondamentale della magistratura» poiché elementi fondamentali, a parte il *populus*, non vi debbono essere; a mio avviso solo in questa prospettiva, che rinunci ad un imperativo categorico tinto non tanto di sistematicità, perché quella vi deve essere, ma di quella forzata logica unificatrice ed astrattiva, che soffoca la vitalità della *res publica*, si deve intendere la «teoria della cooperazione e del turno nella conduzione della carica e quella della intercessione»<sup>161</sup>.

Orbene, un punto sicuro di partenza per l'indagine che voglio brevemente ripercorrere, è sicuramente<sup>162</sup> dato da Fridolin Eisele, che con un saggio<sup>163</sup> s'interessò della teoria della comproprietà, rintracciando la comproprietà originaria nella situazione di successione ereditaria di più soggetti ad uno solo: egli, a chiusura del lavoro, propone un raffronto tra il rapporto dei coeredi e dei contutori con *l'imperium* indivisibile dei consoli facendo leva sullo *ius intercedendi*<sup>164</sup>.

A recepire ed accendere la *contentio* in Italia è l'illustre Bonfante, il quale nell'obiettivo precipuo di dimostrare come diritto pubblico e privato si siano progressivamente diversificati, denota degli istituti

---

<sup>157</sup> Così L. CAPOGROSSI COLOGNESI, in *A cent'anni dalle 'Res mancipi' di Pietro Bonfante*, in *Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno* 17, 1988, p. 111 ss.; anche in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell'800*, Roma 1997, p. 259, concentrandosi su P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Milano 1903; ristampato a Roma 1934; e infine Milano 1958-1959, nota il progressivo abbandono di questa retta prospettiva nelle successive generazioni.

<sup>158</sup> Il riferimento ovvio è al *Vorwort zur ersten Auflage* del I volume del *Römisches Staatsrecht* (1871), ora premesso alla III edizione (Leipzig 1887), p. VIII s. Si veda su questo, per confronto, G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano 1984, p. 6ss.

<sup>159</sup> Si veda per quest'espressione il paragrafo precedente.

<sup>160</sup> *Cic. leg. agr.*, 2.7.17: *omnes potestates, imperia, curationes ab universo populo Romano proficisci convenit*.

<sup>161</sup> Tutte le espressioni riportate sono tratte dalla traduzione del *Vorwort zur ersten Auflage del I volume del Römisches Staatsrecht* di C. MASI DORIA, *Spretum imperium*, p. 5.

<sup>162</sup> Per una più ampia analisi degli “antefatti”, per l'analisi dei contributi del Thibaut e del Buchotz, rimando a C. CASCIONE, *Consenso*, p. 53 ss.

<sup>163</sup> F. EISELE, *Zur Lehre vom Miteigentum*, in *AcP*, LXIII, 1880, p. 27 ss.

<sup>164</sup> Si mette in luce la corrispondenza nella comproprietà del diritto del console a bloccare l'atto del collega, partendo dai *libri quaestionum* di Papiniano (D. 10.3.28: *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat. sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnari poterit. sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur*). Sottolinea che i due tipi di rapporto comunque denotavano in qualche modo una qualche impraticabilità, che in un caso poteva esser risolta tramite l'*actio communi dividundo* e dall'altro si risolveva tramite il ricorso al *turnus* e alla *sors*, per la gestione della carica e per superare eventuali difficoltà.

che sono degli «schietti equivalenti»<sup>165</sup>. Ed allora tra gli esempi che apporta emerge proprio quello della comproprietà romana, che è «precisamente l'ordine della consovranità, o collegialità romana»; l'indipendenza del condominio, egli sottolinea, fa riscontro l'indipendenza del magistrato collega, il quale da solo, senza convocare o richiedere il parere del magistrato suo collega può ordinare e porre in essere qualsiasi atto in esercizio del suo potere, a meno che non vi sia opposizione del collega, impedente l'azione dell'altro. Bonfante tuona: «L'*intercessio*, il veto, è il preciso concetto del *jus prohibendi*, col quale un solo condomino paralizza l'azione di tutti gli altri»<sup>166</sup>. Egli poi precisa ancora che nella collegialità romana non si ravvisa nessun elemento collegiale intenso in senso moderno, così come non vi si poteva rintracciare nessun elemento corporativo o sociale nella costruzione antieconomica del condominio romano: tant'è che «il nome di *collegium* dato alla magistratura romana è, per il nostro spirito, per il significato odierno della parola, una contraddizione, non altrimenti che il nome di *societas* dato pure all'insieme dei condomini»<sup>167</sup>.

Qualche anno più tardi con Fadda entriamo nel vivo della diatriba, quando egli difendendo i romanisti, i quali pervasi da una tendenza che egli definisce “comune”<sup>168</sup> cercavano di «dumeggiare la scabrosa figura del condominio»<sup>169</sup>, si scaglia contro Perozzi, il quale si era pronunciato<sup>170</sup> appunto contro questa tendenza, affermando che il socio non può disporre della cosa comune senza il consenso degli altri soci, e quindi non si deve confondere questo con quel che vale per i magistrati collegiali: infatti secondo quest'ultimo «il console può far tutto sinché l'altro console non intercede; invece il proprietario non può far nulla, se gli altri soci prima non consentano»<sup>171</sup>. Fadda dopo aver scartato un altro ‘paragone’ di Mommsen<sup>172</sup>, esamina la collegialità, che pur esplicantesi per sua natura in una pluralità di persone, è propria dei magistrati intesi singolarmente<sup>173</sup>: «Vi sono due consoli, più pretori,

<sup>165</sup> P. BONFANTE, *La progressiva*, p. 3.

<sup>166</sup> P. BONFANTE, *La progressiva*, p. 6.

<sup>167</sup> P. BONFANTE, *La progressiva*, p. 6.

<sup>168</sup> C. FADDA, *Consortium, collegia, magistratuum, communitio*, *Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento*, Palermo, 1910, p. 141.

<sup>169</sup> C. FADDA, *Consortium*, p. 141.

<sup>170</sup> S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1906-1908.

<sup>171</sup> S. PEROZZI, *Istituzioni*, p. 475 nt. 1.

<sup>172</sup> Mi riferisco al raffronto tra la collegialità magistratuale con la correalità nelle obbligazioni, ove ciascuno dei *duo rei credendi vel debendi*, sono titolari del contenuto di una stessa obbligazione. Al Fadda pare che non vi sia alcuna analogia, tanto meno quella analogia completa di cui ha parlato TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, I, Leipzig 1885, p. 268 nt. 2 = *Le droit public romain*, Paris 1892, p. 306 nt. 1; nelle obbligazioni solidali attive ciascun creditore può comunque disporre del suo diritto senza riguardo alcuno all'eguale diritto degli altri creditori, che non possono impedire la disposizione se non in via preventiva; per dirla con le parole di C. FADDA, *Consortium*, p. 142: «Ossia, manca affatto quella prevalenza del divieto sul comando, che costituisce il punto centrale della collegialità magistratuale»

<sup>173</sup> Anche qui rifiuto scientemente ‘magistratura’ (Fadda, ma non solo lui, avrebbe forse scritto ‘è propria di una magistratura unica’) in luogo dell'espressione che sempre preferisco, e cioè ‘magistrato’: tuttavia, voglio precisare subito, questo non è un vezzo o una sfumatura, poiché rifugga da me, come già in parte ho cercato di chiarire, qualsivoglia tipo di sovrapposizione concettuale; credo infatti che ‘magistratura’ rechi seco un *quid* di astrazione giuridica contemporanea, mascherando intrinsecamente un sostrato vitalizzato dal concetto di persona giuridica che il diritto romano non conosceva. In quest'occasione, mi rendo conto, bistratto la lingua italiana, ma malgrado la mia debolezza per essa, la

più questori e così via, ma vi è il consolato, vi è la pretura, vi è la questura, e così di seguito»<sup>174</sup>. L'autore tramite l'ausilio di Ulpiano<sup>175</sup>, dimostra come i vari magistrati investiti contemporaneamente della carica siano in condizione di perfetta eguaglianza fra loro, spettando ad ognuno la stessa potestà. La carica è una, così come il potere di cui sono investiti, ma vi è dunque una pluralità di magistrati; «ogni podestà appartiene per intero e indeminuta a' singoli magistrati, i quali, conseguentemente, possono ciascuno da solo, agire nella plenitudine della podestà e con piena efficacia, come se non esistessero altri investiti. L'atto del singolo magistrato è atto della magistratura. Non occorre preventiva richiesta richiesta a' colleghi, né accordo con essi»<sup>176</sup>. Ma, e qui veniamo al punto, se il potere è stato affidato a ciascuno dei magistrati, e l'atto del singolo ancora non è compiuto, l'opposizione di un collega impedisce che l'atto si completi e quindi si espliciti: «le forze uguali e contrarie, come si elidono nel mondo fisico<sup>177</sup>, così conducono all'impossibilità di un atto nel mondo giuridico. Ecco come si conferma l'assunto di Mommsen, che la prevalenza del divieto sul comando è un principio di logica. Collegialità e intercessione sono termini necessariamente correlativi». Prima di passare all'esame del condominio, Fadda, si preoccupa del conflitto che questo sistema può generare; egli ricorda che furono da un lato fissate dalla consuetudine certe norme rivolte a render meno frequenti i conflitti nel regolare funzionamento del rapporto tra i magistrati, e dall'altro, a scongiurarli, v'era «il grande freno della pubblica opinione, che impediva il capriccio e l'arbitrio<sup>178</sup>».

Il rapporto fra condomini è segnato dalla prevalenza di uno solo sull'atto positivo di uno o più degli altri condomini: la proibizione è un mezzo preventivo, e non è quindi vero che il contitolare non può far nulla senza l'assenso preventivo degli altri; Papiniano<sup>179</sup> spiega che lo *ius prohibendi* non dà il diritto di annullare quanto già è stato fatto, allorché il socio che poteva opporsi non lo ha fatto. Tuona infine il Fadda: «Ogni socio può adunque agire se non è ostacolato dagli altri. Proprio come nel

---

sacrificio al diritto: nulla importa che i magistrati siano due, essi non creeranno mai un collegio perfetto, e quindi non decidendo a maggioranza, non creano l'organo, che forse allora avrebbe potuto prendere il nome di magistratura.

<sup>174</sup> E a me infatti piace parlare di consoli, di pretori, di questori, e così di seguito.

<sup>175</sup> D.50.1.25 Ulp. lib. 1 *ad Edict.*: *Magistratus municipales cum unum magistratum administrent, etiam unus hominis vicem sustinet*; D.50.16.173 Ulp. lib. 39 *ad Sab.*: *Collegiarum appellatione hi continentur, qui sunt eiusdem potestatis*.

<sup>176</sup> C. FADDA, *Consortium*, p. 143. Si deve ricordare che egli poi, portando a supporto TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, I, p. 28 ss., ricorda che quando il collega veniva a mancare, non si provvedeva alla immediata sostituzione, non inficiando la morte o l'altra causa di impossibilità, la possibilità per l'altro collega di provvedere autonomamente.

<sup>177</sup> In effetti, secondo una notissima regola al quale il mondo matematico sottostà, il conflitto tra due segni opposti genera un risultato negativo:  $+ \cdot (-) = -$ ; al contrario il conflitto di due segni confluenti genera un risultato positivo:  $+ \cdot + = +$ ;  $(-) \cdot (-) = +$ . Ora se sostituiamo ai segni le idee, possiamo logicamente affermare, che da un'unione di intenti che sono per lo stesso verso, si genera, dal conflitto, un risultato positivo.

<sup>178</sup> C. FADDA, *Consortium*, p. 144.

<sup>179</sup> D.10.3.28 Pap. 7 *quaest.*: *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat. sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividendo actionem damnnum sarciri poterit. sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur*.

caso della collegialità magistratuale»<sup>180</sup>. Comunque ricorda che sono gli atti di innovazione (*opus facere*) che devono essere preventivamente ostacolati, mentre per gli atti dispositivi non resta validato qualsiasi atto del condomino, ma in questo caso si richiede l'assenso positivo, poiché si priva gli altri del loro diritto<sup>181</sup>.

A Fadda, al quale comunque va riconosciuta quell'importante intuizione, “divinatoria”<sup>182</sup>, consistente nella reciproca posizione dei *consortes* nell'antichissimo istituto del *consortium ercto non cito*<sup>183</sup>, ribatté Perozzi ferocemente<sup>184</sup>, «escludendo l'analogia col diritto pubblico»<sup>185</sup>. Egli, sull'«elegante paragone che si trova presso gli espositori del diritto pubblico romano e del privato»<sup>186</sup> riteneva che ogni magistrato poteva liberamente agire fintantoché il collega non fosse intervenuto, mentre il condomino doveva ricercare il consenso dell'altro prima di agire. Ora, il fatto che poi lui per rimbrottare Fadda utilizzi le parole di Mommsen<sup>187</sup> fa subito saltare agli occhi un ulteriore problema di

---

<sup>180</sup> C. FADDA, *Consortium*, p. 144-145. Mi sembra interessante poi riportare il prosieguo: «La sola differenza sta in ciò che nella collegialità, trattandosi di diritto pubblico, non si può parlare di risarcimento di danni, a favore del collega, mentre nel dominio, se danno vi è stato a carico degli altri condomini, questi potranno rivalersene contro l'agente con l'*actio communi dividundo*».

<sup>181</sup> In effetti, proprio da questi tipi di atti emerge quell'antieconomicità del condominio romano, com'è d'altronde «per il nostro spirito, antipolitico e artificioso l'istituto della collegialità pubblica», C. FADDA, *Consortium*, p. 146, che poi aggiunge: «Come, dunque, spiegare questa disciplina giuridica, come rendere ragione della sua prevalenza, dato appunto il suo carattere così pericoloso? Io sono d'avviso, che la ragione debba trovarsi in ciò, che il condominio del diritto privato non è altro se non la continuazione di una collegiale podestà di carattere politico e precisamente dell'antico consorzio familiare» e a p. 150: «Certo è che il *consortium* importa una riunione che esclude ogni idea di quota e che i capi delle famiglie debbono essere stati sul piede di eguaglianza nel godimento de' beni comuni. Eguaglianza, si intende, nel senso che ciascuno prende quel che gli occorre per sé e per i suoi. In questo stato di cose, la decisione su tutto quel che era d'interesse comune doveva esser presa da tutti i capi. Ma, naturalmente l'atto posto in essere da uno di essi senza l'opposizione degli altri, che avrebbero potuto impedirlo, ha piena efficacia, La cerchia ristretta non rende facile l'agire ad insaputa di tutti. La mancanza di opposizione significa assenso. E poiché il gruppo ne' suoi primordi ha certo avuto funzione politica, come la *gens* e la *familia*, si spiega come un tale stato di cose da un canto sia passato nel governo della cosa pubblica e vi abbia creato il funzionamento della collegialità, da noi descritto, dall'altro, col cessare del carattere politico e a malgrado del posteriore principio della divisibilità, abbia dato la configurazione alla comunione ereditaria e alla comunione in genere. Dal consorzio derivano la collegialità e la comunione: i derivati hanno conservato, almeno nell'apparenza esteriore, nella formola, il principio dello *jus prohibendi* e della piena legalità dell'atto non impedito».

<sup>182</sup> Così la definisce A. BISCARDI, *La genesi della nozione di comproprietà*, in *Labeo* I (1955), p.154 ss.

<sup>183</sup> Infatti poco dopo la sua morte la scienza romanistica acquisisce i frammenti pergamenacei di Gaio provenienti da Antinoe editi dall'Arangio-Ruiz. *L'editio princeps* è *Frammenti di Gaio*, in *PSI*. XI, Firenze 1935, 1ss. nr. 1182 = V. ARANGIO-RUIZ, *Studi epigrafici e papirologici* a cura di L. Bove, Napoli 1974, 55ss., poi corretti ed emendati dallo stesso in *Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni*, in *BIDR*, XLII, 1935, p. 571 ss.

<sup>184</sup> Per comprendere il tono utilizzato basti leggere S. PEROZZI, *Un paragone in materia di comproprietà*, in *Mélanges P. F. Girard*, II, Parigi, 1912, 355-386, p. 381: «C'è da chiedersi se il Fadda abbia scritto sul serio tutto questo» ovvero le righe con cui conclude il suo lavoro rimproverando al Fadda di esser partito dal paragone tra collegialità e condominio per andar poi a ricercar il dato storico, cadendo in fallo: «Nel Fadda è palese un procedimento inverso del pensiero: egli altera per sostenere un'ipotesi di origini, un fatto storico incontestato sino a lui ed incontestabile. Parmi chiaro infatti che prima gli balenò codesta ipotesi e poi a questa adattò il fatto. Codesto è un procedimento vizioso. E il vizio va segnalato perché è molto attraente, come tutti i vizi. È tanto attraente che l'esempio del Fadda dimostra che esso può impadronirsi anche di chi sta fra i più insigni e benemeriti cultori dei nostri studi».

<sup>185</sup> Così A. GUARNERI CITATI, *L'opera scientifica di Silvio Perozzi*, Palermo 1926, p.14; l'opera mette in luce le conseguenze della dottrina di Perozzi sulla scienza giuridica (non solo romanistica).

<sup>186</sup> S. PEROZZI, *Un paragone*, p. 355.

<sup>187</sup> S. PEROZZI, *Un paragone*, p. 356-357.

impostazione, e cioè egli distingue fra la *potestas impediendi* e la *potestas intercedendi*<sup>188</sup>. Quindi prima di procedere con l'analisi del pensiero di Perozzi, debbo necessariamente render gloria a Bonfante<sup>189</sup>: «Tanto la *potestas impediendi*, quanto la *potestas intercedendi* (formule e distinzioni ignote ai Romani), sono emanazioni del *ius prohibendi*; tanto per l'una, quanto per l'altra si adoperano i termini *intercedere*, *vetare*, *fieri non pati*, e soprattutto *prohibere*. Il termine stesso riconosce a malincuore che il termine *intercedere* si usa per gli atti della prima categoria, che non sarebbero di vera intercessione, e viceversa non nega che il termine *prohibere* sia egualmente usato per quella che Mommsen chiama in senso più ristretto *intercessio*»<sup>190</sup>. E la stessa regola vale per il diritto privato<sup>191</sup>: «è sempre prima del compimento dell'atto che la *prohibitio* si deve opporre; s'intende, quando è visibile che l'atto si vuol compiere, quando è chiara l'intenzione, ché altrimenti sarebbe spesso vana iattanza e provocazione. Ma dopo il compimento dell'atto è troppo tardi»<sup>192</sup>. Questa precisazione di come debba intendersi l'esercizio dello *ius prohibendi*, mostrandone l'allontanamento di Bonfante dalla tesi di Mommsen relativa alla 'Kassation'<sup>193</sup> degli atti, che era stata sviluppata dallo studioso tedesco per ricondurre nel sistema dei magistrati, meglio ancora, nei rapporti tra essi, i tribuni della plebe, mi dona la possibilità di far risuonare in toni diversi la visione di Perozzi.

Egli infatti, se nel condominio richiede una assoluta necessità del consenso degli altri soci perché quello di uno sia legittimo, nella collegialità «nessuna necessità di un espresso o presunto consenso del collega perché l'atto del magistrato sia legittimo: questo è tale come voluto arbitrariamente da chi lo compì; il collega può soltanto annullarlo»<sup>194</sup>: l'influsso di Mommsen è lapalissiano.

<sup>188</sup> Questa teoria di Mommsen è esposta a p. 294 ss. della versione francese: TH. MOMMSEN, *Le droit public romain* I. La prima, spettante all'autorità superiore (il console contro il pretore, il tribuno contro il console) impedisce, sospende l'atto, mentre l'altra, proveniente dal magistrato pari o superiore, rescinderebbe l'atto; la prima colpisce tutti gli atti del magistrato in generale, la seconda è rivolta ai decreti emessi dal magistrato sull'appello del cittadino e contro le proposte di legge e senatoconsulti.

<sup>189</sup> P. BONFANTE, *Il «ius prohibendi» nel diritto pubblico e nel diritto privato*, in *Scritti giuridici vari*, Roma 1925, p. 136-150: Questo articolo lo si trova appunto nell'opera citata, ed è spogliato rigorosamente di tutte le frasi e le parti polemiche contro Silvio Perozzi, offerto così nella sua sola parte scientifica. Comunque è frutto di due "Postille" apparse nella *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*: una è nel vol. 10, 1912, I, p. 1040; l'altra è nel vol. 11, 1913, I, p. 564 ss. Comunque in questi contributi il Bonfante, con l'ausilio di numerosi dati storico e giuridici, critica la tesi della 'Kassation' di Mommsen.

<sup>190</sup> P. BONFANTE, *Il «ius prohibendi»*, p. 139. Aggiunge poi a p. 141: «Il concetto e le parole stesse usate nel tema escludono che l'atto, il quale è oggetto dell'*intercessio*, sia compiuto, implicano logicamente che si giunga in tempo ad impedire che si compia: *prohibere* (da *pro habere*, tenere lontano), il termine tecnico così nel diritto privato come nel diritto pubblico, e quella che sembra la formula sacramentale, *reto*, significano comandare che non si faccia».

<sup>191</sup> L'autore prende gli esempi dell'*operis novi nuntiatio*, dell'*interdetto quod vi aut clam*, della contutela, della cura gerita da più curatori, del veto del proprietario all'usufruttuario.

<sup>192</sup> P. BONFANTE, *Il «ius prohibendi»*, p. 143

<sup>193</sup> Si veda *supra*.

<sup>194</sup> S. PEROZZI, *Un paragone*, p. 358.

Posta questa diversità per quanto attiene al campo del diritto pubblico, Perozzi poi si concentra sull'altro oggetto del paragone, criticando la posizione del Fadda e di Pacchioni<sup>195</sup>, secondo i quali era sufficiente il “mezzo consenso”<sup>196</sup> dell'altro socio, e cioè la mancata opposizione.

Non posso che muovere alcune critiche al pensiero di Perozzi, poiché egli troppo chiuso nella sua visione, chiude le porte ad ogni tipo di ragionamento contrario: egli argomentando di «mancati conflitti di voleri» parla infatti di «attività dello Stato ad ogni momento giuridicamente *in suspensio*» che «avrebbe inorridito» i Romani, poiché pensa che un console, solo perché contrario, o perché assente o infermo nel momento dell'atto di comando del primo, avrebbe poi potuto con un “controcomando” cancellare l'atto del primo. Ma il conflitto non si pone proprio, e non ponendosi, l'atto di chi legittimamente lo aveva voluto è pienamente valido e destinato a rimanere fermo, perché quell'atto è condiviso con il collega; «se il collega potendo opporsi non si oppone» significa che v'è unione di intenti, non sospensione del conflitto<sup>197</sup>.

Altrettante critiche per la parte, pervasa da perifrasi a discapito di una più auspicata chiarezza per un tema così già complesso di affar suo, relativa al condominio (che peraltro è presentata in modo tale da chiudere letture congiunte tra diritto pubblico e privato<sup>198</sup>): inaccettabile mi sembra parlare di ‘conflitti di voleri’ per il rapporto di collegialità e di ‘conflitti di poteri’<sup>199</sup> per il condominio, arrivando addirittura ad escludere che «i condomini possano essere domini»<sup>200</sup>. Posto che è impensabile operare una distinzione, perché in ambedue i rapporti si crea un conflitto di voleri proprio perché alla base v'è

---

<sup>195</sup> Perozzi, a dover di cronaca, critica aspramente Pacchioni perché ravvisa una certa incoerenza, che a mio avviso non v'è, a meno che non si voglia interpretarlo forzatamente a favore della propria idea. Infatti G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano II, Le istituzioni del diritto privato*, Torino 1910, p. 254 scrive: «Come nel caso di più magistrati investiti del medesimo *imperium* era antica norma che dovesse prevalere la volontà di colui che proibiva (diritto di veto), così in materia di condominio si stabilì che bastasse la proibizione da parte di uno per rendere inammissibile qualsiasi cambiamento o miglioramento della cosa comune per rendere inammissibile qualsiasi cambiamento o miglioramento della cosa comune desiderato dai più»; viene poi ad affermare, aprendo così alla interpretazione forzata del Perozzi: «Si ammise che dovessero venire rispettate le innovazioni o modificazioni apportate alla cosa comune da singoli condomini senza l'unanime consenso degli altri, quando risultasse che erano avvenute nell'interesse della comunione». Ora il Perozzi in nt. 1 di p. 359 di S. PEROZZI, *Un paragone*, mette in risalto l'espressione “senza l'unanime consenso”: dove intende però che questo consenso dovesse essere esplicito e non potesse consistere nella sola mancanza di proibizione?

<sup>196</sup> Questa espressione, propria della visione di Fadda, è utilizzata da Pacchioni in G. PACCHIONI, *Il jus prohibendi del condomino in due recenti pubblicazioni*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, X, Padova, 1912, p. 1032. Peraltro è utilizzata nell'opera più volte citata: C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso*.

<sup>197</sup> Tutte le espressioni riportate in questo periodo si trovano in S. PEROZZI, *Un paragone*, p. 372-373.

<sup>198</sup> «La magistratura è una cosa, la proprietà è un'altra; si troverà che la logica è tutt'altro che volere che il condominio fosse regolato nella sua esplicazione come la collegialità»: così S. PEROZZI, *Un paragone*, p. 371.

<sup>199</sup> S. PEROZZI, *Un paragone*, p. 373: Nel condominio i Romani crearono «non la ‘possibilità’ di un mero conflitto di ‘voleri’ ugualmente legittimi scaturenti da poteri paralleli, che è la possibilità inerente alla collegialità, ma il ‘fatto’ di un conflitto di ‘poteri’, tale per cui si verificava, a tenore di legge, una reciproca esclusione dei soci dalla cosa. Questo conflitto recava però in sé la sua possibile soluzione. I soci che come proprietari si escludevano reciprocamente dalla cosa, potevano anche come proprietari reciprocamente concedersi d'intervenire nella cosa. Il consenso di tutti gli altri all'atto dell'uno rendeva legittimo l'atto, che compiuto arbitrariamente sarebbe stato illegittimo. Così, mentre nella collegialità il conflitto nasce dal volere, sta nell'ambito di questo e non può essere tolto che cedendo l'un volere all'altro; nel condominio nasce dal potere ed è tolto dal volere. E dove il volere non lo dirima, non resta che sopprimere colla divisione la causa del conflitto, cioè il potere»

<sup>200</sup> S. PEROZZI, *Un paragone*, p. 373.

un conflitto di poteri *-rectius*: si crea un conflitto di poteri perché i voleri non sono unanimi-, non mi spiego come sia possibile parlare di una reciproca esclusione dei soci sulla cosa, dato che hanno pari potere.

Il conflitto risiede proprio nel volere, nel consenso che si esprime mediante il mancato esercizio dello *ius prohibendi*, e ha senso ermetico, se non proprio inesatto, parlare di potere di controcomando «fuori dalla logica del consenso» nel contrasto tra due atti legittimi d'impero per esprimere l'idea - criticata- della possibilità di annullamento dell'atto del collega tramite l'*intercessio*, rimettendo invece alle «norme generali sul consenso» il rapporto di condominio. Se è vero che il condomino «può utilmente consentire all'atto prima che avvenga», che «può proibire prima che avvenga» che «il console che consente prima dell'atto del collega non fa nulla: egli non rende legittimo l'atto, che è legittimo come espressione della volontà dell'agente»<sup>201</sup> mi si spieghi però come possa concepirsi che «il console che dissente prima dell'atto non fa nulla»<sup>202</sup>. Avendo precisato quale teoria sull'*intercessio* sposa il Perozzi, mi risulta però ancora oscuro comprendere perché un magistrato che è in disaccordo, che quindi dissente (se proprio non si vuol parlare di *ius prohibendi*), dovrebbe prima negare il suo consenso, o peggio ancora astenersi dal manifestarlo, financo per pigrizia, e dopo, solo ad atto compiuto, esercitare il suo potere negativo.

Infine non resta da dire per Perozzi, del suo pensiero e della sua critica quindi a Fadda, circa la differenza tra atti innovativi e dispositivi, anzi, per dirla alla sua maniera, tra “atti che tengono fermo” e “che non tengono fermo”<sup>203</sup> il condominio.

Infatti egli crede che i Romani non abbiano mai pensato a questa suddivisione, aprendo solo alla distinzione tra atti di disposizione materiale della cosa e atti di disposizione giuridica della cosa: orbene, mi sembra però che aprendo al mancato dissenso dell'altra parte per quegli atti di disposizione materiale della cosa che tengono fermo il dominio le visioni si avvicinino oltremodo<sup>204</sup>.

A favore della tesi della non opposizione come accettazione del fatto per la competenza ad introdurre una qualsiasi modificazione materiale nella cosa comune tenendo fermo il condominio, contribuì poi un estimatore<sup>205</sup> di Bonfante, e cioè Giovanni Pacchioni, che era stato comunque criticato

---

<sup>201</sup> È chiaro che si guarda all'aspetto formale e non sostanziale, perché se così non fosse dovrei anche precisare che il console che consente prima dell'atto del collega in realtà esprime un consenso che giustifica, che apre alla possibilità che si arrivi ad un atto legittimo (perché non intervenuta l'*intercessio*).

<sup>202</sup> Le espressioni riportate si trovano in S. PEROZZI, *Un paragone*, p. 375, anche in nt. 1.

<sup>203</sup> S. PEROZZI, *Un paragone*, pp. 382-383.

<sup>204</sup> Questo il pensiero di S. PEROZZI, *Un paragone*, p. 384.

<sup>205</sup> C. CASCIONE, *Consenso*, p. 69, nt. 128: «Si può affermare che lo riconoscesse, insieme con Vittorio Scialoja, suo maestro (anche se in senso strettamente 'scolastico' non fu allievo diretto di nessuno dei due)». Sulla figura del Pacchioni: C. GRASSETTI, *Giovanni Pacchioni*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XLV, 1947, I p. 1 ss.

da Perozzi<sup>206</sup>, il quale oltre a pronunziarsi anch'egli sull'analogia tra collegialità e condominio<sup>207</sup> affermò: «se, come il Perozzi sostiene, la regola fosse stata che nessuno dei *condomini* può fare alcunché se non ha precedentemente ottenuto il positivo espresso consenso di tutti gli altri, non vi sarebbe stato certo il bisogno di riconoscere ad ogni condomino un *jus prohibendi*. Se fosse stato sufficiente astenersi dal consentire, per togliere ogni valore al fatto del condomino, a nessun giurista avrebbe potuto passare per il capo di dire che ognuno può renderlo nullo proibendo»<sup>208</sup>.

Con la dipartita dei grandi maestri “significativamente collettiva”<sup>209</sup>, quell'analogia tanto dibattuta, generatrice di così sapienti conflitti scientifici, andò via via spegnendosi.

Per quel che si è detto successivamente, si devono ricordare gli interventi di Emilio Arbertario<sup>210</sup>, i quali però si concentrarono più che altro sul confronto tra le intuizioni di Bonfante, ma anche di Fadda<sup>211</sup>, con i ritrovamenti del Gaio egiziano che mostrarono il funzionamento del *consortium*, che trovarono però anche fermi critici come esemplarmente Solazzi<sup>212</sup>.

L'ultima significativa traccia di questa appassionante *contentio* non è che quella lasciataci da Frezza<sup>213</sup>, il quale facendo leva sulla distinzione tra funzione e struttura degli istituti<sup>214</sup>, contribuisce alla visione di una impropria assimilazione tra l'*intercessione* tra colleghi e la teoria della ‘Kassation’ di Mommsen e quindi tra i tribuni e i magistrati.

Egli, interrogandosi sull'elegante paragone tra condominio e collegialità, crede che vi sia «il conferimento di una identica potestà (di diritto pubblico o privato) ad una pluralità di titolari»<sup>215</sup>, discendendone quindi una situazione di perfetta parità di poteri dei più titolari tra loro: da questa parità derivano due opposti principi segnanti i limiti entro i quali è contenuto ogni legittimo regolamento delle attività dei contitolari. Questi principi «possono essere enunciati come segue: Ciascuno dei colleghi da solo può compiere validamente ogni atto di competenza del collegio (salva la possibile *prohibitio*); tutti i

---

<sup>206</sup> Si veda *supra* nt. 196.

<sup>207</sup> G. PACCHIONI, *Il jus prohibendi*, p. 1032: «la posizione giuridica del condomino, osserva il Fadda, corrisponde a quella del magistrato collegiale, e come è fuor di dubbio che ogni singolo magistrato collegiale può agire entro i limiti dei suoi poteri, finché non sia stato prevenuto dalla *intercessio* del collega, così anche può ogni condomino compiere sulla cosa in condominio tutti gli atti che gli sembrano utili finché non sia stato prevenuto dal divieto degli altri».

<sup>208</sup> G. PACCHIONI, *Il jus prohibendi*, p. 1037.

<sup>209</sup> Così C. CASCIONE, *Consenso*, p. 91.

<sup>210</sup> E. ALBERTARIO, *I nuovi frammenti di Gaio (PSI XI. 1182)*, in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia 1934, 515 ss = E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano V, Storia, metodologia, esegesi*, Milano 1937, p. 463 ss.

<sup>211</sup> Così C. CASCIONE, *Consenso*, p. 96: «Ma se la divinazione, relativamente alla costituzione del *consortium* risale, nella sua piena organizzazione dommatica, a Carlo Fadda, Bonfante ebbe un ruolo relevantissimo proprio per le intuizioni e le scelte metodologiche».

<sup>212</sup> S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio. Seconda puntata*, in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia 1934, p. 444 ss = S. SOLAZZI, *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli 1972, 397 ss.

<sup>213</sup> Per il suo pensiero sul tema si vedano principalmente: P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, (terza ed.) Roma 1974, p. 82 ss.; nonché P. FREZZA, *L'istituzione della collegialità in diritto romano*, in *Studi in onore di Siro Solazzi: nel cinquantesimo anno del suo insegnamento universitario*, 1899-1948, Napoli 1948, p. 507-541.

<sup>214</sup> Su questa distinzione si veda esemplarmente F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova 1939, p. 71 ss.

<sup>215</sup> P. FREZZA, *L'istituzione della collegialità*, p. 539.

collegi devono operare congiuntamente per compiere validamente ogni atto di competenza del collegio»<sup>216</sup>. A parte queste conferme, l'opera presenta, in chiusura una mirabile provocazione, che mi sembra cogliere quell'aspetto che fino a questo punto non era stato mai toccato, e sul quale necessariamente insisterò dopo aver confrontato le soluzioni che il diritto romano offriva per la risoluzione dei conflitti: Frezza, se pur in maniera molto concisa, confronta la collegialità con il principio di maggioranza. Egli infatti, dopo aver chiarito quanto remota fosse nel tempo l'origine della collegialità romana, considera il principio di maggioranza (che lo ricorda concentrandosi solo sul voto dell'assemblea popolare e senatoria) «almeno tanto antico quanto l'ordinamento repubblicano»; quindi il fatto che la potestà dei magistrati e dei sacerdoti e le potestà di diritto privato analizzate risultino disciplinate indipendentemente dal principio di maggioranza gli consente di concludere<sup>217</sup> che «il regolamento della collegialità era già un 'corpo giuridico' (nel significato jheringhiano del termine) prima che il principio di maggioranza fosse praticato in Roma, ossia certamente prima dell'età repubblicana»<sup>218</sup>.

Da quanto esaminato mi sembra chiaro che l'interessantissima diatriba sia ruotata intorno a due conflitti; la ragione per la quale questi sono stati accomunati è lampante: il fatto che lo *ius prohibendi* prestasse ausilio in ambedue i casi è chiaro segno che le analogie emergono laddove le soluzioni al conflitto siano le medesime.

---

<sup>216</sup> P. FREZZA, *L'istituzione della collegialità*, p. 539.

<sup>217</sup> In realtà egli conclude con un esempio di supporto a quanto affermato nel periodo precedente che non posso permettermi di trascurare: «Una caratteristica riprova della forza del principio di collegialità nel campo del diritto magistratuale può trovarsi, se non erro, nel rilievo fatto dal Mommsen che solamente di fatto si è affermata, nel funzionamento del tribunato della plebe, la forza del parere concorde della maggior parte dei tribuni». L'osservazione del Mommsen sulla trasformazione funzionale del principio di collegialità in quello di maggioranza, nell'esercizio pratico dell'*intercessio tribunicia* è in: TH. MOMMSEN, *Le droit public romain* I, pp. 326-327

<sup>218</sup> Ora sebbene io rifiuti quell'astrazione che scalpita nella locuzione 'corpo' credo proprio che la collegialità trovi la sua vera alternativa proprio nel principio di maggioranza, ma non perché questi siano interscambiabili, ma perché la maggioranza non assicura una soluzione quando un gruppo dovendo decidere è formato da un numero di componenti pari; non a caso possiamo leggere in D.50.16.85 (Marcell. 1 *dig.*): *Neratius priscus tres facere existimat "collegium", et hoc magis sequendum est.*



## II

### RICERCA DI 'CONFLITTI'

#### NELLO *IUS PUBLICUM* E NELLO *IUS PRIVATUM*

### 1. Indirizzi della ricerca verso una sistematicità giuridico-religiosa

Avendo chiarito nel capitolo precedente cosa debba intendersi per 'conflitto'<sup>1</sup>, è opportuno ora fissare alcuni principi direttivi al fine di chiarire l'indirizzo metodologico della ricerca, con l'ovvio fine di evidenziare le motivazioni per le quali saranno esaminati soltanto determinati casi di situazioni giuridiche conflittuali, tra poteri (*ius publicum*) e/o tra diritti (*ius privatum*)<sup>2</sup>.

La difficoltà infatti risiede nella elementare asserzione che apparentemente qualsivoglia situazione giuridica può generare conflitto, e nel campo del diritto privato, allorquando due sfere di interessi diversi entrino in contatto, e nel campo del diritto pubblico, ogniqualvolta l'esercizio del potere preveda la partecipazione di due o più persone. Da qui la necessità di operare subito un chiarimento: ciò che a me interessa non è tanto la collisione tra due diversi centri di imputazione di interessi, diritti, poteri, poiché di tal guisa l'indagine abbraccerebbe per esempio tutti i negozi giuridici plurilaterali (per la posizione di studio dello *ius privatum*) nonché ogni momento giuridico del diritto pubblico romano (che, a parte per il fondamento del potere che risiede sempre nel solo *populus*, vede spesso la compartecipazione di più persone nell'esercizio del potere stesso, financo nel *regnum* e nel *dominato*), ma focalizzare l'attenzione sul momento decisionale, e cioè nel momento in cui, pena la crisi del sistema, la soluzione giuridica va in ogni caso escogitata.

Il momento decisionale è quindi il dato da cui si deve partire per molteplici ragioni. La più ovvia, e in parte già delineata, è quella della selezione dei casi meritevoli di indagine, in un'ottica

---

<sup>1</sup> Vedasi in particolare la nota 1 del primo capitolo, ove viene offerta un'ampia panoramica (riassuntiva di diverse voci enciclopediche) delle varie accezioni giuridiche con le quali il termine 'conflitto' può essere utilizzato.

<sup>2</sup> Sul rapporto tra *ius publicum* e *ius privatum* vedasi il recente F. VALLOCCHIA, *Qualche riflessione su publicum-privatum in diritto romano*, in *RISG* 7 (2016), p. 415-428.

molto semplice di semplificazione nell'individuazione del problema giuridico: analizzare il momento esatto dello 'scontro' tra diritti e/o poteri rifugge ogni tipo di confusione logico-concettuale in cui facilmente può inciamparsi nello scrutinio selettivo. Da questo se ne deduce facilmente che laddove non emerga una situazione di paralisi, o non possa soltanto paventarsi una crisi a livello di esercizio del diritto o del potere, non siamo di fronte ad un conflitto, ma soltanto a mere problematicità di sola gestione degli stessi.

La seconda motivazione, conseguente necessariamente alla prima, consta invece nella semplice osservazione della soluzione offerta dal sistema al problema giuridico, che deve di certo coniugarsi con il logico sistema giuridico (-religioso) che ha portato alla conflittualità: invero, come si vedrà, è lo stesso sistema che ha mirato alla creazione di determinate situazioni di contitolarità tra diritti e poteri, vuoi perché sia lo *ius civile* a non trovare altra soluzione che la comproprietà con il *consortium ercto non cito* o perché *exactis regibus*<sup>3</sup> il *populus Romanus* ha preteso che il potere non fosse più affidato alle mani di uno soltanto, ma che venisse, per mezzo dell'inscindibilità dell'*imperium*, affidato per mezzo della sua *potestas*, a persone che lo detenevano in maniera eguale, e, in un certo senso, 'insieme'. Orbene non vedo come possa pensarsi che il diritto quiritario, scegliendo l'istituto della comproprietà, non avesse pensato a logiche e necessarie problematicità nel momento del compimento di atti dispositivi del patrimonio, o che il popolo, cacciati i re, non avesse minimamente pensato alle varie e naturali conseguenze del fatto che ad una sola persona ora ne venivano sostituite due, alle quali erano rimesse gli stessi gravi e fondamentali compiti che prima erano compiuti per il volere di uno solo. Il fatto che siano stati infatti scelti determinati istituti o determinate soluzioni costituzionali è emblematico, a guardar bene, proprio della volontà finale perseguita: invero sia nel *consortium* che nella collegialità magistratuale non sono tanto gli istituti creati a costituire l'obiettivo primario conseguito, ma la soluzione stessa per l'esercizio del potere. È proprio il risultato finale dell'unanimità richiesta per l'atto dispositivo o per il compimento dell'atto del singolo magistrato (che si concretizza nel mancato esercizio dello *ius prohibendi*) a fungere da obiettivo, non tanto il complesso quadro giuridico che si pone come premessa o come corollario agli istituti: ciò che interessa, in buona sostanza, è chi vi sia accordo tra chi viene a trovarsi in una situazione di parità (di diritto e/o potere) con un altro.

La terza motivazione è invece frutto essa stessa di una scelta metodologica, scaturente come corollario dalla seconda, nella misura in cui, posta la volontà intrinseca di raggiungere una soluzione che rifletta essa stessa il nodo della problematicità, è chiaro che analizzare e studiare prima la soluzione escogitata dal diritto romano dà la possibilità di studiare sotto una prospettiva 'rovesciata' i singoli

---

<sup>3</sup> Il riferimento è ovviamente a Pomp. *l.s. enchir.* D. 1.2.2.3.: *Exactis deinde regibus lege tribunicia omnes leges hae exoleverunt iterumque coepit populus romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem, idque prope viginti annis passus est.*

istituti, rispondendo dapprima quindi alla pragmaticità per poi andare a scandagliare appieno il quadro giuridico a cui la soluzione si offriva.

La quarta motivazione è invece funzionale al quadro generale su cui innesta il presente lavoro: partire dalle soluzioni infatti offre la semplice possibilità di operare in maniera immediata un confronto tra i vari istituti oggetto di indagine; come è facile intuire questo porta a due conseguenze. Confrontare i singoli istituti, o latamente, le varie situazioni giuridiche conflittuali nel senso sopra descritto, a partire dalla comunanza della soluzione offerta dal sistema, offre lo spunto per ricercare anche punti di contatto o somiglianze tra i diversi ‘problemi’ giuridici; è evidente infatti che se la soluzione è la medesima, sia pur applicata a contesti e conflitti apparentemente lontani, qualcosa che li accomuna c’è, sia pure la sola impossibilità di raggiungerne una diversa: già questo è un risultato notevole, poiché dimostra che non vi sia la possibilità di pervenire ad una soluzione che si atteggi come meccanismo decisionale, ed ecco infatti la *sortitio* che si atteggia come *extrema ratio* proprio nel caso in cui non v’è la possibilità di dirimere il conflitto altrimenti. Di tal guisa risultano così pervenire ad oggetto di indagine di raffronto istituti lontanissimi anche tra le due diverse posizioni di studio<sup>4</sup> come la scelta del *iudex unus* o dei *recuperatores* e la nomina delle *virgines Vestales*, o anche nella stessa posizione di studio (*ius publicum*) come esemplarmente l’estrazione della *centuria praerogativa* e l’*adsignatio provinciarum*, l’estrazione dei componenti del collegio giudicante nelle *quaestiones* e l’estrazione delle diciassette tribù che componessero la *minor pars populi* nel complesso procedimento<sup>5</sup> di ‘scelta’ dei sacerdoti da parte del popolo. La seconda conseguenza offre ancora una volta la possibilità, come chiarito nel primo capitolo, di andare a dimostrare come *ius publicum* e *ius privatum* altro non siano che solo e soltanto due diverse e semplici posizioni di studio: l’affermazione ulpiana<sup>6</sup> sarà suffragata proprio dai risultati stessi operati sul campo del confronto tra istituti apparentemente lontani, ma accomunati dalla soluzione, e quindi sicuramente da un conflitto –a questo punto- confrontabile.

Chiarito dunque il primo indirizzo seguito nella prospettiva di ricerca, che permette di andare a selezionare i casi in cui i conflitti risultano emergere in maniera netta, vero è che non si può prescindere dall’andare ad incasellare i dati giuridici oggetto di indagine in una sistematica che sia la più lineare possibile, con l’ausilio di celeberrime definizioni o ‘ripartizioni’, onde permettere sempre un rapido confronto tra i ‘casi’ studiati<sup>7</sup>. Proprio sulla scorta di questo non si può però non notare che anche tra le varie ‘sistemizzazioni’ emergono talvolta conflitti da dirimere, in questo caso con il solo ausilio della

---

<sup>4</sup> Ulp. D. 1.1.1.2: *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.*

<sup>5</sup> Illustrato, per tutti, da F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali ed assemblee popolari nella repubblica romana*, Torino 2008.

<sup>6</sup> Vedi *supra*, nota 3.

<sup>7</sup> Il riferimento è alla ‘tabella casistica’ nella quale vengono riportati i casi scelti denotanti situazioni conflittuali emergenti da situazioni di contitolarità di diritti e/o poteri, distinta in due macrosezioni (*ius publicum* e *ius privatum*, ed articolata poi in varie sottocategorie): vedasi *infra*, §1 del capitolo 3.

scienza interpretativa alla quale, naturalmente, sarò costretto ripetutamente ad affidarmi. E poiché cercare di dare un quadro sistematico alla ricerca risulta comunque aprire a numerose interpretazioni, talvolta –per l'appunto- confliggenti, l'indirizzo logico da seguire esige punti fermi da seguire come 'a priori' di kantiana memoria: per lo *ius publicum* la strada è già tracciata (in parte) dalla tripartizione ulpiana:

Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1.2: *Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit.*

Per lo *ius privatum* invece mi affido a Gaio:

Gai. 1.8: *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.*

Se questa risulta essere la prima *divisio* sulla quale innesterò la ricerca prima, e collocherò i risultati della ricerca poi, nel senso che i 'casi' ricercati saranno collocati sotto queste prime categorie, un'ulteriore sistematizzazione sarà da me operata in sottocategorie, le quali rispondenti sempre alla logica di un compiuto raffronto sistematico, permetteranno di studiare determinati aspetti dell'una e dell'altra delle due diverse posizioni di studio, secondo un filo logico coerente ben preciso.

Purtroppo, nel contesto e nell'ottica della sistematizzazione alcune scelte, come dicevo, vanno operate: non volendo aprire ad ulteriori (ma naturali) conflitti, credo che per lo *ius publicum*, il quadro sia molto più complesso rispetto al diritto che concerne l'utilità dei singoli<sup>8</sup>. Infatti la tripartizione ulpiana, fotografa lo *status rei Romanae* nel momento -oserei dire- finale, e cioè nel momento dell'esercizio del potere 'civile' (*magistratus*) o dell'amministrazione o cura della sfera religiosa (*sacerdotes, sacra*). Si pone quindi uno spinoso problema sistematico, che riflette un bisogno di una più ampia -o meglio ancora profonda- indagine: risulta infatti complesso andare ad operare scelte nel momento in cui si incontrano determinati aspetti giuridici che coinvolgono due o financo tutti e tre gli elementi posti alla base della tripartizione ulpiana. Ma v'è di più: quanto detto giustifica ancora di più la necessità della ricerca di un'ulteriore base giuridica sulla quale fondare poi ulteriori sistematizzazioni, ma di certo forzature si palesano naturalmente ed inevitabilmente se l'obiettivo dichiarato è quello di ricercare casi conflittuali nel momento della gestione o dell'esercizio del potere per tutta la storia dello *ius publicum*; con ciò non voglio dire che la ricerca si ponga orizzonti e/o limiti temporali d'indagine scientifica -ma questo presenta comunque ulteriori sforzi di sistematizzazioni logico-concettuali- ma puntualizzo che

---

<sup>8</sup> Considerando comunque che anche per il diritto pubblico «c'è subito da osservare che prevale l'aspetto personale, nella sua concretezza: gli individui, i sacerdoti, i magistrati»: F. VALLOCCHIA, *Qualche riflessione*, cit., p. 420.

determinate scelte saranno naturalmente il frutto di propri convincimenti che<sup>9</sup>, come di volta in volta dimostrato, vedono il *populus* al centro del sistema costituzionale romano<sup>10</sup>.

Per quanto possa apparire estemporaneo, tale indirizzo è fondamentale nella mia logica di sistematizzazione: di tal guisa ecco che -esemplarmente- conflitti appartenenti al campo della *lex*<sup>11</sup> potrebbero essere ricondotti sotto la categoria *magistratus* (data non solo la derivazione degli stessi dal popolo<sup>12</sup>, ma data anche la partecipazione del magistrato al procedimento comiziale) sì come per i *plebiscita*<sup>13</sup> (poiché la plebe altro non è che una parte del popolo<sup>14</sup>); ecco quindi che i *senatusconsulta* (e in generale questioni attinenti al senato) potrebbero essere ricondotti sotto la medesima categoria, poiché i senatori non sono altro che ex magistrati (e comunque, come poi ampiamente spiegato con questi ‘interagiscono’) con una derivazione popolare quindi che possiamo definire ‘indiretta’; ecco quindi che i *foedera*<sup>15</sup> potrebbero essere ricondotti sotto la categoria *sacerdotes* perché vede come protagonisti i *fetiales*.

Bene, se questo indirizzo potrebbe di certo assurgere a criterio direttivo, la logica di sistematizzazione cui ritengo di dover perseguire per tener fede a quanto sopradetto non sarebbe di certo raggiunta: confusioni concettuali logiche di tipo giuridico-religioso inficerebbero il sistema: la *lex*, comando del popolo, non può essere ‘declassata’ nella categoria dei *magistratus* poiché allora sconfesserei uno dei cardini della costituzione della *libera res publica* e cioè la partecipazione diretta popolare all’approvazione delle delibere, aprendo a possibili (e grossolane) confusioni concettuali e storiche, sorte «dans le bois<sup>16</sup>»; assimilare senato e magistrati porterebbe a sconfessare una logica di ‘confusione’ del potere cara al sistema costituzionale romano in una precisa logica di equilibrio tra

---

<sup>9</sup> Per ora basti evidenziare che considero come punto fermo Cic. *rep.* 1.25.39: *Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus.*

<sup>10</sup> Financo nel principato, considerandolo come “un’autocrazia temperata da una rivoluzione giuridica permanente”: espressione propria di T. MOMMSEN: «eine durch die rechtlich als permanent anerkannte Revolution temperirte Autokratie» in *Römisches Staatsrecht*, II 2, I edizione, Berlin 1875, p. 1034; «Der römische Principat ist nicht bloss praktisch, sondern auch theoretisch eine durch die rechtlich permanente Revolution temperirte Autokratie» in *Römisches Staatsrecht*, II 2, II edizione, Berlino 1887, p. 1133. Sul tema vedasi P. CATALANO, *Divisione del potere e potere popolare*, in *Ius Antiquum*, 1 (1996), p. 19 ss.

<sup>11</sup> Liv. 7.17.10-12: *In secundo interregno orta contentio est, quod duo patricii consules creabantur, intercedentibusque tribunis interrex Fabius aiebat in duodecim tabulis legem esse ut, quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset; iussum populi et suffragia esse; Gai. 1.3: Lex est quod populus iubet atque constituit.* Sul tema vedasi, per tutti, F. VALLOCCHIA, Voce ‘Legge (Concetti e sistema)’, in *Enciclopedia della bioetica e scienza giuridica*, 7 (2014), pp.876-888.

<sup>12</sup> Cic. *leg. agr.* 2.7.17: *omnes potestates, imperia, curationes ab universo populo Romano proficisci convenit.*

<sup>13</sup> Gai. 1.3: *Plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit. Plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis et patriciis; plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur; unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent: Itaque eo modo legibus exaequata sunt*

<sup>14</sup> Gell. 10.20.5: *‘plebem’ autem Capito in eadem definitione seorsum a populo divisit, quoniam in populo omnis pars civitatis omnesque eius ordines contineantur, ‘plebes’ vero ea dicatur, in qua gentes civium patriciae non insunt*

<sup>15</sup> Per gli aspetti religiosi attinenti alla procedura di conclusione del *foedus* si veda A. MASI, voce “*Foedus*”, in *NNDI*, Torino 1961, p. 421.

<sup>16</sup> MONTESQUIEU, *De l’Esprit des lois*, 11,6, Ginevra 1748 (= *Lo spirito delle leggi*, traduzione di B. BOFFITO SERRA, Milano 1967: «Se si leggerà la mirabile opera di Tacito sul costume dei Germani, si vedrà che gli Inglesi hanno tratto da quelli l’idea del loro governo politico. Questo bel sistema è stato trovato nei boschi».

poteri<sup>17</sup>; trattare del ruolo dei *fetiales* nell'esplicazione dei loro compiti attinenti alla stipulazioni di trattati e al procedimento giuridico-religioso della dichiarazione di guerra solo dal punto di vista sacerdotale aprirebbe ad una banale semplificazione della complessa materia del 'diritto internazionale romano' (se non del più ampio rapporto tra *ius* e *fas*), dimenticando per esempio, anche le interazioni e il coinvolgimento del senato<sup>18</sup>, e quindi poi del popolo, in questi momenti giuridici così fondamentali.

Poste queste premesse, considerato che «per ciò che concerne i caratteri definitivi del pubblico, il concetto di fonte rimane sullo sfondo; non è fatto emergere chiaramente dal giurista severiano che, per teorizzare la base del (diritto) pubblico, ad esso 'preferisce' il concetto di struttura (-organizzazione)»<sup>19</sup>, per lo *ius publicum* è quindi oltremodo opportuno utilizzare a supporto classificativo ai fini quindi di una più puntuale e precisa sistematicità un'ulteriore partizione, che bada questa volta al momento produttivo del *populus Romanus*:

Cic. *part.* 130: *Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud: publicum lex, senatusconsultum, foedus, privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio.*

Per mezzo di questa fonte è possibile fornire una sistematica più accurata, che rifugga da sovrapposizioni concettuali poiché consente di ridurre (ma mai eliminare) forzature classificative e logico-giuridiche: ecco quindi che la *lex*, i *senatusconsulta* e i *foedera* vengono a prendere il loro naturale incasellamento, considerando soltanto gli esempi sopra riportati, ma sicuramente emblematici.

Questo ulteriore ausilio non deve però far pensare che di tal guisa lo studio (e la ricerca) delle varie situazioni conflittuali non trovi ostacoli, anche a livello della classificazione e spartizione generale facente capo ad Ulpiano. Come accennavo, infatti, ben possono emergere casi conflittuali in cui si presenti un imbarazzo di classificazione: bene, che ciò accada, è una viva conferma dell'atteggiarsi del

---

<sup>17</sup> Polibio, *Storie*, VI 11, 11-12: «Erano dunque tre gli elementi dominanti nella costituzione, che ho tutti citati in precedenza, ogni cosa in particolare era stata disposta e veniva regolata per mezzo loro in modo così equo e opportuno che nessuno, nemmeno tra i nativi, avrebbe potuto dire con sicurezza se il sistema fosse aristocratico, democratico o monarchico. Ed era naturale che la pensassero così. A fissare lo sguardo sull'autorità dei consoli, infatti esso ci sarebbe apparso senz'altro monarchico e regale; a fissarlo su quella del senato, invece, aristocratico; se invece uno avesse considerato l'autorità del popolo, sarebbe sembrato chiaramente democratico». Traduzione di J. THORNTON, *La costituzione mista in Polibio in Governo Misto:ricostruzione di un'idea*, a cura di F. DOMENICO, Napoli 2011. Sul tema vedasi N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino 1976; N. BOBBIO, Voce ' *Governo misto nel dizionario di politica* ', a cura di N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, Torino 1990; M. BOVERO, *Contro la democrazia dei peggiori. una grammatica della democrazia*, Roma-Bari 2000; P. CATALANO, *Il principio democratico in roma*, in *SDHI*, 28, Roma 1962. L. CEDRONI, *Democrazia in nuce, il governo misto da Platone a Bobbio*, Milano 2011. P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*, Torino, 1987. P. CERAMI, *Costituzione e interpretazione dei principi costituzionali nel sistema istituzionale della libera res publica*, in *Tradizione romanistica e costituzione*, diretto da L. LABRUNA; a cura di M. BACCARI e C. CASCIONE Napoli, 2006. U. CERRONI, *Il pensiero politico, dalle origini ai giorni nostri*, Roma, 1966. G. DE SANCTIS, *Essenza e caratteri di un'antica democrazia*, in *Quaderni di Roma I*, Roma 1947. M. MICELI, ' *Governo misto* ', *quartum genus rei publicae e separazione dei poteri*, in *Tradizione romanistica e costituzione*, diretto da L. LABRUNA; a cura di M. BACCARI e C. CASCIONE, Napoli 2006; D. MUSTI, *Polibio e l'imperialismo romano*, Napoli 1978.

<sup>18</sup> Sul tema per tutti G. TURELLI, *"Audi Iuppiter": il collegio dei fetiales nell'esperienza giuridica romana*, Milano 2011.

<sup>19</sup> F. VALLOCCHIA, *Qualche riflessione*, cit., p. 421.

sistema romano come sistema giuridico-religioso. Quando infatti vengono prese in analisi questioni attinenti al campo della *lex*<sup>20</sup> non può di certo dimenticarsi che il procedimento comiziale era fondato su un preciso procedimento augurale, financo nel momento del suo svolgimento<sup>21</sup>; non può tralasciarsi (è infatti oggetto di compiuta indagine) come la stessa gerarchia tra magistrati maggiori e minori si basi proprio su elementi religiosi, gli *auspicia* (*maiora* e *minora*) come ricorda Aulo Gellio riportando quanto scritto da Messala:

Gell. 13.15.2-7: *Quaeri igitur solet, qui sint magistratus minores. Super hac re meis verbis nil opus fuit, quoniam liber M. Messalae auguris de auspiciis primus, cum hoc scriberemus, forte adfuit. Propterea ex eo libro verba ipsius Messalae subscripsimus. "Patriciorum auspicia in duas sunt divisa potestates. Maxima sunt consulum, praetorum, censorum. Neque tamen eorum omnium inter se eadem aut eiusdem potestatis, ideo quod conlegae non sunt censorum consulum aut praetorum, praetores consulum sunt. Ideo neque consules aut praetores censoribus neque censores consulibus aut praetoribus turbant aut retinent auspicia; at censores inter se, rursus praetores consulesque inter se et vitiant et obtinent. Praetor, etsi conlega consulis est, neque praetorem neque consulem iure rogare potest, ut quidem nos a superioribus accepimus aut ante haec tempora servatum est et ut in commentario tertio decimo C. Tuditani patet, quia imperium minus praetor, maius habet consul, et a minore imperio maius aut maior a minore conlega rogari iure non potest. Nos his temporibus praetore praetores creante veterum auctoritatem sumus secuti neque his comitiis in auspicio fuimus. Censores aequae non eodem rogantur auspicio atque consules et praetores. Reliquorum magistratuum minora sunt auspicia. Ideo illi "minores", hi "maiores" magistratus appellantur. Minoribus creatis magistratibus tributis comitiis magistratus, sed iustus curiata datur lege; maiores centuriatis comitiis fiunt". Ex his omnibus verbis Messalae manifestum fit, et qui sint magistratus minores et quamobrem minores appellantur. Sed et conlegam esse praetorem consuli docet, quod eodem auspicio creantur. Maiora autem dicuntur auspicia habere, quia eorum auspicia magis rata sunt quam aliorum.*

Emerge quindi in modo lapalissiano come un criterio posto alla base del funzionamento della *civitas* ponga le fondamenta in una sicura e certa base religiosa: ma questo non significa di certo che non si possono analizzare e studiare i meccanismi decisionali tra magistrati sotto la sola prospettiva delle esplicazioni dell'esercizio del potere: il dato religioso accompagna sempre però il momento dell'esercizio dell'*intercessio* o dello *ius prohibendi* proprio perché su di esso si fonda.

Il discorso ancor più si complica quando entrano in contatto, anzi in conflitto, elementi religiosi completamente differenti, e si complica ancor di più quando questi 'scontri' hanno poi risvolti ed esplicazioni costituzionali, e sotto la prospettiva dei giochi costituzionali di esercizio del potere e nel momento della produzione del diritto. Il conflitto tra *auspicia* e *sacrosanctitas* è la naturale conseguenza e l'intelligente vittoria giuridica in una lotta tra persone diverse, con culti diversi: si atteggia infatti come

---

<sup>20</sup> Si pensi esemplarmente alle varie interpretazioni giuridiche del termine *postremum* in Liv. 7.17.10-12: *In secundo interregno orta contentio est, quod duo patricii consules creabantur, intercedentibusque tribunis interrex Fabius aiebat in duodecim tabulis legem esse ut, quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset; iussum populi et suffragia esse.* Può infatti generare da un lato un conflitto a livello solo cronologico, nel senso che *lex posterior derogat priori*, o può invece anche significare un conflitto - risolto a favore della volontà popolare - tra diverse parti (fonti) del diritto.

<sup>21</sup> Varro *rust.* 3.7.1: *Interea venit apparitor Appi a consule et augures ait citari. Ille foras exiit e villa.* Sul tema vedasi R. MARTINI, *Nugae comitiales I, Un giorno di elezioni a Roma*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, 20 (1984/5), pp. 214-221.

soluzione religiosa capace di tracciare la strada per successive conquiste giuridiche. I plebei, infatti, da una situazione di conflitto hanno creato un espediente giuridico capace di generare (e risolvere) ulteriori soluzioni conflittuali, contrapponendo ai patrizi un elemento giuridico-religioso potente quanto gli *auspicia* (perché fondato su basi religiose diverse), insuscettibile di esporsi alla mercé di possibili scale gerarchiche o di valore.

Tipico nella storia del conflitto tra le due diverse parti del popolo, è il raggiungimento da parte dei plebei di obiettivi che siano in qualche modo programmatici e di conseguenza propedeutici rispetto ad ulteriori conquiste giuridiche, che suonino soltanto come corollari: si pensi alla *lex Canuleia*, la quale, circa mezzo secolo dopo le *leges sacratae*, ha costituito la prima vera tappa di apertura alla possibilità per i plebei di divenire magistrati. Infatti anche questa legge ha fondamenti, motivazioni ed ovvie esplicazioni religiose (oltre che giuridiche): grazie all'eliminazione del divieto di *conubium* tra patrizi e plebei, è possibile che si generi quindi una prole mista, degna di poter prendere gli *auspicia*, potendo quindi ambire a divenire magistrato; di tal guisa la strada è segnata per la *lex Licinia Sextia de consule plebeio*.

Ergo i plebei hanno saputo sapientemente conquistarsi, con oculati stratagemmi giuridico-religiosi, precisi terreni di scontri costituzionali: per far ciò hanno dovuto semplicemente creare un sistema a specchio rispetto a quello patrizio, che risultasse fondato su basi religiose diverse<sup>22</sup>, inconciliabile con quello contrapposto, di modo tale che in nessun modo potesse, fintantoché i culti fossero rimasti diversi, compenetrare nello schema giuridico costituzionale avversario, scienti del fatto che se avessero puntato solo sul dato giuridico sarebbero stati relegati senza troppe problematicità in posizioni minori. Ed infatti credo fortemente che il pareggiamento degli ordini non si compia con la *lex Hortensia*, ma soltanto nel momento in cui si pervenne al pieno accomunamento<sup>23</sup> dei culti: l'elezione di Tiberio Coruncanio, primo pontefice massimo plebeo potrebbe esser presa come punto di riferimento.

L'opposizione della *sacrosanctitas* agli *auspicia* garantiva dunque una solida base per l'esplicazione dei poteri, in questo senso soprattutto negativi, del tribuno della plebe. Di tal fatta la *tribunicia potestas* si pone dunque come una prerogativa del tribuno, che è il solo capace di rompere gli schemi costituzionali tradizionali generando conflitto ogniqualvolta fossero potenzialmente lesi gli interessi della parte del popolo cui apparteneva, e risolvendolo a suo favore per mezzo dell'*intercessio tribunicia*. Come si vedrà, anche il fondamento giuridico-religioso differente permette di spiegare la sostanziale differenza tra la *intercessio tribunicia* e lo *ius prohibendi* dei magistrati, o meglio ancora il potere del tribuno della plebe di

---

<sup>22</sup> Esemplarmente: a Marte, Giove e Quirino 'contrapponevano' Libero, Libera e Cerere.

<sup>23</sup> Si ricordi quando nel 494 a. C. i plebei, recatisi in rivolta sul *Mons Sacer*, costruirono sulla cima del monte un'ara a Giove Terrifico, a memoria dell'evento e come monito per gli accordi pattuiti. Ricordo poi che il legame fra la plebe e Diana Aventina deve farsi risalire al 456 a.C., quando i plebei ottennero con la *lex Icilia de Aventino publicando* il territorio dell'Aventino, colle precedentemente consacrato alla triade plebea composta da Cerere, Libero e Libera, e che ospitava altresì il tempio di Diana, fatto erigere da Servio Tullio come corrispondente di quello dedicato a Diana Aricina, sito nei colli albani.

cassare l'atto già compiuto da parte del magistrato patrizio, il quale invece rispetto all'atto del collega può solo agire preventivamente<sup>24</sup>.

I plebei quindi, oltre alla possibilità di accedere pian piano ai diversi gradini del *cursus honorum*, come detto, ottengono strategicamente la possibilità di generare continuamente conflitti, ogniqualvolta lo vogliano, con un mezzo di risoluzione che se applicato non può che dirimere il conflitto a loro favore. Da non trascurare è però il dato che per mezzo dell'*intercessio* i tribuni possono solo ottenere che la situazioni non peggiori, e cioè, che determinati atti non vengano posti in essere: trattasi infatti questo potere giuridico di un potere negativo, fondamentale, necessario, vitale, ma non sufficiente a far sì che anche i plebei comincino a possedere appieno la *res publica*.

Da qui la necessità per i plebei di contribuire anch'essi alla crescita della *civitas*, mediante il compimento di atti positivi: ovviamente il riferimento è alle deliberazioni proprie del *concilium plebis*, adunanza di una sola parte del popolo, che sfocia nel *plebiscitum*, che per sua natura all'inizio può vincolare la sola parte del popolo che lo ha posto in essere. Col passare del tempo, i plebei, sempre più addentro alle logiche costituzionali di un sistema che non è tanto più spaccato come agli albori, ma che pian piano sta fondendosi, pretendono di compensare in qualche modo anche l'anonimato che essi hanno nel luogo dei comizi, specie in quello centuriato. Infatti le logiche procedurali proprie del comizio centuriato erano congegnate in modo tale da rendere superfluo il voto delle centurie delle ultime classi, come peraltro ricordato anche da Cicerone<sup>25</sup>. Ciò è importante per cercare di spiegare quale peso politico e ovviamente giuridico deve aver avuto l'ottenimento dell'*exaequatio legibus*, per la quale i *plebiscita* cominciarono a vincolare non più la sola plebe, ma tutto il popolo romano. Il dato politico in questo caso deve fungere sicuramente da ausilio poiché se non si considerasse il poco peso politico della parte del popolo plebea nei *comitia* allora non si comprenderebbe perché si sia arrivati a far valere le delibere plebee come vincolanti per tutti: infatti se i plebei avessero avuto un pari peso anche nei comizi allora l'ottenimento della *lex Hortensia*<sup>26</sup> a questo punto non lo si potrebbe mai considerare come una conquista nel senso di pareggiamento degli squilibri costituzionali, ma a ben guardare,

---

<sup>24</sup> Sul tema vedasi già il §3 del capitolo precedente

<sup>25</sup> Cic. *rep.* 2.22.39: *deinde equitum magno numero ex omni populi summa separato, relicuum populum distribuit in quinque classis, senioresque a iunioribus divisit, easque ita disparavit ut suffragia non in multitudinis sed in locupletium potestate essent, curavitque, quod semper in re publica tenendum est, ne plurimum valeant plurimi. quae discriptio si esset ignota vobis, explicaretur a me; nunc rationem videtis esse talem, ut equitum centuriae cum sex suffragiis et prima classis, addita centuria quae ad summum usum urbis fabris tignariis est data, LXXXVIII centurias habeat; quibus e centum quattuor centuriis —tot enim reliquae sunt— octo solae si accesserunt, confecta est vis populi universa, reliquaque multo maior multitudo sex et nonaginta centuriarum neque excluderetur suffragiis, ne superbum esset, nec valeret nimis, ne esset periculosum*

<sup>26</sup> Secondo Gaio, I,3; Plinio, *nat.*, 16,37; Pomponio in D. 1.2.2.8, l'*exaequatio legibus* dei *plebiscita* si ebbe solo con la *lex Hortensia* del 286 a.C., e non prima, con la *lex Publilia Philonis de plebiscitis* del 339 a.C. (come riporterebbe Appiano, *Bell. Civ.* 1,59). Tesi da scartare è poi quella dell'equiparazione dei plebisciti alle leggi sin dalla *lex Valeria Horatia de plebiscitis* del 449 a.C., figlia di un tempo in cui la plebe non era ancora pervenuta ad una compiuta parificazione degli ordini: infatti come ci riporta A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, V ed., Napoli 1990, p. 376, trattasi solo di «una leggenda, espressione della situazione politica di pressione esercitata dai plebei sui patricii ai fini delle trasformazioni in *leges* delle esigenze espresse dai *concilia plebis*».

avrebbe costituito essa stessa un grave sbilanciamento a favore dei plebei. Da sottolineare è comunque il dato fondamentale che l'equiparazione è stata ottenuta mediante l'unico atto che potesse risolvere il conflitto giuridico, e cioè si è dovuto necessariamente utilizzare lo strumento della *lex*: solo la legge infatti avrebbe potuto risolvere sul piano degli effetti costituzionali il riconoscimento ad un atto con valenza minore (perché proveniente da una sola parte del popolo) gli stessi effetti di un atto proveniente dall'intero popolo. In sostanza la *lex Hortensia* costituisce di volta in volta, per ogni *plebiscitum* adottato, il dato giustificativo dell'estensione degli effetti delle deliberazioni plebee, integrandole: in effetti detta equiparazione l'ha determinata il popolo una volta per tutte; vien da sé che per ripristinare la situazione precedente, la forma sarebbe dovuta esser la medesima.

Sul tema rimane particolare il fatto che, sia pur frutto di un accordo politico teso a risolvere un conflitto secolare, l'equiparazione tra la legge e il plebiscito costituisce comunque un *monstrum* giuridico: credo però, come cercherò di dimostrare, che nel momento in cui le differenze tra le parti del popolo vanno pian piano affievolendosi (avendo accomunati anche i culti) è il semplice numero -maggiore della parte plebea rispetto a quella patrizia- a far sì che il conflitto si risolva a favore dei più numerosi, che certamente hanno avuto la forza giuridica (e non solo) di ottenere dai patrizi almeno le varie tappe di pareggiamento degli squilibri.

Il quadro quindi che viene a delinearsi per lo *ius publicum* è attento, come dicevo, non solo al momento produttivo della volontà del popolo, ma soprattutto al fondamento del potere. Tuttavia anche prendendo come spunto di indagine questo elemento, però, è possibile che si ingenerino confusioni e sovrapposizioni. Chiarito che non è la dimensione cronologica-temporale a destare particolari preoccupazioni a livello interpretativo, è invero un altro elemento, finora solo accennato, a richiedere precisazioni. L'elemento religioso, infatti, permea il sistema giuridico romano, fino quasi a poter affermare che lo stesso sistema civile e costituzionale si basi e trovi il fondamento in esso. Non è tanto il rapporto tra *ius* e *fas* a cui ora mi riferisco, e sul quale opererò tra breve delle precisazioni per illustrare in che modo il rapporto tra le due diverse sfere non può e non deve mai crear conflitto, ma è il binomio *ius humanum* - *ius sacrum* che merita da subito attenzione.

La relazione tra i due elementi è complessa, tantopiù quando la commistione tra essi diventa inevitabile; si pensi esemplarmente al coinvolgimento popolare nella scelta dei sacerdoti: emerge chiaramente un conflitto tra i diversi fondamenti del potere, ove la partecipazione popolare potrebbe far pensare *prima facie* all'estensione dei poteri del popolo nella sfera prettamente religiosa, quando invece è chiaro<sup>27</sup> che il popolo non può *mandare sacerdotia*<sup>28</sup>. Il rapporto è ancor più complicato se si

---

<sup>27</sup> Ed infatti, come si vedrà, il conflitto è risolto a favore dell'elemento religioso, che sempre prevale, dato confermato anche dal fatto che, onde evitare un più netto fondamento popolare nella scelta, chiamate all'indicazione dei nomi erano soltanto diciassette tribù su trentacinque: la *minor pars populi*. Su questi temi vedasi non soltanto il già richiamato F.

pensa poi ad un aspetto importante della costituzione romana, che avendo chiaro come imperium e sacerdotium siano due cose differenti, non temeva financo che le stesse persone che presiedevano il culto governassero la *res publica*, anzi:

Cic. dom. 1.1: *cum multa divinitus, pontifices, a maioribus nostris inventa atque instituta sunt, tum nihil praeclarius quam quod eosdem et religionibus deorum immortalium et summae rei publicae praeesse vulerunt, ut amplissimi et clarissimi cives rem publicam bene gerendo religiones, religiones sapienter interpretando rem publicam conservarent.*

Da questa fonte emerge non soltanto, come dicevo, una mancanza di imbarazzo da parte del diritto pubblico romano a concepire una compartecipazione da parte di singole persone alle due diverse sfere, anzi, è evidente come governare giustamente la *res publica* fa sì che si possa quindi custodire rettamente le cose religiose, ed interpretando queste nel giusto modo porta a conservare fedelmente i valori della *res publica*: un rapporto biunivoco, senza scontri, in un’ottica di crescita civile-costituzionale imperniata su sicuri valori religiosi.

La fonte riportata è certamente emblematica per quanto attiene al rapporto di continuo scambio tra sfera religiosa e sfera civile, poiché in una città abitata dagli dei e dagli uomini<sup>29</sup>, è normale che il confine non sia così netto, perché sarebbe contrario alle buone norme di vicinato. Orbene questa convivenza è possibile soltanto se si tiene fermo però il principio della diversità dei fondamenti del potere dai quali provengono l’*imperium* e il *sacerdotium*, afferente il primo alla sfera dello *ius humanum* e il secondo a quella dello *ius sacrum*. I poteri dei magistrati derivano infatti dalla *potestas populi*, i sacerdoti derivano invece i loro poteri dalla *potestas deorum* per mezzo della *inauguratio*.

Ciò però non basta: ben può accadere infatti, come sopra chiarito, che conflitti possano emergere non solo tra sacerdoti diversi per ragioni squisitamente attinenti al campo delle ‘competenze’ religiose, ma anche in capo ad una singola e stessa persona che si trova investita e dell’*imperium* e del *sacerdotium*. Se per la prima problematica si può richiamare, tra i diversi, il conflitto<sup>30</sup> tra Tiberio (*vir sacris*

---

VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit., ma anche, sinteticamente, ID. *Sacerdozio, magistratura e popolo*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 8 (2009), pp. 1-11, ID. *Peuple, sacerdoce, magistrature*, in AA.VV., *Pouvoir civil et pouvoir religieux. Entre conjonction et opposition* (sous la direction de J. Bouineau), Paris 2010, pp. 65-78, ID. *Sacerdoti e magistrati nel diritto pubblico romano*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 10 (2011-2012), pp. 1-15.

<sup>28</sup> Cic. *leg. agr.* 2.7.17-18: *Atque hoc idem de ceteris sacerdotiis Cn. Domitius, tribunus plebis, uir clarissimus, tulit, quod populus per religionem sacerdotia mandare non poterat, ut minor pars populi uocaretur; ab ea parte qui esset factus, is a conlegio cooptaretur*

<sup>29</sup> Cic. *leg.* 1.23: *universus hic mundus una civitas communis deorum atque hominum.*

<sup>30</sup> Tacito, *ann.* 1.76.1: *Eodem anno continuus imbribus auctus Tiberis plana urbis stagnaverat; relabentem secuta est aedificiorum et hominum strages. igitur censuit Asinius Gallus ut libri Sibyllini adirentur. Renuit Tiberius, perinde divina humanaque obtegens; sed remedium coercendi fluminis Ateio Calpurnio et L. Arruntio mandatum; 1.79: *Actum deinde in senatu ab Arruntio et Ateio an ob moderandas Tiberis exundationes verterentur flumina et lacus, per quos augetur; auditaque municipiorum et coloniarum legationes, orantibus Florentinibus ne Clavis solito alveo demotus in amnem Arnun transferretur idque ipsis perniciem adferret. congruentia his Interamnates disseruere: pessum ituros fecundissimos Italiae campos, si amnis Nar (id enim parabatur) in rivus diductus supersta gnavisset. nec Reatini silebant, Velinum lacum, qua in Narem effunditur, obstrui recusantes, quippe in adiacentia erupturum; optume rebus mortalium consuluisse naturam, quae sua**

*faciundis* e *pontifex maximus*) e Gallo (*vir sacris faciundis*) circa la necessità di un intervento ‘umano’ per far fronte ad una esondazione del Tevere nell’anno 15<sup>31</sup>, e quindi la necessità o meno di consultare i *libri Sybillini* considerando il fatto come *prodigium*<sup>32</sup> o meno (decidendo su ciò i pontefici e non i *virī sacris faciundis* stessi), per la seconda è emblematico l’episodio narrato da Livio<sup>33</sup>, tra il pontefice massimo Licinio Crasso e il flamine Fabio Pittore circa l’assegnazione della Sardegna a quest’ultimo, che infatti era anche pretore, che scatena un duplice conflitto: il primo tra l’*imperium* e il *sacerdotium*, dato che si contrapponeva la volontà di raggiungere la provincia a quella del dovere del *flamen* dedito *ad sacra in urbe* (conflitto che viene risolto a favore della *religio*, come testimonia Livio: *religio ad postremum vici*), nonché un conflitto tra *ius pontificium* e *ius augurium*, dato che la *sortitio de provinciis* rifletteva una volontà divina ‘immediata’ rispetto a quella sancita da tempo mediante lo *ius pontificium*, che continua a prevalere. A guardar bene emergerebbe un terzo tipo di conflitto, a livello sacerdotale, perché a decidere sulla questione è dapprima proprio il pontefice massimo, che inibisce un atto di un sacerdote a lui subordinato: qui dobbiamo considerare ‘atecnico’ l’utilizzo da parte di Livio del termine *imperia* (*imperia inbibita ultra citroque*) -che ha portato addirittura Mommsen a riconoscere al pontefice massimo l’*imperium*<sup>34</sup>- e che dobbiamo considerare solo un “*dictum coercitivo*”<sup>35</sup>.

Anche dai casi giuridico-religiosi richiamati, e che saranno ovviamente analizzati in maniera puntuale, si comprende la complessità di un’interazione tra poteri diversi, aggravata talvolta dal fatto che i conflitti sorgevano in capo ad una persona sola perché depositaria di poteri di diversa natura. Ciò, come si è visto, era naturale nel sistema giuridico-religioso romano, che era sciente della diversità del fondamento del potere: tuttavia anticipo soltanto che in tutti i casi già richiamati e in generale (anche a livello dogmatico, quando i conflitti non riguardano tanto persone fisiche, ma categorie come esemplarmente *imperium* e *sacerdotium*) l’elemento religioso, e quindi la volontà divina, prevale sempre.

---

*ora fluminibus, suos cursus utque originem, ita finis dederit; spectandas etiam religiones sociorum, qui sacra et lucos et aras patriis amnibus dicaverint: quin ipsum Tiberim nolle prorsus accolis fluvii orbatum minore gloria fluere. seu preces coloniarum seu difficultas operum sive superstitione valuit, ut in sententiam Pisonis concederetur, qui nil mutandum censuerat.*

<sup>31</sup> Su questo episodio, per una compiuta analisi sui riflessi giuridico-religiosi dello stesso, vedasi F. VALLOCCHIA, *Acque e poteri, divini e umani, a Roma dalla repubblica all’impero*, in *Città & Storia*, 10,1 (2015), pp. 7-21. Vedasi anche Y. BERTHELET, *Le rôle des pontifes dans l’expiation des prodiges a rome, sous la république : le cas des "procurations" anonymes* in *Cahiers "Mondes anciens"*, II, 2011.

<sup>32</sup> Sui *prodigia* vedasi; G. DUMÉZIL, *La religion romaine archaïque*, Paris 1966, p. 572 nota 3; S. W. RASMUSSEN, *Public Portents in Republican Rome*, Rome 2003, pp. 53-116; C. SANTI, *Sacra facere*, Roma 2008,

<sup>33</sup> Liv. 37.51: *Priusquam in provincias praetores irent, certamen inter P. Licinium pontificem maximum fuit et Q. Fabium Pictorem flaminem Quirinalem, quale patrum memoria inter L. Metellum et Postumium Albinum fuerat. consulem illum cum C. Lutatius collega in Siciliam ad classem proficiscentem ad sacra retinuerat Metellus, pontifex maximus; praetorem hunc, ne in Sardiniam proficisceretur, P. Licinius tenuit. et in senatu et ad populum magnis contentionibus certatum, et imperia inbibita ultro citroque, et pignera capta, et multae dictae, et tribuni appellati, et prouocatum ad populum est. religio ad postremum vicit; ut dicto audiens esset flamen pontifici iussus; et multa inssu populi ei remissa. ira provinciae ereptae praetorem magistratu abdicare se conantem patres auctoritate sua deterruerunt et, ut ius inter peregrinos diceret, decreuerunt.*

<sup>34</sup> T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, Leipzig 1874-75, II/1, rist. Graz 1969, 18 ss., 28; ciò è negato, tra gli altri, in quegli anni, da A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les Pontifes de l’ancienne Rome*, Paris 1871, 307 ss.

<sup>35</sup> Espressione propria di E. MONTANARI, *Aspetti religiosi dell’imperium in età repubblicana*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 8, 2009.

Sulla scorta di queste precisazioni mi sembra quindi opportuno chiarire che tutte le varie prospettive di indagine di ricerca non possono esulare dal risultare concordi rispetto al canone sistematico su cui tutta il sistema romano giuridico, e per l'appunto, religioso<sup>36</sup>, si innesta: il rapporto tra *ius* e *fas*<sup>37</sup> è un dato di partenza certo infatti. Risulta esser tale perché questo rapporto non può mai e poi mai entrare in conflitto, né entrano in conflitto con il *fas* tutti gli altri elementi che costituiscono sottoinsieme dello *ius* (come esemplarmente la *lex*). Il conflitto non emerge mai proprio perché ciò che è *fas* ben può essere *ius*, ma ciò che è *ius* è di certo *fas*. Difatti una norma giuridica può divenire tale perché approvata (se trattasi di *lex*, *senatusconsultum*, *constitutio*) o comunque può acquisire valore giuridico per il fatto di essere sentita come cogente perché insita nella comunità stessa cui si pone (*mos*) o per il semplice comportamento ripetuto nel tempo accompagnato dal convincimento della sua coercibilità (*consuetudo*), ma prima di tutto ciò deve essere conforme al *fas*.

Chiarito che lo *ius* (e tutto ciò che lo compone) deve necessariamente essere *fas*, perché fa parte di esso, possiamo immaginare dunque questi due elementi come due cerchi concentrici ove quello più piccolo è costituito dallo *ius*. Orbene questi due insiemi sono destinati a non tangersi mai, ove la distanza tra una circonferenza e l'altra è determinata dalla compiutezza o meno del sistema giuridico. Il cerchio dello *ius* è destinato a crescere sempre di più, nell'ottica e nell'imperativo categorico della *civitas augegens*, perché la città cresce, crescono i traffici commerciali (e giuridici), crescono i magistrati, cresce il *populus*: servono continuamente nuove regole. Vero è che il cerchio può anche stringersi, a seconda che determinate regole vengano eliminate per espressa volontà popolare<sup>38</sup> (quindi sempre mediante atti positivi formali) ovvero mediante la ripetuta mancata osservanza della regola (*desuetudo*), ma anche in questo caso il 'restringimento' è dovuto ad un'esigenza sempre rispondente al principio della crescita. Ciò che invece mi preme sottolineare, in relazione a detto rapporto, è che appunto questi due cerchi concentrici non avranno mai la possibilità di incontrarsi, per la semplice motivazione che un sistema completo e compiuto è irraggiungibile: questo non perché vi siano ragioni di mera sfiducia nei sistemi

---

<sup>36</sup> Sul significato di sistema giuridico-religioso vedasi P. CATALANO: *Linee del sistema sovranazionale romano* I, Torino 1965, 30 ss., in part. 37 nt. 75; ID. *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* II.16.1, Berlin-New York 1978, 445 ss.; ID. *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino 1990, p. 57 ss.

<sup>37</sup> F. CHINI, *Idee vecchie e nuove intorno ai concetti di ius e fas* in *Atti del Seminario di studi su religione e diritto romano. La coerenza del rito*, a cura di S. RANDAZZO, Roma, 2015, pp. 115-152; L. CIFERRI, *Conoscenza e concezione del diritto in Cicerone*, in *RIDA*, XLI (1994), pp. 139- 178; M. KASER, *Religione e diritto in Roma arcaica*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania* 3 (1948-49); R. ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto tra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, in *BIDR* 46 (1939) p. 198 ss.; ID. *Elemento divino ed elemento umano nel diritto di Roma*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXI (1941), pp. 1-40; E. QUADRATO, *Urbem condere: la città "nuova" tra fas e ius* in *Atti del Seminario di studi su religione e diritto romano*, cit. pp. 357-371; F. SINI, *Religione e poteri del popolo in Roma repubblicana* in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 6 (2007); F. SINI, *Religione e poteri del popolo in Roma repubblicana* in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 6 (2007) 37 ss..

<sup>38</sup> Ma mai alcune, considerate fondamentali: si ricordi il ruolo della *sanctio legis*: Cic. *Caec.* 33.95: *Sulla legem tulit... ascripsisse eundem Sullam in eadem lege: 'SI QUID IUS NON ESSET ROGARIER, EIUS EA LEGE NIHILUM ROGATUM'. Quid est quod ius non sit, quod populus inbere aut vetare non possit? Ut ne longius abeam, declarat ista ascriptio esse aliquid; nam, nisi esset, hoc in omnibus legibus non ascriberetur. ... non quicquid populus iusserit, ratum esse oportere*

giuridici, ma perché ogni sistema sa che c'è sempre qualcosa da disciplinare per il quale ancora non si è mai posta la necessità giuridica di una regolamentazione. Infatti, a ben guardare, se i due cerchi in un solo istante venissero a toccarsi, ciò significherebbe che al porsi di un nuovo problema giuridico ancora non disciplinato, la soluzione andrebbe ricercata al di fuori del *fas*, perché questo sistema avrebbe già esaurito (coincidendo con lo *ius*) le sue potenzialità. Ecco allora perché una coincidenza non si potrà mai avere: se vi fosse nascerebbe un conflitto tra *ius* e *fas*, ove lo *ius* deborderebbe la volontà divina, creando irrimediabili antinomie con il sistema che invece è coerente con la linea religiosa su cui è imperniato. In buona sostanza credo che il rimando al *fas* sia veramente la più grande ancora di salvezza e clausola di salvaguardia del sistema: è normale che vi siano lacune nel sistema giuridico, e per questo ogniqualvolta ve ne sia bisogno si cerca la soluzione, la quale è già nel sistema (del *fas*), dovendo essa soltanto essere esplicitata nello *ius*.

Infine, rispondendo sempre alla linea generale del quadro di riferimento di sistematizzazione, evidenzio che, se pur *ius publicum* e *ius privatum* vadano intese semplicemente come due diverse posizioni di studio, conflitti tra esse non possono sorgere per una ragione ben precisa:

Pap. 2 *quaest.* D. 2.14.38: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.*

Detta regola a ben guardare<sup>39</sup> elide ogni possibilità di conflitto tra le due sfere, sancendo laconicamente la primazia del diritto pubblico sul diritto privato: in ogni caso il diritto dei privati, non può inficiare quanto disciplinato ed afferente alla sfera dello *ius publicum*. Una posizione è dunque posta al di sopra dell'altra proprio perché è una regola a stabilirlo, e solo una regola della medesima estrazione può rivederne la portata: orbene la derivazione di questa regola non può che essere ricercata proprio nel diritto pubblico, perché se provenisse dal diritto privato, allora sarebbe facile cambiarla e disattenderla.

Posto che quindi la regola della mancata possibilità per i privati di modificare o derogare il diritto pubblico deriva dal diritto pubblico stesso, reca seco come corollario la discendenza dello *ius privatum* dallo *ius publicum*: è il diritto pubblico che considera lecito che i privati regolino i loro interessi patrimoniali da sé, entro i confini dettati da regole che provengono però sempre dal diritto pubblico, e quindi dal popolo nel suo intero, non dal singolo privato, che altro non è che l'uno privato degli altri.

Per questo il conflitto non può generarsi tra le due diverse posizioni di studio, proprio perché lo *ius publicum* può regolare lo *ius privatum*, offrendo di volta in volta gli strumenti necessari alla regolazione dei rapporti tra privati (che essi gestiranno poi da soli), sempre nella ferma e fissa prospettiva della crescita della *civitas* (si pensi esemplarmente all'editto del pretore).

---

<sup>39</sup> Si veda sul tema il §2 del primo capitolo.

Sulla scorta dell'insegnamento tratto dal conflitto tra i gemelli *ab Urbe condita*<sup>40</sup>, il diritto romano ha ben compreso che è importante dirimere i conflitti prima che essi sorgano, offrendo puntuali e pronte soluzioni a situazioni di contitolarità nel momento dell'esercizio del diritto o della gestione/esercizio del potere, proprio per far sì che il 'cerchio' dello *ius* continui ad espandersi, sempre e solo nella direzione e (sotto la tutela) del *fas*.

## 2. Alla ricerca di 'conflitti' nello *ius publicum*

Chiariti nel paragrafo precedente gli indirizzi di riferimento sui quali la ricerca di conflitti si innesta per quanto concerne la posizione di studio dello *ius publicum*, è opportuno delineare i tratti sommari dei percorsi di indagine seguiti al fine di illustrare sul campo le problematiche della gestione del potere, sotto la prospettiva della contitolarità dello stesso e quindi per la semplice evidenziazione delle varie contrapposizioni che permettevano al diritto (e dunque alla *civitas*) di crescere. È infatti doveroso chiarire sul campo come determinati conflitti siano salutari per il sistema giuridico-religioso romano, denotando come e in che modo possa e debba intendersi la 'positività di posizioni negative' di cui ho accennato all'inizio<sup>41</sup>.

E allora principiando dalla tripartizione ulpiana<sup>42</sup> per poi dedicarmi alla fonte ciceroniana<sup>43</sup>, mi muovo alla ricerca dei conflitti, nel senso già abbondantemente illustrato, nello *ius publicum*, delineando per ora solo i percorsi di ricerca, come farò parimenti per lo *ius privatum*, aprendo così la strada allo studio puntuale dei singoli casi, che assieme all'elaborazione dei risultati avverrà nel capitolo successivo.

Per quanto attiene alla categoria dei *magistratus* è da subito evidente che occorre effettuare una netta biforcazione nell'indagine: è opportuno infatti analizzare i singoli magistrati, scandagliando i loro uffici e le cure ad essi affidati, nonché i rapporti che tra essi intercorrono, sia tra magistrati diversi che tra magistrati appartenenti allo stesso collegio.

Esaminando infatti i magistrati maggiori, è facile evidenziare come la parità del potere ad essi affidato generi difficoltà irrisolvibili con l'ausilio del solo diritto: ecco subito che si rende necessaria la

---

<sup>40</sup> Si veda sul tema il §1 del primo capitolo.

<sup>41</sup> Vedasi il capitolo primo.

<sup>42</sup> Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1.2: *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.*

<sup>43</sup> Cic. *part.* 130: *Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud: publicum lex, senatusconsultum, foedus, privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio.*

*sortitio* per dirimere problematiche che attengono al campo pratico dell'esercizio del potere. Per i consoli è infatti lapalissiana tale paralisi per l'*adsignatio provinciarum*: altro strumento di risoluzione diverso dalla *sortitio* non poteva inizialmente di certo escogitarsi, date le difficoltà mosse dall'inscindibilità dell'*imperium*:

Liv. 26.29: *His senatus consultis perfectis sortiti provincias consules. Sicilia et classis Marcello, Italia cum bello aduersus Hannibalem Laeuino euenit. quae sors, uelut iterum captis Syracusis, ita exanimauit Siculos, expectatione sortis in consulum conspectu stantes, ut comploratio eorum flebilesque uoces et extemplo oculos hominum conuerterint et postmodo sermones praebuerint. circumibant enim senatorum <domos> cum ueste sordida, adfirmantes se non modo suam quosque patriam, sed totam Siciliam relicturos si eo Marcellus iterum cum imperio redisset. nullo suo merito eum ante implacabilem in se fuisse: quid iratum quod Romam de se questum uenisse Siculos sciat facturum? obrui Aetnae ignibus aut mergi freto satius illi insulae esse quam uelut dedi noxae inimico. hae Siculorum querellae domos primum nobilium circumlatae celebrataeque sermonibus, quos partim misericordia Siculorum, partim inuidia Marcelli excitabat, in senatum etiam peruenerunt. postulatum a consulibus est ut de permutandis provinciis senatum consulerent. Marcellus si iam auditi ab senatu Siculi essent aliam forsitan futuram fuisse sententiam suam dicere: nunc ne quis timore frenari eos dicere posset quo minus de eo libere querantur in cuius potestate mox futuri sint, si collegae nihil intersit mutare se provinciam paratum esse, deprecari senatus praedudicium; nam cum extra sortem collegae optionem dari provinciae iniquum fuerit, quanto maiorem iniuriam, immo contumeliam esse, sortem suam ad eum transferri? ita senatus cum quid placeret magis ostendisset quam decreuisset, dimittitur. inter ipsos consules permutatio provinciarum rapiente fato Marcellum ad Hannibalem facta est, ut ex quo primus post <aduersissimas haud> aduersae pugnae gloriam ceperat, in eius laudem postremus Romanorum imperatorum prosperis tum maxime bellicis rebus caderet.*

Tuttavia emerge nel passo riportato una volontà diversa rispetto all'esito del sorteggio: volontà che si pone però come successiva allo stesso ed infatti dà luogo a *permutatio*. Più tardi ci si rese però conto che la volontà unanime dei consoli avrebbe, dinanzi al senato, evitato il successivo 'imbarazzo' della permuta delle province:

Liv. 37.1: *Tum de consulum provinciis coeptum agi est. ambo Graeciam cupiebant. multum Laelius in senatu poterat. is, cum senatus aut sortiri aut comparare inter se provincias consules iussisset, elegantius facturos dixit, si iudicio patrum quam si sorti eam rem permisissent. Scipio responso ad hoc dato cogitaturum, quid sibi faciendum esset, cum fratre uno locutus iussusque ab eo permittere audacter senatui, renuntiat collegae facturum se, quod is censeret. cum res aut noua aut uetustate exemplorum memoriae iam exoletae relata expectatione certaminis senatum erexisset, P. Scipio Africanus dixit, si L. Scipioni fratri suo provinciam Graeciam decreuissent, se <ei> legatum iturum. haec uox magno adsensu audita sustulit certamen; experiri libebat, utrum plus regi Antiocho in Hannibale uicto an in uictore Africano consuli legionibusque Romanis auxiliū foret; ac prope omnes Scipioni Graeciam, Laelio Italiam decreuerunt.*

Evidente è il conflitto che emerge nel primo testo liviano: da un lato la volontà consolare, dall'altro l'elemento religioso scaturente dalla *sortitio*; detta 'sconfitta' dell'elemento religioso, che stride con il sistema, è alla base di una revisione del meccanismo di assegnazione delle province, che vede prima interrogare la volontà dei consoli (con l'autorizzazione dei *patres*) per far sì che si rifugga dall'interrogare la volontà divina, che deve essere sempre inconfutabile.

Rimanendo nel campo dei magistrati (maggiori) conflitti di tal fatta si possono poi ricercare anche tra i censori: la parità di potere dimostrata dalla loro collegialità comporta particolari problematiche nel momento in cui, per esempio, si dovesse stabilire a chi spettasse dei due *lustrum facere* ed *habere contionem*:

Varro *ling.* 6.87: *Praeco in templo primum vocat, postea de moeris item vocat. Ubi lucet, censores scribae magistratus murra unguentisque unguentur. Ubi praetores tribunique plebei quique inlicium vocati sunt venerunt, censores inter se sortiuntur, uter lustrum faciat. Ubi templum factum est, post tum conventionem habet qui lustrum conditurus est.*

Focalizzando l'attenzione sempre sulle singole persone che componevano il disegno costituzionale romano, diverse prospettive di ricerca si aprono intorno al tribuno della plebe<sup>44</sup>, il quale fondando il suo potere giuridico su un potere religioso totalmente contrapposto agli *auspicia*<sup>45</sup>, e cioè sulla *sacrosanctitas*<sup>46</sup>, aveva la viva caratteristica di generare conflitto ogniqualvolta egli credeva si ritenesse necessario. Il conflitto di volta in volta generato, nel più grande e generale quadro della *tribunicia potestas*, si concretizza nell'*intercessio tribunicia*<sup>47</sup>, la quale deriva dallo *ius auxilii ferendi plebi*:

Liv. 3.34.6-8: *Iam plebs, praeterquam quod consulum nomen haud secus quam regum perosa erat, ne tribunicium quidem auxilium, cedentibus in vicem appellationi decemviris, quaerebat*

e soprattutto dalla *sacrosanctitas*:

Liv. 3.55.10: *Et cum plebem hinc provocatione, hinc tribunicio auxilio satis firmassent, ipsis quoque tribunis, ut sacrosancti viderentur, cuius rei prope iam memoria aboleverat, relatis quibusdam ex magno intervallo caerimoniis renovarunt, et cum religione inviolatos eos, tum lege etiam fecerunt, sanciendo ut qui tribunis plebis aedilibus iudicibus decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris Liberi Liberaeque venum iret. Hac lege iuris*

---

<sup>44</sup> Mi sento qui di segnalare principalmente questi testi: P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, Torino 1971; C. GIOFFREDI, *Il fondamento della 'tribunicia potestas' e i procedimenti normativi dell'ordine plebeo ('sacrosanctum - lex sacrata - sacramentum')*, in *SDHI*, I, p. 13 ss.; M. A. LEVI, *Il tribunato della plebe e altri scritti su istituzioni pubbliche romane*, Milano 1978; G. LOBRANO, *Fondamento e natura del potere tribunicio nella storiografia giuridica contemporanea* in *Index* 3, 1972, p. 235-262; G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano 1982.

<sup>45</sup> Catalano definisce l'*auspicium* (inteso come potere) «la proiezione, sul piano del diritto divino, dei singoli poteri umani e solo attraverso ad essi viene definito il suo contenuto: gli *auspicia* escludono la ierocrazia»: P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto angurale* I, Torino 1960, p. 167. Ricordo che gli *auspicia* potevano essere pubblici o privati, a seconda che riguardassero gli affari di Roma o quelli dei privati cittadini (i primi erano interpretati da auguri pubblici, mentre i secondi da auguri privati).

<sup>46</sup> Detta espressione non sembra risultare attestata nelle fonti, dove invece si trovano i termini '*sacrosanctus*', '*sacrosancta*', '*sacrosanctum*', utilizzati sicuramente da Livio e Cicerone, mentre nelle fonti greche si legge l'espressione *ἡ εὐρός καὶ ἄσολος* in Dionigi di Alicarnasso (esemplarmente: *Dion. Hal.* 6.89) e Plutarco (esemplarmente: *Plut. Tib.* 15).

<sup>47</sup> Secondo Mommsen la *maior potestas* acquisita dal tribuno della plebe sarebbe espressione di un potere di "Kassation", in forza del quale il tribuno ha il potere di "cassare", e quindi annullare, gli atti di tutti gli altri magistrati: G. LOBRANO, in *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, spiega (p. 342-343) come nell'opera *Römisches Staatsrecht* Mommsen abbia mutato il proprio giudizio negativo circa i tribuni della plebe e trasformato «il potere negativo dei tribuni in una delle funzioni "positive" dei magistrati, inserendo il potere di impedire (il *vetto*) tribunicio in un più ampio potere magistratuale di "cassazione"». Cosicché il potere di impedire dei tribuni non si esplica più come un limite, ma rientra nel più ampio potere di "cassazione", il quale non è altro che «la manifestazione del potere di comandare». Seguendo quest'impostazione, il tribuno della plebe non appare più contrapposto agli altri magistrati, ma si colloca gerarchicamente al di sopra di essi.

*interpretes negant quemquam sacrosanctum esse, sed eum qui eorum cui nocuerit Iovi sacrum sanciri; itaque aedilem prendi ducique a maioribus magistratibus, quod, etsi non iure fiat—noceri enim ei cui hac lege non liceat—tamen argumentum esse non haberi pro sacro sanctoque aedilem; tribunos vetere iure iurando plebis, cum primum eam potestatem creavit, sacrosanctos esse.*

I conflitti che si aprono nei vari meccanismi di esercizio del potere dei tribuni della plebe<sup>48</sup> aprono in numerose direzioni, giuridiche e religiose. Come chiarito il conflitto è possibile (e quindi risolvibile) proprio perché si basa su una base religiosa differente, mentre dal punto di vista dello *ius humanum* l'investitura del tribuno non ha nulla di diverso rispetto a quella dei magistrati patrizi; al contrario questa sarà affievolita perché nei *concilia plebis tributa* non è riunito tutto il popolo, ma solo una parte di esso: di conseguenza se non vi fosse un elemento di differenziazione abbastanza forte da contrapporre, il tribuno non avrebbe mai la forza di 'rompere' lo schema costituzionale.

La *tribunicia potestas* era riconosciuta ai singoli tribuni, ma questi non andavano a delineare quella collegialità che caratterizza i consoli ed i censori; difatti i tribuni, nel numero di dieci, decidevano a maggioranza<sup>49</sup>, ed infatti si veda esemplarmente:

---

<sup>48</sup> Per quanto attiene al procedimento comiziale, esemplarmente, il termine utile per formulare l'*intercessio* è «dopo l'inizio dell'assemblea, ma prima che fosse ultimata la votazione» (U. COLI, voce "*Intercessio*", in *NNDI* p. 789): Liv. 45.21.6-8: *Et tribuni plebis, cum ita traditum esset, ne quis prius intercederet legi, quam priuatis suadendi dissuadendique legem potestas facta esset, eoque persaepe euenisset, ut et, qui non professi essent se intercessuros, animaduersis uitiis legis ex oratione dissuadentium intercederent, et, qui ad intercedendum uenissent, desisterent uicti auctoritatibus suadentium legem.* L'intercedente si avvaleva delle considerazioni e delle discussioni effettuate durante le *contiones* circa la *rogatio* legislativa; si potrebbe affermare l'opportunità (ma non anche l'obbligo) che l'intercessione non fosse avanzata prima del giorno della votazione; comunque, sembra da escludersi che potesse essere opposta una volta che fosse ultimata la votazione. Ne deriva che l'*intercessio* non è in grado di intaccare la volontà espressa giuridicamente dal popolo attraverso il *suffragium*. Quindi, una volta che la deliberazione popolare è stata adottata nel comizio, l'intercessione non può spiegare i suoi effetti. Ecco la motivazione per la quale «gli avversari di un progetto preferissero impedire la votazione del medesimo piuttosto che attendere l'incerto annullamento della deliberazione comiziale votata» poiché «gli atti comiziali viziati hanno vigore fino a che non vengano annullati»: G. NOCERA, *Il potere dei comizi e suoi limiti*, Milano 1940, p. 238-239. Per quanto attiene invece alle deliberazioni del senato, l'*intercessio* doveva intervenire «al momento della *relatio* fatta dal console o pretore, che aveva convocato i *patres*» (U. COLI, voce "*Intercessio*", in *NNDI* p. 789), ma nulla esclude che potesse essere esercitata anche in un momento successivo. Di tal guisa i *senatusconsulta* incontravano un limite nell'istituto dell'*intercessio*, ma è pur vero che l'intercessione ad opera di un tribuno della plebe contro il collega fu ecogitata spesso dal senato stesso per bloccare proposte di legge sgradite alla loro 'classe' di appartenenza: Liv. 4.48.4-5: *Ap. Claudius, nepos eius qui decemvir legibus scribendis fuerat, minimus natu ex patrum concilio, dicitur dixisse vetus se ac familiare consilium domo adferre; proavum enim suum Ap. Claudium ostendisse patribus viam unam dissolvendae tribuniciae potestatis per collegarum intercessionem.*

<sup>49</sup> G. SCHERILLO, A. DELL'ORO, *Manuale di storia del diritto romano*, Milano 1967, p. 142: «Si deve osservare che il tribunato della plebe ha modalità di funzionamento con caratteri contrastanti con quelli della cosiddetta collegialità: così la nomina di tutore non richiede l'unanimità ma la sola maggioranza, così la sostituzione dei componenti del collegio venuti a mancare durante il periodo di carica avviene mediante *cooptatio*, cioè mediante chiamata, senza quindi ricorso all'elezione, da parte dei superstiti, così la *intercessio tribunicia* non è fondata come quella della normale magistratura sul principio collegiale bensì sul *ius axilii ferendi populo* e appunto per questo non è vincolata dai limiti che la *intercessio* magistratuale incontra». Tuttavia sulla *cooptatio* nutro qualche perplessità: Liv. 4.16: *Hunc Minucium apud quosdam auctores transisse a patribus ad plebem, undecimumque tribunum plebis cooptatum seditionem motam ex Maeliana caede sedasse inuenio; ceterum vix credibile est numerum tribunorum patres augeri passos, idque potissimum exemplum a patricio homine introductum, nec deinde id plebem concessum semel obtinuisse aut certe temptasse. Sed ante omnia refellit falsum imaginis titulum paucis ante annis lege cautum ne tribunis collegam cooptare liceret.*

*Epit. Ulp. 11, 18: Lex Atilia iubet, mulieribus pupillisve non habentibus tutores dari a praetore et maiore parte tribunorum plebis, quos "tutores Atilianos" appellamus. Sed quia lex Atilia Romae tantum locum habet, lege Iulia et Titia prospectum est, ut in provinciis quoque similiter a praesidibus earum dentur tutores.*

La modalità di votazione tra i tribuni è oltremodo discussa<sup>50</sup>: a sostegno della tesi della votazione unanime viene preso in considerazione un passo di Livio<sup>51</sup>, avvalorato da Dionigi di Alicarnasso<sup>52</sup> per il quale nel 480 a.C. Appio Claudio sosteneva che bastava ‘guadagnare’ anche una piccola parte dei tribuni per fermarne l’azione collegiale. Si deve evidenziare però come Appio Claudio avesse voluto semplicemente sottolineare l’importanza di ‘guadagnare’ membri tra i tribuni, molto probabilmente per controllarne l’operato, senza specificare se si dovesse trattare di maggioranza o minoranza.

Lo stesso Livio<sup>53</sup> narra di come, nel 394, due tribuni avessero bloccato la votazione di una legge proposta dai colleghi e Dionigi di Alicarnasso racconta un episodio<sup>54</sup>, avvenuto nel 456-455, secondo cui i tribuni, per evitare gli effetti negativi del potere di veto, giurarono di prendere le decisioni a maggioranza.

Comunque risulta logicamente dimostrabile che il veto ‘collegiale’ unanime avrebbe costituito un limite all’*intercessio*<sup>55</sup> indebolendone o addirittura paralizzandone l’esperimento.

Nel gioco del meccanismo dei conflitti, l’*intercessio* del tribuno risulta sbilanciare il peso giuridico-religioso del sistema costituzionale verso la parte plebea: ecco perché ben presto il bisogno della ricerca di un preciso equilibrio tra i poteri nella *libera res publica* comporta il sorgere di un nuovo ‘stratagemma’ che ripristinasse il giusto peso tra le due parti del popolo: l’*obnuntiatio*.

---

<sup>50</sup> Per capirne la portata si veda F. FABBRINI, voce “Tribuni plebis” in *NNDI* vol. XIX, p. 799 ss.

<sup>51</sup> Liv. 2, 44, 2: *Et hic annus tribunum auctorem legis agrariae habuit. Tib. Pontificius fuit. Is eandem viam, velut processisset Sp. Licinio, ingressus dilectum paulisper impediit. Perturbatis iterum patribus Ap. Claudius victam tribuniciam potestatem dicere priore anno, in praesentia re, exemplo in perpetuum, quando inventum sit suis ipsam viribus dissolui. Neque enim unquam defuturum qui et ex collega victoriam sibi et gratiam melioris partis bono publico velit quaesitam; et plures, si pluribus opus sit, tribunos ad auxilium consulum paratos fore, et unum vel adversus omnes satis esse. Darent modo et consules et primores patrum operam ut, si minus omnes, aliquos tamen ex tribunis rei publicae ac senatui conciliarent.*

<sup>52</sup> Dion. Hal. 9.1.4.

<sup>53</sup> Liv. 5, 29, 6: *Tribunorum plebis actiones quia nondum invenerant finem, et plebs continuare latoribus legis tribunatum et patres reficere intercessores legis adnisi sunt; sed plus suis comitiis plebs valuit; quem doloremulti patres sunt senatus consulto facto ut consules, invisus plebi magistratus, crearentur. Annum post quintum decimum creati consules L. Lucretius Flavius Ser. Sulpicius Camerinus. Principio huius anni ferociter quia nemo ex collegio intercessurus erat coortis ad perferendam legem tribunis plebis nec segnius ob id ipsum consulibus resistentibus omnique civitate in unam eam curam conversa, Vitelliam coloniam Romanam in suo agro Aequi expugnant.*

<sup>54</sup> Dion. Hal. 10.34. Questo brano è in realtà un’esplicita testimonianza che le decisioni nel collegio tribunizio venivano prese a maggioranza, in quanto i tribuni avevano convenuto sin dal principio che si tenesse per valido ciò che la maggioranza avesse deciso.

<sup>55</sup> U. COLI, voce “*Intercessio*”, in *NNDI* p. 788. «Quando un cittadino invocava l’*auxilium* del tribuno contro l’azione ingiusta del console bastava che il tribuno interponesse la sua persona fra il cittadino e il console o il suo littore, perché l’azione del magistrato si arrestasse. Se il console avesse osato scacciarlo, nessuno avrebbe potuto impedire al tribuno di afferrare il console e punirlo personalmente»

Infatti è stato detto che gli *optimates*, mediante l'ottenimento delle *leges Aelia et Fufia* (158 a.C.)<sup>56</sup>, che regolavano l'esercizio dell'*obnuntiatio*, miravano ad «ostacolare l'attività legislativa in generale e quella dei tribuni in particolare»<sup>57</sup>. Comunque queste *leges* regolarono un'attività che già era praticata da molto tempo e a cui era attribuita grande rilevanza, e quindi non devono essere interpretate come un mero e formale riconoscimento della *obnuntiatio*. Ad ogni modo, trasformarono in uno «strumento politico-giuridico un istituto di valenza sacra»<sup>58</sup>. Taluni autori ritengono le leggi *Aelia et Fufia* una reazione del partito degli *optimates*<sup>59</sup> contro lo sviluppo in senso democratico della legislazione promanante dai concili della plebe, in virtù perlopiù dell'*exaequatio* dei plebisciti alle leggi<sup>60</sup>. Pertanto l'*obnuntiatio* fu uno strumento di matrice 'oligarchica' per ostacolare le proposte dei tribuni della plebe, tanto che nell'anno 58 a.C. si ebbe il plebiscito *Clodia de iure et tempore legum rogandarum*, attraverso il quale si tentò di attenuare la portata religiosa della *obnuntiatio* «vietando il *servare de coelo* in tutti i *dies fasti*»<sup>61</sup>. Di tal fatta le assemblee popolari tornarono ad aver maggior respiro, ma è pur vero che tale criterio (meramente giuridico) comporta complicazioni sotto il profilo religioso: in linea generale infatti se l'accoglimento dell'*obnuntiatio*<sup>62</sup> comporta il differimento della delibera in seno ai comizi, la legge approvata *contra*

<sup>56</sup> Comunque anche se talvolta citate unitamente, si tratta di due leggi diverse e distinte: la *lex Aelia* disciplinava l'esercizio della *obnuntiatio*, mentre la *lex Fufia* rafforzava il contenuto della prima stabilendo le relative sanzioni contro i suoi trasgressori. Secondo G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912, la datazione delle leggi *Aelia* e *Fufia* dovrebbe risalire al 158 a. C.; Cicerone, *Pis.* 5,10 colloca le due leggi a distanza di circa cent'anni dalla *lex Clodia de iure et tempore legum rogandarum* che le abrogò: *Nondum quae feceris, sed quae fieri passus sis, dico. Neque vero multum interest, praesertim in consule, utrum ipse perniciosis legibus, improbis contionibus rem publicam vexet, an alios vexare patiat. An potest ulla esse excusatio non dicam male sentienti, sed sedenti, cunctanti, dormienti in maximo rei publicae motu consuli? C prope annos legem Aeliam et Fufiam tenueramus, CCCC iudicium notionemque censoriam. Quas leges ausus est non nemo improbus, potuit quidem nemo convellere, quam potestatem minuere, quo minus de moribus nostris quinto quoque anno iudicaretur, nemo tam effuse petulans conatus est.* Rotondi osserva come le leggi *Aelia* e *Fufia*, seppur distinte, siano per lo più menzionate insieme (Cic., *Vatin.* 2,5,7,18; *p. red.*, 5,11; *prov.* 19,46).

<sup>57</sup> F. SERRAO, Voce "Legge" (diritto romano), in *Enciclopedia del diritto* XXIII p. 827.

<sup>58</sup> G. NOCERA, *Il potere dei comizi*, cit. p. 108.

<sup>59</sup> *Optimates* sono definiti gli esponenti del movimento aristocratico che rappresentano gli interessi dei gruppi oligarchici: «La base sociale degli *optimates* è costituita dalla *nobilitas* con le sue clientele» (vedi F. SERRAO, *Classi, partiti e legge nella Repubblica romana*, Pisa 1974, p. 174). Per quanto concerne le origini e lo sviluppo di questo movimento si veda *ibidem*, p. 166.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>61</sup> G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, p. 147. Tuttavia il magistrato maggiore può proibire all'inferiore l'esercizio di tale facoltà, come attesta Gellio, 13,15,1: *ne quis magistratus minor de caelo servasse velit*. Secondo Rotondi, la *lex Clodia* del 58 a. C. stabilì che «in tutti i *dies fasti* si potessero tenere i comizi; che non si potesse ostacolare l'azione dei comizi col *servare de coelo*, coll'*obnuntiatio* né coll'*intercessio*, sconvolgendo le regole delle leggi *Aelia* e *Fufia*» (p. 397). G. NOCERA, in *Il potere dei comizi*, cit., p. 110, esprime dubbi circa il fatto che la *lex Clodia de iure et tempore legum rogandarum* (58 a. C.) abbia abrogato o soltanto derogato alle leggi *Aelia et Fufia*. Cicerone, infatti, in *Sest.* 15,33 afferma: *ne auspicia valerent, ne quis obnuntiaret, ne quis legi intercederet, ut omnibus fastis diebus legem ferri liceret*. Sembra che la *lex Clodia* abbia abrogato le leggi *Aelia et Fufia*. Il dubbio è se la *lex Clodia* abbia totalmente posto nel nulla le leggi *Aelia et Fufia* o abbia solo derogato ad esse. Nocera conclude per la prima tesi, in quanto i casi di *obnuntiatio* successivi al 58 a. C. troverebbero la loro giustificazione «nella accusa di invalidità mossa contro la *lex Clodia*».

Tuttavia Cicerone mostra l'importanza politica e sociale delle conseguenze derivanti dalla abrogazione delle leggi *Aelia et Fufia* e come la *lex Clodia* fosse stata da sola in grado di distruggere le basi della *res publica*: *qua una rogatione quis est qui non intellegat universam rem publicam esse deletam?* (Cic. *Sest.* 15,33).

<sup>62</sup> Ricordo un'ulteriore differenza con l'*intercessio*, consistente nel fatto che il momento ultimo in cui è possibile esercitare l'*obnuntiatio* è dato dalla comunicazione dello scrutinio.

*auspicia*<sup>63</sup> (perché non accolta l'*obnuntiatio*) non è in linea con la volontà divina; se intercorre l'adesione del magistrato si verifica l'effetto proibitorio consistente nella *dimissio* dei comizi, mentre se non v'è questo accoglimento è indubbio che la delibera possa apparire in qualche modo viziata<sup>64</sup>. V'è quindi da sottolineare che l'*obnuntiatio*<sup>65</sup> si pone come produttrice di effetti giuridico-religiosi poiché il suo fondamento è religioso, ma ha delle esplicite esplicazioni dal punto di vista del procedimento comiziale stesso. Come è risaputo gli *auspicia* si distinguono in *impetrativa* ed *oblativa*<sup>66</sup>: i primi scaturiscono da un'interrogazione dell'auspicante avendo la loro base nella *legum dictio* del magistrato che si pone come un "modello esterno"<sup>67</sup>, mentre i secondi sono caratterizzati dalla spontaneità<sup>68</sup>. Questo gioco di poteri e contropoteri giuridico-religiosi è sicuramente il frutto di una forte disputa politica, ma ciò non toglie, anzi ne costituisce la viva dimostrazione, che il vincolo sacro è il più forte 'rimedio' che potesse essere escogitato da una parte del popolo e dall'altra.

Per quanto attiene al procedimento comiziale, di vivo interesse è anche la possibilità del magistrato di non operare la *renuntiatio*, fatto che comporta un aspro conflitto tra *imperium* del magistrato e *voluntas populi*. Se è vero che la mancata *renuntiatio* si è avuta perlopiù nei comizi elettorali rispetto a quelli legislativi<sup>69</sup> (perché è difficile che il magistrato presidente dell'assemblea rifiuti la *renuntiatio* per una propria proposta), vero è che nelle fonti si attestano casi in cui questo è avvenuto per salvaguardare

<sup>63</sup> Cic. *Phil.* 2.32.80: *Hic autem iratus quae dixit, di boni! Primum cum Caesar ostendisset se, priusquam proficisceretur, Dolabellam consulem esse iussurum (quem negant regem, qui et faceret semper eius modi aliquid et diceret)—sed cum Caesar ita dixisset, tum hic bonus augur eo se sacerdotio praeditum esse dixit, ut comitia auspiciis vel impedire vel vitare posset, idque se facturum esse adseveravit. In quo primum incredibilem stupiditatem hominis cognoscite.* Nell'espressione *comitia auspiciis vel impedire vel vitare* è racchiusa implicitamente «la situazione giuridica della votazione comiziale contro cui sia stata portata opposizione religiosa»: G. NOCERA, in *Il potere dei comizi*, cit., p. 240.

<sup>64</sup> Tuttavia, si deve osservare che nella *libera res publica* la rescissione degli atti viziati non sempre determina l'annullamento di tutti gli effetti prodotti dall'atto medesimo, in quanto non sempre esistono regole fisse e immutabili cui fare riferimento, ma è spesso il dato politico (suffragato sempre dalla *voluntas populi*) a delinearle. Di questo pensiero è anche G. NOCERA, in *Il potere dei comizi*, cit., p. 241.

<sup>65</sup> L'*obnuntiatio* è uno strumento costituzionale di cui dispone il magistrato che presiede l'assemblea e non un mezzo rivolto contro la sua iniziativa, come invece l'*intercessio*; in secondo luogo, mentre l'*intercessio* può essere effettuata soltanto dai magistrati, l'*obnuntiatio*, può essere fatta valere da chiunque abbia colto il segno celeste, data la sua natura marcatamente religiosa. Il fatto che il *nuntians* possa essere chiunque non significa che tutti abbiano poi lo stesso peso politico e quindi che l'effetto sia sempre lo stesso. Certamente la *nuntiatio* per esempio del collegio degli auguri gode di una spiccata autorità e di conseguenza il 'vincolo' religioso (ma anche politico) per il magistrato sarà più forte rispetto a quello del singolo privato.

<sup>66</sup> P. CATALANO, *Contributi*, cit., passim.

<sup>67</sup> Espressione di G. NOCERA, in *Il potere dei comizi*, cit., p. 181.

<sup>68</sup> G. NOCERA, in *Il potere dei comizi*, cit., p. 181 «La facile caratterizzazione di alcuni tra i segni oblativi ha portato alla fissità oggettiva dei medesimi, così che la loro presenza operi come causa certa di turbamento del negozio giuridico pubblico. È precisamente quel che è avvenuto con i *signa coelestia*, la cui osservazione da strumento generico dei rapporti con la divinità ne è divenuta strumento specifico non appena l'osservazione stessa è stata riconosciuta come un vincolo preminente dell'attività comiziale».

<sup>69</sup> Ed infatti proprio in questi vi sono casi in cui la formula 'non renuntiabo' è legata direttamente alla sola volontà del magistrato: G. NOCERA, in *Il potere dei comizi*, cit., a p. 107 commenta così la libertà di *renuntiatio* del magistrato che presiede l'assemblea per la concessione del trionfo a Lucio Emilio Paolo (in Plut. *Aem. Paul.* 31): «il tribuno proponente, avendo valutato dal voto negativo della prima tribù l'umore del popolo, decise di non proseguire nella *renuntiatio*, interrompendo così la riunione e, conseguentemente, causando l'invalidità dei suffragi espressi»

il sistema contro elezioni di persone che non possedevano i requisiti voluti dal sistema, e quindi per evitare elezioni 'irregolari'<sup>70</sup>.

Sempre nel quadro della salvaguardia del sistema, sapiente strumento di risoluzione di gravi conflitti intrinseci al sistema giuridico religioso, tale da giustificare un così forte limite alla *potestas populi*, risulta essere la *sanctio legis*<sup>71</sup>. Celeberrimo è il passo ciceroniano:

Cic. *Caec.* 33.95: *At enim Sulla legem tulit. Ut nihil de illo tempore, nihil de calamitate rei publicae querar, hoc tibi respondeo, ascripsisse eundem Sullam in eadem lege: 'si quid ius non esset rogari, eius ea lege nihilum rogatum.' Quid est quod ius non sit, quod populus iubere aut vetare non possit? Ut ne longius abeam, declarat ista ascriptio esse aliquid; nam, nisi esset, hoc in omnibus legibus non ascriberetur.*

Come risaputo la clausola di salvaguardia inserita nella parte finale della legge, assicurava che se qualcosa proposto dal magistrato non fosse stato diritto, avrebbe dovuto considerarsi come mai rogato ed ergo approvato: v'è dunque qualcosa che il *populus* non può *iubere* e di conseguenza *vetare*.

La *sanctio* derivando addirittura storicamente dalle *leges sacratae*, poiché ad essa erano strettamente connessi la *sacratio capitii* e lo *ius iurandum plebis*, dopo la *lex Hortensia* confluisce dal *plebiscitum alla lex*, perdendo quella carica rivoluzionaria che inizialmente la contraddistingueva: infatti «la terminologia rimane identica, pur laicizzandosi, ma cambia, nei diversi periodi, il modo e l'intensità con cui la funzione protettiva della *sanctio* si esplica»<sup>72</sup>. La *sanctio legis*, almeno quella di questo 'tipo' o 'classe' per rispettare la terminologia di Serrao<sup>73</sup>, che ha saputo studiare e classificare le varie *sanctiones*, denota che vi

---

<sup>70</sup> Liv. 3.21.8: *ne quis L. Quinctium consullem faceret; si quis fecisset, se id suffragium non observaturos.* Vell. 2.92: *Egnatium florentem favore publico sperantemque ut praeturam aedilitati, ita consulatum praeturae se iuncturum, profiteri vetuit, et cum id non obtinuisset, iuravit, etiam si factus esset consul suffragiis populi, tamen se eum non renuntiatum.*

<sup>71</sup> Vedasi sul tema V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli 1989, p. 94 ss.; C. GIOFFREDI, *La "sanctio" della legge e la "perfectio" della norma giuridica*, in *Archivio penale* 2, Roma 1946, p. 177 ss.; M. Talamanca, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano 1989, p. 249; L. MAGANZANI, *La sanctio e i rapporti fra leggi*, in *Leges publicae: La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, p. 53 ss.; B. SANTALUCIA, *Le clausole autoprotettive delle leges*, in *Leges publicae: la legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, p. 115 ss.; F. SERRAO, *Legge (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto* 23, Milano 1973, p. 828 ss.; F. ZUCCOTTI, *La sanctio legis e i limiti posti dallo ius sacrum al potere legislativo dei comizi*, in *PhiLa. Scritti per Gennaro Franciosi IV*, Napoli 2007, p. 2909 ss..

<sup>72</sup> A. DI PORTO, *Il colpo di mano di Sutri e il plebiscitum de populo non sevocando*, in F. SERRAO, *Legge e società nella repubblica romana I*, Napoli 1981, p. 345 nt. 62.

<sup>73</sup> F. SERRAO, *Legge (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto* 23, p. 829-832, ha enucleato cinque classi di *sanctiones*: Prima classe: «Clausole che garantiscono l'impunità a colui il quale, per osservare la legge nuova, è costretto a violare il *ius* o le leggi preesistenti»; seconda: «Clausole con cui si stabiliva che i magistrati, e talvolta anche i senatori o certi promagistrati o persone che rivestivano determinati incarichi, dovessero giurare di osservare ed applicare la legge e di non operare in frode alla stessa»; terza: «Clausole con cui si proibiva di abrogare la legge o di derogarvi o addirittura, in qualche caso, di trattarne in senato»; quarta: «Clausole con cui si comminava una multa contro i magistrati o senatori o giudici (o, eventualmente, altre persone) i quali *scientes dolo malo* non avessero curato l'applicazione della legge o avessero addirittura operato contro la stessa o addirittura in frode alla stessa»; quinta: «Clausole che avevano la funzione di preservare dall'abrogazione alcuni principi fondamentali, stabiliti da altre *leges* o dal *ius*, che quasi venivano considerati i pilastri dell'ordinamento costituzionale». Rotondi effettua poi una tripartizione per quanto attiene a quest'ultima classe di *sanctiones*: quelle che prevedano un'autolimitazione rispetto a leggi preesistenti, quelle che prevedevano un'autolimitazione in ragione di caratteri di sacralità, e quelle che prevedevano un'autolimitazione rispetto allo *ius* in generale: G. ROTONDI, *Problemi di diritto pubblico romano*, in *Scritti giuridici*, Milano 1922, p. 373.

sono materie in cui il *populus* «non è dotato di un potere dispositivo illimitato»<sup>74</sup>. Questa sorta di meccanismo protettivo<sup>75</sup> appartenente alla legge in generale, nella pubblicazione seguiva la *praescriptio* e il contenuto preciso del testo legislativo, costituendo *capita* collaterali al testo normativo, volto a delineare i rapporti di quella singola legge con quelle precedenti e successive<sup>76</sup>. Sembrerebbe instaurarsi un conflitto tra la *sanctio* e il precetto decemvirale per il quale le deliberazioni del popolo successive abrogano quelle precedenti<sup>77</sup>: a ben guardare la regola decemvirale non prevede<sup>78</sup> che il *populus* «possa creare diritto oltre ogni limite fissato da altre fonti dello *ius*»<sup>79</sup>. Le assemblee, e in buona sostanza il popolo, sono vincolate -per loro stesso volere- da ‘principi fondamentali’ della *civitas*, «stabiliti da altre *leges* o dal *ius*, che quasi venivano considerati i pilastri dell’ordinamento costituzionale»<sup>80</sup>, che permeavano financo un “sistema aperto”<sup>81</sup> come quello giuridico- religioso romano. Detto meccanismo mi sembra proprio volto ad evitare conflitti tra semplici statuizioni popolari e regole di più alto valore, perché insite nella *civitas*, mettendole a riparo addirittura dalla volontà del popolo, non tanto per ragioni di protezione verso sventurati e futuri momenti politici, che sarebbe ingiusto e contrario alla sovranità stessa popolare, ma perché è lo stesso popolo, che tramite il suo consenso inveterato nel tempo ha

<sup>74</sup> F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit. p. 145. Lo stesso poi opera un confronto tra Cic. *Caec.* 33.95 e Cic. *dom.* 79: *vero Volaterranis, cum etiam tum essent in armis, L. Sulla victor re publica reciperata comitiis centuriatis civitatem eripere non potuit ... hodieque Volaterrani non modo cives, sed etiam optimi cives fruuntur nobiscum simul hac civitate*, mettendo in evidenza che «pur mutando il soggetto grammaticale, il soggetto logico è lo stesso: il *populus* nella organizzazione comiziale (*Sulla comitiis centuriatis non potuit – populus non possit*)»

<sup>75</sup> Il limite alla *potestas populi* emerge in maniera cristallina e perentoria in Cic. *Att.* 3.23.3: *si quid in hac rogatione scriptum est quod per leges plebisve scita, hoc est quod per legem clodiam, promulgare, abrogare, derogare, obrogare sine fraude sua non liceat, non licuerit, quodve ei, qui promulgavit, “abrogavit”, derogavit, “obrogavit”, ob eam rem poenae multaeve sit, e. h. l. n. r.* Per quest’ultimo acronimo indico: L. FASCIONE, *Per lo studio della sigla S.S.S.E.Q.N.I.S.R.E.H.L.N.R.*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi VI*, Milano 1987, pp. 51-72.

<sup>76</sup> Si veda in particolare F. ZUCCOTTI, *La sanctio legis e i limiti posti dallo ius sacrum al potere legislativo dei comizi*, in *filia. Scritti per Gennaro Franciosi IV*, Napoli 2007, p. 2909.

<sup>77</sup> Si veda il paragrafo precedente.

<sup>78</sup> G. NOCERA, in *Il potere dei comizi*, cit., per coniugare i due principi afferma: «Il principio *quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset* trova la sua ragion d’essere nel fatto che ogni risoluzione dei comizi porta in sé i limiti della sua validità. Se fosse altrimenti e cioè se ogni decisione del popolo dovesse ritenersi assoluta, incondizionata e perpetua, non si comprenderebbe come essa possa essere sopraffatta da una successiva decisione del popolo»(p. 95); e infatti se si analizza la funzione a cui un determinato atto comiziale è destinato, si vedrà che «se gli atti propriamente legislativi possono essere abrogati dagli atti posteriori, ciò non significa che talora questa norma non possa subire delle deroghe. Partendo infatti dal principio che ogni atto comiziale contiene in sé le condizioni della sua validità, ci si può spiegare che il legislatore sottoponga qualche volta esplicitamente il suo atto alla condizione che non debba essere abrogato per virtù di alcuna legge, come avviene in quelle decisioni comiziali che si dichiara debbano valere *in perpetuum* o che si circonda di speciali garanzie per renderne praticamente difficoltosa l’abrogazione» (p. 96).

<sup>79</sup> F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit. p. 146.

<sup>80</sup> F. SERRAO, *Legge (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto* 23, p. 832.

<sup>81</sup> Espressione propria di M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano 2001, p. 5-7. Secondo Talamanca con “sistemi aperti” si intendono essenzialmente sistemi di diritto giurisprudenziale, come il sistema romano, o giudiziale, come gli ordinamenti di common law; essi sono caratterizzati da una scarsa importanza dei provvedimenti normativi espressi, lasciando ampia libertà all’organo giudicante, che può giudicare diversamente da quanto previsto nel diritto precedente, innovandolo. A questi si contrappongono i sistemi chiusi, dominanti nell’Europa continentale a partire dalla rivoluzione francese, i quali si basano sulla separazione dei poteri, pertanto la funzione legislativa viene affidata a un organo nettamente separato dal potere giudiziario. Questi sistemi vedono nei provvedimenti normativi espressi la fonte principale del diritto, cui il giudicante deve attenersi. Si veda sempre ID., *Il corpus iuris giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso II*, Padova 1995, p. 779.

accettato, ed accetta costantemente, l'apposizione di dette clausole di salvaguardia del sistema, continuando a dar vita alla *civitas*.

Per quanto attiene al rapporto di collegialità tra magistrati, è risaputo che la divisione del potere tra due persone<sup>82</sup>, i consoli, nonché l'annualità della loro carica<sup>83</sup>, ne segnano i caratteri distintivi rispetto alla persona unica del *rex*<sup>84</sup>. L'esercizio dell'*imperium*, data la compresenza di due persone titolari dello stesso potere, richiedeva come necessaria composizione dei meccanismi che rendessero 'gestibile' il potere: inizialmente veniva utilizzato lo strumento del turno<sup>85</sup>, che comunque salvaguarda l'inscindibilità del potere, avendo come radici l'istituto dell'*interregnum*<sup>86</sup>. Il *turnus*, che durava un mese<sup>87</sup>, fu applicato forse nella *iurisdictio*<sup>88</sup> e comunque per la convocazione del consesso senatorio<sup>89</sup>: tra i due la priorità nel

<sup>82</sup> F. DE MARTINO, *Intorno all'origine della repubblica romana e delle magistrature*, in ANRW I, Berlin-New York 1972, p. 233 ss.; ID., *Storia della costituzione romana I*, Napoli 1951 cit. 234 ss.; E. DE RUGGIERO, *Il consolato e i poteri pubblici in Roma*, Roma 1900, p. 693.

<sup>83</sup> U. COLI, *Sui limiti di durata delle magistrature romane*, Napoli 1953, p. 394 ss.; C. CASCIONE, *Una norma dimenticata delle XII tavole? Dion. Hal. 10.60.6*, in *Index* 28 (2000).

<sup>84</sup> Per il resto il potere, almeno secondo la tradizione, è equiparabile a quello del *rex*: Liv. 2.1.7: *Libertatis autem originem inde magis quia annuum imperium consulare factum est quam quod deminutum quicquam sit ex regia potestate numeres*. Liv. 2.1.8: *Omnia iura, omnia insignia primi consules tenere; id modo cautum est ne, si ambo fasces haberent, duplicatus terror videretur*. Brutus prior, concedente collega, fasces habuit; qui non acrior vindex libertatis fuerat quam deinde custos fuit. Cic. rep. 2.32.56: *Genuit igitur hoc in statu senatus rem publicam temporibus illis, ut in populo libero pauca per populum, pleraque senatus auctoritate et instituto ac more gererentur, atque uti consules potestatem haberent tempore dumtaxat annuam, genere ipso ac iure regiam, quodque erat ad obtinendam potentiam nobilium vel maximum, vehementer id retinebatur, populi comitia ne essent rata nisi ea patrum adprobavisset auctoritas. atque his ipsis temporibus dictator etiam est institutus decem fere annis post primos consules, T. Larcus, novumque id genus imperii visum est et proximum similitudini regiae. sed tamen omnia summa cum auctoritate a principibus cedente populo tenebantur, magnaue res temporibus illis a fortissimis viris summo imperio praeditis, dictatoribus atque consulibus, belli gerebantur*. Dion. Hal. 4.84.4: ὅσα βεβουλευμένα περὶ τῆς πολιτείας. ἡ μὲν ἢ σκοποῦμενοι, τίς ἄρχῆ γενήσεται τῶν κοινῶν κωρία, βασιλείαν μὲν οὐ κέτι καταστήσασθαι δοκεῖ, ἄρχοντας δὲ δύο καθ' ἕκαστον ἔναντον ἢ ποδεκάνον βασιλικῆν ἢ ζοντας ἔξουσιαν, οὐς ἄν ὑμεῖς ἢ ἄρχαίρεσις ἢ ποδειξίητε ψῆφον ἔπιφέροντες κατὰ λόχους, εἰ δὴ καὶ ταῦτα βουλομένοις ἔστιν ὑμῖν, ἔπιψηφίσατε. ἔπιψει καὶ ταύτην τῆν γνώμην ὁ δῆμος, καὶ ψῆφος οὐδεμία ἔγένετο ἔναντία. Sall. Cat. 6.7: *Post, ubi regium imperium, quod initio conservandae libertatis atque augendae rei publicae fuerat, in superbiam dominationemque se convortit, inmutato more annua imperia binosque imperatores sibi fecere: eo modo minime posse putabant per licentiam inolescere animam humanam*. Per un confronto invece con i magistrati repubblicani: Cic. Sest. 137: *haec est una via, mihi crede, et laudis et dignitatis et honoris, a bonis viris sapientibus et bene natura constitutis laudari et diligere; nosse discriptionem civitatis a maioribus nostris sapientissime constitutam; qui cum regum potestatem non tulissent, ita magistratus annuos creaverunt ut consilium senatus rei publicae praeponebant sempiternum, deligerentur autem in id consilium ab universo populo aditusque in illum summum ordinem omnium civium industriae ac virtuti pateret. senatum rei publicae custodem, praesidem, propugnatores conlocaverunt; huius ordinis auctoritate uti magistratus et quasi ministros gravissimi consili esse voluerunt; senatum autem ipsum proximorum ordinum splendorem confirmare, plebis libertatem et commoda tueri atque augere voluerunt*; Brut. 14.53.: *Quis enim putet aut celeritatem ingeni L. Bruto illi nobilitatis vestrae principi defuisse? qui de matre savianda ex oraculo Apollinis tam acute arguteque coniecerit; qui summam prudentiam simulatione stultitiae texerit; qui potentissimum regem clarissimi regis filium expulerit civitatemque perpetuo dominatu liberatam magistratibus annuis legibus iudicisque devinxerit; qui collegae suo imperium abrogaverit, ut e civitate regalis nominis memoriam tolleret: quod certe effici non potuisset, nisi esset oratione persuasum*.

<sup>85</sup> Ripreso da Giulio Cesare nel 59 a.C.: vedasi L. CANFORA, *Giulio Cesare: il dittatore democratico*, Roma-Bari 1999, p. 86 ss.

<sup>86</sup> Si veda W. KUNKEL, R. WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik II*, München 1995, p. 276 ss.

<sup>87</sup> Cic. rep. 2.31.55: *itaque Publicola lege illa de provocatione perlata statim securis de fascibus demi iussit, postridieque sibi collegam Sp. Lucretium subrogavit, suosque ad eum quod erat maior natu lictores transire iussit, instituitque primus ut singulis consulibus alternis mensibus lictores praerent, ne plura insignia essent imperii in libero populo quam in regno fuissent. haud mediocris hic ut ego quidem intellego vir fuit, qui modica libertate populo data facilis genuit auctoritatem principum*.

<sup>88</sup> Rimando a C. MASI DORIA, *Spretum imperium*, Napoli 2000, p. 219.

<sup>89</sup> Liv. 9.8.1: *Quo creati sunt die, eo—sic enim placuerat patribus— magistratum inierunt sollemnibusque senatus consultis perfectis de pace Caudina rettulerunt; et Publilius, penes quem fasces erant, "dic, Sp. Postumi" inquit. Qui ubi surrexit, eodem illo voltu quo sub iugum missus erat, "haud sum ignarus" inquit, "consules, ignominiae non honoris causa me primum excitatum iussumque dicere, non tamquam senatorem sed tamquam reum qua infelicis belli qua ignominiosae pacis*.

turno era riconosciuta al console più anziano<sup>90</sup>. Vi erano sicuramente casi in cui i consoli cooperavano, come nella leva<sup>91</sup>, nel campo legislativo<sup>92</sup> (esclusa ovviamente la presidenza del comizio) e in quello edicente<sup>93</sup>. Da ricordare poi che anche fonti epigrafiche<sup>94</sup> dimostrano la possibilità per i consoli di convocare collegialmente il senato e di guidarne la discussione. Per quanto attiene invece all'*imperium militiae*, anche qui venne applicato il criterio dirimente del *turnus*, che però era giornaliero<sup>95</sup> (potendosi comunque verificare che ciascuno dei due consoli esercitasse in pieno il potere perché gli eserciti operavano in luoghi distanti<sup>96</sup>), prima della separazione in *provinciae*<sup>97</sup> che trae l'origine probabilmente dal raddoppiamento della *legio* antica in un doppio esercito, poiché nel campo di battaglia il conflitto tra gli eguali poteri dei due consoli avrebbe scaturito conseguenze irreparabili: comunque se i due consoli si fossero trovati sul medesimo campo di battaglia, avrebbe prevalso sull'altro chi avesse ottenuto gli *auspicia*<sup>98</sup>, con naturali conseguenze anche per un successivo ed eventuale trionfo<sup>99</sup>. V'erano poi ovviamente degli atti che dovevano esser compiuti unipersonalmente ove l'agente veniva determinato

<sup>90</sup> Cic. *rep.* 2.31.55; Liv. 2.1; 2.98; Val. Max. 4.1.1; Plut. *Popl.* 12. Si legga però Gell. 2.15.8: *Solitos tamen audio, qui lege potiores essent, fasces primi mensis collegis concedere aut longe aetate prioribus aut nobilioribus multo aut secundum consulatum ineuntibus.*

<sup>91</sup> Caes. *Bell. Gall.* 6.1; Liv. 24.45.13; 31.8; 40.1; 42.10.2; Polyb. 6.18.

<sup>92</sup> Si pensi al nome gentilizio consolare di entrambi i consoli che dimostra almeno la cooperazione formale tra i due: si veda G. ROTONDI, *Leges publicae*, cit. p. 148 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli 1957, p. 92.

<sup>93</sup> Gell. 13.15.1; Liv. 4.6.9; 23.31.8; 23.31.12; 26.18.4.

<sup>94</sup> Per esempio il *SC. De Bacchanalibus* [FIRA I<sup>2</sup> n. 30, p. 240] nonché il *de Oropiis* [FIRA I<sup>2</sup> n. 36, p. 260]

<sup>95</sup> Liv. 4.46.3: *Coepta inter eos in urbe certamina cupiditate eadem imperii multo impensius in castris accendi; nihil sentire idem, pro sententia pugnare; sua consilia velle, sua imperia sola rata esse; contemnere in vicem et contemni, donec castigantibus legatis tandem ita comparatum est ut alternis diebus summam imperii haberent.*

<sup>96</sup> Liv. 3.70.1: *In exercitu Romano cum duo consules essent potestate pari, quod saluberrimum in administratione magnarum rerum est, summa imperii concedente Agrippa penes collegam erat; et praelatus ille facilitati submittentis se comiter respondebat communicando consilia laudesque et aequando imparem sibi; Cic. Att. 8.15.3: Brundisio proficiscens scripseram ad te quas ob causas in Epirum non essemus profecti, quod et Achaia prope esset plena audacissimorum inimicorum et exitus difficilis haberet cum inde proficisceremur. accessit cum Dyrrachi essemus ut duo nuntii adferrentur, unus classe fratrem Epheso Athenas, alter pedibus per Macedoniam venire. itaque illi obviam misimus Athenas ut inde Thessalonicam veniret. ipsi processimus et Thessalonicam a. d. x Kal. Iunias venimus neque de illius itinere quicquam certi habebamus nisi eum ab Epheso ante aliquanto profectum.*

<sup>97</sup> Si veda per tutti J. M. BERTRAND, *À propos du mot provincia : Étude sur les modes d'élaboration du langage politique* in *Journal des Savants*, 1989, p. 191 ss.

<sup>98</sup> A turno o uno dei due per sorte: Liv. 41.18: *Hostes sub aduentum C. Claudii, a quo duce de meminerant nuper ad Scultennam flumen uictos fugatosque, locorum magis praesidio aduersus infeliciter expertam vim quam armis se defensuri, duos montes Letum et Ballistam ceperunt muroque insuper amplexi sunt. tardius ex agris demigrantes oppressi ad mille et quingenti perierunt; ceteri montibus se tenebant, et ne in metu quidem feritatis ingenitae obliti saeniunt in praedam, quae Mutinae parta erat. captiuos cum foeda laceratione interficiunt; pecora in fanis trucidant uerius passim quam rite sacrificant. satiati caede animantium, quae inanima erant parietibus adfigunt, uasa omnis generis usui magis quam [ornamento] in speciem facta. Q. Petilius consul, ne absente se debellaretur, litteras ad C. Claudium misit, ut cum exercitu ad se in Galliam ueniret: campis Macris se eum expectaturum. litteris acceptis Claudius ex Liguribus castra mouit exercitumque ad campos Macros consuli tradidit. eodem [tempore] paucis post diebus C. Ualerius consul alter uenit. ibi diuisis copiis, <prius> quam digrederentur, communiter ambo exercitus lustrauerunt. tum sortiti, quia non ab eadem utrumque parte adgredi hostem placebat, regiones quas peterent. Ualerium auspicato sortitum constabat, quod in templo fuisset; in Petilio id uitii factum postea augures responderunt, quod extra templum sortem in sitellam ~in templum latam foris ipse oporteret. profecti inde in diuersas regiones. Petilius aduersus Ballistae et Leti iugum, quod eos montes perpetuo dorso inter se iungit, castra habuit. ibi adhortantem eum pro contione milites, inmemorem ambiguitatis uerbi, ominatum ferunt se eo die Letum capturum esse. duabus simul partibus subire in aduersos montes coepit. ea pars, in qua ipse erat, impigre succedebat. alteram hostes cum propulissent, ut restitueret rem inclinatum, consul equo aduectus suos quidem a fuga reuocauit, ipse, dum incautus ante signa obuersatur, missili traiectus cecidit. nec hostes duces occisum senserunt, et suorum pauci, qui uiderant, haud neglegenter, ut qui in eo uictoriam uerti scirent, corpus occultauerunt. alia multitudo pedum equitumque deturbatis hostibus montis sine duce cepere. ad quinque milia Ligurum occisa; ex Romano exercitu duo et quinquaginta ceciderunt. super tam euidentem tristis ominis euentum etiam ex pullario auditum est uitium in auspicio fuisse, nec id consulem ignorasse. C. Ualerius audita periti religionum iurisque publici, quando duo ordinarii consules eius anni, alter morbo, alter ferro perisset, suffectum consulem negabant recte comitia habere posse.*

<sup>99</sup> Si veda C. MASI DORIA, *Spretum imperium*, cit. p. 223 nt. 39.

per sorte o per accordo con il collega: la dedicazione dei templi<sup>100</sup>, la convocazione e la presidenza dei comizi consolari e censorii (elettorali)<sup>101</sup>, nonché la *dictio* del *dictator*<sup>102</sup>.

Comunque, analizzando il rapporto intercorrente tra i due consoli, è chiaro che il rapporto tra i due è esposto alla continua possibilità di generazione di conflitti, per la possibilità da parte di uno dei due dell'esercizio dello *ius prohibendi*<sup>103</sup>, poiché i due hanno pari *auspicia*<sup>104</sup> nonché *par potestas*<sup>105</sup>.

Analoghi (potenziali) conflitti si hanno nei rapporti tra magistrati diversi: se il rapporto tra magistrati maggiori e minori è risolto sulla base di Gellio<sup>106</sup> e Cicerone<sup>107</sup>, problematicità si pongono invece non tanto nel rapporto tra consoli e censori, e tra censori e pretori (risolte sempre dagli stessi scrittori citati), ma sicuramente tra consoli e pretori<sup>108</sup>. Ora, che il console fosse in una situazione di

<sup>100</sup> Esemplarmente: Liv. 2.27.5-6: *Certamen consulibus incidere, uter dedicaret Mercuri aedem. Senatus a se rem ad populum reiecit: utri eorum dedicatio iussu populi data esset, eum praeesse annonae, mercatorum collegium instituere, sollemnia pro pontifice iussit suscipere. Populus dedicationem aedis dat M. Laetorio, primi pili centurioni, quod facile appareret non tam ad honorem eius cui curatio altior fastigio suo data esset factum quam ad consulum ignominiam.*

<sup>101</sup> Liv. 35.6.1.-4: *Eodem fere tempore duorum consulum litterae allatae sunt, L. Corneli de proelio ad Mutinam cum Bois facto et Q. Minuci a Pisis: comitia suae sortis esse, ceterum adeo suspensa omnia in Liguribus se habere ut abscedi inde sine pernicie sociorum et damno rei publicae non posset. si ita uideretur patribus, mitterent ad collegam ut is, qui profligatum bellum haberet, ad comitia Romam rediret; si id facere grauarietur, quod non suae sortis id negotium esset, se quidem facturum quodcumque senatus censuisset; sed etiam atque etiam uiderent ne magis e re publica esset interregnum iniuri quam ab se in eo statu relinqui prouinciam; Liv. 24.10.1-2: Quo die magistratum inierunt consules, senatus in Capitolio est habitus decretumque omnium primum ut consules sortirentur compararentur inter se uter censoribus creandis comitia haberet priusquam ad exercitum proficisceretur.*

<sup>102</sup> Liv. 4.21.10: *Dictatorem dici Q. Servilium placet, cui Prisco alii, alii Structo fuisse cognomen tradunt. Verginius dum collegam consuleret moratus, permittente eo nocte dictatorem dixit; is sibi magistrum equitum Postumum Aebutium Heluam dicit; quando invece l'accordo non si trovava, ecco la sors a dirimere il conflitto, come si legge in Liv. 4.26.11: Sors ut dictatorem diceret—nam ne id quidem inter collegas conuenerat—T. Quinctio evenit. Is A. Postumium Tubertum, socerum suum, severissimi imperii virum, dictatorem dixit; ab eo L. Iulius magister equitum est dictus.*

<sup>103</sup> Pap. 7 quaest.: *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potestatem causam esse prohibentis constat. sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividendo actionem damnum sarciri poterit. sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.*

<sup>104</sup> Gell. 13.15.2-7: *Quaeri igitur solet, qui sint magistratus minores. Super hac re meis verbis nil opus fuit, quoniam liber M. Messalae auguris de auspiciis primus, cum hoc scriberemus, forte adfuit. Propterea ex eo libro verba ipsius Messalae subscripsimus. "Patriciorum auspicia in duas sunt diuisa potestates. Maxima sunt consulum, praetorum, censorum. Neque tamen eorum omnium inter se eadem aut eiusdem potestatis, ideo quod conlegae non sunt censors consulum aut praetorum, praetores consulum sunt. Ideo neque consules aut praetores censoribus neque censors consulibus aut praetoribus turbant aut retinent auspicia; at censors inter se, rursus praetores consulesque inter se et vitiant et obtinent. Praetor, etsi conlega consulis est, neque praetorem neque consulem iure rogare potest, ut quidem nos a superioribus accepimus aut ante haec tempora servatum est et ut in commentario tertio decimo C. Tuditani patet, quia imperium minus praetor, maius habet consul, et a minore imperio maius aut maior a minore conlega rogari iure non potest. Nos his temporibus praetore praetores creante veterum auctoritatem sumus secuti neque his comitiis in auspicio fuimus. Censors aequae non eodem rogantur auspicio atque consules et praetores. Reliquorum magistratuum minora sunt auspicia. Ideo illi "minores", hi "maiores" magistratus appellantur. Minoribus creatis magistratibus tributis comitiis magistratus, sed iustus curiata datur lege; maiores centuriatis comitiis fiunt". Ex his omnibus verbis Messalae manifestum fit, et qui sint magistratus minores et quamobrem minores appellantur. Sed et conlegam esse praetorem consuli docet, quod eodem auspicio creantur. Maiora autem dicuntur auspicia habere, quia eorum auspicia magis rata sunt quam aliorum.*

<sup>105</sup> Cic. de leg. 3.3.10: *Omnes magistratus auspiciam iudiciumque habent, exque is senatus esto. Eius decreta rata sunt. At potestas par maiore prohibessit, perscripta servantur.* Cicerone si riferisce al magistrato con potestà pari o maggiore rispetto a quello che presiedesse la seduta del senato; Cic. de leg. 3.4.11: *Vis in populo abesto. Par maiore potestas plus valeo. Ast quid turbassit in agendo, fraus actoris esto. Intercessor rei malae salutaris civis esto.* Si nota qui l'utilizzo di 'intercessor': la terminologia *ius prohibendi/intercessio* «non appare chiarissima nelle stesse fonti» C. MASI DORIA, *Spretum Imperium*, cit. p. 225 nt. 48; per chiarimenti oculati verso la differenziazione con la *intercessio tribunicia*, vedasi, per tutti: G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni*, cit., p. 87 ss.

<sup>106</sup> Vedasi nt. 104.

<sup>107</sup> Vedasi nt. 105.

<sup>108</sup> Sui pretori suggestivo l'articolo di G. NICOSIA, *Dalla creazione di un secondo 'praetor' alla autonomizzazione della 'iurisdictio peregrina'*, in *BIDR*, 106 (2016), pp. 1-18.

primazia, è in molti casi attestato nelle fonti<sup>109</sup>, ma questo va spiegato e perché no, giustificato, sotto il profilo costituzionale. In realtà, come si vedrà, consoli e pretori hanno pari *auspicia*<sup>110</sup> (Gell. 13.15.2-7) e *pari potestas*<sup>111</sup>. Il problema consta nel chiarire che tra essi una vera collegialità<sup>112</sup> non si instaura<sup>113</sup>, e questo perché sussiste una gerarchia tra l'*imperium* del console e quello del pretore<sup>114</sup>: *quia imperium minus praetor, maius habet consul*<sup>115</sup>, come chiarito anche da Cicerone:

Cic. *ad Att.* 9.9.3: *Id adsequitur, si per praetorem consules creantur. nos autem in libris habemus non modo consules a praetore sed ne praetores quidem creari ius esse idque factum esse numquam; consules eo non esse ius quod maius imperium a minore rogari non sit ius, praetores autem quod ita rogentur ut conlegae consulibus sint quorum est maius imperium.*

<sup>109</sup> Scelgo qui il caso 'emblematico' del padre proconsole che è tenuto a scendere da cavallo dinanzi al figlio console: Gell. 2.2.13: *Posuimus igitur verba ipsa Quadrigarii ex annali eius sexto transcripta: "Deinde facti consules Sempronius Gracchus iterum Q. Fabius Maximus, filius eius, qui priore anno erat consul. Ei consuli pater proconsul obviam in equo vehens venit neque descendere voluit, quod pater erat, et, quod inter eos sciebant maxima concordia convenire, lictores non ausi sunt descendere iubere. Vbi iuxta venit, tum consul ait: "quid postea?"; lictor ille, qui apparebat, cito intellexit, Maximum proconsulem descendere iussit. Fabius imperio paret et filium collaudavit, cum imperium, quod populi esset, retineret"*; Liv. 24.44.10: *cum obuiam filius progredieretur lictoresque uerecundia maiestatis eius taciti anteirent, praeter undecim fasces equo praeuectus senex, ut consul animaduertere proximum lictorem iussit et is ut descenderet ex equo inclamauit, tum demum desiliens 'experiri' inquit 'uolui, fili, satin scires consulem te esse'*. Su questo caso, si veda, tra gli altri: C. MASI DORIA, *Spretum Imperium*, cit. p. 240.

<sup>110</sup> A conferma: P. CATALANO, *Contributi*, cit. 444 ss.: «È dunque lecito concludere che l'*auspicium* corrispondeva perfettamente, dal punto di vista del diritto, alla *potestas*»

<sup>111</sup> Si confronti questa affermazione con Svet. *Dom.* 1.3: *Post victoriam demum progressus et Caesar consalutatus, honorem praeturae urbanae consulari potestate suscepit titulo tenuis (nam iuris dictionem ad collegam proximum transtulit); ceterum omnem vim dominationis tam licenter exercuit, ut tam tum qualis esset ostenderet. Ne exsequar singula, contrectatis multorum uxoribus, Domitiam Longinam Aelio Lamiae nuptam etiam in matrimonium abduxit, atque uno die super XX. officia urbana aut peregrina distribuit, mirari se Vespasiano dicitante, quod successorem non et sibi mitteret.* Su questa fonte: T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II cit. 215 nt. 3, 650 nt. 1.

<sup>112</sup> Liv. 7.1.5-6: *nisi quod non patientibus tacitum tribunis quod pro consule uno plebeio tres patricios magistratus curulibus sellis praetextatos tamquam consules sedentes nobilitas sibi sumpsisset, praetorem quidem etiam iura reddentem et collegam consulibus atque iisdem auspiciis creatum, verecundia inde imposita est senatui ex patribus iubendi aediles curules creari. Primo ut alternis annis ex plebe fierent conuenerat: postea promiscuum fuit.*

<sup>113</sup> Infatti, se pur si tratti di tutela: Ulp. 39 *ad Sab.*: 'Collegarum' appellatione hi continentur, qui sunt eiusdem potestatis.

<sup>114</sup> Interessante lo 'scontro' giuridico tra il console Caio Lutazio e il pretore Quinto Valerio a proposito della concessione senatoria del trionfo al console e non anche al pretore che aveva collaborato energicamente alla battaglia delle Egadi nell'ambito della prima guerra punica, Val. Max. 2.8.2: *Post has leges iudicii illius tempestina mentio introducet, in quo de iure triumphandi inter clarissimas personas et actum et excussum est. C. Lutatius consul [Catulus] et Q. Valerius praetor circa Siciliam insignem Poenorum classem deleuerant. quo nomine Lutatio consuli triumphum senatus decreuit. cum autem Valerius sibi quoque eum decerni desideraret, negauit id fieri oportere Lutatius, ne in honore triumpho minor potestas maiori aequaretur, pertinaciusque progressa contentione Valerius sponione Lutatium prouocauit, ni suo ductu Punica classis esset oppressa, nec dubitauit restipulari Lutatius. itaque iudex inter eos conuenit Atilius Calatinus, apud quem Valerius in hunc modum egit, consulem ea pugna in lectica claudum iacuisse, se autem omnibus imperatoris partibus functum. tunc Calatinus, prius quam Lutatius causam suam ordiretur, 'quaero' inquit, 'Valeri, a te, si dimicandum necne esset contrariis inter uos sententiis dissedissetis, utrum quod consul an quod praetor imperasset maius habiturum fuerit momentum.' respondit Valerius non facere se controuersiam quin priores partes consulis essent futurae. 'age deinde' inquit Calatinus, 'si diuersa auspicia accepissetis, cuius magis auspicio staretur?' 'item' respondit Valerius 'consulis'. 'iam hercules' inquit, 'cum de imperio et auspicio inter uos disceptationem suscepim, et tu utroque aduersarium tuum superiorem fuisse fatearis, nihil est quod ulterius dubitem. itaque, Lutati, quamuis adhuc tacueris, secundum te litem do'. mirifice iudex, quod in manifesto negotio tempus teri passus non est: probabilis Lutatius, quod ius amplissimi honoris constanter defendit: sed ne Valerius quidem improbe, quia fortis et prosperae pugnae ut non legitimum ita meritum praemium petiit. Certo qui potestas è utilizzato in senso 'atecnico' per indicare il compito di magistrato in generale e non in riferimento alla precisa collocazione costituzionale, ma il caso è rilevante per un altro evidente aspetto: il conflitto di diritto pubblico, fini, mediante stratagemmi politico-giuridici (attinenti alla conduzione della flotta), con l'essere regolato da un processo tra privati *per sponionem*.*

<sup>115</sup> Gell. 13.15.4.

Per quanto attiene al rapporto tra consoli e pretori, infatti, possiamo trovare giustificazioni della ‘gerarchia’ sopra descritta anche in Festo<sup>116</sup>, ricordando che il titolo dei magistrati supremi inizialmente era *praetor*. Ecco infatti importanti caratterizzazioni:

Fest. s.v. «*Maximum praetorem*» [152 L.]: *Maximum praetorem dici putant ali eum, qui maximi imperi sit; ali qui[a] aetatis maximae. Pro collegio quidem augurum decretum est, quod in Salutis augurio praetores maiores et minores appellantur, non ad aetatem, sed ad vim imperii pertinere.*

L’interpretazione del collegio degli auguri<sup>117</sup> si fonda quindi sul criterio della *vis imperii* per la distinzione tra pretori *maiores* e *minores*. Si badi all’utilizzo del plurale: ciò perché a guardare un’altra voce festina potrebbe pensarsi che *maior* fosse solo il *praetor urbanus*:

Fest. s.v. «*Maiorem consulem*» [154 L.]: *Maiorem consulem L. Caesar putat dici vel eum, penes quem fasces sint, vel eum, qui prior factus sit. Praetorem autem maiorem, Urbanum: minores ceteros.*

Se tra i pretori quello *maior* è il *praetor urbanus* (tutti gli altri, aggiuntisi, sono *minores*, a partire dal *praetor peregrinus*<sup>118</sup>), l’utilizzo del plurale da parte di Festo è riferito ai *praetores-consules*, poiché solo tra essi si denota una differenza di *imperium* tra ‘pretori’ che sicuramente non intercorre tra pretore urbano e peregrino<sup>119</sup> (detta differenza è poi ripercorsa molto più tardi nelle *res militaris* di Vegezio<sup>120</sup>).

Rimanendo nella sfera dello *ius publicum*, particolari conflitti potevano emergere anche per il campo della repressione criminale<sup>121</sup>: il conflitto in questo caso non riguardava tanto l’esercizio di un particolare potere, ma scaturiva dall’esigenza di delineare un collegio giudicante che fosse il più ‘neutro possibile’ per l’accusato. A parte il conflitto che poteva instaurarsi nel caso in cui i postulanti fossero

---

<sup>116</sup> Per una compiuta interpretazione della fonte che segue vedasi l’insuperabile A. MOMIGLIANO, *Praetor maximus*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino 1968.

<sup>117</sup> Per approfondimenti concernenti il ‘linguaggio’ della lingua sacerdotale romana si veda F. SINI, *Negazione e linguaggio precettivo dei sacerdoti romani*, in *Arch. stor. e giur. di Sassari* 4 (1997) p. 25 ss.

<sup>118</sup> Su questo vedasi C. CASCIONE, *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore*, Napoli 1999, p. 4 nt. 7 con ampia bibliografia.

<sup>119</sup> Ma si tenga conto anche di possibili interpretazioni differenti: vedasi, per tutte, quella recente di G. NICOSIA, *Dalla creazione*, cit. passim.

<sup>120</sup> Veg. *ep. rei. mil.* 3.1 (pp. 66-67 Lang.): *Itaque in levioribus bellis unam legionem mixtis auxiliis, hoc est decem milia peditum et duo milia equitum, crediderunt posse sufficere, quam manum praetores velut minores duces ad expeditionem saepe ducebant. Quod si magnae hostium copiae dicerentur, consularis potestas cum viginti milibus peditum et quattuor equitum tamquam comes maior mitebatur.* A leggere Lucano, invece, la differenza sembrerebbe porsi sulla base della *potestas*: Lucan. *Bell. Civ.* 3.103 ss.: *Phoebea Palatia complet / turba patrum nullo cogendi iure senatus / e latebris educta suis; non consule sacrae / fulserunt sedes, non, proxima lege potestas, / praetor adest, uacnaeque loco cessere curules: / omnia Caesar erat: privatae curiae vocis / testis adest.*

<sup>121</sup> Da ricordare che «l’iniziativa della repressione spettava a qualunque privato cittadino, quale rappresentante dell’interesse pubblico (onde la qualifica di *iudicium publicum* attribuita dalle fonti» B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994, p. 201. Ciò è importante perché chiarisce la contitolarità (e la comunanza) dell’interesse pubblico nella repressione dei *crimina*, che data proprio la sua fondamentale importanza e il suo ‘comune sentire’ all’interno della *civitas* non poteva che essere rimessa, l’iniziativa, ad ogni singolo cittadino (proprio come si vedrà *infra* per le *res publicae*).

più d'uno, risolto con la *divinatio*<sup>122</sup>, prendendo come punto di riferimento cronologico la tarda repubblica, il collegio (composto da un minimo di trenta membri fino ad un massimo di settantacinque) era composto per un terzo da senatori, per un terzo da cavalieri e per un terzo da *tribuni aerarii*, come sancito dalla *lex Aurelia iudiciaria*<sup>123</sup> del 70 a.C. e come confermato dalla *lex Pompeia*<sup>124</sup> del 55 a.C., finché una *lex Iulia* del 46 a.C. non affidò il *munus iudicandi* ai soli senatori e cavalieri. Ecco quindi la necessità di escogitare strumenti risolutivi di problematiche relative alla composizione delle giurie: innanzitutto ecco il sistema dell'*editio*, previsto dalla *lex Acilia repetundarum*<sup>125</sup>, poi la *sortitio* (solito strumento di risoluzione inconfutabile)<sup>126</sup>, e la eventuale *reictio*<sup>127</sup>.

Passando alla ricerca nella 'categoria' dei *sacerdotes* un ampio e complicato conflitto emerge nel momento in cui il popolo viene in qualche modo<sup>128</sup> reso partecipe nella scelta e del pontefice massimo e dei sacerdoti organizzati in collegi rispettivamente nei *comitia pontificis maximi* e nei *comitia sacerdotum*. Innanzitutto si pone "il problema del potere popolare"<sup>129</sup>, sintetizzato dall'Arpinate:

Cic. *leg. agr.* 2.7.18-19: *Atque hoc idem de ceteris sacerdotiis Cn. Domitius, tribunus plebis, vir clarissimus, tulit, quod populus per religionem sacerdotia mandare non poterat, ut minor pars populi vocaretur; ab ea parte qui esset factus, is a conlegio cooptaretur. Videte quid intersit inter Cn. Domitium, tribunum plebis, hominem nobilissimum, et P. Rullum qui temptavit, ut opinor, patientiam vestram, cum se nobilem esse diceret. Domitius, quod per caerimonias populi fieri non poterat, ratione adsecutus est, ut id, quoad posset, quoad fas esset, quoad liceret, populi ad partis daret; hic, quod populi semper proprium fuit, quod nemo imminuit, nemo mutavit quin ei qui populo agros essent adsignaturi ante acciperent a populo beneficium quam darent, id totum eripere vobis atque e manibus extorquere conatus est. Ille, quod dari populo nullo modo poterat, tamen quodam modo dedit; hic, quod adimi nullo pacto potest, tamen quadam ratione eripere conatur.*

Evidente come Cicerone denoti una carenza di potere del *populus*: questo costituisce di certo un problema nel coinvolgimento popolare nella scelta dei sacerdoti, poiché né *per religionem* i *sacerdotia* possono essere *mandata* né *per caerimonias*<sup>130</sup>, essendo quest'ultimo l'unico mezzo espressione dello *ius sacrum* che il *populus* potrebbe utilizzare, ma che non può, non potendo in generale avvalersi dello *ius*

<sup>122</sup> B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, cit., p. 202.

<sup>123</sup> Ascon. *Pis.* P. 17 (ed. Clark); Ascon. *Corn.* P. 97 (ed. Clark); Ps. Ascon. P. 189 (ed. Stangl); Schol. Cic. Bob. P. 91, 94 (ed. Stangl); Cic. *Att.* 1.16.3.

<sup>124</sup> Ascon. *Pis.* P. 17 (ed. Clark); Cic. *Pis.* 39.94; Cic. *Phil.* 1.8.20. In realtà questa legge comunque stabilì che nelle liste dovevano essere inseriti i più ricchi di ogni classe.

<sup>125</sup> *FIRA I* 2 p. 84 ss.

<sup>126</sup> B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, cit., p. 202, nt. 162; AA.VV., (a cura di) A. SCHIAVONE, *Storia giuridica di Roma*, Torino 2016, p. 217, 221.

<sup>127</sup> Cic. *Planc.* 36: *sed aliquando veniamus ad causam. in qua tu nomine legis Liciniae, quae est de sodaliciis, omnis ambitus leges complexus es; neque enim quicquam aliud in hac lege nisi editicios indices es secutus. quod genus iudicum si est aequum ulla in re nisi in hac tribuaria, non intellego quam ob rem senatus hoc uno in genere tribus edi voluerit ab accusatore neque eandem editionem transtulerit in ceteras causas, de ipso denique ambitu reiectionem fieri voluerit iudicum alternorum, cumque nullum genus acerbitatis praetermitteret, hoc tamen unum praeterendum putarit.*

<sup>128</sup> Per tutti F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit.; si veda anche J. SCHEID, *Le prêtre et le magistrat. Réflexions sur les sacerdoxes et le droit public à la fin de la République*, in AA.VV., *Des ordres à Rome* (sous la directions de C. Nicolet), Paris 1984, 276 ss., e J. SCHEID, *Il sacerdote*, in *L'uomo romano* (a cura di A. Giardina), Bari 1989, 57 ss.

<sup>129</sup> F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, p. 141.

<sup>130</sup> Per una compiuta indagine sull'utilizzo del termine 'caerimonia' vedasi F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit., p. 151-154.

*caerimoniarum*<sup>131</sup>. Chiarisco da subito che il problema della carenza del potere popolare non può essere risolto: questo costituirebbe un conflitto insanabile. La soluzione ricercata ed ‘escogitata’ è invece coerente con il sistema di elezione dei magistrati, che invece coinvolge, come ben si sa, *l’universus populus Romanus*, e chiarisco, è diversa dai *comitia non vera*<sup>132</sup> che sono quelli previsti dalla *rogatio Servilia agraria* per l’elezione dei *decemviri agris adsignandis* né costituisce una “Fiktion”<sup>133</sup>. La soluzione è nel coinvolgimento non di tutto il popolo ma solo della *minor pars populi*<sup>134</sup>.

Infatti sia nei *comitia pontificis maximi*, che costituiscono il modello cui si ispirano poi proprio i *comitia sacerdotum*, sia in quest’ultimi, a votare non sono tutte e trentacinque le tribù che votano di solito nei *comitia tributa*, ma solo diciassette. Il fatto che appunto sia solo la *minor pars*, e quindi diciassette tribù e non diciotto, delinea una soluzione di coerenza con tutto il sistema costituzionale romano giuridico-religioso: il ricorso al *populus*, come chiarito incontra dei limiti nella *religio sacrorum* e nelle *cerimoniae* (*populus non potest*), ed ecco infatti il ruolo della *cooptatio* a salvaguardia del sistema. All’atto della designazione comiziale il pontefice massimo è già cooptato dal collegio dei pontefici<sup>135</sup>: ciò comporta che gli *auspicia* non gli derivano di certo dai comizi che lo hanno scelto; per quanto attiene ai sacerdoti organizzati in collegi, invece, questi dopo la designazione comiziale sono cooptati dai rispettivi collegi e successivamente inaugurati così ché che neanche questi ricevano il potere, e dunque

<sup>131</sup> Per approfondimenti si veda F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit., p. 155.

<sup>132</sup> Cic. *leg. agr.* 2.12.31: *Sint igitur xviri neque veris comitiis, hoc est, populi suffragiis, neque illis ad speciem atque ad usurpationem vetustatis per xxx lectores auspiciorum causa adumbratis constituti*. Diversi quindi dai “Quasicomitien” o “Pseudo-comices”, teorizzati da T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II-I, cit., 19; 24; 27 nt. 3. Nella traduzione francese, il termine vien tradotto “pseudo-comices” (*Le droit public romain*, III, cit., 20; 26; 29 nt. 5). A tal proposito F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit., p. 56 in nt. 23 scrive: «La terminologia usata da Mommsen trae sicuramente spunto dalla sistematica giustiniana delle fonti delle obbligazioni (I. 3,13,2), oltre che da alcune figure tratte dal diritto privato, quali il quasi usufrutto (v. Gaio in D. 7,5,2,1) ed il quasi possesso (v. Gai. 4,139)». *Contra* questa teoria non solo F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit., pp. 56-61, ma anche»: G. NOCERA, *Il potere dei comizi e suoi limiti*, cit., p. 63.

<sup>133</sup> Teoria di J. BLEICKEN, *Oberpontifex und Pontifikalkollegium. Eine Studie zur römischen Sakralverfassung*, in *Hermes*, 85 (1957), 369; *Contra* F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit., pp. 62-64.

<sup>134</sup> Il rapporto tra popolo e sue parti è compiutamente delineato mediante l’ausilio di più giuristi: Cic. *Pro Mur.* 23.47: *Confusionem suffragiorum flagitasti, ~praerogationum legis Maniliae~, aequationem gratiae, dignitatis, suffragiorum. Graviter homines honesti atque in suis vicinatis et municipiis gratiosi tulerunt a tali viro esse pugnatum ut omnes et dignitatis et gratiae gradus tollerentur*; Alfeno Varo in D. 5.1.76: *proponebatur ex his iudicibus, qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur, singulorum iudicum mutatio eandem rem an aliud iudicium fecisset. respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes iudices mutati essent, tamen et rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere: neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, sed et in multis ceteris rebus: nam et legionem eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subiecti essent: et populum eundem hoc tempore putari qui abhinc centum annis fuissent, cum ex illis nemo nunc viveret*; Ateio Capitone in Gell. 10.20.5: *“plebem” autem Capito in eadem definitione seorsum a populo divisit, quoniam in populo omnis pars civitatis omnesque eius ordines contineantur, “plebes” vero ea dicatur, in qua gentes civium patriciae non insunt*. Masurio Sabino (Sulla riconduzione di questo passo a Sabino invece che a Pomponio, vedasi R. ORESTANO, *Il “problema delle persone giuridiche” in diritto romano I*, 1968, Torino, p. 130 ss.; *contra* Orestano: G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano, Cose-contratti*, Torino 1974 p. 79 : «sarebbe solo un apriorismo dire senz’altro che la trasposizione che viene dal testo di Pomponio ad Sabinum dovesse risalire a Sabino») D. 41.3.30pr.: *Rerum mixtura facta an usucapionem cuiusque praecedentem interrumpit, quaeritur. tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et graece hymnmenon vocatur, ut homo tignum lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod sunymmenon vocatur, ut aedificium navis armarium: tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex. primum genus usucapione quaestionem non habet, secundum et tertium habet*; importante poi per i fini indagati, la definizione di ‘parte’ da parte di Quinto Mucio Scevola riportata da Paolo in D. 50.16.25.1: D. 50.16.25.1: *Quintus Mucius ait partis appellationem rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse*.

<sup>135</sup> F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit., p. 263: «e con ogni probabilità è già inauguratus quale sacerdos».

gli *auspicia*, dai comizi. La prevalenza dell'elemento divino su quello popolare è dunque ampiamente tutelata.

Nel quadro generale di questo complicato rapporto tra popolo e sacerdoti, rientra e si pone anche un ulteriore conflitto consistente nella ricerca di uno strumento di risoluzione per decidere quale 'parte' del popolo possa partecipare a questo complicato meccanismo di 'scelta' o 'designazione' dei sacerdoti. In una così palese contitolarità del potere da parte del *populus Romanus*, la soluzione non può che essere affidata alla *sortitio*:

Cic. *leg. agr.* 2.7.17-18: *paucas tribus non certa condicione iuris, sed sortis beneficio fortuito. "ITEM," inquit, "EODEMQVE MODO," capite altero, "VT COMITIIS PONTIFICIS MAXIMI"*<sup>136</sup>.

Il ruolo della *sortitio* è coerente sotto due punti di vista: innanzitutto solo ad essa si può rimettere l'individuazione, e di conseguenza, la 'composizione' della *minor pars populi* poiché la *potestas* appartiene all'*universus populus Romanus*, e quindi non è possibile una selezione o gerarchia tra le varie tribù sulla base del diritto; altresì il sistema del sorteggio fa sì che la *minor pars populi* stessa sia 'decisa' da una forma di *divinatio*. Che la *sortitio*<sup>137</sup> abbia questo carattere<sup>138</sup> è confermato da Cicerone:

Cic. *De divin.* 2.41.85-87: *Quid enim sors est? Idem prope modum quod micare, quod talos iacere, quod tesseras, quibus in rebus temeritas et casus, non ratio nec consilium valet. Tota res est inventa fallaciis aut ad quaestum aut ad superstitionem aut ad errorem. Atque ut in haruspicina fecimus, sic videamus clarissumarum sortium quae tradatur inventio. Numerium Suffustium Praenestinatorum monumenta declarant, honestum hominem et nobilem, somniis crebris, ad extremum etiam minacibus cum iuberetur certo in loco silicem caedere, perterritum visis, inridentibus suis civibus id agere coepisse; itaque perfracto saxo sortis erupisse in robore insculptas priscarum litterarum notis. Is est hodie locus saeptus religiose propter Iovis pueri, qui lactens, cum Iunone Fortunae in gremio sedens, mammam adpetens, castissime colitur a matribus. Eodemque tempore in eo loco, ubi Fortunae nunc sita est aedes, mel ex olea fluxisse dicunt, haruspicesque dixisse summa nobilitate illas sortis futuras, eorumque iussu ex illa olea arcam esse factam, eoque conditas sortis, quae hodie Fortunae monitu tolluntur. Quid igitur in his potest esse certi, quae Fortunae monitu pueri manu miscentur atque ducuntur? Quo modo autem istae positae in illo loco? Quis robur illud cecidit, dolavit, inscripsit? "Nibil est," inquam, "quod deus efficere non possit." Utinam sapientis Stoicos effecisset, ne omnia cum superstitione sollicitudine*

<sup>136</sup> Più volte Cicerone richiama la *sortitio* come meccanismo di scelta delle tribù: Cic. *leg. agr.* 2.8.20: *Sortietur tribus idem Rullus ; 2.9.22: Quis comitiis praefuit, quis tribus quas voluit vocavit nullo custode sortitus, quis xviros quos voluit creavit?* F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit., p. 91 nt. 1: «I richiami dell'Arpinate sono direttamente riferiti all'assemblea ipotizzata nella proposta di Rullo e quindi, anche se indirettamente, ai *comitia pontificis maximi* cui la *rogatio Servilia* si ispira».

<sup>137</sup> Si vedano: A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Histoire de la divination dans l'antiquité*, I, Paris 1879, 190. R. BLOCH, *Les prodiges dans l'antiquité classique*, Paris 1963, passim (trad. it.=*Prodigi e divinazione nel mondo antico*, Roma 1976), e S.W. RASMUSSEN, *Public Portents in Republican Rome*, cit., passim. Vedasi anche AA.VV., *Sorteggio pubblico e cleromanzia dall'Antichità all'Età moderna. Atti della Tavola Rotonda. Università degli Studi di Milano 26-27 gennaio 2000*, Milano 2001, passim; F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit., p. 91-101

<sup>138</sup> Vi è chi è a favore del carattere divinatorio della *sortitio*: A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Histoire de la divination dans l'antiquité*, cit., passim.; P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*. I. cit., 254; 278 ss.; J. LINDERSKI, *The Auspices and the Struggle of the Orders*, in ID., *Roman Questions*, Stuttgart 1995, p.560; ID., *The Augural Law*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II, 16.3, Berlin New York 1986, 2173 ss.; L. ROSS TAYLOR, *Roman voting assemblies : from the Hannibalic war to the dictatorship of Caesar*, Michigan 1966, p. 70 ss.; I.M.J. VALETON, *De templis Romanis*, in *Mnemosyne*, XXIII (1895), p.42 ss.; F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit., p. 97-101; *contra*: A. BRELICH, *Tre variazioni romane sul tema delle origini*, Roma 1955, 15 ss; N. ROSENSTEIN, *Sorting Out the Lot in Republican Rome*, in *AIP*, 116 (1995), p. 43 ss. Sulla *sortitio*, sul suo rapporto con il diritto augurale, e sulla presunta distinzione tra *sortitiones* religiose e pubbliche, si veda più approfonditamente il capitolo successivo.

*et miseria crederent! Sed hoc quidem genus divinationis vita iam communis explosit; fani pulchritudo et vetustas Praenestinarum etiam nunc retinet sortium nomen, atque id in vulgus. Quis enim magistratus aut quis vir inlustrior utitur sortibus? Ceteris vero in locis sortes plane refrixerunt.*

È quindi pienamente d'accordo con il sistema la scelta del sistema del sorteggio: il fatto che lo *ius divinum* si ponga come criterio di risoluzione è quindi sia coerente con i problemi relativi alla composizione dell' 'assemblea' della *minor pars populi*, sia per il fine perseguito della 'scelta' del pontefice massimo e dei sacerdoti, nel più generale quadro della concordanza tra *ius* e *fas*.

Rimanendo nel campo di indagine dei sacerdoti, ritroviamo la *sortitio* come strumento di risoluzione per la scelta di determinati candidati, nella individuazione delle sacerdotesse Vestali:

Gell. 1.12.11-12: *Sed Papiam legem invenimus, qua cavetur, ut pontificis maximi arbitratu virgines e populo viginti legantur sortitioque in contione ex eo numero fiat et, cuius virginis ducta erit, ut eam pontifex maximus capiat eaque Vestae fiat. Sed ea sortitio ex lege Papia non necessaria nunc videri solet. Nam si quis honesto loco natus adeat pontificem maximum atque offerat ad sacerdotium filiam suam, cuius dumtaxat salvis religionum observationibus ratio haberi possit, gratia Papiae legis per senatum fit.*

La *lex Papia*<sup>139</sup> prevede dunque la *sortitio* delle Vestali *in contione* tra la rosa delle venti fanciulle formata dal *pontifex maximus*: una volta individuate per sorteggio le fanciulle, il pontefice massimo le deve 'capere'<sup>140</sup> come sacerdotesse.

Peraltro, come già introdotto<sup>141</sup>, si pongono particolari questioni conflittuali anche nei rapporti tra sacerdoti, nel caso in cui la questione investa o possa solo investire più persone (o più collegi), il conflitto è risolto sul piano del 'riparto delle competenze' religiose attribuite a ciascun collegio<sup>142</sup>: solo di tal guisa possono dirimersi conflitti (e dubbi) circa l'appartenenza del 'potere' di decidere cosa sia o non sia *fas*, e quindi conforme alla *religio sacrorum*<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup> Sulla datazione di tale legge: L. LANGE, *Römische Altertümer*, II, Berlin 1879 che a p.675 la colloca al 65 a.C.; mentre F. GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*, Napoli 1968, 73 ss. la inserisce nel periodo tra la *lex Ogulnia* (300 a.C.) e il primo pontefice massimo plebeo, e cioè Tiberio Coruncanio, creato intorno al 255 a.C.

<sup>140</sup> Per quanto attiene al rapporto tra la *captio Vestalium* da parte del pontefice massimo e la *sortitio in contione* c'è chi ha inteso quest'ultimo elemento come una limitazione alla scelta da parte del *pontifex maximus*, come esemplarmente L. MERCKLIN, *Die Cooptation der Römer*, Mitau-Leipzig 1848, p. 76 e G. ROTONDI, *Leges publice populi Romani*, cit., il quale afferma nella descrizione alla *lex Papia de Vestalium lectione* che questa «limita il diritto del *pontifex maximus* all'elezione delle Vestali, facendovi intervenire anche il popolo (*in contione*)». In realtà né il passo di Gellio né altre fonti dimostrano che la *captio* è stata sostituita (o comunque 'riversitata') dalla *sortitio*, come illustra P. CATALANO, *Contributi*, cit. p. 219.

<sup>141</sup> Si guardi il §1 di questo capitolo.

<sup>142</sup> Emblematico l'episodio riportato da Tacito, *ann.* 1.76-1.79, circa l'esonazione del Tevere sotto Tiberio e la decisione di quest'ultimo, in qualità di pontefice, di non ricorrere alla consultazione dei *libri Sybillini*, e quindi di non investire della questione i *decemviri sacris faciundis*.

<sup>143</sup> Nel senso di Cic. *Verr.* 3.127: *Negant id Syracusani per religiones sacrorum ullo modo fieri posse, fas denique negant esse.*

Anche per la ‘categoria’ dei *sacra* conflitti insorgono nel momento in cui si debba andare ad operare una differenziazione tra essi, e quindi, in sostanza, nel momento in cui si procede alla celebrazione di essi. Come si sa esso si distinguono in:

Fest. s.v. ‘*publica sacra*’ (Lindsay, 284): *Publica sacra, quae publico sumptu pro populo fiunt, quaeque pro montibus, pagis, curis, sacellis; at privata, quae pro singulis hominibus, familiis, gentibus fiunt.*

Fest. s.v. ‘*popularia sacra*’ (Lindsay, 298): *Popularia sacra sunt, ut ait Labeo<sup>144</sup>, quae omnes cives faciunt, nec certis familiis adtributa sunt: Fornacalia, Parilia, Laralia, porca praecidania<sup>145</sup>.*

A parte particolari interpretazioni<sup>146</sup>, e tenendo conto che «un *factum* fatto nell’interesse del *populus* era sentito (dapprima) come fatto nell’interesse di ciascuno dei *Quirites*; d’altra parte, nel fare un *sacrum* ciascun *Quirite* agiva come parte del *populus Romanus*»<sup>147</sup>, i *sacra publica* sono quelli organizzati con pubblico denaro e in favore dello stesso popolo, mentre i *privata* sono svolti in favore dei singoli cittadini e nelle strutture in cui questi privatamente erano inseriti e quindi nella loro *gens* e nella loro *familia*.

I *sacra popularia* riguardano *omnes cives*: da qui la difficoltà di differenziazione con i *sacra publica*. La differenza deve allora essere rintracciata proprio nella iniziativa e nella direzione degli stessi: i *sacra popularia* spettano ad *omnes cives* e non «ad un sacerdote, ad un magistrato o ad una determinata *familia*»<sup>148</sup> come per i *sacra publica*. Peraltro anche i *sacra popularia* si svolgevano in uno stesso giorno, poiché questo era fissato da un collegio sacerdotale o da un sacerdote, ma era celebrato dai singoli *cives* del *populus Romanus*, e non dal *populus Romanus* collettivamente considerato. In alcuni casi, poteva essevi addirittura la possibilità che dei *sacra popularia* si svolgessero anche nella forma *publica*: si pensi esemplarmente ai *Parilia*<sup>149</sup>.

---

<sup>144</sup> P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974, p. 125, riflette su una probabile anticipazione di detta classificazione ad un giurista anteriore a Labeone, databile al terzo secolo a.C.

<sup>145</sup> Questo è un elenco da intendersi come esemplificativo, in tal senso: A. CARANDINI, *La nascita di Roma. Dèi, Lari, eroi e uomini all'alba di una cività*, Torino, 1997, 398 e nt. 341; P. CATALANO, ‘*Populus Romanus*’, cit., 123; P. CATALANO, *Contributi*, cit., 352 ss.; G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, trad. it., Milano 1977, 525; J. MARQUARDT, *Le culte chez les romains*, I, trad. franc., Paris 1889, 228 ss.; D. SABBATUCCI, *La religione di Roma antica dal calendario festivo all'ordine cosmico*, Milano 1988, particolarmente p. 28 ss. (ma v. anche p. 73 ss. e p. 159 ss.).

<sup>146</sup> Vedasi F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le ‘actiones populares’*, Napoli, 1958, p. 16 ss, il quale si sforza nel considerare l’aggettivo ‘*popularis*’ come concernente il singolo uomo, per contrapporlo a ‘*privatus*’ che concernerebbe le organizzazioni familiari e ‘*publicus*’ che riguarderebbe la comunità per utilizzare questa tripartizione dei *sacra* al fine di ‘piegarla’ al suo oggetto di indagine, e proponendo cioè una tripartizione analoga tra le azioni pubbliche, private e popolari, nella quale «l’*actio popularis* ... apre uno spazio all’individuo e ai suoi interessi tra le due forme tradizionali della giuridicità romana, ordinate dalla bipolarità Stato e *familia*».

<sup>147</sup> P. CATALANO, ‘*Populus Romanus Quirites*’, cit., p. 125.

<sup>148</sup> A. SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari tra diritti diffusi e ‘class actions’*, in ‘*Actio in rem*’ e ‘*Actio in personam*’. In ricordo di Mario Talamanca, a cura di L. Garofalo, Assago 2011, p. 736; in nt. 62 scrive: «Mi pare il ‘*nec certis familiis adtributa sunt*’ si riferisca a questo profilo, e non al fatto che tali culti sarebbero attribuiti al singolo in quanto tale, al di fuori del ‘controllo’ della *familia* (intesa come *paterfamilias*)».

<sup>149</sup> In quest’ultimo caso venivano celebrati da una Vestale, come testimonia Ovid. *Fast.* 4.635; 4.725 ss.

Ancora nell'ambito dei *sacra* è da collocarsi, il conflitto, già introdotto<sup>150</sup>, tra *ius humanum* e *ius divinum*, accentuato dal fatto che ben poteva darsi che le stesse persone che amministravano il culto governassero la *res publica*<sup>151</sup>. Mi riferisco allo scontro tra l'*imperium* (assistito comunque *-rectius*: 'giustificato'- dagli *auspicia publica*<sup>152</sup>) proprio dei magistrati, che traggono il loro fondamento nella *potestas populi*<sup>153</sup> e i sacerdoti, che derivano i loro 'poteri' dalla *potestas deorum* tramite l'*inauguratio*. Ma è opportuno chiarire quali contorni e quali esplicazioni prenda l'investitura divina per i sacerdoti, in modo tale da poter qualificare e comprendere come possa dal sacerdote scaturire uno *iussus* che sia capace di impartire ordini non solo ad altri sacerdoti<sup>154</sup>, ma financo a magistrati<sup>155</sup>.

Orbene, a ricercare nelle fonti, i sacerdoti posseggono la *potestas* e l'*auctoritas*: la prima singolarmente, la seconda collegialmente. Chiarisco subito che la *potestas* dei sacerdoti non è quella che appartiene ai sacerdoti:

Cic. *leg. agr.* 2.11.28: *Vidit et perspexit sine curiata lege xviros potestatem habere non posse, quoniam per viii tribus essent constituti.*

<sup>150</sup> Si guardi il §1 di questo capitolo.

<sup>151</sup> Cic. *dom.* 1.1: *cum multa divinitus, pontifices, a maioribus nostris inventa atque instituta sunt, tum nihil praeclariorum quam quod eosdem et religionibus deorum immortalium et summae rei publicae praeesse voluerunt, ut amplissimi et clarissimi cives rem publicam bene gerendo religiones, religiones sapienter interpretando rem publicam conservarent.*

<sup>152</sup> Gell. 13.15.2-7: *Quaeri igitur solet, qui sint magistratus minores. Super hac re meis verbis nil opus fuit, quoniam liber M. Messalae auguris de auspiciis primus, cum hoc scriberemus, forte adfuit. Propterea ex eo libro verba ipsius Messalae subscripsimus. "Patriciorum auspicia in duas sunt divisa potestates. Maxima sunt consulum, praetorum, censorum. Neque tamen eorum omnium inter se eadem aut eiusdem potestatis, ideo quod conlegae non sunt censores consulum aut praetorum, praetores consulum sunt. Ideo neque consules aut praetores censoribus neque censores consulibus aut praetoribus turbant aut retinent auspicia; at censores inter se, rursus praetores consulesque inter se et vitiant et obtinent. Praetor, etsi conlega consulis est, neque praetorem neque consulem iure rogare potest, ut quidem nos a superioribus accepimus aut ante haec tempora servatum est et ut in commentario tertio decimo C. Tuditani patet, quia imperium minus praetor, maius habet consul, et a minore imperio maius aut maior a minore conlega rogari iure non potest. Nos his temporibus praetore praetores creante veterum auctoritatem sumus secuti neque his comitiis in auspicio fuimus. Censores aequae non eodem rogantur auspicio atque consules et praetores. Reliquorum magistratum minora sunt auspicia. Ideo illi "minores", hi "maiores" magistratus appellantur. Minoribus creatis magistratibus tribuitis comitiis magistratus, sed iustus curiata datur lege; maiores centuriatis comitiis fiunt". Ex his omnibus verbis Messalae manifestum fit, et qui sint magistratus minores et quamobrem minores appellantur. Sed et conlegam esse praetorem consuli docet, quod eodem auspicio creantur. Maiora autem dicuntur auspicia habere, quia eorum auspicia magis rata sunt quam aliorum.*

<sup>153</sup> Cic. *leg. agr.* 2.7.17: *omnes potestates, imperia, curationes ab universo populo Romano proficisci convenit.*

<sup>154</sup> Liv. 28.11: *In civitate tanto discrimine belli sollicita cum omnium secundorum adversorumque causas in deos verterent, multa prodigia nuntiabantur: Tarracinae Iovis aedem, Satrici Matris Matutae de caelo tactam; Satricanos haud minus terrebant in aedem Iovis foribus ipsis duo perlapsi angues; ab Antio nuntiatum est cruentas spicas metentibus visas esse; Caere porcus biceps et agnus mas idem feminaque natus erat; et Albae duo soles visos ferebant et nocte Fregellis lucem obortam; et bos in agro Romano locutus et ara Neptuni multo manasse sudore in circo Flamino dicebatur; et aedes Cereris Salutis Quirini de caelo tactae. prodigia consules hostiis maioribus procurare iussi et supplicationem unum diem habere—ea ex senatus consulto facta—: plus omnibus aut nuntiatis peregre aut visis domi prodigiis terruit animos hominum ignis in aede Vestae exstinctus, caesaque flagro est Vestalis cuius custodia eius noctis fuerat iussu P. Licini pontificis. id quamquam nihil portentibus dis ceterum negligentia humana acciderat, tamen et hostiis maioribus procurari et supplicationem ad Vestae haberi placuit.*

<sup>155</sup> Liv. 37.51: *Priusquam in prouincias praetores irent, certamen inter P. Licinium pontificem maximum fuit et Q. Fabium Pictorem flaminem Quirinalem, quale patrum memoria inter L. Metellum et Postumium Albinum fuerat. consulem illum cum C. Lutatio collega in Siciliam ad classem proficiscentem ad sacra retinuerat Metellus, pontifex maximus; praetorem hunc, ne in Sardiniam proficisceretur, P. Licinius tenuit. et in senatu et ad populum magnis contentionebus certatum, et imperia inhibita ultro citroque, et pignera capta, et multae dictae, et tribuni appellati, et provocatum ad populum est. religio ad postremum iucit; ut dicto audiens esset flamen pontifici iussus; et multa iussu populi ei remissa. ira prouinciae ereptae praetorem magistratu abdicare se conantem patres auctoritate sua deterruerunt et, ut ius inter peregrinos diceret, decreuerunt.*

Non possono quindi esserci *potestates* per quei magistrati che non siano stati creati dall'intero popolo: ciò non toglie che possano esserci però delle *potestates* che non promanano dal popolo:

Cic. *dom.* 1: *in sacerdotum populi Romani iudicio ac potestate.*

Cic. *dom.* 43: *mibi videntur /ructum reditus et gratulationis meae ad suorum sacerdotum potestatem iudiciumque revocasse.*

Cic. *har. resp.* 13: *ita est enim interpretatio illa pontificum, ut eidem potestatem habeant iudicium.*

Appare evidente come anche i sacerdoti siano titolari di *potestas*<sup>156</sup>, la quale non spetta al collegio in sé ma spetta, e dunque viene esercitata, singolarmente dai *sacerdotes publici populi Romani*<sup>157</sup>; ne costituisce riprova:

Fest. s.v. 'Contio' (30, 19-20 Lindsay): *contio significat conventum, non tamen alium, quam eum, qui a magistratu vel a sacerdote publico per praeconem convocatur.*

Se i sacerdoti hanno dunque *potestas*, e il fondamento non è il popolo, bisogna considerare altri elementi. Innanzitutto il termine *potestas* apre ad una polisemia che investe anche il campo della titolarità:

Paul. *l. s. ad l. Fuf. Canin.* D. 50.16.215: *potestatis verbo plura significantur: in persona magistratum imperium, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium*<sup>158</sup>.

Invero poi, non poche sono le fonti che parlano di *potestas deorum*, esemplarmente:

Cic. *Pro Mur.* 2: *Quae cum ita sint, iudices, et cum omnis deorum immortalium potestas aut translata sit ad vos aut certe communicata vobiscum, idem consulem vestrae fidei commendat qui antea dis immortalibus commendavit, ut eiusdem hominis voce et declaratus consul et defensus beneficium populi Romani cum vestra atque omnium civium salute tueatur.*

Liv. 8.9.6: *Pontifex eum togam praetextam sumere iussit et velato capite, manu subter togam ad mentum exserta, super telum subiectum pedibus stantem sic dicere: 'Iane, Iuppiter, Mars pater, Quirine, Bellona, Lares, Divi Nouensiles, Di Indigetes, Divi, quorum est potestas nostrorum hostiumque, Dique Manes, vos precor veneror, veniam peto feroque, uti populo Romano Quiritium vim victoriam prosperetis hostesque populi Romani Quiritium terrore formidine morteque adficiatis.*

---

<sup>156</sup> A favore di questa tesi G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., che a p. 291 nt. 122 scrive «i sacerdoti non sono tra coloro il cui potere si basa sul mandato *populi*», non nega la presenza di *potestas* in capo ai sacerdoti, pur affermando che «non sorprende non siano in quanto tali dotati di *potestas*» e che sono «estremamente rare, direi eccezionali, le attribuzioni di *potestas* ai sacerdoti»; vedasi anche F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit., pp. 84-87. Contro questa tesi: A. D'ORS, *En torno a las raíces romanas de la colegialidad*, in AA.VV., *Tres estudios históricos sobre la colegialidad episcopal*, Pamplona 1965, cp. 13 ss.; R. DOMINGO, *Teoría de la "auctoritas"*, Pamplona 1987, p. 63 ss.

<sup>157</sup> Quest'espressione attestata spesso nelle fonti significa semplicemente che i sacerdoti fanno parte della cosa pubblica romana, ma non che provengono da questa: vedasi P. CATALANO, *Contributi*, cit. p. 202 nt. 27 e p. 451 nt. 38. Vedasi F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit., pp. 85-86, per chiarimenti sul tema.

<sup>158</sup> Suggestivo G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona*, I, Milano 1984, p. 71: «non ha né esercita il potere 'per sé', ma per colui nella cui potestà si trova».

Sen. benef. 4.8.3: *Si quid a Seneca accepisses, Annaeo te diceres debere, vel Lucio: non creditorem mutares, sed nomen; quoniam sive praenomen eius, sive nomen dixisses, sive cognomen, idem tamen ille esset. Sic hunc Naturam voces, Fatum, Fortunam: omnia eiusdem Dei nomina sunt, varie utentis sua potestate.*

Infine, anche gli uomini dotati di *potestas* sono soggetti alla potere degli dei:

Svet. Caes. 6: *Est ergo in genere et sanctitas regum, qui plurimum inter homines pollent, et caerimonia deorum, quorum ipsi in potestate sunt reges.*

È dimostrata quindi la ‘differenza’ tra le diverse *potestates* dei magistrati e dei sacerdoti, nel senso sicuro che se per *potestas* si intende quella proveniente ed affidata dal popolo romano ai magistrati, i sacerdoti non possono possederla; se però si tiene conto delle altre fonti sopra riportate e «considerato che tutti gli uomini sono sottoposti alla *potestas* degli déi, non si può dubitare che i *sacerdotes* abbiano *potestas*»<sup>159</sup>.

Orbene i sacerdoti possiedono anche *auctoritas*: ma non la possiedono singolarmente (eccezion fatta per il *pontifex maximus*), ma collegialmente, come attestano chiaramente le fonti<sup>160</sup>.

Ciò che a me interessa analizzare è l’esplicazione di tali poteri dei sacerdoti, tanto la *potestas* quanto la *auctoritas*: in particolare se è sicuramente vero che il pontefice convoca i *comitia pontificis maximi* sulla base della sua *potestas* (mentre i *comitia sacerdotum* sono tenuti dai magistrati *maiores* sulla base dell’*imperium*<sup>161</sup>), altrettanto vero è che sulla base sempre della *potestas* esso ottiene la forza e la giustificazione giuridico-religiosa che si pone alla base dello *iussus*, che è «sicuramente esplicazione di *potestas*»<sup>162</sup>.

Passando alla diversa prospettiva di indagine basata sulle fonti-parti del diritto, primaria importanza riveste la ricerca nel campo delle *leges*: al di là del rapporto tra le diverse ‘deliberazioni’ del popolo, con esplicito riferimento quindi al conflitto -risolto dalla *lex Hortensia*- tra *leges* e *plebiscita*, che è stato già introdotto, una compiuta indagine attraverserà il procedimento di formazione della *voluntas populi* in assemblea, per diverse ragioni.

<sup>159</sup> Il virgolettato è di F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit., p. 87

<sup>160</sup> Cic. *dom.* 2: *sin autem vestra auctoritate sapientiaque, pontifices*; 44: *hanc vos igitur, pontifices, iudicio atque auctoritate vestra tribuno plebis potestatem dabit, ut proscribere possit quos velit?*; 137: *senatus in loco augusto consecratam iam aram tollendam ex auctoritate pontificum censuit*; 2.19.48: *hoc posito haec iura pontificum auctoritate consecuta sunt*; 2.21.52; Macr. *Sat.* 1.15: *ut Idus Iovi, ita omnes, Kalendas Lunoni tributas et Varronis et pontificalis affirmat auctoritas*. Per il pontefice massimo: Cic. *Phil.* 5.53: *de exeratu autem C. Caesaris ita censeo decernendum: 'senatui placere militibus veteranis, qui Caesaris pontificis auctoritatem secuti'*; Gell. 5.13.6: *firmum atque clarum isti rei testimonium perhibet auctoritas C. Caesaris pontificis maximi*.

<sup>161</sup> Cic. *Brut.* 1.5.3: *omnino Pansa vivo celeriora omnia putabamus. statim enim conlegam sibi subrogavisset, deinde ante praetoria sacerdotum comitia fuissent. nunc per auspicia longam moram video. dum enim unus erit patricius magistratus, auspicia ad patres redire non possunt*.

<sup>162</sup> Così F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit., p. 87, nt. 85.

La prima motivazione è meramente tecnica: il criterio della maggioranza all'interno della singola curia, *centuria*<sup>163</sup> o *tribù*<sup>164</sup> riflette ragioni di ordine pratico, le quali risultano talvolta esser il riflesso di una precisa scelta politica. Esemplarmente questo lo si capisce appieno esaminando la modalità con la quale si perveniva al raggiungimento della maggioranza nei *comitia centuriata*, la quale ben si comprende alla luce del 'combinato disposto' da Cicerone e Livio:

Cic. rep. 2.22.39: *deinde equitum magno numero ex omni populi summa separato, reliquum populum distribuit in quinque classis, senioresque a iunioribus divisit, easque ita disparavit ut suffragia non in multitudinis sed in locupletium potestate essent, curavitque, quod semper in re publica tenendum est, ne plurimum valeant plurimi. quae descriptio si esset ignota vobis, explicaretur a me; nunc rationem videtis esse talem, ut equitum centuriae cum sex suffragiis et prima classis, addita centuria quae ad summum usum urbis fabris tignariis est data, LXXXVIII centurias habeat; quibus e centum quattuor centuriis—tot enim reliquae sunt—octo solae si accesserunt, confecta est vis populi universa, reliquaque multo maior multitudo sex et nonaginta centuriarum neque excluderetur suffragiis, ne superbum esset, nec valeret nimis, ne esset periculosum.*

Liv. 1.43.1-10: *Ex iis qui centum milium aeris aut maiorem censum haberent octoginta confecit centurias, quadragenas seniorum ac iuniorum; prima classis omnes appellati; seniores ad urbis custodiam ut praesto essent, iuvenes ut foris bella gererent; arma his imperata galea, clipeum, ocreae, lorica, omnia ex aere; haec ut tegumenta corporis essent: tela in hostem hastaque et gladius. Additae huic classi duae fabrum centuriae quae sine armis stipendia facerent; datum munus ut machinas in bello ferrent. Secunda classis intra centum usque ad quinque et septuaginta milium censum instituta, et ex iis, senioribus iunioribusque, viginti conscriptae centuriae; arma imperata scutum pro clipeo et praeter lorica omnia eadem. Tertiae classis in quinquaginta milium censum esse voluit; totidem centuriae et hae eodemque discrimine aetatum factae; nec de armis quicquam mutatum, ocreae tantum ademptae. In quarta classe census quinque et viginti milium, totidem centuriae factae, arma mutata: nihil praeter hastam et verutum datum. Quinta classis aucta; centuriae triginta factae; fundas lapidesque missiles hi secum gerebant; in his accensi cornicines tubicinesque in duas centurias distributi; undecim milibus haec classis censebatur. Hoc minor census reliquam multitudinem habuit; inde una centuria facta est, immunis militia. Ita pedestri exercitu ornato distributoque, equitum ex primoribus civitatis duodecim scripsit centurias; sex item alias centurias, tribus ab Romulo institutis, sub iisdem quibus inauguratae erant nominibus fecit. Ad equos emendos dena milia aeris ex publico data, et, quibus equos alerent, viduae attributae quae bina milia aeris in annos singulos penderent. Haec omnia in dites a pauperibus inclinata onera. Deinde est bonus additus. Non enim, ut ab Romulo traditum ceteri servaverant reges, viritum suffragium eadem vi eodemque iure promisce omnibus datum est; sed gradus facti, ut neque exclusus quisquam suffragio videretur et vis omnis penes primores civitatis esset;*

Risulta essere quindi evidente il sistema procedurale che si seguiva nei comizi centuriati: mediante la distribuzione del *populus* in centurie e classi, il sistema escogitato permetteva di dar un maggior peso alle classi più abbienti. A parte considerazioni di tipo politico-costituzionale evidenti, bilanciate da un sistema diverso adottato nei *comitia tributa*, ove la popolazione era suddivisa per la sola collocazione territoriale all'interno della *civitas* (che un certo squilibrio lo denotava comunque, dato che nelle tribù rustiche, trentuno rispetto alle quattro urbane, si riscontrava un maggior numero di abitanti abbienti) è evidente che dato l'elevato numero dei votanti di certo il criterio dell'unanimità non poteva essere adottato, pena la paralisi del sistema.

<sup>163</sup> Vedasi G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia*, Torino 2012.

<sup>164</sup> Sul tema P. FRACCARO, *La procedura di voto nei comizi tributi romani*, in *Opuscula*, II, Pavia 1957, pp. 235-254.

E veniamo alla seconda motivazione dell'indagine: interessante è comprendere la derivazione della deliberazione popolare: se il *populus*, è diviso in curie, centurie o tribù, e se viene adottato il criterio della maggioranza, con la logica affermazione che non tutti i cittadini hanno partecipato favorevolmente alla delibera, è interessante evidenziare, che se pur l'assemblea non prende i contorni della *persona giuridica*<sup>165</sup>, e quindi dell' 'organo', di fatto differenze non ne troviamo se guardiamo al solo risultato della delibera. La soluzione, come dirò, va ricercata altrove, al fine di illustrare come neanche sotto questa prospettiva meramente pragmatica, il dato concreto del diritto romano non è affatto lesivo.

Prima di chiarire la motivazione per la quale, anche contro decisioni del popolo preso a maggioranza, il sistema rimane imperniato su precisi canoni di concretezza, è opportuno complicare ulteriormente il quadro, andando ad esaminare la procedura di formazione della volontà del senato. Chiarisco subito anche qui che non è il senato a prender decisioni, ma la maggioranza dei senatori: precisazione rilevante nel quadro sopraesposto di contrapposizioni tra astrazione e concretezza. La risposta è semplice: l'*auctoritas* non è del senato concepito unitariamente come consesso, ma appartiene ai singoli senatori; ciò non toglie ovviamente che uno strumento di risoluzione doveva in qualche modo essere escogitato, e come per i comizi, si scelse il principio della maggioranza: su questo punto è esauriente il passo di Gellio<sup>166</sup>, il quale insiste sulla modalità di voto *per discessionem*, sicuramente perché più celere rispetto a quella *per singulorum sententias exquisitas*, e, forse, anche per il fatto che formava in maniera netta, oserei dire 'concreta', la maggioranza.

Nell'esaminare a fondo i sistemi procedurali di votazione e nel senato e nei comizi, mi soffermerò nei casi in cui la *sortitio*, estremo strumento di risoluzione in situazioni di contitolarità di

---

<sup>165</sup> Per tutti si vedano: P. CATALANO, *Alle radici del problema delle persone giuridiche* in *Rassegna di diritto civile*, 1983, 4 (poi ripubblicato in ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino 1990); ID., *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974, passim; G. LOBRANO, *La alternativa attuale tra i binomi istituzionali: "persona giuridica e rappresentanza" e "società e articolazione dell'iter di formazione della volontà". Una ipo-tesi (mendeleeviana)*, in *Diritto@Storia, Rivista Internazionale di scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 10, 2011-2012; R. ORESTANO, *Il "problema delle persone giuridiche"*, cit., passim;

<sup>166</sup> Gell. 14.7.6-13: *ostea scripsit de intercessionibus dixitque intercedendi, ne senatusconsultum fieret, ius fuisse iis solis, qui eadem potestate qua ii, qui senatusconsultum facere vellent, maioreve essent. Tum adscripsit de locis, in quibus senatusconsultum fieri iure posset, docuitque confirmavitque, nisi in loco per augures constituto, quod "templum" appellaretur, senatusconsultum factum esset, iustum id non fuisse. Propterea et in curia Hostilia et in Pompeia et post in Iulia, cum profana ea loca fuissent, templa esse per augures constituta, ut in iis senatusconsulta more maiorum iusta fieri possent. Inter quae id quoque scriptum reliquit non omnes aedes sacras templa esse ac ne aedem quidem Vestae templum esse. Post haec deinceps dicit senatusconsultum ante exortum aut post occasum solem factum ratum non fuisse; opus etiam censorum fecisse existimatos, per quos eo tempore senatusconsultum factum esset. Docet deinde inibi multa: quibus diebus haberi senatum ius non sit; immolareque hostiam prius auspiciarique debere, qui senatum habiturus esset, de rebusque divinis prius quam humanis ad senatum referendum esse; tum porro referri oportere aut infinite de republica aut de singulis rebus finite; senatusque consultum fieri duobus modis, aut per discessionem, si consentiretur, aut, si res dubia esset, per singulorum sententias exquisitas; singulos autem debere consuli gradatim incipique a consulari gradu. Ex quo gradu semper quidem antea primum rogari solitum, qui princeps in senatum lectus esset; tum autem, cum haec scriberet, novum morem institutum refert per ambitionem gratiamque, ut is primus rogaretur, quem rogare vellet, qui haberet senatum, dum is tamen ex gradu consulari esset. Praeter haec de pignore quoque capiendo disserit deque multa dicenda senatori, qui, cum in senatum venire deberet, non adesset. Haec et alia quaedam id genus in libro, quo supra dixi, M. Varro epistula ad Oppianum scripta executus est. Sed quod ait senatusconsultum duobus modis fieri solere aut conquisitis sententiis aut per discessionem, parum convenire videtur cum eo, quod Ateius Capito in coniectaneis scriptum reliquit. Nam in libro con. IIII Tiberonem dicere ait nullum senatusconsultum fieri posse non discessione facta, quia in omnibus senatusconsultis, etiam in iis, quae per relationem fierent, discessio esset necessaria, idque ipse Capito verum esse affirmat. Sed de hac omni re alio in loco plenius accuratiusque nos memini scribere.*

potere, veniva utilizzata. Nei comizi ecco che il sorteggio veniva utilizzato per l'estrazione della *centuria praerogativa*, ossia per determinare quale centuria dovesse essere la prima a votare<sup>167</sup>; forte è l'indirizzo politico della manifestazione del voto della centuria estratta, come testimoniato dalle fonti<sup>168</sup>. Anche nei comizi tributi veniva utilizzata la *sortitio*, ma non per l'estrazione della tribù che votasse per prima, bensì per l'estrazione del *principium*, ossia la tribù i cui risultati venivano recitati per primi alle altre tribù<sup>169</sup>.

Per quanto attiene ai *foedera*, il compito giuridico-religioso di stipulare trattati con il nemico (e dichiarare guerra soltanto nel caso in cui quest'operazione non avesse sortito effetti positivi<sup>170</sup>) spetta al collegio dei *fetiales*<sup>171</sup>. Ora, nel complesso quadro sacrale che investiva il procedimento della stipulazione assumeva un ruolo predominante il *pater patratus* che aveva il compito di *patrare* il giuramento:

<sup>167</sup> Cic. *Phil.* 2.82: *Itaque ex illo die recordamini eius usque ad Idus Martias consulatum. Quis umquam adparitor tam humilis, tam abiectus? Nihil ipse poterat, omnia rogabat, caput in aversam lecticam inserens beneficia, quae venderet, a collega petebat. Ecce Dolabellae comitorum dies! Sortitio praerogativae; quiescit. Renuntiat; tacet. Prima classis vocatur, renuntiat; deinde, ita ut adsolet, suffragia; tum secunda classis vocatur; quae omnia sunt citius facta, quam dixi.*

<sup>168</sup> Cic. *Planc.* 49: *sed cur sic ago? quasi non comitiis iam superioribus sit Plancius designatus aedilis; quae comitia primum habere coepit consul cum omnibus in rebus summa auctoritate, tum harum ipsarum legum ambitus auctor; deinde habere coepit subito praeter opinionem omnium, ut, ne si cogitasset quidem largiri quispiam, daretur spatium comparandi. vocatae tribus, latum suffragium, diribitae <tabellae>. longe plurimum valuit Plancius; nulla largitionis nec fuit nec esse potuit suspicio. ain tandem? una centuria praerogativa tantum habet auctoritatis ut nemo umquam prior eam tulerit quin renuntiat sit aut eis ipsis comitiis consul aut certe in illum annum; aedilem tu Plancium factum esse miraris, in quo non exigua pars populi, sed universus populus voluntatem suam declararit, cuius in honore non unius tribus pars sed comitia tota comitiis fuerint praerogativa?*

<sup>169</sup> T. MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, I, p.411; G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, II, Milano-Torino-Roma 1907, p. 192. Dalla ricostruzione di Mommsen, De Sanctis ha preso le distanze, non accogliendo la *renuntiatio pro tribu*. Per Mommsen il *principium* era proprio la tribù che veniva ad essere recitata per prima, dopo lo spoglio dei voti di tutte le tribù che avevano contemporaneamente votato. A sostegno di questa ricostruzione: Varro, *rust.* 3.17.1: *latis tabulis sortitio fit tribuum, coepti sunt a pracone recini, quem quaeque tribus fecerit aedilem*. Dopo invece la proclamazione dei risultati del *principium* non abbiamo notizie certe sui risultati di quale tribù dovessero essere proclamati, forse si seguiva l'ordo *tribuum*: Cic. *leg. agr.* 2.79: *Quae est ista superbia et contumacia, ut populi pars amputetur, ordo tribuum neglegatur?*

<sup>170</sup> Emblematico dell'insegnamento tratto dai Romani sulla scorta del conflitto tra Romolo e Remo, per il quale viene prima il diritto, e poi la guerra (*extrema ratio* come strumento di risoluzione dei conflitti), non è soltanto la vicenda degli Orazi e dei Curiazi (che sicuramente ben fa comprendere come delle regole antecedenti allo scontro facciano risparmiare conseguenze tragiche), ma anche il fatto che Livio tratta prima della stipulazione dei trattati e poi della dichiarazione di guerra, sia pure per ragioni meramente storiografiche. Per la stipulazione dei trattati si veda *infra*, per la dichiarazione di guerra: Liv. 1.32.6-14: *Legatus ubi ad fines eorum venit unde res repetuntur, capite velato filo—lanae velamen est—"Audi, Iuppiter" inquit; "audite, fines"—cuiscumque gentis sunt, nominat—; "audiat fas. Ego sum publicus nuntius populi Romani; iuste pieque legatus venio, verbisque meis fides sit." Peragit deinde postulata. Inde Iovem testem facit: "Si ego iniuste impieque illos homines illasque res dedier mihi exposco, tum patriae compotem me nunquam siris esse." Haec, cum fines suprascandit, haec, quicumque ei primus vir obvius fuerit, haec portam ingrediens, haec forum ingressus, paucis verbis carminis concipiendique iuris iurandi mutatis, peragit. Si non deduntur quos exposcit diebus tribus et triginta—tot enim sollemnes sunt—peractis bellum ita indicit: "Audi, Iuppiter, et tu, Iane Quirine, dique omnes caelestes, vosque terrestres vosque inferni, audite; ego vos testor populum illum"—quicumque est, nominat—"iniustum esse neque ins persolvere; sed de istis rebus in patria maiores natu consulemus, quo pacto ius nostrum adipiscamur." Tum nuntius Romam ad consulendum redit. Confestim rex his ferme verbis patres consulebat: "Quarum rerum litium causarum condixit pater patratus populi Romani Quiritium patri patrato Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis, quas res nec dederunt nec solverunt nec fecerunt, quas res dari fieri solvi oportuit, dic" inquit ei quem primum sententiam rogabat, "quid censes?" Tum ille: "Puro pioque duello quaerendas censeo, itaque consentio consciscoque." Inde ordine alii rogabantur; quandoque pars maior eorum qui aderant in eandem sententiam ibat, bellum erat consensus. Fieri solitum ut fetialis hastam ferratam aut praenustam sanguineam ad fines eorum ferret et non minus tribus puberibus praesentibus diceret: "Quod populi Priscorum Latinorum hominesque Prisci Latini adversus populum Romanum Quiritium fecerunt deliquerunt, quod populus Romanus Quiritium bellum cum Priscis Latinis iussit esse senatusque populi Romani Quiritium censuit consensit ut bellum cum Priscis Latinis fieret, ob eam rem ego populusque Romanus populi Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis bellum indico facioque." Id ubi dixisset, hastam in fines eorum emittebat. Hoc tum modo ab Latinis repetitae res ac bellum indictum, moremque eum posterì acceperunt.*

<sup>171</sup> Sul tema P.CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino 1965, spec. 3-48; G.DUMÉZIL, *Ius Fetiale*, ID., *Idées romaines*, Paris 1969, pp.61-78; A.MASI, s.v. 'Diritto internazionale nel diritto romano', *Dig. Disc. Pubbl.* 5 (1990), pp.252-257; F. SINI, *Bellum, fas, nefas: aspetti religiosi e giuridici della guerra (e della pace) in Roma antica*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di*

Liv. 1.24.4-9: *Foedera alia aliis legibus, ceterum eodem modo omnia fiunt. Tum ita factum accepimus, nec ullius vetustior foederis memoria est. Fetialis regem Tullum ita rogavit: "Iubesne me, rex, cum patre patrato populi Albani foedus ferire?" Iubente rege, "Sagmina" inquit "te, rex, posco." Rex ait: "Pura tollito." Fetialis ex arce graminis herbam puram attulit. Postea regem ita rogavit: "Rex, facisne me tu regium nuntium populi Romani Quiritium, vasa comitesque meos?" Rex respondit: "Quod sine fraude mea populi Romani Quiritium fiat, facio." Fetialis erat M. Valerius; is patrem patratum Sp. Fusium fecit, verbena caput capillosque tangens. Pater patratus ad ius iurandum patrandum, id est, sancendum fit foedus; multisque id verbis, quae longo effata carmine non operae est referre, peragit. Legibus deinde, recitatis, "Audi" inquit, "Iuppiter; audi, pater patrato populi Albani; audi tu, populus Albanus. Ut illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt sine dolo malo, utique ea hic hodie rectissime intellecta sunt, illis legibus populus Romanus prior non deficiet. Si prior defexit publico consilio dolo malo, tum ille Diespiter populum Romanum sic ferito ut ego hunc porcum hic hodie feriam; tantoque magis ferito quanto magis potes pollesque." Id ubi dixit porcum saxo silice percussit. Sua item carmina Albani suumque ius iurandum per suum dictatorem suosque sacerdotes peregerunt.*

Le motivazioni per le quali fosse soltanto uno a compiere il rituale testé descritto non vengono esplicitate nelle fonti, ma sono di facile interpretazione: la complessità della formula giuridico-sacrale avrebbe potuto ingenerare facili conflitti se fosse stata compiuta da tutti e venti i feziali e quindi la scelta, da parte del collegio, di uno degli appartenenti ad esso è volta a dirimere antinomie nel preciso ‘formulario’ da seguire alla lettera, e conferma una volontà comune nell’affidare al *pater patratus*<sup>172</sup> questo compito, che agisce sì singolarmente, ma perché investito di un ruolo specifico dal collegio stesso. Oltre al procedimento feziale, sarà indagato anche la compartecipazione del senato nella dichiarazione di guerra: dopo la prima parte del procedimento, espletata direttamente dai feziali, ossia quella della *rerum repetitio*<sup>173</sup> e della *testatio deorum*, e una volta che il feziale fosse tornato in Roma, i senatori venivano infatti interrogati uno alla volta dal *rex*, e *quandoque pars maior eorum qui aderant in eandem sententiam ibat, bellum erat consensus*<sup>174</sup>. V’era quindi bisogno del parere favorevole della maggioranza dei senatori nella *consultatio patrum*, prima di concludere il procedimento giuridico sacrale con *l’indictio belli* e *l’hasta emissio*, ad opera del feziale. Si nota quindi come il dato giuridico sia giustificato dal dato religioso (la mancanza di riparazioni da parte del nemico, richieste dal feziale), e come il dato sacrale, *l’hasta emissio* sia in qualche modo non tanto ‘ autorizzato ’, ma oserei dire ‘ richiesto ’ dal dato giuridico-politico.

---

*scienze giuridiche e tradizione romana*, 5 (2004); G. TURELLI, "Audi Iuppiter", cit.; ID., *Polisemia di un gesto: l'emittere hastam dei duces e dei feziali*, in *RIDA* 55 (2008), 523-537.

<sup>172</sup> Servio lo definisce ‘*princeps fetialium*’, Serv. Aen. 9.52: *PRINCIPIUM PUGNAE hoc de Romana sollemnitate tractum est. Cum enim volebant bellum indicare, pater patratus, hoc est princeps fetialium, proficiscebatur ad hostium fines, et praefatus quaedam sollemnia, clara voce dicebat se bellum indicare propter certas causas, aut quia socios laeserant, aut quia nec abrepta animalia, nec obnoxios redderent. Et haec clarigatio dicebatur a claritate vocis. Post quam clarigationem hasta in eorum fines missa indicabatur iam pugnae principium*. Su questa fonte vedasi G. TURELLI, "Audi Iuppiter", cit., p. 98 ss. nonché ID., *Polisemia di un gesto*, cit. p. 526. Vedasi altresì A. CALORE, «*Per Iovem lapidem*». *Alle origini del giuramento*, Milano 2000, p.46 e nt.28, p.58ss.; F. MÜLLER, 'Pater patratus' *quid significet*, in *Mnemosyne* 55 (1927), pp.386-394; D. SABBATUCCI, *Lo Stato come conquista culturale*, Roma 1984 p.131ss; R. SANTORO, *Potere e azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA* 30 (1967), p.494ss;

<sup>173</sup> La richiesta di riparazioni, primo momento nel procedimento di dichiarazione della guerra, mette in luce ancora una volta quanto i Romani considerassero la guerra estremo strumento di risoluzione dei conflitti.

<sup>174</sup> Vedasi nt. 170 per il racconto di Livio.

Il criterio della maggioranza è dunque più che presente nel diritto pubblico romano, e nei magistrati (senato), e tra i sacerdoti, e soprattutto nel popolo. Questo dato sarà analizzato soprattutto sotto l'importante prospettiva cui sopra accennavo: questo risultato di ricerca non deve portare nella direzione di considerare dunque come pregnante il bisogno di concepire la decisione come presa dal collegio (o dal consesso) più che dai singoli. Il bisogno meramente pragmatico di pervenire ad una decisione non fa sì che il centro di imputazione diventi il senato o il comizio, ma la decisione viene presa dai senatori e dai componenti il comizio, dai cittadini. Costituisce una precisazione importante, poiché di tal guisa è facile ripudiare il concetto di persona giuridica, che come ben si sa, e come possiamo tutt'oggi facilmente attestare, sia nel diritto privato sia nel diritto pubblico, sposa il principio della maggioranza come criterio 'preferito' per far prender voce ai soggetti astratti. Non è infatti vero che «Populus ist der Staat»<sup>175</sup>, poichè invece il popolo non è uno Stato, perché non è una persona giuridica, non esprimendosi mediante il principio della rappresentanza<sup>176</sup>: il popolo è solo un'unione concreta di *cives*<sup>177</sup>. La volontà che si forma nelle assemblee è quindi 'comune', pur se tutti non hanno espresso il loro voto nella medesima direzione, e mai 'collettiva', poiché se così fosse individuata, la volontà del singolo sarebbe smaterializzata e l'assemblea si spoglierebbe dei tratti della concretezza per vestirsi di quelli 'plastificati' dell'astrattezza<sup>178</sup>.

Nella prospettiva dello *ius publicum* e in generale in quello dello della contitolarità dei poteri, almeno per quanto atterrà alla *libera res publica*, che come si è visto costituirà il periodo più studiato, ogniquale si tratterà di far fronte a prospettive che badino a motivazioni più politiche che giuridiche, premetto che considero l'equilibrio dei poteri un cardine della costituzione repubblicana: a ben guardare anche questo 'equilibrio' è una soluzione a contrasti tra poteri diversi; soluzione che offre la possibilità alla *libera res publica* di sopravvivere per circa cinque secoli. Non è tanto a Polibio<sup>179</sup> a cui mi riferisco, perché, come si sa, lo storico greco dimentica i sacerdoti e i tribuni della plebe, né tantomeno quindi alla teoria della costituzione mista prospettata anche da Cicerone<sup>180</sup>, perché non

<sup>175</sup> T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III-1, Leipzig 1887, pag. 3.

<sup>176</sup> Per questa visione P. CATALANO, *Populus*, cit.; ID., *Diritti e persone*, cit.; G. LOBRANO, *La alternativa attuale*, cit.

<sup>177</sup> Gai. 1.3: *quod populi appellatione universi cives significantur*; Iust. inst. 1.2.4: *plebs autem a populo eo differt quo species a genere: nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis et senatoribus: plebis autem appellatione sine patriciis et senatoribus ceteri cives significantur*.

<sup>178</sup> Rinvio al capitolo primo, in particolar modo al §2, per la concretezza del sistema giuridico-religioso romano.

<sup>179</sup> Polyb. 6.11.

<sup>180</sup> Cic. *rep.* 1.45.69: *Quod ita cum si, ex tribus primis generibus longe praestat mea sententia regio autem ipsi praestabit id, quod erit aequatum et temperatum ex tribus optimis rerum publicarum modis. Placet enim esse quiddam in re publica praestans et regale, esse aliud auctoritati principum impartitum ac tributum, esse quasdam res servatas iudicio voluntatique multitudinis. Haec constitutio primum habet aequabilitatem quandam magnam, qua carere diutius vix possunt liberi, deinde firmitudinem, quod et illa prima facile in contraria vitia convertuntur, ut existat ex rege dominus, ex optimatibus factio, ex populo turba et confusio, quodque ipsa genera generibus saepe commutantur novis, hoc in hac iuncta moderateque permixta conformatione rei publicae non ferme sine magnis principum vitiis evenit. Non est enim causa conversionis, ubi in suo quisque est gradu firmiter collocatus, et non subest quo praecipitet ac decidat.*

voglio tanto concentrarmi sullo studio delle forme di governo<sup>181</sup>, ma considero pregnante, e quindi mi riferisco, all'analisi dei riflessi costituzionali scaturente dai poteri affidati alle singole persone<sup>182</sup> che compongono il sistema giuridico religioso romano. Esempiarmente, l'equilibrio prospettato tra i poteri, a parer mio, è sicuramente discendente dall'operato dei censori, i quali, collegialmente, intervengono su due assemblee: sui comizi tramite il censimento e sul consesso senatorio tramite la *lectio senatus*; l'esistenza di un forte 'contropotere', affidato ai tribuni della plebe, va poi di volta in volta a garantire la possibilità di crear conflitto con il fine di ripristinare l'equilibrio tra plebei e patrizi. Tenterò quindi di dimostrare 'sul campo' le ragioni politico-costituzionali che spingevano verso la ricerca di precise soluzioni giuridiche, per il fine del *populus Romanus* di mantenere quell'equilibrio che gli permetteva di conservare l'*affectio societatis*<sup>183</sup>.

Tutto ciò premesso, l'indagine verterà sui profili di ricerca evidenziati, con un obiettivo preciso per lo *ius publicum*: quello dichiarato di evidenziare come la volontà del popolo romano in qualsivoglia modo essa venga a formarsi, debba sempre considerarsi come 'comune' e mai 'collettiva'.

---

<sup>181</sup> Anche perché questo comporterebbe basare lo studio su un preciso momento cronologico, con la consapevolezza che la costituzione di Roma mutava di generazione in generazione come ci conferma lo stesso Arpinate, Cic. *rep.* 2.1.2: *cupiditate audiendi, ingressus est sic loqui Scipio: 'Catonis hoc senis est, quem ut scitis unice dilexi maximeque sum admiratus, cuique vel patris utriusque iudicio vel etiam meo studio me totum ab adulescentia dedidi; cuius me numquam satiare potuit oratio; tantus erat in homine usus rei publicae, quam et domi et militiae cum optime tum etiam diutissime gesserat, et modus in dicendo. et gravitate mixtus lepos, et summum vel discendi studium vel docendi, et orationi vita admodum congruens. Is dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod in illis singuli fuissent fere quorum suam quisque rem publicam constitueret legibus atque institutis suis, ut Cretum Minos, Lacedaemoniorum Lycurgus, Atheniensium, quae persaepe commutata esset, tum Theseus tum Draco tum Solo tum Clisthenes tum multi alii, postremo exsanguem iam et iacentem doctus vir Phalereus sustentasset Demetrius, nostra autem res publica non unius esset ingenio sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot constituta saeculis et aetatibus. nam neque ullum ingenium tantum extitisse dicebat, ut quem res nulla fugeret quisquam aliquando fuisset, neque cuncta ingenia conlata in unum tantum posse uno tempore providere, ut omnia complecterentur sine rerum usu ac vetustate.*

<sup>182</sup> Ed infatti se è vero che il diritto pubblico romano è stato ripudiato con la separazione dei poteri teorizzata da Montesquieu, è vero anche che il sistema giuridico-religioso non poteva concepire una frattura di tal fatta, proprio perché i compiti (e non i poteri) erano distribuiti fra le persone, mentre caposaldo era il principio secondo il quale il fondamento del potere risiedeva nel popolo, e per mezzo del popolo, veniva amministrato. A suffragio di tale affermazione mi sembra emblematico, come dimostrerò, il seguente passo ciceroniano, dove emergono numerosi spunti di riflessione: il concetto di *pars*, la primazia della legge nella *civitas*, il ruolo affidato ai magistrati, ai giudici, al popolo: Cic. *Cluent.* 146: *Ut tibi concedam hoc indignum esse, quod cuius modi sit iam videro, tu mihi concedas necesse est multo esse indignius in ea civitate quae legibus contineatur discedi ab legibus. Hoc enim vinculum est huius dignitatis qua fruimur in re publica, hoc fundamentum libertatis, hic fons aequitatis: mens et animus et consilium et sententia civitatis posita est in legibus. Ut corpora nostra sine mente, sic civitas sine lege suis partibus, ut nervis et sanguine et membris, uti non potest. Legum ministri magistratus, legum interpretes iudices, legum denique idcirco omnes servi sumus ut liberi esse possimus.*

<sup>183</sup> Il riferimento è a Cic. *rep.* 1.25.39: *Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus.*

### 3. Alla ricerca di ‘conflitti’ nello *ius privatum*

Come già delineato, la ricerca di ‘conflitti’ nella posizione di studio dello *ius privatum* sarà intrapresa secondo la linea tracciata da Gaio<sup>184</sup>, e quindi muoverà dapprima nello schema delle persone, poi in quello delle cose, e infine in quello delle azioni. Al fine di offrire una sistematica migliore, per quanto attiene alle *res*, opererò un’ulteriore divisione, scegliendo di affidarmi sempre a Gaio<sup>185</sup> e distinguendo quindi le cose in *res humani iuris publicae* e *res humani privatae*: questa suddivisione mi permetterà infatti di differenziare conflitti che coinvolgono l’ ‘uso’ (e conseguentemente la tutela) da quelli che attengono al semplice quadro della titolarità e dell’esercizio del diritto.

Principiando dalle persone, oggetto di compiuta indagine, fondamentale per l’obiettivo di raccordo tra le due diverse posizioni di studio, sarà l’analisi dei *collegia*. Da subito è opportuno far emergere come il momento costitutivo rifletta in sé già la soluzione prospettata a possibili paralisi decisionali, attestando in maniera cristallina come determinate regole siano il risultato di una scelta operata a favore di semplici criteri risolutivo-operativi:

Marcell. 1 *dig.* 50.16.85: *Neratius Priscus tres facere existimat "collegium", et hoc magis sequendum est.*

La scelta del numero dispari volge a favore del criterio discretivo della maggioranza, e qualsivoglia ‘tipo’ di *collegia* fossero, come esemplarmente collegi che perseguivano scopi di culto (*sodalitates* o *sodalicia* o *collegia cultorum*), o collegi che provvedevano ai funerali degli associati stessi (*collegia funeraticia*) oppure legati dal fatto che le persone che lo costituivano esercitavano lo stesso mestiere<sup>186</sup>, o ancora costituiti da impiegati subalterni (*decuriae*) e financo considerando gli appaltatori di imposta (le *societates publicanorum*), era fondamentale che vi fosse una cassa comune:

Gai. 3 *ad ed. provinc.* D. 3, 4, 1, 1: *Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.*

Vero è che la base è consociativa, in un sistema preciso che rifugga paralisi decisionali, ma altrettanto vero è che il dato patrimoniale costituisce un connotato che, su modello della *res publica*<sup>187</sup> non può mancare per i singoli consociati: i *collegia* possono, anzi devono, avere un proprio patrimonio

<sup>184</sup> Gai. 1.8: *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.*

<sup>185</sup> Gai. 2.10-11: *Hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae aut privatae.*

<sup>186</sup> M. CHELOTTI, *Le associazioni di artigiani, commercianti e artisti nella regio secunda augustea* in *Forme di aggregazione nel mondo romano*, (a cura di E. LO CASCIO e G. D. MEROLA), Bari 2008, pp. 243-258.

<sup>187</sup> Sul rapporto vedasi L.L. KOFANOV, *Persona e persona publica nella Roma repubblicana*, in *Ius Antiquum* 25 (2012) pp. 27-50;

ed intraprendere quindi rapporti con i privati<sup>188</sup>, tanto che addirittura potevano essere onorati di legato<sup>189</sup> e nell'età postclassica si ammise anche la possibilità che fossero istituiti eredi<sup>190</sup>. Oltre al tema del complesso esame dei tratti giuridici di una 'sperimentale' personalità giuridica<sup>191</sup>, comunque fedele al dato consociativo più che a quello patrimonialistico, è opportuno anche, sempre nel generale intendimento di raccordo tra le due diverse posizioni di studio, analizzare il limite alla 'libertà' di associazione<sup>192</sup> dei privati costituito appunto dalla legge pubblica:

Gai. 4 *ad l. XII tab.* D. 47, 22, 4: *Sodales sunt, qui eiusdem collegii sunt: quam Graeci ἑταίρας αὖ vocant. his autem potestatem facit lex pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant. sed haec lex videtur ex lege Solonis tralata esse.*

Sulla scorta di tale rapporto, il quadro coinvolge anche questioni di carattere religioso e politico: si pensi al senatoconsulto *de Bacchanalibus*<sup>193</sup> del 186 a.C., nonché a quello con il quale tra il 68 e il 64 a.C. si sentenziò di sciogliere tutti i *collegia quae adversus rem publicam videbantur esse*<sup>194</sup>; l'intervento del senato sui

<sup>188</sup> Gai. 3 *ad ed. provinc.* D. 3, 4, 1, 2-3: *Quod si nemo eos defendat, quod eorum commune erit possideri et, si admoniti non excitentur ad sui defensionem, venire se iussurum proconsul ait. et quidem non esse actorem vel syndicum tunc quoque intellegimus, cum is absit aut valetudine impediatur aut inhabilis sit ad agendum. Et si extraneus defendere velit universitatem, permittit proconsul, sicut in privatorum defensionibus observatur, quia eo modo melior condicio universitatis fit.*

<sup>189</sup> Paul. 12 *ad Plaut.* D. 34, 5, 20: *Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod, si corpori cui licet coire legatum sit, debeatur: cui autem non licet si legetur, non valebit, nisi singulis legetur: hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum.*

<sup>190</sup> C. 6.24.8 *Imperatores Diocletianus, Maximianus* (a. 290): *Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse dubium non est.*

<sup>191</sup> A parte l'insuperabile R. ORESTANO, *Il "problema delle persone giuridiche"*, cit., v (si ricordino la recensione di C.M. BIANCA, in *IVRA* 20 (1969), pp. 604-608, e la rassegna di M. LUONGO in *Labeo* 15 (1969), pp. 243-246) nonché ID., *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino 1959, soprattutto per gli aspetti procedurali, si vedano: A. BISCARDI, *Rappresentanza sostanziale e processuale nei 'collegia' in diritto romano*, in *IVRA* 31 (1980) pp. 1-20, anche in *Apollinaris* 63 (1990) pp. 41-56; F.M. DE ROBERTIS, *La capacità giuridica dei collegi romani e la sua progressiva contrazione in Sodalitas: scritti in onore di Antonio Guarino*, III, Napoli 1984, pp. 1259-1267; S. RANDAZZO, *Collegium poena teneatur. Per una verifica del principio 'societas delinquere non potest' nel diritto associativo tardo antico*, in *Iris Antiqui Historia* 5 (2013) pp. 29-48; Ricordo altresì, sul tema generale: P. CATALANO, *Diritto romano e persone*, cit. passim.; ID., *Il populus Romanus e il «problema delle persone giuridiche» in La persona giuridica collegiale in diritto romano e canonico, «Aequitas romana et aequitas canonica» Atti dei Colloqui romanistici-canonistici (1980-1981)*, Roma 1990, pp. 9-29, passim.; F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I-II, Bari 1971; ID., *Personificazione giuridica e ardimenti costruttivi nella compilazione giustiniana in Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli 1972, pp. 277-286; ID., *Il fenomeno associativo nel mondo romano. Dai collegi della Repubblica alle corporazioni del Basso Impero*, Roma 1981; I. FUERTES, *De personis collegialibus in Iure Romano*, in *Apollinaris* 35 (1962), pp. 137-165.; G. SAVAGNONE, *Le corporazioni-fondazioni in BIDR* 59-60 (1956), pp. 93-124.

<sup>192</sup> F.M. DE ROBERTIS, *Autonomia statutaria e personificazione giuridica nel regime associativo romano*, in *Études J. Macqueron*, Aix-en-Provence 1970, pp. 591-594.; M. HUMBERT, *La c.d. libertà associativa nell'epoca decemvirale: un'ipotesi a proposito di XII tab. VIII.27*, in *Ann. Sem. Giur. Univ. Palermo* 53 (2009) pp. 27-53; L. SOLIDORO MARUOTTI, *I più antichi divieti di riunione: gruppi, ripartizioni sociali e potere regio nelle istituzioni romane arcaiche*, in *Index* 29 (2001) pp. 113-157.

<sup>193</sup> *FIRA I*<sup>2</sup> n. 30, p. 240

<sup>194</sup> Cic. *pro Sest.* 25.55: *sed ut a mea causa iam recedam, reliquas illius anni pestis recordamini—sic enim facillime perspicietis quantam vim omnium remediorum a magistratibus proximis res publica desiderarit—legum multitudinem, cum earum quae latae sunt, tum vero quae promulgatae fuerunt. nam latae quidem sunt consulibus illis—tacentibus dicam? immo vero etiam adprobantibus; ut censoria notio et gravissimum iudicium sanctissimi magistratus de re publica tolleretur, ut collegia non modo illa vetera contra senatus consultum restituerentur, sed (ab) uno gladiatore innumerabilia alia nova conscriberentur, ut remissis senis et trientibus quinta prope pars vectigalium tolleretur, ut Gabinio pro illa sua Cilicia, quam sibi, si rem publicam prodidisset, pactus erat, Syria daretur, et uni belluoni bis de eadem re deliberandi et rogata (lege potestas per novam) legem fieret provinciae commutandae; Acon. in *Pisonianam* 7: L. Iulio C. Marcio consulibus quos et ipse Cicerone supra memoravit senatus consulto collegia sublata sunt quae adversus rem publicam videbantur esse constituta. Su queste fonti vedasi l'esame e il commento di F. Salerno, «*Collegia adversus rem publicam*? in *Sodalitas*, cit., II, p. 615-631*

sistemi consociativi di diritto privato è dunque pregnante, anche prima della *lex Iulia de collegiis* del 7 a.C., la quale oltre a sciogliere i *collegia* esistenti -salvi quelli di antica tradizione- stabilì che potevano costituirsi di nuovi solo mediante espressa autorizzazione del senato.

Sempre nel campo delle persone, profili di conflittualità emergono in materia di tutela, sia per quanto attiene alla nomina del *tutor dativus*, per il profilo, già esaminato<sup>195</sup>, del coinvolgimento dei tribuni della plebe<sup>196</sup>, sia per la materia della contutela ove infatti i contutori, investiti dello stesso potere-diritto, gestivano la tutela indivisamente o divisamente (in modo tale dunque che ognuno amministrasse un 'settore')<sup>197</sup>.

Passando alle *res*, ed abbracciando l'ulteriore sistematizzazione gaiana sopra ricordata, per quanto attiene alle *res humani iuris publicae*, considerando anche la tesi, da dimostrare, secondo la quale v'è 'comunità' ove v'è 'unanimità' (nel senso quindi di una 'volontà comune'), e v'è 'collettività' ove v'è collegialità e quindi il criterio della maggioranza (nel senso di una 'volontà collettiva'), assume particolare rilievo l'analisi delle *res in usu publico*, principalmente -per ciò che mi interessa- sotto il profilo della tutela, che nella *libera res publica* avviene mediante il modello della tutela interdittale<sup>198</sup>, a legittimazione popolare. Al singolo cittadino è infatti rimessa la tutela delle *res in usu publico*, per sé e per gli altri, perché l'uso non spetta al popolo in quanto tale, ma è 'diffuso'<sup>199</sup> tra ogni cittadino che compone il popolo. Questa è l'unica soluzione per la tutela delle *res in usu publico* nella *libera res publica*, proprio perché si pone come naturale in connessione con la stessa «concezione di *populus Romanus*, come pluralità di cittadini, come tutti i cittadini, non come una persona, un'entità astratta, distinta dai *cives* che la compongono»<sup>200</sup>, che si pone come centro di imputazione massimo e che in «esso si

---

<sup>195</sup> Vedasi il §2 del presente capitolo.

<sup>196</sup> *Epit. Ulp.* 11, 18: *Lex Atilia iubet, mulieribus pupillisve non habentibus tutores dari a praetore et maiore parte tribunorum plebis, quos "tutores Atilianos" appellamus. Sed quia lex Atilia Romae tantum locum habet, lege Iulia et Titia prospectum est, ut in provinciis quoque similiter a praesidibus earum dentur tutores.*

<sup>197</sup> Sul tema per tutti P. VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini*, in *IVRA* 21 (1970), pp. 71-154 e in *Studi in memoria di Guido Donatuti III*, Milano 1973, pp. 1305-1377.

<sup>198</sup> Esemplarmente: *Ulp.* 67 *ad ed.: Videamus, de quibus rebus interdicta competunt. et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere. divinis, ut de locis sacris vel de locis religiosis. de rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicuius, aut de his, quae nullius sunt. quae sunt nullius, haec sunt: liberae personae, de quibus exhibendis ducendis interdicta competunt. quae sunt alicuius, haec sunt aut publica aut singulorum. publica: de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis. quae autem singulorum sunt, aut ad universitatem pertinent, ut interdictum quorum bonorum, aut ad singulas res, ut est interdictum uti possidetis, de itinere actusque.*

<sup>199</sup> V. SCIALOJA, *Prefazione*, in C. BRUNS, *Le azioni popolari romane*, in *AG*, 28 (1882); ora in *ID.*, *Studi giuridici I*, Roma 1933, p. 117, commentando la 'tripartizione' di Bruns e in particolare i diritti spettanti alla comunità ed esercitabili da ciascuno di essi, scrive: «Questo diritto è bensì pubblico, spetta all'individuo come membro del popolo: ma è tuttavia un diritto che spetta a lui, e non già al popolo come un ente diverso e totalmente distinto da lui. Se mi fosse lecito parlare figuratamente direi che si tratta qui non già di un diritto pubblico concentrato, ma di un diritto pubblico diffuso in tutti i membri della comunità»; vedasi sul tema A. DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni'*. *Il nodo della tutela*, Torino 2013, p. 86-87; *ID.*, *Salubritas e forme di tutela in età romana. Il ruolo del civis*, Torino 2014, p. 21. Sul tema delle *res in usu publico* anche F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani*, I-II, Napoli 2012, *passim*.

<sup>200</sup> A. DI PORTO, *Res in usu publico*, *cit.*, p. 41.

puntualizza e con esso si identifica: un centro di imputazione nel quale avviene la unificazione di molteplici fasci di relazioni giuridiche che da esso si dipartono e che in esso convergono»<sup>201</sup>.

Passando all'esame delle prospettive di ricerca tra le *res humani iuris privatae*, al di là del suggestivo ed emblematico parallelismo tra le due diverse posizioni di studio già ampiamente ripercorso nel senso di una completa ricostruzione del vetusto stato dell'arte<sup>202</sup>, sarà ovviamente doveroso un preciso approfondimento in materia di *consortium ercto non cito*, ove si ravvede ed emerge una netta parità di legittimazione per la gestione ed ergo per l'esercizio del diritto sulla cosa. Ovviamente, l'indagine sarà indirizzata verso gli strumenti che si erano proposti al diritto romano come naturale conseguenza del dominio non diviso, e per l'antico *consortium* e per quella che sarà poi la *communio*: da un lato lo *ius prohibendi*, dall'altro lo *ius adcrendi*. Da entrambe le soluzioni emerge infatti che il singolo comproprietario è potenzialmente proprietario dell'intero. Infatti, l'antico istituto *iuris civilis* del *consortium ercto non cito*<sup>203</sup>, come si sa, si costituiva automaticamente tra gli *heredes sui*<sup>204</sup> alla morte del *pater familias*, ma anche tra estranei, per mezzo di una *certa legis actio*, con una sorta di *in iure cessio*<sup>205</sup>:

Gai. 3.154a: *Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur ercto non cito, id est dominium non diviso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem dividere est: unde caedere et secare [et dividere] dicimus.*

Alla lettera di Gaio quindi ogni condomino poteva singolarmente non solo compiere atti di mero godimento della cosa comune, ma poteva financo compiere atti dispositivi per l'intero, con l'ovvia esplicitazione che l'atto compiuto dal singolo andava a produrre effetti nei confronti di tutti gli altri comproprietari. A tutela degli altri v'era l'istituto dello *ius prohibendi*, ossia la semplice facoltà, da esercitarsi tempestivamente, di impedire, proibendolo, il compimento dell'atto. Per l'antica forma di comproprietà abbiamo anche notizie da Gellio:

Gell. 1.9.12: *Sed id quoque non praetereundum est, quod omnes, simul atque a Pythagora in cohortem illam disciplinarum recepti erant, quod quisque familiae, pecuniae habebat, in medium dabat, et coibatur societas inseparabilis, tamquam illud fuit anticum consortium, quod iure atque verbo Romano appellabatur "ercto non cito".*

---

<sup>201</sup> R. ORESTANO, *Il "problema delle persone giuridiche"*, cit., p. 213.

<sup>202</sup> Vedasi il §3 del primo capitolo.

<sup>203</sup> Vedasi le recenti ricostruzioni dottrinali di G. ARICÒ ANSELMO, "*Societas inseparabilis*" o dell'indissolubilità dell'antico consorzio fraterno, in *AUPA*, 46, 2000, 77 ss. = *Iuris vincula. Studi M. Talamanca*, I, Napoli 2001, 151 nt. 2; M. EVANGELISTI, *Consortium, erctum citum: etimi antichi e riflessioni sulla comproprietà arcaica*, in *Diritto@Storia, Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 6 (2008); ID., *Riflessioni in tema di ius adcrendi (tra communio e coeredità)*, in *Diritto@Storia, Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 10 (2011-2012); L. MONACO, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria in Roma antica*, Napoli 2000, 32 nt. 5.

<sup>204</sup> M. BRETONI, "*Consortium*" e "*communio*", in *Labeo*, 6 (1960), 165 ss.; G. FRANCIOSI, *La famiglia romana. Società e diritto*, Torino 2003, 21 ss.

<sup>205</sup> Di questo avviso M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989, p. 474 nt. 139.

Secondo Gellio *societas inseparabilis* ben si attaglia e alla comunione pitagorica (che «altro non è che una specie di comunione quasi fraterna»<sup>206</sup>) e al *consortium*: ora questa inseparabilità non significa di certo che non si potesse pervenire alla divisione del patrimonio, ma deve intendersi che non si potesse immaginare un frazionamento della proprietà, oppure come è stata felicemente definita, una proprietà «non quotizzabile»<sup>207</sup> o «proprietà plurima integrale»<sup>208</sup>. Infatti lo stato di indivisione poteva cessare per mezzo dell'*actio familiae erciscundae*:

Gai. 4.17: *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIII X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO ALAS AN NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI DES. itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. item de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur.*

Prima dell'ultima età repubblicana il *consortium* scompare, per far posto alla *communio*: ciò è possibile perché viene a delinarsi il concetto di 'quota', come possiamo ripercorrere:

Ulp. 28 *ad ed. D. 13, 6, 5, 15: Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. usum autem balinei quidem vel porticus vel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur): verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectum me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam[...].*

Secondo Giuvenzio Celso figlio, riportato da Ulpiano, non si può avere la piena proprietà o il possesso su tutta la cosa se vi sono più persone, ma si deve intendere la proprietà come afferente ad una sola quota del totale<sup>209</sup>. E il concetto di 'quota' come siamo soliti intenderlo noi, sia pure sotto il nome di *pars* lo troviamo in Quinto Mucio<sup>210</sup>:

Paul. 21 *ad ed. D. 50.16.25.1: Quintus Mucius ait partis appellationem rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari.*

---

<sup>206</sup> Così la definisce A. BISCARDI, *La genesi della nozione di comproprietà*, in *Labeo I* (1955), p.163. Vedasi anche il commento su Gellio di C. FADDA, ' *Consortium, collegia, magistratuum, communio* ', *Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento*, Palermo 1910, p. 147-149.

<sup>207</sup> Così la definisce A. BISCARDI, *La genesi della nozione*, cit. p. 163.

<sup>208</sup> P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II. 2 *La proprietà*, Roma 1928, p. 14.

<sup>209</sup> In questo senso il commento sulla fonte citata ad opera di C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino 2001, p. 534.

<sup>210</sup> In questo senso: A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 11<sup>a</sup> ed., Napoli 1997, 552; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 410; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, 307 nt. 1.

Ecco quindi l'apertura al frazionamento della proprietà in quote, e di conseguenza ecco la possibilità che ogni singolo comproprietario potesse singolarmente, senza il preventivo consenso - meglio ancora- senza il pericolo dell'esercizio di un potere negativo da parte di uno degli altri comproprietari, alienare la propria quota del bene, costituirvi usufrutto o darlo in pegno, partecipando alle spese nella medesima quota rispetto alla quale poteva percepire i frutti; stesso sistema valeva di conseguenza per i profili di responsabilità: si rispondeva, ad esempio, per danni presso terzi secondo la quota di proprietà dello schiavo. Lo *ius prohibendi* continuava a porsi come strumento -oserei dire- di 'garanzia' per gli atti innovativi: per la gestione della cosa, che non è frazionabile in quote, le quali sono indivise<sup>211</sup>, astratte, non è possibile ragionare singolarmente ed ecco quindi che il compimento di un atto innovativo va ad incidere non sulla quota del singolo comproprietario (cosa impossibile) ma sull'intera cosa, o comunque su una parte materiale della stessa, con effetti -migliorativi o peggiorativi che siano- che naturalmente vanno a prodursi anche per gli altri condomini. Ecco perché lo *ius prohibendi* in questo caso si pone come uno strumento a tutela degli altri comproprietari, i quali interessandosi della gestione materiale della cosa, possono proibire che questa venga innovata e quindi modificata da un solo comproprietario, vantante lo stesso diritto in suo possesso, financo se le quote dovessero risultare tra loro numericamente imparagonabili, «fondamentalmente assente il criterio, a noi familiare, per cui certe decisioni vanno prese a maggioranza»<sup>212</sup>. Quindi anche nella *communio*, echi dell'antico *consortium* ce ne sono, come testimonia anche l'atteggiarsi dello *ius ad crescendi*, che infatti, in ragione della *vis expansiva*, fa sì che se un condomino abbandona la sua quota, ecco che si espande la quota spettante agli altri, per il riaffiorare dell'idea della proprietà plurima integrale. Quest'espansione scaturisce naturalmente, onde la mancata (o minore) compressione del diritto di proprietà tra più persone; ecco perciò che nella *communio* la manomissione di uno schiavo ad opera di un solo

---

<sup>211</sup> Cfr. Ulp. 48 ad Sab.D. 45.3.5pr.: *Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore: et ideo si quid stipulatur vel quaqua alia ratione adquirat, omnibus adquirit pro parte, qua dominium in eo habent. licet autem ei et nominatim alicui ex dominis stipulari vel traditam rem accipere, ut ei soli adquirit. sed si non nominatim domino stipuletur, sed iussu unius dominorum, hoc iure utimur, ut soli ei adquirit, cuius iussu stipulatus est.*

<sup>212</sup> Sul tema: M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 477, il quale a nt. 143 riporta delle fonti che secondo lui offrono «uno spunto estremamente vago»: Gai. 9 ad ed. prov. D.16.3.14pr. *Si plures heredes exstiterint ei qui deposuerit, dicitur, si maior pars adierit, restituendam rem praesentibus: maiorem autem partem non ex numero utique personarum, sed ex magnitudine portionum hereditariarum intellegendam: cautela idonea reddenda*; Ulp. 53 ad ed. D. 39.3.10: *Si autem plures sint eiusdem loci domini, unde aqua ducitur, omnium voluntatem esse sequendam non ambigitur: iniquum enim visum est voluntatem unius ex modica forte portiuncula domini praeiudicium sociis facere*; Pomp. 6 ad Q. Mucium D. 46.3.81.1: *Si lancem deposuerit apud me Titius et pluribus heredibus relictis decesserit: si pars heredum me interpellat, optimum quidem esse, si praetor aditus iussisset me parti heredum eam lancem tradere, quo casu depositi me reliquis coheredibus non teneri. sed et si sine praetore sine dolo malo hoc fecero, liberabor aut (quod verius est) non incidam in obligationem. optimum autem est id per magistratum facere*; Papin. 10 resp. D. 2.14.8: *Maiorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit. quod si aequales sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum praefendus est. in numero autem pari creditorum auctoritatem eius sequetur praetor, qui dignitate inter eos praecellit. sin autem omnia undique in unam aequalitatem concurrant, humanior sententia a praetore eligenda est. hoc enim ex divi Marci rescripto colligi potest.*

comproprietario comporta la mancata libertà dello schiavo<sup>213</sup>, e il solo estendersi delle quote di comproprietà degli altri comproprietari:

Epit. Ulp. 1.18: *Communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque adcrevit socio; maxime si eo modo manumiserit, quo, si proprium haberet, civem Romanum facturus esset. Nam si inter amicos eum manumiserit, plerisque placet eum nihil egisse.*

Orbene, lo *ius adcrevendi* permette non solo di elidere ogni potenziale conflitto circa l'attribuzione della quota vacante, che viene ripartita dagli altri comproprietari proprio in proporzione alle quote agli stessi spettanti, ma permette di comprendere ancor meglio l'essenza dell'istituto della comproprietà, costituendo ergo una viva dimostrazione di come il rovesciamento della prospettiva funzioni.

Il vincolo di *fraternitas* che lega i condomini nell'originario istituto del *consortium exco non cito* è stato concepito dalla dottrina<sup>214</sup> come emblema del rapporto storico-giuridico dell'antica comproprietà con la *societas omnium bonorum*; basti infatti leggere:

Ulp. 31 *ad ed.*: *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.*

Attestata la derivazione, nelle società vige una regola generale, molto semplice, ma essenziale: tra i soci non possono emergere conflitti, o meglio ancora, non debbono emergere conflitti di portata tale da inficiare l'*affectio societatis*, e questo in qualsivoglia 'tipo' di società: che sia una *societas omnium bonorum*, *societas unius rei* o una *societas unius negotiationes*.

L'*affectio societatis* (come peraltro quella *maritalis*) dimostra come il consenso richiesto, non solo per il singolo momento della conclusione, ma anche per i tempi successivi alla stessa, sia un criterio,

---

<sup>213</sup> Si ricordi l'intervento di Giustiniano, che nell'ottica comunque del *favor libertatis*, riconosce agli altri comproprietari il prezzo relativo alle rispettive quote, posto che la manumissione avviene ad opera di uno solo che ha acquistato dagli altri le altre quote, volendo egli procedere, contrariamente agli altri, alla manumissione; C. 7.7.1.1b (*Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.*): *His itaque apud veteres iuris auctores inventis decedentes tales altercationes generaliter sancimus, ut nulla inducatur differentia militis seu privati in servis communibus, sed in omnibus communibus famulis, sive inter vivos sive in ultima dispositione libertatem quis legitimam imponere communi servo voluerit, hoc faciat, necessitatem habente socio vendere partem suam, quantam in servo possidet, sive dimidiam sive tertiam sive quantamcumque, et si plures sint socii, uno ex his libertatem imponere cupiente alios omnes necessitatem habere partes suas, quas in servo possident, vendere ipsi, qui libertatem servo imponere desiderat, vel heredi eius (licet ipse communis servus institutus sit), si hoc moriturus dixerit, ita tamen, ut omnimodo ipse qui partes alias comparavit vel heredes eius libertatem imponant.*

<sup>214</sup> E. ALBERTARIO, *I nuovi frammenti di Gaio* (PSI XI. 1182), in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia 1934, 515 ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, 2ª ed., Padova 1942, 426 ss.; M. BIANCHINI, *Studi sulla societas*, Milano 1967; F. CANCELLI, *Società (diritto romano)*, in *NNDI*, XVII, Torino 1970, 495 ss.; M.R. CIMMA, *Ricerche sulla società di pubblicani*, Milano 1981; C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003; M. EVANGELISTI, *Sull'origine policentrica della societas consensu contracta*, in *Liber amicorum per M. Bione*, Milano 2011, 193 ss.; ID., *Riflessioni*, cit.; A. GUARINO, *La società in diritto romano*, Napoli 1982; P.P. ONIDA, *La causa della societas tra diritto romano e diritto europeo*, in *Diritto@Storia*, 5 (2006); M. TALAMANCA, Voce 'Società', in *ED*, XLII, Milano 1990, p. 817 ss.

che, basato sulla perseveranza nella volontà di produzione degli effetti giuridici del negozio, costituisce il segno tangibile di una unione di intenti che difficilmente sfocia in conflitti:

Gai. 3.151: *Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseverant.*

Ulp. 30 ad ed. D. 17.2.31: *Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri.*

C. 4.37.5 (Diocl. et Maxim., a. 294): *Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium integer perseverat. proinde si iam tibi pro socio nata est actio, eam inferre apud eum, cuius super ea re notio est, non prohiberis.*

Ora, come ovvio, il consenso di una sola delle parti del contratto di società poteva venire a mancare, e venendo meno l'*affectio societatis*, la società si scioglieva, ben potendo i soci rimanenti, ancora legati dalla volontà di concludere affari in forma societaria, costituirne una nuova<sup>215</sup>.

La *societas*, strettamente intessuta sull'*intuitus personae*, non poteva dunque reggere al venir meno del consenso di un solo socio. Le ipotesi in cui ciò potevano verificarsi erano le seguenti:

Ulp. 31 ad ed. D. 17.2.63.10: *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. ideoque sive homines sive res sive voluntas sive actio interierit, distrabi videtur societas. intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione aut morte: res vero, cum aut nullae relinquuntur aut condicionem mutaverint, neque enim eius rei quae iam nulla sit quisquam socius est neque eius quae consecrata publicatae sit. voluntate distrabitur societas renuntiatione.*

Gai. 3.151-154: *Manet autem societas eo usque, donec in eodem sensu perseverant; at cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur. sed plane si quis in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si mihi totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucri faciat, cogetur hoc lucrum communicare; si quid vero aliud lucri fecerit, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. mihi vero, quidquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur. Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio morti coaequatur; sed utique si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas. Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas. sed haec quidem societas, de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit.*

La società poteva dunque estinguersi<sup>216</sup> per *renuntiatio*, *dissensus*, *mors*, *capitis deminutio*, *publicatio bonorum*, e ovviamente implicitamente con l'esperimento dell'*actio pro socio*, azione di buona fede<sup>217</sup>, la cui

<sup>215</sup> Cfr. sul tema: F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano 1973, p. 36, nt. 58 - nt. 85, p. 58, nt. 97; M. KASER, *Neue Literatur zur "societas"*, in *SDHI*, 1975, cit., pp. 309 e ss, pp. 321 e ss; J.A.C. THOMAS, *Solutio societatis ex actione and dissensus sociorum* in *TLR* 1973 -74, pp. 1106 e ss; G. LITWESKI, *Remarques sur la dissolution de la société en droit romain* in *RHD*, 1972, p. 77, nt. 33

<sup>216</sup> Vedasi, per tutti, A. GUARINO, ' *Solutio societatis*', in *Labeo* 14 (1968), p. 141 ss.; M. TALAMANCA, *Obbligazioni (diritto romano)*, in *ED. XXXIX*, p. 39.

<sup>217</sup> Gai. 4.62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae.*

condanna provocava sì *infamia*, ma prevedeva, in ragione proprio della *fraternitas*, il *beneficium competentiae*<sup>218</sup> per il socio convenuto.

Ora, chiarito ciò, è bene ricordare ciò che accade nelle *societates publicanorum* e *vectigalium*:

Pomp. 12 *ad Sab.* 17.2.59: *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati. haec ita in privatis societatibus ait: in societate vectigalium nihilo minus manet societas et post mortem alicuius, sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat: quod ipsum ex causa aestimandum est. quid enim, si is mortuus sit, propter cuius operam maxime societas coita sit aut sine quo societas administrari non possit?*

Ulp. 31 *ad ed. D.* 17.2.63.8: *In heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit: licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est. et circa societates vectigalium ceterorumque idem observamus, ut heres socius non sit nisi fuerit adscitus, verumtamen omne emolumentum societatis ad eum pertineat, simili modo et damnum adgnoscat quod contingit, sive adhuc vivo socio vectigalis sive postea: quod non similiter in voluntaria societate observatur.*

Il fatto che queste società non si estinguano alla morte di un solo socio e che l'erede possa subentrare (sia pure sotto le condizioni che l'erede sia designato e che vi sia l'accoglimento di quest'ultimo tramite il consenso degli altri<sup>219</sup>), risulta esser significativo per delineare una differenziazione tra queste tipologie societarie e le altre: come si sa le società nel diritto romano non davano luogo alla costituzione di un patrimonio isolato, autonomamente distinto da quello dei singoli soci, né di conseguenza la società assumeva rilevanza esterna verso terzi, ma per i debiti comuni rispondeva il socio direttamente per mezzo della propria persona e con il proprio patrimonio, e per i crediti nei confronti dei terzi era il socio che avesse posto in essere il negozio giuridico a dover proporre azione per ottenerne il soddisfacimento; costituivano però una eccezione le *societates* di *publicani* e *argentarii*: «le prime furono trattate alla stregua di persone giuridiche; per le altre si riconobbe la solidarietà tra soci in ordine alle obbligazioni assunte da uno solo di essi»<sup>220</sup>. Si indagherà dunque in che modo debba intendersi *corpus habere*:

Gai. 3 *ad ed. provinc. D.* 3.4.1: *Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt.*

---

<sup>218</sup> Ulp. 31 *ad ed. D.* 17.2.63: *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.*

<sup>219</sup> M. TALAMANCA, *Società in generale (diritto romano)*, in *ED. XXXVII*, Milano 1990, p. 834, crede che le due condizioni siano tutte e due inscindibili, quindi cumulative, dovendovi essere dunque sia l'*adscriptio* sia l'*adscitio*.

<sup>220</sup> M. MARRONE, *Istituzioni*, cit. p. 659 nt. 196.

Rimanendo nella materia dei contratti, soluzioni processuali si posero come strumenti necessari al fine di dirimere conflitti in quel negozio *iuris gentium*, fruibile sin dall'inizio anche dai *peregrini*, quale il mandato<sup>221</sup>. Infatti fu soltanto con la creazione dell'*actio mandati in ius ex fide bona* e dell'*actio mandati contraria* che vennero tutelate le reciproche posizioni del mandante e del mandatario, sancendo l'*infamia* per il mandatario che avesse violato la fiducia che aveva riposto in lui il mandante:

Gai. 4.62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae.*

Ulp. 31 *ad. ed.* 17.1.8.10: *proinde si tibi mandavi, ut hominem emereres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere), teneberis. sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis, si dolus non intervenit nec culpa, non teneberis nisi ad hoc, ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restitutum. sed et si restituas, et tradere debes. et si cautum est de evictione vel potes desiderare, ut tibi caveatur, puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius praestes quam consecuturus sis.*

Per mezzo della tutela processuale per ambo le parti si perviene dunque ad una compiuta regolamentazione degli interessi in gioco, sia pure in un quadro di 'bilateralità imperfetta': il mandatario assumeva sempre su di sé l'obbligazione di eseguire il mandato e di trasmettere poi gli effetti vantaggiosi al mandante<sup>222</sup>, mentre il mandante assumeva obbligazioni solo eventualmente, come esemplarmente l'obbligo di rimborsare al mandatario le eventuali spese sostenute, di risarcire gli eventuali danni arrecati al mandatario, di assumersi le obbligazioni passive che il mandatario avesse contratto in proprio nome al fine di eseguire il mandato.

Ma poteva accadere che conflitti sorgessero verso terzi nel caso in cui prima del compimento dell'affare non fosse stato espresso il consenso valevole ai fini del perfezionamento del contratto di mandato: il consenso poteva essere infatti, come per tutti i contratti consensuali espresso in qualsiasi modo, anche tacitamente, ma prima che la parte (incaricata) andasse a compiere il negozio successivo. Il compimento dell'affare in quel caso poteva esser 'sanato' successivamente, tramite la *ratihabitio*<sup>223</sup>, la quale però non costituiva *a posteriori* un contratto di mandato, ma regolava i rapporti esterni con i terzi che avessero confidato sull'esistenza di un contratto interno tra le parti, e quindi meglio ancora, che

---

<sup>221</sup> Per tutti: V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato nel diritto romano*, Napoli 1949.

<sup>222</sup> Si ricordi infatti il ripudio da parte del diritto romano per la rappresentanza 'diretta', e per ragioni di concretezza, e comunque per ragioni di solennità formale-sacrale dei negozi, almeno per quelli più antichi dello *ius civile* (in questo senso vedasi M. MARRONE, *Istituzioni*, p. 239), Gai. 2.95: *Ex iis apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. et hoc est, quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse. tantum de possessione quaeritur, an per procuratorem nobis adquiratur.*

<sup>223</sup> Sul tema vedasi: A. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino 1950; M. DE FILIPPI, *Ratihabitio*, Bari 2002; G. FINAZZI, *Riflessioni sul rapporto fra convalida e ratifica nell'esperienza giuridica romana* in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, III, pp. 1907-1954, Napoli 2007; A. KACPRZAK, *La "ratihabitio" nel diritto romano classico*, in *Diáphora* 10, Napoli 2002.

avessero confidato sull'ottenimento di un'autorizzazione in capo alla parte che avesse compiuto un atto giuridico per conto di altri:

Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.16.1.14: *Sed et si quod alius deiecit, ratum habuero, sunt qui putent secundum Sabinum et Cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri deiecisisse interdictione isto teneri, et hoc verum est: rectius enim dicitur in maleficio ratihabitionem mandato comparari.*

Ulp. 30 *ad Sab.* D. 46.3.12.4: *Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur.*

Rimanendo nel campo delle obbligazioni, talvolta in materia di contratti è possibile che l'oggetto del contratto non sia stato preventivamente predeterminato in maniera specifica, ma è infatti altrettanto possibile che l'oggetto sia determinabile. Conflitti possono ergo emergere nel momento della individuazione della prestazione da eseguirsi o dell'oggetto da consegnarsi, e la determinazione della prestazione può esser rimessa all'*arbitratus* di un terzo<sup>224</sup> (non alle parti), inteso come libero apprezzamento (*arbitrium merum*), o anche alle parti oltre che ad un terzo per l'*arbitrium boni viri*<sup>225</sup>. Se nel primo caso la determinazione è lasciata al mero arbitrio del terzo indipendente, nel secondo caso si cerca di considerare comunque come un criterio oggettivo l'arbitrio retto da un uomo onesto, che agisce secondo giustizia ed equità<sup>226</sup>. Due soluzioni, dentro e fuori le parti, tese comunque a risolvere il conflitto generato dalla (sola) determinabilità dell'oggetto del contratto.

Passando alle successioni, interessante è anche la ricerca di conflitti in materia testamentaria, e peculiarmente sulla coniugazione tra il principio dell'ambulatorietà della volontà con quello della formalità testamentaria. Come ben si sa il primo è espresso in un noto testo ulpiano:

Ulp. 33 *ad Sab.* D. 34.4.44: *Quod si iterum in amicitiam redierunt et paenituit testatorem prioris offensae, legatum vel fideicommissum relictum redintegratur: ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.*

---

<sup>224</sup> Gai. 3.140: *Pretium autem certum esse debet. nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem; cuius opinionem Proculus secutus est.*

<sup>225</sup> Pomp. 9 *ad Sab.* D.17.2.6: *Si societatem tecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit, Modest. 11 resp. D. 34.1.5: Verba testamenti: "omnibus libertis nostris cibaria praestabitis pro arbitrio vestro, non ignorantes, quot ex his caros habuerim". item alio loco: "Prothymum Polychronium Hypatium commendo: ut et vobiscum sint et cibaria praestetis, peto". quaero, an omnibus cibaria debent dari an his quos commendavit et cum heredibus esse iussit? Modestinus respondit omnibus libertis cibaria relicta proponi, quorum modum viri boni arbitrio statuendum esse.*

<sup>226</sup> Criterio su cui tutto lo *ius poggia*; si ricordi Ulp. 1 *inst.*: *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.* Sul tema vedasi: F. VALLOCCHIA, *Appunti su bonum et aequum e conventio-consensus tra 'ius' e 'societas'*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 11 (2013).

Se il testamento è liberamente revocabile dal testatore, vero è che *iure civili* questo poteva essere revocato solo per mezzo di un nuovo testamento, sia pur solo implicitamente:

Gai. 2.144: *Posteriore quoque testamento, quod iure factum est, superius rumpitur. nec interest, an extiterit aliquis ex eo heres an non extiterit: hoc enim solum spectatur, an existere potuerit. ideoque si quis ex posteriore testamento, quod iure factum est, aut noluerit heres esse aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit aut per cretionem exclusus fuerit aut condicione, sub qua heres institutus est, defectus sit aut propter Caelibatum ex lege Iulia summotus fuerit ab hereditate, quibus casibus pater familias intestatus moritur. nam et prius testamentum non valet ruptum a posteriore, et posterius aequo nullas vires habet, cum ex eo nemo heres extiterit.*

Il principio formale è così forte che il testamento *per aes et libram* sarebbe financo rimasto valido se il testatore avesse distrutto le tavolette cerate<sup>227</sup>: questo avrebbe comportato soltanto una difficoltà nella ricostruzione delle volontà<sup>228</sup>. Solo con Giustiniano si pervenne all'accoglimento della soluzione di una semplice revoca, orale, resa dinanzi ad appositi funzionari pubblici ovvero dinanzi a tre testimoni, e comunque una volta trascorsi almeno dieci anni dal perfezionamento del documento testamentario:

C 6.3.27 (*Iust.*): *Sancimus, si quis legitimo modo condidit testamentum et post eius confectionem decennium profluxit, si quidem nulla innovatio vel contraria voluntas apparuit, hoc esse firmum. quod enim non mutatur, quare stare prohibetur? quemadmodum enim, qui testamentum fecit et nihil voluit contrarium, intestatus efficitur? Sin autem in medio tempore contraria voluntas ostenditur, si quidem perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso iure prius tollitur testamentum. Sin autem testator tantummodo dixerit non voluisse prius stare testamentum, vel aliis verbis utendo contrariam aperuit voluntatem, et hoc vel per testes idoneos non minus tribus vel inter acta manifestaverit et decennium fiat emensum, tunc irritum esse testamentum tam ex contraria voluntate quam ex cursu temporali.*

In materia di successioni è poi opportuno segnalare l'utilizzo del criterio della maggioranza per far sì che il chiamato ad un'eredità gravata da importanti debiti, la accetti: mi riferisco alla possibilità del vocato di concludere con i creditori titolari della maggioranza dei crediti un *pactum de non petendo* da far valere anche contro i creditori assenti e addirittura dissenzienti. Questa soluzione è di certo indirizzata ad incentivare l'accettazione dell'eredità del vocato:

Ulp. 4 *ad ed.* 2.14.7.17: *Si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus ut minus solvatur, pactum valiturum est.*

Ulp. 4 *ad ed.* 2.14.7.19: *Hodie tamen ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint: si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem.*

<sup>227</sup> Diverso il discorso per il testamento pretorio ove la distruzione del documento testamentario da parte del testatore ovvero la rottura dei sigilli, avrebbe comportato il diniego della *bonorum possessio secundum tabulas* agli eredi istituiti, ma la *bonorum possessio sine tabulis* ai successibili *ab intestato*. Vedasi sul tema L. DE SARLO, *Il principio: «prius testamentum rumpitur cum posterius perfectum est»*, in *AG* 142 (1952), pp. 69-82; G. GANDOLFI, «*Prius testamentum ruptum est*» in *Studi Betti* III, Milano 1962, pp. 211-228. Per la successione legittima, vedasi per tutti: O. DILIBERTO, «*Successione legittima*» (*diritto romano*), in *ED* XLIII, Milano 1990, pp. 1297-1315.

<sup>228</sup> Gai. 2.151: *Potest, ut iure facta testamenta nuda voluntate infirmantur. apparet non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nibilo minus iure civili valeat. quin etiam si deleverit quoque aut conbuserit tabulas testamenti, non ideo / minus / desinent valere, quae ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio difficilis sit.*

Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.10pr.: *Rescriptum autem divi Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire. quid ergo si quidam absentes sint? num exemplum praesentium absentes sequi debeant? sed an et privilegiariis absentibus haec pactio noceat, eleganter tractatur: si modo valet pactio et contra absentes. et repeto ante formam a divo Marco datam divum Pium rescripsisse fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt.*

Passando alla materia delle *actiones* indagine esaustiva verrà condotta circa l'individuazione del *iudex unus* e circa la composizione del collegio giudicante formato dai *recuperatores*.

Ovviamente per affrontare questo tema non si potrà prescindere dall'esame del documento epigrafico attestante la *lex Irnitana*<sup>229</sup>, ritrovato nel 1981, poiché la dottrina maggioritaria<sup>230</sup> è del parere che questo statuto per il *municipium Flavium Irnitenum* non sia stato appositamente tracciato per detto municipio, ma ricalchi un modello generale, che viene individuato nella *lex Flavia municipalis*, una *lex data* dell'imperatore Domiziano, volta al fine di riorganizzare i municipi in Spagna a seguito della concessione da parte di Vespasiano dello *ius Latii* nell'anno 73-74<sup>231</sup>.

Comunque se nell'età imperiale esisteva<sup>232</sup> una lista di persone aventi precisi requisiti, e dalla quale venivano estratti i giudici e per i processi privati e per quelli attinenti alla sfera criminale, anche

<sup>229</sup> Ritrovate nei pressi di Siviglia, trattasi di sei tavole di bronzo su tre colonne: è ciò che resta di quelle che sarebbero dovute essere dieci colonne esposte forse nel senato del municipio. Le edizioni più accurate riportanti la *lex* suddetta possono considerarsi le seguenti: A. D'ORS, *La ley Flavia municipal (Texto y comentario)*, Roma 1986; A. D'ORS - J. D'ORS, '*Lex Irnitana*' (*Texto bilingüe*), Santiago de Compostela 1988; A. CHASTAGNOI - M. LEGLAY - P. LE ROUX, '*Lex Irnitana*', in *AE*, 1986, 87 ss.; F. FERNÁNDEZ GÓMEZ - M. DEL AMO Y DE LA HERA, *La 'Lex Irnitana' y su contexto arqueológico*, Sevilla 1990; J. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *Bronces jurídicos romanos de Andalucía*, Sevilla 1990; J. GONZÁLEZ, *The 'Lex Irnitana': A New Copy of the Flavian Municipal Law*, in *JRS*, LXXVI (1986), 147 ss.; F. LAMBERTI, '*Tabulae Irnitanae*'. *Municipalità e 'ius romanorum*', Napoli 1993. Per una completa, e comunque aggiornata bibliografia sul tema rimando a P. LAMBRINI, '*Titius iudex esto: la scelta del giudice privato nel processo formulare*', in *Il giudice privato nel processo civile romano*, a cura di L. Garofalo, Padova 2012, p. 295 nt. 1, alla quale aggiungo però R. CARDILLI, *Designazione e scelta del 'iudex unus' alla luce della lex Irnitana*, in *Atti della Accademia Nazionale dei lincei. Rendiconti. Classe di scienze morali, storiche e filologiche*, Roma 1992, 37-73.

<sup>230</sup> A. D'ORS, *Nuevos datos de la ley Irnitana sobre jurisdicción municipal*, in *SDHI*, XLIX (1983), p. 20 ss.; ID., *La nueva copia irnitana de la 'lex Flavia municipalis'*, in *AHDE*, LIII (1983), p. 7; ID., *Una nueva lista de acciones infamantes*, in '*Sodalitas*'. *Scritti in onore di A. Guarino*, Napoli 1984, 2580; ID., *De nuevo sobre la ley municipal*, in *SDHI*, L, 1984, 180; ID., *La ley Flavia*, cit., 13 ss.; Seguono d'Ors: P. BIRKS, *New Light on the Roman Legal System: the Appointment of Judges*, in *The Cambridge Law Journal*, XLVII (1988), p. 49; A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano 1991, p. 99; R. CARDILLI, *Designazione*, cit., p. 41 ss.; C. CASTILLO, *Miscellanea epigráfica hispano-romana*, in *SDHI*, LII (1986), 391; X. D'ORS, *Regulación y control de la actividad pública en la 'lex Flavia Municipalis'*, in *Sem. compl.*, II, 1990, p. 74; F. DE MARTINO, '*Litem suam facere*', in *BIDR*, XCI (1988), p. 20, nt. 42; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *La 'lex Irnitana'. Une nouvelle loi municipale de la Bétique*, in *RIDA*, XXX (1983), p. 130 ss.; ID., *Los llamados Cuasidelictos*, Madrid 1990, p. 39; J. GONZÁLEZ, *The 'Lex Irnitana'*, cit., p. 150; ID., *El 'ius latii' y la 'lex Irnitana'*, in *Athenaeum*, LXV (1987), p. 323 ss.; P. LE ROUX, *Municipe de droit latin en 'Hispania' sous l'empire*, in *RHD*, XLIV (1986), p. 340 s.; J.L. MURGA, *Las acciones populares en el municipio de Irni*, in *BIDR*, XXVII (1985), p. 225; N. PALAZZOLO, *Proceso civile e politica giudiziaria nel principato. Lezioni di diritto romano*, Torino 1991, p. 17; W. SIMSHÄUSER, *Stadtrömisches Verfahrensrecht im Spiegel der 'lex Irnitana'*, in *ZSS*, CIX (1992), p. 173 ss.; M. TALAMANCA, *Il riordinamento angusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 5-8 giugno 1996)*, Napoli 1999, p. 218.

<sup>231</sup> Per una ricostruzione ed un'approfondita analisi del testo della *lex*, nonché per i suoi influssi e derivazioni dalla *lex Iulia de iudiciis privatis* rimando per ultimi a R. CARDILLI, *Designazione*, cit., passim.; nonché a P. LAMBRINI, '*Titius iudex esto*', cit., pp. 295-302.

<sup>232</sup> Vedasi tra i tanti, B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987, p.130; E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma 1918, 68, nt. 1; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, *Le 'legis actiones'*, Bologna 1948, p. 226; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, *Il processo formulare*, Milano 1963, p. 215 ss.

nell'età della *libera res publica* è attestata l'esistenza di un *album iudicum*<sup>233</sup>. Per iscriversi nell'*album iudicum*<sup>234</sup>, erano necessari diversi requisiti, oltre a precise condizioni sociali e politiche<sup>235</sup>, che variarono a seconda del periodo considerato, e alla cittadinanza romana: si richiedeva una determinata età (varia, storicamente, dai ventiquattro ai trenta anni), si richiedeva di essere residenti in Italia nonché di non avere un *imperium* maggiore o pari del magistrato autorizzante il *iudicium*<sup>236</sup>. Da ricordarsi è poi il fatto che sebbene esistessero *excusationes*<sup>237</sup>, non solo per non procedere alla iscrizione nelle liste, ma anche per evitare di giudicare in un preciso processo, *arbiter*, *iudex unus* e *recuperatores* erano direttamente investiti dell'obbligo di giudicare senza la necessità di una preventiva accettazione, a differenza dell'*arbiter ex compromisso* che restava obbligato al giudizio solo dopo il *receptum*.

La *lex Irnitana* ci dice<sup>238</sup> poi che questa lista veniva compilata dai *duoviri*, congiuntamente, o da solo uno di essi quando l'altro fosse impossibilitato a svolgere questo compito o fosse semplicemente

<sup>233</sup> Sul tema: L.E. BABLITZ, *Actors and audience in the Roman courtroom*, London - New York, 2007, p. 92 ss.; F. GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des romains*, Paris 1901; J. MAZEAUD, *La nomination du 'iudex unus' sous la procédure formulaire à Rome*, Paris, 1933, p. 3 ss.; A.H.M. JONES, *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford, 1972, p. 88 ss.; T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, Leipzig 1887, p.535.

<sup>234</sup> Erano esentati, sulla base della *lex Iulia*, chi avesse tre figli o nipoti, chi fosse avanti con l'età, e soprattutto interessante ai fini di una valutazione del compito gerito, chi ricoprisse uffici pubblici, chi fosse comunque assente per cause giustificate o fosse semplicemente malato, e chi fosse sacerdote. Si veda: Vat. fr. 197-198: *An bello amissi a tutela excusare debeant? Nam et in fascibus sumendis et in indicandi munere pro superstitibus habentur, ut lege Iulia de maritandis ordinibus de fascibus sumendis et publicorum kapite XXVI, item privatorum kapite vicesimo VII de indicando cavetur. Et puto constituendum, ut et a tutelis excusent; proinde sive tres bello amiserit sive unum duosve, pro superstitibus cedent. Sed utrum soli filii an et nepotes debent prodesse? Subsistendum, quoniam lex quidem privatorum kapite XXVII "ex se natos" appellat, lex vero publicorum kapite XXVI liberorum facit mentionem. Puto tamen eandem esse aequitatem in nepotibus, qui in locum filiorum succedunt, quae est in filiis*. Si veda come molte di queste cause siano inserite precipuamente nel capitolo ottantaseiesimo della *lex Irnitana*: vedasi *infra* nt. 237.

<sup>235</sup> Inizialmente il *munus indicandi* era 'affidato' ai senatori, in ragione della loro collocazione sociale; poi con Caio Gracco ai senatori si affiancarono i cavalieri. Per approfondimenti: P. LAMBRINI, *'Titius iudex esto'*, cit., p. 303 ss.

<sup>236</sup> Paul. 13 *ad Sab. D.* 5.1.58: *Iudicium solvitur vetante eo qui indicare iusserat, vel etiam eo qui maius imperium in eadem iurisdictione habet, vel etiam si ipse iudex eiusdem imperii esse coeperit, cuius erat qui indicare iussit*.

<sup>237</sup> Si veda C. LANZA, *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di diritto classico*, in BIDR, XC (1987), p. 467; N. RAMPAZZO, *Osservazioni sulle cause di esenzione dall'officium indicandi*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, III, a cura di L. Garofalo, Padova 2015.

<sup>238</sup> Cap. 86, 43-49: *De iudicibus legendis proponendis: Qu[oniam] II viri in [e]o municipio i[ur]e d[ic]undo praerunt de communi sententia / aut, si u[ter] eo[rum] aberit, aliave quae causa ei inciderit quo / minus [eam] rem agere possit, alter, in diebus quinque proxi- / [mis qui]bus iure dicundo praesse coeperit poteritque, iudi- / [ces legi]to ex decurionibus conscriptisve tot quod ei videbi- / [tur qui ei] prouinciae praeit, qui eo anno non debebunt / [munere alio simul fu]ngi, ex reliquis municipibus qui praeter / [de]curion[es conscriptos]ve ingenui erunt tot quod ei uidebitur / [q]ui ei pro[u]inciae praeit, non minores quam XXV annorum, / quibus ip[s]is quorumv[e] cui[us] patri auove paterno proauove / patern[o] aut patri cuius in potestate erit non minor quam HS(sestertium) V(milia) / res sit, quos maxime idoneos arbitrabitur l[e]g[is]que indices pro<re> com- / muni municipum eius municipi {esse} iuraverit coram decurioni- / bus conscriptisve non paucioribus quam decem, dum vac ne / quem legat cui morbus causa erit quo minus rebus [i]u[di]candis / eo anno operam dare possit, quive LXV annorum maiorve erit, qu[i]- / ve aedilis quae[or]v[e] er[i]t, quive rei publicae causa aberit, quive / rei communi[s] mu[n]icipum eius municipi causa aberit, quive / in ea regione [si]ne d[olo] m[alo] non erit et ob eam rem eo anno rebus / iudicandis ope[r]am d[are] non poterit, quive in earum qua cau- / sa erit ex qua eum in [nu]merum decurionum conscriptorum- / ve legi inve eo num[er]o esse non oportebit, nisi ob eam rem / esse legive [non o]p[ort]ebit quot minor ei patri avo paterno / proa[v]ov[e] paterno aut patri in cuius potestate sit res erit, / ut quam eum in numerum decurionum conscriptorumve / leg[i] esse in eo n[un]q[uam] o[port]eat. Eosque quam aequalis / summa[e] i[n] d[e]cu[ri]as tres describit. Qu[oniam] ita iudices lec[ti] / discriptve erunt, ii [eo] anno indices rerum priuatarum / in eo municipio h[ab]e[re] l[eg]e sun[t]o, eorumque omnium i[s] qui i[ur]e d[ic]undo p[ra]erunt et ipso- / rum tribus cognomina in tabulis scripta apud tribunal / suum per omnes reliquos eius anni dies maiorem partem / cuiusque die[rum] p[ro]p[os]ita h[ab]e[re]to, ita u[ter] d[e] p[ri]mo [r]e[ct]e) l[eg]i / p[ro]ssint. Deque iis i[n] - / dicibus in eas res, [de] qu[ibus] rebu[s] recuperatores dari non / oportebit, iudi[ce]m arbitru[m]ve quem ex h[ab]e[re] oportebit da- / ri <dato> addic[i]to indicare iubeto; neve quem alium iudicem ne[ve] / arbitrum dato neve iudi[ce]m iubeto invito alterutro [aut] / si plures erunt, aliquo eorum inter quos quid [amb]igetu[r].*

assente: la lista era poi annuale, e una volta redatta i *duoviri* dovevano poi effettuare un giuramento di aver operato la scelta nell'interesse dei *municipes*, in presenza di non meno dieci *decuriones conscriptive*.

Come si è vista la sola composizione dell'*album iudicum* presenta quindi numerosi profili di conflittualità, soprattutto sotto la prospettiva delle cause di esenzione dall'iscrizione nelle liste, che verranno precipuamente indagate.

A parte che per motivi di certezza e per motivi di pubblicità ((*ita u[il] d(e) [p(lano) r(ectē)] l(egē) p(ossint)*)), la lista doveva rimanere esposta *in iure* durante tutto l'anno e almeno per la maggior parte della giornata, e doveva recare il *praenomen*, il *nomen*, il *praenomen* paterno, il *cognomen*, la *tribus*, affinché ciascuno potesse prenderne conoscenza, e ogni singolo iscritto fosse individuabile inconfutabilmente, precise regole erano fissate per la nomina e selezione del *iudex unus* e per la scelta dei *recuperatores*.

Sul finire del capitolo ottantaseiesimo della *lex Irnitana* si accenna a due modalità di individuazione del *iudex unus* (o *arbiter*), e cioè la scelta autonoma delle parti al di fuori o dentro l'*album iudicum*, ovvero tramite la *recusatio* (che vengono esplicitate nel capitolo ottantasettesimo); nel capitolo ottantottesimo si delineano le modalità con le quali si perveniva alla composizione del collegio giudicante.

La scelta libera<sup>239</sup> come detto poteva riguardare anche persone al di fuori delle liste predisposte dai *duoviri*<sup>240</sup>, comunque tra persone aventi anch'esse precisi requisiti, come esemplarmente essere un abitante *ab origine* del municipio, non avere più di sessantacinque anni e non essere affetto da un *morbus*<sup>241</sup>, non essere pazzo o sordomuto (come prevedeva direttamente il capitolo novantatré della *lex Irnitana*<sup>242</sup>).

<sup>239</sup> Confermata anche da Cic. *Cluent.* 120: *neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusdam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset*; testimonianza presente anche prima del ritrovamento del documento attestante la *lex Irnitana*, a favore della scelta libera ad opera delle parti, è costituita da una tavoletta pompeiana riportante una *conventio de indice addicendo*, mediante la quali le parti avevano indicato una precisa persona come competente a decidere su tutte le loro future questioni: vedasi TPSulp. 22 (=TP. 58) edita da G. CAMODECA, *L'archivio puteolano dei Sulpici*, I, Napoli 1992, p. 75 ss.

<sup>240</sup> Cap. 87, 30-51: *Si inter duos quos inter de re privata lis controversia<ve> erit / et de qua iud[ic]em arb[itr]umve dari h(ac) l(eg)e opo[r]te[bit], n[on] conveni- / et quem iudicem arbitrumve ha[be]ant, is q[ui] i[n]u[er]i d[ic]u[n]d[o] p[ro]- / aerit facito uti, reiectione[m] decuriarum facta, <ita> uti is qui a[get] / petetve aut, si uter[qu]e aget p[ro]p[ri]e[re]tve, is qui de maiore re aget mai- / ioremve rem petet prior r[ati]o[n]e[re]t, ex ea decuria quae reliqua e- / rit alt[er]nos inter se reiciant, dum is qui aget petetve aut, si / uterque aget petetve, uter de maiore re aget maioremve rem / petet, prior ex [i]mparibus <isque> quocum agetur aut a quo petetur / aut, si uterque aget petetve, qui de minore re aget minoremve / rem petet, ex paribus prior reiciat, adeo dum ex iis unus relin- / qua[n]tur; aut, si uter eorum reicere decurias iudicesve nol[let], / quem adversarius eius ex propositis iudicibus iudicem arbi- / trumve habere volet; aut, si de aliquo municipe, qui proposi- / tus non sit neque Ilvir aut aedilis aut quaestor sit, inter eos / conveniet, ut eum iudicem arbitrumve habeant, nisi si ei de / quo conveni[er]it morbus causae erit quo minus rebus iudican- / dis operam dare possit aut is annorum LXV maiorve erit et / eam rem indicare nol[let], eum inter eos in eamque rem iudi- / cem arbitrumve dato addic[er]e iubeto. Qui ita datus / addicere iudicare iussus erit, is iudica[er]e litem aestuma- / to. Quodque [i]s hac lege iudicaverit litem aestumaverit, / it [i]ustum[que] esto.*

<sup>241</sup> Vedasi compiutamente P. LAMBRINI, 'Titius iudex esto', cit., pp. 316-317.

<sup>242</sup> *Quibus de rebus in h(ac) l(eg)e nominatim cautum[ue] scriptum[ue] / non est, quo iure inter se municipes minicipi [Flavi] / Irnitani agant, de iis rebus omnibus ii inte[r] se / agunto, quo ciues Romani inter se iure civili / agunt agent ...*

Per quanto attiene invece alle procedure alternative alla scelta, che ovviamente poteva anche avvenire tra le persone inserite nelle liste dei *duoviri*<sup>243</sup>, tra queste vi era il sistema delle *recusationes*: il magistrato giurisdicente presenta alle parti la lista suddividendola in tre decurie; ciascuno (prima l'attore) ricusa una decuria, e su quella restante si principia poi con le ricusazioni dei singoli giudici:

Cap. 87, 33-41: *is qui aget petetue aut, si uterque aget pete[tu]e, uter de maiore re aget maioremue rem petet, prior ex [i]mparibus <isque> quocum agetur aut a quo petetur aut, si uterque aget petetue, qui de minore re aget minoremue rem petet, ex paribus prior reiciat ...*

Se pur dubbi risultano essere in concreto i meccanismi della *recusatio*<sup>244</sup>, al termine delle varie operazioni verrà scelto l'unico giudice non ricusato.

Se invece una parte non opera le ricusazioni, assumendo un atteggiamento ostruzionistico, volto al fine di creare una paralisi processuale, ecco che si presta come soluzione la tecnica decisionale della scelta unilaterale (denominata *optio* nel capitolo ottantottesimo per la scelta dei *recuperatores*), che doveva avvenire però tra i soli iscritti nelle liste, e non al di fuori delle stesse. Alla scelta unilaterale si perveniva non solo quando una delle due parti non collaborava sin dall'inizio alle ricusazioni, ma anche quando aveva collaborato sino ad un certo punto, e poi avendo 'selezionato' una rosa di nomi ad essa congeniali, lasciava la scelta all'altra parte<sup>245</sup>. Così, scelto il giudice, sarà poi nominato formalmente dal magistrato.

Per quanto attiene invece alla scelta dei *recuperatores* è subito bene chiarire che questi non potevano esser scelti tra persone non incluse nella lista dell'*album iudicum*, e comunque le possibilità per le parti di partecipare alla designazione del collegio giudicante erano assai più ridotte rispetto all'individuazione dello *iudex iunus*, con ovvie ripercussioni anche sulle tempistiche, più brevi quindi, per la formazione del collegio stesso e di conseguenza per la soluzione della controversia.

Comunque la lista utilizzata, almeno in età classica<sup>246</sup>, era la medesima rispetto a quella utile per la scelta del giudice unico<sup>247</sup>, anche se per fini pratici si è supposto<sup>248</sup> che venisse compilata anche una lista speciale per la formazione del collegio giudicante.

---

<sup>243</sup> P. BIRKS, *New Light*, cit., 40 s.;

<sup>244</sup> Si veda *infra*, nel capitolo successivo, per le varie interpretazioni di A. D'ORS, *La ley Flavia Municipal*, cit., 175; ID., *Nuevos datos*, cit., p. 37, e nello stesso senso J. MUÑIZ COELLO, *La política municipal de los Flavios en Hispania: el municipium Irnitantum*, in *Studia historica. Historia antigua*, II-III (1984-1985), p. 175; P. BIRKS, *New Light*, cit., p. 42, e nello stesso senso R. CARDILLI, *Designazione*, cit., p. 56 ss.

<sup>245</sup> Di questa *optio* unilaterale ce ne dà conferma anche Quint. *inst.* 5.6.6: *Sed nobis adulescentibus seniores in agendo facti praecipere solebant ne umquam ius iurandum deferremus, sicut neque optio iudicis adversario esset permittenda nec ex advocatis partis adversae iudex eligendus. Nam si dicere contraria turpe advocato videretur, certe turpius habendum facere quod noceat.*

<sup>246</sup> Prima infatti si ritiene che la composizione del collegio avvenisse secondo liste particolari: a conferma di questo dato si può analizzare un passo della *lex agraria* del 111 a.C., *FIRA I*<sup>2</sup>, nr. 8, l. 37 ss.: *recuperatores ex civibus L, qui classis primae sint, XI dato.*

Prima del rinvenimento della *lex Irnitana* si riteneva che la composizione avvenisse per mezzo di un'estrazione di una rosa di nomi di numero più elevato rispetto a quello finale -come si sa il collegio poteva essere costituito da tre o cinque membri a seconda dei casi-; alla selezione ultima si pensava vi si arrivasse per mezzo di un esiguo numero di ricusazioni da ambo le parti. Tali interpretazioni discendevano dalla lettura della *lex agraria*<sup>249</sup> del 111 a.C. e dalla *lex coloniae Genetivae Iuliae*<sup>250</sup>: sulla base della lettura della prima si attesta che il magistrato selezionava i nomi dalla lista, mentre sulla base della seconda emerge invece che si procedeva ad una estrazione a sorte<sup>251</sup>.

La *lex Irnitana* ha offerto importanti informazioni anche, appunto, in merito alla designazione dei *recuperatores*:

Cap. 88, 2-13: *De reciperatoribus reieendis sorte ducendis dandis.*

*Qua[e]vis recuperatores dari oportebit, is qui i(ure) d(icundo) praeit ex / h(ac) l(ege) [ex iis qui in] iudic{i}um numero erunt, item eodemque / modo [re]iectis iudicibus donec reliqui septem sint ex iis, aut / item e[od]emque mod[o] op[er]atione data septem reciperatorum, / seu in[ter] eo[s] c[on]ve[n]iet {et quibus} uti septem de iudic{i}um nu- / me[r]o sorte [d]uc[i] recuperatores velint; ex his tot recipe- / ratores sorte ductos dato{s}, quod de quaeque <re> recuperatores / dari h(ac) l(ege) opo[er]t[er]ebit, cogitoque eos uti cognoscant iudicent. / Qui ita reci[perat]o[re]s dati erunt, eorum de his rebus iudicatio / li[tis]que [aestumatio]esto. Quodque ii iudicaverint litem ae- / stumaverint, i[d] iust]um ratumque esto.*

Evidente è il ruolo della *sortitio iudicum*; la procedura si articola in tre stadi anziché in due: si seleziona un numero di sette giudici, si estrae a sorte il numero adeguato per giudicare la controversia per pervenire poi alla nomina finale dei giudici così selezionati ad opera di *is qui i(ure) d(icundo) praeit*.

Ora, se è vero che i litiganti non potevano scegliere di comune accordo un giudice che non fosse ricompreso nella lista, si discute<sup>252</sup> se invece potessero scegliere di comune accordo i nomi dei sette giudici. Comunque il primo gruppo, lasciando da parte le possibilità di un coordinamento consensuale tra le due parti, poteva esser formato tramite il sistema delle ricusazioni, ovvero, se una delle due parti non avesse collaborato al sistema anzidetto, si procedeva alla *optio* unilaterale.

Si denotano quindi affinità con il sistema previsto per l'elezione del *iudex unus*, ed infatti le ricusazioni procedono dapprima per le tre decurie, con una ricusazione a testa principiando dall'attore;

<sup>247</sup> Vedasi J. STROUX, *Eine Gerichtsreform des Kaisers Claudius*, München 1929, p. 81 ss.

<sup>248</sup> O. BEHREND, *Die römische Geschworenengerichtsverfassung. Ein Rekonstruktionsversuch*, Göttingen 1970, cit., p. 91 ss.; F. LA ROSA, 'Decemviri' e 'centumviri', in *Labeo*, IV (1958), p. 19 ss.;

<sup>249</sup> *FIRA I*<sup>2</sup>, nr. 8, l. 37 ss.

<sup>250</sup> *FIRA I*<sup>2</sup>, nr. 8, l. 27.

<sup>251</sup> P. LAMBRINI, 'Titius iudex esto', cit., p. 329: «L'identità di questo sistema di elezione con quello adoperato, a partire da Silla, per la composizione delle giurie penali (*quaestiones perpetuae*) confermerebbe il già rilevato carattere pubblicistico dei *iudicia recuperatoria*» Vedasi anche G. PUGLIESE, *Il processo*, II, cit., 244.

<sup>252</sup> Contrari a tale possibilità: P. BIRKS, *New Light*, cit., pp. 41-43; W. SIMSHÄUSER, *La jurisdiction*, cit. p. 628 nt. 38; a favore A. D'ORS, *La ley Flavia Municipal*, cit. p. 176: «como siempre, el acuerdo de los litigantes prevalece sobre el sistema electivo previsto por la ley»; J. GONZÁLEZ, *The 'Lex Irnitana'*, cit., p. 233

poi per la decuria non ricusata si procede alle singole ricusazioni sui nomi dei singoli giudici finché non si arrivi alla rosa dei sette nomi. Selezionati questi sette nominativi si procede poi alla *sortitio* dei tre o cinque membri, a seconda della causa in discussione, fino all'ultimo momento della procedura di designazione del collegio che consiste nella nomina magistratuale che viene così indicata: : *dato{s}...cogitoque eos u[ti] cognoscant iudicent*<sup>253</sup>. Infine, è bene ricordare che i *recuperatores* decidono sulla controversia loro sottoposta a maggioranza.

Indagando sempre dal punto di vista delle soluzioni delle controversie, la ricerca non può esimersi di percorrere la strada che porta alla definizione di soluzioni 'per le' controversie: infatti, non può non considerarsi, che le parti, tramite *pactum legitimum*<sup>254</sup> potevano rimettere all'arbitrato di un terzo, scelto di comune accordo tra esse, la decisione della controversia.

Ovvio che in questo caso il pervenire ad una scelta comune, tramite il *compromissum*<sup>255</sup>, doveva essere in qualche modo garantita dallo stesso diritto: la soluzione giuridica quindi investe tanto il momento finale della rimessione al terzo della decisione, tanto il momento iniziale dell'accordo tra le parti: ciascuna infatti prometteva all'altra il pagamento di una pena pecuniaria (la *poena* poteva comunque consistere anche nella dazione di una *res* che non fosse il denaro) per il caso in cui non si fosse attenuta alla pronuncia arbitrale:

Ulp. 13 *ad ed. D.* 4.8.11.2: *Quod ait praetor: "pecuniam compromissam", accipere nos debere, non si utrimque poena nummaria, sed si et alia res vice poenae, si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit: et ita Pomponius scribit. quid ergo, si res apud arbitrum depositae sunt eo pacto, ut ei daret qui vicerit, vel ut eam rem daret, si non pareatur sententiae, an cogendus sit sententiam dicere? et puto cogendum. tantundem et si quantitas certa ad hoc apud eum deponatur. proinde et si alter rem, alter pecuniam stipulanti promiserit, plenum compromissum est et cogetur sententiam dicere.*

Per quanto attiene all'arbitro invece, l'assunzione del compito di dirimere la controversia era data dal *receptum arbitri*<sup>256</sup>, e per il caso in cui questi, dopo l'accettazione, si fosse rifiutato di giudicare

---

<sup>253</sup> Per l'analisi di questa formula rimando a A. D'ORS, *La ley Flavia Municipal*, cit., p. 176 ss.; ID., 'Litem suam facere', in *SDHI*, XLVIII (1982), 368 ss.; P. LAMBRINI, 'Titius iudex esto', cit., p. 331-332.

<sup>254</sup> Paul 3 *ad ed. D.* 2.14.6: *Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur. et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur.*

<sup>255</sup> Per tutti: M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano 1958. Vedasi su questo testo le recensioni di F. CASAVOLA, *La 'conventio' nel 'compromissum'*, in *Labeo* 5 (1959), pp. 236-245; H. LÉVY-BRUHL, in *RHD*, 40 (1962), pp. 404-405; J. ROUSSIER, in *IVRA* 10 (1959), pp. 223-236.

<sup>256</sup> Ulp. 13 *ad ed. D.* 4.8.13.2: *Recepisse autem arbitrium videtur, ut Pedius libro nono dicit, qui iudicis partes suscepit finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur. quod si, inquit, hactenus intervenit, ut experiretur, an consilio suo vel auctoritate discuti litem paterentur, non videtur arbitrium recepisse.*

senza l'emersione di validi motivi, il pretore non concesse un'azione particolare, ma su richiesta degli interessati, facendo leva sul suo *imperium*, ricorreva a mezzi di pressione contro l'arbitro<sup>257</sup>.

Infine, rimanendo nel campo delle decisioni delle controversie, compiuta indagine non potrà non operarsi circa la materia dell'interpretazione del diritto, che come ben si sa originariamente era rimessa al solo monopolio dei pontefici, fino al momento in cui non si arrivò all'emersione del giurista 'laico'<sup>258</sup>: grazie ai loro *responsa* i giuristi cominciarono così ad interpretare e, perché no, a creare il diritto, generando, con la normale e naturale diversità di opinioni che caratterizza la scienza del diritto, conflitti interpretativi che possiamo racchiudere sotto l'espressione di '*ius controversum*'<sup>259</sup>.

Orbene, anche nel periodo più antico, quando ancora la scienza interpretativa era custodita nei penetrali del collegio dei pontefici, la parità del potere di cui erano investiti i singoli pontefici componenti il collegio costituiva problematiche circa chi dovesse dare *responsa* alle domande dei privati: la soluzione escogitata ce la dà Pomponio:

Pomp. *l.s. enchirid.* D. 1.2.2.6: *Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret certas solemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones. et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt. omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est.*

Non disponendo di notizie circa le modalità con le quali di anno in anno all'interno del collegio si decidesse quale pontefice fosse preposto a rispondere alle domande dei privati, potendo già da quel tempo esser utilizzato il criterio della votazione, o per esempio quello della turnazione, si può soltanto rilevare come più tardi è invece attestato nelle fonti il criterio della maggioranza per le decisioni prese in seno al collegio dei pontefici:

---

<sup>257</sup> Che potevano consistere esemplarmente in una minaccia o nell'irrogazione di una multa: vedasi M. MARRONE, *Istituzioni*, cit. p. 674

<sup>258</sup> Per una compiuta critica alla teoria di una presunta 'laicizzazione' del diritto, rimando, per tutti, a F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit., in particolare pp. 1-10, nonché a ID. *Sacerdozio, magistratura e popolo*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 8 (2009), pp. 1-11, ID. *Peuple, sacerdoce, magistrature*, cit.; ID. *Sacerdoti e magistrati nel diritto pubblico romano*, cit.

<sup>259</sup> Sul tema vedasi M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo «ius controversum» all'autorità del principe)*, in *Ius controversum e auctoritas principis: giuristi, principe e diritto nel primo impero: atti del Convegno internazionale di diritto romano e del 4. Premio romanistico G. Boulvert: Copanello, 11-13 giugno*, a cura di F. Milazzo, Napoli 1988, pp. 403-458; ID. *Gaio e lo ius controversum*, in *AUPA* 55 (2012), pp. 75-124; C. BEDUSCHI, *Il «ius controversum» fra razionalità e giustizia*, in *Rivista di diritto romano* 10 (2010); M. BRETONE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, cit. 755 ss.; A. CANNATA, *«Iura condere». Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e «auctoritas principis»*, in *Ius controversum*, cit., pp. 27-58; H. LÉVI-BRUHL, *«Dissentiones prudentium»*, in *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, pp. 532-545; G. NEGRI, *Giudici e «responsa prudentium»* in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale: princeps e procedure dalle leggi giulie ad Adriano: atti del Convegno internazionale di diritto romano e del 3. Premio romanistico G. Boulvert: Copanello, 5-8 giugno 1996*, a cura di F. Milazzo, pp. 409-412; L. VACCA, *Casistica e sistema da Labeone a Giuliano*, in *Ius controversum*, cit., pp. 341-384; ID., *I precedenti e i responsi dei giuristi*, in ID. (a cura di) *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti: profili storico-comparatistici: seminario ARISTEC, Perugia, 25-26 giugno 1999*, pp. 37-66, Torino 2000.

Cic. *har. resp.* 6.12: *De sacris publicis, de ludis maximis, de deorum penetium Vestaeque matris caerimoniis, de illo ipso sacrificio quod fit pro salute populi Romani, quod post Romam conditam huius unius casti tutoris religionum scelere violatum est, quod tres pontifices statuissent, id semper populo Romano, semper senatui, semper ipsis dis immortalibus satis sanctum, satis augustum, satis religiosum esse visum est.*

Dato il numero dei pontefici fissato a cinque, prima almeno della *lex Ogulnia* che li portò ad otto, e dato il fatto che Cicerone si riferisce a tempi vetusti, è facile ricavare come il numero tre sancisse il criterio della maggioranza<sup>260</sup>.

Dopo i vari momenti storici con i quali si aprì alla pubblicità del diritto<sup>261</sup>, ecco quindi che ogni singolo giurista era libero di poter dare pareri a chiunque li richiedesse, il quale li avrebbe poi trasmessi, o comunque riferiti<sup>262</sup>, al giudice, che avrebbe poi deciso liberamente, commisurando però l'*auctoritas* dei giuristi che avevano fornito i pareri.

Dopo l'istituzione con Augusto<sup>263</sup> dello *ius respondendi ex auctoritate principis* comincia a delinearsi una 'gerarchia' tra i vari *responsa* dei giuristi, gerarchia basata però sempre sulla sola *auctoritas*, riconosciuta questa volta non dal giudice chiamato a risolvere la controversia ma direttamente dal *princeps*: ciò dinanzi al giudice dirimeva di fatto conflitti tra un parere di un giurista dotato e quello di uno non dotato di *ius respondendi*<sup>264</sup>:

Pomp. *l.s. enchirid.* 1.2.2.49: *...primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit.*

Con Adriano poi i conflitti diminuiscono ancora, poiché in caso di unanimità tra due pareri dotati di *ius respondendi*, il loro valore viene equiparato a quello delle *leges*, e si riapre lo *ius controversum*

---

<sup>260</sup> Vedasi in questo senso: F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987, 121-122. L. FRANCHINI, *Voti di guerra e regime pontificale della condizione. La riforma del 200*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 4 (2005).

<sup>261</sup> Basti leggere Pomp. *l.s. enchirid.* in D. 1.2.2.7: *Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba eius libertini filius subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret et senator et aedilis curulis. hic liber, qui actiones continet, appellatur ius civile Flavianum, sicut ille ius civile Papirianum: nam nec Gnaeus Flavius de suo quicquam adiecit libro. augete civitate quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur ius Aelianum*; 35: *Iuris civilis scientiam plurimi et maximi viri professi sunt: sed qui eorum maximae dignationis apud populum Romanum fuerunt, eorum in praesentia mentio habenda est, ut appareat, a quibus et qualibus haec iura orta et tradita sunt. et quidem ex omnibus, qui scientiam nacti sunt, ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem traditur: ceteri autem ad hunc vel in latenti ius civile retinere cogitabant solumque consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant*; 38: *Post hos fuit Tiberius Coruncianus, ut dixi, qui primus profiteri coepit: cuius tamen scriptum nullum exstat, sed responsa complura et memorabilia eius fuerunt.*

<sup>262</sup> Vedasi per tutti A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit., p. 446-447, circa la questione se i pareri fossero dati per iscritto o a voce.

<sup>263</sup> Per la critica delle tesi che attribuiscono a Tiberio non solo la concessione per primo dello *ius respondendi*, ma la compiuta delimitazione: vedasi A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit., p. 447-452.

<sup>264</sup> F. CANCELLI, *Il presunto "ius respondendi" istituito da Augusto*, in *BIDR*, 90, 1987, pp. 543-586; M. HORVAT, *Note intorno allo «ius respondendi»* in *Syntelexia Vincenzo Arangio-Ruiz*, cit., pp. 710-716; A. MAGDELAIN, *Ex auctoritate principis respondere*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto: Verona 27-28-29/9/1948*, Milano 1953, pp. 93-99; G. PROVERA, *Ancora sul 'ius respondendi' (a proposito dell'edizione tedesca della 'Storia della giurisprudenza romana' di F. Schulz)*, in *SDHI*, 28, 1962, pp. 342-360.

soltanto nel caso in cui i due pareri, sempre dotati entrambi di *ius respondendi*, non siano concordi, lasciando quindi in questo al giudice la possibilità di decidere come meglio crede, anche al di fuori dei pareri:

Pomp. *l.s. enchirid.* 1.2.2.49: *...et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet.*

Gai. 1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur.*

A chiudere il quadro, stabilendo regole ancor più rigide, volte a dirimere il più possibile conflitti dal lato interpretativo-decisionale, è la costituzione del 7 novembre del 426 d.C. dell'imperatore d'Occidente Valentiniano III<sup>265</sup>:

CTh. 1.4.3 *impp. Theodosius Et Valentinianus AA. ad senatum urbis Romae. Post alia:*

*Papiniani, Pauli, Gaii, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas, lectionesque ex omni eius opere recitentur. eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui, ut singulos vincit, ita cedit duobus. notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. Ubi autem pares eorum sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quod sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus et cetera.*

Risulta quindi evidente l'intento di sistematicità risolutiva tra i diversi pareri dei giuristi elencati<sup>266</sup>: dapprima il giudice deve verificare se per la fattispecie in oggetto vi sia unanimità tra i responsi di Papiniano, Paolo, Gaio, Ulpiano e Modestino; se non vi sia unanimità prevale il criterio della maggioranza tra le diverse opinioni; se non si riesca a creare una maggioranza allora il giudice è tenuto a seguire la parte in cui rientra l'opinione di Papiniano; se tutti i pareri siano diversi gli uni dagli altri, allora prevale l'opinione di Papiniano, ma se almeno due pareri siano concordi tra loro, allora prevalgono questi ultimi. Infine se non vi sia un parere di Papiniano su quella specifica questione, ma vi

<sup>265</sup> Per l'attribuzione a Valentiniano III si vedano: A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del Basso Impero*, I. *La legge delle citazioni*, in *Studi Senesi*, LIII, 1939, p. 406 ss.; M. DE BERNARDI A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del Basso Impero*, I. *La legge delle citazioni*, in *Studi Senesi*, LIII, 1939, *La «legge delle citazioni» del 426 d.C. e l'art. 118 delle disposizioni di attuazione del vigente codice di procedura civile italiano*, in *Rivista di diritto romano*, 13, 2013; J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, I, Leipzig 1736, p. 33 ss.; G. SCHERILLO, *La critica del Codice Teodosiano e la legge delle citazioni di Valentiniano III*, in *SDHI*, 8 (1942), pp. 5-22; E. VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni*, in *Scritti giuridici*, VI. *Le fonti*, Napoli 1994, p. 416 ss. (= *Atti della Accademia Nazionale dei lincei. Rendiconti. Classe di scienze morali, storiche e filologiche*, XXVII (1983), p. 185 ss.).

<sup>266</sup> Per una compiuta bibliografia sul tema si vedano: E. VOLTERRA, *Sulla legge*, cit., p. 489 ss.; e il più recente A. C. FERNÁNDEZ CANO, *La llamada «ley des Citas» en su contexto histórico*, Madrid 2000, p. 241 ss.

siano opinioni contrastanti in egual numero, il giudice è libero di scegliere e decidere secondo la sua prudenza.

La ricerca, per quanto attiene allo *ius privatum*, sarà condotta verso questi percorsi, privilegiando, come già chiarito, gli strumenti giuridici offerti ed escogitati dal diritto romano, consistenti nelle diverse tecniche decisionali dirimenti conflitti di stampo privatistico, sempre nel generale intendimento di raccordo tra le due diverse posizioni di studio.



**SELEZIONE DI 'CONFLITTI' TRA POTERI (*IUS PUBLICUM*)  
E TRA DIRITTI (*IUS PRIVATUM*)**

## IUS PUBLICUM

Ulpiano, D. 1.1.1.2: *publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit.*

Cicerone, *De Partitione Oratoria*, 130: *Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud: publicum lex, senatusconsultum, foedus*

Oggetto	Conflitto	Soluzione
<b>SACRA</b>		
<p><i>ius humanum - ius sacrum</i> (<i>imperium - sacerdotium</i>)</p>	<p>il conflitto è tra il potere magistratuale e il potere sacerdotale, soprattutto se si tiene conto che le medesime persone presiedono alla religione ed al governo della <i>res publica</i>, come ci dice Cicerone in <i>De domo sua</i>, 1.1</p>	<p>Il fondamento del potere è diverso: i poteri dei magistrati hanno fondamento nel popolo che li ha eletti (Cicerone, <i>De lege agraria</i>, 2.7.17) e possono essere dotati di <i>imperium</i>; il popolo invece non può <i>mandare sacerdotia</i> (Cicerone, <i>De lege agraria</i>, 2.7.17-18), i quali invece derivano i loro poteri dalla <i>potestas deorum</i> mediante l'<i>inauguratio</i>.</p> <p>Gli uni derivano dalla volontà umana, dalla 'sovranità popolare', gli altri dalla volontà divina, dal diritto sacro.</p> <p>Tuttavia in età repubblicana, in caso di contrasti tra il pontefice massimo e l'<i>imperium</i>, il senato o il popolo danno ragione alla <i>religio</i> (si ricordi, ma è solo uno dei tanti episodi, Livio, 37.51.1-4: <i>religio ad postremum vicit</i>).</p>
<p><i>sacra publica</i> - <i>sacra privata</i></p>	<p>distinzione tra essi</p>	<p>Doppio criterio discrezionale.</p> <p>Il primo riguarda l'interesse: sono <i>publica</i> i <i>sacra</i> che vengono celebrati a spese pubbliche e quindi nell'interesse di tutto il popolo romano.</p> <p>Il secondo riguarda la partecipazione: sono <i>publica</i> quei culti a cui partecipano tutti i <i>cives</i> (Festo, <i>De</i></p>

		<i>verborum significatione</i> , 284.18, s.v. <i>Publica sacra</i> ; 298. 26, s.v. <i>Popularia sacra</i> : ed. Lindsay)
<b>SACERDOTES</b>		
SCELTA SACERDOTI		
<i>pontifex maximus</i> ( <i>comitia pontificis maxim</i> )	Conflitto tra fondamenti del potere: come coniugare l'elemento divino con la novità dell'apertura all'investitura popolare del 212 a.C. (pontefice massimo) e del 103 a.C. (sacerdoti organizzati in collegi)	prevalenza dell'elemento divino: votano solo 17 tribù su 35. (la <i>minor pars populi</i> ) Cicerone, <i>De lege agraria</i> 2.7.17-18.
sacerdoti organizzati in collegi ( <i>comitia sacerdotum</i> )	Parità di interesse e potere: come determinare quali delle diciassette tribù siano chiamate ad indicare il nome di colui che va poi solo inaugurato perché già cooptato (il pontefice), o i nomi di coloro i quali saranno cooptati dai rispettivi collegi	<i>sortitio</i> (Livio, 24.7.10; 24.8; 24.9.3; 26.22.3-13; 27.6.1-11)
nomina delle <i>virgines Vestales</i>	Parità di diritto: la rosa delle venti fanciulle proposta dal <i>pontifex maximus</i> non permette misure di discriminazione per la scelta	<i>sortitio in contione</i> (Gellio, <i>Noctes Atticae</i> , 1.12.11) (oppure, a partire da Augusto, in senato)
RAPPORTI TRA SACERDOTI		
conflitto tra sacerdoti	Potenziale conflitto nel decidere cosa sia (o non sia) <i>fas</i> , quindi conforme alla <i>religio sacrorum</i> (nel senso di Cicerone, <i>In Verrem</i> , 3,127)	La soluzione è data dal criterio di 'competenza'. Si ricordi esemplarmente l'episodio narrato da Tacito ( <i>Annales</i> , 1, 76, 1; 1, 79): Tiberio, sia <i>vir sacris faciundis</i> sia <i>pontifex maximus</i> , ritiene di non dover consultare i <i>libri Sybillini</i> ; infatti sono competenti i pontefici in materia di <i>prodigia</i> , non i <i>viri sacris faciundis</i> .

<b>MAGISTRATUS</b>		
SINGOLI MAGISTRATI		
Consoli	parità di potere:  <i>Adsignatio provinciarum</i>	<i>sortitio</i> ed eventuale <i>permutatio</i> (Livio XXVI,29)
Censori	parità di potere: la collegialità pone particolari problematiche per stabilire a chi spetti fra i due <i>lustrum facere</i> ed <i>habere contionem</i>	<i>sortitio</i> tra i censori <i>uter lustrum faciat</i> (Varrone, <i>de lingua Latina</i> 6.87)
Tribuno della plebe	conflitto tra poteri diversi: non ha gli <i>auspicia</i> , ma pone l' <i>intercessio</i> contro qualsivoglia magistrato	<i>Tribunicia potestas</i> , ove l' <i>intercessio tribunicia</i> deriva dallo <i>ius auxilli ferendi plebi</i> (Livio, III, 34, 6-8) e dalla <i>sacrosanctitas</i> (Livio, III, 55, 10).
Tribuni della plebe	pari <i>tribunicia potestas</i>	non vige la collegialità: l' <i>intercessio</i> è strumento di garanzia per la plebe.  La nomina del <i>tutor dativus</i> è a maggioranza ( <i>Tituli ex corpore Ulpiani</i> 11.18)

RAPPORTI TRA MAGISTRATI		
Rapporto tra magistrati maggiori	<p>Pari <i>auspicia (maiora)</i>  Gellio, <i>Noctes Atticae</i>,  13.15.2-7</p>	<p>All'interno dello stesso collegio  vige il principio dell'unanimità, il  quale viene risolto con  <i>l'intercessio</i>.</p> <p>Al di fuori: <i>par maiorve potestas</i>.  (Cicerone, <i>de legibus</i>,  III, 11, 3-5.)</p>
Rapporto tra magistrati minori	<p>Hanno tutti pari <i>auspicia minora</i>  (Gellio, <i>Noctes Atticae</i>, 13.15.4) e  tra essi non esiste graduazione di  <i>potestas</i> che giustifichi <i>l'intercessio</i>  tra magistrati diversi</p>	<p>La collegialità  vige soltanto fra colleghi,  e non tra magistrati  diversi.  (Gellio, <i>Noctes Atticae</i>,  13.15.2-7; 14.7.6)</p>
Rapporto tra magistrati maggiori e minori	<p>Conflitto impari di potere:  <i>cum populo agere</i></p> <p><i>contionem habere</i></p>	<p>Sono diversi gli <i>auspicia</i>,  (Gellio, <i>Noctes Atticae</i>, 13.15.2-7).</p> <p>I magistrati maggiori possono  impedire la convocazione dei  comizi da parte dei magistrati  minori. Gellio, <i>Noctes Atticae</i>,  13.16.1-3</p> <p>Tutti hanno il potere di arringare  il popolo nello stesso tempo  (Gellio, <i>Noctes Atticae</i>,  13.16.1-3)</p>
REPRESSIONE CRIMINALE		
<i>quaestiones</i>	<p>parità di diritto  nella scelta della composizione  del collegio giudicante</p>	<p><i>reiectio, editio, sortitio</i>  (Cicerone, <i>Pro Plancio</i>, 26; <i>lex  Acilia repetundarum</i>; Ed. Aug. V  Cyr., 113/120)</p>

<b>LEGES</b>		
FUNZIONAMENTO ASSEMBLEE		
<p><i>comitia curiata</i> <i>comitia centuriata</i> <i>comitia tributa</i> <i>concilia plebis tributa</i></p>	<p>Parità di potere: necessità di pervenire ad una decisione, intesa come 'volontà comune' del popolo o della sola plebe riunita in assemblea</p>	<p>maggioranza: sia all'interno della singola curia, centuria o tribù, sia sul totale del numero delle stesse (Livio, 1.43.10; Dione Cassio 4.20.3)</p>
<p><i>centuria praerogativa</i></p>	<p>Parità di potere: determinare quale centuria debba essere la prima a votare Cicerone, <i>pro Cn. Plancio</i>, 49</p>	<p><i>sortitio</i> (Cicerone, <i>Phillippicae</i>, II, 82)</p>
RAPPORTI TRA 'FONTI' DEL DIRITTO		
<p>rapporto tra <i>leges</i> e <i>plebiscita</i></p>	<p>Conflitto tra parti del popolo (Gellio, <i>Noctes Atticae</i>, 10,20,5), e tra fonti del diritto (Pomponio, D. 1.2.2.12; Gaio, 1.2); la <i>lex</i> promana da tutto il <i>populus</i>, mentre il <i>plebiscitum</i> è approvato da una sola parte dello stesso, riunita nei concili plebei</p>	<p>inizialmente i <i>plebiscita</i> sono vincolanti per la sola plebe</p> <hr/> <p>con la <i>lex Hortensia</i> del 286 a.C. si perviene all'<i>exaequatio legibus</i> dei <i>plebiscita</i> (Gaio 1,3)</p>
SENATUSCONSULTA		
<p>Votazione in seno al senato</p>	<p>Parità di potere:  <i>auctoritas patrum</i></p>	<p>votazione a maggioranza Si spiega con un dato fattuale, quale l'elevato numero dei senatori, ma prima di tutto con un dato giuridico: l'<i>auctoritas</i> è del senato in quanto tale e non delle singole persone che lo compongono. (Livio, 26.33.14; Seneca, <i>dial.</i> 7.2)</p>

<b>FOEDERA</b>		
<i>sancire foedus</i>	<p style="text-align: center;">Parità di potere:</p> <p>i <i>fetiales</i> sono venti; soltanto ad uno può esser affidato il compito di <i>patrare</i> il giuramento</p>	<p>scelta in seno al collegio del <i>pater patratus</i> (Livio, I, 24,6)</p>
<i>indictio belli</i>	<p>Il <i>bellum</i> deve esser <i>instum</i></p>	<p><i>rerum repetitio</i> (Livio, 1.32.6-10)</p>

## IUS PRIVATUM

Gaio, 1.8: *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.*

Oggetto	Conflitto	Soluzione
<b>PERSONAE</b>		
<i>collegia</i> ( <i>sodalitates, corpora, universitates</i> )	parità di diritti e poteri: collettività come centro di imputazione di diritti e doveri ( <i>Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent</i> Ulpiano, D.3.4.7.1)	maggioranza ( <i>tres faciunt collegium</i> Marcello D.50.16.85)
<i>tutor dativus</i> (per il caso di nomina dei tribuni della plebe)	parità di <i>tribunicia potestas</i>	maggioranza ( <i>Tituli ex corpore Ulpiani, 11.18</i> )
contutela	pari diritto (collegialità)	unanimità o 'competenza settoriale' (D. 26.2.34)
<b>RES</b>		
Gaio, 2. 10-11: <i>Hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae.</i>		
<i>RES HUMANI IURIS PUBLICAE</i>		
<i>res in usu publico</i>	Parità di diritti: l'uso di queste cose spetta al popolo	Nella <i>libera res publica</i> la tutela è riconosciuta ad ogni singolo cittadino, che la esercita per se stesso e per tutti gli altri, tramite gli <i>interdicta popularia</i> . Si veda esemplarmente Ulpiano, D.43.1.1pr.; Paolo <i>ad ed.</i> 43.2.1

RES HUMANI IURIS PRIVATAE		
<p><i>consortium erecto non cito</i></p> <p>poi</p> <p><i>communio</i></p>	<p>Parità di legittimazione nella 'gestione' della cosa</p>	<p><i>Ius prohibendi</i> (Gaio, 3.154a-b)</p> <p><i>Ius adcrescendi</i> (D.41.7.3)</p>
<p><i>societas omnium bonorum</i> <i>societas unius rei</i> <i>societas unius negotiationes</i></p>	<p>Parità di diritti: necessaria perseveranza nel consenso basata sull' <i>affectio societatis</i></p>	<p>in mancanza: scioglimento per <i>dissensus</i> (D.17.2.65.3), per <i>renuntiatio</i> (D. 17.2.63.10), o implicitamente con l' <i>actio pro socio</i> (Gaio, 4.62)</p>
<p><i>mandatum</i></p>	<p>conflitto di diritti e poteri: in una situazione di bilateralità imperfetta</p>	<p><i>actio mandati directa</i> (Gaio, 4.62) <i>actio mandati contraria</i> (D. 17.1.12.9)</p>
	<p>conflitto per carenza di potere: <i>falsus procurator</i></p>	<p><i>ratihabitio mandato comparatur</i> per gli effetti verso il terzo (D. 43.16.1.14)</p>
<p>determinazione della prestazione</p>	<p>parità di diritti e di interesse: prestazione non ancora determinata ma determinabile</p>	<p><i>arbitrium merum</i> o <i>boni viri</i> (Gaio 3.140)</p>
<p>concordato del delato</p>	<p>parità di diritti: patrimonio incapiente a soddisfare pienamente tutti i creditori, come <i>pactum quo minus solvatur</i></p>	<p>l'accordo concluso con la maggioranza dei creditori vincola anche quelli che non vi abbiano partecipato (D. 2.14.7.17-18)</p>

ACTIONES		
FORME DI TUTELA		
<i>iudex unus</i>	Parità di diritti: composizione del collegio giudicante	<i>reiectio, optio, conventio, sortitio</i>  ( <i>lex Irnitana</i> , R.88 [ <i>De re]ciperatoribus reiciendis sorte ducendis dandis</i> )
<i>recuperatores</i>		
<i>compromissum</i>	Parità di diritti: indicazione di un terzo quale arbitro della controversia	lo indicano le parti preventivamente di comune accordo (D. 4.8.1)
INTERPRETAZIONE		
Collegio dei pontefici	parità di potere:  <i>pari auspicia privata</i>	si statuisce chi in ciascun anno sia preposto a rispondere alle domande  (Pomponio, in D.1.2.2.6)
		per la tarda <i>libera res publica</i> sappiamo che si poteva decidere a maggioranza  (Cicerone, <i>de Haruspicum Responsis</i> , 6.12)

<i>Ius controversum</i>	<p>pari <i>auctoritas</i> che ai singoli giuristi o alla loro 'scuola' viene riconosciuta</p>	<p>con la giurisprudenza 'laica'          ([...] <i>qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant:</i>          Pomponio D.1.2.2.49)          prevale il <i>responsum</i> con maggiore <i>auctoritas</i>.</p>
		<p>il rescritto di Adriano cui fa riferimento Gaio (I.7) sancisce il principio dell'unanimità delle <i>sententiae</i> emesse dai giuristi privilegiati</p>
	<p>poi con lo  <i>ius respondendi ex auctoritate principis</i>          si ripresenta, sia pur in una prospettiva diversa e già 'selezionata', lo stesso problema</p>	<p>con la legge delle citazioni del 426 (<i>Codex Theodosianus</i>, 1.4.3) in caso di disparità di opinioni si adotta il criterio della maggioranza; se non vi sia, la preferenza è da accordare a Papiniano; se Papiniano non si sia pronunciato il giudice può seguire l'opinione secondo lui più convincente.</p>



### III

#### SOLUZIONE DEI ‘CONFLITTI’ NELLO *IUS PUBLICUM*: TECNICHE E STRUMENTI

##### 1. *Sacra*

Volendo tener fede alla sistematicità sin dall’inizio annunciata come obiettivo (non solo) strutturale della presente tesi, l’analisi delle varie soluzioni escogitate dal diritto romano, pubblico e privato, per i casi conflittuali raccolti e selezionati nella tabella precedente, seguirà le principali categorie in cui la tabella risulta esser suddivisa: si inizia pertanto con lo *ius publicum*, e precisamente con i *sacra*.

La scelta dello *ius publicum* come prima posizione di studio non è casuale, ma è ‘giustificata’ dalla primazia che lo stesso Ulpiano prospetta:

D.1.1.1.2 Ulp. 1 *inst.*: *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.*

Non solo, come ho già detto<sup>1</sup>, infatti, lo stesso diritto pubblico offre la risoluzione per possibili conflitti tra le due diverse posizioni di studio nella misura in cui non ammette possibilità per il diritto privato di derogargli:

D. 50, 17, 45, 1 Ulp. 30 *ad ed.*: *Privatorum conventio iuri publico non derogat.*

La tabella che raccoglie la ‘casistica’ da me selezionata è organizzata per il diritto pubblico sulle definizioni di Ulpiano e Cicerone: la prima è riportata qualche riga sopra, mentre la seconda è riportata appresso:

---

<sup>1</sup> Si veda in particolare il §2 del capitolo primo.

Cic. *part. orat.* 37. 130: *Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliquid: publicum lex, senatus consultum, foedus; privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio.*

Grazie alla scelta di queste due definizioni, sono in grado di fornire una più coerente sistematicità alle situazioni conflittuali selezionate, seguendo la definizione ulpiana laddove i casi da studiare riguardino semplicemente persone (sacerdoti e magistrati) o le cose sacre, aiutandomi con Cicerone laddove invece i 'conflitti' siano meglio inquadrabili, e di conseguenza analizzabili, dalla prospettiva delle parti del diritto.

Detto ciò, l'analisi dei conflitti, sì come riportati nella tabella casistica, seguirà pedissequamente l'ordine ivi riportato: un ordine semplice, ma oggettivo.

Quindi, seguendo fedelmente Ulpiano, si principia dai *sacra*.

Per questi ho ravvisato due tipi di conflitti: il primo coinvolge la 'distinzione' che si ha tra lo *ius humanum* e lo *ius sacrum*, mentre il secondo ha a che fare con la differenziazione tra *sacra publica* e *sacra privata*; trattasi di conflitti che se pur sembrano attenersi squisitamente al dato delle categorie, hanno importanti riflessi sul piano del coinvolgimento di persone, come sacerdoti e magistrati per il primo conflitto, e sulla partecipazione di tutti o meno i *cives* per il secondo.

Per quanto attiene al primo oggetto di analisi, il dato risulta esser ancor più complicato per il momento dello studio dei fondamenti del potere dal fatto che la stessa persona può compiere atti giustificati sulla base di un fondamento diverso dal potere, potendo ricoprire sia cariche magistratuali che sacerdotali:

Cic. *dom.* 1. 1: *cum multa divinitus, pontifices, a maioribus nostris inventa atque instituta sunt, tum nihil praeclarium quam quod eosdem et religionibus deorum immortalium et summae rei publicae praeesse voluerunt, ut amplissimi et clarissimi cives rem publicam bene gerendo religiones, religiones sapienter interpretando rem publicam conservarent*

Un altro passo tratto dalla medesima orazione di Cicerone, mette in luce ancor più tecnicamente questo tipo di 'conflitto', poiché si occupa direttamente del momento applicativo del potere:

Cic. *dom.* 136: *pontifices semper non solum ad suas caerimonias sed etiam ad populi iussa adcommodaverunt*

È evidente dunque, che la stessa persona, che ricopre al contempo l'investitura sacerdotale e l'ufficio di magistrato può compiere atti aventi diversa natura, giustificati da un fondamento del potere diverso; i contorni di tale diversità debbono chiarirsi dapprima intorno all'oggetto dei *sacra*.

E dunque per i *sacra* non si può prescindere dal seguente passo liviano<sup>2</sup>:

Liv. 1.20.5-7: 5. *Pontificem deinde Numam Marcium Marci filium ex patribus legit eique sacra omnia exscripta exsignataque attribuit, quibus hostiis, quibus diebus, ad quae templa sacra fierent, atque unde in eos sumptus pecunia erogaretur. Cetera quoque omnia publica privataque sacra pontificis scitis subiecit, ut esset quo consultum plebes veniret, ne quid divini iuris neglegendo patrios ritus peregrinosque adsciscendo turbaretur; nec caelestes modo caerimonias, sed iusta quoque funebria placandosque manes ut idem pontifex edoceret, quaeque prodigia fulminibus aliove quo visu missa susciperentur atque curarentur. Ad ea elicienda ex mentibus divinis Iovi Elicio aram in Aventino dicavit, deumque consuluit auguriis quae suspicienda essent.*

In un intreccio di spazi umani e divini<sup>3</sup>, la 'competenza' in materia di *sacra* è risolta a favore dei pontefici, che si occupano dunque di *hostiae, dies, templa, pecunia, cetera omnia publica privataque sacra, funebria, prodigia*.

Orbene, che l'affidamento di queste funzioni siano attribuite squisitamente a sacerdoti, non toglie vigore alla problematicità di possibili scontri con altre 'sfere' del diritto, anzi, il confine diventa ancor più labile laddove, andando a verificarsi le esplicazioni degli atti posti in essere dai sacerdoti, non solo per la cura dei *sacra*, risulta evidente come lo *ius sacrum* vada spesso a confliggere con lo *ius humanum* e con lo *ius privatum*. Tanto più se si considera l'originarietà degli stessi:

Val. Max. 2.5.2: *Ius civile per multa saecula inter sacra caerimoniasque deorum immortalium abditum solisque pontificibus notum Cn. Flavius libertino patre genitus et scriba, cum ingenti nobilitatis indignatione factus aedilis curulis, vulgavit ac fastos paene toto foro exposuit. Qui cum ad visendum aegrum collegam suum veniret neque a nobilibus quorum frequentia cubiculum erat completum sedendi loco reciperetur, sellam curulem adferri iussit et in ea honoris periter atque contemptus sui vindex consedi.*

Come già chiarito<sup>4</sup>, infatti, il sistema giuridico-religioso romano, non ripudia mai una stretta interconnessione tra *ius* e *fas*, anche se progressivamente il campo di intersezione vien via via

<sup>2</sup> Su questa fonte: C. RINOLFI, *Liv. 1.20.5-7: pontefici, 'sacra', 'ius sacrum'*, in *Diritto@Storia, Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, IV, 2005.

<sup>3</sup> Per tutti: P. CATALANO, *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. "Mundus", "Templum", "urbs", "ager", "Latium", "Italia"*, cit.

<sup>4</sup> Vedasi il §1 del capitolo secondo.

scemando<sup>5</sup>: da qui la necessità di chiarire come atti provenienti da sacerdoti ed atti provenienti da magistrati non vanno tanto esaminati sotto la prospettiva dell'oggetto degli atti stessi, perché ciò potrebbe portare alla ricerca di un *limes* che nel diritto romano non esiste, ma sulla base della diversità del fondamento del potere.

Infatti a mio avviso, stante proprio lo stretto legame tra *ius* e *fas*<sup>6</sup> non può risolversi il rapporto tra *ius humanum* e *ius sacrum* su una presunta dicotomia tra essi, ma ciò che è indubbio è che un atto, anche proveniente dalla stessa persona, al contempo magistrato e sacerdote, può essere esplicitazione (e attuazione) di *imperium* per un atto e di *sacerdotium* per un altro.

Per quanto attiene ai magistrati essi traggono il loro potere dal popolo, perché in esso questo risiede:

Cic. *leg. agr.* 2.7.17: *omnes potestates, imperia, curationes ab universo populo Romano proficisci convenit*

Il popolo, invece, non può conferire potere ai sacerdoti: questo perché, semplicemente, non lo possiede.

Cic. *leg. agr.* 2.7.18: *Atque hoc idem de ceteris sacerdotiis Cn. Domitius, tribunus plebis, uir clarissimus, tulit, quod populus per religionem sacerdotia mandare non poterat, ut minor pars populi uocaretur; ab ea parte qui esset factus, is a collegio cooptaretur.*

Il meccanismo costituzionale di coinvolgimento del popolo nella scelta dei sacerdoti<sup>7</sup> è illuminante perché da un lato si instaura per estendere il coinvolgimento popolare in una parte dello *ius publicum* che prima non lo vede in alcun modo partecipe e dall'altro non ingenera alcun tipo di conflitto tra *ius*

---

<sup>5</sup> Serv., in *Verg. Georg.* 1.269: *'Fas et iura sinunt' id est divina humanaque iura permittunt: nam ad religionem fas, ad homines iura pertinent;* Isid., *orig.* 5.2.2: *Fas lex divina est, ius lex humana.* Si vedano: R. ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, cit., 194 ss.; F. SINI, *"Fas et iura sinunt"* (*Virg., 'Georg.' 1, 269*). *Contributo allo studio della nozione romana di 'fas'*, I, Sassari 1984, p. 8 ss.

<sup>6</sup> P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, cit., p. 394 e nt. 7, 486 s., 501 ss.; H. FUGIER, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, Paris 1963, 133; P. NOAILLES, *Fas et Jus. Études de droit romain*, Paris 1948; ID., *Du droit sacré au droit civit. Cours de droit romain approfondi 1941-42*, Paris 1949, 24 ss.; G. NOCERA, *"Iurisprudencia"*. *Per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma 1973, 12; F. BONA, *"Ius pontificium" e "ius civile" nell'esperienza giuridica tardo-repubblicana: un problema aperto*, cit., p. 209.

<sup>7</sup> Per tutti: F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali ed assemblee popolari nella repubblica romana*, cit.; ID. *Sacerdozio, magistratura e popolo*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, cit., pp. 1-11, ID. *Peuple, sacerdoce, magistrature*, in AA.VV., *Pouvoir civil et pouvoir religieux. Entre conjonction et opposition* (sous la direction de J. Bouineau), cit., pp. 65-78, ID. *Sacerdoti e magistrati nel diritto pubblico romano*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, cit., pp. 1-15.

*humanum* e *ius divinum* poiché la mancata partecipazione dell'intero popolo romano si coniuga perfettamente con il sistema giuridico-religioso romano.

L'interesse consistente nella partecipazione del popolo al procedimento di scelta dei sacerdoti, che verrà ripreso più avanti per la categoria '*sacerdotes*', risolve prioritariamente possibili conflitti tra *ius humanum* e *ius sacrum*, mediante la partecipazione nei *comitia tributa* della sola *minor pars populi*. Sicuramente il sistema riflette un sapiente gioco di interessi, ed offre un equilibrio che non lede il sistema della *cooptatio*, che diventa solamente 'formale'<sup>8</sup> in ragione della partecipazione popolare alla scelta dei sacerdoti.

In ogni caso, infatti, il potere proviene sempre dal divino: tramite l'*inauguratio*<sup>9</sup> il sacerdote diventa tale, a nulla rilevando che la *cooptatio* nei collegi sacerdotali sia il risultato di una scelta popolare o che l'*inauguratio* del pontefice massimo avvenga per una persona già individuata dalla *minor pars populi*.

Se per alcuni sacerdoti l'inaugurazione si riscontra singolarmente nelle fonti<sup>10</sup>, genericamente per tutti i sacerdoti ne abbiamo testimonianza sicura in Cicerone:

Cic. leg. 2.8.20-21: *Interpretes autem Iovis optimi maximi, publici augures, signis et auspiciis operam danto, disciplinam tenent, sacerdotesque vineta virgetaque et salutem populi augurando.*

<sup>8</sup> J. LINDERSKI, *Religious Aspects of the Conflict of the Orders: The Case of confarreatio*, in ID., *Roman Questions*, Stuttgart 1995, 555 nt. 44 (già in K.A. RAAFLAUB, *Social Struggles in Archaic Rome. New Perspectives on the Conflict of the Orders*, Berkeley 1986, 244 ss.): «after the *lex Domitia* the priests were *creati* by popular election, the *cooptatio* remaining as a purely formal element».

<sup>9</sup> Sulla *inauguratio* dei pontifices si veda P.CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, I, cit., p. 212 ss.

<sup>10</sup> Per il *flamen Dialis*: Gai. 1.130: *Praeterea exeunt liberi virilis sexus de parentis potestate, si flamines Diales inaugurentur, et feminini sexus, si virgines Vestales capiantur*, 3.114: *is autem, qui in potestate patris est, agit aliquid, sed parenti non acquirit, quamvis ex omnibus ceteris causis stipulando ei adquirat; ac ne ipsi quidem aliter actio competit, quam si sine capituli diminutione exierit de potestate parentis, veluti morte eius aut quod ipse flamen Dialis inauguratus est*, Liv. 27.8.4: *et flaminem Dialem inuitum inaugurari coegit P. Licinius pontifex maximus C. Ualerium Flaccum; decemuirum sacris faciundis creatus in locum Q. Muci Scaenolae demortui C. Laetorius. causam inaugurari coacti flaminis libens reticuissem, ni ex mala fama in bonandis uertisset. ob adulescentiam neglegentem luxuriosamque*; 41.28.7: *flamen Dialis inauguratus est Cn. Cornelius*. Per il *flamen divi Iulii*: Cic. Phil. 2.43.110: *Et tu in Caesaris memoria diligens, tu illum amas mortuum? Quem is honorem maiorem consecutus erat, quam ut haberet pulvinar, simulacrum, fastigium, flaminem? Est ergo flamen, ut Iovi, ut Marti, ut Quirino, sic divo Iulio M. Antonius. Quid igitur cessas? Cur non inauguraris? Sume diem, vide, qui te inauguret; conlegae sumus; nemo negabit*. Per il *flamen Martialis*: Liv. 29.38.6: *Sacerdotes eo anno mortui atque in locum eorum successi: Ti. Ueturius Philo flamen Martialis in locum M. Aemili Regilli, qui priore anno mortuus erat, creatus inauguratusque; in M. Pomponi Mathonis auguris et decemviri locum creati decemvir M. Aurelius Cotta, augur Ti. Sempronius Gracchus admodum adulescens, quod tum perrarum in mandandis sacerdotiis erat*; 45.15.10: *Eodem anno C. Cicereius aedem Monetiae <in monte> Albano dedicavit quinquennio post, quam uouit. flamen Martialis inauguratus est eo anno L. Postumius Albinus*. Per il *flamen Quirinalis*: Liv. 37.47.8: *Fulvius consul unus creatur, cum ceteri centurias non expleissent, isque postero die Cn. Manlium Lepido deiecit—nam Messalla iacuit— collegam dixit. praetores exinde facti duo Q. Fabii, Labeo et Pictor—Pictor flamen Quirinalis eo anno inauguratus fuerat—, M. Sempronius Tuditanus Sp. Postumius Albinus L. Plautius Hypsaenus L. Baebius Diue*. Per il *rex sacrorum*: Liv. 27.36.5: *in locum M. Marcelli P. Aelius Paetus augur creatus inauguratusque, et Cn. Cornelius Dolabella rex sacrorum inauguratus est in locum M. Marci qui biennio ante mortuus erat. hoc eodem anno et lustrum conditum est a censoribus P. Sempronio Tuditano et M. Cornelio Cethego*. Per i pontefici: Liv. 30.26.10: *augur in locum eius inauguratus Q. Fabius Maximus filius: in eiusdem locum pontifex—nam duo sacerdotia habuit—Ser. Sulpicius Galba. ludi Romani diem unum, plebeii ter toti instaurati ab aedilibus M. Sextio Sabino et Cn. Tremelio Flacco*. Per gli auguri: Liv. 27.36.5: *in locum M. Marcelli P. Aelius Paetus augur creatus inauguratusque*; 33.44.3: *Provinciae ita distributis consulibus, priusquam ab urbe proficiscerentur, uer sacrum ex decreto pontificum iussi facere, quod A. Cornelius Mammula praetor uouerat de senatus sententia populique iussu Cn. Seruilio C. Flaminio consulibus. annis post uno et uiginti factum est quam uotum. per eosdem dies C. Claudius Appii filius Pulcher augur in Q. Fabii Maximi locum, qui priore anno mortuus erat, lectus inauguratusque est*; Cic. Brut. 1.1: *qua in cogitatione et cooptatum me ab eo in conlegium recordabar, in quo iuratus iudicium dignitatis meae fecerat, et inauguratum ab eodem; ex quo augurum institutis in parentis eum loco colere debebam*. Per le Vestali si veda: P.CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, I, cit., p. 215 ss.

Chiarito dunque che i sacerdoti ricevono e fondano il loro potere nell'*inauguratio*, i magistrati invece derivano invece il loro potere dal (solo) popolo, da cui traggono *imperium*:

Fest. s.v. 'Cum imperio' 43 L.: *Cum imperio est dicebatur apud antiquos, cui nominatim a populo dabatur imperium*

e *potestas*:

Fest. s.v. 'Cum potestate' 43 L.: *Cum potestate est dicebatur de eo, qui a populo aliqui negotio praeferebatur.*

Evidenziate dunque le due diverse basi su cui si innestano i poteri di sacerdoti e magistrati, l'*inauguratio* e la *potestas populi*, ora si analizzano i rapporti tra *ius sacrum* e *ius humanum* nel momento concreto dell'attuazione di questi due diversi diritti (pubblici): in particolare v'è subito da dire che il conflitto tra un atto (*rectius*: l'esercizio del potere sacerdotale) e un atto del magistrato non trova soluzione sulla base degli *auspicia (publica)* perché tutti e due ne sono dotati, in una misura che non è paragonabile e che quindi non può fungere da criterio risolutivo<sup>11</sup>.

Per mettere meglio in luce questo conflitto, credo che sia opportuno ricordare il caso 'giuridico-religioso' che si ebbe tra il *pontifex maximus* P. Licinus Crassus Dives e Q. Fabius Pictor, *flamen Quirinalis*, che riporto:

Liv. 37.51.1-4: *Prisquam in prouincias praetores irent, certamen inter P. Licinium pontificem maximum fuit et Q. Fabium Pictorem flaminem Quirinalem, quale patrum memoria inter L. Metellum et Postumium Albinum fuerat. consulem illum cum C. Lutatio collega in Siciliam ad classem proficiscentem ad sacra retinuerat Metellus, pontifex maximus; praetorem hunc, ne in Sardiniam proficisceretur, P. Licinius tenuit. et in senatu et ad populum magnis contentionibus certatum, et imperia inbibita ultro citroque, et pignera capta, et multae dictae, et tribuni appellati, et prouocatum ad populum est. religio ad postremum uicit; ut dicto audiens esset flamen pontifici iussus; et multa iussu populi ei remissa.*

Risulta essere questo passo problematico sotto numerosi profili: il conflitto tra potere sacerdotale e magistratuale; la natura del potere sacerdotale e il piano su cui questo si pone; il coinvolgimento del senato, dei tribuni e del popolo; le ragioni della primazia della *religio*.

---

<sup>11</sup> Come si vedrà, invece, essere la soluzione per conflitti tra magistrati posti su livelli gerarchici differenti.

Innanzitutto le righe soprariportate hanno costituito la chiave di volta per chi ha voluto attribuire al pontefice massimo l'*imperium* magistratuale<sup>12</sup>, e d'altro canto non hanno scalfito l'idea di chi tale attribuzione l'ha sempre negata<sup>13</sup>, sia pur con qualche accorgimento<sup>14</sup>.

Questo perché nella fonte riportata il pontefice massimo nega a Quinto Fabio Pittore, eletto pretore l'anno precedente di assumere la carica in Sardegna, per motivi di culto; orbene a mio avviso è qui la soluzione del caso, alla radice: il caso ha ad oggetto *sacra* e su quel piano il pontefice massimo esercita il suo potere, a nulla rilevando la carica magistratuale assunta dall'altro. La carica sacerdotale già ricoperta nega la possibilità al neo-pretore di assentarsi da Roma: ne è la dimostrazione ciò a cui si perviene alla fine, e cioè l'assegnazione della carica di pretore peregrino da parte del senato in modo tale che, non dovendosi allontanare da Roma, non si inficino i suoi compiti sacerdotali di flamine Quirinale.

Lo scontro di *imperia* cui si assiste (*imperia inhibita ultra citroque*), e di cui si è molto discusso, risulta essere di certo oltremodo complesso, ma credo risenta fortemente del dato politico contingente<sup>15</sup> più che del dato giuridico-religioso: il coinvolgimento di tutte le 'garanzie' costituzionali della *res publica* ne è viva dimostrazione. Ciò che più conta, infine, è la primazia del potere sacerdotale: *religio ad postremum uicit*.

Se quindi il termine *imperia* va inteso in senso atecnico nel passo di Livio, ciò non toglie che qualche altro potere sia stato inibito: ne discendono due considerazioni. Il pontefice massimo ha esercitato un potere squisitamente attinente alla sfera dello *ius sacrum* contro un altro sacerdote; lo *ius humanum* non è riuscito a trovare soluzioni costituzionali in grado di paralizzare l'efficacia dell'atto di *ius sacrum*.

In merito alla prima considerazione è evidente, come già detto, che il pontefice massimo ha esercitato un suo potere contro un altro sacerdote che in qualche misura gli è subordinato; questo potere non può che prendere i contorni della *potestas*. Che i sacerdoti abbiano una propria *potestas* è testimoniato da Cicerone:

Cic. dom. 1: *Quod si ullo tempore magna causa in sacerdotum populi Romani iudicio ac potestate versata est [...]*

---

<sup>12</sup> TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, Leipzig 1874-75, II/1, cit., 18 ss., 28.

<sup>13</sup> A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les Pontifes de l'ancienne Rome*, Paris 1871, 307 ss.

<sup>14</sup> E. MONTANARI, *Aspetti religiosi dell'imperium in età repubblicana*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 8 (2009): «In realtà, sia Bouché-Leclercq sia Mommsen sfumarono le loro interpretazioni: il primo, pur negando l'*imperium* al *pontifex maximus*, ammetteva la assimilazione di questo sacerdote a un magistrato; il secondo, pur riconoscendoglielo, ne motivava il possesso col fatto che si trattasse di una "analoge Gewalt" rispetto all'*imperium*».

<sup>15</sup> Si ricordi che il protagonista della vicenda è il primo pontefice massimo plebeo secondo la nuova procedura di partecipazione popolare.

Cic. dom. 143: *Denique ipsi di immortales qui hanc urbem atque hoc imperium tuentur, ut esset omnibus gentibus posteritatiue perspicuum divino me numine esse rei publicae redditum, idcirco mihi videntur fructum reditus et gratulationis meae ad suorum sacerdotum potestatem iudiciumque revocasse.*

Cic. har. resp. 13: *Quamquam ad facinoris disquisitionem interest adesse quam plurimos (ita est enim interpretatio illa pontificum, ut eidem potestatem habeant iudicum) [...]*

Dal punto di vista giuridico-religioso il conflitto si risolve tra i diversi sacerdoti sul piano della *potestas*, che può essere esercitata anche singolarmente dal singolo sacerdote e non per forza collegialmente come dimostra Festo:

Fest. *De verb. signif.* s.v. 'Contio', 19-20 L.: *contio significat conventum, non tamen alium, quam eum, qui a magistratu vel a sacerdote publico per praeconem convocatur.*

Ciò che accade dopo è di difficile ricostruzione, stante la laconicità del passo liviano: analizzando però i risultati è chiaro che attraverso la via del diritto non sacro, umano, si è tentato di paralizzare l'efficacia dell'atto di *ius sacrum* con modesti risultati. Infatti, anche la remissione della multa inflitta dal pontefice, attraverso l'intervento del popolo, non è dato da sottovalutare, ma aprirebbe a congetture sul piano dei compromessi che nessuno ha percorso. Si può dunque soltanto analizzare il risultato consistente nel fallimento dell'opposizione della sfera dello *ius humanum* allo *ius sacrum*: neanche il ricorso alla *sacrosanctitas* dei tribuni ha saputo ovviare al «*dictum* coercitivo nei confronti di un sacerdote giuridicamente subordinato»<sup>16</sup>.

Dunque, *ius sacrum* e *ius humanum* si differenziano per i fondamenti del potere da cui essi sono tratti: il *sacerdotium* per i primi, che si ottiene mediante l'*inauguratio*, l'*imperium* per i secondi, che deriva e risiede nella *potestas populi*; tra *ius sacrum* e *ius humanum* il 'conflitto' si risolve a favore del primo, nel più ampio rapporto tra *ius* e *fas*, non potendo il diritto umano debordare la sfera della non conformità al diritto divino.

Per quanto concerne *sacra publica* e *sacra privata* si parta dalle seguenti glosse festine:

Fest. *De verb. signif.* s.v. 'Publica sacra' 284 L.: *Publica sacra, quae publico sumptu pro populo fiunt, quaeque pro montibus, pagis, curis, sacellis: at privata, quae pro singulis hominibus, familiis, gentibus fiunt.*

---

<sup>16</sup> E. MONTANARI, *Aspetti religiosi dell'imperium in età repubblicana*, cit.

Fest. *De verb. signif. s.v. 'Popularia sacra'* 298 L.: *Popularia sacra sunt, ut ait Labeo, quae omnes cives faciunt, nec certis familiis adtributa sunt: Fornacalia, Parilia, Laralia, porca praecidania*

Il criterio discretivo tra *sacra publica* e *sacra privata* risiede nell'interesse affinché questi culti vengano celebrati, e ne discende infatti la compartecipazione di tutto il popolo alle spese per i *sacra publica* che si contrappongano, come noto ai *sacra gentilicia* e *familiaria*.

Come attestato dal passo liviano soprariportato, la cura dei *sacra* è affidata al collegio dei pontefici, ed è confermato da Cicerone:

Cic. *dom.* 41: *Si et sacrorum iure pontifices et auspicio religionem augures totum evertunt tribunatum tuum, quid quaeris amplius?*

Cic. *har. resp.* 14: *ad pontifices reicietur, quorum auctoritati, fidei, prudentiae maiores nostri sacra religionesque et privatas et publicas commendarunt*

Cic. *nat. deor.* 1.122: *Quod ni ita sit, quid veneramur, quid precamur deos, cur sacris pontifices, cur auspiciis augures praesunt, quid optamus a deis immortalibus, quid vovemus?*

Ciò che è interessante per i *sacra*, al di là dell'interesse per la celebrazione (e da cui ne discende il solo dato fattuale e concreto delle spese per sostenerli, che non possono coinvolgere l'intero popolo romano se *privata*) è la forte commistione che si ha tra pubblico e privato per essi: il coinvolgimento dei pontefici anche per l'istituzionalizzazione di culti privati, non mi sembra denoti tanto un ruolo di 'garanzia' di conformità al culto centrale (che non esiste), quanto invece un forte senso di partecipazione 'pubblica' della comunità ad una religione che di certo non può definirsi 'privata'.

L'istituzione di nuovi *sacra familiaria* avveniva infatti mediante una solenne procedura in assemblea presieduta dal collegio pontificale, nella quale si assumeva l'obbligo di attendere regolarmente al culto così riconosciuto, sopportandone i relativi oneri<sup>17</sup>. La partecipazione dei pontefici, unita alla testimonianza del popolo, conferisce non solo riconoscimento al culto dei privati, ma anche perpetuità agli stessi, come obblighi assunti verso l'intera comunità stessa:

Cic. *leg.* 2.30: *Non solum ad religionem pertinet, sed etiam ad civitatis statum, ut sine iis qui sacris publice praesint, religioni privatae satisfacere non possint*

---

<sup>17</sup> Vedasi sul tema: M. CAREDDU, *La «sacrorum detestatio» nel diritto romano*, in *Studi C. Fadda*, I, Napoli, 1906, p. 406 ss.; F. DAVERIO, *Sacrorum detestatio*, in *SDHI*, XLV, 1979, 544; F. SAVIGNY, *Ueber die juristische Behandlung der sacra privata bei den Römern und über einige damit verwandte Gegenstände*, in *ZGR*, II, 1815-1816, 362 ss., 401 ss.; P. ARCÉS, *Note in tema di sacrorum detestatio*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 5, 2006.

Liv. 5.52.4: *An gentilitia sacra ne in bello quidem intermitti, publica sacra et Romanos deos etiam in pace deserere placet, et pontifices flaminesque negligentiores publicarum religionum esse quam privatus in sollemni gentis fuerit?*

Anche per i *sacra* intesi in senso stretto, dunque, il sistema trova un bilanciamento nella prevalenza della sfera pubblica rispetto a quella privata, che se vuole trovare riconoscimento deve assumersene l'impegno dinanzi alla comunità; un limite comune, che coinvolge tutti, che scioglie la differenza tra pubblico e privato: e questo perché «il sistema romano dei *sacra* si era formato assai prima che si introducesse la giustapposizione fra *publicus* e *privatus*»<sup>18</sup> escludendo «la possibilità di applicare alla religione romana la distinzione moderna tra 'religione privata' e 'religione dello stato'»<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974, p. 124.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 126.

## 2. Sacerdotes

Per i sacerdoti ho ravvisato due diverse ‘categorie’ di conflitti: la prima riguarda il profilo della scelta dei sacerdoti, la seconda attiene invece ad un profilo funzionale, o meglio, bada a quelle potremmo definire, in un certo senso, ‘competenze’.

Principiando dalla scelta del *pontifex maximus*, prima dell’introduzione di quello che non tanto può definirsi ‘principio elettorale’ ma semplicemente un sistema di ‘partecipazione popolare’ nel complesso meccanismo giuridico-sacrale di scelta del massimo pontefice, non abbiamo chiare testimonianze<sup>20</sup> su come funzioni tale scelta. A parte una particolare dottrina, frutto di una sola ipotesi di Arangio-Ruiz<sup>21</sup>, secondo la quale prima del 387 a.C. il *pontifex maximus* scelto dal *collegium pontificum* viene successivamente acclamato dal popolo riunito nelle allora sole diciassette tribù rustiche esistenti (schema che solcherebbe la strada per i futuri meccanismi di coinvolgimento popolare), la dottrina è pressoché concorde, sulla scia di Mommsen<sup>22</sup>, nell’affidare la scelta del *pontifex maximus* originariamente ad una decisione in seno al collegio pontificale tra appartenenti già al collegio stesso.

Nel quadro delle lotte tra patrizi e plebei, dal punto di vista giuridico-religioso la plebe scalfisce la roccia dell’architettura costituzionale romana con la *lex Canuleia* del 445 a.C:

Liv. 4.6.1-3: *interroganti tribuno cur plebeium consulem fieri non oporteret ... respondit, quod nemo plebeius auspicia haberet, ideoque decemviros conubium diremisse ne incerta prole auspicia turbarentur. Plebes ad id maxime indignatione exarsit, quod auspiciari, tamquam invisi dis immortalibus, negarentur posse; nec ante finis contentionum fuit, cum et tribunum acerrimum auctorem plebes nacta esset et ipsa cum eo pertinacia certaret, quam victi tandem patres ut de conubio ferretur concessere*

Si apre così la strada per l’accesso alle magistrature nel 367 a.C con la *lex Licinia-Sextia de consule plebeio*:

Liv. 6.42.10-12: *quia patricii se auctores futuros negabant, prope secessionem plebis res terribilesque alias minas civilium certaminum venit cum tandem per dictatorem condicionibus sedatae*

---

<sup>20</sup> Dio Cass. 44.53.7, nel quale si evince un generico richiamo alla competenza del *collegium pontificum*; per la *cooptatio* dei *pontifices* invece si veda: Dyonis. 2.73.3. Per una compiuta analisi di dette fonti si veda: F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali ed assemblee popolari nella repubblica romana*, cit. p. 24.

<sup>21</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Tribù*, in *Enciclopedia Italiana*, XXXIV, cit., p. 302 ss.

<sup>22</sup> TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II-1, cit., 25 nt.2 (*Le droit public romain*, III, cit., 27 nt. 3).

*discordiae sunt concessumque ab nobilitate plebi de consule plebeio, a plebe nobilitati de praetore uno qui ius in urbe diceret ex patribus creando.*

Ma la ‘tappa’ verso un’equiparazione definitiva tra le due diverse parti del popolo è segnata sicuramente dalla *lex Ogulnia de sacerdotiis plebeis* del 300 a.C.:

Liv. 10.6.3: *(tribuni plebis Q. et Cn. Ogulnii)...eam actionem susceperunt qua non infimam plebem accenderent sed ipsa capita plebis, consulares triumphalesque plebeios, quorum honoribus nihil praeter sacerdotia quae nondum promiscua erant deesset*

Se il punto d’arrivo verso una definitiva unione tra le due diverse ‘parti’<sup>23</sup> del popolo sarà soltanto la nomina del primo pontefice massimo plebeo nel 254 a.C., non ancora frutto di una scelta derivante dalla compartecipazione del popolo, alla quale si perverrà soltanto nel 212 a.C., la partecipazione di plebei ad altri sacerdozi già prima del 300 a.C. è attestata da Livio:

Liv. 10.8.1-2: *Decemviros sacris faciundis, carminum Sibyllae ac fatorum populi huius interpretes, antistites eosdem Apollinaris sacri caerimoniarumque aliarum plebeios videmus; nec aut tum patriciis ulla iniuria facta est, cum duumviris sacris faciundis adiectus est propter plebeios numerus, et nunc tribunus, vir fortis ac strenuus, quinque augurum loca, quattuor pontificum adiecit, in quae plebeii nominentur, non ut vos, Appi, vestro loco pellant sed ut adiuvent vos homines plebeii divinis quoque rebus procurandis, sicut in ceteris humanis pro parte virili adiuvant.*

Questo mette in luce come il risultato finale dell’equiparazione tra le due parti del popolo si attesta sul profilo squisitamente religioso, in un cerchio che si chiude perfettamente, dato che il punto di partenza per le conquiste costituzionali è segnato dalla *lex Canuleia*, che rompe il vaso di Pandora verso l’ottenimento da parte dei figli dei plebei degli *auspicia*, condizione essenziale per ottenere cariche sacerdotali e magistratuali, mediante il matrimonio con i patrizi.

Ora, per ciò che mi interessa, concentro l’analisi principalmente su due aspetti, che si basano entrambi sulla composizione dei *comitia pontificis maximi* e dei *comitia sacerdotum*, per dimostrare come il sistema è strutturato da un lato come ‘garanzia’ del sistema costituzionale giuridico-religioso, in una perfetta armonia tra *ius* e *fas*, e dall’altro come vi sia la necessità di un criterio di risoluzione per la composizione dei comizi stessi, per la partecipazione della *minor pars populi*.

---

<sup>23</sup> Definizione del giurista augusteo Ateio Capitone riportato in Gell. 10.20.5: *“plebem” autem Capito in eadem definitione seorsum a populo divisit, quoniam in populo omnis pars civitatis omnesque eius ordines contineantur, “plebes” vero ea dicatur, in qua gentes civium patriciae non insunt.*

Cicerone, nel commento ai *capita* della proposta di legge, pronunciando l'orazione avverso la *rogatio Servilia agraria*, ravvisa un'analogia tra i *comitia* previsti per l'elezione dei *decemviri agris assignandi*, e quelli formati per l'individuazione del pontefice massimo:

Cic. *leg. agr.* 2.7.17-18: *primum caput est legis agrariae quo, ut illi putant, temptamini leuiter quo animo libertatis uestrae deminutionem ferre possitis. Iubet enim tribunum plebis qui eam legem tulerit creare Xuiros per tribus XVII (...). "ITEM" inquit, "EODEMQVE MODO," capite altero, "VT COMITIS PONTIFICIS MAXIMI"*

Questa struttura è confermata nelle seguenti fonti:

Cic. *Phil.* 2.2.4: *poteras autem eo tempore auguratum petere, cum in Italia Curio non esset, aut tum, cum es factus, unam tribum sine Curione ferre potuisses?*

Svet. *Caes.* 13: *(Caesar) pontificatum maximum petit, non sine profusissima largitione; reputans magnitudinem aeris alieni, cum mane ad comitia descenderet, praedixisse matri osculanti fertur, domum se nisi pontificem non reuersurum. Atque ila potentissimos duos competitores multumque et aetate et dignitate antecedentes superauit, ut plura ipse in eorum tribubus suffragia quam uterque in omnibus tulerit.*

I *comitia pontificis maximi* (e i *comitia sacerdotum*, come testimoniato sopra da Cicerone nelle *Filippiche*) sono dunque strutturati per tribù, prendendo il modello dei comizi utilizzati per l'elezione dei *magistratus minores*, ma con una particolarità: le tribù che vi partecipano sono diciassette su trentacinque. Si ricava altresì, dal combinato disposto delle fonti soprariportate, che il voto è strutturato in maniera tale che ciò che conta è il risultato che si ottiene all'interno della singola tribù unitariamente considerata, e non dalla somma dei voti totali scaturenti da tutti i cittadini complessivamente computati.

Il fatto che la scelta del pontefice, già cooptato nel collegio dei pontefici, o dei sacerdoti, da cooptare successivamente nei vari collegi, sia affidata a diciassette tribù, dimostra come si ripudi la partecipazione dell'*universus populus*, ma, si badi, non in un senso prettamente astratto<sup>24</sup>, ma solo in senso meramente quantitativo, non potendosi ravvisare altre differenze, che non siano numeriche, tra i concetti di '*partes populi*', '*minor pars populi*', '*populus*' - '*universus populus*'.

Infatti Cicerone nel delineare i *comitia pontificis maximi* utilizza '*populus*':

Cic. *leg. agr.* 2.7.18: *ut, quem per populum creari fas non erat propter religionem sacrorum, in eo tamen propter amplitudinem sacerdoti uoluerint populo supplicari.*

---

<sup>24</sup> P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, cit. 105: «si tratta, a mio avviso, di una concezione 'concreta' della collettività, che permane anche quando il termine usato sia *populus Romanus*, perché essa corrisponde a precise realtà normative del sistema sovranazionale romano».

Per i *comitia sacerdotum* compare invece l'utilizzo di 'pars', sia per 'minor pars populi' che per 'partes populi', soddisfacendo quindi un'esigenza tecnica di qualificazione del *populus*, utilizzato con riferimento invece per i comizi relativi alla scelta del pontefice massimo:

Cic. leg. agr. 2.7.18: *quod populus per religionem sacerdotia mandare non poterat, ut minor pars populi uocaretur;*

Cic. leg. agr. 2.7.19: *quod per caerimonias populi fieri non poterat, ... populi ad partis daret.*

Invece Cicerone utilizza 'populus' e 'universus populus' nell'orazione contro la proposta di Servilio Rullo con riferimento alla possibile composizione dei comizi cui affidare l'elezione dei *decemviri agris adsignandis*:

Cic. leg. agr. 2.7.18: *ut populus Romanus suffragio priuaretur. (...) populum Romanum uniuersum priuare suffragiis, paucas tribus ... ad usurpandam libertatem uocare*

Ora, posto che le varie espressioni si differenziano solo per una base che può definirsi "matematica"<sup>25</sup>, la struttura, che per tali coinvolgimenti del popolo, è quella dei cittadini riuniti per tribù, riflette, senza ombra di dubbio, sempre e solo una visione concreta dei *cives*<sup>26</sup>.

E allora se per *univerus populus* si devono intendere tutte le trentacinque tribù in cui può esser raccolto il popolo, inteso singolarmente come *cives*, che è validamente così qualificato per l'elezione dei magistrati minori, altrettanto qualificata deve intendersi la *minor pars populi* sì come riunita per l'individuazione del pontefice massimo successivamente da *inaugurare*, o per la designazione dei sacerdoti successivamente da *cooptare* nei vari *collegia*. Il concetto di *minor pars populi*, infatti, non riflette un dato e un numero fisso dei cittadini nei *comitia pontificis maximi* o nei *comitia sacerdotum*, ma riflette soltanto una qualificazione in negativo rispetto alla *maior pars populi* che non ne viene coinvolta; d'altro canto il numero dei cittadini, non solo può variare per ogni lustro secondo l'operazione dei censori e secondo la naturale collocazione presso tribù rustiche o urbane, ma può semplicemente esser diverso a seconda dell'esito dello strumento di coinvolgimento delle varie tribù secondo lo schema della *sortitio*, cui si dirà.

---

<sup>25</sup> Espressione propria di F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali ed assemblee popolari nella repubblica romana*, cit. p. 52.

<sup>26</sup> G. NOCERA, *Aspetti teorici della costituzione repubblicana romana*, in *RISG*, 15, 1940, 133 nt. 2, afferma invece: «se *populus* è passato a indicare i comizi, ciò è accaduto perché i *comitia* costituiscono l'organo nel quale l'idea della collettività organizzata si concreta con maggior immediatezza». Questa affermazione appare come corollario dell'identità propria di Mommsen per la quale *populus*=Staat.

Ciò che comunque è veramente conforme al sistema giuridico-religioso romano è che le tribù coinvolte costituiscono un numero, nell'entità di diciassette, che ben si adatta al rapporto tra *ius* e *fas*, tra *ius humanum* e *ius sacrum*: è evidente infatti che lo schema da seguire non può essere quello dei comizi utilizzati per l'elezione dei magistrati, maggiori o minori che siano, perché il sistema non può non tener conto della carenza dei poteri del popolo in materia sacerdotale, dei limiti alla *potestas populi*.

Il fatto che in detti comizi non vi partecipi tutto il popolo non lede la qualificazione di *comitia* agli stessi, anche perché le fonti, ad eccezione di un commento di Cicerone<sup>27</sup>, che attiene però alla proposta di Servilio Rullo circa i *decemviri agris adsignandi*, parlano sempre di *comitia*. Non si debbono quindi qualificare come “Quasicomitien” o “pseudo-comices”, sulla scia di Mommsen<sup>28</sup>: certo nella visione mommseniana, imperniata su un disegno di separazione tra sacerdoti e magistrati, in una identificazione del popolo con lo ‘Staat’, la struttura di questi comizi rompe il disegno e non può non essere considerato un corpo perlopiù atipico. Nemmeno possono considerarsi questi comizi come ‘*pars tribuum*’<sup>29</sup>, ma non tanto per una mancata aderenza alle fonti che parlano, come detto, di *pars populi*, ma per il fatto che la composizione di detti *comitia*, è preordinata solo per la struttura, ma non per l'effettiva composizione: sicuramente quindi sarà coinvolta una sola parte del popolo, ma non una preordinata parte delle tribù, la cui scelta sarà rimessa alla *sortitio*, dalla quale può discendere qualsivoglia risultato.

La “curiosità”<sup>30</sup> di questi comizi, sta quindi certamente nella composizione, rispetto a quelli ‘ordinari’ per l'elezione dei magistrati; tuttavia penso che questo ben si spieghi andandone a rimarcare gli ‘effetti’ che ne scaturiscono: non si può parlare di anomalia laddove il confronto non può operarsi.

Infatti: i *comitia tributa* sono istituiti per dar luogo all'esercizio del potere del popolo nella forma della *voluntas populi* per l'elezione dei magistrati minori, i *comitia pontificis maximi* e i *comitia sacerdotum* danno luogo soltanto ad una ‘indicazione’ da parte del popolo, che necessita di altri atti per ottenere validità. E v'è di più: sia l'*inauguratio* che la *cooptatio* risultano essere degli atti giuridico-religiosi che non possono risentire di una volontà umana alla base che li possa viziare, ma sono atti appartenenti squisitamente alla sfera dello *ius sacrum*<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Cic. *leg. agr.* 2.9.22: *quis comitiis praefuit, quis tribus, quas voluit, vocavit nullo custode sortitus, quis decemviros, quos voluit, creavit?*

<sup>28</sup> TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II-1, cit., 19; 24; 27 nt. 3 (“Quasicomitien”) = *Le droit public romain*, III, cit., 20; 26; 29 nt. 5 (“pseudo-comices”).

<sup>29</sup> F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV, 1, Napoli 1962, p. 219.

<sup>30</sup> L. ROSS TAYLOR, *Roman voting assemblies*, cit., 82, definisce infatti questi comizi “curious”.

<sup>31</sup> P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, I, cit. p. 237 nt. 91: « ... netta distinzione tra il fondamento dei poteri magistratuali e quello dei poteri sacerdotali (da una parte sta l'essenziale valore auspicale della *lex curiata*, dall'altra l'impossibilità che il popolo crei i sacerdoti); e a questa distinzione è certo connessa una profonda diversità di poteri»; p. 241: «l'artificio degli pseudocomizi delle diciassette tribù» come «chiara espressione della inderivabilità del carattere sacerdotale dalla volontà popolare»; p. 381: «Coloro i cui poteri non derivano dal popolo (privati e sacerdoti) hanno senz'altro i corrispondenti *auspicia* (privati e sacerdotali), mentre per coloro i cui poteri sono derivati dal popolo gli *auspicia* sono legati a un particolare atto di investitura (*lex curiata*): solo con questo atto i poteri conferiti sono di natura

E allora, se gli atti derivanti dal coinvolgimento della *minor pars populi* sono nettamente diversi rispetto a quelli che promanano dall'*universus populus*, poiché, come detto non ottengono da soli efficacia, ma si limitano ad esprimere quella che può e deve essere intesa forse solo come 'preferenza' non può neanche parlarsi di "Fiktion"<sup>32</sup>: non può esservi finzione<sup>33</sup> laddove, non solo la composizione è diversa, ma dove, soprattutto, si tende a risultati diversi.

In definitiva, il sistema giuridico-religioso romano, di fronte ad un'esigenza forte, quale quella di una partecipazione del popolo ad una parte dello *ius publicum*, costituita dalla procedura di scelta dei sacerdoti, ha trovato un sapiente equilibrio tra *ius* e *fas*, dove però, sia chiaro, la materia rimane di stretta competenza dello *ius sacrum*, sì come confermato della necessità della *inauguratio* successiva per il pontefice massimo (già cooptato all'interno del collegio), e per la *cooptatio* e successiva *inauguratio* per gli altri sacerdoti organizzati in collegi.

Altra difficoltà che si ravvisa sempre nel complesso sistema dei *comitia pontificis maximi* e nei *comitia sacerdotum*, a seguito per questi ultimi ovviamente del *plebiscitum de sacerdotiis* proposto dal tribuno della plebe Gneo Domizio Enobarbo nel 104-103 a.C., è la scelta delle diciassette tribù che vanno a comporre la *minor pars populi*.

Interessantissima è la soluzione: la *sortitio*.

La soluzione, a ben guardare, chiarisce -o conferma- i contorni degli stessi *comitia*, nella loro concezione concreta del *populus*, sia pur indirizzati a risultati diversi a quelli cui normalmente tendono.

Ed infatti il criterio di risoluzione per la composizione dei *comitia* stessi chiarisce in che modo debba intendersi '*pars populi*': una parte del popolo non preordinata, ma scelta dalla *sors* nel più ampio *universus populi*, non in funzione di rappresentanza, ma in semplici termini di composizione. Il conflitto che si genera è fra le varie tribù: tutte allo stesso modo potrebbero esser chiamate a partecipare ai *comitia pontificis maximi* e ai *comitia sacerdotum*.

E la soluzione è altresì coerente con il fine cui si tende e con l'oggetto su cui verte il coinvolgimento popolare, e cioè l'individuazione del -o dei- nomi preferiti, in una più ampia rosa di candidati per l'investitura di cariche sacerdotali.

La *sortitio* dunque è coerente per due motivi: un primo di carattere squisitamente funzionale, nella misura in cui va ad individuare diciassette tribù su un numero di trentacinque, non essendo possibili

---

tale da implicare gli *auspicia populi*»; p. 421: «fu sempre ritenuto impossibile che la *creatio* dei sacerdoti fosse compiuta dal popolo».

<sup>32</sup> J. BLEICKEN, *Oberpontifex und Pontifikalkollegium. Eine Studie zur römischen Sakralverfassung*, in *Hermes*, 85, 1957, p. 369:

<sup>33</sup> Per cosa e come debba intendersi la 'finzione' nel diritto romano: E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova 1997, 483.

soluzioni diverse che in un modo o nell'altro avrebbero leso l'unità stessa dell'*universus populus*, un secondo di carattere qualitativo, nel senso che la *sortitio* è comunque uno strumento che chiama in causa la *religio*.

Lo stesso Cicerone non nega il carattere di *genus divinationis* alla *sortitio*:

Cic. *div.* 2.41.85-87: *quid enim sors est? idem prope modum, quod micare, quod talos iacere, quod tesseras, quibus in rebus temeritas et casus, non ratio nec consilium valet. Tota res est inventa fallacis aut ad quaestum aut ad superstitionem aut ad errorem. [...] Sed hoc quidem genus divinationis vita iam communis explosit. [...] Quis enim magistratus aut quis vir inlustrior utitur sortibus? ceteris vero in locis sortes plane refrixerunt.*

Ci si rimette dunque al caso, ripudiando, è evidente, la ricerca di una qualsivoglia altra metodologia costituzionale per la costruzione strutturale dei comizi. Il caso, inteso come forma di *divinatio* dimostra il ruolo primario affidato alla volontà divina, secondo precise logiche di diritto augurale, che non permettono la differenziazione tra *sortitiones* religiose e *sortitiones* politiche, né tra *sortitiones in templo* e *sortitiones* effettuate altrove<sup>34</sup>.

Del resto, la partecipazione degli auguri alle *sortitiones* tramite operazioni di controllo sacrale, conferma, come per l'*auspicatio*, uno strumento ed un metodo di accertamento della volontà degli dèi<sup>35</sup>, e ciò è attestato nel seguente passo di Livio:

Liv. 41.18.7-8: *eodem [tempore] paucis post diebus C. Ualerius consul alter uenit. ibi diuisis copiis, <prius> quam digrederentur, communiter ambo exercitus lustrauerunt. tum sortiti, quia non ab eadem utrumque parte adgredi hostem placebat, regiones quas peterent. Ualerium auspicato sortitum constabat, quod in templo fuisset; in Petilio id uitii factum postea augures responderunt, quod extra templum sortem in sitellam in templum latam foris ipse oporteret.*

Se le *sortitiones (publicae)* sono state individuate nei sorteggi *de comitiis, de provinciis, de actionibus, de iure agendi*<sup>36</sup> la partecipazione degli auguri non può escludere i sorteggi dalle forme di divinazione a Roma<sup>37</sup>.

A suffragio posso essere riportati i seguenti passi della commedia *Casina* di Plauto:

<sup>34</sup> Rifiuta questa differenziazione F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali ed assemblee popolari nella repubblica romana*, cit. p. 99.

<sup>35</sup> P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, I, cit. p.278: «il vizio dell'atto, riguardo al luogo, doveva essere constatato dagli auguri: questo potere ... deve essere esaminato ... unitamente a quello relativo ai vizi delle auspicazioni, poiché non dovevano sussistere differenze di procedura e di effetti».

<sup>36</sup> I.M.J, VALETON, *De templis Romanis*, in *Mnemosyne*, XXIII, 1895, p. 42.

<sup>37</sup> *Contra*: A. BRELICH, *Tre variazioni romane sul tema delle origini*, Roma 1955, 15 ss.

Plaut. *Casina* 343-349: *coniciam sortis in sitellam et sortiar tibi et Chalino. [...] Quid si sors aliter quam voles evenerit? Benedice; dis sum fretus, deos sperabimus. [...] Nam omnes mortales dis sunt freti; sed tamen vidi ego dis fretos saepe multos decipi.*

Plaut. *Casina* 412-417: *nunciam sorti [...] Teneo sortem. [...] Victus es Chaline. Quom nos di iuvere, Olympio. Pietate factum est mea atque maiorem meum.*

La *sors* esprimerebbe quindi la volontà divina, ed ecco quindi dimostrata la necessarietà della presenza degli auguri come ‘garanzia’ operativa della corretta interpretazione dello *ius divinum* mediante la regolarità formale dell’intera procedura. Peraltro, si ricordi che l’intervento prioritario della *sortitio* non vincola la procedura comiziale successiva, che come già chiarito, dovrà essere succeduta dalle procedure ‘incontaminate’ della *cooptatio* e della *inauguratio*.

E anche ciò è coerente con altri interventi della *sortitio* nel sistema del diritto pubblico romano: si pensi al ruolo del sorteggio nel meccanismo di scelta della *centuria praerogativa*. Questa centuria - sorteggiata- è infatti definita come segue da Cicerone:

Cic. *div.* 1.45.103: *quae quidam a te scis et consule et imperatore summa cum religione esse servata. Praerogativam etiam maiores omen iustorum comitforum esse voluerunt.*

Nel caso in cui poi venga disatteso il voto della *centuria praerogativa* dai voti delle successive centurie, ciò non vuol dire che sia inficiata la volontà divina: al contrario tutta la stessa procedura comiziale sarebbe, quella sì, una vera e propria finzione, non potendone esser causa la *religio*<sup>38</sup>.

Purtroppo la scarsità delle fonti sulla *sortitio* delle tribù non permette di chiarire appieno il ruolo degli auguri, e in particolare se questi possano -o debbano- verificare che non vi siano *auspicia oblativa* o comunque se debbano -o possano- in qualche modo interpretare anche l’esito del sorteggio: ciò che conta è che la loro presenza garantisce non solo il corretto svolgimento dell’atto, ma l’interesse degli dèi allo stesso.

La *sortitio* si atteggia dunque come strumento di scelta dirimente laddove non vi siano ulteriori criteri discrezionali per operare delle scelte; negarne il carattere divinatorio potrebbe portare a forti imbarazzi di fronte al meccanismo di scelta delle Vestali:

---

<sup>38</sup> Si vedano Liv. 24.7.10; 24.8; 24.9.3; 26.22.3; 27.6.11.

Gell. 1.12.11: *Sed Papiam legem invenimus, qua cavetur, ut pontificis maximi arbitrato virgines e populo viginti legantur sortitioque in contione ex eo numero fiat et, cuius virginis ducta erit, ut eam pontifex maximus capiat eaque Vestae fiat.*

Inizialmente, come noto, le Vestali sono dapprima scelte dai re secondo i criteri che ha dettato Numa<sup>39</sup>, poi detto potere è stato affidato direttamente alla volontà del pontefice massimo.

Attraverso la *lex Papia de Vestalium lectione*<sup>40</sup> si affida alla *sortitio* la scelta delle sacerdotesse Vestali, da effettuarsi in assemblea (*sortitio in contione*) alla presenza del pontefice massimo: questo sistema trova spiegazione coerente soltanto nel caso in cui si accetti la datazione della *lex* negli anni immediatamente precedenti alla *lex Atia de sacerdotibus* che ripristina il meccanismo di partecipazione popolare per i *comitia sacerdotum* rogato nel 104-103 a.C. da Domizio Enobarbo; se invece la si dati intorno alla metà del terzo secolo a.C., allora non può che pensarsi che la *sortitio* risponda ad un'esigenza di scelta di fronte ad un più ampio numero di candidature scaturente dall'apertura verso la plebe di questo collegio<sup>41</sup>. Se invece si propende per la prima datazione (per la *lex* del tribuno Cneo Papio nel 65 a.C.), allora la ragione risulta essere totalmente inversa: la *sortitio* interviene come mezzo di garanzia contro *captationes* arbitrarie del pontefice massimo in un collegio regolato da una disciplina da sempre molto ferrea e rigorosa, ma reso ancor più stringente dall'intervento di Silla, in un periodo in cui la libertà dei costumi delle donne stava cambiando. E questa tesi ben si concilierebbe con l'estensione alle figlie dei liberti da parte di Augusto per contrastare la mancanza di candidature:

Suet. *div. Aug.* 31: *Sacerdotum et numerum et dignitatem sed et commoda auxcit, praecipue Vestalium virginum. Cumque in demortuae locum aliam capi oporteret ambirentque multi ne filias in sortem darent, adiuravit, "si cuiusquam neptium suarum competeret aetas, oblaturum se fuisse eam*

Anche per le sacerdotesse Vestali dunque, la *sortitio*, dapprima *in contione* e poi con Augusto in senato<sup>42</sup>, interviene come strumento di scelta laddove non vi siano criteri risolutivi diversi, in situazioni

---

<sup>39</sup> Dion. 2.67.1; Plut. *Numa* 9.1.

<sup>40</sup> Di incerta datazione, nel periodo oscillante tra il plebiscito Ogulnio e il pontificato di Tiberio Coruncanio: sul tema vedasi: F. GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*. Napoli, 1968; O. SACCHI, *Il privilegio dell'esenzione dalla tutela per le Vestali* (*Gai.* 1.145). *Elementi per una datazione tra innovazioni legislative ed elaborazione giurisprudenziale*, in *RIDA*, 50, 2003, il quale a p. 348 la colloca tra il 65 a.C. e il 63 a.C.

<sup>41</sup> F. GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*, cit. p. 73 ss.

<sup>42</sup> Dio Cass. 55.22.5: «Dal momento che i cittadini delle famiglie più nobili non si rivelarono facilmente inclini a concedere le loro figlie per essere avviate al sacerdozio di Vesta, venne stabilito per legge che potessero essere consacrate sacerdotesse anche le donne di origine libertina. Dato che erano in molte a contendersi il diritto, si procedette a un sorteggio in senato alla presenza dei loro padri, ma solamente di quelli che appartenevano al rango equestre; tuttavia non venne designata alcuna sacerdotessa di questa classe» (trad. A. STROPPIA, *Storia romana*, Milano 1998).

quindi di parità assoluta: il fatto che poi che sia utilizzato per le Vestali, ne conferma l'intima connessione alla *religio*.

Esaminati i conflitti ravvisati per la scelta dei sacerdoti, si passa ora all'esame di profili 'funzionali' concernenti i rapporti tra i sacerdoti, in ordine a quelle che possono definirsi in un certo senso 'competenze'.

Interessante, in tal senso, perché a ben guardare coinvolge anche il rapporto tra *imperium* e *sacerdotium*, l'episodio narrato da Tacito:

*Tac. Ann.1.76-79: Continuis imbribus auctus Tiberis plana urbis stagnaverat; relabentem secuta est aedificiorum et hominum strages. igitur censuit Asinius Gallus ut libri Sibyllini adirentur. Renuit Tiberius, perinde divina humanaque obtegens; sed remedium coercendi fluminis Ateio Capitoni et L. Arruntio mandatam [...] Actum deinde in senatu ab Arruntio et Ateio an ob moderandas Tiberis exundationes verterentur flumina et lacus, per quos augetur; auditaque municipiorum et coloniarum legationes, orantibus Florentinis ne Clanis solito alveo demotus in amnem Arnun transferretur idque ipsis perniciem adferret. Congruentia his Interamnates disseruere: pessum ituros fecundissimos Italiae campos, si amnis Nar (id enim parabatur) in rivos diductus supersta gnavisset. Nec Reatini silebant, Velinum lacum, qua in Narem effunditur, obstrui recusantes, quippe in adiacentia erupturum; optume rebus mortalium consuluisse naturam, quae sua ora fluminibus, suos cursus utque originem, ita finis dederit; spectandas etiam religiones sociorum, qui sacra et lucos et aras patriis amnis dicaverint: quin ipsum Tiberim nolle prorsus accolis fluviis orbatum minore gloria fluere. Seu preces coloniarum seu difficultas operum sive superstitio valuit, ut in sententiam Pisonis concederetur, qui nil mutandum censuerat.*

V'è in questo episodio lo 'scontro' tra l'imperatore Tiberio, oltre che pontefice massimo anche *vir sacris faciundis*, e Gallo, senatore e anch'egli *vir sacris faciundis*, con il coinvolgimento di Pisone, senatore e pontefice.

Orbene, l'esondazione del Tevere, classificato inizialmente come *prodigium*, richiede da parte di Gallo la consultazione dei *libri Sybillini*, che muove tale proposta in senato, trovando però l'opposizione di Tiberio, il quale, esercitando poteri 'umani' ordina a Capitone<sup>43</sup>, che ricopre la carica di *curator aquarum*, di escogitare un rimedio per contrastare quanto accaduto, prevedendo alcune misure consistenti nella deviazione di corsi di acqua affluenti al Tevere. Ma la 'competenza' in materia di *prodigia* non spettava ai

---

<sup>43</sup> Si ricordi che lo stesso Capitone scrisse in materia di *portenta*: F. P. BREMER, *Iurisprudentiae antebadrianae quae supersunt*, 2, Lipsiae, 1898, II, 1, pp. 277-278.

*decemviri sacris faciundis*, ma ai pontefici stessi<sup>44</sup>: da qui ne discende la validità, non solo della mancata consultazione dei *libri Sybillini*, ma anche dell'incarico, e quindi dell'esercizio del potere civile, effettuato da Tiberio in favore di Capitone.

L'esito della vicenda, consistente nella mancata deviazione degli affluenti del Tevere, vede delle motivazioni contrastanti in dottrina: v'è chi ne ravvisa una molteplicità, scaturite dalle ragioni, anche prettamente 'umane' addotte dai cittadini delle colonie e dei municipi interessati<sup>45</sup>, e chi<sup>46</sup> invece insiste sul dato religioso, tramite le pressioni dei cittadini anzidetti verso il collegio dei pontefici<sup>47</sup>, e in particolare su Pisone il quale già si era battuto per il non intervento su fiumi e laghi per la risoluzione del *prodigium*.

Quest'episodio oltre ad evidenziare i limiti alle competenze di alcuni sacerdoti in favore di diversi, mostra, come dicevo, ancora una volta la primazia del *ius sacrum* al *ius humanum*<sup>48</sup>: quale che vinca, tra le motivazioni sovraesposte, Tiberio non ha posto in essere la riparazione, sicuramente nel primo momento, perché l'elemento religioso glielo ha impedito; perché non lo abbia fatto nel secondo momento non ve n'è certezza, ma risulta difficile pensare che un imperatore revochi un incarico già affidato sulla base di mere pressioni politiche senza una pregnante motivazione religiosa.

Infine, un conflitto di tipo meramente decisionale, che vale tanto per il collegio degli auguri quanto per il collegio dei pontefici: senza qui ripercorrere le varie ricostruzioni storico-giuridiche<sup>49</sup> circa la composizione del collegio dei pontefici prima e dopo la *lex Ogulnia*, sulla base della nota discordanza tra Livio e Cicerone<sup>50</sup>, il numero dei componenti il collegio dei pontefici - da cinque a nove (e poi quindici sotto Silla)- e il numero dei componenti il collegio degli auguri - da sei a nove (e poi anch'essi quindici sotto Silla)- dimostra l'esigenza<sup>51</sup> di garantire un corretto funzionamento dei due collegi, mediante la

---

<sup>44</sup> Sulla competenza dei pontefici in materia di *prodigia*: A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Histoire de la divination dans l'antiquité*, cit., IV, p. 294; S. W. RASMUSSEN, *Public Portents in Republican Rome*, cit. pp. 170-171; J. SCHEID, *La religion des Romains*, Paris, 2010, p. 99.

<sup>45</sup> A. DI PORTO, *Inquinamento e tutela delle res publicae. Sulle origini di un problema*, in P. MADDALENA, A. POSTIGLIONE (a cura di), *Il diritto umano all'ambiente. Ipotesi di modifiche costituzionali*, Atti del Convegno (Erice, 24-26/05/1992), Trapani 1992, pp. 276-285,

<sup>46</sup> J. A. HILD, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* (s.v. *Fons*), II, 2, Paris, 1898, p. 1192

<sup>47</sup> G. DUMÉZIL, *La religion romaine archaïque, suivi d'un appendice sur la religion des Étrusques*, cit., a p. 577 si pronuncia così sulla 'competenza territoriale' dei *pontifices*: «la compétence des pontifes s'est toujours bornée à l'Italie ; aux Dix Hommes, le monde entier, réservoir de cultes, était ouvert et ils en ont sagement usé»

<sup>48</sup> F. VALLOCCHIA, *Acque e poteri, divini e umani, a Roma dalla repubblica all'impero*, in *Città & Storia*, 10, 1, 2015, p. 21: «Ora, a differenza di quanto avveniva nella libera repubblica, al centro dell'amministrazione civile e religiosa v'era una (sola) persona: l'imperatore. Ma distinti permanevano i fondamenti dei suoi poteri, secondo quella che era la caratteristica del sistema giuridico-religioso romano fin dall'età repubblicana».

<sup>49</sup> Datane la corposità, rimando a F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali ed assemblee popolari*, cit., pp. 36-39.

<sup>50</sup> Liv. 10.6.6: *rogationem ergo promulgarunt ut, cum (...) quattuor pontifices ea tempestate essent placeretque augeri sacerdotum numerum, quattuor pontifices (...) de plebe omnes, adlegerentur*; Liv. 10.8.3: *vir lortis ac strenuus (...) quattuor pontificum (loca) adiecit, in quae plebei nominentur*; Liv. 10.9.2: *ita octo pontificum (...) numerus lactus*. Cfr Cic. *rep.* 2.26: *principum numero pontifices quinque praefecit*.

<sup>51</sup> Peralto lo stesso Livio, le cui fonti generano 'confusione' sul numero dei componenti il collegio pontificale, parlando dell'aumento del numero dei pontefici mediante il plebiscito Ogulnio, afferma: 10.6.6: *quemadmodum ad quattuor augurum numerum nisi mortem duorum id redigi collegium potuerit, non inuenio, cum inter augures constet imparem numerum debere esse*.

scelta di numeri tali da garantire una sicura formazione della maggioranza, pienamente in accordo con un sistema che il diritto romano ben conosce ed attesta essenziale per il corretto funzionamento dei collegi:

D. 4, 8, 17, 6 Ulp. 13 ad ed: *Principaliter tamen quaeramus, si in duos arbitros sit compromissum, an cogere eos praetor debeat sententiam dicere, quia res fere sine exitu futura est propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem. in impari enim numero idcirco compromissum admittitur, non quoniam consentire omnes facile est, sed quia et si dissentiant, invenitur pars maior, cuius arbitrio stabitur. sed usitatum est etiam in duos compromitti, et debet praetor cogere arbitros, si non consentiant, tertiam certam eligere personam, cuius auctoritati pareatur.*

D. 50, 16, 85, Marcell. 1 dig.: *Neratius Priscus tres facere existimat "collegium", et hoc magis sequendum est.*

È evidente, dunque, che un numero dispari di componenti assicura il formarsi della maggioranza, e quindi garantisce il funzionamento del collegio stesso, come peraltro si riscontra, storicamente, per il collegio dei pontefici nelle fonti<sup>52</sup>, anche prima della *lex Ogulnia*:

Cic. *har. resp.* 6.12: *De sacris publicis, de ludis maximis, de deorum penatium Vestaeque matris caerimoniis, de illo ipso sacrificio quod fit pro salute populi Romani, quod post Romam conditam huius unius casti tutoris religionum scelere violatum est, quod tres pontifices statuissent, id semper populo Romano, semper senatui, semper ipsis dis immortalibus satis sanctum, satis augustum, satis religiosum esse visum est.*

---

<sup>52</sup> Liv. 31.9: *Cum dilectum consules haberent parentque quae ad bellum opus essent, ciuitas religiosa in principiis maxime nouorum bellorum, supplicationibus habitis iam et obsecratione circa omnia puluinaria facta, ne quid praetermitteretur quod aliquando factum esset, ludos Ioui donumque uouere consulem cui prouincia Macedonia euenisset iussit. moram uoto publico Licinius pontifex maximus attulit, qui negauit ex incerta pecunia uoueri debere, quia <ea> pecunia non posset in bellum usui esse seponique statim deberet nec cum alia pecunia misceri: quod si factum esset, uotum rite solui non posse. quamquam et res et auctor mouebat, tamen ad collegium pontificum referre consul iussus si posset recte uotum incertae pecuniae suscipi. posse rectiusque etiam esse pontifices decreuerunt. uouit in eadem uerba consul praeuente maximo pontifice quibus antea quinquennialia uota suscipi solita erant, praeterquam quod tanta pecunia quantam tum cum solueretur senatus censuisset ludos donaque facturum uouit. octiens ante ludi magni de certa pecunia uoti erant, hi primi de incerta.* L'episodio, che vede il coinvolgimento del collegio dei pontefici per ordine del senato, dimostra che in caso di dissenso -rectius: mancata unanimità- il collegio decideva a maggioranza (vedasi F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana in La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987, pp. 121-122) Per la ricostruzione puntuale del passo, per la composizione del collegio pontificale investito della questione giuridico-sacrale vedasi: L. FRANCHINI, *Voti di guerra e regime pontificale della condizione. La riforma del 200*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 4 (2005).

### 3. Magistratus

Per quanto attiene ai 'conflitti', che in questa parte si possono qualificare come 'costituzionali', seguo l'ordine delle sottocategorie enucleate nella raccolta casistica: principio con l'analisi delle difficoltà nella gestione del potere tra magistrati ricoprenti la stessa carica, per poi concentrarmi sulla disanima delle dinamiche -costituzionali, appunto- tra magistrati diversi.

Tra i magistrati maggiori, tratterò prima dei consoli e poi dei censori, essendo i secondi una 'derivazione' dei primi<sup>53</sup>, e poi dei tribuni della plebe, che per esigenze sistematiche ho incasellato tra i magistrati, nonostante la differenza che risiede alla base del loro fondamento del potere: *auspicia* per i magistrati, la *sacrosanctitas* per i tribuni.

Come noto la *res publica* nasce con l'istituzione dei consoli, che si differenziano dai re per due elementi: l'annualità della loro carica<sup>54</sup> -in luogo del potere vitalizio- e la collegialità tra i magistrati<sup>55</sup> -in luogo dell'unicità del potere- come ben si evince dalle seguenti fonti:

Liv. 21.7: *Libertatis autem originem inde magis quia annuum imperium consulare factum est quam quod deminutum quicquam sit ex regia potestate numeres. Omnia iura, omnia insignia primi consules tenuere; id modo cautum est ne, si ambo fasces haberent, duplicatus terror videretur. Brutus prior, concedente collega, fasces habuit; qui non acrior vindex libertatis fuerat quam deinde custos fuit.*

Cic. rep. 2.32.56: *Genuit igitur hoc in statu senatus rem publicam temporibus illis, ut in populo libero pauca per populum, pleraque senatus auctoritate et instituto ac more gererentur, atque uti consules potestatem haberent tempore dumtaxat annuam, genere ipso ac iure regiam, quodque erat ad obtinendam potentiam nobilium vel maximum, vehementer id retinebatur, populi comitia ne essent rata nisi ea patrum adprobavisset auctoritas.*

Sall. Catil. 6.7: *Post, ubi regium imperium, quod initio conservandae libertatis atque augendae rei publicae fuerat, in superbiam dominationemque se convertit, inmutato more annua imperia binosque imperatores sibi fecere: eo modo minime posse putabant per licentiam insolescere animum humanum.*

---

<sup>53</sup> D. 1, 2, 2, 17 Pomp. l. s. enchirid.: *Post deinde cum census iam maiori tempore agendus esset et consules non sufficerent huic quoque officio, censores constituti sunt.*

<sup>54</sup> Sul tema: U. COLI, *Sui limiti di durata delle magistrature romane*, cit. p. 394 ss.

<sup>55</sup> F. DE MARTINO, *Intorno all'origine della repubblica romana e delle magistrature*, cit., p. 233 ss.; E. DE RUGGIERO, *Il consolato e i poteri pubblici in Roma*, cit., p. 693.

La collegialità, che vede l'*imperium* non diviso tra i due consoli, né differenziato, ma affidato ad entrambi in egual misura e senza alcuna minima differenziazione qualitativa, reca seco inevitabili complicazioni nel momento della gestione e dell'esercizio del potere<sup>56</sup>.

Infatti lo strumento escogitato dal diritto romano per applicare il principio della collegialità è lo *ius prohibendi*, che si differenzia dall'*intercessio* perché con il primo si vieta l'atto prima che questo lo si compi, mentre con il secondo strumento si arriva ad una vera e propria cassazione dell'atto già compiuto<sup>57</sup>: lo strumento è stato attinto dallo *ius privatum*, in materia di condominio:

D. 10, 3, 28, 0 Pap. 7 quaest.: *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat. sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.*

Questo sistema di applicazione unitaria del potere, che richiede dunque l'unanimità dei contitolari, è avvertita nella costituzione romana come una clausola di garanzia della necessità dell'atto da compiere, tanto che Cicerone, dopo aver confermato l'applicazione dello strumento tra colleghi aventi pari potestà:

Cic. leg. 3.3.10: *Omnes magistratus auspiciam iudiciumque habent, exque is senatus esto. Eius decreta rata sunt. At potestas par maiore prohibessit, perscripta servant*

arriva a qualificare *salutaris civis* chi si oppone<sup>58</sup> alla decisione dell'altro<sup>59</sup>:

Cic. leg. 3.4.11: *Vis in populo abesto. Par maiore potestas plus valeo. Ast quid turbassitur in agendo, fraus actoris esto. Intercessor rei malae salutaris civis esto.*

---

<sup>56</sup> Per una compiuta bibliografia sul tema: C. MASI DORIA, *Spretum imperium: prassi costituzionale e momenti di crisi nei rapporti tra magistrati nella media e tarda repubblica*, cit., p. 215 nt. 1 e p. 216 nt. 2.

<sup>57</sup> TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, I, p.266 ss.; G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., p. 87; ID., *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, pp. 342-343.

<sup>58</sup> Nella fonte appare '*intercessor*'; tuttavia ci si riferisce ai magistrati: per quanto attiene ai problemi terminologici tra *intercessio* e *ius prohibendi*, rimando ancora a G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., p. 87.

<sup>59</sup> Vedasi F. SALERNO, '*Tacita libertas*'. *L'introduzione del voto segreto nella Roma repubblicana*, Napoli 1999, p. 9 ss.

Sicuramente Cicerone, utilizzando un'espressione felice, fa comprendere come lo *ius prohibendi* sia avvertito come uno strumento di garanzia per la *res publica*, e la sua assenza ne conferma, sotto una prospettiva rovesciata, l'importanza:

Liv. 2.18.8: *Creato dictatore primum Romae, postquam praeferrī secures viderunt, magnus plebem metus incessit, ut intentiores essent ad dicto parendum; neque enim ut in consulibus qui pari potestate essent, alterius auxilium neque provocatio erat neque ullum usquam nisi in cura parendi auxilium.*

Ciò che mi preme analizzare, però, è come lo *ius prohibendi* non possa risolvere ogni genere di applicazione collegiale del potere, poiché lo strumento del veto non riesce a risolvere tutti i casi di gestione della cosa pubblica.

Il primo strumento di risoluzione alla gestione unitaria dell'*imperium* ha radici antichissime: il sistema del *turnus* pone infatti le sue radici nell'istituto dell'*interregnum*, e ha trovato applicazione anche nel campo squisitamente giurisdizionale nella 'parentesi' dei *decemviri legibus scribundis*; detto strumento è applicato in particolare per l'*imperium domi*, mentre per l'*imperium militiae* è la *sors* ad essere maggiormente utilizzata per la gestione -e l'esercizio- del potere, la cui applicazione comunque non manca per l'*imperium domi*.

Il sistema del turno conferma l'inscindibilità del potere di comando, dura un mese, ed è 'esteriorizzato' dal fatto che il console, prioritariamente il più anziano<sup>60</sup>, viene preceduto dai fasci dei dodici littori:

Cic. rep. 2.31.55: *itaque Publicola lege illa de provocatione perlata statim securis de fascibus demi iussit, postridieque sibi collegam Sp. Lucretium subrogavit, suosque ad eum quod erat maior natu lictores transire iussit, instituitque primus ut singulis consulibus alternis mensibus lictores praerent, ne plura insignia essent imperii in libero populo quam in regno fuissent.*

Il sistema viene applicato sicuramente per la convocazione del senato<sup>61</sup> oltre che molto probabilmente per la *iurisdictio*<sup>62</sup> da parte dei pretori-consoli prima dell'istituzione del *praetor urbanus*: ciò

---

<sup>60</sup> Il più anziano sembra però possa cedere la priorità a quello più 'nobile': Gell. 2.15.8: *Solitos tamen audio, qui lege potiores essent, fasces primi mensis collegis concedere aut longe aetate prioribus aut nobilioribus multo aut secundum consulatum ineuntibus.*

<sup>61</sup> Liv. 9.8.1; Dion. Hal. 6.57. Tuttavia non è regola fissa: si pensi al *SC. de Bacchanilibus* [FIRA I<sup>2</sup> nr. 30 p. 240] nonché quello *de Oropiis* [FIRA I<sup>2</sup> nr. 36 p. 260].

<sup>62</sup> F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana* I, cit., p. 211 ss.

non lede comunque l'esercizio collegiale, e dunque quella che potremmo definire 'cooperazione', per operazioni quali la leva<sup>63</sup>, i procedimenti legislativi<sup>64</sup>, l'attività edicente<sup>65</sup>.

Per quanto attiene al comando militare, questo può essere esercitato in comune senza complicazioni quando gli eserciti siano due e si trovino schierati in ambienti geograficamente distanti, ove ognuno dei due consoli presiede al comando di ciascuno secondo accordi e strategie politiche-militari comuni:

Liv. 3.70.1: *In exercitu Romano cum duo consules essent potestate pari, quod saluberrimum in administratione magnarum rerum est, summa imperii concedente Agrippa penes collegam erat; et praelatus ille facilitati submittentis se comiter respondebat communicando consilia laudesque et aequando imparem sibi.*

Cic. Att. 8.15.3: *quod videris non dubitare, si consules transeant, quid nos facere oporteat, certe transeunt vel, quo modo nunc est, transierunt. sed memento praeter Appium neminem esse fere qui non ius habeat transeundi. nam aut cum imperio sunt ut Pompeius, ut Scipio, Sufenas, Fannius, Voconius, Sestius, ipsi consules quibus more maiorum concessum est vel omnis adire provincias, aut legati sunt eorum.*

Ma il sistema del *turnus* lo si trova anche in ambito militare, con l'unica differenza consistente nel fatto che invece di essere mensile era giornaliero:

Liv. 4.46.3: *contemnere in vicem et contemni, donec castigantibus legatis tandem ita comparatum est ut alternis diebus summam imperii haberent.*

Si badi: se ovviamente è di facile comprensione questo sistema di esercizio del potere in momenti che non tollerano incertezze e paralisi decisionali, poiché «sul campo di battaglia, infatti, è quanto mai pernicioso lo scontro (o anche solo la non collaborazione) tra poteri di uguale portata»<sup>66</sup>, non casuale è lo sviluppo del sistema delle *provinciae*, che prendono i contorni di sfere di 'competenza': bene, queste traggono origine proprio dall'applicazione del potere in campo militare<sup>67</sup>. In effetti, prima della *divisio* tra *imperia militaria* i consoli, dopo l'indizione della guerra secondo il rigido formalismo sacrale che vede la

---

<sup>63</sup> Polyb. 6.18; Liv. 24.45.13; 31.8; 40.1; 42.10.2.

<sup>64</sup> Ne è conferma, formale o meno, il nome di ambedue i consoli nella denominazione delle *leges publicae*.

<sup>65</sup> Gell. 13.15.1; Liv. 4.6.9; 23.31.8; 23.31.12; 26.18.4.

<sup>66</sup> C. MASI DORIA, *Spretum imperium: prassi costituzionale e momenti di crisi nei rapporti tra magistrati nella media e tarda repubblica*, cit., p. 222

<sup>67</sup> Si veda, esemplarmente: M. BERTRAND, *À propos du mot provincia : Étude sur les modes d'élaboration du langage politique* in *Journal des Savants*, 189, cit., p. 191 ss.; nonché P. FRACCARO, *La storia dell'antichissimo esercito romano e l'età dell'ordinamento centuriato*, in *Atti del II Congresso Nazionale di Studi Romani III*, Roma 1931, p. 91 ss.

compartecipazione del popolo<sup>68</sup>, del senato e soprattutto dei sacerdoti feziali ai fini di un *bellum iustum*, nel condurre la guerra seguono comunque le indicazioni del senato -che sempre funge da equilibratore nella complessa costituzione mista romana- ma ben può accadere che i due consoli si trovino a combattere sul medesimo campo di battaglia:

Liv. 41.18: *Q. Petilius consul, ne absente se debellaretur, litteras ad C. Claudium misit, ut cum exercitu ad se in Galliam ueniret: campis Macris se eum expectaturum. litteris acceptis Claudius ex Liguribus castra mouit exercitumque ad campos Macros consuli tradidit. eodem [tempore] paucis post diebus C. Ualerius consul alter uenit. ibi diuisis copiis, <prius> quam digrederentur, communiter ambo exercitus lustrauerunt. tum sortiti, quia non ab eadem utrumque parte adgredi hostem placebat, regiones quas peterent. Ualerium auspiciato sortitum constabat, quod in templo fuisset; in Petilio id uitii factum postea augures responderunt, quod extra templum sortem in sitellam ~in templum latam foris ipse oporteret. profecti inde in diuersas regiones.*

Nell'episodio riportato si evidenzia quindi come la *sors* sia utilizzata come mezzo di risoluzione del conflitto tra poteri in battaglia<sup>69</sup>, secondo peraltro logiche giuridico-sacrali non perfettamente adempiute, che spiegano, secondo gli auguri, l'insuccesso nel caso di specie.

E proprio la *sors* è lo strumento cui spesso si ricorre<sup>70</sup> quando non esiste altro sistema capace di dirimere conflitti, come strumento di divisione o attribuzione univoca, per casi o situazioni in cui nemmeno i tentativi di *comparatio* del senato risultano esser produttori:

Liv. 40.17.8: *ita inter se consules compararunt, ut Cn. Baebius ad comitia iret, quia M. Baebius frater eius consulatum petebat.*

Liv. 41.6.1: *sedato tandem Histrico tumultu senatus consultum factum est, ut consules inter se compararent, uter eorum ad comitia habenda Romam rediret.*

Vi sono infatti degli atti che necessariamente devono essere posti in essere singolarmente da uno solo dei due consoli, e laddove un accordo tra i due non si trovi, stante la necessità e l'urgenza, si ricorre alla *sors*, come per la *dictio* del *dictator*:

---

<sup>68</sup> Vedasi *infra*, in questo capitolo.

<sup>69</sup> Chi abbia tratto gli *auspicia* oltre a prevalere concretamente sull'altro, viene poi considerato anche il solo fautore del successo, e ad egli spetta poi il trionfo: si veda A. PETRUCCI, *Il trionfo nella storia costituzionale romana dagli inizi della repubblica ad Augusto*, Milano 1996, p. 63 ss. Si ricordi poi (Liv. 2.48.5) come non sia ammessa l'*interuersio* in battaglia e la naturale possibilità per un console di correre in soccorso dell'altro: sul tema vedasi E. DE RUGGIERO, *Il consolato e i poteri pubblici in Roma*, cit. pp. 695, 758.

<sup>70</sup> Si vedano, tra gli altri: Liv. 2.40.14; 10.24.10; 28.38.12; 30.1.2; 32.8.1; 37.1.7; 42.31.1; 43.12.1; 44.17.5.

Liv. 4.21.10: *Dictatorem dici Q. Servilium placet, cui Prisco alii, alii Structo fuisse cognomen tradunt. Verginius dum collegam consuleret moratus, permittente eo nocte dictatorem dixit; is sibi magistrum equitum Postumum Aebutium Heluam dicit.*

Liv. 4.26.11: *Sors ut dictatorem diceret—nam ne id quidem inter collegas convenerat—T. Quinctio evenit. Is A. Postumium Tubertum, socerum suum, severissimi imperii virum, dictatorem dixit; ab eo L. Iulius magister equitum est dictus.*

Altresì la si ritrova utilizzata per la dedicazione dei templi<sup>71</sup>:

Liv. 2.8.6: *Nondum dedicata erat in Capitolio Iovis aedes; Valerius Horatiusque consules sortiti uter dedicaret. Horatio sorte evenit: Publicola ad Veientium bellum profectus. Aegrius quam dignum erat tulere Valeri necessarii dedicationem tam incliti templi Horatio dari. Id omnibus modis impedire conati, postquam alia frustra temptata erant, postem iam tenenti consuli foedum inter precationem deum nuntium incutiunt, mortuum eius filium esse, funestaque familia dedicare eum templum non posse. Non crediderit factum an tantum animo roboris fuerit, nec traditur certum nec interpretatio est facilis. Nihil aliud ad eum nuntium a proposito aversus quam ut cadaver efferri iuberet, tenens postem precationem peragit et dedicat templum.*

Ancora, sembra evidente, che la *sortitio* trovi spazio soltanto qualora non vi sia accordo tra i colleghi sull'attribuzione ad uno dei due del compito di compiere l'atto, e ciò lo si evince sia per la presidenza dei comizi elettorali consolari:

Liv. 35.6.1-4: *Eodem fere tempore duorum consulum litterae allatae sunt, L. Corneli de proelio ad Mutinam cum Bois facto et Q. Minuci a Pisis: comitia suae sortis esse, ceterum adeo suspensa omnia in Liguribus se habere ut abscedi inde sine pernicie sociorum et damno rei publicae non posset. si ita uideretur patribus, mitterent ad collegam ut is, qui profligatum bellum haberet, ad comitia Romam rediret; si id facere grauaretur, quod non suae sortis id negotium esset, se quidem facturum quodcumque senatus censuisset; sed etiam atque etiam uiderent ne magis e re publica esset interregnum iniri quam ab se in eo statu relinqui prouinciam*

---

<sup>71</sup> Vi sono anche casi nelle fonti in cui la decisione venne rimessa al popolo: Liv. 2.27.5-6: *Nondum dedicata erat in Capitolio Iovis aedes; Valerius Horatiusque consules sortiti uter dedicaret. Horatio sorte evenit: Publicola ad Veientium bellum profectus. Aegrius quam dignum erat tulere Valeri necessarii dedicationem tam incliti templi Horatio dari. Id omnibus modis impedire conati, postquam alia frustra temptata erant, postem iam tenenti consuli foedum inter precationem deum nuntium incutiunt, mortuum eius filium esse, funestaque familia dedicare eum templum non posse. Non crediderit factum an tantum animo roboris fuerit, nec traditur certum nec interpretatio est facilis. Nihil aliud ad eum nuntium a proposito aversus quam ut cadaver efferri iuberet, tenens postem precationem peragit et dedicat templum.*

sia per quelli relativi alla *creatio* dei censori:

Liv. 24.10.1-2: *Quo die magistratum inierunt consules, senatus in Capitolio est habitus decretumque omnium primum ut consules sortirentur compararentue inter se uter censoribus creandis comitia haberet priusquam ad exercitum proficisceretur.*

Infine, però, si ricordi che la stessa *sortitio*, non genera, talvolta, dei risultati che non possono essere ribaltati; v'è però bisogno della volontà di ambedue i consoli per sovvertire al risultato fornito dall'applicazione della *sortitio*, ed infatti si badi al caso dell'*adsignatio provinciarum*<sup>72</sup>, per la quale si può poi pervenire alla *permutatio*:

Liv. 26.29: *His senatus consultis perfectis sortiti prouincias consules. Sicilia et classis Marcello, Italia cum bello aduersus Hannibalem Laeino euenit. quae sors, uelut iterum captis Syracusis, ita exanimauit Siculos, exspectatione sortis in consulum conspectu stantes, ut comploratio eorum flebilesque uoces et extemplo oculos hominum conuerterint et postmodo sermones praebuerint. [...] Marcellus si iam auditi ab senatu Siculi essent aliam forsitan futuram fuisse sententiam suam dicere: nunc ne quis timore frenari eos dicere posset quo minus de eo libere querantur in cuius potestate mox futuri sint, si collegae nihil intersit mutare se prouinciam paratum esse, deprecari senatus praeiudicium; nam cum extra sortem collegae optionem dari prouinciae iniquum fuerit, quanto maiorem iniuriam, immo contumeliam esse, sortem suam ad eum transferri? ita senatus cum quid placeret magis ostendisset quam decreuisset, dimittitur. inter ipsos consules permutatio prouinciarum rapiente fato Marcellum ad Hannibalem facta est, ut ex quo primus post <aduersissimas haud> aduersae pugnae gloriam ceperat, in eius laudem postremus Romanorum imperatorum prosperis tum maxime bellicis rebus caderet.*

Qui, a dire il vero, è quindi la *permutatio* a valere come strumento di risoluzione del conflitto (successivo), che sembra intervenire come un mezzo di *comparatio*<sup>73</sup> successiva del senato per 'rimediare' ad un esito insoddisfacente<sup>74</sup>.

La *sortitio* interviene altresì, come strumento di risoluzione tra conflitti, anche per i censori.

---

<sup>72</sup> Sul tema: M. A. LEVI, *Adsignatio provinciarum* in *Rivista di filologia e di istruzione classica*, 4 (1926) Torino, pp. 74-86.

<sup>73</sup> Per quanto attiene al 'controllo' senatorio esercitato nei confronti dell'*imperium* dei magistrati, alla «Regierungspraxis» rimando per una compiuta sintesi della letteratura a C. MASI DORIA, *Spretum imperium: prassi costituzionale e momenti di crisi nei rapporti tra magistrati nella media e tarda repubblica*, cit., p. 218, nt. 9.

<sup>74</sup> A ben guardare, dato il valore giuridico-sacrale della *sortitio*, questo strumento solleva non pochi dubbi di coerenza logico-sistemica nel sistema giuridico-religioso romano: purtroppo le fonti non permettono un esame più attento sul tema. Mi limito a riscontrare un 'conflitto' tra *ius humanum* e *ius diuinum*, che vede 'vincere' un 'rimedio umano'.

Si analizzi, infatti, il procedimento per la riunione del popolo in centurie diretto dai censori<sup>75</sup> ai fini del *lustrum condere*:

Varr. ling. 6,86–87: *Ubi noctu in templum censor auspicaverit atque de caelo nuntium erit, praeconi sic imperato ut viros vocet: Quod bonum fortunatum felix salutareque siet populo Romano Quiritibus reique publicae populi Romani Quiritium mihique collegaeque meo, fidei magistratuique nostro: omnes Quirites pedites armatos, privatosque, curatores omnium tribuum, si quis pro se sive pro altero rationem dari volet, voca inlicium huc ad me. 87 Praeco in templo primum vocat, postea de moeris item vocat. Ubi lucet, censor scribae magistratus murra unguentisque unguentur. Ubi praetores tribunisque plebei quique inlicium vocati sunt venerunt, censores inter se sortiuntur, uter lustrum faciat. Ubi templum factum est, post tum conventionem habet qui lustrum conditurus est.*

Nella complessa procedura descritta, articolata peraltro in diversi momenti che addirittura richiedono una duplicità dei *templa*, ove nel primo il censore trae gli auspici di investitura<sup>76</sup> e nel secondo quelli relativi all'assemblea<sup>77</sup>, è evidente che si pone un problema per la prima *auspicatio*, nella misura in cui questa, essendo precedente alla *sortitio* successiva, non può avere come scopo l'attribuzione di *imperium militiae*, che deriva appunto dall'auspicazione successiva da parte del censore sorteggiato<sup>78</sup>. E allora, se la prima auspicazione è funzionale all'ordine di *vocare inlicium*, ci si chiede a chi spetti tra i due censori questo compito, parlando Varrone al singolare, tranne per il momento del sorteggio, che appare l'unico momento in cui v'è la partecipazione di entrambi i censori.

E allora nulla non lascia supporre che una *sortitio* preliminare vi sia anche per l'*auspicatio* notturna, per la pronunzia sacrale dell'ordine al *praeco* di *viros vocare*, per procedere all'unzione con la mirra ed altre sostanze, «sicché è lecito ritenere che entrambi i censori partecipassero all'intero procedimento, assumendovi ciascuno un ruolo di volta in volta attivo o inattivo secondo l'esito dei sorteggi»<sup>79</sup>.

L'unicità del censore per la 'guida' del procedimento lustrale, sino peraltro al ritorno in città del popolo così purificato, la si trova sempre in Varrone:

<sup>75</sup> B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano*, II/3. *Sui frammenti di censoriae tabulae in Varr., de l. Lat. 6, 86–87*, in *AUPA* 43 (1995) = *Scritti giuridici* III, 2006, 313ss.; B. SANTALUCIA, *I tribuni e le centurie*, in: O. DILIBERTO (a cura di), *Il problema della pena criminale fra filosofia greca e diritto romano*, 1993 = *Studi di diritto penale romano*, 1994, 50ss.; R. FIORI, *La convocazione dei comizi centuriati: diritto costituzionale e diritto augurale*, in *ZSS*, 131 (2014), p. 115 ss.

<sup>76</sup> TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, I, cit., p. 81 nt.2.

<sup>77</sup> TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, I, cit., p. 101.

<sup>78</sup> Non supportata da fonti contrarie l'opinione di H. BERVE, v. *Lustrum*, in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XIII.2, Stuttgart 1927, p. 2046, secondo la quale i censori si accordano sin dall'inizio per stabilire a chi spetti tra i due il compito di condurre la cerimonia.

<sup>79</sup> G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia*, cit., p. 74 nt. 168.

Varr. ling. 93: *sed ad comitiatum vocatur populos ideo, quod alia de causa hic magistratus non potest exercitum urbanum convocare; censor, consul, dictator, interrex potest, quod censor exercitum centuriato constituit quinquennalem, cum lustrare et in urbem ad vexillum ducere debet*

Anche per i censori, dunque, una (doppia) *sortitio* interviene come mezzo risolutorio della collegialità tra essi, andando a dirimere un conflitto avente connotati religiosi-sacrali attinenti alla procedura lustrale, che comunque non lede la collegialità per il momento, costituzionale, della distribuzione in centurie dell'*exercitus quinquennalis*, che avviene antecedentemente, sulla base del lavoro dei censori svolto nei diciotto mesi precedenti sulla base delle *rationes* presentate dai cittadini, costituendo sicuramente l'oggetto necessario della *lustratio*.

Si passa ora ad esaminare, focalizzando l'attenzione sulla diversità dei fondamenti del potere, il complesso 'conflitto' giuridico-religioso nel disegno del diritto pubblico romano che viene generato con l'istituzione dei tribuni della plebe.

Lo 'scontro' che intendo analizzare, certamente conseguenza dell'esistenza di due diverse parti del popolo<sup>80</sup>, si limita al profilo giuridico-religioso, nella misura in cui questo dimostra come l'attribuzione

---

<sup>80</sup> Aulo Gellio ci riporta il pensiero di un giurista dell'epoca augustea, Ateio Capitone, che, partendo dal concetto 'tutto-parte', distingue la plebe dal popolo in quanto nel secondo sono contenuti ogni parte della città e tutti gli ordini della stessa, mentre per plebe si intende quella parte in cui non sono comprese le genti patrizie dei cittadini: Gell. 10, 20, 5: "*plebem*" autem Capito in eadem definitione seorsum a populo divisit, quoniam in populo omnis pars civitatis omnesque eius ordines contineantur, "*plebes*" vero ea dicatur, in qua gentes civium patriciae non insunt. A Plauto si deve la distinzione tra *plebei et pauperes* e *dives de summo loco* (Plaut. Poen., 3,514: *Heus tu, quamquam, nos videmur tibi plebei et pauperes, / si ne rete dicis nobis, dives de summo loco, / ...*), mentre a Catone viene attribuita un'espressione secondo cui per *plebs* debba intendersi la massa di poveri il cui problema principale è quello di reperire il pane quotidiano (Cic. Verr. 2, 2, 5: *cellam penariam rei publicae nostra, nutricem plebis Romanae*). Lobrano, rifacendosi a un passo di Orazio (*Epist.* 1, 19, 37), afferma che in epoca tardo-repubblicana, al termine *plebs* era dato un significato dispregiativo: vedasi G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., p. 212. Niebuhr (B. G. NIEBUHR, *Römische Geschichte* I, Berlino, 1811, p. 335 ss.) sostiene che i patrizi erano costituiti dalle due tribù originarie dei *Rammes* e dei *Tities*, a cui poi si aggiunsero i *Luceses*, mentre i plebei erano indigeni che abitavano nelle località intorno a Roma, soggiogati dai primi e trasferiti nella città. Tale tesi si fonda sulla leggenda di Anco Marcio, che secondo Niebuhr ha un fondo di verità, in base a cui i cittadini delle città latine soggiogate avevano come sede l'Aventino, su cui un tempo sorgeva la città plebea, divisa, dal re Servio Tullio in quattro tribù urbane e ventisei rustiche, alla testa delle quali stava un tribuno (i patrizi e i loro clienti sarebbero stati ascritti alle tribù successivamente). Il sistema romano era così costituito da due corporazioni: una formata dalle *gentes* divise nelle tre tribù originarie e l'altra formata dalla comunità plebea. Questa tesi di Niebuhr ebbe grandissimo seguito, anche se non mancarono teorie contrastanti, come quella di Ihne (W. IHNE, *Forschungen auf dem Gebiete der römischen Verfassungsgeschichte*, Francoforte, 1847), secondo cui i plebei erano stati sconfitti dai patrizi romani ed erano stati ridotti da loro in condizione di clienti (dunque vi era identità tra *clientes* e plebei). Secondo Mommsen (TH. MOMMSEN, *Römische Geschichte*, I, cit., p. 61) i cittadini originari di Roma erano i patrizi, che componevano le tre tribù dei *Rammes*, dei *Tities* e dei *Luceses*. Subordinati ad essi vi erano i clienti che cominciarono a rivendicare una condizione di parità e si trasformarono in plebei (quindi si passò da una condizione di incapacità giuridica della clientela a quella di capacità plebea). Per De Martino, le teorie di Mommsen e di Ihne trascurano le cause economico-sociali della formazione della plebe e restringono il fenomeno «soltanto alla identità, originaria o sopravvenuta, con la clientela» (F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, I, cit., pp. 71-72). Secondo Alföldi, i patrizi derivavano dai cavalieri dell'ultimo re Tarquinio (A. ALFÖLDI, *Der frühromische Reiteradel und seine Ehrenabzeichen*, Baden-Baden, 1952). Nonostante le diverse teorie emerge un concetto di plebe puramente negativo, riferendosi con tale termine alla moltitudine di coloro che non fanno parte del ceto dominante (i *plebei gentes non habent*, cioè non hanno l'ordinamento gentilizio).

di un potere negativo a determinate persone provenienti da una determinata parte del popolo, sia capace di generare continui conflitti in un'ottica di crescita della città<sup>81</sup>.

Come risaputo, è con la *secessio*<sup>82</sup> che lo scontro viene a 'costituzionalizzarsi', perché grazie a quest'atto di rottura la plebe segna la strada per l'ottenimento di proprie assemblee e di propri 'magistrati'; sul *mons Sacer* i plebei sono convinti dal celebre apologo di Menenio Agrippa, che spiega metaforicamente il sistema giuridico-sociale romano paragonandolo al corpo umano<sup>83</sup>. Viene trovato, così, un accordo secondo cui viene sospesa la legge sui debiti, vengono fondate delle colonie per i contadini, viene concessa l'amnistia ai cittadini che avevano violato il giuramento dell'esercito e, soprattutto, si ha il tribuno<sup>84</sup> della plebe, dotato di poteri 'positivi' (tra cui la convocazione dei concili della plebe) e poteri 'negativi' (*l'intercessio*). Inoltre viene stabilito che tale carica non può essere ricoperta da un patrizio<sup>85</sup>, a meno che costui non voglia effettuare la *transitio ad plebem*.

---

<sup>81</sup> Vedasi il §1 del primo capitolo.

<sup>82</sup> Mi riferisco ovviamente a quella del 494 a.C. Le fonti affermano che vi furono diverse secessioni plebee nel corso dei primi secoli del periodo repubblicano e, secondo alcuni, furono addirittura sei: la seconda avviene nel 449 a.C e provoca la caduta del secondo decemvirato legislativo; la terza e la quarta sono ricordate da uno storico erudito di epoca adrianea, Lucio Anneo Floro, che colloca la terza nel 445 a.C. in occasione della *lex Canuleia* (Flor. *Epit.* 1, 23: *tertiam seditionem excitavit matrimoniorum dignitas ut plebei cum patriciis iungerentur; qui tumultus in monte Ianiculo duce Canuleio tribuno plessi exarsit*), a seguito della quale fu abolito il divieto di *conubium* tra patrizi e plebei, e la quarta nel 367 a.C. (Flor. *epit.* 1. 23: *quartam honorum cupido ut plebei quoque magistratus crearentur*), che fu decisiva per l'accesso dei plebei al consolato; la quinta secessione è ricordata solo da Livio (Liv. 7, 42), secondo cui sarebbe avvenuta nel 341 a.C., e l'ultima nel 287 a.C, con i plebei arroccati sul Gianicolo (L. LABRUNA, *Secessio, Res publica: riconsiderazioni in Festschrift für Rolf Knutzelzum* 70, Heidelberg, 2009, p. 648). Per Zamorani non si può spiegare la *secessio* solo sulla base del conflitto sociale interno a Roma, bensì anche alla luce della crisi economica che attanagliava il ceto artigiano-mercantile nel primo periodo repubblicano e dei flussi migratori verso la città di intere comunità di stirpe diversa, accomunate dall'avversione verso i Tarquini, che vengono benevolmente accolte e inserite nel tessuto sociale romano: i soldati di Arrunte, i Sabini di Atta Clauso e un cospicuo numero di Latini contrari alla guerra contro Roma (P. ZAMORANI, *La plebe nei primi due secoli della Repubblica*, Ferrara, 1979, p. 68 ss.).

<sup>83</sup> Liv. 2. 32: *olim humani artus, cum ventrem otiosum cernerent, ab eo discordarunt, conspiraruntque ne manus ad os cibum ferrent, nec os acciperet datum, nec dentes conficerent. At dum extrem domare volunt, ipsi quoque defecerunt, totumque corpus ad extremam sabem venit: inde apparuit vestris haud segne ministerium esse, eumque acceptos cibos per omnia membra disserere, et cum eo in gratiam redierunt. Sic senatus et populus quasi unum corpus discordia pereunt concordia valent.*

<sup>84</sup> Per quanto riguarda il numero dei tribuni, come si vedrà, la questione è molto dibattuta: secondo Livio (Liv. 2. 33. 2) ne furono eletti cinque, e così sostengono anche Dionigi di Alicarnasso, il quale ci dà anche i loro nomi: Lucio Giunio Bruto, Caio Licinio, Caio e Publio Licitino e Caio Vesellio Ruga (Dion. 6, 89, 1; 8, 31, 4) e Plutarco (*Coriol.* 7). Secondo Livio (Liv. 2, 58, 1; 2, 33, 1) in origine furono eletti soltanto due tribuni e nel 471 essi furono portati a cinque, mentre Cicerone (Cic. *rep.* 2, 34, 59) afferma che all'inizio fossero due e che successivamente il loro numero sia stato portato a dieci. La creazione di un collegio più numeroso, che alla fine raggiunse il numero stabile di dieci unità, dipese dalle crescenti esigenze della comunità plebea, la quale richiese un maggior numero di dirigenti per sostenere i compiti delle lotte che necessitavano di una sempre maggiore tempestività. Il collegio tribunizio non aveva un presidente, però in epoca ciceroniana è attestata la presenza di un *princeps tribunorum*, mentre Dionigi di Alicarnasso afferma che fossero presenti già in epoca più antica, intorno al periodo compreso tra il 492 e il 456, anche se si ignorano le sue precise funzioni (Cic. *Sest.* 72 e Dion. 7, 14; 9, 46, 1 e 10, 31). Probabilmente la sua importanza doveva essere più politica e morale piuttosto che giuridica e tale carica era assunta dal tribuno che alle elezioni raggiungeva il maggior numero di voti (F. FABBRINI, in *NNDI*, vol. XIX, voce 'Tribuni plebis', p. 799).

<sup>85</sup> Liv. 2, 33, 1-2: *Agj deinde de concordia coeptum, concessumque in condiciones ut plebi sui magistratus essent sacrosancti quibus auxilii latio adversus consules esset, neve cui patrum capere eum magistratum liceret. Ita tribuni plebei creati duo, C. Licinius et L. Albinus.*

Il *tribunus*<sup>86</sup> è *sacrosanctus*<sup>87</sup>, ossia sacro e inviolabile, in quanto i plebei giurano di proteggerlo e di uccidere impunemente (rendere sacro) chiunque vi rechi offesa.

La *sacratio capitis* del contravventore è la conseguenza della promessa «formulata invocando a testimonianza gli dei, cosicché, il venir meno della promessa vuol dire offenderli, offesa che sarà punita con la propria persona, la quale viene pertanto consacrata e devoluta agli dei»<sup>88</sup>.

Si parla a tal proposito di una *lex sacrata*<sup>89</sup>, ossia di una legge non pubblica, ma esclusivamente plebea, 'garantita' da un *sacramentum*, il giuramento di proteggere il tribuno, per garantire a quest'ultimo una protezione religiosa nell'esercizio delle sue funzioni<sup>90</sup>. Secondo Cicerone<sup>91</sup> i plebei ottengono le leggi sacrate durante la secessione e i tribuni vengono eletti l'anno successivo.

Emerge un dato di fatto: la plebe, che con la *secessio* ha dimostrato di essere una sorta di comunità a se stante nel sistema giuridico-religioso romano, istituisce delle persone il cui potere è garantito e protetto da una base religiosa che gli permette di contrastare i magistrati repubblicani.

Appare evidente come la *plebs*, nonostante l'accordo, diffidi dei patrizi se ritiene opportuno rientrare in città con propri magistrati e se vuole che questi siano garantiti da leggi sacrate. Una volta raggiunto l'accordo con i *patres*, i plebei secessionisti lasciano il monte e tornano a Roma, ma prima di fare ciò sono chiamati a risolvere una questione giuridico-religiosa spinosa dovuta al fatto che abbandonare la

---

<sup>86</sup> Secondo Pomponio, vennero detti 'tribuni' perché un tempo il popolo era diviso in tre parti, e da ciascuna parte ne veniva creato uno, oppure perché venivano creati con il suffragio delle tribù: D. 1, 2, 2, 20, Pomp. *l. s. enchirid: Isdem temporibus cum plebs a patribus secessisset anno fere septimo decimo post reges exactos, tribunos sibi in monte sacro creavit, qui essent plebeii magistratus. dicti tribuni, quod olim in tres partes populus divisus erat et ex singulis singuli creabantur: vel quia tribuum suffragio creabantur.*

<sup>87</sup> Liv. 3, 55, 10: *tribunos veteri iure iurando plebis, cum primum eam potestatem creavit, sacrosanctos esse.*

<sup>88</sup> C. GIOFFREDI, *Il fondamento della 'tribunicia potestas' e i procedimenti normativi dell'ordine plebeo ('sacrosanctum - lex sacrata - sacramentum')*, in *SDHI*, I, 1945, p. 7.

<sup>89</sup> Zamorani ci riporta come su questo punto Livio e Dionigi divergessero non poco: secondo il primo, rifacendosi alla tradizione, le leggi sacrate sarebbero state votate sul monte Sacro, mentre il secondo, che per Zamorani è il più attendibile, sostiene che «sia i tribuni sia le leggi sacrate sarebbero state fatte sul monte Sacro, prima che la plebe rientrasse nella città» (P. ZAMORANI, *La plebe nei primi due secoli della Repubblica*, cit., p. 91).

<sup>90</sup> Questo carattere di *sacertas* è tipico di un sistema in cui non vi sono sanzioni giuridiche riconosciute da una comunità come obbligatorie per tutti, patrizi e plebei.

<sup>91</sup> Cic. *rep.* 2, 57-59: *ed id quod fieri natura rerum ipsa cogebat, ut plusculum sibi iuris populus adscisceret liberatus a regibus, non longo intervallo, sexto decimo fere anno, Postumo Cominio Sp. Cassio consulibus consecutus est; in quo defuit fortasse ratio, sed tamen vincit ipsa rerum publicarum natura saepe rationem. id enim tenetote quod initio dixi, nisi aequabilis haec in civitate compensatio sit et iuris et officii et muneris, ut et potestatis satis in magistratibus et auctoritatis in principum consilio et libertatis in populo sit, non posse hunc incommutabilem rei publicae conservari statum. nam cum esset ex aere alieno commota civitas, plebs montem sacrum prius, deinde Aventinum occupavit. ac ne Lycurgi quidem disciplina genuit illos in hominibus Graecis frenos; nam etiam Sparta regnante Theopompo sunt item quinque illi quos ephoros appellant, in Creta autem decem, qui cosmoe vocantur, ut contra consulare imperium tribuni plebis, sic illi contra vim regiam constituti. Fuerat fortasse aliqua ratio maioribus nostris in illo aere alieno medendi, quae neque Solonem Atheniensem non longis temporibus ante fugerat, neque post aliquanto nostrum senatum, cum sunt propter unius libidinem omnia nexa civium liberata neque postea desitum, semperque huic oneri, cum plebes publica calamitate inpendiis debilitata deficeret, salutis omnium causa aliqua sublevatio et medicina quaesita est. quo tum consilio praetermissa causa populo nata est, duobus tribunis plebis per seditionem creatis, ut potentia senatus atque auctoritas minueretur; quae tamen gravis et magna remanebat, sapientissimis et fortissimis et armis et consilio civitatem tuentibus, quorum auctoritas maxime florebat, quod cum honore longe antecellerent ceteris, voluptatibus erant inferiores nec pecuniis ferme superiores; eoque erat cuiusque gratior in re publica virtus, quod in rebus privatis diligentissime singulos cives opera consilio re tuebantur.*

città significa spezzare un'unità che trova favore negli dèi. I plebei, quindi, consacrano<sup>92</sup> così l'altura (da ciò '*mons Sacer*') su cui si sono divisi, a Giove Ottimo Massimo<sup>93</sup>, la divinità più importante dei patrizi<sup>94</sup>. Quindi il *tribunus* non è più sottoposto soltanto alla tutela della dea Cerere (divinità della terra cara ai plebei), ma anche a quella del dio supremo *Iuppiter*. Il fatto è di non poco conto nell'ottica del sistema giuridico-religioso romano: riconoscono di essere cittadini della stessa città in quanto riconoscono, e si vogliono far riconoscere e 'garantire', dalla stessa divinità patrizia. Garantire la 'conflittualità' del tribuno della plebe, mediante una strategia giuridico-sacrale volta ad evitare 'conflitti' religiosi: questo il fine e l'obiettivo perseguito e raggiunto dai plebei sul *mons Sacer*.

Da un punto di vista religioso, dunque, la plebe sviluppa un potere, la *tribunicia potestas*, giustificata sul piano del diritto da un fondamento divino diverso e in conflitto con gli *auspicia*<sup>95</sup>. Quindi, attraverso la *sacrosancta potestas* attribuita ai tribuni, i plebei superano la condizione di 'privati' verso una nuova integrazione nel *populus*, così come precedentemente i *patres-patricii* hanno sviluppato gli *auspicia* per identificarsi con esso.

Ora, per comprendere il 'rapporto-conflitto' intercorrente il rapporto tra *auspicia* e *sacrosanctitas*, si devono tracciare le linee del fondamento del potere dei tribuni, ripercorrendo sommariamente le varie ricostruzioni dottrinali.

Per quanto riguarda il fondamento dei poteri dei tribuni, sono state avanzate numerose teorie. La tesi più accreditata è quella che prende in considerazione una *lex sacrata* (istituto noto ai popoli italici, a cui facevano eccezionalmente ricorso in occasione di una battaglia alla quale conferivano un'importanza straordinaria), cioè una legge resa tale mediante cerimonie sacre, deliberata dalla plebe in base alla quale il tribuno è *sacrosanctus*<sup>96</sup>, cioè sacrosanto, inviolabile, il che sta a significare che chiunque lo offenda o

<sup>92</sup> Manio Valerio Massimo, uno degli ambasciatori inviati dal senato sul *mons*, era un augure e soltanto lui avrebbe potuto inaugurare il luogo in cui ci si sarebbe potuto 'rivolgere' a Giove Ottimo Massimo. Vedasi su questo le ricostruzioni, giuridiche, prima che storiche di F. VALLOCCHIA, *Manio Valerio Massimo, dittatore e augure*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 7, 2008, pp. 1-13

<sup>93</sup> Nella 'forma' ammonitrice di Giove Terrifico.

<sup>94</sup> Fest. s.v. '*Sacer mons*', 424, ed. Lindsay: *mons appellatur trans Anienem, paullo ultra tertium miliarum: quod eum plebes, cum secessisset a patribus, creatis tribunis plebis, qui sibi essent auxilio, descendentes Iovi consecraverunt*.

<sup>95</sup> La definizione degli *auspicia* come proiezioni dei singoli poteri magistratuali sul piano del diritto divino spetta a Pierangelo Catalano, che, in *Contributi allo studio del diritto augurale I*, cit. p. 445, afferma la perfetta corrispondenza dell'*auspicium* alla *potestas*. Giovanni Lobrano ne *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., p. 275-276 prospetta così il rapporto tra *auspicia* e *sacrosanctitas*: «La *plebs* esprime al riguardo degli *auspicia* una duplice strategia: da una parte rivendica la parità auspicale con i *patres-patricii* (lotte in materia di *conubium*, per l'accesso ai *patricii magistratus* etc.) dall'altra sviluppa un potere, la *potestas* tribunicia, con una "proiezione sul piano del diritto divino" (*sacrosancta*) diversa ed anzi in conflitto ed a detrimento della, per così dire, 'importanza' degli *auspicia*».

<sup>96</sup> Gioffredi delinea la distinzione tra *sacratu*s e *sacrosanctus*: il primo è un termine più generico ed esprime il carattere religioso dell'oggetto, mentre il secondo è un termine tecnico e più preciso in quanto esprime anche il mezzo con cui la religiosità è attribuita, ossia la *sanctio*, come mezzo di garanzia. Vedasi C. GIOFFREDI, *Il fondamento della 'tribunicia potestas' e i procedimenti normativi dell'ordine plebeo ('sacrosanctum - lex sacrata - sacramentum')*, in *SDHI*, cit., I, p. 6.

impedisca l'esercizio del suo potere viene dichiarato *sacer*, potendo essere consacrato, da parte di qualsivoglia plebeo, al dio degli inferi, Plutonio, mediante l'uccisione.

Non si tratterebbe di una *lex publica*, bensì di una legge approvata dalla sola *plebs*, garantita dalla declaratoria di *sacrosanctitas* e dal *sacramentum*, cioè il giuramento<sup>97</sup> della plebe di proteggere il *tribunus*. Dunque il tribuno, la cui forza risiede sulla forza stessa della plebe, avrebbe avuto una 'copertura' religiosa che gli permetterebbe di poter esercitare i suoi poteri nel quadro del sistema giuridico-religioso romano. In altre parole, la *sacrosanctitas* del tribuno<sup>98</sup> è così 'legittimata' da un punto di vista giuridico-religioso, indipendentemente dal fatto che esso non abbia alcun potere auspicale.

Lange<sup>99</sup>, invece, sostiene la teoria del *foedus* (compiuto con la presenza dei feziali) tra patrizi e plebei, ossia di un patto tra due comunità religiose (a suffragio del fatto che la 'comunità del monte Sacro', infatti, si è riconosciuta come vera e propria comunità a se stante), stipulato successivamente alla *lex sacrata* plebea. Tale tesi è stata sostenuta anche da Rosenberg<sup>100</sup>, da De Francisci<sup>101</sup> e da Bonfante<sup>102</sup>.

Successivamente, la *lex sacrata*<sup>103</sup> sarebbe stata ratificata con la *lex Valeria Horatia*<sup>104</sup> del 449 a.C., la prima legge comiziale a riconoscere l'inviolabilità tribunitia e la sanzione della *sacertas*, che avrebbe ufficialmente inserito nell'architettura costituzionale i tribuni<sup>105</sup>. Con tale legge, così, il diritto della comunità plebea di uccidere impunemente l'offensore del *tribunus* diverrebbe potenzialmente un diritto per tutto il *populus*. Secondo Labruna, infatti, la *lex Valeria-Horatia*, col riaffermare l'inviolabilità personale dei tribuni, conferisce efficacia vincolante per tutto il popolo a quella che è stata sino ad allora solo una «proiezione di fatto imposta con la religione» e trasforma tale tutela in una vera e propria

---

<sup>97</sup> Nel passo liviano si possono notare le parole chiave *iure iurando plebis* e *sacrosanctos esse* (Livi. 3, 55, 10: *tribunos vetere iure iurando plebis, cum primum eam potestatem creavit, sacrosanctos esse*).

<sup>98</sup> Si è discusso a lungo sulla questione in base a cui uno stesso soggetto potesse svolgere contemporaneamente la carica di *tribunus* e un'altra carica magistratuale e non si può arrivare ad una conclusione certa, anche se appare più probabile che ciò non si sia verificato. Livio, però, narra di come, nel 305-304 a.C., Gneo Flavio sarebbe stato contemporaneamente tribuno della plebe ed edile curule (Liv. 9, 46, 2: *Eodem anno Cn. Flavius Cn. Filius scriba, patre libertino humili fortuna ortus, ceterum callidus vir et facundus, aedilis curulis fuit*).

<sup>99</sup> L. LANGE, *Kleine schriften*, Göttingen, 1887, p. 545.

<sup>100</sup> A. ROSENBERG, *Studien zur Entstehung der Plebs* in *Hermes*, 48 (1913), p. 359 ss.

<sup>101</sup> P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, cit., pp. 248-249.

<sup>102</sup> P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, vol. I, Roma, 1934, p. 104.

<sup>103</sup> Gioffredi spiega la distinzione tra *lex sacrata* e giuramento: mentre la prima postula l'esistenza di un'autorità e di conseguenza un'organizzazione sociale, avendo perciò i caratteri propri di una norma giuridica (universalità e stabilità), il giuramento ha carattere di «norma imperfetta in quanto la garanzia ne è rimessa alla divinità». Sarebbe dunque un errore identificare la *lex sacrata* con la legge giurata: C. GIOFFREDI, *Il fondamento della 'tribunitia potestas' e i procedimenti normativi dell'ordine plebeo ('sacrosanctum - lex sacrata - sacramentum')*, in *SDHI*, I, cit., p. 16.

<sup>104</sup> Liv. 3.55: *ut qui tribunus plebis, aedilibus, iudicibus decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset, familia ad eadem Cereris, Liberi, Liberaeque venum iret*.

<sup>105</sup> Molto probabile è l'opinione secondo cui la *lex tribunitia* che istituiva il tribuno e la sua *sacrosanctitas* coincidesse e fosse parte della legge Valeria Orazia, che esattamente poteva essere definita *lex tribunitia prima* (F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, vol. I, cit., p. 286-287). A favore di tale tesi ci sarebbe la considerazione dell'arcaicità del riferimento liviano agli *iudices decemviri* di cui la posteriore storiografia non sa nulla e che i moderni non riescono ad identificare in modo sicuro.

pena capitale<sup>106</sup>. Dunque inizialmente il tribuno sarebbe privo di ‘riconoscimento ufficiale’ nel quadro totale dell’organizzazione costituzionale romana (protetto solo dal giuramento della *plebs*), e pertanto non potendo avere una *potestas legitima* ne avrebbe avuta una *sacrosancta*. Grazie a tale legge pubblica in seguito sarebbe stato inserito formalmente nel sistema giuridico della città, diventando così un ‘magistrato’ di Roma, sebbene con poteri e caratteri ben differenti dagli altri magistrati<sup>107</sup>.

Gioffredi considera tale *lex publica* come un «rinvio formale non recettizio alla normativa»<sup>108</sup> attraverso cui la *plebs* ha già posto in essere il tribunato. Il sistema romano, quindi, non pone in essere la norma «né la fa propria, ma indirettamente la riconosce» e ciò significa che il sistema non considera i tribuni inviolabili per l’intera cittadinanza, ma essi lo sono soltanto per la *plebs*. Questo non vuol dire che il sistema stesso intenda contrastare la difesa che i plebei garantiscono ai loro difensori, ma semplicemente esso non li considera come «oggetto della propria tutela»<sup>109</sup>.

Secondo Gioffredi, la *potestas sacrosancta* del *tribunus* non si basa sul giuramento plebeo, bensì su una norma religiosa della plebe, il plebiscito sacro, e quest’ultimo non deve essere posto in contrapposizione con la legge che ha reso tale *potestas* legittima, in quanto tali leggi si differenziano soltanto per il fatto che l’una ha carattere religioso e l’altra “profano”<sup>110</sup>. Egli inoltre critica la tesi del *foedus* e sostiene che il giuramento plebeo abbia preceduto il plebiscito sacro<sup>111</sup>, secondo lui avvenuto nel 449 a.C. ed afferma che col passare dei secoli, acquistata ormai una funzione fondamentale nel sistema giuridico romano e avvenuto il pareggiamento tra le due *partes* del *populus*, il tribuno viene considerato una «magistratura pienamente costituzionale» e la sua *potestas*, «in forza di consuetudine», viene considerata *sacrosancta* dall’intera comunità romana<sup>112</sup>. Pais<sup>113</sup>, d’altro canto, individua il fondamento del tribunato nella legge comiziale che segue il giuramento.

Mommsen lo individua nel giuramento plebeo e considera la *lex publica* del 449 a.C. come il «primo momento di fondazione giuridica del tribunato»<sup>114</sup>. Egli pone in posizione antitetica la *lex sacra* e la

---

<sup>106</sup> L. LABRUNA, *Secessio, Res publica: riconsiderazioni* in *Festschrift für Rolf Knutzelzum* 70, cit., p. 645.

<sup>107</sup> Anche i tribuni hanno durata annuale, ma, a differenza dei magistrati patrizi, entrano in carica non il primo di gennaio, bensì i primi di dicembre, intorno al dieci e possono essere rieletti (era consentita loro sia l’*iteratio* della carica sia la *continuatio*: si veda F. FABBRINI, v. ‘Tribuni plebis’ in *NNDI*, XIX, cit., p. 798). Essi esercitano le loro funzioni esclusivamente all’interno del *pomerium*.

<sup>108</sup> C. GIOFFREDI, *Il fondamento della ‘tribunicia potestas’ e i procedimenti normativi dell’ordine plebeo (‘sacrosanctum - lex sacra - sacramentum’)*, in *SDHI*, cit., I, p. 13.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 21-25.

<sup>112</sup> *Ibidem* p. 29.

<sup>113</sup> E. PAIS, *Storia critica di Roma durante i primi cinque secoli*, vol. III, Roma, 1927, p. 511.

<sup>114</sup> Sul punto vedasi la ricostruzione di G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., p. 57 e *Fondamento e natura del potere tribunizio nella storiografia giuridica contemporanea* in *Index* 3, Napoli, 1972, p. 240 ss. Per altre tesi vedasi Gioffredi, il quale, nella sua opera *Il fondamento della ‘tribunicia potestas’ e i procedimenti normativi dell’ordine plebeo (‘sacrosanctum - lex sacra - sacramentum’)*, cit., a pag. 5 scrive che Mommsen, al giuramento plebeo, «fa seguire una legge comiziale» (così F.

legge centuriata del 449 in quanto la prima è caratterizzata dall'aspetto religioso, mentre la seconda, renderebbe legittimo il plebiscito plebeo sotto il profilo prettamente giuridico. A Mommsen è stato opposto<sup>115</sup> che l'antitesi *religio-lex* o *sacrosantus-legitimus* non sia fondata, dal momento che nel mondo romano l'elemento religioso e quello giuridico non sono in rapporto antitetico, bensì si compenetrano vicendevolmente; nonostante le divergenze tra la tesi mommseniana e quella opposta (sostenuta, tra gli altri, come già esposto in precedenza, da Gioffredi), queste presentano un punto in comune: la *sacrosanctitas* tribunitia è limitata alla parte plebea.

Arangio-Ruiz<sup>116</sup> ricollega il fondamento del potere tribunitio ad un plebiscito sacro a cui sarebbe seguito un riconoscimento giurato da parte dei patrizi, mentre Niccolini<sup>117</sup> parla di un plebiscito giurato. De Sanctis<sup>118</sup>, Maschke<sup>119</sup> e Kunkel<sup>120</sup>, invece, ammettono soltanto un originario giuramento plebeo, mentre per Groh<sup>121</sup> il fondamento va ricercato in una legge comiziale sacrata.

Chiara è la tesi che ha Orestano<sup>122</sup> del rapporto *plebs-populus*, secondo il quale si tratta di “ordinamenti giuridici” diversi in cui la prima rappresenta il ‘particolare’, mentre il secondo rappresenta il ‘generale’. In quest’ottica, egli vede il fondamento del tribuno nella *lex sacrata*, ma non si può parlare di ‘procedimento normativo’ alla base dello stesso fondamento, in quanto Orestano respinge la questione dell’unilaterale atto ‘normativo’ plebeo come capace di vincolare giuridicamente tutto il sistema romano. In altre parole, la legge sacrata è un procedimento ‘normativo’ che vincola solo la parte plebea<sup>123</sup>.

Herzog<sup>124</sup>, al contrario, è uno dei sostenitori più estremi del fondamento ‘normativo’ della *potestas* del tribuno, che trova la sua base nella *lex publica*, avutasi già nel 494 e rinnovata nel 449<sup>125</sup>, la quale presenta entrambi contenuti del giuramento di rispettare i tribuni e la *sacratio capitis* del contravventore.

---

FABBRINI, v. ‘*Tribuni plebis*’ in *NNDI*, XIX, cit., p. 784). De Francisci, d’altro canto, in *Storia del diritto romano*, I, cit., p. 248, scrive che secondo Mommsen «base del tribunato e dell’organizzazione plebea sarebbe stato solamente il giuramento della plebe stessa, col quale essa si sarebbe obbligata a salvaguardare la libertà delle proprie assemblee e l’incolumità dei propri capi».

<sup>115</sup> G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., p. 122.

<sup>116</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, cit., p. 46 ss.

<sup>117</sup> G. NICCOLINI, *Il tribunato della plebe*, cit., p. 40 ss.

<sup>118</sup> G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, vol. II, Milano-Torino-Roma, 1907, vol. II, p. 28 ss.

<sup>119</sup> G. MASCHKE, *Zur Theorie und Geschichte der römischen Agrargesetze*, Tübingen, 1906, p. 25 ss.

<sup>120</sup> W. KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte*, Heidelberg, 1948, p. 18.

<sup>121</sup> V. GROH, «*Potestas sacrosanctia*» dei tribuni della plebe in *Studi Riccobono*, II, Palermo, 1936, p. 3 ss.

<sup>122</sup> R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell’esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, p. 256 ss.

<sup>123</sup> Lobrano scrive che il conflitto non si pone tra la parte e il tutto, ossia tra «l’ordinamento particolare» e quello «generale», ma tra due ordini in «diverso rapporto di forze» (la disparità tra *plebs* e *patricii* è «nel fatto, non nel diritto») e il concetto di rivoluzione plebea «va profondamente innovato», in quanto «l’azione plebea è sì di rottura degli schemi formali predominanti, ma, al contempo, è essa stessa rigorosamente inquadrata dentro precise strutture formali» (G. LOBRANO, *Fondamento e natura del potere tribunitio nella storiografia giuridica contemporanea* in *Index 3*, cit., p. 248).

<sup>124</sup> E. VON HERZOG, *Geschichte und System der römischen Staatsverfassung* I, cit., 1884.

Per De Martino<sup>126</sup> ci sarebbero tre possibili ipotesi relative all'origine del tribuno: una legge della comunità intera nelle sue parti, un accordo tra le 'classi' e un'affermazione unilaterale della plebe imposta a tutta la città. Nonostante queste ipotesi sull'origine, egli è però sicuro nell'affermare lo sviluppo consuetudinario del potere tribunizio, che trova poi riconoscimento in una legge centuriata. Tant'è che poi, col passare dei secoli e con le numerose riforme che portano al pareggiamento delle due diverse parti del popolo, il tribuno non è più lo strenuo avversario del senato, ma diviene il suo strumento di controllo e spesso vero e proprio strumento di lotta politica contro i magistrati maggiori che si rifiutavano di eseguire gli ordini senatori<sup>127</sup>.

Anche per quanto concerne la natura del tribuno della plebe nell'assetto costituzionale romano, la dottrina si imbatte in una grande varietà di interpretazioni.

Secondo Niebuhr<sup>128</sup>, i tribuni sono 'Repräsentanten', quindi non magistrati, in quanto il loro è un potere di controllo, collocato pertanto al di fuori dei magistrati. Inoltre per lo storico tedesco<sup>129</sup>, il tribuno in origine sarebbe un istituto creato per esaurirsi, ossia un istituto che, una volta raggiunto l'obiettivo della parificazione dei due ceti, dovrebbe cessare di esistere.

Mommsen<sup>130</sup>, sulla scia di Niebuhr, se pur neghi al tribuno la dignità magistratuale in quanto privo di insegne, *auspicia* ed *imperium*, lo colloca tra i magistrati, in quanto implicitamente riconosce una partecipazione dei tribuni a quegli stessi poteri che esercitano i magistrati patrizi; ricorre alla teoria della duplice natura del tribunato: una in armonia con il sistema romano e l'altra, invece, rivoluzionaria e irriducibile ad esso, fondando tale duplicità su quella della parte plebea, tesa tra l'aspirazione dell'equiparazione ai patrizi e quella volta alla separazione e contrapposizione delle due diverse parti<sup>131</sup>. Ed infatti, come risaputo, egli scade in una concezione tripartita dell'ordinamento costituzionale dello 'Staat', in quanto formato dal senato, dai magistrati e dal popolo.

Herzog<sup>132</sup>, in polemica con la tesi mommseniana, nega che il tribuno sia mai stato *magistratus* (in quanto privo del potere positivo), né *populi* né *plebis*, e lo colloca in contrapposizione a magistrati e senato, accanto alle assemblee del popolo (il *tribunus* è un "Volksvertreter", ossia un rappresentante, un deputato del popolo).

---

<sup>125</sup> G. LOBRANO, *Fondamento e natura del potere tribunizio nella storiografia giuridica contemporanea* in *Index* 3, cit., p. 242-243.

<sup>126</sup> F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, vol. I, cit., p. 283 ss.

<sup>127</sup> F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, vol. II, cit., p. 247 ss.

<sup>128</sup> B. G. NIEBUHR, *Römische Geschichte* I, cit., p. 462 ss.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 655 ss.

<sup>130</sup> TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* II, cit., p. 272 ss.

<sup>131</sup> TH. MOMMSEN, *Römische Staatsrecht* II, cit., p. 302 ss.

<sup>132</sup> E. VON HERZOG, *Geschichte und System der römischen Staatsverfassung* I, p. 579 ss.

De Martino<sup>133</sup>, riprendendo un passo liviano<sup>134</sup>, riporta che in origine i tribuni<sup>135</sup> non sono considerati magistrati e che l'atteggiamento dei *patres* è sempre rivolto a negare che essi abbiano un potere positivo, di comando sui cittadini. Di conseguenza i tribuni non hanno gli *auspicia*, né le insegne, né i littori, ma semplici *viatores*, e anche quando vengono ufficialmente riconosciuti da tutta la comunità, ad essi non vengono mai di certo estesi i poteri dei consoli, le loro insegne e l'*imperium*.

Pietro Bonfante, dopo aver distinto tra un lato negativo e uno positivo della 'sovranità', del 'potere' dei tribuni, descrive il tribuno come «assolutamente sprovvisto» del secondo e lo colloca al di fuori del momento 'costruttivo' del potere, in quanto non dotato di impero militare, né di competenze amministrative, né di titolo e insegne magistratuali<sup>136</sup>.

De Francisci, rifacendosi anch'egli a un passo liviano<sup>137</sup>, descrive il tribuno come un soggetto al di fuori della *civitas*, non dotato di "sovranità positiva", né di *imperium*, né di *auspicia*, né del titolo e delle insegne del magistrato. Inoltre non può né convocare il senato né l'assemblea del popolo. La sua funzione è quella di «proteggere la *plebs*, sia nei suoi individui singoli, sia come classe contro gli eventuali arbitrii della magistratura e della classe patrizia, arbitri che potevano verificarsi soprattutto in occasione della leva, in quella distribuzione dell'*ager publicus*, durante l'imposizione di tributi»<sup>138</sup>.

Nonostante l'impossibilità di definire un'origine e una natura certa del tribuno della plebe e nonostante le numerose teorie, spesso anche in contrasto tra di loro, che si sono susseguite nel corso della storiografia, si possono cogliere dei punti fermi. Innanzitutto si tratta di un istituto rivoluzionario, sfociato in un conflitto che si è dispiegato in una via dapprima 'extracostituzionale', per mezzo dell'atto altrettanto dirimpente quale la *secessio*, e che è riuscito ad entrare negli schemi costituzionali della *civitas* grazie ad una strategia giuridico-sacrale precisa, che non poteva non avere come presupposto la 'contrapposizione' di elementi giuridici totalmente diversi rispetto ai quali cui l'accesso era sbarrato. Si può spiegare dunque la sua origine solamente rifacendosi al conflitto patrizio-plebeo inteso come conflitto tra diverse comunità.

Il riconoscimento dei tribuni ed il loro carattere della *sacrosanctitas* sono affermati dalla plebe attraverso l'esercizio di un potere rivoluzionario, religioso prima che giuridico, visto che per inserirsi nell'architettura costituzionale romana hanno utilizzato una sanzione religiosa estrema (*sacer esto*); solo

---

<sup>133</sup> F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, vol. I, cit., p. 303.

<sup>134</sup> Liv. 2. 56. 11: *consul Appius negare ius esse tribuno in quemquam nisi in plebeium*.

<sup>135</sup> Per essere eletti i tribuni devono necessariamente possedere alcuni requisiti: la qualità di plebeo (condizione essenziale); l'ingenuità (e all'inizio questa doveva essere perfetta, ossia anche il padre doveva essere ingenuo); inoltre devono necessariamente essere degni, mentre non si sa se ci fosse un limite di età da rispettare. Prima di entrare in carica, i tribuni altresì devono prestare giuramento.

<sup>136</sup> P. BONFANTE, *Diritto romano*, Milano, 1976, p. 110 ss.

<sup>137</sup> Liv. 2.56.13: *tribunum privatum esse sine imperio, sine magistratu*.

<sup>138</sup> P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, p. 250.

con il tempo e con le numerose riforme, il tribuno diventa un istituto insostituibile nell'ambito del sistema romano e, con una legge centuriata (che la maggior parte dei giuristi, come già visto, identificano nella *lex Valeria Horatia*), esso entra appieno nell'organizzazione costituzionale.

Per concludere, si può riassumere la figura del tribuno della plebe nel sistema romano usando le parole di Mario Bretone<sup>139</sup>: «al *tribunus plebis* si può guardare, ricevendone sempre immagini di senso compiuto, con un binocolo diritto o rovesciato: comparirà, a seconda dei casi e (tendenzialmente) delle epoche storiche, l'immagine, ora grande ora piccola, del magistrato della *res publica*, con una sua precisa collocazione nel *cursus honorum*, o, con speculare alternanza di dimensioni, quella del 'leader' plebeo che si interpone tra il littore e il proprio tutelato a fermare la mano già alzata del primo, senza neppure il bisogno di ricordargli, perché la sua sola presenza è sufficientemente icastica, che toccando lui non toccherebbe già un uomo, ma la componente più estesa e appassionata di un popolo».

Quindi, chiariti i contorni, sul fondamento del potere dei tribuni, si può affermare che la *sacrosanctitas* costituisce il fondamento e la 'competenza' del potere del tribuno della plebe, mentre gli *auspicia*<sup>140</sup> lo sono del potere dei *patricii magistratus*. E «se *i tribuni plebis* mai *auspicato creantur*»<sup>141</sup>, mai i magistrati patrizi «sono ritenuti *sacrosancti*»<sup>142</sup>.

Per comprendere come il 'conflitto' tra tribuni e magistrati si ponga come un 'conflitto' che non può essere ricondotto, perché ne esula, nei rapporti gerarchici tra magistrati -non essendo, come detto, essi magistrati- si tratterà di seguito anche della gerarchia tra i magistrati, onde evitare inutili ripetizioni.

Dunque il rapporto tra magistrati e tribuni, forma una contrapposizione, secondo Lobrano, tra «specializzazioni» del medesimo patrimonio giuridico-religioso del *populus Romanus*<sup>143</sup>: il «*sacer-sanctus*» e l'«*augurium-auspicium*»<sup>144</sup>.

---

<sup>139</sup> M. BREONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1999, pag. 63.

<sup>140</sup> Per quanto riguarda l'etimologia del vocabolo *auspicium*, vedasi Serv. *Ad Aeneid.* 3. 374: *auspicium dictum ab ave inspicienda, quasi avispicium*; 5, 523: *augurium dictum quasi avigerium, id est quo aves gerunt*; Isid. *Orig.* 8. 9. 19: *dicta sunt auspicia quasi avium aspicia*. Come si può notare, viene collegato il termine *auspicia* ad *avis*, uccello (in tal senso P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale* I, cit., p. 20 ss.). Lo stesso Catalano, in seguito, afferma che «nell'*auspicium* (nell'esigenza dell'aspirazione e nell'efficacia del segno) si realizza la presenza permanente della divinità nell'attività umana». L'autore prosegue sostenendo che l'attività umana è «sostenuta dal soprannaturale» e che l'*auspicium* (nel suo significato fondamentale «si riferisce a segni aventi per oggetto atti politici e militari») è «appoggio vigoroso della divinità a tutte le attività pubbliche, condizione necessaria per il loro successo (*Contributi allo studio del diritto augurale* I, cit., p. 165-166).

<sup>141</sup> Liv. 6. 41. 5.

<sup>142</sup> G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., p. 124.

<sup>143</sup> G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., pp. 124-125. Viene adoperata, da Lobrano, la concezione 'parte-tutto' nell'ambito del *populus Romanus*. A tal proposito si ricordi il passo di Gellio nelle *Noctes Atticae* 10, 20, 5: "*plebem*" autem Capito in eadem definitione seorsum a populo divisit, quoniam in populo omnis pars civitatis omnesque ius ordine continentur, "*plebes*" vero ea dicatur, in qua gentes civium patriciae non insunt. Da questo passo si evince che nel *populus* è contenuta ogni parte della città, mentre per plebe si intende quella parte in cui non sono comprese le *gentes* patrizie.

<sup>144</sup> Catalano tratta la distinzione tra *auspicium* e *augurium* nella sua opera *Contributi allo studio del diritto augurale* I, cit. Egli prende in considerazione le tesi di vari studiosi, come Maronski, secondo cui gli stessi segni sarebbero detti *auspicia* se riferiti al magistrato, *auguria* se riferiti all'augure che compie il rito di osservazione (S. MARONSKI, *De auguribus romanis*, Neustadt

Per quanto riguarda l'*auspicium*, esso, giuridicamente collocato, è un potere umano 'traslato' sul piano divino<sup>145</sup> grazie al quale l'uomo riesce a interpretare i segni divini e, pertanto, il volere della divinità<sup>146</sup>.

L'*auspicium* non deve essere colto necessariamente in momenti (e per eventi) prodigiosi, in quanto anche eventi quotidiani possono rappresentare segni auspicali, se correttamente calati nel contesto giuridico-religioso. I segni possono essere osservati casualmente, anche se, la maggior parte delle volte, ciò è provocato dall'uomo che interroga la volontà divina. L'*auspicium* ha una dimensione giuridica, la quale ne fa uno strumento di cui l'uomo si serve per organizzare la propria esistenza, sia singolarmente sia nella comunità<sup>147</sup>.

Il termine *auspicia* lo troviamo in numerosi passi di Livio, in cui si nota il permesso, la possibilità di fare, concessi dall'*auspicium* (quindi segni divini favorevoli)<sup>148</sup>. Altri passi, invece, prendono in considerazione *auspicia* 'negativi', ossia quelli che 'sconsigliano' di compiere una determinata azione<sup>149</sup>.

Tacito utilizza gli stessi termini<sup>150</sup> e anche Stazio conserva il valore permissivo del segno favorevole: *si datur ... si prohibes*<sup>151</sup>.

---

1859, p. 7 ss.). Tale tesi sembra coincidere con quella del Mommsen (*Le droit public romain* I, cit., p. 119), il quale, però, non fa alcuna distinzione tra i due né sul piano dell'efficacia né su quello dei soggetti cui appartiene la capacità di richiedere i segni. Catalano riporta il pensiero di Valeton, il quale è scettico sulla distinguibilità dei due termini, ma «distingue *auspicare* e *inaugurare* sul piano della competenza: auspicano i magistrati, inaugurano gli àuguri; distingue anche sul piano dell'efficacia; distingue sul piano degli elementi obbiettivi: unico luogo in cui gli àuguri possano inaugurare sarebbe l'Arce, e tempo delle auspicazioni dei magistrati sarebbe necessariamente il giorno stesso dell'azione che ne è oggetto, mentre così non è per le inaugurazioni» (P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale* I, cit., p. 14-15). Conclusivamente afferma che gli *auspicia* sono di competenza dei magistrati, gli *auguria*, invece, degli àuguri. Quanto all'efficacia, l'*auspicium* ha efficacia limitata al *dies*, mentre l'*augurium* ha efficacia illimitata nel tempo. Quanto all'oggetto, gli *auspicia* riguardano gli atti dei magistrati che interpretano i segni, mentre gli *auguria* hanno oggetti diversi.

<sup>145</sup> Catalano definisce l'*auspicium* (inteso come potere) «la proiezione, sul piano del diritto divino, dei singoli poteri umani e solo attraverso ad essi viene definito il suo contenuto: gli *auspicia* escludono la ierocrazia» (P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale* I, cit., p. 167).

<sup>146</sup> Gli *auspicia* possono essere pubblici o privati, a seconda che riguardino gli affari di Roma o quelli dei privati cittadini. Quindi c'è un regime di diffusione dell'auspicio e la differenza si pone sul piano della domanda da porre alla divinità. L'osservazione degli *auspicia* era la pratica preliminare indispensabile per le riunioni delle assemblee deliberanti, per l'investitura dei magistrati e per la consacrazione dei sacerdoti, mentre i *concilia plebis* ovviamente non sono vincolati all'osservazione degli *auspicia*. Ogni infrazione delle regole augurali, constatata e denunciata dall'augure, vizia gli *auspicia* e comporta la nullità degli atti compiuti.

<sup>147</sup> Da un esame delle ricostruzioni di Dumézil, sembra certo che il soprannaturale fosse inteso dagli Indoeuropei in senso essenzialmente religioso e ciò è stato ereditato dal mondo romano (G. DUMÉZIL, *L'héritage indoeuropéen à Rome*, Parigi 1949, p. 49-111; ID., *Méthode comparative et religion romaine* in *Antiquité classique*, 1955, p. 426-30; ID., Recensione a Wagenvoort, *Roman dynamism* in *Revue de l'hist. des religions*, 1950, vol. 138, p. 224 ss; ID., *Les dieux des indoeuropéens*, Parigi, 1952, p. 106-143).

<sup>148</sup> Liv. 41. 16. 5: *cum primum per auspicia posset*; 10. 39. 8: *si per auspicia liceret*. Si notino i verbi *posse* e *licere*.

<sup>149</sup> Liv. 22.42.8: *Paulus, come ei sua sponte cuccanti polli quoque auspicio non addixissent, nuntiarum iam efferenti porta signa collegae iussit*; 27, 16, 15: *Fabio auspicanti priusquam egrederetur ab Tarento, aves semel atque iterum non addixerunt hostia quoque caesa consulenti deus haruspex cavendum a fraude hostili et ab insidiosi praedixit*. Da notare, nei due passi, il ricorrere del verbo *non addicere* in relazione all'*auspicium* sfavorevole. Catalano afferma che «una aspirazione negativa o viziata, o comunque un segno divino sfavorevole, circa l'attaccar battaglia, il tenere i comizi o il senato e l'iniziare le operazioni del censo, vietavano l'azione per tutto il giorno e limitatamente ad esso». Egli continua sostenendo che, in caso di risposta negativa, la richiesta potesse essere ripetuta in un giorno successivo e «in caso di risposta affermativa si doveva ripetere l'auspicazione se l'azione non era poi compiuta in quel giorno» (P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale* I, pp. 44-45). Il legame tra il *dies* e l'*auspicium* (inteso in senso giuridico) si ritrova in alcune espressioni di Plauto (*Rudens*, 717: *Non hodie isti rei auspicavi ut cum furcifero fabuler*; *Persa* 689: *Luco faciundo ego auspicavi in hunc diem*).

In alcuni passi ciceroniani<sup>152</sup>, *auspicium* significa «soltanto l'aspetto auspiciale del potere del magistrato, cioè il potere di interpretare i segni divini circa il *dies* degli atti di sua competenza»<sup>153</sup>.

Di *auspicium* come potere dei magistrati parla lo stesso Cicerone anche nel *De lege agraria*, 2, 11, 27 (*comitia ... curiata tantum auspiciorum causa remanserunt*) e 3, 12, 27 (*omnibus magistratibus auspica et iudicia dantur*)<sup>154</sup>.

Secondo Catalano, anche Livio utilizza «assai frequentemente *auspicium* nel senso di potere magistratuale»<sup>155</sup>. Da questi passi si comprende perché, chiunque agisca agli ordini di altri, non agisce *suis auspiciis*.

Lo stesso Catalano, come già sostenuto, afferma che oggetto di *auspicia* in senso giuridico stretto (escludendo, cioè, i casi in cui il termine viene usato in senso divinatorio e in senso giuridico lato) sono soltanto atti di magistrati «che auspicano o che comunque compiono l'interpretazione dei segni: ogni magistrato, cioè, può interpretare i segni solo per gli atti di sua competenza e in questo principio si inquadra anche la collegialità»<sup>156</sup>.

Catalano, sulla base di passi di Livio<sup>157</sup> e Cicerone<sup>158</sup>, individua in *Iuppiter*<sup>159</sup> (Giove) il dio degli *auspicia* e distingue gli *auspicia* dei magistrati «in due *potestates*»<sup>160</sup>: *maxima* quelli dei consoli, dei pretori e dei

---

<sup>150</sup> Tac., *Ann.*, 2. 14. 1: *Nox eadem laetam Germanico quietem tulit, viditque se operatum et sanguine sacri respersa praetexta pulchriorem aliam manibus aviae Augustae accepisse. Auctus omine, addicentibus auspiciis, vocat contionem et quae sapientia provisa aptaque imminente pugnae disserit.*

<sup>151</sup> Stat. *Theb.* 3. 491 ss.

<sup>152</sup> Cic. *Sest.* 46. 98: *capitis periculo defendenda sunt: religiones, auspicia, potestates magistratum, senatus auctoritas...*; 26, 56: *omnia dura religionum, auspiciorum, potestatum...* (si noti come qui, al potere auspiciale, sia giustapposto il potere di compiere quegli atti sui quali è richiesto l'auspicio). Cicerone intende il termine in tal senso anche in alcuni passi del *De legibus*, come 3, 3, 10: *Omnes magistratus auspicium iudiciumque habent* e 3, 12, 27: *omnibus magistratibus auspica et iudicia dantur, iudicia ut esset populi potestas, ad quam provocaretur, auspicia ut multos inutiles comitiatus probabiles impederent morae.*

<sup>153</sup> P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale I*, p. 439-440. L'autore, inoltre, sulla base di un'antica formula di preghiera riportata da Livio in *Ab Urbe condita*, 29, 27, 2-3, considera gli *auspicia populi* come fondamento di quelli magistratuali (p. 462 ss.).

<sup>154</sup> P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale I*, p. 41.

<sup>155</sup> Liv. 7. 18. 2: *Empulum eo anno ex Tiburtibus haud memorando certamine captum, sive duorum consulum auspicio bellum ibi gestum est, ut scripsere quidam, seu per idem tempus Tarquiniensium quoque sunt vastati agri ab Sulpicio consule, quo Valerius adversus Tiburtes legiones duxit.*

<sup>156</sup> P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale I*, cit., p. 46-47. Inoltre, sostiene che i segni di competenza dei magistrati non hanno mai per oggetto luoghi o persone («ed *auspicio(r)* non si riferisce mai a luoghi o persone») e hanno efficacia solo circa il *dies* (p. 64 ss.).

<sup>157</sup> Liv. 1. 12. 4: *Ad veterem portam Palati Romulus et ipse turba fugientium actus, arma ad caelum tollens, "Iuppiter, tuis" inquit "iussus avibus hic in Palatio prima urbi fundamenta ieci. Arcem iam scelere emptam Sabini habent; inde huc armati superata media valle tendunt; at tu, pater deum hominumque, hinc saltem arce hostes; deme terrorem Romanis fugamque foedam siste. Hic ego tibi templum Statori Iovi, quod monumentum sit posteris tua praesenti ope seriatim urbem esse, voveo";* 1, 18, 9: *Iuppiter pater, si est fas hunc Numam Pompilium cuius ego caput teneo regem Romae esse, uti tu signa nobis certa adclarassis inter eos fines quod feci.*

<sup>158</sup> Cic. *leg.* 2. 8. 20: *Interpretes autem Iovis optumi maximi publici augures signis et auspiciis operam danto disciplinam tenent.*

<sup>159</sup> Schulien, analizzando i caratteri di *Iuppiter*, *Zeus*, *Ziu*, *Tyr*, *Aburamazda*, *Dyāus pitar-*, nota una certa somiglianza tra il dio supremo degli Indoeuropei e l'essere supremo etico delle culture etnologicamente più antiche e che i caratteri di *Iuppiter* mostrano come «gli Italici non avessero portato seco e conservato solo elementi frammentari delle credenze originarie, ma bensì tutto un complesso organico nel suo contenuto ideale e nella sua stessa espressione linguistica» (M. SCHULIEN, *Elementi non autoctoni nella religione romana* in *Annali lateranensi VII*, 1944, pp. 183-225).

censori, mentre gli *auspicia* degli altri magistrati sono *minora* (quindi massima la *potestas* e il corrispondente potere auspicale di consoli, pretori e censori, mentre sono minori quelli degli altri magistrati)<sup>161</sup>. E ciò sulla base di Gellio, che riprendendo le parole di Messala, presenta infatti la differenza tra auspici maggiori e minori<sup>162</sup>: i primi spettano ai consoli, ai pretori (questi due dotati di *imperium*) e ai censori, mentre i secondi agli altri magistrati<sup>163</sup>.

Gell. 13, 15, 2-7: *Quaeri igitur solet, qui sunt magistratus minores. Super hac re meis verbis nil opus fuit, quoniam liber M. Messalae auguris de auspiciis primus, cum hoc scriberemus, forte adfuit. Propterea ex eo libro verba ipsius Messalae subscripsimus. Patriciorum auspicia in duas sunt divisa protestates. Maxima sunt consulum, praetorum, censorum. Neque tamen eorum omnium inter se eadem aut eiusdem potestatis, ideo quod conlegae non sunt censores consulum aut praetorum, praetores consulum sunt. Ideo neque consules aut praetores censoribus neque censores consulibus aut praetoribus turbant aut retine auspicia; at censores inter se, rursus praetores consulesque inter se et vitiant et obtinent [...]. Censores aequae non modum rogantur auspicio atque consules et praetores. Reliquorum magistratuum minora sunt auspicia. Ideo illi 'minores', hi 'maiores' magistratus appellantur. Minoribus curetais magistratibus tributis comitiis magistratus, sed iustus curiata datur lege; maiores centuriatis comitiis fiunt'. Ex his omnibus verbis Messalae manifestum fit, et qui sint magistratus minores et quamobrem minores appellentur. Sed et conlegam esse praetorem consuli docet, quod eodem auspicio creantur. Maiora autem dicuntur auspicia habere, quia eorum auspicia magis rata sunt quam aliorum.*

Gell. 13, 16, 1-3: *idem Messala in eodem libro de minoribus magistratibus ita scripsit: "Consul ab omnibus magistratibus et comitiatum et contionem avocare potest. Praetor et comitiatum et contionem usquequaque avocare potest nisi a consule. Minores magistratus nusquam nec comitiatum nec contionem avocare possunt. Ea re, qui eorum primus vocat ad comitiatum, is recte agit, quia bifariam cum populo agi non potest nec avocare alius alii potest. Sed si contionem tabere volunt, uti ne cum populo agant, quamvis multi magistratus simul contionem habere possunt". Ex his verbis Messalae manifestum est aliud esse "cum populo agere", aliud "contionem habere". Nam "cum populo agere" est rogare quid populum, quod suffragiis suis aut iubeat aut vetet, "contionem" autem "habere" est verba facere ad populum sine ulla rogatione.*

---

<sup>160</sup> P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale I*, cit., p. 444.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 445.

<sup>162</sup> Catalano, al riguardo, scrive che la frase *patriciorum auspicia in duas sunt divisa protestates* ha senso solo se il termine *auspicia* viene inteso in senso pregnante (quindi non intendendolo come semplice potere auspicale, bensì come potere magistratuale). Si pone, così, la «distinzione fra le *potestates* magistratuali dal punto di vista del diritto augurale e, corrispondentemente, fra i poteri auspicali» (P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale I*, cit., p. 444) Sulla gerarchia tra i magistrati si veda *infra*.

<sup>163</sup> Catalano scrive che da ciò deriva che «dire che un *auspicium* è maggiore equivale a dire che il potere magistratuale è maggiore» (P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale I*, cit., p. 445).

Da ciò deriva il potere di intercessione, in base al quale il console può impedire a tutti gli altri magistrati, compreso il pretore, di svolgere le proprie funzioni (*Consul ab omnibus magistratibus et comitiatum et contionem avocare potest*). Tale potere può essere usato da qualsiasi magistrato che gerarchicamente si trovi sovraordinato nei confronti dei magistrati a lui inferiori, mentre non può essere usato nei confronti di magistrati a lui sovraordinati.

Il potere di intercessione può essere utilizzato da un magistrato anche nei confronti di propri colleghi, basando tale assunto sul concetto giuridico di unitarietà del potere: quindi non esiste, nell'ambito del collegio, il criterio della 'competenza'.

Catalano afferma che non esiste un *auspicium* come «potere di consultare il Dio in generale; esistono singoli *auspicia*, singoli poteri dei singoli magistrati di consultare il Dio su ciò che essi hanno il potere di compiere»<sup>164</sup>. Egli, inoltre, trovando conferma in alcuni passi serviani<sup>165</sup>, sostiene che l'*auspicium* «corrisponde perfettamente, dal punto di vista del diritto augurale, alla *potestas*»<sup>166</sup>.

Si ricordi che i *patres-patricii*, dopo la 'cacciata' dell'ultimo re, rivendicano il monopolio esclusivo degli *auspicia*<sup>167</sup>, adducendo come argomenti, oltre al meccanismo dell'*interregnum*<sup>168</sup>, «la constatazione che la condizione di *magistratus* non è di per sé sufficiente a garantire gli *auspicia* a chi in tale condizione si trovi, come, appunto, accade per i *plebei magistratus*»<sup>169</sup>.

Dunque, si comprende come di fronte ai poteri dei patrizi, la prima lotta giuridico-religiosa della *plebs* è tesa alla 'costruzione' di una «*potestas sacrosancta*, di un potere, cioè, ugualmente 'legittimo', in senso odierno e improprio, indipendentemente dagli *auspicia*»<sup>170</sup>.

---

<sup>164</sup> P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale I*, cit., p. 448.

<sup>165</sup> Serv. *Aen.* 4. 102: *paribusque regamos auspiciis aequali potestate*; 7. 257: *paribus auspiciis pari potestate*.

<sup>166</sup> P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale I*, cit., p. 448.

<sup>167</sup> Liv. 6. 41. 5: *Penes quos igitur sunt auspicia more maiorum? Nempe penes patres; nam plebeius quidem magistratus nullus auspicio creatur; nobis adeo propria sunt auspicia, ut non solum quos populus creat patricios magistratus non aliter quam auspicio creet sed nos quoque ipsi sine suffragio populi auspicio interregem prodamus et privatim auspicia habeamus, quae isti ne in magistratibus quidem habent.*

<sup>168</sup> Nel *regnum* romano, la successione al potere non è mai dinastica e, pertanto, alla morte del *rex*, i senatori gestiscono il potere, uno ad uno, per un periodo di tempo limitato (cinque giorni per ogni senatore, probabilmente cominciando dal più anziano). In questo lasso di tempo, il senatore possiede gli *auspicia* per decidere il nuovo re (appare evidente che tale periodo serve per raggiungere un accordo per decidere il nuovo regnante). A tal proposito, vedasi Cic. *rep.* 2. 12. 23-24: *[...] cum ille Romuli senatus [...] temptaret post Romuli excessum ut ipse regeret sine rege rem publicam, populus id non tulit, desiderioque Romuli postea regem flagitare non desistit; cum prudenter illi principes novum et inauditam ceteris gentibus interregni ineundi rationem excogitaverunt, ut quoad certus rex declaratus esset, nec sine rege civitas nec diuturno rege esset uno, nec committeretur ut quisquam inveterata potestate aut ad deponendum imperium tardior esset aut ad optinendum munitior. Quo quidem tempore novus ille populus vidit tamen id quod fugit Lacedaemonium Lyncurum, qui regem non deligendum duxit [...] sed habendum, qualiscumque is foret, qui modo esset Hercule stirpe generatus; nostri illi etiam tum agrestes viderunt virtutem et sapientiaux regalem, non progeniem quaeri oportere.* Come si può notare, tutto doveva avvenire in piena sintonia con gli dèi. Liv. 1. 32. 1 indica il principio che sta alla base dell'interregno: *Mortuo Tullo res, ut institutum iam inde ab initio erat, ad patres redierat.* Per quanto riguarda gli *auspicia*, Catalano afferma che si parla di «un *redire* degli *auspicia ad patres*, in quanto dagli *auspicia patrum* si vedono derivare, in qualche modo, gli *auspicia*, cioè i poteri, del *rex*» (P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale I*, cit., p. 457-458).

<sup>169</sup> G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., p. 148.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 187.

I plebei, così, dopo la prima *secessio* del 494 a.C., ‘creano’ uno strumento rivoluzionario ‘protetto’ da una ‘copertura’ religiosa, la *sacrosanctitas*<sup>171</sup>, che lo protegge da qualsiasi offensore e che, secondo la tesi più seguita, con la *lex Valeria-Horatia* ottiene il ‘riconoscimento’ nel sistema romano: il tribuno della plebe. La *plebs* romana ha dovuto garantire l’inviolabilità del suo *magistratus* mediante il giuramento religioso, proprio perché i plebei non hanno gli *auspicia*, che invece costituiscono la ‘base’ del potere dei magistrati patrizi, e come si è visto, grazie proprio a questo giuramento, chiunque offenda il *tribunus*<sup>172</sup> diventa *sacer*<sup>173</sup> e, pertanto, può essere ucciso impunemente per *sacratio capitis*.

Questo perché la lotta ha preteso che i tribuni siano *sacrosancti*<sup>174</sup>, ossia, come attesta Forcellini, «*nemo eos ledere poterat sine capitali piaculo*»<sup>175</sup>.

Interessante Lobrano, che sulla base di alcuni passi di Livio e Cicerone<sup>176</sup>, sostiene la tesi di una partecipazione tra la *plebs* ed il collegio dei pontefici (ossia gli esperti, per eccellenza, del *sacer* e del *sanctus*): dopo la parentesi decemvirale, i tribuni della plebe sono eletti «in un *concilium plebis* convocato e presieduto dal pontefice massimo»<sup>177</sup>.

Ritroviamo il termine ‘sacrosanto’ in un passo di Livio<sup>178</sup>, nel quale si narra l’episodio in cui i consoli, nell’interesse dei tribuni stessi, ristabiliscono la loro inviolabilità riattivando le cerimonie religiose rituali abbandonate da tempo: li rendono, così, inviolabili sia sul piano religioso sia su quello ‘legislativo’, grazie ad una legge secondo cui chiunque rechi danno ai tribuni, agli edili, ai giudici e ai decemviri sia maledetto, affidato alla vendetta di Giove («*eius caput Iovi sacrum esset*») e i suoi beni siano venduti al

<sup>171</sup> Cic. leg. 3. 19: [*tribunicia potestas*] in *seditione et ad seditionem nata*.

<sup>172</sup> Il *Totius latinitatis lexicon* definisce la parola *sacrosanctus* come *proprie inviolabilis, intactus* e continua affermando che *quia sancitum esset, ut sacer haberetur, qui violasset, quod sancitum erat* (E. FORCELLINI, *Totius latinitatis Lexicon, consilio et cura J. Facciolati*, IV, Patavii 1771, v. *Sacrosanctus*, p. 293).

<sup>173</sup> Sabbatucci sostiene che *sacer* sia ciò «che va a far parte del divino in seguito a deliberazione umana», mentre *religiosus* sia ciò che «è già degli dei indipendentemente dalla volontà dell’uomo». Quindi l’attività umana è presupposto del *sacrum* (D. SABBATUCCI, *Sacer* in *Studi e materiali di storia delle religioni*, Bologna 1952, p. 91 ss.).

<sup>174</sup> Cicerone, in un passo della sua *Pro Balbo*, scrive che nessuna cosa può essere sacrosanta a parte ciò che il popolo e la plebe hanno sancito (Cic. *Balb.* 33: *Quid fuit in rogatione, ea, quae de Pompeio a Gellio et a Lentulo consulibus lata est, in qua aliquid sacrosanctum exceptum videretur? Primum enim sacrosanctum esse nihil potest, nisi quod populus plebsque sancisset*).

<sup>175</sup> Vedasi nota 170.

<sup>176</sup> Liv. 3. 54. 9: *tribunos plebis creabitis. praesto rit pontifex maximus, qui comitia habeat ... pontifice maximo comitia habente tribunos plebis creaverunt*; Ascon. In *Cornel.* 20: *In Aventino consederunt; inde armati in Capitolium venerunt, decem tribunos plebis per pontificem, quodmagistratus nullus erat, creaverunt*.

<sup>177</sup> G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, pp. 125-126.

<sup>178</sup> Liv. 3. 55: *Et cum plebem hinc provocatione, hinc tribunicio auxilio satis firmassent, ipsis quoque tribunis, ut sacrosancti viderentur (cuius rei prope iam memoria aboleverat) relatis quibusdam ex magno intervallo caeremoniis, renovarunt, et cum religione inviolatos eos, tum lege etiam fecerunt, sanciendo, ut qui tribunis plebis, aedilibus, iudicibus, decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris, Liberi, Liberaeque venum iret. Hac lege iuris interpretes negant quemquam sacrosanctum esse, sed eum, qui forum cuiquam nocuerit, sacrum sanciri*. Bayet sostiene che il ‘consacrare’ la testa del colpevole a *Iuppiter* costituisca la formula originale, a cui poi sarebbe stata aggiunta quella secondo cui i suoi beni sarebbero stati venduti al tempio di Cerere, Libero e Libera (J. BAYET, *Appendice V. - L’organisation plébéienne et les «leges sacratae»*, in *Tite-Live, Histoire romaine*, Tome III, Livre III, 3a ed., Parigi 1962, p. 153). Secondo Perrin, l’indicazione di Cerere non è originale, ma è il frutto di una sovrapposizione di questa dea, nella quale la *plebs* si identificava in modo esclusivo, alle divinità patrizie. Dunque il richiamo sanzionatorio a Cerere deve essere inquadrato nell’ottica della contrapposizione tra gli ordini (B. PERRIN, *La consecration à Cérès*, in *Studi in memoria di E. Albertario II*, Milano 1953, 385 ss.).

tempio di Cerere, Libero e Libera («*familia ad eadem Cereris, Liberi, Liberaeque venum irets*»). Livio continua affermando che i giuristi a lui contemporanei sostengono che, in base a questa legge, nessuno sia veramente sacro e inviolabile, ma che essa semplicemente sancisce la maledizione per chiunque oltraggi il tribuno.

Il richiamo, nel passo liviano, alla divinità massima dei Romani «deve essere inteso come l'affermazione della volontà plebea di assumere un ruolo politico all'interno della *civitas*»<sup>179</sup>, in quanto giurare «da sacertà a Giove» di chiunque offenda il tribuno della plebe vuol dire affermare, da parte della plebe «la propria presenza all'interno della *civitas* e la volontà di integrarsi con essa e con le sue istituzioni»<sup>180</sup>. Secondo Rinolfi, da questi dati emerge il fatto che «tra i plebei vi fosse l'idea di occupare lo spazio all'interno della sfera di influenza propria di *Iuppiter* e del sistema politico-religioso degli auspici»<sup>181</sup>.

Ed allora proprio in quest'ottica deve essere vista la consacrazione plebea del monte Sacro a *Iuppiter Optimus Maximus*, dio supremo per i patrizi: si ricordi, infatti, che la plebe, non dotata di *auspicia*, ha originariamente una diversa e propria religione, con propri culti e propri templi<sup>182</sup>, e contrappone alla triade capitolina la triade di Cerere, Libero e Libera<sup>183</sup>.

Dalla *sacrosanta potestas* deriva anche l'*obnuntiatio*<sup>184</sup>, grazie alla quale i tribuni possono impedire l'*agendi cum populo* e l'*agendi cum plebe*. Il tribuno, dunque, pur non essendo dotato di *auspicia*, può bloccare l'attività comiziale.

---

<sup>179</sup> C. M. A. RINOLFI, *Plebe, pontefice massimo, tribuni della plebe: a proposito di Liv. 3.54.5-14*, in *Ius Antiquum. Drevnee Pravo* 20, pp. 23-55 (anche in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, 5 (2006)).

<sup>180</sup> Sempre secondo Rinolfi (*ibidem*), Giove è la «divinità presente alla fondazione di Roma e che aveva acconsentito alla nascita della *civitas* e alla sua crescita attraverso gli *auspicia*».

<sup>181</sup> *Ibidem*.

<sup>182</sup> Nel 496 a.C., a Roma, per volere del dittatore Postumio Albino, fu votato un tempio in onore di tale triade e, in esso, si conservava l'archivio della plebe (Livio, *Ab Urbe condita*, 3, 55, 14: *institutum etiam ab iisdem consulibus ut senatusconsulta in aedem Cereris ad aediles plebis deferrentur*). A Cerere (corrispondente alla dea greca Demetra) venivano dedicati i cosiddetti *Ludi Ceriales*, la cui organizzazione spettava agli *aediles plebei*. Il Gioffredi sostiene che l'erezione del tempio di Cerere fosse in stretta connessione con le *frumentationes*, che risalgono a quel periodo (C. Gioffredi, *Il fondamento della "tribunicia potestas" e i procedimenti normativi dell'ordine plebeo ("sacrosanctum - lex sacrata - sacramentum")* in *SDHI*, I, 1945, p. 9).

<sup>183</sup> F. DE MARTINO, *La gens, lo Stato e le classi in Roma antica*, in *Studi Arangio-Ruiz* 4, Napoli, 1953, p. 40. Per quanto riguarda questo tema, Momigliano scrive che i plebei avevano organizzato «il loro centro religioso nel tempio di Cerere» (A. MOMIGLIANO, *Osservazioni sulla distinzione fra patrizi e plebei*, in *Les origines de la république romaine*, Vandœuvres-Genève 1967, p. 216).

<sup>184</sup> L'*obnuntiatio* consiste nella facoltà di annunciare al magistrato che presiedeva il comizio *auspicia* sfavorevoli. Questa opposizione divina si manifesta attraverso gli auspici, di cui sono note due categorie: *auspicia impetrativa* e *oblative*. La differenza principale risiede nel fondamento dei secondi, consistente nellamanifestazione spontanea dei segni divini, mentre per quanto riguarda i primi, essi sono espressamente sollecitati dall'auspicante. L'*obnuntiatio* opera come limite al potere comiziale sulla stessa onda dell'*intercessio*: entrambe devono essere effettuate personalmente e solo una volta che l'assemblea abbia avuto inizio, e presentano, al contempo, effetti proibitori e rescissori, a seconda che il magistrato aderisca o meno all'opposizione (G. NOCERA, in *Il potere dei comizi e i suoi limiti*, cit., p. 181, evidenzia il fondamento essenziale degli auspici *impetrativa* e degli auspici *oblative*, ricavandone importanti conseguenze. Gli auspici *impetrativa* hanno la loro base nella «*legum dictio* del magistrato», con la conseguenza che consentono un controllo esterno; i secondi hanno il loro fondamento nella «spontaneità dei segni divini», pertanto «sono lasciati alla valutazione esclusiva di colui

Infatti, a differenza dei magistrati repubblicani, i tribuni non sono dotati di *auspicia* e, pertanto, in base a quanto si evince dalle parole di Messala, teoricamente non potrebbero bloccare gli atti magistratuali, ma, in forza della loro *sacrosanctitas*, hanno il potere di *intercessio* verso tutti gli atti di qualsiasi magistrato romano, potendo in tal modo bloccarne l'attività.

A tal riguardo Mommsen sostiene che il potere intercessorio del *tribunus plebis* deriva dal fatto di essere dotato di una *potestas* maggiore rispetto a quella dei consoli (secondo un vero e proprio potere di cassazione) e che l'*intercessio* nei confronti dei colleghi tribuni è dovuta alla pari *potestas* di cui essi sono dotati<sup>185</sup>.

Tesi, questa, osteggiata da Herzog<sup>186</sup>, il quale non considera l'*intercessio* tribunizia come un potere di cassazione in quanto derivante da una *par maiorve potestas*, ma come limite generale al potere dei magistrati (patrizi).

Orbene, soltanto dopo decenni di aspre lotte, con le *leges Liciniae Sextiae* i plebei riescono ad accedere, al consolato, e, successivamente, con la *lex Ogulnia*, ai colleghi sacerdotali: i plebei cominciano quindi a ricoprire cariche che sino ad allora erano state riservate solo ai patrizi, in quanto dotati di *auspicia*, per mezzo dell'importantissima e primaria conquista, consistente nella *lex Canuleia*, che ora si capisce appieno come sia stata determinante, come una sorta di ariete, nel sistema giuridico-religioso romano.

Prima infatti i patrizi, come già ampiamente sostenuto, sono titolari del potere auspicale<sup>187</sup> e, pertanto, di *auctoritas* e *imperium*<sup>188</sup> e, con tali poteri, si 'contrappongono' alla *plebs* e al tribuno.

---

che li osserva», rendendo, in tal caso, meno agevole un controllo formale. Nonostante ciò, «la facile caratterizzazione di alcuni tra i segni oblativi ha portato alla fissità oggettiva dei medesimi, così che la loro presenza operi come causa certa di turbamento del negozio giuridico pubblico. È precisamente quel che è avvenuto con i *signa coelestia*, la cui osservazione da strumento generico dei rapporti con la divinità ne è divenuta strumento specifico non appena l'osservazione stessa è stata riconosciuta come un vincolo preminente dell'attività comiziale»). L'*obnuntiatio* esplica effetti religiosi e giuridici al tempo stesso, ponendosi come impedimento religioso ma anche come limite legale al potere comiziale, tanto che nell'anno 158 a. C. intervengono le *leges Aelia et Fufia* a regolare l'esercizio della medesima. Anche se talvolta citate unitamente, si tratta di due leggi diverse e distinte: la *lex Aelia* disciplinava l'esercizio della *obnuntiatio*, mentre la *lex Fufia* rafforzava il contenuto della prima stabilendo le relative sanzioni contro i suoi trasgressori: Secondo l'elenco cronologico ricostruito da G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, cit., la datazione delle leggi *Aelia* e *Fufia* dovrebbe risalire al 158 a. C.; cfr. Cic. *Pis.* 5,10 colloca le due leggi a distanza di circa cent'anni dalla *lex Clodia de iure et tempore legum rogandarum* che le abrogò: *Nondum quae feceris, sed quae fieri passus sis, dico. Neque vero multum interest, praesertim in consule, utrum ipse perniciosis legibus, improbis contionibus rem publicam vexet, an alios vexare patiatur. An potest ulla esse excusatio non dicam male sentienti, sed sedenti, cunctanti, dormienti in maximo rei publicae motu consuli? C prope annos legem Aeliam et Fufiam tenueramus, CCCC iudicium notionemque censoriam. Quas leges ausus est non nemo improbus, potuit quidem nemo convellere, quam potestatem minuire, quo minus de moribus nostris quinto quoque anno iudicaretur, nemo tam effuse petulans conatus est.* Vedasi ancora cfr. *p. red. in sen.* 5.11; *prov.* 19.46. Si ricorda poi che l'ultimo termine utile per esercitare la facoltà di *obnuntiatio* è «fino alla comunicazione dell'esito dello scrutinio», differenziandosi, sotto questo profilo, dall'istituto della *intercessio*: F. SERRAO, *Legge (diritto romano)*, in *ED*, 23, cit., p. 827.

<sup>185</sup> La teoria della "Kassation" in TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* I, cit., p. 253 ss.

<sup>186</sup> E. VON HERZOG, *Geschichte und System der römischen Staatsverfassung* I, cit., p. 598 ss.

Secondo Lobrano, solo l'*auctoritas* appare essere il potere per eccellenza dei patrizi<sup>189</sup>, cosicché essi «si contrappongono con l'*auctoritas* al *populus* nella sua interezza, e con gli *auspicia* alla *plebs*, cioè al 'resto' del *populus*»<sup>190</sup>. Essi non sembrano rivendicare, invece, la *potestas*<sup>191</sup>, «da cui titolarità per eccellenza spetta al *populus*»<sup>192</sup> intero.

Per Lobrano, nonostante vi siano svariati casi nei quali le due parole vengono indifferentemente impiegate e altri in cui appaiono come sinonimi<sup>193</sup>, *potestas* ed *imperium* sono due concetti distinti, indicanti due tipi di potere<sup>194</sup>. Egli conclude affermando che *imperium* indica un potere «raccolto e condensato in determinati centri o elementi del sistema religioso-giuridico, potere quindi non diffuso in

<sup>187</sup> Liv. 4. 6. 1: *interroganti tribuno, cur plebeium consulem fieri non oporteret, ut fortasse vere, sic parum utiliter in praesens certamen respondit, quod nemo plebeius auspicia haberet, ideoque decemviros conubium diremisit, ne incerta prole auspicia turbarentur. Plebes ad id maxime indignatione exarsit, quod auspicali tamquam invidi diis immortalibus negarentur posse.*

<sup>188</sup> Liv., 10. 8. 9: *Semper ista audita sunt eadem, penes vos [scl. patricios] auspicia esse, vos solos gentem habere, vos solos iustum imperium et auspiciam domi militiaeque.* Da notare l'espressione *imperium et auspiciam domi militiaeque*: gli *auspicia* sono strettamente e inscindibilmente collegati all'*imperium*, sia in tempo di pace (*domi*) sia in tempo di guerra (*militiaeque*). I magistrati dotati di *imperium* sono i consoli e i pretori, mentre i censori, che pure sono magistrati maggiori, ne sono sprovvisti.

<sup>189</sup> Lobrano, a tal proposito, scrive: «La *auctoritas* è uno dei poteri attraverso i quali si svolge giuridicamente l'azione politica: *auctores* sono i *patres-patricii*» (G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., p. 146). L'autore si rifà ad un passo di Livio (6, 42, 10: *quia patricii se auctores futuros negabant, prope secessionem plebis res terribilesque alias minas civilium certaminum venit*) e di Gaio (*Inst.* 1, 3: *olim patricii dicebant, plebiscitiis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent*).

<sup>190</sup> Torna qui il concetto di parte-tutto nell'ambito del *populus* romano.

<sup>191</sup> Secondo Mommsen (*Römisches Staatsrecht* I, cit., p. 22 ss.), Rosenberg (*Imperium* in *RE* IX 2, cit., p. 1201 ss.), Arangio-Ruiz (*Storia del diritto romano*, cit., p. 31 ss.), von Lübtow (*Potestas* in *RE* XXII, 1, cit., p. 1044) e Kaser (*Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 36) sussiste «un rapporto tra *potestas* ed *imperium* come tra *genus* e *species*, per cui *potestas* sarebbe il generico potere magistratuale, mentre con *imperium* si indicherebbe il potere specifico dei magistrati superiori» e, perciò, *potestas* è il potere dei magistrati inferiori, come attestato da G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., p. 255. Lobrano (*ibidem*, pp. 256-257) individua inoltre un altro 'filone' di autori, i quali conferiscono un particolare significato al termine *potestas*: Lange (*Römische Altertümer*, cit., p. 265-302) la riferisce «alla gestione delle istituzioni comunitarie di tipo familiare e gentilizio (quale, ad esempio, lo sfruttamento dell'*ager publicus*), mentre l'*imperium*, come più specifico potere pubblico si sarebbe, invece, rivolto ai *cives uti singuli* (così, ad esempio, nel caso della *coercitio*)»; Kuntze, partendo dall'assunto che l'*auspiciam* sia inerente alla *potestas*, considera quest'ultima come un concetto di origine e natura diversi da quelli di *imperium* (J. F. KUNTZE, *Prolegomena zur geschichte Rom's : oraculum, auspiciam, templum, regnum* Leipzig, 1882, p. 66 e 206 ss.); Karlowa (*Römische Rechtsgeschichte* I, cit., p. 83 ss.) e Grosso (*Lezioni di storia del diritto romano*, cit., p. 168 ss.) «sottolineano la maggiore antichità di *potestas* rispetto all'*imperium*, sorto, quest'ultimo, con l'organizzazione centuriata e legato al comando militare». Lobrano continua affermando l'esistenza di una terza posizione, seguita da Radin (M. RADIN, *Imperium* in *Studi Riccobono* II, Palermo 1936, p. 24 ss.), secondo cui la *potestas* sarebbe stato il «potere di comando del *rex* sul *populus Romanus* in senso stretto, mentre con *imperium* si sarebbe designato il potere di comando, essenzialmente militare, del (*rex*-) *praetor* sulla *lega latina*».

<sup>192</sup> G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., p. 151.

<sup>193</sup> Caes. Gall. 7, 33, 3: *cum legger duo ex una familia ... magistratus creari vetarent ... Cotum imperium deponere coegit. Convictolitavem ... potestatem obtinere iussit.*

<sup>194</sup> La parola *imperium* viene usata nel senso di «comando, di potere o di ambito in cui quel comando-potere si esplica e che dalla esplicazione di tale comando-potere è individuato e qualificato». La parola *potestas*, come indicante 'potere', ha invece contorni più netti di *imperium* (G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., p. 268 ss.). Lobrano prosegue sostenendo che «il significato della radice indoeuropea di *potestas* sembra definibile piuttosto come "autonomia" anzi che come "comando": il potere come vitale e necessaria manifestazione dell'essere. Viceversa, *imperium* ha una connotazione antitetica nella identità, che lo contrassegna, tra potere ed azione. Si direbbe anzi che l'azione, il provvedere, l'ordinare siano prioritari e prevalenti: le caratteristiche dell'*imperium* si confanno alle esigenze di un esercito 'opolitico' il quale, a differenza dell'esercito 'eroico' manovra».

cui è presente - e con forte rilievo - l'aspetto della supremazia»<sup>195</sup>. Individua, inoltre, basandosi su un passo di Livio<sup>196</sup>, un collegamento tra «gli *auspicia* dei *patres-patricii* e l'*imperium*»<sup>197</sup>.

La *potestas*, invece, è un potere che «realizza il e si realizza sul titolare medesimo anzi che su altre persone» ed è diffusa, dal familiare al pubblico, «ovunque vi siano organizzazioni che non ripetono da altri il proprio 'essere'»<sup>198</sup>. L'*auctoritas*, invece, appare più come un potere di relazione, un potere cioè che necessita sempre di uno o più «antagonisti "su cui o contro di cui" esercitarsi»<sup>199</sup> e «ciò vale anche per l'*imperium*, ma, mentre questo ultimo risulta un potere direttamente impegnato nella azione per la quale è utilizzato, la *auctoritas* resta costantemente terza, dirigendo, invece, dall'esterno l'azione». Questo potere è attribuito ai *patres-patricii* (specificatamente al senato) ed è espressamente negato al *populus* (tutto) e alla sua *pars*, la plebe, tant'è che egli, sulla base di passi ciceroniani e liviani<sup>200</sup>, individua un collegamento «tra l'*auctoritas* e gli *auspicia* dei *patres-patricii*»<sup>201</sup>.

De Francisci mette in dubbio la possibilità di attribuire al termine *potestas* un contenuto giuridico specifico, in quanto tale termine, originariamente, avrebbe avuto il generico significato di potere e non si sarebbe discostato da *imperium*, mentre, successivamente, avrebbe indicato il potere dei magistrati privi di *imperium* (anche se, in realtà, non esiste nessun criterio distintivo tra quest'ultimo termine e *potestas*)<sup>202</sup>.

Quindi, i patrizi, dopo la caduta dell'ultimo re, hanno cercato di egemonizzare la comune organizzazione sociale del *populus* romano sovrapponendole la propria attraverso il loro potere auspicale e lo stesso tentativo viene fatto dai plebei attraverso la *sacrosancta potestas* attribuita al tribuno della

---

<sup>195</sup> G. Lobrano, *Il potere dei tribuni della plebe*, p. 273.

<sup>196</sup> Vedi *supra*.

<sup>197</sup> G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, pp. 149-150.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 285 ss.: l'autore afferma che i titolari della *potestas* sono gli Dei, il *populus* e i *patres familiae*. La *potestas* degli dei interviene nell'amministrazione della città (Cic. *Catil.* 3, 21: *banc urbem deorum immortalium nutu ac potestate administrari*). La *potestas* del *populus* «è *summa* ed abbraccia *omnes res*» (Liv. 4. 42. 7: *summa populi Romani protestatem esse*; Cic. *rep.* 3, 45: *esse in populi potestate omnia*).

<sup>199</sup> *Ibidem*, pp. 274-275: nella crisi dell'istituto della clientela e nel passaggio dai *patres* «dal ruolo di elementi portanti al ruolo di elementi portati della organizzazione sociale (il *populus*), mentre l'*auctoritas*, potere con il quale si interviene a condizionare e dirigere l'altrui operare, si presenta per essi come il potere ottimale, potere non soltanto da utilizzare ma, possibilmente, da monopolizzare», la *potestas* invece è meno adatta e così cessa di essere il potere dei nuovi *patres-patricii*.

<sup>200</sup> Cic. *dom.* 37 ss.: *Probate genus adoptionis ... iam patricius nemo relinquetur ... Ita populus Romanus brevi tempore neque regem sacrorum neque flamines nec salios habebit nec ex parte dimidia reliquos sacerdotes neque auctores centuriatorum et curiatorum comitiarum, auspiciaque populi Romani, si magistratus patricii creati non sint, intereant necesse est, quum interrex nullus sit, quod et ipsum patricium esse et a patricio prodi necesse est*; Liv. 6. 41. 7 ss.: *tollit ex civitate auspicia ... vulgo ergo pontifices, augures, sacrificuli reges creentur; cuiuslibet apicem dialem, dummodo homo sit, imponamus; tradamus ancilia, penetralia, deos deorumque curam, quibus negas est; non leges auspiciato ferantur; non magistratus creentur, nec centuriatis nec curiatis comitiis patres auctores fiant*.

<sup>201</sup> G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., p. 149.

<sup>202</sup> P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, cit., p. 324 ss.; ID., *Sintesi storica del diritto romano*, Roma, 1968, p. 107 ss.

plebe<sup>203</sup>, ma, mentre tra la *tribunicia potestas* di quest'ultimo e quella del *populus* non si ha un rapporto di conflitto, ciò invece caratterizza la relazione tra i *tribuni plebis* e i magistrati patrizi<sup>204</sup>.

Ne risulta dunque che emblema della strategia patrizia di imporre il proprio potere come quello del *populus* intero risultano essere proprio i magistrati, che possono essere scelti solo tra i *patres-patricii*: nel sistema giuridico-religioso romano, *potestas* e *imperium* spettano ai magistrati<sup>205</sup>, mentre l'*auctoritas* al senato. Gli *auspicia*, d'altro canto, costituiscono la formale e necessaria «garanzia dell'approvazione divina sulle intere investiture di potere e sui singoli atti in cui queste si estrinsecano»<sup>206</sup>.

Riprendendo il discorso di Messala<sup>207</sup>, si distinguono i magistrati maggiori (sulla base di *auspicia maiora*), quali i consoli, i pretori e i censori, da quelli minori (*auspicia minora*): è naturale che non vengano menzionati i tribuni della plebe, che non sono magistrati.

La *plebs*, non essendo dotata di *auspicia*, è assolutamente esclusa dalla possibilità di accedere a cariche dotate di *imperium*<sup>208</sup>, men che meno può accedere al senato. Con la *secessio* del 494 a.C. e la 'creazione' del tribuno, i plebei trovano il modo però di contrastare l'assoluta egemonia dei magistrati patrizi, mentre solo dopo la *lex Canuleia* possono accedere alle magistrature.

Nonostante le varie tesi relative al tribuno della plebe come magistratura o meno<sup>209</sup>, il tribuno è indiscutibilmente dotato di *potestas*, una *potestas sacrosancta*, in quanto fondata sul giuramento plebeo, «diversa ed anzi in conflitto ed a detrimento della, per così dire, 'importanza' degli *auspicia*»<sup>210</sup>.

Ed è proprio attraverso questa *sacrosancta potestas*, mediante questo sistema contrapposto quasi specularmente (dal punto di vista religioso), che i plebei cercano una 'nuova integrazione' nel *populus* romano. Lobrano sostiene che il rapporto tra le varie *potestates* è di natura proibitoria: ogni titolare di *potestas* può «vietare, impedire determinate o addirittura tutte le azioni ad un altro titolare di *potestas* pari o minore: non può, invece, se non indirettamente, imporgli dei comportamenti. In questi termini si

---

<sup>203</sup> G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, p. 276.

<sup>204</sup> Lobrano afferma ciò basandosi su un passo di Livio (Liv. 5. 9. 7: *gauderent patres sine tribuniciae potestatis terriculis inventam aliam vim maiorem ad coercendos magistratus*). Il tribuno della plebe «esclusivamente titolare di *potestas* è anche l'istituto nel quale la *potestas* trova, durante l'intero arco della storia repubblicana, la massima espressione» (*Ibidem*, p. 297).

<sup>205</sup> A tal proposito si riprenda in considerazione Festo, s.v. '*cum imperio*' e '*cum potestate*' (ed. Lindsay), p. 43: *Cum imperio est dicebatur apud antiquos, cui nominatim a populo dabatur imperium. Cum potestate est dicebatur de eo, qui a populo alicui negotio praeferebatur*. Quindi, dalle parole di Festo, si ricava che è *cum imperio* colui al quale veniva dato nominativamente l'*imperium* dal popolo, mentre è *cum potestate* chi viene preposto dal popolo ad un qualche affare.

<sup>206</sup> G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, p. 300.

<sup>207</sup> Vedasi *supra*. Sul tema si veda anche F. VALLOCCHIA, *Sacerdozio, magistratura e popolo*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, cit., pp. 1-11, ID. *Peuple, sacerdoce, magistrature*, in AA.VV., *Pouvoir civil et pouvoir religieux. Entre conjonction et opposition* (sous la direction de J. Bouineau), cit., pp. 65-78, ID. *Sacerdoti e magistrati nel diritto pubblico romano*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, cit., pp. 1-15.

<sup>208</sup> Il censore, magistrato maggiore, non ha l'*imperium*, ma ha gli *auspicia maiora*.

<sup>209</sup> Vedasi *supra*.

<sup>210</sup> G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., p. 276.

manifesta la *maior vis ad coercendos magistratus* dei *tribuni plebis* dotati esclusivamente di *potestas* e, tra tribuni medesimi, *potentior est qui intercedit*<sup>211</sup>.

Tale assunto si ricollega alla tesi di Mommsen<sup>212</sup>, secondo la quale il tribuno è dotato di una *par maiorve potestas*, ossia di una *potestas* maggiore, grazie alla quale può esercitare il suo potere di *intercessio* contro gli atti posti in essere da chi sia provvisto di una uguale o minore *potestas* (ad esempio i consoli).

Nel momento dell'«acquisto» dell'*auctoritas* da parte dei *patres-patricii*, la *potestas* viene «dequalificata»<sup>213</sup>, ma, con il tribuno della plebe e la sua *sacrosanctitas*, riacquista valore.

I tribuni non sono solo dotati di *intercessio*, ma anche del potere positivo di «iniziativa legislativa»; la *potestas* di cui sono dotati conferisce loro anche il potere di irrogare multe, di processare magistrati e, come si è visto, sotto il profilo «negativo», di bloccare l'attività comiziale attraverso l'*obnuntiatio*.

Da questa serie di poteri che caratterizzano il tribuno, si evince che è strategia della *plebs* quella di «utilizzare, valorizzare ed infine reimporre proprio quegli strumenti di organizzazione sociale tra i quali centrale è la *potestas* (*tribunicia potestas*, ma anche *potestas populi* e *patria potestas*), che la parte contrapposta dei *patres-patricii* aveva, nel corso del proprio «progresso», scartato»<sup>214</sup>. In altre parole, la plebe «combatte» i *patres-patricii* utilizzando gli strumenti giuridico-religiosi già messi a disposizione nel sistema romano (quindi non li istituisce *ex novo*) proprio dai patrizi, «creando» istituti in grado di avanzare le sue richieste (poteri «positivi» del tribuno) e di proteggerla (poteri «negativi») dagli atti dei magistrati *patricii*.

Per chiudere, la portata conflittuale del tribuno (emblema e spirito di una lotta continua volta alla difesa e alla crescita non solo di una parte del popolo, ma di tutta la *civitas*<sup>215</sup>) è ammessa anche da Cicerone, che di certo non guarda con simpatia alla *tribunicia potestas*: l'Arpinate ne dà un giudizio negativo, tanto da ritenerla, nel suo dialogo con il fratello Quinto, *pestifera*<sup>216</sup>, in quanto nata nella rivolta e per la rivolta (*in seditione et ad seditionem nata sit*) e, in un altro passo del *De legibus*, eccessiva<sup>217</sup>; l'oratore prosegue, però, sostenendo che, vista la maggiore ferocia della violenza del popolo, quest'ultima è «più moderata» se il popolo stesso ha una guida. Un mezzo di lotta, vivacissimo, nato da un «conflitto», risolto mediante la generazione ripetuta di «conflitti», direi io.

---

<sup>211</sup> *Ibidem*, pp. 309-310.

<sup>212</sup> TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* I, cit., p. 268 ss.

<sup>213</sup> Dequalificazione di cui aspetto indubbiamente importante, secondo Lobrano (*Il potere dei tribuni della plebe*, cit., p. 306), è «l'avvento dell'*imperium* (l'*imperium* tende infatti a collocarsi al vertice di una gerarchia di poteri)».

<sup>214</sup> G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., p. 308.

<sup>215</sup> Vedasi il § 1 del primo capitolo.

<sup>216</sup> Cic., *leg.*, 3. 8. 19: *Quintus: At mehercule ego, frater, quaero, de ista potestate quid sentias. Nam mihi quidam pestifera videtur, quippe quae in seditione et ad seditionem nata sit. Cuius primum ortum si recordari volumus, inter arma civium et occupatis et obsessis urbis locis procreatum videmus.*

<sup>217</sup> Cic. *leg.* 3. 23: *Nimia potestas est tribunorum plebis. Quis negat? sed vis populi multo saevior multoque vehementior, quae, duces quod habet, interdum levior est, quam si nullum haberet.*

Dopo aver esaminato i vari 'conflitti' costituzionali tra poteri giuridici e religiosi, concentrandomi ampiamente sulle diversità dei fondamenti del potere, chiarendo quindi le conseguenze gerarchiche nei rapporti tra magistrati, e tra magistrati e tribuni della plebe, mi concentro ora sull'esame del funzionamento del collegio tribunizio.

In particolare si discute se i tribuni decidano all'unanimità o a maggioranza<sup>218</sup>.

A sostegno della tesi dell'unanimità del funzionamento del collegio tribunizio il seguente passo di Livio:

Liv. 2.44.2: *Et hic annus tribunum auctorem legis agrariae habuit. Tib. Pontificius fuit. Is eandem viam, velut processisset Sp. Licinio, ingressus dilectum paulisper impediit. Perturbatis iterum patribus Ap. Claudius victam tribuniciam potestatem dicere priore anno, in praesentia re, exemplo in perpetuum, quando inventum sit suis ipsam viribus dissolui. Neque enim unquam defuturum qui et ex collega victoriam sibi et gratiam melioris partis bono publico velit quaesitam; et plures, si pluribus opus sit, tribunos ad auxilium consulum paratos fore, et unum vel adversus omnes satis esse. Darent modo et consules et primores patrum operam ut, si minus omnes, aliquos tamen ex tribunis rei publicae ac senatus conciliarent.*

Sembra chiaro da questa fonte, che narra un episodio dell'anno 480 a.C., che basta 'guadagnare' una piccola parte dei tribuni per bloccare e paralizzare l'azione del collegio, così come testimoniato da altre fonti<sup>219</sup>, in particolare:

Liv. 5.29.6: *Dies dicta erat tribunis plebis biennii superioris A. Verginio et Q. Pomponio, quos defendi patrum consensu ad fidem senatus pertinebat; neque enim eos aut vitae ullo crimine alio aut gesti magistratus quisquam arguebat praeterquam quod gratificantes patribus rogationi tribuniciae intercessissent.*

Liv. 10.37.12: *Inde inter tribunos plebis contentio orta; pars intercessuros ne novo exemplo triumpharet aiebat, pars auxilio se adversus collegas triumphanti futuros. Iactata res ad populum est*

---

<sup>218</sup> Per la storiografia sulle due diverse posizioni rimando a F. FABBRINI, voce "Tribuni plebis" in *NNDI* vol. XIX, cit., p. 799.

<sup>219</sup> Tra cui il discussissimo passo di Dionys. 10.31, sul quale F. FABBRINI, voce "Tribuni plebis" in *NNDI* vol. XIX, cit., p. 799, alla nota 1 scrive: «Il brano, da molti portato a sostegno dell'ipotesi delle delibere all'unanimità, è invece un'esplicita testimonianza che all'interno del collegio tribunizio le decisioni venivano prese a maggioranza. Dionigi infatti, riferendo del giuramento avvenuto fra i tribuni nel 456 a. Cr. (che tutti si adeguassero alle decisioni dei più) sottolinea che i tribuni avevano convenuto fra loro fin dal principio che si tenesse per valido ciò che la maggioranza avesse deciso. Dal contesto del brano si può ricavare questo orientamento del collegio tribunizio: a) l'azione isolata di un tribuno può essere fermata anche da uno solo degli altri tribuni (principio del veto tra pari numero dei tribuni: ricorda la *par potestas plus valet* delle magistrature romane); b) se vi è una decisione collegiale, vale la delibera della maggioranza: e a tale delibera nessuno dei tribuni (è detto esplicitamente) può opporsi (principio maggioritario, con esclusione del principio del veto)».

*vocatusque eo consul cum M. Horatium L. Valerium consules, C. Marcium Rutulum nuper, patrem eius qui tunc censor esset, non ex auctoritate senatus sed iussu populi triumphasse diceret, adiciebat se quoque laturum fuisse ad populum, ni sciret mancipia nobilium, tribunos plebis, legem impedituros; voluntatem sibi ac fauorem consentientis populi pro omnibus iussis esse ac futura; posteroque die auxilio tribunorum plebis trium adversus intercessionem septem tribunorum et consensum senatus celebrante populo diem triumphavit.*

Liv. 25.3.15: *dies aduenisset conciliumque tam frequens plebis adesset ut multitudinem area Capitolii uix caperet, perorata causa una spes uidebatur esse si C. Seruilius Casca tribunus plebis, qui propinquus cognatusque Postumio erat, priusquam ad suffragium tribus uocarentur, intercessisset. testibus datis tribuni populum submouerunt sitellaque lata est ut sortirentur ubi Latini suffragium ferrent.*

Vero è che da questi fonti poche luci si aprono per la difesa del principio maggioritario, e nonostante vi sia chi considera il principio dell'unanimità un sistema che mal si concilia con «organo rivoluzionario, di cui la plebe si fida ciecamente e che ha bisogno di tutta la sua forza per poter agire»<sup>220</sup>, credo che l'unanimità, nel meccanismo dello *ius intercessionis* sia proprio l'emblema della forza garantista operata dal tribuno della plebe.

Ciò non toglie che i tribuni della plebe possano però anche agire a maggioranza. Si veda infatti il sistema previsto per la nomina del *tutor datus*:

*Epit. Ulp. 11.18: Lex Atilia iubet, mulieribus pupillisve non habentibus tutores dari a praetore et maiore parte tribunorum plebis, quos "tutores Atilianos" appellamus. Sed quia lex Atilia Romae tantum locum habet, lege Iulia et Titia prospectum est, ut in provinciis quoque similiter a praesidibus earum dentur tutores.*

Non credo sia un caso la presenza di un meccanismo decisionale diverso per un atto avente riflessi sullo *ius privatum*, anzi: il fatto che il collegio dimostri di poter conoscere il sistema della maggioranza è un'ulteriore conferma del ripudio dello stesso sistema per l'*intercessio*.

Da un lato l'esigenza pratica di assegnare un tutore, con un sistema collegiale teso a dar luogo ad un atto 'positivo'; dall'altro l'esigenza costituzionale di difesa della *plebs* che deve esser la più ampia possibile.

---

<sup>220</sup> *Ibidem*, pp. 799-800.

Infine mi limito a segnalare quei particolari conflitti<sup>221</sup> che possono emergere anche per l'esercizio della 'repressione criminale'<sup>222</sup>: il conflitto in questo caso non riguarda tanto l'esercizio di un particolare potere, ma scaturisce dall'esigenza di delineare un collegio giudicante che sia il più 'neutro possibile' per l'accusato. A parte il conflitto che può instaurarsi nel caso in cui i postulanti siano più d'uno, risolto con la *divinatio*<sup>223</sup>, prendendo come punto di riferimento cronologico la tarda repubblica, il collegio (composto da un minimo di trenta membri fino ad un massimo di settantacinque) è composto per un terzo da senatori, per un terzo da cavalieri e per un terzo da *tribuni aerarii*, come sancito dalla *lex Aurelia iudiciaria*<sup>224</sup> del 70 a.C. e come confermato dalla *lex Pompeia*<sup>225</sup> del 55 a.C., finché una *lex Iulia* del 46 a.C. non affida il *munus iudicandi* ai soli senatori e cavalieri.

Ecco quindi la necessità di escogitare strumenti risolutivi di problematiche relative alla composizione delle giurie. Innanzitutto il sistema dell'*editio*, previsto dalla *lex Acilia repetundarum*<sup>226</sup>, poi la *sortitio* (solito strumento di risoluzione inconfutabile)<sup>227</sup>, e la eventuale *reiectio*<sup>228</sup>.

<sup>221</sup> Si ricordi che la presidenza per le *quaestiones* era affidata al pretore (o su sua indicazione, da un *quaesitor*), e ciò giustifica la breve analisi di detto conflitto sotto la categoria 'magistratus'.

<sup>222</sup> Da ricordare che «l'iniziativa della repressione spettava a qualunque privato cittadino, quale rappresentante dell'interesse pubblico (onde la qualifica di *iudicium publicum* attribuita dalle fonti» B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994, p. 201. Ciò è importante perché chiarisce la contitolarità (e la comunanza) dell'interesse pubblico nella repressione dei *crimina*, che data proprio la sua fondamentale importanza e il suo 'comune sentire' all'interno della *civitas* non può che essere rimessa, l'iniziativa, ad ogni singolo cittadino (proprio come si vedrà *infra* per le *res publicae*).

<sup>223</sup> B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, cit., p. 202.

<sup>224</sup> Ascon. *Pis.* P. 17 (ed. Clark); Ascon. *Corn.* P. 97 (ed. Clark); Ps. Ascon. P. 189 (ed. Stangl); Schol. Cic. Bob. P. 91, 94 (ed. Stangl); Cic. *Att.* 1.16.3.

<sup>225</sup> Ascon. *Pis.* P. 17 (ed. Clark); Cic. *Pis.* 39.94; Cic. *Phil.* 1.8.20. In realtà questa legge comunque stabilisce che nelle liste debbono essere inseriti i più ricchi di ogni classe.

<sup>226</sup> *FIRA I* p. 84 ss.; AA.VV. (a cura di) A. SCHIAVONE, *Storia giuridica di Roma*, cit., pp. 216-217: «Con la *lex Acilia* si approdò a un mutamento fondamentale nella concezione della natura delle *repetundae*, come evidentemente dimostrato dalla previsione di un preciso sistema sanzionatorio e da un procedimento non più tendenzialmente privatistico - com'era quello del *sacramentum* - ma apertamente pubblicistico. La presidenza della corte permanente fu affidata per la prima volta a un pretore specificamente dotato di tale competenza, il *praetor de pecuniis repetundis*, che andava ad affiancare il *praetor peregrinus* e l'*urbanus*. Egli era chiamato a redigere una lista di 450 giudici che (dopo la riforma operata dalla *lex Sempronia iudiciaria*, che sostituiva i cavalieri ai senatori in quel ruolo), sarebbero appartenuti all'ordine equestre. Da questa lista, di volta in volta, sarebbero stati selezionati i membri delle giurie che si sarebbero occupate dei processi iscritti a ruolo durante l'anno; lista dalla quale, in forza della *sortitio*, prima, e della *reiectio* operata dall'accusato poi, sarebbero stati estratti 50 nomi»; «è pacifico che la *lex Acilia de pecuniis repetundis* abbia rappresentato il prototipo delle leggi istitutive di *quaestiones publicae* delle quali si ha notizia nei decenni che corrono tra l'età graccana e quella di Silla».

<sup>227</sup> B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, cit., p. 202, nt. 162; AA.VV. (a cura di) A. SCHIAVONE, *Storia giuridica di Roma*, cit., p. 217, 221.

<sup>228</sup> Cic. *Planc.* 36: *sed aliquando veniamus ad causam. in qua tu nomine legis Liciniae, quae est de sodaliciis, omnis ambitus leges complexus es; neque enim quicquam aliud in hac lege nisi editicios indices es secutus. quod genus iudicum si est aequum ulla in re nisi in hac tribuaria, non intellego quam ob rem senatus hoc uno in genere tribus edi voluerit ab accusatore neque eandem editionem transtulerit in ceteras causas, de ipso denique ambitu reiectionem fieri voluerit iudicum alternorum, cumque nullum genus acerbitatis praetermitteret, hoc tamen unum praeterendum putarit.* Sul tema: E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, Bologna 1927, p. 138.

## 4. *Leges*

Per quanto attiene alle *leges*, i conflitti selezionati vertono su due temi ben delineati e specifici: il primo riguarda strettamente le procedure decisionali per l'espressione della volontà del popolo nelle assemblee a ciò predisposte, il secondo concerne invece la risoluzione del conflitto tra atti derivanti da diverse parti del popolo - le *leges* e i *plebiscita* - sotto il profilo della - prima diversa, poi eguale - vincolatività.

L'esistenza di quattro forme di assemblee comiziali per la riunione del popolo romano è testimoniata sinteticamente da Gellio:

Gell. 15.27.4-5: *In eodem Laeli Felicis libro haec scripta sunt: "Is qui non universum populum, sed partem aliquam adesse iubet, non 'comitia,' sed 'concilium' edicere debet. Tribuni autem neque advocant patricios neque ad eos referre ulla de re possunt. Ita ne 'leges' quidem proprie, sed 'plebiscita' appellantur quae tribunis plebis ferentibus accepta sunt, quibus rogationibus ante patricii non tenebantur, donec Q. Hortensius dictator legem tulit, ut eo iure quod plebs statuisset omnes Quirites tenerentur."* Item *n eodem libro hoc scriptum est: "Cum ex generibus hominum suffragium feratur, 'curiata' comitia esse, cum ex censu et aetate 'centuriata,' cum ex regionibus et locis, 'tributa'; centuriata autem comitia intra pomerium fieri nefas esse, quia exercitum extra urbem imperari oporteat, intra urbem imperari ius non sit.*

Il popolo dà quindi vita alla sua concretezza riunendosi, sotto un profilo 'dinamico'<sup>229</sup> in quattro distinti tipi di assemblee, in tre (*comitia curiata*, *centuriata* e *tributa*) nella sua interezza, nel quarto (*concilia plebis tributa*) vede riunirsi la sola plebe.

---

<sup>229</sup> Credo sia definire comunque alla stessa maniera l'attività del popolo nelle *contiones*, che sia pur non aventi fini deliberativi, vedono il popolo partecipare attivamente alla *res publica*; Fest. s.v. 'Contio' 38.4-5 ed. Müller = 30.19-20 ed. Lindsay: *contio significat conventum, non tamen alium, quam eum, qui a magistratu vel a sacerdote publico per praeconem convocatur*. Con questo termine si indica «qualsiasivoglia adunanza di popolo si tenga sotto la direzione e per invito di un magistrato, senza però che il populus romanus nella sua unità sia chiamato a deliberare» (F. GRELLE, voce "Contio", in NNDI, Torino 1959, p. 407). Gell.13.16.1-3: *Item verba eiusdem Messalae disserentis aliud esse ad populum loqui, aliud cum populo agere; et qui magistratus a quibus avocent comitiatum. Idem Messala in eodem libro de minoribus magistratibus ita scripsit: "Consul ab omnibus magistratibus et comitiatum et contionem avocare potest. Praetor et comitiatum et contionem usquequaque avocare potest nisi a consule. Minores magistratus nusquam nec comitiatum nec contionem avocare possunt. Ea re, qui eorum primus vocat ad comitiatum, is recte agit, quia bifariam cum populo agi non potest nec avocare alius alii potest. Sed si contionem habere volunt, uti ne cum populo agant, quamvis multi magistratus simul contionem habere possunt". Ex his verbis Messalae manifestum est aliud esse "cum populo agere", aliud "contionem habere". Nam "cum populo agere" est rogare quid populum, quod suffragiis suis aut tibeat aut vetet, "contionem" autem "habere" est verba facere ad populum sine ulla rogatione*. Tale adunanza si svolgeva alla presenza del pubblico banditore ed era convocata (conventionem habere) dal magistrato o dal pontefice massimo. La differenza fondamentale tra i *comitia* e le *contiones* consiste, dunque, nell'essere quest'ultime assemblee non organizzate, cioè non strutturate né per centurie, né per tribù. In esse il popolo si riuniva per svolgere determinate attività (discutere problemi della comunità, assistere ad un'esecuzione o a una cerimonia religiosa) ma mai per votare. Proprio per questo motivo, le *contiones* erano prive di un'organizzazione e il popolo vi partecipava in

Il sistema romano prevede dunque che il singolo cittadino voti nell'unità in cui appartiene, nella sola curia in origine, nella centuria divisa in classe poi<sup>230</sup>, e nella tribù infine<sup>231</sup>: non cambia però il meccanismo per il quale si perviene al raggiungimento del risultato, poiché il computo avviene per singole unità.

Se è vero che il criterio della maggioranza viene adoperato e per i comizi legislativi e per i comizi elettorali, per questi ultimi vi sono ulteriori complicazioni di cui tener conto, poiché il cittadino è spesso chiamato a non eleggere un solo magistrato, come sappiamo, ma più di uno. In qualsivoglia modo si imposti la problematica<sup>232</sup>, è necessario, per avere un positivo e certo risultato elettorale in relazione al numero dei candidati ed in rapporto al numero dei posti da coprire, il raggiungimento, da parte di questi, della maggioranza assoluta di voti nelle rispettive unità; per raggiungere questo risultato quindi: vi deve essere un numero di tanti candidati quanti sono i posti da coprire; in ogni singola unità di voto ciascun candidato è chiamato a votare per un numero di candidati quanti sono i posti da coprire; inoltre per avere certezza che si raggiunga la maggioranza assoluta di voti, calcolata sulla base delle singole unità, il numero dei candidati deve essere inferiore ai posti da coprire; infine, vien da sé che la struttura dei comizi elettorali privilegia dunque unità di voto dispari per conseguire un utilitaristico vantaggio di natura squisitamente pratico-funzionale<sup>233</sup>.

---

modo confuso. F. GRELLI, voce "Comitia", in NNNDI, Torino 1957, p. 602 descrive le *contiones* come «folle che si assemblano, sia pur sotto la direzione di un magistrato, per discutere problemi di comune interesse, assistere ad un'esecuzione, essere spettatrici di una cerimonia religiosa». Quando convocate dal magistrato, in tali adunanze si compivano, ad esempio, gli atti preliminari all'approvazione di leggi (discussione della *rogatio*) o all'elezione dei magistrati (presentazione dei candidati alle cariche magistratuali). Si ricorda, come visto, che nelle *contiones* si svolgevano anche atti religiosi, e questo spiega la loro convocazione ad opera del pontefice massimo: ad esempio, il popolo era convocato nella *contio* per assistere alla scelta delle sacerdotesse Vestali.

<sup>230</sup> Cic. *rep.* 2.22.39: *deinde equitum magno numero ex omni populi summa separato, relicuum populum distribuit in quinque classis, senioresque a iunioribus divisit, easque ita disparavit ut suffragia non in multitudinis sed in locupletium potestate essent, curavitque, quod semper in re publica tenendum est, ne plurimum valeant plurimi. quae descriptio si esset ignota vobis, explicaretur a me; nunc rationem videtis esse talem, ut equitum centuriae cum sex suffragiis et prima classis, addita centuria quae ad summum usum urbis fabris tignariis est data, LXXXVIII centurias habeat; quibus e centum quattuor centuriis —tot enim reliquae sunt— octo solae si accesserunt, confecta est vis populi universa, reliquaque multo maior multitudo sex et nonaginta centuriarum neque excluderetur suffragiis, ne superbum esset, nec valeret nimis, ne esset periculosum.*

<sup>231</sup> Per quanto attiene alla derivazione delle modalità di espressione del voto nei comizi tributi come derivazione dall'antico sistema dei comizi curiati, si veda P. FRACCARO, *La procedura del voto nei comizi tributi romani* in *Atti della Reale Accademia delle scienze di Torino*, 49, 1913-1914, pp. 600-622 = ID., *Opuscula*, II, Pavia 1957, p. 235 ss.

<sup>232</sup> Sulla dura problematicità delle ricostruzioni, vedasi F. DE MARTINO, *Sui modi di votazione nelle assemblee romane*, in *Convivenza nella libertà: scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli 1999, pp. 465-480.

<sup>233</sup> Sul tema illuminante è il contributo di G. FORNI, *Considerazioni sui comizi romani*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, cl. lett.*, CVI, 1972, pp. 543-566 = ID., in *Scritti vari di storia, epigrafia e antichità romane*, a cura di M. G. ANGELI BERTINELLI, Roma 1994, pp. 29- 50. Lo stesso, a p. 50, definisce così il suo contributo: «Si tratta di osservazioni per lo più stravaganti rispetto alla maniera consueta di affrontare l'impegnativa problematica comiziale romana, ma che forse è valsa la pena di avventare mediante un'introspezione insolita, si direbbe metastorica. Esse sono esposte al rischio di non servire a nulla oppure di favorire a loro modo ed in certa misura l'intelligenza di ordinamenti, di eventi, e di testimonianze».

Se nelle fonti<sup>234</sup>, non si dimenticano casi sporadici in cui la volontà del popolo viene in qualche modo 'viziata' da accordi tra le parti in particolari momenti di difficoltà politiche<sup>235</sup> non si dimentichi che ciò attiene appunto ad episodi patologici, che a mio avviso nulla hanno a che vedere con difficoltà attinenti al dato procedural-decisionale; nell'esaminare oculatamente la procedura comiziale infatti, ancora una volta, si riscontra l'importanza della *sortitio*, che la si ritrova in più fasi procedurali.

Innanzitutto la *sortitio* nella procedura comiziale elettiva interviene come criterio dirimente per determinare, tra due candidati ottenenti pari voti nella singola unità, quello a cui assegnare il voto della singola unità stessa, nonché per individuare il candidato eletto nel caso in cui due o più persone ricevano la maggioranza assoluta di voti.

Premesso infatti che se in ogni singola unità votante sono considerati designati (per un numero corrispondente al totale dei posti da coprire) i candidati che hanno ricevuto la maggioranza relativa dei singoli suffragi per ciascuna unità di voto, può accadere che due o più candidati si trovino in una situazione di parità di voti ottenuti, per un numero (di candidati) maggiore rispetto a quello dei posti da ricoprire.

Ed allora una prescrizione contenuta nella rubrica 56 della *lex Malacitana*<sup>236</sup> risolve il 'conflitto' prevedendo nel caso di parità assoluta (considerando anche la parità per determinate condizioni di 'preferenza', come l'esser sposato, essere sposato ed avere figli, numero di questi ultimi<sup>237</sup>) il sorteggio tra i candidati interessati.

---

<sup>234</sup> Liv. 26.22.7 ss.: *Consules cum ambo Apuliam prouinciam haberent, minusque iam terroris a Poenis et Hannibale esset, sortiri iussi Apuliam Macedoniamque prouincias. Sulpicio Macedonia enenit isque Laenino successit. Fuluius Romam comitorum causa arcessitus cum comitia consulibus rogandis haberet, praerogativa Uoturia iuniorum T. Manlium Torquatum et T. Otacilium <consules dixit. cum ad Manlium>, qui praesens erat, gratulandi causa turba coiret, nec dubius esset consensus populi, magna circumfusis turba ad tribunal consulis uenit, petitque ut pauca sua uerba audiret centuriamque quae tulisset suffragium reuocari iuberet. erectis omnibus exspectatione quidnam postulaturus esset, oculorum ualitudinem excusauit: impudentem et gubernatorem et imperatorem esse qui, cum alienis oculis ei omnia agenda sint, postulet sibi aliorum capita ac fortunas committi; proinde si uideretur ei, redire in suffragium Uoturiam iuniorum iuberet et meminisse in consulibus creandis belli quod in Italia sit temporumque rei publicae; uixdum requiesse aures a strepitu et tumultu hostili, quo paucos ante menses cesserint prope moenia Romana. post haec cum centuria frequens succlamasset nihil se mutare sententiae eosdemque consules dicturos esse, tum Torquatus 'neque ego uestros' inquit 'mores consul ferre potero neque uos imperium meum. redite in suffragium et cogitate bellum Punicum in Italia et hostium duces Hannibalem esse.' tum centuria et auctoritate mota uiri et admirantium circa fremitu, petiit a consule ut Uoturiam seniorum citaret: nelle sese cum maioribus natu conloqui et ex auctoritate eorum consules dicere. citatis Uoturiae senioribus, datum secreto in Ouli cum iis conloquendi tempus. seniores de tribus consulendum dixerunt esse, duobus plenis iam honorum, Q. Fabio et M. Marcello, et si utique nouum aliquem aduersus Poenos consulem creari uellent, M. Ualerio Laenino; egregie aduersus Philippum regem terra marique rem gessisse. ita de tribus consultatione data, senioribus dimissis iuniores suffragium ineunt. M. Claudium, fulgentem tum Sicilia domita, et M. Ualerium absentes consules dixerunt. auctoritatem praerogatiuae omnes centuriae secutae sunt. eludant nunc antiqua mirantes: non equidem, si qua sit sapientium ciuitas quam docti fingunt magis quam norunt, aut principes grauiores temperantioresque a cupidine imperii aut multitudinem melius moratam censeam fieri posse. centuriam uero iuniorum seniores consulere uoluisse quibus imperium suffragio mandaret, uix ut ueri simile sit parentium quoque hoc saeculo uilis lenisque apud liberos auctoritas fecit. F. DE MARTINO, *Sui modi di votazione nelle assemblee romane*, cit., pp. 478-479, insiste su questa fonte per dimostrare la possibilità dell'accordo come strumento di risoluzione di difficoltà pratiche decisionali: in realtà mi sembra che qui prevalga il dato storico-politico.*

<sup>235</sup> Si è nel 211 a.C. durante la guerra annibalica.

<sup>236</sup> FIR I<sup>2</sup> 24 (= ILS 6089). Per la *lex Malacitana* si veda l'interpretazione e il commento di U. HALL, *Procedure in Roman Assemblies*, in *Historia* XIII (1964), p. 304 ss.

<sup>237</sup> Si veda G. FORNI, *Considerazioni sui comizi romani*, cit., p. 31.

E la stessa *lex Malacitana*, nella rubrica 57, prescrive il criterio del sorteggio tra i candidati, nel caso in cui con l'annuncio del voto nella singola unità di voto si raggiunga la maggioranza assoluta per più persone, sufficiente e necessaria per l'elezione, ma per un numero di candidati superiore a quello dei posti ancora disponibili, avendo prima riguardo sempre alle condizioni di 'preferenza' di cui sopra<sup>238</sup>.

Questi meccanismi di risoluzione riguardano tanto i comizi curiati, tanto i comizi tributi, nonché i comizi centuriati<sup>239</sup>.

Ma la *sortitio* interviene altresì come strumento procedurale che definirei 'organizzativo'. Nei comizi tributi di Roma, tanto per quelli elettorali quanto per quelli legislativi<sup>240</sup>, si fa ricorso alla *sortitio* per estrarre di volta in volta la tribù (romana) in cui debbono votare i coloni Latini, nonché per un breve periodo del II sec. a.C., la tribù urbana in cui debbono votare i liberti. Ed ancora nei comizi elettorali locali, secondo quanto previsto dalla *lex Malacitana* nella rubrica 53, si ricorre alla sorte per l'estrazione della curia in cui debbono votare gli *incolae*. Ciò mette in mostra come il cittadino romano a Roma e il cittadino nelle colonie e nei municipi (quindi il cittadino che vi appartiene per origine, per adozione, manomissione o per l'*adlectio inter cives* deliberata dall'*ordo decurionum*) gode sicuramente di un trattamento diverso dal punto di vista 'attivo' nei comizi rispetto a quello dei Latini in Roma e del cittadino romano o Latino domiciliato in una colonia o in un municipio, i quali esercitano il loro voto in una sola tribù o curia<sup>241</sup>. In questa struttura si evidenzia quindi una limitazione dal punto di vista del peso e dell'efficacia, per il voto del latino e dell'*incola*, rispetto a quello del cittadino. Si segua il seguente esempio: se il peso del voto del *civis* che vota in una delle tribù romane o in una curia locale (modellata sul sistema delle tribù) assieme ad altri nove *cives*, equivale ad un decimo del totale, il voto di un Latino o di un *incola* che vota con altri nove Latini o *incolae* in una tribù romana o in una curia locale composta anch'essa di 10 *cives*, vale un ventesimo del totale. Vero è che anche il voto del cittadino diminuisce nel suo peso relativo, e ciò per una necessità matematica all'interno della singola unità votante, in cui comunque il voto del singolo vale come quello di tutti gli altri, senza alcun tipo di differenziazione. E per raggiungere questo risultato, non fisso, ma che muta di volta in volta, in conformità ad una ragione aleatoria di distribuzione dei votanti, si ricorre alla *sortitio*. Potrebbe opinarsi che il ricorrere alla *sortitio* assume «un aspetto di giustizia aleatoria puramente formale»<sup>242</sup> considerando che le tribù di Roma non constano di un egual numero di potenziali votanti, visto che questi sono di certo più numerosi nelle tribù urbane rispetto a quelle rustiche e comunque più numerosi nelle nuove tribù rustiche che in quelle

---

<sup>238</sup> Per queste, peraltro le medesime previste nelle leggi marziali augustee, si veda in particolare U. HALL, *Procedure in Roman Assemblies*, cit., nonché G. FORNI, *Considerazioni sui comizi romani*, cit., p. 32.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 32; P. FRACCARO, *La procedura del voto nei comizi tributi romani*, cit. pp. 600-601.

<sup>240</sup> Di questa opinione TH. MOMMSEN, *Gesammelte Schriften*, Berlin 1905, p. 318; L. ROSS TAYLOR, *Roman voting assemblies: from the Hannibalic war to the dictatorship of Caesar*, cit., p. 79, p. 146 n. 46.

<sup>241</sup> Cfr.: G. H. STEVENSON, *Roman Provincial Administration*, Oxford 1949, p. 71.

<sup>242</sup> G. FORNI, *Considerazioni sui comizi romani*, cit., p. 49.

vecchie: a mio avviso un criterio differente, per esempio fisso per la 'collocazione' dei votanti, genererebbe storture assai più grandi del ricorso alla *divinatio* in cui si esplica la *sors*.

Non si dimentichi poi il ruolo della *sortitio* in un momento centrale della procedura comiziale: nel comizio centuriato viene infatti estratta a sorte la *centuria praerogativa*<sup>243</sup>, la quale viene chiamata a votare per prima e da sola.

Il valore attribuito al voto della prima centuria lo spiega, 'fattualmente', Cicerone:

Cic. *div.* 1.103: *Praerogativam etiam maiores omen iustorum comitorum esse voluerunt.*

Cic. *div.* 2.83: *tque his superstitionibus non dubitasti etiam omina adiungere: Aemilia Paulo Persam perisse, quod pater omen accepit; Caecilia se sororis filiae sedes suas tradere. Iam illa: "Favete linguis" et "praerogativam, omen comitorum"*

Il voto della prima centuria viene infatti annunciato prima che le altre centurie siano chiamate a votare: il fatto che sia designata dalla *sors* ne spiega il suo valore divino, e quindi il voto annunciato dalla prima centuria si dimostra determinante ai fini dell'orientamento delle centurie che vengono chiamate di seguito ad esprimere la propria volontà di voto:

Cic. *Planc.* 49: *vocatae tribus, latum suffragium, diribitae <tabellae>. longe plurimum valuit Plancius; nulla largitionis nec fuit nec esse potuit suspicio. ain tandem? una centuria praerogativa tantum habet auctoritatis ut nemo umquam prior eam tulerit quin renuntiatus sit aut eis ipsis comitiis consul aut certe in illum anum; aedilem tu Plancium factum esse miraris, in quo non exigua pars populi, sed universus populus voluntatem suam declararit, cuius in honore non unius tribus pars sed comitia tota comitiis fuerint praerogativa?*

La *sortitio* avviene fra le centurie degli *iuniores* della prima classe, e questo, a mio avviso, non può non essere considerato un tratto ancor più forte della poca 'democraticità' dei comizi centuriati, che non solo vede una struttura fortemente sbilanciata verso i più abbienti, ma garantisce l'andamento del voto con l'annuncio pubblico del voto della prima centuria, scelta proprio tra quelle dei più possidenti.

Anche nei comizi tributi legislativi la *sortitio* interviene: le tribù infatti vengono chiamate a votare una alla volta,<sup>244</sup> secondo un ordine che anche qui viene stabilito volta per volta tramite sorteggio. Si ha

---

<sup>243</sup> Cic. *Phil.* 2.82: *Sortitio prerogativae.*

anche qui l'immediato annuncio del risultato del voto della prima tribù chiamata a votare, a partire dal *principium*, cioè proprio il primo votante, come attestato nelle fonti<sup>245</sup>. Anche qui, sia pur meno influente del sistema della *centuria praerogativa*<sup>246</sup>, il voto della prima tribù non può non condizionare le successive, le quali sono chiamate a votare secondo un *ordo tribuum*, che stante l'assenza di fonti che possano aiutarci sul tema, può esser determinato da ulteriori *sortitiones*<sup>247</sup> o secondo l'*ordo* delle tribù scaturito dal primo sorteggio<sup>248</sup>. Qualunque sia la tesi che si decida di seguire, mi sembra evidente -e dimostrato- il ruolo centrale della *sortitio*, sia se ve ne siano ulteriori, sia se conti solamente la prima ai fini della composizione dell'*ordo tribuum*.

Infine la *sortitio* gioca un ruolo ancor più dirompente nei comizi tributi elettorali.

Nei comizi elettorali infatti le trentacinque tribù vengono chiamate a votare contemporaneamente, almeno a partire dal 139 a.C.<sup>249</sup>, e a scrutini svolti, per ciascuna tribù vengono preparati degli elenchi di nomi di tanti candidati ottenenti la maggioranza relativa dei suffragi relativi all'interno della singola tribù, quanti sono i posti da ricoprire; compiute siffatte operazioni il presidente annuncia i risultati per ogni singola tribù seguendo l'ordine delle tribù determinato da una *sortitio*. Orbene, una volta che un candidato ha raggiunto, secondo l'ordine degli annunci, la maggioranza assoluta tra le tribù, quindi per un totale di diciotto su trentacinque, questo procede al giuramento dell'osservanza delle leggi essendo dichiarato subito eletto: non appena vengono proclamati tutti gli eletti per i posti da ricoprire, l'adunanza viene sciolta, senza procedere alla proclamazione dei voti delle restanti tribù, i cui voti sono stati appunto scrutinati, ma non vengono annunciati, stante l'inutilità degli stessi annunci, essendosi la maggioranza assoluta raggiunta. Mi sembra lapalissiana la rilevanza dell'importanza che la *sortitio* assume, perché può esser eletto un candidato che se pur ha raggiunto la maggioranza assoluta delle tribù non è detto che questo abbia ricevuto il maggior numero di voti delle tribù totali, e non delle sole tribù i cui risultati sono stati annunciati. Ben può darsi, infatti, che un altro candidato, il quale nel momento in cui il vincitore proclamato tale ha raggiunto la maggioranza assoluta, ha di certo meno voti a suo favore (non avendo egli raggiunto la maggioranza), ma non è dato sapersi se egli ha ricevuto sul totale di trentacinque tribù un maggior numero di voti rispetto all'altro. Ma ciò che affermo non è che

---

<sup>244</sup> Seguo le tesi di G. FORNI, *Considerazioni sui comizi romani*, cit., p. 34; U. HALL, *Procedure in Roman Assemblies*, cit., p. 276 ss.; P. FRACCARO, *La procedura del voto nei comizi tributi romani*, cit.; L. ROSS TAYLOR, *Roman voting assemblies: from the Hannibalic war to the dictatorship of Caesar*, cit., p. 128 nt. 26.

<sup>245</sup> Si veda esemplarmente il testo della *lex Quinctia de aquaeductibus*: FIR4, I, p. 152.

<sup>246</sup> Per una compiuta ricostruzione del tema, con puntuale disamina delle varie tesi, vedasi C. MEIER, v. *Praerogativa centuria*, in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, Suppl. VIII, 1956, pp. 567-598.

<sup>247</sup> G. FORNI, *Considerazioni sui comizi romani*, cit., p. 34; L. ROSS TAYLOR, *Roman voting assemblies: from the Hannibalic war to the dictatorship of Caesar*, cit., p. 77

<sup>248</sup> Per questa tesi: F. DE MARTINO, *Sui modi di votazione nelle assemblee romane*, cit., p. 478; E. S. STAVELEY, *Greek and Roman Voting and Elections*, London 1972, p. 156, p. 158.

<sup>249</sup> P. FRACCARO, *La procedura del voto nei comizi tributi romani*, cit., p. 619.

un criterio alternativo a quello seguito, che sicuramente ha una logica, sia pur ampiamente criticabile<sup>250</sup>, ma pur certo un criterio valido -in questo caso- per l'elezione.

Esaminati gli interventi della *sortitio* nelle procedure comiziali, non posso non rimarcare quanto la componente religiosa investa tutta la procedura, non solo quindi nel momento dell'attuazione e della continuazione del comizio secondo i riti auspicali, ma anche nel momento centrale dello svolgimento: interviene come si è visto per la formazione stessa dei comizi chiamati ad indicare la 'preferenza' per il pontefice massimo o per i sacerdoti organizzati in collegi, per risolvere problematiche compositive nella distribuzione di persone aventi diritto al voto (Latini, liberti o *incolae*), nonché assurge a criterio, se non dimostrabile sostanzialmente, ma sicuramente dal punto di vista formale, organizzativo per l'espletamento delle procedure di voto (*centuria praerogativa* per i comizi centuriati e *principium* per i comizi tributi legislativi) e delle procedure relative all'elezione (parità di risultati fra più candidati) e alla proclamazione dei risultati (ordine da seguire nell'annuncio dei voti nei comizi tributi elettorali).

Si affronta ora il 'conflitto' tra *leges* e *plebiscita*, ossia tra atti derivanti da tutto il popolo (le leggi) e atti derivanti da una sola parte del popolo (la plebe), con riferimento alla soluzione finale dell'*exequatio legibus* dei plebisciti, che non può non pervenire dall'intervento della legge, unico atto in principio utile a vincolare tutto il popolo romano: solo con tale strumento, a ben guardare, si può dare ad un atto diverso l'effetto proprio della legge stessa.

La tradizione giuridica romana presenta tre distinte e successive leggi mediante le quali si perviene alla equiparazione dei plebisciti alle leggi: la *lex Valeria Horatia* del 449 a.C., la quale avrebbe stabilito «*ut quod tributim plebes iussisset, omnes Quirites teneret*»<sup>251</sup>; la *lex Publilia Philonis* del 339 a.C. che avrebbe disposto «*ut plebiscita omnes Quirites tenerent*»<sup>252</sup>, e la *lex Hortensia* del 286 a.C. che avrebbe sancito «*ut plebiscita universum populum tenerent*»<sup>253</sup>. Sulla successione di queste leggi e sul significato del loro avvicinarsi la dottrina ha discusso non poco<sup>254</sup>, ma è orientata nel senso di «ripudiare la leggenda»<sup>255</sup> della validità sul tema della *lex Valeria Horatia de plebiscitis*<sup>256</sup>, insistendo sulla tesi per la quale la *lex*

<sup>250</sup> Si vedano infatti le forti critiche di F. DE MARTINO, *Sui modi di votazione nelle assemblee romane*, cit., pp. 478-479.

<sup>251</sup> Liv. 3.5.3

<sup>252</sup> Liv. 8.12.15

<sup>253</sup> Gai. 1.3; Plin. 16.37; Pomp. D. 1.2.2.8; Gell. 15.27.4

<sup>254</sup> Si veda, anche per la storiografia sul tema, A. BISCARDI, «*Auctoritas patrum*» in *BIDR* 48 (1942) p. 464 ss.

<sup>255</sup> A. GUARINO, *L'«exequatio legibus» dei «plebiscita»*, in *Festschrift Schulz* 1 (1951), p. 458 ss.

<sup>256</sup> Poiché su questa non mi dilungherò, riporto la chiosa di A. GUARINO, *L'«exequatio legibus» dei «plebiscita»*, p. 243: «Bisogna concludere, io penso, che tutte e tre le famose *leges Valeriae Horatae* del 449 a.C. (sia quella *de tribunicia potestate*, sia quella *de plebiscitis*, sia quella *de provocatione*) siano frutto di anticipazioni storiche, le quali, tuttavia, ritraggono non inesattamente alcuni avvenimenti politico-sociali, ma non giuridici, effettivamente verificatisi intorno alla metà del sec. V a.C. Ed in particolare, la tradizione sulla *lex de tribunicia potestate* e quella *de plebiscitis* mi par corrispondere a questo nocciolo di verità: che ormai, dopo il primo successo politico, conseguito attraverso l'«octroi» delle *leges XII tabularum*, la *plebs*, mediante le sue deliberazioni consiliari, era in grado di mettere i capi patrizi della *civitas* nella necessità pratica di tollerarne i rappresentanti e di adottare, addirittura, deliberazioni conformi ai *plebiscita*, onde evitare il peggio della sua sollecita insurrezione. Epperò può sottoscrivere che sin dalla seconda metà del sec. V a.C. fu posto sul tappeto, seppur

*Hortensia* sancisce la piena e completa equiparazione dei plebisciti alle leggi, mentre la *lex Publilia* statuisce che i plebisciti, affinché possano vincolare tutto il popolo, necessitano dell'*auctoritas patrum*.

Vero è che le premesse giuridiche già si erano create nel quadro delle vicende del V sec. a.C., ma sarebbe da escludere la storicità della *lex Valeria Horatia de plebiscitis* così come la *lex Publilia Philonis* non andò oltre al principio secondo il quale il popolo romano nella sua interezza fosse vincolato soltanto a stabilire che i magistrati maggiori deferissero all'approvazione dei comizi le deliberazioni della sola plebe, con il regolare avallo (o meno) dell'*auctoritas patrum*: solo con la *lex Hortensia*, si perviene alla equiparazione delle leggi ai plebisciti, perché solo questa interviene propriamente sul tema.

E se questa è la soluzione, ci si chiede però se la stessa *lex Hortensia* sia stata condizionata essa stessa dall'*auctoritas patrum*, come qualsivoglia tipo di *lex centuriata*: questa sicuramente sì, essendo la prima che estende la vincolatività dei plebisciti a tutto il popolo, ma si discute sulla preventiva *auctoritas patrum* rispetto ai successivi *plebiscita*. Mi sembra un problema di non poco conto nel gioco del conflitto tra patrizi e plebei e differenti loro deliberazioni: che i *plebiscita* «*legibus exaequata sunt*» non vuol dir di certo che siano d'ora in poi la stessa cosa, ma soltanto che hanno lo stesso valore giuridico: di guisa il ripudio dell'*auctoritas patrum* ne conclama la diversità, anche sotto il profilo della procedura relativa alla loro votazione<sup>257</sup>.

Si guardi infatti cosa dice Pomponio:

D. 1, 2, 2, 12 *Pomp. l. s. enchirid.*: *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum...*

L'*exaequatio* concerne dunque gli effetti, non la procedura, confermandone quindi la naturale diversità giuridica, essendo atti giuridici diversi sotto il profilo della loro derivazione.

Si ricordi poi che l'*auctoritas patrum* nasce nel V secolo a.C. per la convalida delle deliberazioni di comizi centuriati, ma già sul finire del IV sec. a.C., quando si accresce l'importanza di detti comizi, le *leges Publilia* e *Maenia* ne sanzionano il declino<sup>258</sup> e che per le delibere conseguenti alla *provocatio ad populum* la *lex Valeria de provocatione* del 300 a.C. la esclude<sup>259</sup>. Di conseguenza non può comprendersi

---

non ancora costituzionalmente risolto, il problema di dar valore giuridico ai deliberati della *plebs*, già politicamente così influenti».

<sup>257</sup> A. BISCARDI, «*Auctoritas patrum*», cit., p. 497 ss., sostiene invece la necessità dell'*auctoritas patrum* anche per i plebisciti.

<sup>258</sup> Liv. 8.12.15; Cic. *Brut.* 14.55.

<sup>259</sup> A. GUARINO, *La genesi storica dell' «auctoritas patrum»* in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli 1949, p. 21 ss.

come sia possibile la richiesta di un requisito per i *plebiscita* non sempre applicato neanche per la deliberazioni dei comizi centuriati.

E neanche deve credersi che l'*auctoritas patrum* si richiedeva in tempi antecedenti alla *lex Hortensia* per mezzo dell'intervento della *lex Publilia Philonis* ai fini della validità dei plebisciti come leggi<sup>260</sup>.

Si legga infatti Gaio:

Gai. 1, 3: *Lex est, quod populus iubet atque constituit. plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit. plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis et patriciis; plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur; unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent: itaque eo modo legibus exaequata sunt.*

Si deve dunque affermare che, sulla scorta di Gaio, prima della *lex Hortensia* del 287 a.C., ed anche dopo la *lex Publilia Philonis* del 339 a.C., i patrizi hanno sempre ritenuto di non esser vincolati dalle statuzioni contenute nei plebisciti, poiché non vi partecipavano alle votazioni: ciò dimostra che neanche la *lex Publilia* ha saputo, mediante l'istituto dell'*auctoritas patrum*, estendere l'efficacia dei plebisciti a tutto il popolo, sia che essa intervenisse direttamente o indirettamente, in maniera preventiva o successiva.

Ma è comunque vero che la *lex Publilia* si è occupata di *plebiscita*: da Appiano<sup>261</sup> si apprende che affinché i plebisciti avessero efficacia universale, era necessaria una preventiva *auctoritas patrum*, ma si badi, per una votazione che non si teneva nei *concilia plebis*. Ciò significa che questo voto proveniva dai *comitia centuriata*, con la dimostrazione che la *lex Publilia* statuì la necessaria conversione delle deliberazioni della plebe in proposte verso tutto il popolo, sottoponendole alla normale procedura comiziale, mediante *rogationes* magistratuali e il necessario suffragio o avallo dell'*auctoritas patrum*.

In definitiva il conflitto tra *leges* e *plebiscita* per far sì che i plebisciti possano vincolare tutto il popolo è sapientemente regolato come segue: l'estensione dell'efficacia delle deliberazioni della sola plebe viene stabilita con *lex (Hortensia)* perché solo la legge può vincolare tutto il popolo; si rispettano precipuamente i diversi schemi deliberativi, che continuano ad essere sistemi distinti e separati, coesistenti; non v'è bisogno di alcuna contaminazione nello schema deliberativo plebeo, che ne garantisca di volta in volta l'efficacia (l'*auctoritas patrum*), poiché l'estensione dell'efficacia è già stata stabilita una volta per tutte dalla *lex*.

---

<sup>260</sup> Di questo parere: A. BISCARDI, «*Auctoritas patrum*», cit., p. 476 ss.

<sup>261</sup> Appian., *bell. civ.* 1.59.266

## 5. *Senatusconsulta*

Per quanto attiene alla materia delle deliberazioni del senato, mi concentro sul profilo tecnico dei meccanismi decisionali che portano all'approvazione dei *senatusconsulta*, andando a scandagliare quello che oggi potremmo definire come "regolamento interno"<sup>262</sup>.

Anche nel senato, vige il criterio decisionale della maggioranza:

Liv. 26.33.14: *L. Atilius tribunus plebis ex auctoritate senatus plebem in haec uerba rogauit: 'omnes Campani Atellani Calatini Sabatini qui se dederunt in arbitrium dicionemque populi Romani <Q.> Fulvio proconsuli, quosque una secum dedidere quaeque una secum dedidere agrum urbemque diuina humanaque utensiliaque siue quid aliud dederunt, de iis rebus quid fieri uelitis uos rogo, Quirites.' Plebes sic inssit: 'quod senatus iuratus, maxima pars, censeat, qui adsient, id uolumus iubemusque.'*

Sen. *dial.*, de v. b., 2: *Cum de beata vita agetur, non est, quod mihi illud discessionum more respondeas: "Haec pars maior esse uidetur."*

Per lo svolgimento dei lavori del senato, per tutto il periodo antecedente ad Augusto, manca un definito regolamento o statuto disciplinante minuziosamente l'attività interna, e molto probabilmente il presidente avrà seguito vecchie consuetudini, quelle che poi forse hanno ispirato la *lex Iulia de senatu habendo*, di cui se ne trova traccia in un libro di Terenzio Varrone, scritto per ordine di Pompeo, affinché si potesse conoscere *quid facere dicereque deberet cum senatum consulere*<sup>263</sup>.

Come si sa, i magistrati maggiori, sia ordinari o straordinari che siano, hanno il *ius agendi cum patribus*<sup>264</sup>, consistente nel potere di convocare e presiedere l'assemblea, che è pubblica (nel solo senso

<sup>262</sup> Quest'espressione compare nel titolo di una monografia, cui rimando per un'approfonditissima indagine storiografica sul ruolo del senato: A. ORMANNI, *Il «regolamento interno» del senato romano nel pensiero degli storici moderni sino a Theodor Mommsen. Contributo ad una storia della storiografia sul diritto pubblico romano*, Napoli 1990.

<sup>263</sup> Gell. 14.7.2: *Eum magistratum Pompeius cum initurus foret, quoniam per militiae tempora senatus habendi consulendique, rerum expers urbanarum fuit, M. Varronem, familiarem suum, rogavit uti commentarium faceret εἰσαγωγικόν—sic enim Varro ipse appellat—, ex quo disceret quid facere dicereque deberet, cum senatum consulere.*

<sup>264</sup> Gell. 14.7.4: *Primum ibi ponit qui fuerint per quos more maiorum senatus haberi soleret eosque nominat: "dictatorem, consules, praetores, tribunos plebi, interregem, praefectum urbi," neque alii praeter hos ius fuisse dixit facere senatusconsultum, quotiensque usus venisset ut omnes isti magistratus eodem tempore Romae essent, tum quo supra ordine scripti essent, qui eorum prior alius esset, ei potissimum senatus consulendi ius fuisse ait. Liv. 34.55: Principio anni quo L. Cornelius Q. Minucius consules fuerunt terrae motus ita crebri nuntiabantur ut non rei tantum ipsius sed feriarum quoque ob id indictarum homines taederet; nam neque senatus haberi neque res publica administrari poterat sacrificando expiandoque occupatis consulibus. Cic. ad. fam. 12.30.14: De sumptu, quem te in rem militarem facere et fecisse dicis, nihil sane possum tibi opulari, propterea quod et orbis est senatus consulibus amissis et incredibiles angustiae pecuniae publicae, quae conquiruntur undique, ut optime meritis militibus promissa solvantur, quod quidem fieri sine tributo posse non arbitror.*

che le porte rimangono aperte<sup>265</sup> ma non che tutti vi possano assistere) e si riunisce di solito nella *curia Hostilia*<sup>266</sup>.

Ricordo che il plebiscito Ovinio riforma completamente il sistema della *lectio senatus*, mentre prima di questo, con l'avvento della *libera res publica* la scelta dei senatori è passata dai re ai consoli - o comunque a magistrati straordinari dotati di *imperium consulare* derivante dalla *potestas consularis* come i dittatori, i *decemviri legibus scribundis* e i tribuni militari con potestà consolare. Con il plebiscito Ovinio, infatti, viene attribuito ai censori l'incarico di provvedere alla designazione dei senatori che vanno a ricoprire i posti rimasti vacanti nel lustrò precedente, con l'obbligo di selezionare per primi i magistrati *qui sella curula sederunt*: questi ultimi, peraltro, in attesa della *lectio* possono partecipare ai lavori del senato con lo *ius sententiae*<sup>267</sup>.

Innanzitutto, non vi sono nell'aula particolari postazioni riservate a gruppi o sezioni, poiché ognuno ha il diritto, e la libertà, di sedersi sopra qualsivoglia dei tanti *subsellia* che compongono un emiciclo<sup>268</sup>.

Per quanto attiene ai sistemi di votazione, la validità delle decisioni non richiede un *quorum*, ma in alcuni casi, invece, si richiede un preciso numero di intervenuti: infatti, di regola, il magistrato presidente non si cura degli assenti<sup>269</sup>, a meno che non sia prescritto un numero minimo di senatori da una precedente disposizione senatoria stessa o 'legislativa'. Si pensi infatti al numero di cento senatori che debbono essere presenti in curia per approvare deroghe al *senatusconsultum de Bacchanilibus*<sup>270</sup>, o al numero di centocinquanta per particolari decisioni in materia religiosa<sup>271</sup>, o ancora al numero di duecento per i casi di applicazione dello *ius solvendi legibus*, sì come previsto dal *plebiscitum Cornelium* del 67 a.C.<sup>272</sup>; in questi casi ciascun senatore ha facoltà di chiedere al presidente, con il termine *numera*, il conteggio e quindi la verifica dei presenti e del *quorum*<sup>273</sup>.

---

<sup>265</sup> Cic. *Phil.* 2.44.112: *Cur valvae Concordiae non patent?*

<sup>266</sup> Liv. 1.30: *Tullus Hostilius curiam fecit quae Hostilia usque ad patrum nostrorum aetatem appellata est.*

<sup>267</sup> Si veda per una ricostruzione storico-giuridica del plebiscito Ovinio: M. DE DOMINICIS, *Aspetti della vita parlamentare nell'antica Roma repubblicana e alcune questioni connesse*, in *Studi in onore di G. Grosso* I, cit., pp. 251-253

<sup>268</sup> Cic. *Cat.* 1.7.16, 2.6.12; *Phil.* 2.8.19, 5.7.18; Plut. *Cic.* 16, *Cat. Min.* 23; e sappiamo altresì che i senatori non occupavano per 'abitudine' lo stesso posto: Cic. *Cat.* 1.7.16; *ad Q. fr.* 1.14.3, Pis. 3.6;

<sup>269</sup> Cic. *Phil.* 1.5.11-12. Cicerone spesso si lamenta della mancata partecipazione dei senatori all'assemblea: Cic. *epist.* 12.2.3; 13.77.1; *ad Q. fr.* 2.6.5; 3.2.2; *ad Att.* 13.47.2.

<sup>270</sup> CIL, I, 43, 196: *Dum ne minus senatoribus C adessent [quom e] a res cosoleretur.*

<sup>271</sup> Liv. 42.118: *eodem die decrevit senatus, C. Popilius consul ludos per dies decem Ioni optumo maximo <fieri> uouerit donaque circa omnia puluinaria dari, <si> res publica decem annos in eodem statu fuisset. ita ut censuerant, in Capitolio uouit consul, ludos fieri donaque dari, quanta ex pecunia decresset senatus, cum centum et quinquaginta non minus adessent.*

<sup>272</sup> Ascon., *Cornel.* 59 (ed. Clark): *Nisi CC affuissent.*

<sup>273</sup> Fest. s.v. 'Numera' (170 M.): *Numera senatum ait quivis senator consuli quum impedimento vult esse quonimus faciat senatusconsultum... Si tot non sint senatores quo numero licet perscribi senatusconsultum; Cic. Att. 5.4.2: Ne quid ad senatum...numera; epist. 8.11.2: Et posset rem impedire, si ut numeraretur postulare.*

La partecipazione è comunque garantita e tutelata: lo dimostra che contro gli assenti che non abbiano un giustificazione, come impedimenti giudiziari<sup>274</sup> o impegni ufficiali fuori Roma<sup>275</sup>, o più semplicemente impossibilità derivanti da anzianità e malattia<sup>276</sup>, è prevista l'applicazione dello *ius multae*<sup>277</sup> e dello *ius pignoris capionis*<sup>278</sup>. Lo dimostra altresì il fatto che quando ci sono all'ordine del giorno argomenti di notevole spessore, colui che presiede, per sua iniziativa o perché richiestogli dall'assemblea, può rinviare la seduta ad una successiva per assicurare che vi sia una discussione più ampia tramite la partecipazione di più *patres*<sup>279</sup>, potendo addirittura impedire ai senatori di allontanarsi dall'urbe o comunque di oltrepassare una certa distanza<sup>280</sup>, e limitare il numero delle partenze in uno stesso giorno<sup>281</sup>.

Una volta che si apre la seduta, tutti i senatori, pena una sanzione, sono tenuti a rimanere nella curia fino alla conclusione dell'assemblea<sup>282</sup>, anche se ben presto la pratica consente di entrare e uscire senza particolari vincoli<sup>283</sup>. Il magistrato che presiede, dopo aver riferito su particolari questioni urgenti<sup>284</sup>, dà notizia al consesso delle *relationes*<sup>285</sup> poste all'ordine del giorno, talvolta esponendole ampiamente (*verba facere, agere*) annunciando il proprio giudizio con l'intenzione di indirizzare il parere dell'assemblea. Può accadere poi che venga concessa la parola a particolari individui romani o stranieri nei casi in cui questi abbiano richiesto di essere ascoltati in merito ad una particolare questione posta all'ordine del giorno, come per esempio pubblicani<sup>286</sup>, tribuni militari e delegati di governatori provinciali<sup>287</sup>, ex centurioni<sup>288</sup>, soldati prigionieri di guerra<sup>289</sup>, delegazioni straniere<sup>290</sup>, e addirittura testimoni di *prodigia*<sup>291</sup> o di *crimina*<sup>292</sup>.

<sup>274</sup> Cic. *epist.* 8.8.5

<sup>275</sup> Liv. 48.11: *Qui republicae causa abessent.*

<sup>276</sup> Cic. *Att.* 4.16.7; Cic. *Phil.* 1.5.11: *An ea res agebatur ut etiam aegrotos deferri oportet.*

<sup>277</sup> Gell. 14.7.10; Cic. *Phil.* 1.5.12; *leg.* 3.4.11.

<sup>278</sup> Liv. 3.38; Cic. *Phil.* 5.7.19.

<sup>279</sup> Liv. 28.9; Cic. *Phil.* 3.8.19; 5.7.19

<sup>280</sup> Liv. 36.3: *adeoque in apparatusum curamque eius belli ciuitas intenta fuit, ut P. Cornelius consul ediceret, qui senatores essent quibusque in senatu sententiam dicere liceret, quique minores magistratus essent, ne quis eorum longius ab urbe Roma abiret, quam unde eo die redire posset, neue uno tempore quinque senatores ab urbe Roma abessent.*

<sup>281</sup> Liv. 36.3: *adeoque in apparatusum curamque eius belli ciuitas intenta fuit, ut P. Cornelius consul ediceret, qui senatores essent quibusque in senatu sententiam dicere liceret, quique minores magistratus essent, ne quis eorum longius ab urbe Roma abiret, quam unde eo die redire posset, neue uno tempore quinque senatores ab urbe Roma abessent.*

<sup>282</sup> Cic. *ad Q. fr.* 3.2.2: *Quum velle exire, a consulibus retentus est*

<sup>283</sup> Gell. 6.21.2; Macr. *Sat.* 1.4.18; Cic. *epist.* 1.2.3; *Brut.* 60.218; *Lael.* 3.12; *Mil.* 10.28.

<sup>284</sup> Cic. *epist.* 10.12.3; 10.16.1; Plut. *Cic.* 19

<sup>285</sup> La *relatio* spetta al magistrato presidente o ad altro componente dell'assemblea cui spettasse lo *ius relationis*, che può essere *aut infinite de republica* (Gell. 14.7.9; Cic. *Cat.* 3.6.13: *Senatum consului de summa republica quid fieri placeret*; Cfr. Liv. 21.6; 22.1; 26.10; 26.27) o *aut de singulis rebus* (Quint. *Inst. or.* 8. pr. 8: *Quaestiones alias infinitas, alias finitas quae personis locis temporibus continentur*): inizia con le parole *'quod bonum felixque sit populo romano Quiritium, referimus ad vos, patres conscripti'* (Liv. 39.39; 44.21) e termina con la formula *'de ea re quid fieri placet'* (Cic. *Cat.* 3.6.13; Sall. *Cat.* 50; Liv. 2.31.8)

<sup>286</sup> Cic. *Planc.* 14.34-35; Liv. 43.16

<sup>287</sup> Liv. 40.35

<sup>288</sup> Liv. 43.35

<sup>289</sup> Liv. 22.52

<sup>290</sup> Gell. 6.14.8; Macrob. *Saturn.* 1.5.14

<sup>291</sup> Cic. *div.* 1.2.4; 1.26.55; Cic. *nat. deor.* 2.2.6; Liv. 2.36;

<sup>292</sup> Liv. 4.50; 8.18; 9.26; 25.4; 40.37

Poi il presidente si rivolge al senato, per conoscerne il parere, rimettendogliene la questione con la formula di rito *'de ea re quid fieri placet?'*<sup>293</sup>: da qui con ampia discrezionalità si può mettere direttamente la *relatio* al voto dei senatori, tagliando così ogni genere di discussione, e si ha il *senatusconsultum per discessionem*, oppure si può richiedere prima il parere di tutti quei senatori il cui giudizio sembra opportuno, dando vita così ad una vera e propria discussione, comunque limitata - non essendo prevista la replica<sup>294</sup> - sfociando nel *senatusconsultum per singulorum sententias*<sup>295</sup>.

Bene, nel momento dell'interrogazione dei singoli senatori potrebbe porsi un conflitto circa l'ordine in cui ascoltare il rispettivo parere. Avanti tutti pari *auctoritas* è necessario infatti un criterio da seguire per l'intervento in via cronologica, stante anche l'importanza dal punto di vista 'politico' e dialettico: il magistrato presidente deve rigorosamente seguire l'ordine del *cursus honorum*, secondo quanto testimoniato da Livio con l'espressione *'ordine consulere senatum'*<sup>296</sup>. Si comincia infatti dal *princeps senatus*<sup>297</sup>, un titolo perlopiù onorifico, che spetta agli ex censori nel caso in cui non vi siano degli ex dittatori, cui spetta per primi il titolo.

E allora il senatore, che di regola viene interpellato *nominatim*<sup>298</sup>, ha l'obbligo di pronunciarsi<sup>299</sup>, potendo parlare senza alcun limite temporale, anche per tutta la durata della seduta<sup>300</sup>, mediante l'*oratio*, la quale può esser preparata precedentemente e letta in senato<sup>301</sup> oppure improvvisata in curia; può semplicemente rispondere all'interrogazione associandosi ad un parere già espresso da un altro mediante *verbo adsentiri*<sup>302</sup>, rimanendo comunque al proprio posto<sup>303</sup>, o infine può alzarsi e andarsi a collocare di fianco all'autore della *relatio* in discussione, con l'effetto di *ire in sententiam alienam*.

Liv. 27.34: *sed tum quoque aut uerbo adsentiebatur aut pedibus in sententiam ibat donec cognati hominis eum causa M. Liuii Macati, cum fama eius ageretur, stantem coegit in senatu sententiam dicere.*

<sup>293</sup> Cfr. Cic. *Cat.* 3.6.13; Liv. 2.31.8; Sall. *Cat.* 50

<sup>294</sup> Cic. *Phil.* 5.2.5: *Qui (consulares) utinam omnes ante me sententiam rogarentur!... facilius contra dicerem si quid videretur.*

<sup>295</sup> Gell. 14.7.9.

<sup>296</sup> Liv. 2.26.5; 2.28.2.

<sup>297</sup> Gell. 14.7.9: *Ex quo gradu semper quidem antea primum rogari solitum, qui princeps in senatum lectus esset; tum autem, cum haec scriberet, novum morem institutum refert per ambitionem gratiamque, ut is primus rogaretur quem rogare vellet qui haberet senatum, dum is tamen ex gradu consulari esset.*

<sup>298</sup> Cicerone ci testimonia la formula che gli veniva rivolta per i suoi interventi: *'dic. M. Tulli'* (Cic. *Att.* 7.1.4; 7.3.5; 9.5.2)

<sup>299</sup> Liv. 28.45.

<sup>300</sup> Gell. 4.10.8: *Caesar consul M. Catonem sententiam rogavit. Cato rem, quae consulebatur, quoniam non e republica videbatur, perfici nolebat. Eius rei ducendae gratia longa oratione utebatur eximebatque dicendo diem. Erat enim ius senatori, ut sententiam rogatus diceret ante quicquid vellet aliae rei et quoad vellet. Caesar consul viatorem vocavit eumque, cum finem non faceret, prendi loquentem et in carcerem duci iussit. Senatus consurrexit et prosequabatur Catonem in carcerem. Hac" inquit "invidia facta Caesar destitit et mitti Catonem iussit. Cicerone ci racconta come questo mezzo, utilizzato talvolta come espediente per far sì che in giornata non si pervenisse alla votazione, suscitasse forti reazioni da parte dell'assemblea: *Att.* 4.2: *Cum ad Clodium ventum est, cupiit diem consumere neque ei finis est factus, sed tamen cum boras tris fere dixisset, odio et strepitu senatus coactus est aliquando perorare.**

<sup>301</sup> *'De scripto sententiam dicere'*: Cic. *epist.* 10.13.1; *Att.* 4.3.3; *Planc.* 30.74; *Sest.* 61.129; *Phil.* 3.8.20; 10.2.5.

<sup>302</sup> Sall. *Cat.* 52: *Ceteri verbo alius alii assentiebantur.*

<sup>303</sup> Cic. *epist.* 5.2.9: *nulla est a me umquam sententia dicta in fratrem tuum; quotiescumque aliquid est actum, sedens iis assensi, qui mihi lenissime sentire visi sunt.*

Ora sottolineo che nel corso della *libera res publica* il voto, sia nel *senatusconsultum per discessionem* sia nel *senatusconsultum per singulorum sententias*, è sempre pubblico ed avviene sempre nello stesso modo. Infatti, su invito del presidente, dopo la pronuncia della formula *‘Qui hoc censetis, illuc transite; qui alia omnia, in hac partem’*<sup>304</sup> coloro che sono favorevoli si dispongono di lato del magistrato o del collega senatore del quale approvano la *sententia*, mentre coloro che sono contrari o che comunque si astengono, vanno a collocarsi nella parte opposta. V’è poi da ricordare che il presidente gode di ampi poteri procedurali, allorquando la *sententia* è articolata in più capi, potendo egli proporre l’approvazione in sezioni o in blocco, fermo restando che ogni senatore può chiederne la suddivisione, salvo l’accoglimento della richiesta da parte del presidente:

Cic. *epist.* 1.2.1: *Itaque postridie placuit ut breviter sententiam diceremus; videbatur enim reconciliata nobis voluntas esse senatus, quod cum dicendo, tum singulis appellandis rogandisque perspexeram; itaque, cum sententia prima Bibuli pronuntiata esset, ut tres legati regem reducerent, secunda Hortensii, ut tu sine exercitu reduceres, tertia Volcatii, ut Pompeius reduceret, postulatum est, ut Bibuli sententia divideretur: quatenus de religione dicebat, cui quidem rei iam obsisti non poterat, Bibulo assensum est; de tribus legatis frequentes ierunt in alia omnia.*

Cic. *Mil.* 14: *Divisa sententia est, postulante nescio quo: nihil enim necesse est omnium me flagitia proferre.*

Ascon. *Mil.* 43-44 (ed. Clark): *Cum aliquis in dicenda sententia duas pluresve res complectitur, si non omnes eae probantur, postulatur ut dividatur, id est de rebus singulis referatur. Forsitan nunc hoc quoque velitis scire qui fuerit qui id postulaverit. Quod non fere adicitur: non enim ei qui hoc postulat oratione longa utendum ac ne consurgendum quidem utique est; multi enim sedentes hoc unum verbum pronuntiant Divide: quod cum auditum est, liberum est ei qui facit relationem dividere*

Di certo il ‘regolamento decisionale’ testé delineato sembrerebbe configurare una procedura piuttosto rigida, che se trascuriamo la possibilità di una *oratio* che duri senza limiti -che si rivela però talvolta come semplice mezzo di elusione della procedura deliberativa- è strutturata in modo tale da dar poca voce al dibattito; in realtà questa struttura orientata a ragioni di efficienza e speditezza, quando accoglie e tratta temi delicati, deve piegarsi ad interruzioni, tensioni e scambi di battute che spesso danno luogo ad *altercatio*<sup>305</sup>.

<sup>304</sup> Cic. *epist.* 1.2.1; 8.13.2; 10.12.3; *Att.* 1.14.5; Plin. *epist.* 8.14.19;

<sup>305</sup> Livio ci narra una *altercatio* tra consoli e tribuni (Liv. 33.22: *Sub idem tempus consules Romam uenerunt; quibus in aede Bellonae senatum habentibus postulantibusque triumphum ob res prospere bello gestas C. Atinius Labeo et C. Afranius tribuni plebis ut separatim de triumpho agerent consules postularunt: communem se relationem de ea re fieri non passuros, ne par honos in dispari merito esset. cum Q.*

Passando brevemente all'età del principato, si sa che, almeno sotto Traiano, il senato vota in questioni di vario genere, spaziando da competenze elettorali sino a quelle giudiziarie<sup>306</sup>. La votazione avviene *per discessionem*<sup>307</sup>, sì come testimoniato, come si vede nell'Epistolario di Plinio<sup>308</sup>, nel campo giudiziario, ove interviene in via risolutiva<sup>309</sup>, successivamente alle esposizioni, sempre in ordine gerarchico dei vari senatori, che avvengono dopo le arringhe degli avvocati difensori. Diversa è invece la modalità di votazione per il campo elettorale, in cui si affaccia il voto segreto.

Infatti, per quanto concerne il processo contro Mario Prisco si legge<sup>310</sup> *cum fieret discessio*, peraltro in contrasto con le precedenti dichiarazioni contenute nelle singole *sententiae*, evidenziante la possibilità di un conflitto tra la *sententia* e il voto<sup>311</sup>, che ovviamente, viene risolto a favore di quest'ultimo, inteso come momento definitivo dell'espressione della volontà. Lo stesso episodio, dimostra poi la possibilità di più votazioni all'interno della medesima seduta, che non entrano comunque in conflitto perché vertenti su questioni diverse, come quella marginale di cui parla Plinio: *placuit consente Cornuto referri de eo (Hostilio Firmino) proximo senatu*<sup>312</sup>. Anche questa votazione verte su una decisione presa (*placuit*) su una questione marginale, presa *per discessionem*<sup>313</sup>. Ancora Plinio<sup>314</sup> evidenzia comunque il 'peso' delle diverse

---

*Minucius utrique Italiam provinciam obtigisse diceret, communi animo consilioque se et collegam res gessisse, et C. Cornelius adiceret Boios aduersus se transgredientes Padum ut Insubribus Cenomanisque auxilio essent depopulante uicos eorum atque agros collega ad sua tuenda auersos esse, tribuni res tantas bello gessisse C. Cornelium fateri ut non magis de triumpho eius quam de honore diis immortalibus habendo dubitari possit: non tamen nec illum nec quemquam alium ciuem tantum gratia atque opibus ualuisse ut, cum sibi meritum triumphum impetrasset, collegae eundem honorem immeritum impudenter petenti daret. Q. Minucium in Liguribus leuia proelia uix digna dictu fecisse, in Gallia magnum numerum militum amisisse; nominabant etiam tribunos militum T. Iuuentium Cn. Ligurium legionis quartae: aduersa pugna cum multis aliis uiris fortibus, ciuibus ac sociis, cecidisse. oppidorum paucorum ac uicorum falsas et in tempus simulatas sine ullo pignore deditiones factas esse. hae inter consules tribunosque altercationes biduum tenuerunt uictique perseuerantia tribunorum consules separatim rettulerunt. Cicerone ne testimonia una tra lui e il questore Clodius in Att. 1.16.10: Idem ego ille (non enim mihi videor insolenter gloriari, cum de me apud te loquor, in ea praesertim epistula, quam nolo aliis legi) idem, inquam, ego recreavi adflictos animos bonorum unum quemque confirmans, excitans; insectandis vero exagitandisque nummariis iudiciis omnem omnibus studiosis ac fautoribus illius uictoriae parresian eripui, Pisonem consulem nulla in re consistere umquam sum passus, desponsam homini iam Syriam ademi, senatum ad pristinam suam severitatem revocavi atque abiectum excitavi, Clodium praesentem fregi in senatu cum oratione perpetua plenissima gravitatis tum altercatione huius modi; ex qua licet pauca degustes; nam cetera non possunt habere eandem neque vim neque venustatem remoto illo studio contentionis, quem agona vos appellatis. Talvolta non si risparmiano neanche i magistrati in carica, come si legge in Liv. 31.6: id cum fessi diuturnitate et grauitate belli sua sponte homines taedio periculorum laborumque fecerant, tum Q. Baebius tribunus plebis, uiam antiquam criminandi patres ingressus, incusauerat bella ex bellis seri ne pace unquam frui plebs posset. aegre eam rem passi patres laceratusque probis in senatu tribunus plebis et consulem pro se quisque hortari ut de integro comitia rogationi ferendae ediceret castigaretque segnitiam populi atque edoceret quanto damno dedecorique dilatio ea belli futura esset; e persino la persona del relator ne può essere protagonista, Liv. 42.49: nihilo lenioribus, quam absens, senatorum aliquot orationibus increpitus neutra impetrata re in prouinciam redit.*

<sup>306</sup> TH. MOMMSEN, *Le droit public romain* VII, cit., p. 83 e p. 135.

<sup>307</sup> *Ibidem*, VII, p. 182-183; C. SOLIMENA, *Plinio il Giovine e il Diritto pubblico di Roma*, Napoli 1905, p. 203 ss; O' BRIAN MOORE, v. *senatus* in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, Suppl. VI, 1935, pp. 685-686 e p. 700.

<sup>308</sup> Sul tema vedasi per tutti: M. L. PALADINI, *Le votazioni del senato romano nell'età di Traiano*, in *Athenaeum* 37, 1959, pp. 3-134.

<sup>309</sup> Si veda nella *lex de imperio Vespasiani* (CIL, VI, 1, 930) il paragrafo in cui è riportata la *discessio*: *utique ei senatum habere, relationem facere, remittere, senatus consulta per relationem discessionemque facere liceat*

<sup>310</sup> Plin. *epist.* 2.11.22

<sup>311</sup> Infatti chi si associa alla *sententia* di Pompeo Collega, poi al momento della *discessio* si schierò dalla parte di Cornuto Tertullo. Si veda TH. MOMMSEN, *Le droit public romain* VII, cit., p. 181.

<sup>312</sup> Plin. *epist.* 2.11.24

<sup>313</sup> M. L. PALADINI, *Le votazioni del senato romano nell'età di Traiano*, cit., p. 6.

<sup>314</sup> Plin. *epist.* 2.12.2: *Firminus inductus in senatum respondit crimini noto. Secutae sunt diversae sententiae consulum designatorum. Cornutus Tertullus censuit ordine movendum, Acutius Nerva in sortitione provinciae rationem eius non habendam. Quae sententia tamquam mitior vicit, cum sit aliqui durior tristiorque.*

*sententiae*, definendo quella che poi *vicit* come *mitior*, attraverso -ovviamente- una votazione *per discessionem*, trattandosi di questioni giudiziarie. E si veda infatti come Plinio sembra delineare da un lato il diritto di intervenire del senatore, e dall'altro il diritto di esprimere il proprio voto, secondo la modalità *per discessionem*:

Plin. *epist.* 2.12.5: *Sed hoc pluribus visum est. Numerantur enim sententiae, non ponderantur; nec aliud in publico consilio potest fieri, in quo nihil est tam inaequale quam aequalitas ipsa. Nam cum sit impar prudentia, par omnium ius est.*

Qui lo *ius* evidenziato da Plinio delinea il diritto proprio di tutti i senatori, non tanto di esprimere il proprio parere, quanto proprio il diritto di riservarsi la decisione ultima sul tema tramite il voto.

Ma, nel periodo considerato, la votazione *per discessionem* non è l'unica forma in vigore per pervenire alla votazione, posto che sicuramente viene usata per la materia giudiziaria. Si legga infatti ciò che dice Plinio:

Plin. *epist.* 3.20.2: *At nunc in senatu sine ulla dissensione hoc idem ut optimum placuit: omnes comitorum die tabellas postulaverunt.*

Questa lettera, dalla quale si evince il voto segreto, risulta essere di uno o due anni dopo (101-102)<sup>315</sup> la seduta del *Panegirico*, datata nell'anno 100, in cui invece non c'è traccia del voto segreto, che sarebbe stato introdotto successivamente, anche se come si vede, di poco.

Ciò che interessa, è che in quel giorno, *omnes tabellas postulaverunt*, ove *postulaverunt* dimostra come il voto segreto non è stabilito da una legge, precedente o in vigore, ma è il frutto proprio di una richiesta che i senatori inoltrano al presidente come fissazione di quel particolare procedimento di voto, come si tende a credere<sup>316</sup>. Sembra quindi delinarsi come un metodo alternativo, per il quale, però, stante l'inesistenza di fonti più precise, non si ha la possibilità di comprendere la modalità con cui possa essere 'attivato', al di là di mere considerazioni storico-politiche sull'utilità strategica del voto segreto, che Plinio comunque sembra condannare<sup>317</sup>.

---

<sup>315</sup> TH. MOMMSEN, *Étude sur Pline le Jeune*, tr. da C. MOREL, Paris 1873, p.11; C. SOLIMENA, *Plinio il Giovine e il Diritto pubblico di Roma*, cit., p. 44-45; R. SYME, *Tacitus*, Oxford 1958, II, pp. 660-664.

<sup>316</sup> TH. MOMMSEN, *Le droit public romain* VII, cit., p. 184.

<sup>317</sup> Plin. *epist.* 3.20.4-5: *Magni undique dissonique clamores, procurrebant omnes cum suis candidatibus, multa agmina in medio multique circuli et indecora confusio; adeo desciveramus a consuetudine parentum, apud quos omnia disposita moderata tranquilla maiestatem loci pudoremque retinebant. Supersunt senes ex quibus audire soleo hunc ordinem comitorum: citato nomine candidati silentium summum; dicebat ipse pro se; explicabat vitam suam, testes et laudatores dabat vel eum sub quo militaverat, vel eum cui quaestor fuerat, vel utrumque si poterat; addebat*

Come si è visto, qualunque sia il metodo di votazione adottato, prevale il criterio della maggioranza: questo dato merita delle brevi considerazioni. Se è vero che dal senato promanano atti aventi valore 'effettivo' nella forma dei *consulta*<sup>318</sup> nella forma del semplice *consilium*<sup>319</sup> prima, e nella forma, discussa, dell'atto avente forza di *lex*, poi<sup>320</sup>, è importante chiarire che la volontà proviene sempre dagli stessi, nella misura della maggioranza dei componenti l'assemblea, unita per esigenze di diritto, e non dal senato in sé considerato, ripudiando ogni tipo di costruzione 'istituzionale' dello stesso:

Sen. ep. 102.6: *Nisi aliquid praedixero, intellegi non poterunt quae refellentur. Quid est quod praedicere velim? quaedam continua corpora esse, ut hominem; quaedam esse composita, ut navem, domum, omnia denique quorum diversae partes iunctura in unum coactae sunt; quaedam ex distantibus, quorum adhuc membra separata sunt, tamquam exercitus, populus, senatus. Illi enim perquos ista corpora efficiuntur iure aut officio cohaerent, natura diducti singuli sunt.*

Come si vede l'elemento unificante dei *corpora ex distantibus* è il diritto, poiché i singoli elementi, o persone, sono per natura distinti e separati, ma d'altra parte essi *cohaerent*, e cioè vengono considerati unitariamente per un'esigenza giuridica (*iure*)<sup>321</sup>. E non mi sembra un caso che tra i *corpora ex distantibus* appaia anche il *populus*, il quale esplica le sue funzioni partecipative nei *comitia* e nell'*exercitus*, che pure appare nella fonte sovrariportata, ove, appunto, i cittadini riuniti decidono anch'essi per maggioranza<sup>322</sup>.

Si evidenzi, infatti, che se pur il senato nell'età della *libera res publica* con la sua *auctoritas* in concreto «governa il mondo coi suoi 'consigli'»<sup>323</sup>, questo è sfornito di potestà e di *imperium*, quindi di qualsivoglia tipo di potere 'tecnico' per poter affermare la propria volontà, ma dev'essere sempre interrogato dal *rex* prima e dal magistrato poi, in una tecnica soggezione del senato al magistrato convocante, che si dimostra anche nello svolgimento dell'adunanza, essendo questi i «capi effettivi,

---

*quosdam ex suffragatoribus; illi graviter et paucis loquebantur. Plus hoc quam preces proderat; 3.20.8: sed vereor ne procedente tempore ex ipso remedio vitia nascantur. Est enim periculum ne tacitis suffragiis impudentia irrepat. Nam quoto cuique eadem honestatis cura secreto quae palam?*

<sup>318</sup> Gai. 1.2: *constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium;*

<sup>319</sup> Sul valore dei *senatusconsulta* rimando a E. VOLTERRA, v. 'Senatus consulta', in *NNDI*, XVI, Torino 1969, pp. 1048-1049.

<sup>320</sup> Gai. 1.4: *senatusconsultum est quod senatus iubet atque constituit, idque legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum.*

<sup>321</sup> Si veda il recente R. SIRACUSA, *La nozione di «universitas» nel diritto romano*, Milano 2016, pp. 114-115.

<sup>322</sup> E sempre in questo senso mi sembra debbano essere interpretate le espressioni di Liv. 1.17.1: *Patrum interim animos certamen regni ac cupido versabat; necdum ad singulos, quia nemo magnopere eminebat in novo populo, pervenerat: factionibus inter ordines certabatur. Oriundi ab Sabinis, ne quia post Tati mortem ab sua parte non erat regnatum, in societate aequa possessionem imperii amitterent, sui corporis creari regem volebant: Romani veteres peregrinum regem aspernabantur* e D. 1, 2, 2, 25 Pomp. l. s. *encheirid.: Deinde cum post aliquot annos duodecim tabulae latae sunt et plebs contenderet cum patribus et vellet ex suo quoque corpore consules creare et patres recusarent: factum est, ut tribuni militum crearentur partim ex plebe, partim ex patribus consulari potestate. hique constituti sunt vario numero: interdum enim viginti fuerunt, interdum plures, nonnumquam pauciores.*

<sup>323</sup> P. BONFANTE, *Disegno del diritto pubblico romano*, cit., p. 401.

liberi di interrogare i senatori come e quando volessero, costringendoli a rispondere»<sup>324</sup>. Del resto la funzione consultiva del senato, sulla scorta dei famosi passi di Polibio<sup>325</sup>, non invade la 'sovranità' del *populus*, ed infatti, Jean Bodin, analizzando i procedimenti senatori ha sintetizzato «que le Sénat est establi pour donner aduis à ceux qui ont la souueraineté»<sup>326</sup>.

Infatti, sia l'assemblea popolare sia il senato sono ancorate al magistrato, nella misura strutturale della loro convocazione, ma se il *populus* nel momento in cui è convocato esercita la *potestas populi*, da cui lo stesso lo magistrato trae il suo *imperium*, tanto che si è detto che «il popolo è il signore, il magistrato è al suo servizio»<sup>327</sup>, il senato spiega un potere che spetta ai singoli componenti di esso, l'*auctoritas*, che mai può essere inteso nel senso di *conlegium*, o di persona giuridica<sup>328</sup>, poiché questo non risulta esser titolare di diritti corporativi, sì come non è titolare di beni immobili né possiede una cassa sua propria<sup>329</sup>.

---

<sup>324</sup> A. ORMANNI, *Il «regolamento interno» del senato romano nel pensiero degli storici moderni sino a Theodor Mommsen. Contributo ad una storia della storiografia sul diritto pubblico romano*, cit., p. 86.

<sup>325</sup> Polyb., 6.13-17.

<sup>326</sup> J. BODIN, *Les six livres de la Republique*, Paris 1577, p. 450.

<sup>327</sup> P. BONFANTE, *Disegno del diritto pubblico romano*, cit., p. 112.

<sup>328</sup> R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche»*, cit., p. 132 ss., 135 nt. 64; ID. *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, cit., p. 21 ss.

<sup>329</sup> Su questo vedasi TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III.2, cit., p. 1046; A. ORMANNI, *Il «regolamento interno» del senato romano nel pensiero degli storici moderni sino a Theodor Mommsen. Contributo ad una storia della storiografia sul diritto pubblico romano*, cit., p. 129.

## 6. Foedera

L'indagine sui *foedera* verte da un lato sulle 'funzioni' del *pater patratus*, uno dei feziali all'interno del collegio che ne conta venti, e dall'altro, trattando il lavoro di 'conflitti', si concentra sulle modalità con le quali si può dichiarare guerra al nemico, per dimostrare l'importanza della *rerum repetitio* al fine della configurazione di un *bellum* che avvenga nel rispetto della *iustitia* e della *pietas*.

Innanzitutto, ci si muove in un ambito, in cui la connessione tra *ius* e *fas* è scalfita nel termine stesso *foedus*, che richiama di per sé la *fides*, tanto che il giuramento viene appunto richiamato insieme alla stessa *fides* da Cicerone:

Cic. off. 3.29.106: *Est autem ius etiam bellicum fidesque iuris iurandi saepe cum hoste servanda.*

Il giuramento garantisce e rafforza dunque la *fides* che non solo genera un vincolo sociale, ma soprattutto religioso, assumendo il popolo un obbligo direttamente verso gli dei<sup>330</sup>. A conferma, lo stesso Cicerone, nel chiarire il rapporto tra *iu iurandum* e *fides*<sup>331</sup> cita appunto i *foedera*:

Cic. off. 3.31.111: *Nullum enim vinculum ad astringendam fidem iure iurando maiores artius esse voluerunt. Id indicant leges in duodecim tabulis, indicant sacratae, indicant foedera, quibus etiam cum hoste devincitur fides, indicant notiones animadversionesque censorum, qui nulla de re diligentius quam de iure iurando indicabant..*

Si è sostenuto che in principio il *foedus*, come qualsivoglia altro rapporto internazionale, presupponga l'esistenza di una comunità giuridica in cui siano ricompresi tutti i contraenti, e perciò possibile soltanto tra comunità appartenenti al medesimo gruppo etnico, con la necessità, nel caso in cui si voglia concludere un *foedus* con dei non Latini, di una finzione per la quale costituiscano essi una comunità latina<sup>332</sup>. Contrariamente<sup>333</sup>, invece, si deve ritenere che i contatti tra il popolo romano e gli stranieri sono regolati dallo *ius fetiale* anche in assenza di trattati, con la conseguenza che il *foedus* non è legato alla

<sup>330</sup> Si veda F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, vol. II, cit., p. 36 e A. MASI, *Foedus e comunione di diritto*, in *Spazio e centralizzazione del potere*, III, Roma 1998, p. 191

<sup>331</sup> V. sul tema: B. ALBANESE, *Foedus e ius iurandum; pax per sponsonem*, in *AUPA*, XLVI (2000).

<sup>332</sup> Questa la teoria di P. FREZZA, *Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano*, in *SDHI*, 4 (1938), p. 363 ss.

<sup>333</sup> Si veda in particolare P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, cit.; ID., *Cic. De off. 3.108 e il così detto diritto internazionale antico*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, p. 373 ss.

necessità di una comunanza di etnia con le altre comunità, ma assurge proprio al mezzo e al presupposto per una comunione di diritto. Quindi non è la comunanza d'etnia a costituire il presupposto dei vincoli giuridici, ma sono questi ultimi, nella forma del *foedus* a dar vita ad una «nuova unità etnica aperta a sempre nuove estensioni, a sintesi sempre più vaste»<sup>334</sup>.

Il ruolo dei feziali è quindi un ruolo sicuramente religioso, espletato secondo schemi, riti e formule costituenti lo *ius fetiale*, il quale testimonia un'esperienza giuridica raffinata tanto quella dei pontefici nel campo del diritto privato<sup>335</sup>. L'attività dei feziali è quindi piena di contenuti religiosi, essenziali per la vita della comunità romana, anche se è fuor di dubbio che le decisioni di politica estera non sono prese dai feziali stessi<sup>336</sup>: ciò non toglie rilievo alla loro attività sacerdotale, che si esplica e sfocia in contenuti giuridico-sacrali di altissima solennità, quali esemplarmente le formule della *rerum repetitio*, l'indizione di guerra, la conclusione formale del *foedus*, la *deditio* internazionale<sup>337</sup>.

Il *foedus* è dunque lo schema giuridico-religioso che sancisce un accordo, risolvendo un conflitto attuale o potenziale, tra i Romani e una comunità straniera. Infatti, il formulario è tramandato da Livio, in occasione della guerra tra Roma e Alba Longa, sotto Tullo Ostilio, per il celebre episodio degli Orazi e Curiazi<sup>338</sup>: la scelta dell'ordalia, si pone come un mezzo alternativo di risoluzione del conflitto, e affinché non si generino ulteriori conflitti<sup>339</sup>, le clausole dell'accordo vengono sancite con *foedus*. Infatti, così come prospettato da Livio, il *foedus*, possiamo definirlo come un «'contenitore' formale»<sup>340</sup> che può accogliere contenuti di qualsivoglia tipo, e mediante il quale si possono regolare diverse relazioni:

Liv. 1.24.4: *Foedera alia aliis legibus, ceterum eodem modo omnia fiunt. Tum ita factum accepimus, nec ullius vetustior foederis memoria est.*

Da questa fonte si evince che se il contenuto (*leges*) dei *foedera* può essere il più vario, mutando a seconda delle esigenze, il *modus* per la conclusione rimane invece invariato, con la conclusione che se dal punto di vista formale esiste un solo *foedus*, che può definirsi come 'accordo' o 'trattato'<sup>341</sup>, esistono diversi *aliae foedera* scaturenti dalla diversità di *aliae leges*. In questo senso, formale, dello schema

<sup>334</sup> A. MASI, *Foedus e comunione di diritto*, in *Spazio e centralizzazione del potere*, cit., p. 193

<sup>335</sup> Per l'attività dei pontefici nell'età più antica si veda: C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, *Dalle origini all'opera di Labone*, Torino 1997, p. 18 ss.

<sup>336</sup> I feziali sono sacerdoti. Sulla loro natura, *contra* Mommsen, che pone l'accento sulla loro natura di legati, si veda, per tutti: G. TURELLI, "*Audi Iuppiter!*: il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana", cit., p. 9-35. Su quest'opera si veda anche la recensione di F. VALLOCCHIA, in *IVRA, Rivista internazionale di Diritto romano e antico*, 61, 2013, pp. 409-412

<sup>337</sup> Vedi M. R. CIMMA, *I feziali e il diritto internazionale antico*, in *Ius Antiquum*, 6 (2000), p.24.

<sup>338</sup> Liv. 1.23.10- 1.24.2.

<sup>339</sup> Si ricordi che la mancanza di regole precise stabilite prima che i due gemelli prendessero la via dei colli per l'osservazione degli uccelli ha portato all'uccisione di Remo: si veda il § 1 del capitolo primo.

<sup>340</sup> G. TURELLI, "*Audi Iuppiter!*: il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana", cit., p. 57.

<sup>341</sup> *Ibidem*, p. 59.

giuridico-religioso del *foedus* deve intendersi che non se ne ha notizia più vetusta, nel senso che non esistono modalità diverse più risalenti, e non che non vi siano precedenti accordi di interesse tra Romani ed Albani, che pure può sempre esser vero.

Al rituale partecipano due feziali, il *verbenarius*<sup>342</sup> e il *pater patratus*: il primo, che si occupa di procurare e portare le *herbae sacrae* o *sagmina*, occupa comunque una posizione secondaria rispetto al secondo<sup>343</sup>, anche se non manca chi lo considera come protagonista principale, dato che poi conferisce l'*auktoritas* al *pater patratus*<sup>344</sup>. Lo scambio di domande tra il *rex* e il *verbenarius*, non solo dimostra la necessità dell'incarico del re, la quale segna e chiarisce i 'limiti' del collegio dei feziali, i quali non possono agire liberamente ma debbono preventivamente ricevere l'incarico (più che l'autorizzazione), ma ci dà notizia poi che anche il popolo albano ha un proprio *pater patratus*, segno evidente di una formalità rituale riservata ad 'esperti'<sup>345</sup>:

Liv. 1.24.4-5: *Fetialis regem Tullum ita rogavit: "Iubesne me, rex, cum patre patrato populi Albani foedus ferire?" Iubente rege, "Sagmina" inquit "te, rex, posco." Rex ait: "Pura tollito." Fetialis ex arce graminis herbam puram attulit. Postea regem ita rogavit: "Rex, facisne me tu regium nuntium populi Romani Quiritium, vasa comitesque meos?" Rex respondit: "Quod sine fraude mea populi que Romani Quiritium fiat, facio".*

Come si legge, questa *praefatio* si chiude con la richiesta dell'investitura (*facisne*) da parte del *verbenarius* al *rex*, non solo di se stesso, ma anche dei compagni e degli strumenti, a *regius nuntius* del *populus Romanus Quiritium*, peraltro mediante l'utilizzo del verbo *facere* in piena sintonia con il sistema della *creatio*, che prevede l'attribuzione del potere ad un soggetto, da parte di un altro titolare del potere<sup>346</sup>. Se però l'atto

<sup>342</sup> Il nome non compare in Livio, ma lo si trova in Serv. *Aen.* 12.120: *verbena proprie est herba sacra, sumpta de loco sacro Capitolii, qua coronabantur fetiales et pater patratus, foedera facturi vel bella indicturi. Abusive tamen iam verbenas vocamus omnes frondes sacratas, ut est laurus, oliva vel myrtus: Terentius «ex ara hinc verbenas sume»: nam myrtum fuisse Menander testatur, de quo Terentius transtulit.*

<sup>343</sup> D.SABBATUCCI, *Lo Stato come conquista culturale*, cit., p. 142; J. RÜPKE, *Domus militariae: die religiöse Konstruktion des Krieges in Rom*, Stuttgart 1990, p. 101; B. ALBANESE, «*Res repetere*» e «*bellum indicere*» nel rito feziale (*Liv.* 1.32.5-14), in *AUPA*, XLVI (2000), p. 16 nt. 7.

<sup>344</sup> A. MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la sponsio*, Paris 1943, p. 19 ss.

<sup>345</sup> Questo collegio aveva infatti un carattere 'italico'. Abbiamo attestata la presenza del collegio dei feziali a Lavinio in *CIL* X.797 (*ILS* 5004): *Sp(urius) Turranius L(uci) f(ilius) Sp(uri) n(epos) L(uci) pron(epos) Fab(ia) / Proculus Gellianus praef(ectus) fabr(um) II pra<i>(ectus) curatorum alvei / Tiberis pra<i>(ectus) pro praetore i(ure) d(icundo) in urbe Lavinio / pater patratus populi Laurentis foederis / ex libris Sib<u>llinis percutiendi cum p(opulo) R(omano) / sacrorum principiorum p(opuli) R(omani) Quirit(ium) nominis/que Latini qua<i> apud Laurentis coluntur flam(en) / Dialis flam(en) Martialis salius pra<i>sul augur pont(ifex) / pra<i>(ectus) cohort(is) Ga<i>tul(orum) tribunus militum legionis X / loc(us) d(ecreti) d(ecurionum)*. Sul tema vedasi F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, vol. II, cit., p. 141; P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, cit., p. 14.

<sup>346</sup> P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, cit., p. 412 ss., quando tratta della *creatio* dei magistrati, ragiona anche su questa fonte, come esempio di attività di 'creazione'. Ciò è peraltro confermato da B. ALBANESE, «*Res repetere*» e «*bellum indicere*» nel rito feziale (*Liv.* 1.32.5-14), cit., p. 16, nt. 15, ove egli attesta l'antichità di *facere* proprio nell'accezione di *creare* o *nominare*, come dimostra l'espressione '*consul factus*' nei Fasti consolari Capitolini. Sul tema anche G. TURELLI, "*Audi Iuppiter!*": il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana, cit., p. 67.

finale è compiuto dal *pater patratus*, allora detta richiesta deve intendersi a favore di tutti e due i feziali - assieme ai *comites* e ai *vasa-* sicché si spiegherebbe ancor meglio, dal punto dei vista dei poteri, l'intervento del *verbenarius* per la *factio* successiva del *pater patratus*, in quanto già 'autorizzato' dal *rex*, a fare del 'capo' dei feziali il *nuntius populi Romani*.

Il rito continua poi, chiusasi la partecipazione del *rex*, proprio con la *factio* del *pater patratus*:

Liv. 1.24.6: *Fetialis erat M. Valerius; is patrem patratum Sp. Fusium fecit, verbena caput capillosque tangens. Pater patratus ad ius iurandum patrandum, id est, sancendum fit foedus; multisque id verbis, quae longo effata carmine non operae est referre, peragit.*

Si nota che nel testo non è detto che il *pater patratus* sia un feziale<sup>347</sup>, ma ciò lo si induce dalla formula della *indictio belli*<sup>348</sup>, ma lo si evince in maniera cristallina in Servio<sup>349</sup>:

Serv. Aen. 9.52: *hoc de Romana sollemnitate tractum est. Cum enim volebant bellum indicare, pater patratus, hoc est princeps fetialium, proficiscebatur ad hostium fines et, praefatus quaedam sollemnia, clara voce dicebat se bellum indicare propter certas causas, aut quia socios laeserant, aut quia nec abrepta animalia nec obnoxios redderent.*

Il *verbenarius*, dunque, 'sceglie' un *pater patratus*, e, in assenza di testimonianze precise sul punto che possano farci comprendere come in concreto avvenga questa 'scelta', non confidando in ciò che ci dice Plutarco<sup>350</sup> sulle qualità che debba avere il principe dei feziali, perché frutto di una confusione<sup>351</sup>, non si

<sup>347</sup> A. CALORE, «Per Iovem lapidem»: alle origini del giuramento, Milano 2000, p. 46; L. LANGE, *Römische Altertümer*, I, cit., p. 323; F. MÜLLER, 'Pater patratus' quid significet, in *Mnemosyne* 55 (1927), pp. 386-394; D.SABBATUCCI, *Lo Stato come conquista culturale*, cit., p. 131 ss.

<sup>348</sup> Liv. 1.32.6; 1.32.11, riportate *infra*.

<sup>349</sup> Serv. Aen. 10.14: *clarigationem exercere, hoc est per fetiales bellum indicare: nam Ancus Marcius cum videret populum Romanum, ardentem amore bellorum, et plerumque inferre bella gentibus nulla iusta extante ratione, et exinde pericula procreari, misit ad gentem Aequiculanam et accepit iura fetialia, per quae bellum indicebatur hoc modo, sicut etiam de Albanis retulit Livius. Nam siquando homines vel animalia ab aliqua gente rapta essent populo Romano, cum fetialibus, id est sacerdotibus qui faciendis praesunt foederibus, proficiscebatur etiam pater patratus et ante fines stans clara voce dicebat belli causam, et nolentibus res raptas restituere vel auctores iniuriae tradere, iaciebat hastam, quae res erat pugnae principium, et iam sic licebat more belli res rapere. Clarigatio autem dicta est aut a clara voce, qua utebatur pater patratus, aut a κλήρω, hoc est sorte: nam per bellicam sortem invadebant agros hostium: unde et κληρονόμοι dicuntur Graece qui iure sortiuntur bona defuncti; 12.206: *Vt autem sceptrum adhibeatur ad foedera, haec ratio est, quia maiores semper simulacrum Iovis adhibebant: quod cum taediosum esset, praecipue quando fiebant foedera cum longe positis gentibus, inventum est, ut sceptrum tenentes quasi imaginem simulacri redderent Iovis; sceptrum enim ipsius est proprium. Vnde nunc tenet sceptrum Latinus, non quasi rex, sed quasi pater patratus.**

<sup>350</sup> Plut. *Quaest. Rom.* 62: *διὰ τί τῶν λεγομένων Φιτιαλέων, Ἑλληνιστὶ δ' οἶον εἰρηνοποιῶν καὶ σπονδοφόρων, ὁ καλούμενος 'πάτερ πατράτος' ἐνομίζετο μέγιστος; ἔστι δ' οὗτος, ᾧ πατήρ ζῆ καὶ παῖδες εἰσὶν ἔχει δὲ καὶ νῦν προνομίαν τιμῆ καὶ πίστιν οἱ γὰρ στρατηγοὶ τὰ δι' εὐμορφίαν καὶ ὄραν ἐπιμελοῦς δεόμενα καὶ σώφρονος φυλακῆς σώματα τούτοις παρακατατίθενται.' πότερον ὅτι τὸ αἰδεῖσθαι τοῦς παῖδας αὐτοῖς καὶ τὸ φοβεῖσθαι τοῦς πατέρας πρόσσειν: ἢ τοῦνομα τὴν αἰτίαν ὑπαγορεύει; βούλεται γὰρ εἶναι τὸ 'πατράτον οἰονεῖ' συμπεπερασμένον καὶ πεπερατωμένον, ὡς τελειότερον τῶν ἄλλων ὄντος συμβέβηκε πατέρα κεκτημένῳ πατρὶ γενέσθαι. ἢ δὲ τὸν ὄρκων*

può non credere che se pur non vi sia una vera e propria 'elezione', almeno vi sia l'assenso della maggior parte del collegio<sup>352</sup>. Come si vedrà, infatti, le funzioni assolte dal *pater patratus*, data la solennità, non possono esser compiute da più persone, e quindi, onde generare 'conflitti procedurali', si dà luogo alla *creatio* del *princeps fetialium*.

Infatti, il *pater patratus* ha il compito di *patrare* il giuramento, e cioè di *sancire* il *foedus*, ed è creato<sup>353</sup> tramite il contatto della *verbena* con la sua testa, con l'esaurimento della funzione dei *sagmina*<sup>354</sup>, che racchiude una formalità che trasmette un particolare potere in funzione del giuramento<sup>355</sup>, o un particolare passaggio del processo di 'cosificazione' caratterizzante la totalità della procedura<sup>356</sup>. In ogni caso, il rito denota la solennità e il formalismo della procedura stessa, in un quadro giuridico-religioso di altissimo tenore, suggellata dalla pronunzia solenne<sup>357</sup>, da parte del *pater patratus* del lungo *carmen* che però non ci è tramandato da Livio, e che segna la prima attività compiuta dal principe dei feziali.

Mi sembra poi interessante notare, come la procedura compiuta dal *pater patratus* nel *sancire* il *foedus* sia articolata in maniera tale da non generare conflitti con la divinità, segnando precipuamente i limiti entro cui la divinità può punire il popolo romano in caso di violazione del trattato:

Liv. 1.24.7-9: *Legibus deinde, recitatis, "Audi" inquit, "Iuppiter; audi, pater patratus populi Albani; audi tu, populus Albanus. Ut illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt sine dolo malo, utique ea hic hodie rectissime intellecta sunt, illis legibus populus Romanus prior non deficiet. Si prior defexit publico consilio dolo malo, tum ille Diespiter populum Romanum sic ferito ut ego hunc porcum hic hodie feriam; tantoque magis ferito quanto magis potes pollesque." Id ubi dixit porcum saxo silice percussit. Sua item carmina Albani suumque ius iurandum per suum dictatorem suosque sacerdotes peregerunt.*

---

*καὶ εἰρήνης προιστάμενον ἅμα πρόσω καὶ ὀπίσω καθ' Ὀμηρον ὄραν; εἴη δ' ἂν μάλιστα τοιοῦτος, ὃ παῖς ἔστιν ὑπὲρ ὃ βουλευέται, καὶ παῖρ μεθ' ὃ βουλευέται.* Nella traduzione a cura di N. MARINONE, *Questioni romane*, Milano 2007, a p. 151 nt. 1 si legge: «Sembra da riscontrare qualche confusione. Il *pater patratus* aveva il compito di assicurare l'inviolabilità dei trattati, come quello nominato dal feziale in occasione del patto con Alba per il combattimento degli Orazi con i Curiazi ... mentre presso gli antichi si chiamava *pater patrimus* chi, essendo egli stesso padre, aveva suo padre ancora vivo»

<sup>351</sup> Fest. s.v. '*pater patrimus*' 266 (L.): *Pater patrimus dicebatur apud antiquos, qui, cum iam ipse pater esset, habebat etiam tum patrem.*

<sup>352</sup> Cfr. P. CERAMI-G. PURPURA, *Profilo storico-giurisdizionale del diritto pubblico romano*, Torino 2007, p. 14.

<sup>353</sup> G. TURELLI, "*Audi Iuppiter!*": il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana, cit., pp. 69-82.

<sup>354</sup> Le fonti che delineano il significato dei *sagmina* sono Plin. *nat.* 22.3.5: *interim fortius agetur, auctoritasque, quanta debet, etiam surdis, hoc est ignobilibus, herbis perhibetur, siquidem auctores imperii Romani conditoresque immensum quiddam et hinc sumpsere, quoniam non aliunde sagmina in remediis publicis fuere et in sacris legationibusque verbenae. certe utroque nomine idem significatur, hoc est gramen ex arce cum sua terra evolsum, ac semper e legatis, cum ad hostes clarigatumque mitterentur, id est res captas clare repetitum, unus utique verbenarius vocabatur*; Fest. s.v. '*sagmina*' 424, 426 (L.): *Sagmina vocantur verbenae, id est herba purae, quia ex loco sancto arcebantur a consule praetoreve, legatis proficiscentibus ad foedus faciendum bellumque indicendum; vel a sanciendo, id est confirmando*; D. 1, 8, 8, pr.-1 Marcian. 4 reg.: *Sanctum est, quod ab iniuria hominum defensum atque munitum est. Sanctum autem dictum est a sagminibus: sunt autem sagmina quaedam herbae, quas legati populi Romani ferre solent, ne quis eos violaret, sicut legati Graecorum ferunt ea quae vocantur Cerycia.*

<sup>355</sup> Questa la tesi di P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, cit., p. 235.

<sup>356</sup> Questa la prospettiva di D. SABBATUCCI, *Lo Stato come conquista culturale*, cit., p. 142.

<sup>357</sup> Si utilizza infatti '*effata*', termine tipico del linguaggio augurale: P. CATALANO, *Contributi*, cit., p. 276 ss. e 289 ss.

Al di là del forte formalismo che permea l'attività, che si chiude con l'uccisione del *porcus* con il *lapis silex*<sup>358</sup>, tesa a simboleggiare la punizione divina in caso di violazione del trattato, l'accordo è stipulato non solo con la comunità straniera, ma anche -e soprattutto- con la divinità, la quale potrà legittimamente punire il popolo romano per il caso in cui questo violi il *foedus* per primo, per pubblica deliberazione, e se sarà fatto con *dolus malus*: trattasi di tre condizioni che debbono verificarsi cumulativamente<sup>359</sup>. In particolare, ovviamente, la violazione del *foedus* è possibile anche singolarmente per il singolo cittadino, ma questo non comporta la punizione divina, e la riparazione consiste nella consegna dell'inadempiente alla comunità offesa<sup>360</sup>.

L'inosservanza di questa procedura, che investe tutto il *populus Romanus*, secondo precisi contorni giuridico-religiosi, non può e non deve essere disattesa: da qui l'esigenza di escogitare un rimedio, una 'riparazione', nel caso in cui si crei un conflitto tra una promessa effettuata da un comandante romano *iniussu populi Romani* di concludere un trattato con una comunità straniera, e il disonore, lo *scelus impium*, di disattendere una promessa<sup>361</sup> di un individuo del popolo romano. Il rimedio è la *deditio*, e cioè la consegna del comandante romano, che dimostra «l'alterità della entità politica con cui Roma tratta, e la consapevolezza del fatto che si vanno ad instaurare rapporti fra comunità, e non fra individui, per cui è necessario che chi tratta abbia ricevuto un'investitura formale, onde poter validamente rappresentare la propria comunità»<sup>362</sup>. La stessa *deditio* deve essere *iusta*, con la consegna dei 'colpevoli' nudi e con le mani dietro la schiena<sup>363</sup>, secondo la seguente formula che ci tramanda sempre Livio:

Liv. 9.10.9: *Quandoque hisce homines iniussu populi Romani Quiritium foedus ictum iri sponponderunt atque ob eam rem noxam nocuerunt, ob eam rem quo populus Romanus scelere impio sit solutus hosce homines vobis dedo.*

Credo sia il caso di esaminare anche altri tipi di conflitti, risolti dal collegio dei feziali, prima di esaminare come la soluzione dell'*indictio belli* sia considerata come un'*extrema ratio* dato il ruolo premimente della *rerum repetitio*: spetterebbe<sup>364</sup> al collegio dei feziali decidere se un cittadino romano

<sup>358</sup> Sul tema, anche per una compiuta bibliografia giuridica, storica ed etimologica, rimando a G. TURELLI, "*Audi Iuppiter!*": il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana, cit., pp. 80-81.

<sup>359</sup> F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, (tr. G. NOCERA), Firenze 1975, p. 58 ss.

<sup>360</sup> Vedi P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, cit., p. 119 ss.

<sup>361</sup> Si veda F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II, cit., p. 39 ss.

<sup>362</sup> M. R. CIMMA, *I feziali e il diritto internazionale antico*, cit., p. 26.

<sup>363</sup> Liv. 9.10.7: *Praegressi fetiales ubi ad portam venero, vestem detrahi pacis sponsoribus iubent, manus post tergum vinciri. Cum apparitor verecundia maiestatis Postumi laxo vinciret, "quin tu" inquit "adduces lorum, ut iusta fiat deditio?"*

<sup>364</sup> Il dato non è indiscusso, basti leggere Cic. *leg. 2.21: Foederum, pacis belli, induciarum oratorum fetiales indices non sunt: bella disceptant*. Sulla questione si veda T. R. S. BROUGHTON, *Mistreatment of Foreign Legates And the Fetial Priests: Three Roman Cases*, in *Phoenix* 41 (1987), pp. 51-52, anche per una compiuta raccolta delle fonti oltreché per la bibliografia in materia.

abbia violato la *sacrosanctitas* di un ambasciatore di una comunità straniera<sup>365</sup>, oltre al ruolo affidati ad essi della semplice consegna del cittadino romano alla comunità offesa, secondo quanto ci tramanda Varrone:

Varro, *de vita pop. Rom.* 3.111 in *Nonius* 529, s.v. *'fetiales'*: *Si autem legati violati essent, qui id fecissent, quamvis nobiles essent, uti dederetur civitati, statuerunt; fetialesque viginti, qui de his rebus cognoscerent, indicarent et statuerent, constituerunt.*

Il ruolo 'attivo' dei *fetiales* in materia di 'diritto internazionale' o di 'diritto pubblico esterno'<sup>366</sup>, come collegio esperto in materia, o meglio, come custode della sacralità del tecnicismo giuridico-religioso in materia di rapporti tra comunità, è confermato dal seguente passo di Livio:

Liv. 36.3.7-12: *consul deinde M'. Acilius ex senatus consulto ad collegium fetialium rettulit, ipsine utique regi Antiocho indicetur bellum, an satis esset ad praesidium aliquod eius nuntiari; et num Aetolis quoque separatim indici iuberent bellum, et num prius societas et amicitia eis renuntianda esset quam bellum indicendum. fetiales responderunt, iam ante sese, cum de Philippo consulerentur, decreuisse nihil referre, ipsi coram an ad praesidium nuntiaretur; amicitiam renuntiatam uideri, cum legatis totiens repetentibus res nec reddi nec satisfieri aequum censuissent; Aetolos ultro sibi bellum indixisse, cum Demetriadem, sociorum urbem, per uim occupassent, Chalcidem terra marique oppugnatam essent, regem Antiochum in Europam ad bellum populo Romano inferendum traduxissent.*

Il collegio dei feziali, come si vede, è investito della questione, sotto il profilo tecnico-giuridico, per decidere se il comportamento dell'altra comunità costituisca o meno una violazione degli impegni assunti, in una sorta di funzione di 'consulenza' poiché la «decisione politica viene presa in altra sede»<sup>367</sup>, che non può non essere quella del senato.

Come dicevo, la funzione della *rerum repetitio* è di notevole interesse, poiché dimostra appieno la concezione del *bellum* nel sistema giuridico-religioso romano, nel senso che viene considerato un mezzo di risoluzione estremo, soltanto nel caso in cui non si pervenga ad una giusta sistemazione degli interessi confliggenti:

Liv. 1.32.6-10: *Legatus ubi ad fines eorum venit unde res repetuntur, capite velato filo—lanae velamen est—"Audi, Iuppiter" inquit; "audite, fines"—cuiuscumque gentis sunt, nominat—; "audiat fas.*

<sup>365</sup> M. R. CIMMA, *I feziali e il diritto internazionale antico*, cit., p. 29.

<sup>366</sup> Espressione di M. R. CIMMA, *I feziali e il diritto internazionale antico*, cit., p. 28.

<sup>367</sup> *Ibidem*, p. 29.

*Ego sum publicus nuntius populi Romani; iuste pieque legatus venio, verbisque meis fides sit." Peragit deinde postulata. Inde Iovem testem facit: "Si ego iniuste impieque illos homines illasque res dedier mihi exposco, tum patriae compotem me nunquam siris esse." Haec, cum fines suprascandit, haec, quicumque ei primus vir obvius fuerit, haec portam ingrediens, haec forum ingressus, paucis verbis carminis concipiendique iuris iurandi mutatis, peragit. Si non deduntur quos exposcit diebus tribus et triginta—tot enim sollemnes sunt—peractis bellum ita indicit: "Audi, Iuppiter, et tu, Iane Quirine, dique omnes caelestes, vosque terrestres vosque inferni, audite; ego vos testor populum illum"—quicumque est, nominat—"iniustum esse neque ius persolvere; sed de istis rebus in patria maiores natu consulemus, quo pacto ius nostrum adipiscamur." Tum nuntius Romam ad consulendum redit.*

Il feziale, che data la gravità del formalismo non può non essere uno, prima di dichiarare *iniustus* il popolo<sup>368</sup> che rifiuta il *ius persolvere*, e quindi l'adempimento del debito, tramite la *testatio deorum* (che segna la solida base sacrale per l'indizione della guerra e per far sì che la *consultatio patrum* si muova in conformità al *fas*), compie dei rituali volti a 'scongiurare' il prosieguo della procedura per l'indizione della guerra. Infatti il sacerdote, mentre supera il confine del territorio del popolo nemico, invoca dapprima *Iuppiter*, i *fines* e il *fas* proclamandosi *publicus nuntius*<sup>369</sup> del popolo romano inviato *iuste pieque*, e poi invoca l'ira di Giove nel caso in cui le sue richieste non siano giuste, ripetendo il tutto ogni volta che incontra il primo uomo entrando nella comunità nemica, nella città e nel foro. Ripete la procedura per altre due volte per il caso in cui il popolo nemico non pervenga al giusto adempimento di ciò che si chiede (intervallate ciascuna da dieci giorni di tempo, che dimostrano tempi utili al fine di offrire la possibilità alla comunità di organizzarsi per il soddisfacimento delle richieste), ed attestata l'inadempienza dal trascorrere di trenta<sup>370</sup> giorni dall'ultimo dei tentativi, compie la *testatio deorum*; infine, dopo aver annunciato su cosa avverrà la *consultatio patrum*, torna a Roma per consultare i *maiores*.

Risulta evidente quindi, come con il '*res repetere*' il sacerdote richieda insistentemente la consegna (*exposco*) di *homines*<sup>371</sup> e *res*, senza possibilità di trattative<sup>372</sup>: in definitiva «la *rerum repetitio* è collegata, in

<sup>368</sup> La mancanza di una indicazione specifica del popolo nemico attesta che Livio sembra aver preso spunto proprio da un formulario: A. CALORE, *Forme giuridiche del 'bellum iustum'*, Milano 2003, p. 63 nt. 61

<sup>369</sup> B. ALBANESE, «*Res repetere*» e «*bellum indicere*» nel rito feziale (*Liv. 1.32.5-14*), cit., p. 14, è convinto che sebbene non venga indicata nel formulario una procedura per una rituale invistitura, questa esista come per il caso della conclusione dei *foedera*.

<sup>370</sup> Trenta o trentatré, come sostiene G. TURELLI, "*Audi Iuppiter!*": il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana, cit., p. 87.

<sup>371</sup> Che possono essere tanto i cittadini romani rapiti, quanto quelli responsabili dell'offesa verso Roma, come precisa G. TURELLI, "*Audi Iuppiter!*": il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana, cit., p. 96 nt. 238.

<sup>372</sup> Ciò difende la natura sacerdotale dei feziali contro la qualificazione di legati, ed infatti coerentemente *Ibidem*, p. 131: «È mia opinione che la *rerum repetitio* del rito feziale non comprendesse trattative, almeno non nella forma che esse hanno assunto con l'affermazione di una diplomazia di stampo greco-ellenistico, a partire dalla fine del IV secolo a.C. Il rituale dello *ius fetiale* non mi sembra conceda spazio a soluzioni compromissorie di natura politico-diplomatica».

chiave esplicativa, al costume romano di non combattere una guerra che non fosse 'pia'<sup>373</sup>. Solo quindi se non si pervenga all'adempimento di quanto dovuto, si procede alla rimessione della decisione dell'apertura del conflitto, tramite la consultazione dei *patres* interrogati dal *rex* secondo uno schema anche qui pregno di formalismo:

Liv. 1.32.11-12: *Confestim rex his ferme verbis patres consulebat: "Quarum rerum litium causarum condixit pater patratus populi Romani Quiritium patri patrato Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis, quas res nec dederunt nec solverunt nec fecerunt, quas res dari fieri solvi oportuit, dic" inquit ei quem primum sententiam rogabat, "quid censes?" Tum ille: "Puro pioque duello quaerendas censeo, itaque consentio consciscoque." Inde ordine alii rogabantur; quandoque pars maior eorum qui aderant in eandem sententiam ibat, bellum erat consensus.*

Come si vede, il sacerdote non partecipa a questa 'seconda fase'<sup>374</sup> della procedura per l'indizione della guerra, e la sua attività preliminare risulta esser comunque propedeutica alla partecipazione del potere 'civile' che di tal guisa può esser conforme al dato religioso-sacrale, secondo i giusti binari del *fas*, per una potenziale guerra conforme a *pietas* e *iustitia*. Di certo si assiste ad una partecipazione diversa del *populus Romanus*<sup>375</sup>, rispetto alla procedura per la conclusione dei *foedera* sopraesaminata, ma tutto secondo un preciso rituale condotto dal *rex* attraverso le singole *rogationes* ai *maiores* che risalta «l'adesione alla volontà che emerge implicitamente dalla *rogatio*, nel tratto che sottolinea l'illiceità del comportamento degli stranieri»<sup>376</sup>.

Come di consueto, in conformità con quanto già esaminato<sup>377</sup>, è la *maior pars* del senato a decidere sulla questione: ogni singolo senatore manifesta esplicitamente la propria posizione, ove però la decisione non è per una guerra *sic et simpliciter*, ma per un *purum piumque duellum*<sup>378</sup>, espressione che

---

<sup>373</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>374</sup> Per approfondimenti e bibliografia sulla *consultatio patrum*, vedasi G. TURELLI, "*Audi Iuppiter!*": il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana, cit., pp. 101-109.

<sup>375</sup> È discusso che il popolo partecipi direttamente alla deliberazione, accanto alla pronuncia del senato, soprattutto se si tiene conto della formula di *indictio belli* riportata in Liv. 1.32.12-14, che riporta appunto la menzione del voto del popolo accanto alla decisione dei *maiores*. La esclude B. ALBANESE, «*Res repetere*» e «*bellum indicere*» nel rito feziale (Liv. 1.32.5-14), cit., p. 41 ss. e anche G. MANCUSO, *Studi sul decretum nell'esperienza giuridica romana*, in *AUPA*, 40 (1988), p. 89. Ampia ricostruzione, anche delle fonti, in G. TURELLI, "*Audi Iuppiter!*": il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana, cit., p. 108 nt. 276.

<sup>376</sup> B. ALBANESE, «*Res repetere*» e «*bellum indicere*» nel rito feziale (Liv. 1.32.5-14), cit., p. 39.

<sup>377</sup> V. *supra*, § 5 del presente capitolo.

<sup>378</sup> C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, cit., p. 57, ritiene che la risposta dei senatori contenga una «autodichiarazione di purezza rituale che serva a mantenere intatto il rapporto tra la comunità stessa e le divinità». Vedi per un'indagine anche etimologica di '*duellum purum*' G. TURELLI, "*Audi Iuppiter!*": il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana, cit., p. 104 nt. 267.

conferma l'importanza dell'operato svolto dal feziale precedentemente, che 'giustifica' la possibilità di deliberare l'indizione della guerra, data l'assenza di *rerum repetitio*.

Infine, la sacralità della procedura è confermata dall'ultima fase prevista per l'indizione della guerra<sup>379</sup>, che è rimessa sempre al feziale: non mi sembra che l'*bastae emissio* e l'*indictio belli* in suolo nemico possano essere relegate al semplice ruolo di "notifica"<sup>380</sup> della decisione del senato, perché oltre a rimarcare la 'competenza' del collegio dei feziali nei rapporti con le comunità straniere<sup>381</sup>, conferma ancora una volta che lo *ius* deve sempre essere conforme al *fas*<sup>382</sup>.

---

<sup>379</sup> Liv. 1.32.12-14: *Fieri solitum ut fetialis bastam ferratam aut praestam sanguineam ad fines eorum ferret et non minus tribus puberibus praesentibus diceret: "Quod populi Priscorum Latinorum hominesque Prisci Latini adversus populum Romanum Quiritium fecerunt deliquerunt, quod populus Romanus Quiritium bellum cum Priscis Latinis iussit esse senatusque populi Romani Quiritium censuit consensit conscivit ut bellum cum Priscis Latinis fieret, ob eam rem ego populusque Romanus populi Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis bellum indico facioque." Id ubi dixisset, bastam in fines eorum emittebat. Hoc tum modo ab Latinis repetitae res ac bellum indictum, moremque eum posterius acceperunt.*

<sup>380</sup> Espressione di G. TURELLI, "*Audi Iuppiter!*": il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana, cit., p. 108.

<sup>381</sup> *Ibidem*, p. 109: «Si ricorderà infatti che, congedandosi dopo la *testatio*, il feziale aveva dichiarato che i *maiores* avrebbero deliberato sul modo di far valere il proprio diritto (*quo pacto ius nostrum adipiscamur*): in esito alla procedura, il gesto si pone in continuità con quell'avvertimento».

<sup>382</sup> Vedi ampiamente il §1 del cap. 2.



## IV

### SOLUZIONE DEI 'CONFLITTI' NELLO *IUS PRIVATUM*: TECNICHE E STRUMENTI

#### 1. *Personae*

Per l'esame delle situazioni 'conflittuali' che attengono alla posizione di studio dello *ius privatum*, come si evince dalla schematica propria della casistica allegata, ho scelto di utilizzare la tripartizione istituzionale gaiana:

Gai. 1.8: *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.*

Per le *personae* e le *actiones* non ho bisogno di particolari precisazioni.

Invece, per una migliore sistematicità della selezione operata, ho utilizzato per le *res* un'ulteriore suddivisione, per la quale occorrono alcuni chiarimenti.

V'è da dire innanzitutto che la tripartizione gaiana risulta essere esauriente poiché tra le *res* sono ricomprese quelle *incorporales*, quali, oltre la proprietà -che nella concezione romana si 'identifica' con la *res* che ne costituisce l'oggetto- i diritti reali limitati, l'eredità, e le obbligazioni:

Gai. 2.12-14: *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae, quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas ususfructus obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum...*

Ma Gaio opera -tra le *res*- un'ulteriore distinzione:

Gai. 2.2: *Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani.*

Si hanno dunque le *res divini iuris* e le *res humani iuris*: tra le prime, che non possono costituire oggetto di rapporti giuridici patrimoniali tra privati<sup>1</sup>, rientrano le *res sacrae, religiosae* e *sanctae*:

Gai. 2.3: *Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae.*

Gai. 2.8: *Sanctae quoque res, velut muri et portae, quodam modo divini iuris sunt.*

Per le *res humani iuris*, le quali sono accomunate dalla caratteristica di essere al servizio degli interessi dei singoli privati o della/delle collettività, si distinguono le *res humani iuris privatae* da quelle *publicae*:

Gai. 2.10-11: *Hae autem, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae. Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur. privatae sunt, quae singulorum hominum sunt.*

Questa distinzione mi è di ausilio per l'indagine operata sulle *res in usu publico*, per le quali è l'uso e non l'appartenenza a qualificarne la loro natura 'pubblica', fuori dal patrimonio del popolo:

D. 18, 1, 6 pr. Pomp. 9 ad Sab.: *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeatur, ut est campus Martius.*

Anche per queste urge una precisazione: non ho volutamente utilizzato la categoria delle *res communes omnium*, enucleata da Marciano<sup>2</sup>, perché la fonte di Gaio -che peraltro sembra rispondere agli sforzi giurisprudenziali sia di Nerazio<sup>3</sup> che di Celso<sup>4</sup>- mette sinteticamente in luce il problema, risolvendolo con il ricorso alla *universitas*, che complica ancor più le cose, tanto che, è stato autorevolmente detto: « i

<sup>1</sup> D. 1, 8, 6, 2 Marcian. 3 inst.: *Sacrae res et religiosae et sanctae in nullius bonis sunt*; I. 2, 1, 7: *Nullius autem sunt res sacrae et religiosae et sanctae: quod enim divini iuris est, id nullius in bonis est.*

<sup>2</sup> D. 1, 8, 2, 1 Marcian. 3 inst.: *Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.* I. 2, 1, 1: *Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis absteat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare.*

<sup>3</sup> D. 41, 1, 14, pr. Ner. 5 membr.: *Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, dominii fiunt.* Gaio ha spostato su un piano diverso la questione dell'appartenenza delle *res publicae*, intese come *res in nullius bonis*, poiché appartenenti al *populus* inteso «quale *universitas di cives*»; così si esprime F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani*, I, cit., p. 72 nt. 19.

<sup>4</sup> D. 43, 8, 3, pr. Cels. 39 dig.: *Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror.* Gaio «avrebbe qualificato in chiave dogmatica il consueto generico riferimento all'appartenenza delle *res publicae* al *populus Romanus*»: *ibidem*.

Romani sembrano oscillare fra l'idea di una specie di condominio di tutti i cittadini e il concetto pubblicistico della sovranità territoriale»<sup>5</sup>.

Effettuate queste sintetiche precisazioni, si procede alla analisi delle soluzioni presenti nello *ius privatum* per la risoluzione di quelle situazioni conflittuali che, a differenza di quelle che scaturiscono nello *ius publicum*, non hanno ad oggetto, o meglio, non derivano direttamente da conflitti tra 'poteri', ma da conflitti tra 'diritti': invece è rimesso al singolo il 'potere-diritto' come soluzione<sup>6</sup>.

Si principia dunque, muovendosi lungo la tabella allegata, che come detto segue Gaio, dalle *personae*.

Sebbene sia noto che l'origine del termine '*persona*' sia da ricollegare alla 'maschera da teatro' con cui gli attori nascondevano il proprio volto nell'esercizio della loro arte, è opportuno riportare l'etimologia - da considerarsi scorretta<sup>7</sup> - riportata da Gellio e risalente a Gavio Basso:

Gell. 5.7: *Lepide mi hercules et scite Gavius Bassus in libris, quos de origine vocabulorum composuit, unde appellata "persona" sit, interpretatur; a personando enim id vocabulum factum esse coniectat. 2 Nam "caput" inquit "et os coperimento personae tectum undique unaque tantum vocis emittendae via pervium, quoniam non vaga neque diffusa est, set in unum tantummodo exitum collectam coactamque vocem ciet, magis claros canorosque sonitus facit. Quoniam igitur indumentum illud oris clarescere et resonare vocem facit, ob eam causam "persona" dicta est "*

Gavio Basso, dunque, come tramandatoci da Gellio insisterebbe sul suono della voce come elemento caratterizzante la persona: il fatto che sia la voce a fare la '*persona*' dimostrerebbe quindi come dalla sola voce possa promanare la volontà, con la conseguenza che senza 'voce' non vi sarebbe 'persona'. Questa immagine racchiude tutti i limiti di partenza per la costruzione, nella visione concreta propria dell'esperienza giuridica romana, del concetto di 'persona giuridica'<sup>8</sup>.

Se è vero che nel diritto romano il termine *persona* mai viene compiutamente associato a quello che nei tempi odierni prende, con una diversa veste, il significato di 'persona giuridica', altrettanto vero è che non si può escludere che i giuristi abbiano operato, sia pure in maniera immanente, con il concetto di 'personalità giuridica'.

In effetti sia che leggiamo Cicerone:

---

<sup>5</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1949 (X ed.), p. 172.

<sup>6</sup> Se per lo *ius publicum* il conflitto non può che attenersi, alla radice, al campo dei poteri, nello *ius privatum* il conflitto è generato da diritti, attribuiti a diversi (con)titolari, che in egual modo possono esercitarli; la soluzione, tanto per il diritto pubblico quanto per il diritto privato (a conferma che sono soltanto due mere diverse posizioni di studio), non può che essere (eccezione fatta per i casi in cui si ricorra alla soluzione estrema della *sortitio*, come visto) l'attribuzione di un 'potere-diritto' al singolo, inteso come 'potere ad esercitare un diritto': si pensi (vedasi *supra*, cap. III) all'*intercessio tribunicia* (soluzione che è permessa dalla *sacrosanctitas* che si contrappone agli *auspicia*) o -come si vedrà- allo *ius prohibendi* nel *consortium erecto non cito*, che discende da una contitolarità nel diritto sulla cosa.

<sup>7</sup> Di quest'avviso, tra gli altri, anche A. BISCARDI, *Rappresentanza sostanziale e processuale nei 'collegia' in diritto romano*, cit., p. 2.

<sup>8</sup> Per tutti, sul tema: R. ORESTANO, *Il "problema delle persone giuridiche" in diritto romano I*, cit.

Cic. *de off.* 1.124: *Est igitur proprium munus magistratus intellegere se gerere personam civitatis debereque eius dignitatem et decus sustinere, servare leges, iura describere, ea fidei suae commissa meminisse.*

che Florentino, almeno così escerpito<sup>9</sup>, nei *Digesta*:

D. 46, 1, 22 Flor. 8 *inst.*: *Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiusor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.*

si richiede sempre che vi sia un soggetto (fisico) a manifestare la volontà per enti 'diversi', o di "soggetti giuridici impersonali"<sup>10</sup>.

Ed allora i giureconsulti classici, per elaborare le dottrine dei *collegia* o dei *corpora* come soggetto diverso da coloro che li componevano, si ancorarono alle concezioni del *populus Romanus*, delle *civitates*, dei *municipia* e delle *coloniae*, tant'è che basti ricordare ciò che afferma Alfeno Varo:

D. 5, 1, 76 Alf. 6 *dig.*: *Proponebatur ex his iudicibus, qui in eandem rem dati essent, nonullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur, singulorum iudicum mutatio eandem rem an aliud iudicium fecisset. respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes iudices mutati essent, tamen et rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere: neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, sed et in multis ceteris rebus: nam et legionem eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subiecti essent: et populum eundem hoc tempore putari qui abhinc centum annis fuissent, cum ex illis nemo nunc viveret: itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret quae non nova fuisset, nihilo minus eandem navem esse existimari. quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore ut ex eius ratione nos ipsi non idem essemus qui abhinc anno fuisset, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis constitueremus, hae cottidie ex nostro corpore decederent aliaeque extrinsecus in earum locum accederent. quapropter cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari.*

Proprio sulla scorta di queste ricostruzioni, Albertario ha affermato che gli usi dei termini *corpus* e *universitas* indicherebbero che i classici avevano una concezione «concreta» (di «collettività»), mentre i postclassici ne avevano una «astratta» (di «unità»)<sup>11</sup>. Contro, Orestano ha dimostrato che le due concezioni sono presenti sia nei classici sia nei postclassici e giustiniani, poiché l'uso dei termini *corpus* e *universitas* in senso astratto, senza più un riferimento concreto a quella che Albertario chiama «collettività reale», va connesso alla «trasformazione della posizione delle *civitates* e delle corporazioni rispetto all'ordinamento»<sup>12</sup>. E tuttavia l'astrazione non ne risulta completa, come per il concetto di *populus Romanus*: anche per i *collegia* e i *municipia* l'astrazione viene contenuta, sia dai giuristi che dagli imperatori; ciò non per una riluttanza all'astrazione intesa come mancanza di «espressione tecnica» per

<sup>9</sup> Per l'interpolazione: A. BISCARDI, *Rappresentanza sostanziale e processuale nei 'collegia' in diritto romano*, cit., p. 3.

<sup>10</sup> Così li chiama A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 1981, pp. 280-285.

<sup>11</sup> E. ALBERTARIO, *Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica*, in ID., *Studi di diritto romano*, 1, Milano 1993, p. 97 ss. Vedasi anche P. CATALANO, *Il populus Romanus e il «problema delle persone giuridiche»*, cit., p. 17.

<sup>12</sup> R. ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, cit., pp. 152-167.

«tutta una serie di concetti importanti, quale quello della capacità giuridica»<sup>13</sup>, perché contro basti ricordare come in D. 3.4.7.2<sup>14</sup> si veda una costruzione per cui la titolarità dello *ius omnium* spetta al *nomen universitatis*, ma perché «non basta constatare l'assenza, presso gli antichi giuristi romani, di certi concetti astratti; ciò che importa è individuare quali siano i concetti (astratti o concreti) da essi adoperati e quali ne siano i concreti presupposti psicologici e sociali».<sup>15</sup>

Il fenomeno 'associativo' nel diritto romano ha origini assai vetuste, secondo quanto ci riferisce Gaio:

D. 47, 22, 4, Gai. 4 *ad l. XII tab.*: *Sodales sunt, qui eiusdem collegii sunt: quam Graeci ἑταιρείαν vocant. his autem potestatem facit lex pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant. sed haec lex videtur ex lege Solonis tralata esse. nam illuc ita est: ἔάν δὲ δῆμος ἢ φράτορες ἢ ἱερῶν ὀργίων ἢ ναῦται ἢ σύσσιτοι ἢ ὀμόταφοι ἢ θιασῶται ἢ ἐπὶ λείαν οἰχόμενοι ἢ εἰς ἐμπορίαν, ὅτι ἂν τούτων διαθῶνται πρὸς ἀλλήλους, κύριον εἶναι, ἔάν μὴ ἀπαγορεύσῃ δημόσια γράμματα.*

Quindi secondo Gaio la legge (delle Dodici Tavole) *facit potestatem* ai *sodales* (i membri di quei collegi che presso i Greci venivano chiamati 'eterie') *pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex lege publica corrumpant*: ne discende quindi l'attribuzione alle associazioni della potestà di darsi lo statuto che desideravano purché non si violassero le leggi. Ed è stato osservato che la disposizione non si spiegherebbe «se non supponendo che le *pactiones* degli associati valessero altresì di fronte ai terzi»<sup>16</sup>, poiché è regola generale che i privati non possano che concludere patti entro i limiti delle leggi<sup>17</sup> (e quindi non si necessiterebbe di disposizione alcuna).

Ma questo riconoscimento, non operava come apertura alla creazione di soggetti unitari, intesi come nuovi e distinti dai singoli associati: questi *collegia*, come del resto le organizzazioni territoriali 'pubbliche' sorte posteriormente con la espansione politica di Roma nella penisola, erano concepiti in senso collettivistico, in ossequio agli arcaici *consortia* (*consortium fratrum erecto non cito, consortium ad exemplum fratrum suorum*) con la sola differenza che «daddove nel *consortium* erano partecipi determinate persone e non altre (collettività chiusa), i membri dei *collegia* e degli enti pubblici territoriali erano mutevoli, in quanto destinati a rinnovarsi incessantemente (collettività aperte)». Ed infatti alcune testimonianze giuridiche di tale originaria concezione le si ritrovano in età più avanzata quando si parla di *res communes* e di *arca communis* per l'indicazione del patrimonio e della cassa di una corporazione privata, oppure

<sup>13</sup> F. SCHULZ, *I principii del diritto romano* (a cura di V. ARANGIO-RUIZ), Firenze 1946, pp. 34-38.

<sup>14</sup> D. 3, 4, 7, 2 Ulp. 10 *ad ed.*: *In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneat an pars maneat vel omnes immutati sint. sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis.*

<sup>15</sup> P. CATALANO, *Il populus Romanus e il «problema delle persone giuridiche»*, cit., p. 18.

<sup>16</sup> U. COLI, *Collegia e sodalitates. Contributo allo studio dei collegi nel diritto romano*, Bologna 1913, p. 124 ss.

<sup>17</sup> D. 2.14.38 Pap. 2 *quaest.*: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.*

quando si pensi a negozi posti in essere dalla *plebs universa collegii*, o ancora quando si individuano le *res municipii* con il nome di *res communes* e financo nel caso pratico per il quale si suole indicare il *municipium* o la *colonia* non con il nome della località, ma con il nome dei suoi abitanti (*Ariminenses, Capuani, Cumani, Lucenses, Piacentini, Tatentini, Tusculani...*).

Ed allora, se la concezione iniziale si sposa appieno con la concretezza propria dell'esperienza giuridica romana, ci si chiede poi se si sia potuto arrivare al delineamento di un qualcosa di diverso rispetto ai singoli, di un qualcosa in cui «l'aspetto dell'unità prevale su quello della pluralità»<sup>18</sup>.

Sicuramente a favore di questa costruzione sono intervenuti gli effetti della *lex Iulia de collegiis*, fatta votare da Augusto nell'anno 7 a.C.<sup>19</sup>: detta legge dispose lo scioglimento di tutte le associazioni esistenti, eccezion fatta per qualche ristretto numero di *collegia* e *sodalitates* di antica tradizione, richiedendo per la costituzione di nuovi (*collegia licita*) l'approvazione preventiva del senato, sostituita poi dall'autorizzazione del *princeps*; solo più tardi vennero previste agevolazioni per la costituzione di *collegia* aventi finalità religiose.

Sempre Gaio, dopo aver precisato che non tutte le associazioni autorizzate sono di conseguenza classificabili come *corpora*, afferma:

D. 3, 4, 1, 1 Gai. 3 *ad ed. provinc.*: *Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.*

Ed allora, sulla scorta di ciò, ben si comprende come poi Marciano abbia potuto nelle sue *Institutiones*, trattare nel modo che segue delle cose che non sono di pertinenza dei singoli:

D. 1, 8, 6, 1 Marcian. 3 *inst.*: *Universitatis sunt non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum. ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed universitatis et ideo tam contra civem quam pro eo posse servum civitatis torqueri divi fratres rescripserunt. ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in ius aliquem ex civibus.*

Se Gaio e Marciano ci lasciano intravedere delle basi per la costruzione dogmatica di un concetto che riconduca ad unità la pluralità per il modello delle organizzazioni territoriali, e che possa essere

---

<sup>18</sup> P. CATALANO, *Il populus Romanus e il «problema delle persone giuridiche»*, cit., p. 23.

<sup>19</sup> *CIL*, VI, 4416; *FIRA*, III<sup>2</sup>, 38, p. 111

considerato come la «dottrina *in fieri* della personalità dei *collegia*»<sup>20</sup>, Ulpiano sembra segnare un punto di arrivo per una concezione più ‘matura’:

D. 3, 4, 7, 1 Ulp. 10 *ad ed.*: *Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent.*

Ed allora, posto che è oltremodo discussa la ‘soggettività giuridica’ di quelle che oggi chiameremmo ‘fondazioni’<sup>21</sup> - o comunque quelle organizzazioni ove l’elemento materiale è prevalente rispetto a quello personale<sup>22</sup>, in quanto nemmeno quelle istituzioni alimentari create da Nerva e Traiano riuscirono ad ottenere la configurazione di un centro di imputazione di diritti ed obblighi<sup>23</sup> - le diverse figure di associazioni e corporazioni dotate di quella che noi oggi chiameremmo ‘personalità giuridica privata’ possono racchiudersi sinteticamente nei seguenti tipi<sup>24</sup>:

- *collegia* con finalità religiose, o con fine mutualistico (*collegia tenuiorum*)<sup>25</sup>, o per incontri conviviali o comunque per fini ricreativi (*collegia symphonicorum*), nonché per onoranze funebri (*collegia funeraticia*);
- associazioni con finalità economiche (*collegia aurifodinarum, argentifodinarum, eborariorum, salinarum, fontanorum*, etc.), fra cui si possono ricondurre anche le *societates publicanorum*, costituite per l’appalto delle imposte e degli *ultra tributa*;
- più in avanti, qualche associazione di arti e mestieri, come ad esempio i *navicularii, fabri, fullones, pharmacopolae* e via dicendo.

Orbene, chiariti i contorni degli sforzi giurisprudenziali intorno alla creazione del collegio inteso come ‘ente’ distinto dalle singole persone fisiche che lo compongono, ricorro a due fonti che si occupano del numero dei partecipanti al collegio: una per chiarire le modalità di funzionamento interne al collegio stesso, l’altra per esplicitare in maniera estrema il risultato definitivo della riconduzione ad unità della pluralità.

Per la costituzione del collegio si richiede che il numero minimo di tre:

---

<sup>20</sup> A. BISCARDI, *Rappresentanza sostanziale e processuale nei ‘collegia’ in diritto romano*, cit., p. 9.

<sup>21</sup> Vedasi per una ricostruzione della problematica: G. SAVAGNONE, *Le corporazioni-fondazioni*, cit.

<sup>22</sup> Sulla poca rilevanza di detta distinzione si veda R. ORESTANO, *Il “problema delle persone giuridiche” in diritto romano I*, cit., p. 101.

<sup>23</sup> Sul tema A. BISCARDI-G. SCHERILLO, *La fortuna di Veleia nella storiografia giuridica*, in *Atti del III Convegno di studi veleiani* (Milano-Varese, 1969), p. 23.

<sup>24</sup> Accanto ai *collegia privata*, che perseguivano pressoché interessi privati (in qualche caso però gli stessi *collegia privata* «avevano fini parzialmente legati alla sfera del diritto pubblico»: A. BISCARDI, *Rappresentanza sostanziale e processuale nei ‘collegia’ in diritto romano*, cit., p. 10), vi erano le *sodalitates* che perseguivano interessi di natura pubblica (*montani, pagani, vicini, decuriae apparitorum*, etc.).

<sup>25</sup> Vi potevano partecipare anche schiavi, purché i padroni lo consentissero.

D. 50, 16, 85, 0 Marcell. 1 dig.: *Neratius Priscus tres facere existimat "collegium", et hoc magis sequendum est.*

Prima di tirare alcune conclusioni, premetto alcune doverose, sia pur brevi, considerazioni.

Infatti, non potendomi concentrarmi appieno sui profili di ‘rappresentanza’ verso i terzi del collegio, mi limito a dire che se per le organizzazioni territoriali (come esemplarmente i municipi e le colonie) agivano i magistrati locali competenti<sup>26</sup>, per i *collegia* privati la nomina di un rappresentante era comunque imprescindibile<sup>27</sup>: d'altronde sotto il profilo della ‘rappresentanza processuale’, prendendo atto che il rappresentante del *municipium* o del *collegium*, ben «può essere paragonato al *procurator*» e «al *tutor* o al *curator furiosi vel pupillii* come colui che partecipa alla *litis contestatio*»<sup>28</sup>, al fine di far valere un interesse non proprio<sup>29</sup>, il tenore della formula (a favore o contro) realtiva ad un giudizio che vede l'intervento di un rappresentante dell'*universitas*, non può che essere quello riportato da Gaio per le *actiones alieno nomine constitutae*:

Gai. 4.86: *qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. nam si verbi gratia L. Titius pro p. Maevio agat, ita formula concipitur: si paret Numerium Negidium Publio Maevio sestertium X milia dare oportere, iudex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium X milia condemna. si non paret, absolve; in rem quoque si agat, intendit: Publii Maevii rem esse ex iure Quiritium, et condemnationem in suam personam convertit.*

Ciò dimostra quindi, come fosse necessario che una singola persona rappresentasse l'unità diversa dai singoli che componevano il collegio o l'*universitas*, sia per il compimento di attività negoziali che per rispondere (o porre in essere) attività processuali: ciò non toglie che il profilo della rappresentanza è cosa diversa dal momento gestorio.

Ed infatti è proprio sotto il profilo gestorio -*rectius*: decisionale- che l'opinione di Nerazio Prisco, sì come riportata da Marcello è di estrema rilevanza: il numero dispari dei componenti del collegio ne rende possibile il funzionamento, assicurando il raggiungimento di una maggioranza in seno al collegio stesso. La volontà, con il principio della maggioranza, diventa ‘collettiva’, e diviene propria del collegio, come se provenisse da questo: se invece fosse stato ammesso il numero di due componenti, allora, onde evitare paralisi decisionali, la soluzione sarebbe stata quella dell'unanimità, e come nel *consortium ercto non cito*, la volontà non può dirsi ‘collettiva’ bensì ‘comune’.

<sup>26</sup> Salva la nomina di speciali rappresentanti: vedasi A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 282.

<sup>27</sup> Vedasi G. IMPALLOMENEI, *Persona giuridica (diritto romano)*, in *NNDI*, XII (1965), p. 1028 ss.

<sup>28</sup> A. BISCARDI, *Rappresentanza sostanziale e processuale nei 'collegia' in diritto romano*, cit., p. 14.

<sup>29</sup> D. 44, 2, 11, 7 Ulp. 75 *ad ed.*: *Hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt: inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum: ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit.*

Tutto ciò viene confermato dalla seconda fonte che mi sono riservato di citare:

D. 3, 4, 7, 2 Ulp. 10 *ad ed.*: *In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant an pars maneant vel omnes immutati sint. sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum recciderit et stet nomen universitatis.*

Anche il rimanere di uno solo dei componenti non osta alla riconduzione degli effetti verso la collettività: mi sembra che questo passo rappresenti *sine dubio* l'apice della costruzione operata intorno alla riconduzione della pluralità ad un'unità distinta dai singoli soggetti che la compongono, poiché il singolo non è più visto come soggetto a se stante, ma (se pur da solo) come mero 'partecipe' di un'entità diversa, con un marcato allontanamento dal campo della concretezza verso l'inizio di un percorso che porterà ad un più completo processo di astrazione nei secoli successivi.

Si passa ora all'esame della nomina del *tutor dativus*, per il quale viene adottato il criterio della maggioranza all'interno del collegio tribunizio, nonché della contutela, ove il 'conflitto' tra più tutori può essere risolto tramite gli schemi della tutela divisa ed indivisa, come si vedrà.

Innanzitutto, per la nomina del *tutor dativus*, e per i fini che mi interessano, è opportuno subito sottolineare che -come già detto nel commento alla casistica afferente allo *ius publicum*<sup>30</sup>- il fatto che il diritto privato romano concepisse la possibilità di una decisione a maggioranza da parte dei tribuni, costituisce una solida argomentazione a favore del ripudio di tale meccanismo decisionale per l'esercizio dell'*intercessio*, ove l'interesse è verso l'intera *plebs*, e non verso il singolo cittadino<sup>31</sup>.

Due risultano essere i passi utili ai fini della disamina del meccanismo decisionale in seno al collegio:

Gai. 1, 185: *Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a praesidibus provinciarum lege Iulia et Titia.*

*Epit. Ulp. 11, 18: Lex Atilia iubet, mulieribus pupillisve non habentibus tutores dari a praetore et maiore parte tribunorum plebis, quos "tutores Atilianos" appellamus. Sed quia lex Atilia Romae tantum locum habet, lege Iulia et Titia prospectum est, ut in provinciis quoque similiter a praesidibus earum dentur tutores.*

---

<sup>30</sup> Vedasi il §3 del capitolo III.

<sup>31</sup> Il fatto che l'intervento dei tribuni della plebe sia previsto nella *lex Atilia*, del 210 a.C., dimostra come ormai si sia pervenuti ad una composizione delle due diverse *partes* del *populus Romanus*. Secondo alcuni, il requisito richiesto dalla legge consistente nella presenza del pretore e dei tribuni risulta un indice di un momento storico in cui gli interessi, affinché questa legge fosse approvata, provenivano maggiormente dalla plebe: A. GUZMÁN, *Dos estudios en torno à la historia de la tutela romana*, Pamplona, 1976, pp. 78-79; F. GRELLE, *La datio tutoris dei magistrati municipali*, in *Gli statuti municipali*, a cura di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA, Pavia 2006, p. 413; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 2, cit., pp. 247-250.

Alla *lex Atilia*<sup>32</sup> si deve dunque la creazione della *datio tutoris* ad opera dei magistrati, di cui il promotore è stato probabilmente il tribuno della plebe L. Atilio<sup>33</sup>. Con questa legge si affidava dunque al pretore e alla maggioranza dei tribuni della plebe il potere di nominare in Roma i tutori per i pupilli che ne fossero privi e per le donne *sui iuris*<sup>34</sup>. Detta legge fu seguita, circa due secoli dopo, dalla *lex*<sup>35</sup> (o dalle *leges*<sup>36</sup>) *Iulia et Titia*<sup>37</sup>.

La *lex Atilia* disciplinava la dazione del tutore per il caso in cui questo mancasse:

Gai. 1, 186-187: *et ideo si cui testamento tutor sub condicione aut ex die certo datus sit, quamdiu condicio aut dies pendet, tutor dari potest; item si pure datus fuerit, quamdiu nemo heres existat, tamdiu ex his legibus tutor petendus est; qui desinit tutor esse, posteaquam aliquis ex testamento tutor esse coeperit. ab hostibus quoque tutore capto ex his legibus tutor peti debet; qui desinit tutor esse, si is qui captus est, in civitatem reversus fuerit: nam reversus recipit tutelam iure postliminii.*

Si procede dunque alla nomina da parte del magistrato in mancanza del tutore testamentario, o per impossibilità momentanea di questo, come ad esempio per il caso in cui la nomina testamentaria sia sottesa all'adempimento di una condizione ovvero si sia in attesa dell'accettazione dell'eredità, od ancora per il caso in cui il tutore sia stato reso prigioniero dal nemico, con la conseguenza che in questo caso viene nominato un tutore la cui *auctoritas*<sup>38</sup> perdura finché non torni l'originario tutore. A ben guardare questa ultima ipotesi, sancisce una regola volta ad evitare possibili 'conflitti' tra i due diversi tutori.

Altresì, sempre per evitare 'conflitti', la nomina del tutore per mezzo del magistrato non poteva aver luogo se vi fosse un tutore legittimo<sup>39</sup> o dato per mezzo testamentario: infatti se si fosse verificata

---

<sup>32</sup> G. VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori*, Torino 2015, pp. 35-36: «È certo che la *lex Atilia* è stata emanata per colmare esigenze forti della società, quale è stato l'aumento degli impuberi divenuti orfani a seguito delle guerre: nel periodo di promulgazione della legge siamo nel pieno della II guerra contro Cartagine» e secondo F. GRELLE, *La datio tutoris dei magistrati municipali*, cit., p. 413 «a ridosso di uno dei disastri demografici indotti sia dalla prima che dalla seconda guerra punica».

<sup>33</sup> Per i problemi intorno alla datazione: G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, cit., p. 275; circa la ricostruzione delle *leges* intorno alla *datio tutoris* rimando a D. NÖRR, *Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze*, in *ZSS*, 118 (2001), pp. 1-72.

<sup>34</sup> Sul tema vedasi G. VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori*, cit., p. 33 ss.

<sup>35</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Due nuove tavolette di Ercolano relative alla nomina di tutori muliebri*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci* 1, Milano 1956, pp. 1-18

<sup>36</sup> G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, cit., p. 333.

<sup>37</sup> Disciplinavano la *datio tutoris* ad opera dei magistrati locali nelle colonie, nei municipi di cittadini romani e per le corrispondenti organizzazioni territoriali dei Latini. Sul tema vedasi P. SCIUTO, *I limiti alla competenza dei magistrati municipali in materia di datio tutoris*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VII, Milano 2007, pp. 349-391.

<sup>38</sup> Per la *tutoris auctoritas*, contributo rilevante è quello di S. SOLAZZI, *La forma della «tutoris auctoritas» e della «patris auctoritas»*, in *IVRA* 2 (1951), pp. 133-139.

<sup>39</sup> G. VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori*, cit., p. 35: «Un aspetto della esposizione gaina che ha sollevato interrogativi è l'omissione, in questo luogo, di qualsiasi accenno esplicito al tutore legittimo, di cui il giurista si è occupato brevemente in precedenza. Si è ipotizzato che questo riferimento mancasse nella *lex Atilia*, che, al momento della sua emanazione, intendeva tutelare le persone non inserite nella *gens* e che non potevano contare su un agnato prossimo o che non avevano un *pater* che potesse disporre la nomina per testamento, situazione che interessava i figli illegittimi, i liberti senza un patrono e molti plebei. L'ipotesi è suggestiva, ma difficile da provare; inoltre può essere smentita dal riferimento alla

questa situazione patologica, la nomina del secondo tutore non sarebbe stata valida, secondo la regola del *tutorem habenti tutor dari non potest*<sup>40</sup>.

Orbene v'è chi ha affermato<sup>41</sup>, rispondendo in maniera critica a sforzi<sup>42</sup> nella ricostruzione dei *septemviralia iudicia*<sup>43</sup> in materia di *querela inofficiosi testamenti*, che nel collegio «creato dalla legge Atilia per la *datio tutoris*, i *tribuni* avevano invece il ruolo di un semplice *consilium*».

Ora mi sembra però riduttivo che il ruolo dei tribuni della plebe venga degradato a mero *consilium*, poiché il richiedere il formarsi di una maggioranza in seno al collegio sembra invece richiedere una vera e propria volontà del collegio, tale da assumere i tratti di un elemento necessario ai fini del perfezionamento della nomina del tutore, a differenza di altri 'interventi' ove l'assistenza dei tribuni al pretore urbano, attestati nelle fonti<sup>44</sup>, appare invece incline a residuare nel tipo del mero *consilium*.

La volontà del collegio dei tribuni, che dato il criterio decisionale della maggioranza può assurgere a 'volontà collettiva', sommata a quella del pretore urbano, fa sì che la nomina del tutore possa perfezionarsi.

---

tutela legittima che si trova nelle clausole delle leggi municipali, che si sono modellate sulla legge più antica. La distanza che separa Gaio dalla legge non depono a favore della conservazione del testo originale, bensì del ricordo del contenuto, rielaborato da giuristi precedenti». Su questi aspetti vedasi anche S. PEROZZI, *Il tutore impubere*, (1917-1918) in *Scritti giuridici*, a cura di U. BRASIELLO, 3, Milano 1948, p. 197, nt. 1.

<sup>40</sup> Paul. 4, 13, 3: *Decedens servis suis libertatem ita dedit: illum et illum liberos esse volo eosque filiis meis tutores do: Impeditur fideicommissa libertas, quia pupilli sine tutoris auctoritate manumittere non possunt et habentibus tutores tutor dari non potest. Sed interim vice absentium pupilli habebuntur, ut ex decreto amplissimi ordinis primum libertas ac deinde tutela competere possit*; D. 26, 5, 10, Marcian. 5 reg.: *Tutor si petitus fuerit habenti, sed absente eo quasi non habenti datus sit, datio nulla est: nam et quoquo modo in petitione tutoris si erratum fuerit in facti causa, maxime post constitutionem divorum fratrum non valet tutoris datio*; D. 26, 2, 27, pr. Tryph. 14 disp.: *Idem fiet, si intestatum decessisse patrem pupilli nomine defendatur falsumve testamentum nomine pupilli dicatur et si patruus exstet legitimus tutor futurus ab intestato, quia tutorem habenti tutor dari non potest. nam commodius ipse, qui scriptura continetur, a praetore dabitur, ut sine ullo litis praeeiudicio iustus tutor auctor pupillo ad eam litem fiat*; I. 1, 23, 5: *Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus, quia habenti tutorem tutor dari non potest. item si testamento datus tutor vel a praetore vel a praeside idoneus non sit ad administrationem nec tamen fraudulenter negotia administrat, solet ei curator adiungi. item in locum tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus a tutela excusantur, solent curatores dari*.

<sup>41</sup> E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plèbe en procédure civile*, Paris 1910, p. 263 ss.

<sup>42</sup> F. EISELE, *Zur Querela inofficiosi*, in *ZSS*, 15 (1894), pp. 256-306

<sup>43</sup> Sul tema, per tutti: F. ARCARIA, «*Septemviralia iudicia*». *Contributo alla storia della «querela inofficiosi testamenti» in età classica*, in *Scritti in onore di Antonino Metro I*, Milano 2009, pp. 51-100.

<sup>44</sup> Mi riferisco all'episodio narrato da Liv. 40.29.13: *in altera duo fasces candelis inuoluti septenos habuere libros, non integros modo sed recentissima specie. septem Latini de iure pontificum erant, septem Graeci de disciplina sapientiae, quae illius aetatis esse potuit. adicit Antias Ualerius Pythagoricos fuisse, uulgatae opinioni, qua creditur Pythagorae auditorem fuisse Numam, mendacio probabili accommodata fide. primo ab amicis, qui in re praesenti fuerunt, libri lecti; mox pluribus legentibus cum uulgarentur; Q. Petilius praetor urbanus studiosus legendi libros eos a L. Petilio sumpsit: et erat familiaris usus, quod scribam eum quaestor Q. Petilius in decuriam legerat. lectis rerum summis cum animaduertisset pleraque dissolueendarum religionum esse, L. Petilio dixit sese libros eos in ignem coniecturum esse; priusquam id faceret, se ei permittere, uti, si quod seu ius seu auxilium se habere ad eos libros repetendos existimaret, experiretur: <id> integra sua gratia eum facturum. scriba tribunos plebis adit, ab tribunis ad senatum res est reiecta. praetor se insiurandum dare paratum esse aiebat, libros eos legi seruarique non oportere. senatus censuit satis habendum quod praetor insiurandum polliceretur; libros primo quoque tempore in comitio cremandos esse; pretium pro libris, quantum Q. Petilio praetori maiori que parti tribunorum plebis uideretur, domino soluendum esse. id scriba non accepit. libri in comitio igne a uictimariis facto in conspectu populi cremati sunt.* A parte il fatto che il passo desta numerosi profili di interessi per lo *ius publicum*, tra cui la rimessione al senato di una questione giuridico-religiosa ad opera dei tribuni della plebe, nonché la possibilità offerta allo *scriba* di rimettersi all'*auxilium* dei tribuni contro l'*imperium* del pretore, i tribuni, in definitiva, intervengono sulla questione soltanto per una 'stima' della riparazione offerta in cambio della distruzione dei libri (bruciati innanzi al popolo); per questi profili si veda P. CERAMI, *Tutela compensativa della proprietà nell'esperienza giuridica di Roma antica*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica II: ricordando Giovanni Crisnoli*, a cura di P. CERAMI e M. SERIO, Torino 2013, pp. 253-254.

Per quanto attiene al tema della contutela, il fatto che a un medesimo pupillo siano nominati più tutori - o in virtù di disposizione del testatore (contutela per testamento) ovvero, sia pur in mancanza di designazione del testatore, siano più d'uno coloro che si trovano nel medesimo grado di parentela agnatzia rispetto al pupillo (contutela legittima) - genera dei conflitti attinenti la gestione della tutela stessa, dato che i contutori risultano avere pari diritto (e di conseguenza pari poteri).

È innanzitutto da chiarirsi che l'amministrazione della tutela può essere divisa o indivisa: se vi sia divisione in settori di 'competenza', ciascuno dei tutori risponde solo per il suo settore ed eccezionalmente per il fatto dell'altro; se invece non vi sia divisione tutti i tutori amministrano insieme ogni cosa e la loro responsabilità assume dunque i tratti della solidarietà, anche se può operare il *beneficium divisionis*<sup>45</sup>, nel senso che «ciascun tutore risponde *pro parte* a condizione che tutti siano solvibili; altrimenti l'idoneo risponde anche per l'indiviso»<sup>46</sup>.

La tutela divisa - che appare di per certo come un mezzo di risoluzione del conflitto - si ha quando ciascuno dei tutori amministra entro il settore di competenza che gli è stato assegnato; tale assegnazione perviene o dal testatore o dall'autorità tutelata, e non da un accordo divisionale intercorrente tra i tutori stessi, poiché se tale divisione derivasse volontariamente da questi ultimi, avrebbe mero valore fattuale, e si cadrebbe -a livello formale- nel regime della tutela indivisa<sup>47</sup>.

La finalità della divisione appare quello di offrire la possibilità che i beni del pupillo siano amministrati meglio, cosicché l'attività dei tutori risulti di sicuro organizzata in maniera più razionale ed efficiente. Per quanto attiene ai criteri con cui la divisione viene operata, quello più frequente è quello della *tutela divisa regionibus* (per esempio le *res Italicae* vengono affidate alla tutela di uno e le *res provinciales* ad un altro<sup>48</sup>), ma si potrà anche avere una divisione che preveda che i beni del padre vengano

---

<sup>45</sup> Tale locuzione, come per tutti i nomi dei *beneficia*, non si rinvencono direttamente nel diritto romano; il *beneficium divisionis*, comunque, deriva dalla interpretazione di D. 46, 6, 12 Pap. 12 *quaest.*: *Si plures fideiussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem ita, ut ei, qui conveniretur, actiones praestarentur. nec quisquam putaverit ab iure discessum, postquam pro ea parte placuit tutores condemnari, quam administraverunt, et ita demum in solidum, si res a ceteris non servetur et idonea culpa detegatur, quod suspectum facere supersederit: nam aequitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam iuris desiderasse. ceterum fideiussores civiliter in solidum obligati ceteris quidem agentibus, ut dividatur actio, impetrare possunt: pupillo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit et ignorat omnia, beneficium dividendae actionis iniuriam habere visum est, ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos iudices constituerentur.*

<sup>46</sup> P. VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini. Contributo allo studio della mutua garanzia*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, 3, Milano 1973, pp. 1305-1377.

<sup>47</sup> D. 27, 8, 5 Iul. 21 *dig.*: *Duo tutores partiti sunt inter se administrationem tutelae: alter sine herede decessit: quaesitum est, in magistratum, qui non curasset ut caveretur, an in alterum tutorem actio pupillo dari deberet. respondi aequius esse in alterum tutorem dari quam in magistratum: debuisse enim eum, cum sciret pupillo cautum non esse, universa negotia curare, et in ea parte, quam alteri tutori commisisset, similem esse ei, qui ad administrationem quorundam negotiorum pupilli non accessisset: nam etsi aliquam partem negotiorum pupilli administraverit, tenetur etiam ob rem, quam non gessit, cum gerere deberet; C. 5, 52, 2, 3: *Sin vero ipsi inter se res administrationis dividerunt, non prohibetur adulescens et unum ex his in solidum convenire, ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat.**

<sup>48</sup> Tra le numerose fonti a supporto: D. 26, 2, 15, Ulp. 38 *ad Sab.*: *Si tamen tutor detur rei Africanae vel rei Syriaticae, utilis datio est: hoc enim iure utimur*; D. 26, 5, 27, pr. Hermog. 2 *iuris epit.*: *Pupillo, qui tam Romae quam in provincia facultates habet, rerum quae sunt Romae praetor, provincialium praeses tutorem dare potest*; D. 26, 7, 3, 4 Ulp. 35 *ad ed.*: *Nam et si unum pater dederit tutorem, nonnumquam ei adiunguntur curatores: nam imperator noster cum patre rescripsit, cum duos quis libertos suos tutores dedisset, unum rerum Italicarum, alium rerum Africanarum, curatores eis adiungendos, nec patris secuti sunt voluntatem*; D. 26, 7, 4, Ulp. 9 *ad ed.*: *vel in partes vel in regiones, et si ita fuerit divisa, unusquisque exceptione summovebitur pro ea parte vel regione, quam non administrat*; D. 26, 7, 39, 3

amministrati dal tutore nominato dal padre, mentre quelli ereditati posteriormente dalla madre risultino essere affidati dal magistrato ad un altro<sup>49</sup>, od ancora se il patrimonio del pupillo è costituito da capitale pecuniario, la divisione del denaro tra i diversi tutori<sup>50</sup>, nonché la scissione tra diversi tutori del patrimonio immobiliare affidato ad uno e del patrimonio mobiliare affidato un altro, e così via<sup>51</sup>.

La divisione, come si vede non si ancora al concetto di quota intesa come porzione aritmetica del totale, ma opera in basi a criteri di fatto (come per esempio il luogo in cui le cose si trovino; e come può accadere infatti per la *heredis institutio ex re certa*<sup>52</sup>, ove l'erede viene istituito come tale in funzione delle attribuzione a lui assegnate, compositive di un complesso patrimoniale ben definito):

D. 26, 2, 12, 0 Ulp. 38 *ad Sab.*: *Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest nec deductis rebus.*

D. 26, 2, 15 Ulp. 38 *ad Sab.*: *Si tamen tutor detur rei Africanae vel rei Syriaticae, utilis datio est: hoc enim iure utimur.*

Il secondo passo corregge il tiro del primo, nel senso che ciò che non si può fare è nominare un tutore per singoli determinati beni; d'altronde *hoc iure utimur* segna la stabilità della regola in età severiana: infatti prima che si riconoscesse la tutela divisa, il regime non poteva che essere quello della solidarietà, con la conseguenza che i tutori potevano sì dividersi le mansioni, ma solamente di fatto, rimanendo obbligati *in solidum* verso il pupillo.

Dalla divisione della tutela ne discendono due conseguenze: innanzitutto la limitazione dei poteri del tutore al proprio settore di competenza, da cui deriva poi la limitazione delle responsabilità.

---

Pap. 5 resp.: *Heres institutus, qui non habuit substitutum, priusquam hereditatem adiret, quam impuberi restituere debuit, vita decessit: cum hereditas in Italia esset, scriptus autem heres in provincia vita decessisset, tutores provincialium rerum culpa nomine condemnandos existimavi, si causam testamenti non ignorantes utilitatem impuberis deseruerunt: nam hereditatis in provincia fideicommisso restituto causam quidem iuris expediri potuisse, rerum autem administrationem ad eos recidere debuisse, qui tutelam in Italia suscepissent; D. 26, 7, 39, 7 Pap. 5 resp.: Rerum provincialium tutores in urbe causas appellationis impuberum agentes, rerum Italicarum curatores ut impuberibus constituentur, ad officium suum revocare debent: alioquin si prius in provinciam redierint, dolum aut culpam eorum in ea quoque parte recte iudex conveniet; D. 26, 7, 39, 8 Pap. 5 resp.: Patruus testamento fratris filio tutor datus cum in Italia domicilium haberet, tam Italicarum rerum quam provincialium administrationem suscepit atque ita pecuniam ex venditionibus Romae relictam in provinciam traiecit et in calendarium pupilli convertit: tutor in locum eius Romae substitutus administrationem pecuniae, quae non pertinet ad tutelam suam, suscipere non cogitur.*

<sup>49</sup> D. 26, 7, 9, 8 Ulp. 36 *ad ed.*: *Constat eum, qui ad augmentum datur, ut puta ad bona materna quae postea accesserunt vel ad quid aliud augmentum, administrare bona pristina non solere. si autem suspectum facere priorem tutorem supersedit vel satis ab eo exigere, plectetur.*

<sup>50</sup> D. 26, 7, 55, pr. Tryph. 14 *disp.*: *Tres tutores pupillo dati sunt, unus tutelam gessit et solvendo non est, secundus Titio gerendam mandavit et Titius quaedam administravit, tertius nihil omnino gessit: quaesitum est, quatenus quisque eorum teneatur. et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae et in solidum universi tenentur. plane si pecunia numerata pupilli inter eos distributa est, non in maiorem summam quisque eorum quam accepit tenetur.*

<sup>51</sup> Le aziende agricole ad uno, quelle commerciali ad un altro; P. VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini. Contributo allo studio della mutua garanzia*, cit., p. 1307, nt. 11: «basti pensare al modo di dividere le varie gestioni tra più liberti».

<sup>52</sup> Sul tema vedasi P. VOCI, *Diritto ereditario romano 2. Parte speciale: successione ab intestato, successione testamentaria*, II ed., Milano 1963, p. 142 ss.

Si deve però chiarire che il tutore non soffre limitazioni alla propria competenza *iure civili*, potendo egli amministrare anche tutto il patrimonio del pupillo, debordando il proprio settore, ed entrando in conflitto con l'altro contutore. La delimitazione è però assicurata dal diritto onorario, con l'intervento del magistrato, che interviene a livello pratico contro la mancata limitazione alle competenze propria dello *ius civile*:

D. 26, 7, 36 Pap. 3 *quaest.*: *Inter tutores divisa tutela est: aequitas, quae merum ius compensationis inducit, propter officium et personam agentis tutoris non differtur: nam divisio tutelae, quae non iuris, sed iurisdictionis est, modum administrationi facit et inter ipsos locum habet nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet.*

D. 26, 7, 3, 9 Ulp. 35 *ad ed.*: *Item si dividi inter se tutelam velint tutores, audiendi sunt, ut distribuatur inter eos administratio*

D. 26, 7, 4, 0 Ulp. 9 *ad ed.*: *vel in partes vel in regiones, et si ita fuerit divisa, unusquisque exceptione summovebitur pro ea parte vel regione, quam non administrat.*

La conclusione che può trarsi da Ulpiano<sup>53</sup> è che la sanzione pretoria nella forma dell'opposizione della *exceptio* consiste nell'argomentazione secondo la quale non può agire il tutore cui la competenza è stata relegata ad un determinato settore, così come non può agire il tutore cui non sia stata concessa affatto l'amministrazione<sup>54</sup>.

Più generale è invece un testo di Pomponio<sup>55</sup> il quale nega l'*auctoritas* interposta da un tutore privo del potere di gerire:

D. 26, 8, 4 Pomp. 17 *ad Sab.*: *Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat, tamen si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a praetore haberi non debet. et ideo puto verius esse, quod Ofilio placebat, si eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, emam a pupillo sciens alium eius tutelam gerere, dominum me non posse fieri: item si eo auctore emam, qui a tutela fuerit remotus: nec enim id ratum haberi.*

Certo è che poi nella gestione del patrimonio del pupillo, se pure vi sia una divisione di 'competenze' o una divisione in 'settori', questo riguarda soltanto il momento 'esecutivo' dei poteri che gli sono

---

<sup>53</sup> Stessa argomentazione può trarsi da D. 26, 7, 51 Ven. 6 *stipul.*: *Si duo pluresve tutores tutelam administrent, in fideiussorem quidem in solidum per quemlibet eorum committitur stipulatio: at si inter eos divisa sit tutela regionibus, quod plerumque fit, et alius urbica negotia, alius peregrina administraret, tunc ex substantia cuiusque rei aut committi contra fideiussorem stipulationem aut non committi dicemus: nam licet omnes tutores sint et tutelam gerant, tamen cum quis de ea re, quae extra suam regionem erit, experiri vel ad iudicium vocari coeperit, perinde non committitur stipulatio, atque si ei administratio tutelae permissa non esset: quantum enim facit in totum denegata, tantundem valet, si in ea re de qua agitur denegata sit.*

<sup>54</sup> Sull'interpretazione dei passi ulpiani soprariportati vedasi P. VOICI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini. Contributo allo studio della mutua garanzia*, cit., p. 1309.

<sup>55</sup> Si rientra nei divieti di alienazione pretori. Con riferimento all'efficacia dell'*auctoritas* di un tutore non autorizzato ad esercitare le sue funzioni, si vedano i contributi di V. ARANGIO-RUIZ, *Parerga. Note papirologiche ed epigrafiche*, VI, in *Atti Acc. Napoli*, 61 (1942), p. 276 ss.; S. SOLAZZI, *Scritti di diritto romano*, III, Napoli 1960, p. 445 ss.; P. FREZZA, *L'istituzione della collegialità in diritto romano*, cit., p. 514 ss.

attribuiti, perché emerge in maniera evidente nelle fonti, come sia necessario, onde evitare di arrecare danni al pupillo, un dovere di 'cooperazione' tra i diversi tutori secondo *fides et diligentia*<sup>56</sup>, nel senso che è necessario che il tutore si occupi di alcune cose anche se non vi sia tenuto.

Infatti, si può affermare che «un dato negozio non è, o è solo parzialmente, di competenza di un tutore»<sup>57</sup>; in sostanza egli deve sì curare ciò che appartiene alla sua competenza, ma deve anche trasmettere all'altro tutore (o agli altri tutori) i documenti e le notizie di cui sia venuto in possesso nell'esercizio dei suoi poteri<sup>58</sup>. Non solo, il tutore che si trovi fuori del luogo in cui esercita il suo ufficio, e si renda conto che in quel luogo manchi un tutore per l'amministrazione degli affari del pupillo, deve provocarne la nomina<sup>59</sup>; altresì grava sempre sul tutore il dovere di esperire l'*accusatio suspecti* contro il tutore che stia ponendo in essere una cattiva gestione nell'amministrazione dell'ufficio.

Quanto sopra detto dimostra che se pur nella tutela divisa si assista ad una ripartizione di competenze, ciò non significa che esistano tante diverse tutele quanti sono i tutori, ma la tutela rimane unica, e la ripartizione di competenze non può che essere concepita come una soluzione pratica, per offrire una migliore garanzia al pupillo che si concretizza nella settorializzazione dell'operato dei diversi tutori; tale esigenza di 'protezione' spiega anche perché i doveri di cui sopra per i singoli tutori non possono non essere previsti come strumenti di risoluzione di momenti 'patologici' della tutela divisa.

La tutela è invece indivisa quando non si assiste ad una diversa ripartizione di sfere settoriali di competenza, ove i tutori ordinariamente amministrano congiuntamente; tuttavia, di fatto, i tutori possono dividersi le sfere di gestione una volta per tutte ovvero in relazione alle singole operazioni, o ancora affidare tutta la gestione della tutela ad una sola persona.

Si precisa subito, che nonostante avvengano gli accordi di cui sopra, la tutela indivisa non tollera limitazioni di responsabilità, nel senso che varrà sempre il principio della corresponsabilità tra i tutori, si come stabilito dallo *ius civile*.

Inizialmente, infatti, ai contutori (di tutela indivisa) si applicava il regime della solidarietà:

---

<sup>56</sup> Gai. 1, 200: *Sed hoc non est perpetuum: nam et tutores testamento dati satisfacere non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est; et curatores, ad quos non e lege curatio pertinet, sed vel a consule vel a praetore vel a praeside provinciae dantur, plerumque non coguntur satisfacere, scilicet quia satis honesti electi sunt*; D. 26, 10, 8 Ulp. 61 ad ed.: *Suspectum tutorem eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit: enimvero tutor quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus*.

<sup>57</sup> P. VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini*. Contributo allo studio della mutua garanzia, cit., p. 1310.

<sup>58</sup> D. 26, 7, 39, 3 Pap. 5 resp.: *Heres institutus, qui non habuit substitutum, priusquam hereditatem adiret, quam impuberi restituere debuit, vita decessit: cum hereditas in Italia esset, scriptus autem heres in provincia vita decessisset, tutores provincialium rerum culpa nomine condemnandos existimavi, si causam testamenti non ignorantes utilitatem impuberis deseruerunt: nam hereditatis in provincia fideicommisso restituto causam quidem iuris expediri potuisse, rerum autem administrationem ad eos recidere debuisse, qui tutelam in Italia suscepissent*.

<sup>59</sup> D. 26, 7, 39, 7 Pap. 5 resp.: *Rerum provincialium tutores in urbe causas appellationis impuberum agentes, rerum Italicarum curatores ut impuberibus constituantur, ad officium suum revocare debent: alioquin si prius in provinciam redierint, dolum aut culpam eorum in ea quoque parte recte index conveniet*.

D. 26, 7, 33, 2 Call. 4 de *cogn.*: *Heredibus quoque pupillorum electio eadem adversus tutores, in quo potissimum consistere velint, competit, quae ipsis quorum tutela administrata sit, principalibus constitutionibus declaratur.*

D. 26, 7, 38, 0 Pap. 12 *quaest.*: *Si plures tutelam non administraverint et omnes solvendo sint, utrum, quia nullae partes administrationis inveniuntur, electioni locus erit an ut eiusdem pecuniae debitores excipere debebunt periculi societatem? quod magis ratio suadet.*

Da questo regime ne deriva che il minore può convenire per l'intero ciascuno dei tutori, consumando in siffatto modo la sua azione, oltreché ovviamente convenire per quota ciascuno dei suoi tutori<sup>60</sup>.

Il regime di solidarietà viene poi temperato dal *beneficium divisionis*, seguendo come modello quello introdotto da Adriano<sup>61</sup> per il *beneficium* in favore dei fideiussori; per effetto di questo ogni collega risponde per sé e per il collega inidoneo, non più per sé in maniera solidale:

D. 27, 3, 1, 11 Ulp. 36 *ad ed.*: *Et si quidem omnes simul gesserunt tutelam et omnes solvendo sunt, aequissimum erit dividi actionem inter eos pro portionibus virilibus exemplo fideiussorum.*

Si suole parlare di *mutuum periculum*, di *societas periculi*, di *periculum commune* tra i tutori<sup>62</sup>: «una terminologia che in tema di solidarietà non ricorre, e giustamente, poiché il debitore solidale risponde personalmente per l'intero, mentre il contutore, che risponda oltre la sua quota, risponde per altri»<sup>63</sup>.

Il regime di responsabilità è quindi quello di mutua garanzia tra i contutori, ove l'amministrazione sarà sempre considerata unica, con la conseguenza che il *beneficium divisionis* ha una sua mera esplicazione contabile tra le parti, visto che in caso di insolvenza di un tutore l'altro risponde anche per esso, salva l'azione di regresso.

---

<sup>60</sup> Vedasi sul tema E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano: le obbligazioni solidali*, Milano 1948, p. 112

<sup>61</sup> Gai. 3, 121: *Item sponsor et fidepromissor lege Furia biennio liberantur, et quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes diducitur inter eos obligatio, et singuli in viriles partes obligantur; fideiussores vero perpetuo tenentur, et quotquot erunt numero, singuli in solidum obligantur. itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere. sed nunc ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sint, partes petere. eo igitur distat haec epistula a lege Furia, quod si quis ex sponsoribus aut fidepromissoribus solvendo non sit, hoc onus ad ceterorum quoque pertinet.*

<sup>62</sup> D. 26, 7, 38, pr. Pap. 12 *quaest.*: *Si plures tutelam non administraverint et omnes solvendo sint, utrum, quia nullae partes administrationis inveniuntur, electioni locus erit an ut eiusdem pecuniae debitores excipere debebunt periculi societatem? quod magis ratio suadet;* D. 26, 7, 39, 5 Pap. 5 *resp.*; *Curatores adolescentis mutui periculi gratia cautionem invicem sibi praebuerunt et in eam rem pignora dederunt: cum officio deposito solvendo fuissent, irritam cautionem esse factam et pignoris vinculum solutum apparuit;* D. 26, 7, 39, 10 Pap. 5 *resp.*: *Tutoribus idoneis diem functis vice mutua periculum ad heredes eorum non redundat, quod non habuit locum officio tutelae manente;* D. 26, 7, 55 pr. *Tryph.* 14 *disp.*: *Tres tutores pupillo dati sunt, unus tutelam gessit et solvendo non est, secundus Titio gerendam mandavit et Titius quaedam administravit, tertius nihil omnino gessit: quaesitum est, quatenus quisque eorum teneatur. et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae et in solidum universi tenentur. plane si pecunia numerata pupilli inter eos distributa est, non in maiorem summam quisque eorum quam accepit tenetur;* Vat. fr. 228: *Ex duobus tutoribus qui non specialiter in locum excusati dati sunt, sicut precibus tuis adlegas, si unus pro tutore res tuas administravit, adversus eum tantum tibi competere actionem ignorare non debes nec enim mutuo cessationis periculo qui nihil gessit teneri potest, cum simpliciter datus eius, qui administrationi se miscuit, contutor iure fuisse non videatur.*

<sup>63</sup> P. VOICI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini. Contributo allo studio della mutua garanzia*, cit., p. 1317.

L'azione di regresso è un fenomeno naturale successivo al pagamento da parte del tutore della misura della quota (nel senso inteso dal *beneficium divisionis*, e non come obbligazione parziaria) spettante al tutore insolvente prima che l'*actio indicati* venga esperita: ne deriva che può farsela cedere e - ovviamente - nella sola misura rappresentata dalla quota che spetterebbe contro l'insolvente, non potendo il tutore adempiente pretendere che gli venga ceduta anche la quota che egli ha pagato in funzione del suo obbligo<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Per approfondimenti, anche concernenti i meccanismi e i profili processuali, rimando a P. VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini. Contributo allo studio della mutua garanzia*, cit., p. 1322-1348.

## 2. Res

Debbo premettere brevemente alcune considerazioni circa la scelta operata sulle distinzioni tra *res humani iuris publicae* e *res humani iuris privatae*, potendo altrimenti apparire priva di alcuna giustificazione causale la selezione operata tra le diverse classificazioni che assistono le *res*.

Innanzitutto è lo stesso Gaio a definire come *summa divisio* quella intercorrente tra *res divini iuris* e *res humani iuris*:

Gai. 2, 2: *Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani.*

Le *res divini iuris*, e quindi le *res sacrae, religiosae* e *sanctae*<sup>65</sup> sono cose che non risultano essere suscettibili di rapporti giuridici patrimoniali privati.

Invece le *res humani iuris* sono «individuate in base alla comune caratteristica di essere al servizio degli interessi dei singoli o delle collettività»<sup>66</sup> e si distinguono, appunto in *publicae* e *privatae*:

Gai. 2, 10: *Hae autem, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae.*

Gai. 2, 11: *Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur. privatae sunt, quae singulorum hominum sunt.*

Sebbene ritengo sia più corretto parlare di ‘comunità’ anziché di ‘collettività’ - perché se con ‘collettività’ possono intendersi centri di imputazione autonomi di interessi, con ‘comunità’ meglio si intende il profilo di diffusione dell’interesse del partecipante ad essa, inteso *uti singuli* in pieno accordo con Cicerone<sup>67</sup> - la definizione sopra riportata è posta alla base della mia scelta, con l’ulteriore vantaggio di rispondere a precisi canoni di sistematicità del lavoro, organizzato secondo le due diverse posizioni di studio dello *ius publicum* e dello *ius privatum*.

---

<sup>65</sup> Vedasi le fonti di Gaio riportate al principio del §1 del presente capitolo.

<sup>66</sup> A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1964, p. 199.

<sup>67</sup> Cic. rep. 1.25.39: *est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus.*

## 2.1 *Res humani iuris publicae*

Il tema delle *res in usu publico*, che - in antitesi alle *res in patrimonio populi* - rappresenta una 'sottocategoria' delle *res publicae*, non può non trovare sinteticamente spazio in questa tesi, in quanto lo strumento dell'azione popolare dimostra appieno come i Romani conoscessero l'idea di «una specie di condominio di tutti i cittadini»<sup>68</sup>, esplicandosi -almeno nella *libera res publica*- e sotto il profilo del diritto sostanziale (l'uso) e sotto il profilo della tutela (l'azione popolare).

L'idea della condominalità ha come emblema proprio l'azione popolare, che costituisce «uno strumento efficace, di potere nelle mani del cittadino» che «armato dell'azione popolare, svolge così un ruolo attivo, di partecipazione e di controllo in relazione a momenti importanti dell'attività della amministrazione pubblica»<sup>69</sup>.

Ovviamente tale tesi ben si coniuga con altre due argomentazioni sulle quali insisto e che, come già in parte visto, rappresentano il fondamento delle considerazioni operate sopra il tema del 'conflitto'.

Per prima cosa il fatto che al popolo, nel senso di cui meglio si dirà, venga rimesso il potere di difendere cose su cui il singolo vanta l'uso in quanto facente parte di una comunità, dimostra la compenetrazione dello *ius publicum* con lo *ius privatum*; qui financo la (sola) diversità di posizione di studio sembra vacillare, con un offuscamento dei contorni volti al fine di salvaguardare l'interesse del cittadino, quale singolo e quale appartenente alla *res publica*.

Dalla prima considerazione ne discende la seconda: l'azione popolare dimostra senza equivoci<sup>70</sup> come non si possa concepire la cosa pubblica come un'entità astratta avulsa dai *cives* che la compongono, tant'è che per chi invece lo sostiene<sup>71</sup> «l'azione popolare costituisce, per così dire, un problema da spiegare, un elemento che rischia di incrinare l'armonia di una simile ricostruzione»<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> L'espressione è tratta dalla suggestiva affermazione di V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 172: «i Romani sembrano oscillare fra l'idea di una specie di condominio di tutti i cittadini e il concetto pubblicistico della sovranità territoriale».

<sup>69</sup> A. DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, cit., p. 8.

<sup>70</sup> Di tale avviso V. SCIALOJA, *Prefazione* alla traduzione de *Le azioni popolari romane* di C.G. BRUNS, in *AG*, XXVIII, 1882 ora in *Studi giuridici: Diritto romano* I, 1, Roma 1933, p. 108 ss.; C. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale*, I, Torino, 1894, p. 310 ss.; P. CATALANO, *Alle radici del problema delle persone giuridiche*, cit., p. 164; R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche»*, cit., p. 204 ss.; F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani I. La struttura giuridica*, cit., pp. 63-74.

<sup>71</sup> Tra i più illustri M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 177, il quale infatti è costretto a sostenere che «l'*usus publicus* cui una parte di tali cose sono destinate sembra non esser tanto una concessione dello Stato ai cittadini, quanto l'esercizio di un potere che sulle *res publicae* stesse spetta ai *cives* come titolari delle *res* in questione nella loro qualità di membri del popolo romano inteso come collettività dei cittadini stessi».

<sup>72</sup> A. DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, cit., p. 9.

Nella stessa 'ricostruzione'<sup>73</sup> delle *res in usu publico* si evince come il *discrimen* per la categorizzazione delle stesse insiste sull'uso e non sul diverso regime dell'appartenenza che invece involge quelle diverse *res publicae* qualificabili sotto il nome di *res in patrimonio populi*<sup>74</sup>:

D. 18, 1, 6, 0 Pomp. 9 *ad Sab.*: *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeatur, ut est campus Martius.*

Se prima del I secolo d. C. le fonti (letterarie)<sup>75</sup> si concentrano solo sulla funzione delle *res publicae*<sup>76</sup>, con Nerazio, viene per la prima volta affrontata la questione, in termini negativi rispetto l'appartenenza, concentrandosi sui *litora maris*:

D. 41, 1, 14, pr. Ner. 5 *membr.*: *Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, dominii fiunt.*

Da questa fonte emergono dunque due considerazioni rilevanti: la prima è l'insistere sulla provenienza naturale dei *litora*, nonché l'affermazione secondo la quale questi sono *in dominio nullius*.

Viene quindi scartato il regime dell'appartenenza dei *litora* sui quali invece continua ad insistere - forse in risposta alla tesi di Nerazio - Celso:

D. 43, 8, 3, pr. Cels. 39 *dig.*: *Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror:*

Ma l'originale naturale della *res* non deve essere sufficiente a costituire un presupposto essenziale per la qualificazione delle *res in usu publico*: difatti ne risulterebbero escluse per esempio le cloache

<sup>73</sup> Vedasi *ibidem*, pp. 26-37, nonché F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani I. La struttura giuridica*, cit., pp. 63-74.

<sup>74</sup> Sul tema dell'appartenenza intesa come proprietà delle *res publicae* al *populus Romanus*, vedasi P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, 1, *La proprietà*, cit., p. 90; di converso per chi sostiene che possa anche trattarsi di «appartenenza non privatistica», vedasi G. MELILLO, *Categorie economiche nei giuristi romani*, Napoli 2000, p. 99.

<sup>75</sup> Ed anche epigrafiche: rimando a F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani I. La struttura giuridica*, cit., pp. 67-68; nonché ad A. DI PORTO, *La tutela della salubritas tra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone*, I, Milano 1990, p. 90 ss.

<sup>76</sup> Cic. *Sest.* 91: *iudices, ignorat ita naturam rerum tulisse ut quodam tempore homines nondum neque naturali neque civili iure descripto fusi per agros ac dispersi vagarentur, tantumque haberent quantum manu ac viribus per caedem ac vulnera aut eripere aut retinere potuissent? qui igitur primi virtute et consilio praestanti exstiterunt, ii perspecto genere humanae docilitatis atque ingeni dissipatos unum in locum congregarunt eosque ex feritate illa ad iustitiam atque ad mansuetudinem transduxerunt. tum res ad communem utilitatem, quas publicas appellamus, tum conventicula hominum, quae postea civitates nominatae sunt, tum domicilia coniuncta, quas urbis dicimus, invento et divino iure et humano moenibus saepserunt.*

pubbliche<sup>77</sup> e gli acquedotti (per i quali l'*usus publicus* è -almeno nella *libera res publica* dominante)<sup>78</sup>, e vi sarebbero certamente ricompresi il mare e l'aria, come evidenziato anche da Celso:

D. 43, 8, 3, 1 Cels. 39 dig.: *Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisque usus eo modo futurus sit.*

Celso, sforzandosi di offrire una prima dogmatizzazione delle *res publicae*, sia pure sotto il profilo dell'appartenenza, cerca di colmare quella lacuna lasciata da Nerazio<sup>79</sup> circa le acque<sup>80</sup>, forse perché quest'ultimo «influenzato dalla possibile soluzione prospettata da Labeone<sup>81</sup> circa la tutela interdittale dei fiumi senza distinzione tra quelli pubblici e quelli privati, sarebbe giunto ad ipotizzare una sorta di pubblicità naturale di tutti i fiumi, e forse anche di tutte le acque, intesa nello stesso senso dei *litora mari»*<sup>82</sup>.

Gaio sembra poi rispondere ai due giuristi sopra citati, nell'ottica però della (sola) appartenenza<sup>83</sup>:

Gai. 2.10-11: *hae autem quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae. Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum sunt.*

Le *res publicae* vengono così qualificate da *res in nullius dominio* a *res in nullius bonis*<sup>84</sup>, poiché appartenenti al *populus* inteso quale *universitas* di *cives*, venendo dunque ricondotte sotto il dogma dell'appartenenza, intesa come propria del *populus Romanus*.

---

<sup>77</sup> D. 43, 23, 1, 15 Ulp. 71 ad ed.: *Deinde ait praetor: "Quod in cloaca publica factum sive ea immisum habes, quo usus eius deterior sit fiat, restituas. item ne quid fiat immittaturve, interdica"*. Da questo interdetto (restitutorio) emerge l'*usus (publicus)* della cloaca. Vedasi sul tema delle cloache, in funzione della *salubritas*, da intendersi come elemento di garanzia affinché sia tutelata la funzione delle *res in usu publico* (quale per l'appunto l'*usus*): A. DI PORTO, *La tutela della salubritas tra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone*, I, Milano 1990, in particolare pp. 51-84.

<sup>78</sup> F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani I. La struttura giuridica*, cit., pp. 103-106. Determinante è comunque la preziosa fonte, Front., aq. 94, 3-5: *apud antiquos omnis aqua in usos publicos erogabatur et ita cautum fuit: "ne quis privatus aliam ducat quam quae ex lacu humum accidit"* (...), *id est quae ex lacu abundavit; eam nos caducam vocamus. Et haec ipsa non in alium usum quam balnearum aut fulloniarum dabatur, eratque vectigalis statuta mercede quae in publicum penderetur. Ex quo manifestum est quanto potior cura maioribus communium utilitatum quam privatarum voluptatum fuerit, eum etiam ea quae privati ducebant ad usum publicum pertineret.*

<sup>79</sup> Sulla divergenza di opinioni tra Celso e Nerazio, vedasi L. SOLIDORO MARUOTTI, *Il "civis" e le acque*, in «Index», 39 (2011).

<sup>80</sup> Il tema è caro ancor oggi anche agli studiosi che si occupano di geopolitica, proprio sotto il profilo della sua 'appartenenza': «l'acqua è indispensabile alla vita così come lo è il cibo che diventa energia vitale per gli esseri viventi. La tematica dell'acqua in relazione alla vita è di fondamentale importanza. Sorge dunque il problema giuridico, di difficile soluzione, a chi appartenga l'acqua: allo Stato e quindi alla Nazione ovvero al popolo sovrano? Questo è un patrimonio collettivo ovvero dell'umanità? Oppure è una *Commodity*, cioè un prodotto fungibile sul mercato?»; così D. CECCARELLI-MOROLLI, *Appunti di geopolitica*, cit., pp. 118-119.

<sup>81</sup> Vedi sul tema lo stesso F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani I. La struttura giuridica*, cit., p. 79 ss.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>83</sup> Gaio sembra occuparsi delle *res publicae* in generale, inserendole tra le *res extra patrimonium*, con uno sforzo che risponde prettamente alle proprie esigenze sistematiche: di questa opinione G. GROSSO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, in *Rivista di diritto romano*, 1 (2001), p. 29 ss.; R. ORESTANO, *Il "problema delle persone giuridiche" in diritto romano I*, cit., p. 307 ss.

<sup>84</sup> U. ROBBE, *La differenza sostanziale fra 'res nullius' e 'res nullius in bonis' e la distinzione delle 'res pseudo-marciane'*, I, Milano, 1979, 12 ss. e 29 ss.

Tuttavia la ricostruzione di Gaio, rispondendo al criterio dell'appartenenza, non si concentra sul profilo dell'*usus*, elemento caratterizzante, come detto, delle *res in usu publico*, che le differenzia da quelle cose *in pecunia populi*<sup>85</sup>, rispondenti invece a fini patrimoniali verso l'organizzazione pubblica, nel senso che l'appartenenza ne garantiva il sostentamento tramite il reddito che esse generavano o potevano generare tramite l'alienazione.

Dalla sistemazione gaiana delle *res publicae*, ne discendono non solo solide basi per l'avvio alla costruzione della persona giuridica<sup>86</sup> - stante l'utilizzo del termine *universitas* - ma anche segna forse l'esigenza di un passo in avanti per alcune cose, la cui confusione con le *res in pecunia populi* può destare grosse preoccupazioni.

Ecco infatti l'esigenza di enucleare una categoria più 'netta', per la quale contribuisce Ulpiano:

D. 47, 10, 13, 7 Ulp. 57 ad ed.: *Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graece σαγήνη dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiat, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? me iniuriarum iudicio teneri an non? et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi: sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest. usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari: quare si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest. in lacu tamen, qui mei domini est, utique piscari aliquem prohibere possum.*

ma su cui interviene Marciano il cui «apporto è stato forse quello di aver fatto di esse una vera e propria categoria di cose, distinte dalle pubbliche»<sup>87</sup>:

D. 1, 8, 2, pr.-1: Marcian. 3 inst.: *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. Et quidem naturali iure omnium communia illa sunt: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

<sup>85</sup> Secondo G. GROSSO, *Problemi sistematici del diritto romano. Cose-contratti*, Torino 1974 p. 33, la distinzione tra *res in usu publico* e *res in patrimonio populi* sembra esprimere «in nuce quella nostra tra beni demaniali e beni patrimoniali»; dello stesso avviso M. GIAGNORIO, *Il contributo del civis nella tutela delle res in publico usu*, in *TSDP*, 6 (2013), pp. 5-6. Ricordo poi che in età imperiale si assiste ad un progressivo assorbimento delle *res in patrimonio populi* nella sfera del *fiscus*; così anche G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, in *Rivista di diritto romano*, 1 (2001), p. 33 ss. a proposito di D. 43, 8, 2, 3-5 Ulp. 68 ad ed.: *Publici loci appellatio quemadmodum accipiat, Labeo definit, ut et ad areas et ad insulas et ad agros et ad vias publicas itineraque publica pertineat. 4 Hoc interdictum ad ea loca, quae sunt in fisci patrimonio, non puto pertinere: in his enim neque facere quicquam neque prohibere privatus potest: res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt. igitur si quis in his aliquid faciat, nequaquam hoc interdictum locum habebit: sed si forte de his sit controversia, praefecti eorum indices sunt. 5 Ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet, quae publico usui destinata sunt, ut, si quid illic fiat, quod privato noceret, praetor intercederet interdicto suo.*

<sup>86</sup> In questo senso F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani I. La struttura giuridica*, cit., p. 73.

<sup>87</sup> F. SINI, *Persone e cose: res communes omnium. Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica*. in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, 7 (2008).

Trattasi delle *res communes omnium*, che dato l'*excursus* appena brevemente ricostruito, almeno nei suoi passaggi fondamentali, assurgono a vera categoria, cui, anche senza gli sforzi dei giuristi sopra riportati, basterebbe la sola definizione di *ius naturale*<sup>88</sup>, per difendersi da - sia pur autorevolissime - critiche<sup>89</sup>.

Questa posizione, sia pur «isolata nella letteratura giuridica romana»<sup>90</sup>, categorizzata da Marciano sotto il nome di *res communes omnium*<sup>91</sup>, si è 'guadagnata' il merito di essere inserita nelle Istituzioni, il che, sia pure *a posteriori*, non può che dimostrarne la sua fondatezza:

I. 2, 1, pr.-1: *Superiore libro de iure personarum exposuimus: modo videamus de rebus. quae vel in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium habentur. quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur, sicut ex subiectis apparebit. Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis absteat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare.*

Questo è il punto d'arrivo degli sforzi giurisprudenziali intorno al problema di garantire la non commerciabilità di cose destinate a soddisfare bisogni primari dell'uomo (le *res communes omnium*), o comunque bisogni necessari alla vita, anche in comunità, del singolo cittadino (le *res in usu publico*).

Ora, si vedranno brevemente i profili di tutela delle *res in usu publico*, e come all'inizio detto, con il solo fine di dimostrare come l'interesse del singolo sia volto alla difesa di un diritto che è stato felicemente definito "pubblico diffuso"<sup>92</sup>.

Il mezzo delle azioni popolari, nella veste degli interdetti a tutela delle *res publicae* (rientra nell'azione popolare anche la *popularis accusatio*<sup>93</sup>), non può che rientrare nella categoria del diritto «spettante a tutti i

<sup>88</sup> D. 1, 1, 1, 3 Ulp. 1 *inst.*: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censer.*

<sup>89</sup> TH. MOMMSEN, *Sopra una iscrizione scoperta in Frisia*, in *BIDR*, 2, 1889, p. 130 ss., definisce (nella lettera a Vittorio Scialoja pubblicata) le *res communes omnium* come una categoria «che non ha né capo né coda»

<sup>90</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 382.

<sup>91</sup> P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, 1, *La proprietà*, cit., p. 51 ss., preferisce infatti parlare, con toni critici, di una categoria che non è propria dei giuristi romani, ma del solo Marciano. Sulle *res communes omnium*, tra gli altri, si vedano: A. DELL'ORO, *Le «res communes omnium» dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in *Studi Urbinati. Scienze giuridiche ed economiche*, 31, (1962-1963), p. 237 ss; F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani I. La struttura giuridica*, cit., in particolare pp. 113-121; G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, in *Rivista di diritto romano*, cit., p. 33 ss.; G. PUGLIESE, *Res publicae in usu populi e in patrimonio populi nel corso di Gaetano Scherillo sulle cose*, in *Gaetano Scherillo: atti del convegno, Milano, 22-23 ottobre 1992*, Bologna 1994; P. MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano. Qualche idea per il nostro tempo*, in *SDHI*, 79 (2013) pp. 1043-1078; M. GIAGNORIO, *Il contributo del civis nella tutela delle res in publico usu*, cit., p. 10; nonché il recente D. DURSI, *Res communes omnium. Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, Napoli 2017.

<sup>92</sup> Espressione coniata (almeno per questi temi) da V. SCIALOJA, *Prefazione*, in C. BRUNS, *Le azioni popolari romane*, in *AG*, 28 (1882); ora in *Id.*, *Studi giuridici I*, cit., che a p. 117, commentando la 'tripartizione' di Bruns e in particolare i diritti spettanti alla comunità ed esercitabili da ciascuno di essi, scrive: «Questo diritto è bensì pubblico, spetta all'individuo come membro del popolo: ma è tuttavia un diritto che spetta a lui, e non già al popolo come un ente diverso e totalmente distinto da lui. Se mi fosse lecito parlare figuratamente direi che si tratta qui non già di un diritto pubblico concentrato, ma di un diritto pubblico diffuso in tutti i membri della comunità»; vedasi sul tema A. DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, cit., pp. 86-87; *Id.*, *Salubritas e forme di tutela in età romana. Il ruolo del civis*, cit., p. 21.

membri della comunità, e da esercitarsi perciò da ciascuno di essi» e non nel «diritto spettante alla comunità come ente a sé, ma da esercitarsi da qualunque suo membro» né tantomeno nel «diritto spettante alla comunità, come ente a sé, e da esercitarsi mediante un organo speciale di essa»<sup>94</sup>.

Preciso che un diritto che spetti alla “comunità come ente a sé” non può trovare spazio nel diritto romano, non solo nella *libera res publica*, ma anche nel principato, nonostante si passi «dai *plures cives* (*populus*) all'*unus* (imperatore)»<sup>95</sup>: il nuovo disegno costituzionale, a mio avviso, non va a ledere né l'*usus* del singolo cittadino, né tantomeno viene a creare la persona giuridica, tale da poter designare un ente con vita propria.

Che infatti il modello di tutela vada a cambiare<sup>96</sup>, con l'istituzione e la successiva moltiplicazione di *curatores* per la tutela delle diverse *res publicae* cui ciascuno di questi è associato<sup>97</sup>, non significa che il cittadino vada a perdere l'*usus* della *res*, ma la (sola) rimessione della tutela ad un magistrato; se questo è il profilo ‘formale’ di ciò a cui si assiste, la perdita del diritto all'azione popolare da parte del *quivis ex populo*, però, segna uno svuotamento del potere drastico del singolo componente del *populus*, che lo allontana dagli altri<sup>98</sup>.

Bene, l'azione popolare è dunque lo strumento di risoluzione del ‘conflitto’ che si genera dalla contitolarità dell'*usus* del *populus* sulle *res in usu publico*, che si coniuga alla perfezione con la ricostruzione del diritto spettante ad ogni singolo membro della comunità.

I giuristi romani, però, non si preoccupano di fornire una definizione compiuta dell'azione popolare, mossi prevalentemente dall'intento di andare a disciplinare i casi concreti di tutela; eccezione costituisce il seguente passo di Paolo:

---

<sup>93</sup> D. 3, 3, 43, 2 Paul. 9 *ad ed.*: *In popularibus actionibus, ubi quis quasi unus ex populo agit, defensionem ut procurator praestare cogendus non est.* Sul tema vedasi C. BRUNS, *Le azioni popolari romane*, traduzione di V. SCIALOJA, in *AG*, 28 (1882); ora in ID., *Studi giuridici I*, Roma 1933, p. 163; M. GIAGNORIO, *Brevi note in tema di azioni popolari*, in *TSDP*, V (2012), a pp. 4-5 scrive: «Tra l'azione popolare e la *publica accusatio*, ossia lo strumento attraverso il quale il cittadino contribuiva all'instaurazione di un giudizio per la repressione dei crimina, vi sono diversi punti in comune: per primo, il profilo della legittimazione attiva che era riconosciuta ad ogni cittadino romano; inoltre entrambe erano sottratte all'iniziativa di donne e pupilli, ed infine, se erano in molti a farne richiesta, sarebbe stato il pretore a scegliere quello più idoneo». D. 47, 23, 2, Paul. 1 *ad ed.*: *Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem.* Sul tema della *popularis accusatio*, vedi per tutti: B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998, p. 67 ss..

<sup>94</sup> Questa la gradazione di diritti operata sulla base della classificazione delle azioni popolari operata da Bruns e fondata sul criterio della spettanza all'attore del provento o alla cassa pubblica, nell'opera che viene tradotta e commentata da V. SCIALOJA, *Prefazione*, in C. BRUNS, *Le azioni popolari romane*, in *AG*, 28 (1882); ora in ID., *Studi giuridici I*, cit., p. 117.

<sup>95</sup> A. DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, cit., p. 42.

<sup>96</sup> Vedasi *ibidem*, pp. 35-42; ID., «Zone d'ombra» nella storiografia romanistica. Il caso degli interdetti e delle azioni popolari, in *Societas-Ius, Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli 1999, pp. 483-520; nonché F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani I. La struttura giuridica*, cit., pp. 101-109.

<sup>97</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, ai *curatores viarum*, ai *curatores aquarum*, o al *curator alvei Tiberis et riparum et cloacarum urbis*.

<sup>98</sup> La perdita dell'azione popolare svuota il popolo non solo del profilo procedurale di tutela, ma - a mio avviso, di certo provocatorio - in sostanza, anche dell'*usus*, ma non sotto il profilo formale (che perdura), bensì sostanziale, minando di fatto la forza comunitaria che si era instaurata nella *libera res publica* nel godimento delle *res in usu publico*. Un diritto che non sia assistito da azione, credo, sia un diritto quantomeno ‘debole’. L'espressione “diritto assistito da azione” è utilizzata dalla Cass., sez. II civ., del 4 luglio 1934, n° 2722, che così qualifica l'uso collettivo sui beni demaniali.

D. 47, 23, 1 Paul. 8 *ad ed.*: *Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur.*

Da questa fonte<sup>99</sup> emerge però che Paolo utilizza contemporaneamente sia il termine *populus* che il termine *popularis*, e dunque con una netta discrasia tra il sostantivo *populus* e il suo aggettivo, che dovrebbe essere *publicus*<sup>100</sup>: la ragione potrebbe ben essere che l'impiego dell'aggettivo proprio avrebbe comportato una confusione con l'*actio publica* dei *publicia iudicia*<sup>101</sup>.

In ogni caso, ciò che a me interessa, è il fondamento giuridico dell'azione popolare, che viene identificato nel *suum ius populi*, posto che ribadisco che per *populus* intendo l'insieme concreto dei cittadini<sup>102</sup>, e mai una equiparazione con lo 'Stato'<sup>103</sup>.

E l'azione popolare diviene 'scomoda' per chi ha 'plastificato' il popolo nel concetto di 'Stato': Savigny<sup>104</sup> e Mommsen<sup>105</sup>, hanno affermato infatti la natura procuratoria di tutte le azioni popolari, ove il *quivis de populo* avrebbe agito per la tutela di un interesse collettivo e non per la lesione di un proprio diritto (sia pur 'condiviso' con gli altri), in qualità di 'rappresentante' della collettività, anzi meglio

---

<sup>99</sup> Vedi su questo passo le considerazioni di R. MASCHKE, *Zur Theorie und Geschichte der Popularklagen*, in *ZSS*, VI, 1886, 234, nt. 1; V. COLONIEU, *Les actions populaires en droit romain*, Parigi 1888, p. 17;

<sup>100</sup> Sul tema rinvio al §2 del cap. I, richiamando qui solo la bibliografia principale: Si veda sul tema: A. ERNOUT MEILLET, voci *Populus* e *Publicus*, in *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, cit., p. 522; T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, cit., P. DE FRANCISCI, *'Arcana imperii'*, III, cit., 96 ss. e A. MOMIGLIANO, *Osservazioni sulla distinzione tra patrizi e plebei*, in *Les origines de la république romaine. Entretiens sur l'antiquité classique*, cit., p. 197 ss J. GAUDEMET, *Le peuple et le gouvernement de la République romaine*, in *Labeo*, XI (1965), p. 148 e R.E. MITCHELL, *Patricians and plebeians. The origins of Roman State*, cit., 155 ss.

<sup>101</sup> Di questo avviso M. GIAGNORIO, *Brevi note in tema di azioni popolari*, cit., p. 10.

<sup>102</sup> Per i fini che qui mi interessano, avendo già difeso ampiamente questa posizione, credo che sia opportuno citare, fra tutti C. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale. 1. Parte storica. Diritto romano*, cit., p. 385 nonché F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le 'actiones populares'*, cit., p. 99 ss.

<sup>103</sup> Come già ripercorso, è fin dagli inizi del secolo diciannovesimo che il *populus* è stato inteso come un soggetto di diritto a se stante, avulso dai suoi componenti, con una forzatura intesa ad attribuire una personalità giuridica ad uomini che invece si erano soltanto associati per utilità comune secondo un consenso espresso in termini giuridici (Cic., *rep.*, 1.25.39); come noto il precursore della tesi del «*Populus Romanus* als Staat» è stato J. RUBINO, *Über den Entwicklungsgang der römischen Verfassung bis zum Höhepunkte der Republik*, Cassel, 1839, 233 ss., poi messa a punto da T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, cit., 824 ss.: «*populus* ist der Staat»; tesi che peraltro ha trovato anche autorevoli consensi: U. COLI, *Regnum*, cit., p. 22 ss.; G. NOCERA, *Il pensiero giuspublicistico romano*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, II, Milano, 1965, p. 565 ss.; G. CRIFÒ, *Lezioni di storia del diritto romano in età monarchica e repubblicana*, Bologna, 1994, 123 ss.

<sup>104</sup> K. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, II, Berlino, 1853, p. 314 ss.

<sup>105</sup> T. MOMMSEN, *Die Stadtrechte der Latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica*, in *Abhandlungen der Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften*, III, Leipzig 1855.

ancora, in qualità di *procurator*<sup>106</sup> del *populus Romanus*, e il provento derivante dalla pena pecuniaria avrebbe avuto l'obiettivo di incentivare la denuncia del singolo cittadino<sup>107</sup>.

Ma è Bruns<sup>108</sup> che corregge il tiro per l'analisi delle azioni popolari; contro la tesi unificante di Mommsen tra le azioni popolari e la *publica accusatio*, egli concentrandosi sulla destinazione del provento, o all'*aerarium* o all'attore, divide le azioni popolari a seconda della fonte che le inserisce nel sistema: «da un lato le azioni che trovano la loro fonte nelle leggi; dall'altro quelle previste nell'Editto»<sup>109</sup>. Sicché le prime hanno la conseguenza che il provento sia a favore della cassa pubblica, mentre le seconde all'attore, e ancor meglio che nelle prime «l'attore è un mero strumento della comunità, mentre nelle seconde ha in giuoco un suo proprio interesse, anche se non in quanto privato, sibbene in quanto parte della comunità»<sup>110</sup>. Quindi, se si utilizza la categoria delle azioni procuratorie, in questa rientrano le azioni che derivano dalle leggi, e non quelle che derivano dallo *ius honorarium*, in cui l'attore agiva a tutela di un proprio diritto: tant'è che nelle formule processuali l'*intentio* e la *condemnatio* vedono il nome dell'attore<sup>111</sup>.

Dunque, seguendo i termini della ricostruzione operata da Bruns, l'attore tutelava un proprio interesse, tutelando di conseguenza il diritto all'*usus* di tutti gli altri consociati nella comunità del *populus Romanus*.

Ed allora è proprio in questo senso che deve intendersi il *suum ius populi*, ove '*ius populi*' si concentra sul profilo 'pubblicistico' del diritto, inteso come diritto che sotto il profilo del 'godimento' spetta ad ogni componente della cosa pubblica, e '*suum*' sulla rimessione della tutela all'attore, il *quivis ex populo*.

Prima di chiudere, mi concentro sul 'conflitto' che poteva sorgere nel caso in cui fossero proposte più azioni popolari con il medesimo oggetto, perché le fonti appaiono chiare nel rifiutare un concorso di azioni, poiché a mio avviso, non si riscontra tanto un obiettivo di quella che noi oggi siamo soliti chiamare 'economia processuale', quanto invece diretta conseguenza dell'unicità dell'interesse

---

<sup>106</sup> Con importanti conseguenze derivanti da tale qualificazione, tra cui come mette in evidenza M. GIAGNORIO, *Brevi note in tema di azioni popolari*, cit., pp. 19-20 «la disposizione che prevede che l'attore dovesse essere capace di *postulare pro alio* - requisito che era richiesto per tutti coloro che avessero dovuto agire in rappresentanza-, l'esclusione della donna e dei pupilli dalla legittimazione ad esperire un'azione popolare, al pari di quanto previsto per le *publicae accusationes*, ed infine il divieto per l'attore di nominare un rappresentante processuale, divieto che rappresentava, secondo tale ricostruzione la principale prova della natura procuratoria delle azioni popolari. Si riteneva, infatti, che la *ratio* di una tale previsione fosse da ricercare nella circostanza che l'attore era già *procurator* del *Populus Romanus* e per tale motivo non gli era consentito nominare un ulteriore rappresentante»; si ricordi infatti D. 47, 23, 4, Paul. 3 *ad ed.*: *Popularis actio integrae personae permittitur, hoc est cui per edictum postulare licet*.

<sup>107</sup> Sulla concezione premiale nel diritto romano vedasi G. LURASCHI, *Il Praemium nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano, 1983, 239 ss.

<sup>108</sup> C. BRUNS, *Le azioni popolari romane*, traduzione di V. SCIALOJA, in *AG*, 28 (1882); ora in ID., *Studi giuridici I*, cit., p. 179 ss.

<sup>109</sup> F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le 'actiones populares'*, cit., p. 139.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

<sup>111</sup> Sulla struttura formulare dell'azione popolare *de albo corrupto*: O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig 1927 (Aalen 1985), p. 57 e D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova 1999, p. 72 e nt. 292.

(comune), che mal si concilia con l'accoglimento di domande aventi il medesimo oggetto e scaturenti da un interesse ad agire, che se pur privato, risulta 'condiviso' con gli altri.

In ogni caso sono due i passi che offrono gli strumenti di risoluzione del conflitto:

D. 47, 23, 2, Paul. 1 *ad ed.*: *Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem.*

D. 47, 23, 3, 1 Ulp. 1 *ad ed.*: *In popularibus actionibus is cuius interest praefertur.*

Dico subito che il passo di Paolo offre un criterio di risoluzione 'generale', nel senso, come si vedrà, che la valutazione del 'più idoneo' aveva prima ad oggetto l'*is cuius interest* di cui parla Ulpiano.

Infatti, secondo il 'combinato disposto' dei passi sopra riportati, il pretore, nel caso in cui più persone avessero poposto l'*actio popularis*, egli doveva eleggere l'*idoneiorem* sulla base, dapprima di una valutazione concernente l'*actio*, e poi sulle qualità morali e sociali dei diversi proponenti<sup>112</sup>.

La valutazione operante sulla legittimazione all'*actio* aveva ad oggetto la diretta lesione o meno di un interesse privato del proponente; sicché colui che era stato direttamente danneggiato nell'*usus*, aveva la 'priorità' nell'esercizio dell'azione, dato l'*is cuius interest*: solo in mancanza di detta proposizione, ed ergo dell'inerzia del diretto (*rectius*: immediato) danneggiato, gli altri potevano esperire l'*actio* senza dover 'sopportare' la precedenza di nessun altro.

Se poi vi fosse stato concorso tra più persone non immediatamente danneggiate, supplisce il criterio riportato da Paolo circa la valutazione del giudice sull'attore<sup>113</sup> (e non sulla domanda dell'attore su cui invece si concentra Ulpiano).

Risolti anche questi conflitti, sulla scorta di quanto ripercorso, mi sembra chiaro che l'idea della 'condominialità' di tutti i cittadini romani nell'*usus* di quelle particolari *res publicae* trova - e sia giustificata di converso<sup>114</sup> - dalla stessa rimessione dell'*actio popularis* ad ogni singolo componente la comunità, la cui «qualità di membro della comunione dà a qualunque cittadino il diritto e gli impone l'obbligo di impedire e di reprimere tutti quei fatti, che importano lesione dell'interesse generale»<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> Sul tema vedasi M. GIAGNORIO, *Brevi note in tema di azioni popolari*, cit., p. 35 ss.

<sup>113</sup> Si ricorda che con l'*infamia* si perdono lo *ius suffragii* e lo *ius honorum*, di certo non idonei a promuovere un'*actio popularis*: D. 47, 23, 4, Paul. 3 *ad ed.*: *Popularis actio integrae personae permittitur, hoc est cui per edictum postulare licet.* Sull'*infamia*: A.H.J. GREENIDGE, *Infamia: its place in Roman Public and Private Law*, Oxford, 1894, rist. 2007; M. KASER, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in *ZSS*, LXXIII (1956), p. 220 ss.; U. BRASIELLO, voce *Infamia*, in *NNDI*, VIII, Torino, 1962, p. 641 ss.; A. MAZZACANE, voce *Infamia (storia)*, in *ED*, XXI, Milano 1971, p. 382 ss..

<sup>114</sup> Come si vede, ecco dimostrata l'altra tesi su cui ho più volte insistito, specialmente nel cap. II: talvolta dallo strumento di risoluzione del conflitto (nel caso di specie l'*actio popularis*) si comprende meglio l'istituto (qui le *res in usu publico*). La rimessione della tutela al singolo spiega infatti in che modo debba intendersi l'*usus*.

<sup>115</sup> C. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale. 1. Parte storica. Diritto romano*, cit., p. 320.

## 2.1 *Res humani iuris privatae*

Come già detto al principio di questo capitolo, la sistematica gaiana della quale mi sono servito, mi permette di trattare in questa parte di tutti i ‘conflitti’ che ho ravvisato e selezionato per le *res* in senso lato, e quindi sia per le *res corporales* che per quelle *incorporales*.

Difatti in seguito tratterò sia di situazioni conflittuali derivanti da diritti che hanno oggetto la *res* (il condominio), sia di quelle derivanti da *obligationes* (*societas*, *mandatum*, *arbitrium merum* e *boni viri*) che dall’*hereditas* (il *pactum quo minus solvatur*).

Analizzo dapprima quell’“antico consorzio fraterno”<sup>116</sup> che prende il nome di *consortium erecto non cito*, che non deve intendersi solo come una semplice comunione di un patrimonio, ma anche come un rapporto associativo di natura familiare<sup>117</sup>, stante il rapporto intercorrente tra i *fratres sui*, sulla base del quale ci si può permettere «di avvicinare, sul piano sistematico, il *consortium* alla *societas* consensuale entro un’unica e indefinita categoria di *societas*»<sup>118</sup>, e che si evince appunto dal vincolo di *fraternitas*, su cui i giuristi classici insistevano ancora in materia di società consensuale:

D. 17, 2, 63, pr. Ulp. 31 *ad ed.*: *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.*

Nella (e con la) *fraternitas* il *consortium* viene ad instaurarsi: avendo radici antichissime, non può essere un caso che, verificandosi in gruppi ristretti all’interno della originaria *civitas*, ove la *gens* e la *familia* giocavano inevitabilmente un ruolo ‘politico’, il suo meccanismo di funzionamento decisionale (lo *ius prohibendi*) sia stato poi adottato nel governo della cosa pubblica, e, dal punto di vista privatistico, sia stato poi adattato al nuovo schema della *communio*; difatti «dal consorzio derivano la collegialità e la comunione: i derivati hanno conservato, almeno nell’apparenza esteriore, nella formola, il principio dello ‘*ius prohibendi*’ e della piena legalità dell’atto non impedito»<sup>119</sup>.

Come noto, la descrizione del *consortium erecto non cito*, ci è offerta nei frammenti gaiani di Antinoe:

<sup>116</sup> Così può ben definirsi (vedi ad es. nel titolo di G. ARICÒ ANSELMO, “*Societas inseparabilis*” o dell’indissolubilità dell’antico consorzio fraterno, in *AUPA*, cit.), sulla base di un fondamentale passo di Gellio riportato *infra*.

<sup>117</sup> H. LÉVY-BRUHL, *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris 1947, p. 51 ss.

<sup>118</sup> M. BRETONE, “*Consortium*” e “*communio*”, cit., p. 78.

<sup>119</sup> C. FADDA, ‘*Consortium, collegia, magistratuum, communio*’, *Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento*, cit., p. 148.

Gai. 3, 154<sup>120</sup>: *Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas. sed haec quidem societas, de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit. Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas. sed haec quidem societas, de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit. 154a Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. olim enim mortuo patre familias, inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diviso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem dividere est: unde caedere et secare [et dividere] dicimus. 154b Alii quoque qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. in hac autem societate fratrum suorum ceterorumve, qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, [unus] quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando eius facebat, qui mancipio accipiebat ...*

Orbene, senza qui ripercorrere gli interessantissimi profili di ‘parallelismo’ tra *ius publicum* e *ius privatum*, scaturenti dallo *ius prohibendi* come tecnica di risoluzione del conflitto nella gestione del potere collegiale nella *res publica*, già analizzati<sup>121</sup>, mi concentro sul diritto di ‘veto’ squisitamente sotto il profilo privatistico, che lo si ritrova sia quando la proprietà è plurima ma integrale - e cioè non divisa - nell’atto dispositivo, sia per il (solo) atto innovativo, quando si affaccia il regime giuridico della *communio*, caratterizzata quest’ultima dal frazionamento del diritto di proprietà in quote, ove ciascun partecipante diviene titolare di una *pars pro indiviso*:

D. 50, 16, 25, 1 Paul. 21 *ad ed.*: *Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari.*

E, dico subito, che lo *ius prohibendi* non è l’unico ‘retaggio’ del *consortium* che appare nella *communio*, ma che il principio della proprietà plurima integrale emerge anche nello *ius adcrendi*<sup>122</sup>, unica tecnica che riesce a garantire gli altri comproprietari, prevedendo infatti la *vis expansiva* della quota di ognuno di questi sulla quota ‘abbandonata’ da un altro *socius* (secondo un rapporto di proporzionalità rispetto al diritto già posseduto), nel caso di *derelictio*:

<sup>120</sup> Il testo è trascritto sulla base di quanto ricostruito da E. SECKEL - B. KÜBLER, *Gai Institutionum commentarii quattuor*<sup>7</sup>, Lipsiae 1935; per i problemi ricostruttivi del testo si veda V. ARANGIO-RUIZ, *PSI. 1182. Frammenti di Gaio*, in «*Papiri Greci e Latini (Pubblicazioni della Società Italiana per la ricerca dei papiri greci e latini in Egitto)*» XI (1934), pp. 1-42.

<sup>121</sup> Si veda *ampliter*, il §3 del cap. I.

<sup>122</sup> F. DE CILLIS, *Del diritto di accrescere secondo la dottrina romana nel Codice Civile Italiano*, in *AG*, XXIII, 1879, p. 110 ss.; P. BONFANTE, *Il regime positivo e le costruzioni teoriche del condominio*, in *Scritti giuridici vari*, III, Torino 1921, pp. 454-484; ID., *Il ius adcrendi nel condominio*, *ibidem*, pp. 434-453; ID., *Il ius prohibendi nel condominio*, *ibidem*, 382-433; G. SEGRÉ, *La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali*, Torino 1931, p. 66 ss.; R. VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, Milano 1941, p. 3 ss.; S. LOHSSE, *Ius adcrendi. Die Anwachsung im römische Vermächtnisrecht*, Köln 2008, p. 237 ss.

D. 41, 7, 3 Mod. 6 *diff.*: *An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.*

Tant'è che lo *ius adcrendi* si pone come mezzo di risoluzione del conflitto generato dalla manumissione, ad opera di uno solo dei comproprietari, del servo comune<sup>123</sup>, in pieno accordo anche con il principio della indivisibilità dello *status libertatis*: nella *communio*, a differenza di quanto avveniva nel *consortium* - in cui, senza il concetto di *pars pro indiviso* la *manumissio* ad opera di uno solo dei contitolari rendeva di fatto libero lo schiavo - si perviene all'accrescimento delle quote degli altri comproprietari:

*Epit. Ulp. 1, 18.*: *Communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque adcrecit socio; maxime si eo modo manumiserit, quo, si proprium haberet, civem Romanum facturum esset. Nam si inter amicos eum manumiserit, plerisque placet eum nihil egisse.*

Di conseguenza, a parte quanto statuirà Giustiniano rispondendo ad una logica volta a perseguire il *favor libertatis*<sup>124</sup>, lo schiavo risulterà libero solo allorché tutti gli altri *socii* avranno compiuto l'affrancazione, anche in tempi diversi.

Un'altra ipotesi 'patologica' in cui interviene lo *ius adcrendi* è quella che può verificarsi in materia di acquisti del *servus communis*, ove ordinariamente questi acquista per i singoli condomini *pro portionibus dominicis*, dunque secondo le quote di cui ciascuno di essi è titolare:

D. 45, 3, 5 Ulp. 48 *ad Sab.*: *Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore: et ideo si quid stipulatur vel quaqua alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro parte, qua dominium in eo habent. licet autem ei et nominatim alicui ex dominis stipulari vel traditam rem accipere, ut ei soli adquirat. sed si non nominatim domino stipuletur, sed iussu unius dominorum, hoc iure utimur, ut soli ei adquirat, cuius iussu stipulatus est.*

Pertanto, tale principio non vacilla neanche quando l'acquisto avviene *ex re* di uno solo dei condomini, per il quale l'effetto si verifica nei confronti di tutti:

---

<sup>123</sup> M. BRETONE, 'Servus Communis'. Contributo alla storia della proprietà in età classica, Napoli 1958, p. 4 ss.

<sup>124</sup> I. 2, 7, 4; *invenimus viam, per quam et manumissor et socius eius et qui libertatem accepit nostro fruuntur beneficio, libertate cum effectu procedente (cuius favore et antiquos legislatores multa et contra communes regulas statuisse manifestissimum est) et eo qui eam imposuit suae liberalitatis stabilitate gaudente et socio indemnitate conservato pretiumque servi secundum partem domini, quod nos definivimus, accipiente.*; C. 7, 7, 1, 1b Iust.: *His itaque apud veteres iuris auctores inventis decedentes tales altercationes generaliter sancimus, ut nulla inducatur differentia militis seu privati in servis communibus, sed in omnibus communibus famulis, sive inter vivos sive in ultima dispositione libertatem quis legitimam imponere communi servo voluerit, hoc faciat, necessitatem habente socio vendere partem suam, quantum in servo possidet, sive dimidiam sive tertiam sive quantamcumque, et si plures sint socii, uno ex his libertatem imponere cupiente alios omnes necessitatem habere partes suas, quas in servo possident, vendere ipsi, qui libertatem servo imponere desiderat, vel heredi eius (licet ipse communis servus institutus sit), si hoc moriturus dixerit, ita tamen, ut omnimodo ipse qui partes alias comparavit vel heredes eius libertatem imponant.* Si veda sul tema M. EVANGELISTI, *Riflessioni in tema di ius adcrendi*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, 10 (2011-2012).

D. 10, 3, 24, 0 Iul. 8 dig.: *Communis servus si ex re alterius dominorum adquisierit, nibilo minus commune id erit: sed is, ex cuius re adquisitum fuerit, communi dividundo iudicio eam summam percipere potest, quia fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit.*

Ma v'è un correttivo per il caso in cui uno dei condomini non voglia o non possa acquistare: l'acquisto effettuato dal servo comune spiega i suoi effetti tra gli altri condomini nella sua totalità<sup>125</sup>, secondo il 'rimedio' dello *ius adcrendi*<sup>126</sup>:

D. 45, 3, 1, 4 Iul. 52 dig.: *Communis servus duorum servorum personam sustinet. idcirco si proprius meus servus communi meo et tuo servo stipulatus fuerit, idem iuris erit in hac una conceptione verborum, quod futurum esset, si separatim duae stipulationes conceptae fuissent, altera in personam mei servi, altera in personam tui servi: neque existimare debemus partem dimidiam tantum mihi adquiri, partem nullius esse momenti, quia persona servi communis eius condicionis est, ut in eo, quod alter ex dominis potest adquirere, alter non potest, perinde habeatur, ac si eius solius esset, cui acquirendi facultatem habeat.*

Orbene, passati in rassegna quei casi conflittuali scaturenti dalla *communio*, e risolti dallo *ius adcrendi*, mi sembra opportuno ora concentrarmi sullo *ius prohibendi*, che come detto lo si trova anche negli atti innovativi concernenti la cosa su cui vi sia *communio*, ma soprattutto negli atti dispositivi dell'antico *consortium*: se ne induce quindi la piena 'collegialità' tra i *fratres* «fondamentalmente assente il criterio, a noi familiare, per cui certe decisioni vanno prese a maggioranza»<sup>127</sup>.

Tale collegialità, ben si spiega con la natura di '*societas inseparabilis*' dell'antico consorzio fraterno, per la quale, dico subito, non penso possa muoversi qualche eccezione - a favore di una 'presunta' divisibilità<sup>128</sup> - al testo di Gellio, il quale confronta la comunione pitagorica («che altro non è che una comunione quasi fraterna»<sup>129</sup>) con il *consortium ercto non cito*:

Gell. 1. 9. 12: *Haec Taurus dicere solitus novicios philosophorum sectatores cum veteribus Pythagoricis pensitans. 12 Sed id quoque non praetereundum est, quod omnes, simul atque a Pythagora in cohortem illam disciplinarum recepti erant, quod quisque familiae, pecuniae habebat, in medium dabat, et coibatur societas inseparabilis, tamquam illud fuit anticum consortium, quod iure atque verbo Romano appellabatur "ercto non cito".*

<sup>125</sup> Vedi sul tema: M. BRETONI, 'Servus Communis'. Contributo alla storia della *comproprietà* in età classica, cit., p. 22 ss.

<sup>126</sup> Vedi però il dibattito tra Sabiniani e Proculiani, ripercorso da M. EVANGELISTI, *Riflessioni in tema di ius adcrendi*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, cit., nt. 24.

<sup>127</sup> M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 477.

<sup>128</sup> Tutti i fautori della tesi avversa si pongono sulla scia di A. PERNICE, *Parerga I. Zum römischen Gesellschaftsverträge*, in *ZSS*, 3 (1882), p. 70 nt. 2, tra cui V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli 1950, p. 6 ss.; S. TONDO, *Il consorzio domestico nella Roma antica*, in *Atti e Memorie della Accademia La Colombaria*, 40 (1975), p. 131 ss.

<sup>129</sup> A. BISCARDI, *La genesi della nozione di comproprietà*, cit. p. 163.

Gellio parla chiaro<sup>130</sup>: egli parla infatti di indivisibilità. Infatti, che ‘*cierè*’ e ‘*citum*’ si riferiscano alla divisione è confermato dalla stessa denominazione dell’azione di divisione ereditaria (*iudicium familiae eriscundae*):

D. 10, 2, 1, pr. Gai. 7 *ad ed. provinc. Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum: namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur.*

Di tal guisa, non può non riconoscersi alla regola contenuta nella legge delle Dodici Tavole, un carattere di ‘novità’, inserendo nel sistema un meccanismo divisionale prima non conosciuto<sup>131</sup>, poiché se ‘*erciscere*’ non è altro che la contrazione di ‘*ercitum ciere*’, la «negativa anteposta al ‘*cito*’ esclude la divisibilità»<sup>132</sup>.

Corollario di questa tesi è infatti che alla morte di uno tra i *consortes*, la comunione non viene a cessarsi, poiché in tale sistema non può seguirsi l’idea dell’acquisto da parte degli eredi della quota (che non esiste), poiché manca il concetto di *communio pro indiviso*, che ben può portare alla possibilità di una divisione; difatti «“*inseparabilis*”, può dunque essere inteso correttamente, nel brano di Gellio, nel senso di “non quotizzabile”»<sup>133</sup>.

Sebbene vi siano teorie diverse circa i poteri dei *consortes* fra loro<sup>134</sup>, per le quali non mi sembra in ogni caso che si possa prescindere da una volontà ‘comune’ fra tutti<sup>135</sup> (anzi risultano confermare appieno la teoria dell’indivisibilità), lo strumento a tutela del singolo comproprietario è quello, come

---

<sup>130</sup> G. ARICÒ ANSELMO, “*Societas inseparabilis*” o dell’indissolubilità dell’antico consorzio fraterno, in *AUPA*, cit., p. 158: «Il testo ha dato, comprensibilmente, parecchio filo da torcere ai sostenitori della congenita ‘separabilità’ dell’antichissima comunione fraterna»; ma dinanzi a questo richiamo da parte di Gellio all’*inseparabilitas* i sostenitori della tesi avversa, hanno tentato di oscurare questo scomodissimo ostacolo «anche a costo di negare l’evidenza». Queste ultime parole proprie di uno stesso sostenitore della divisibilità del consorzio, che infatti non lesina critiche al passo gelliano: mi riferisco a S. TONDO, *Il consorzio domestico nella Roma antica*, cit., p. 207.

<sup>131</sup> Sulla disputa circa l’introduzione dell’*actio familiae eriscundae* e la sola introduzione di un *modus agendi* per l’esercizio di tale azione, rimando, anche per ricostruzioni bibliografiche a G. ARICÒ ANSELMO, “*Societas inseparabilis*” o dell’indissolubilità dell’antico consorzio fraterno, in *AUPA*, cit., p. 156 ss.

<sup>132</sup> C. FADDA, ‘*Consortium, collegia, magistratum, communio*’, *Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento*, cit., p. 149.

<sup>133</sup> A. BISCARDI, *La genesi della nozione di comproprietà*, cit. p. 163.

<sup>134</sup> Secondo S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio II*, in *Studi per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia 1934, p. 448; ID., ‘*Tutoris auctoritas*’ e ‘*consortium*’, in *SDHI*, 12 (1946), p. 34 ss., uno dei fratelli avrebbe di fatto esercitato i poteri sulla cosa - senza distinzione tra atti di gestione della cosa ed atti dispositivi - su designazione concorde di tutti i fratelli; tesi ripercorsa peraltro anche da P. VOCI, *Diritto ereditario romano 1. Introduzione, parte generale*, II ed., Milano 1967, p. 64. Vedi sul punto G. ARICÒ ANSELMO, “*Societas inseparabilis*” o dell’indissolubilità dell’antico consorzio fraterno, in *AUPA*, cit., p. 159 nt. 26.

<sup>135</sup> La designazione unanime di cui alla nota precedente, non fa che confermare la necessità di un preventivo consenso da parte degli altri *fratres*, che funzionando di fatto, rispondeva ad esigenze di celerità, non negandosi che, sulla scorta di rapporti di fiducia tra essi, per il compimento di un singolo atto, il gerente potesse non tener conto della volontà degli altri. Infatti, commentando anche lo *ius prohibendi*, B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA*, XX (1949), p. 60 ss., riconduce tali schemi, in ogni caso, alla impostazione tradizionale su base fiduciaria che permeava gli istituti più antichi, tra cui la coeredità; in tal senso anche V. ARANGIO-RUIZ, *PSI. 1182*, cit., p. 40 nonché J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, Paris 1963, p. 72.

detto dello *ius prohibendi*, che si ritrova anche più tardi come tecnica di risoluzione del conflitto che può sorgere in caso di volontà discordi sulle innovazioni effettuate sopra la cosa comune:

D. 10, 3, 28 Pap. 7 quaest.: *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat. sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividendo actionem damnum sarciri poterit. sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.*

Lo *ius prohibendi*, che verrà poi mutuato nella collegialità per i rapporti di potere tra magistrati, e quindi nello *ius publicum*, è dunque la tecnica per la risoluzione del conflitto generato da una contitolarietà del diritto, non solo sugli *heredia*, ma quantomeno alle *res mancipi* (se non a tutto il complesso ereditario)<sup>136</sup>, tra i fratelli.

La prima considerazione da farsi è che il diritto di proibire reca seco l'adozione del criterio dell'unanimità: non si possono compiere atti dispositivi della cosa senza che occorra la volontà di tutti i condomini. La seconda considerazione concerne il momento in cui può essere opposto il veto, di modo tale che risulti tempestivo<sup>137</sup>.

Ad entrambe le considerazioni si risponde unicamente perché le argomentazioni sono intimamente connesse.

In effetti, la distinzione tra atti di mera gestione della cosa, che comunque non costituisca innovazione, *opus facere*<sup>138</sup>, si basa, a ben guardare, su necessità meramente fattuali, dalle quali sia chiaro non ne discende però un'eccezione allo *ius prohibendi*, ma la corretta esplicazione dello stesso concetto di comproprietà, che vuole che tutti i partecipanti abbiano il pieno potere sulla cosa: un atto di gestione meramente materiale, non arreca un pregiudizio tale agli altri da privarli del loro dominio o comunque tale da pregiudicare l'oggetto del dominio stesso, ma sono inclini a preservarlo.

---

<sup>136</sup> Per le varie tesi sull'oggetto del *consortium*, rimando a C. FADDA, 'Consortium, collegia, magistratum, communiò', *Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento*, cit., p. 148.

<sup>137</sup> M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 475: «era fatta salva a ciascun consorte la possibilità, se fosse intervenuto tempestivamente, di interporre veto».

<sup>138</sup> A mio modesto avviso, la distinzione operata da S. PEROZZI, *Un paragone in materia di comproprietà*, in *Mélanges P. F. Girard*, cit., p. 384, tra atti di «disposizione materiale della cosa e atti di disposizione giuridica di essa», genera confusione, laddove egli sembra più che altro concentrarsi sugli atti 'innovativi' che se pur tengono fermo il dominio, lo modificano nel suo oggetto. Cfr. D. 8, 2, 27, 1 Pomp. 33 *ad Sab.*: *Si in area communi aedificare velis, socius prohibendi ius habet, quamvis tu aedificandi ius habeas a vicino concessum, quia invito socio in iure communi non habeas ius aedificandi*. Ed infatti, C. FADDA, 'Consortium, collegia, magistratum, communiò', *Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento*, cit., p. 146, il quale riferendosi al frammento di Papiniano in D. 10.3.28 (sopra riportato nel testo), precisa: «Come non si deve credere che la espressione 'quicquam facere' possa impedire l'azione del singolo qualunque essa sia, trattandosi invece delle sole innovazioni, 'opus facere', così è sicuro che coll'astensione del divieto non resta convalidato un atto qualunque del condomino».

Mi spiego meglio: gli atti di mera gestione materiale della cosa non pregiudicano un intervento anche successivo del comproprietario, il quale non viene privato del suo diritto, né questo per l'oggetto subisce un'importante modificazione, conservando egli sempre il potere (e dovere) di collaborare al mantenimento naturale della cosa; di converso gli atti di disposizione comportano un inevitabile pregiudizio arrecato alla sfera del diritto del comproprietario, che se vuole evitarlo deve preoccuparsi di esercitare lo *ius prohibendi* prima che l'atto venga compiuto<sup>139</sup>.

Ed ecco allora che è inevitabile che lo *ius prohibendi* debba essere esercitato prima del compimento dell'atto<sup>140</sup> perché «non dà diritto di porre nel nulla quanto già è stato fatto, quando il socio che al fatto poteva opporsi, non si è opposto»<sup>141</sup>, residuando infatti, nel caso delle innovazioni ed in regime di *communio*, soltanto il diritto al risarcimento nei confronti dell'altro comproprietario tramite l'*actio communi dividundo*.

Lo *ius prohibendi*, deve quindi essere necessariamente esercitato prima<sup>142</sup> del compimento dell'atto dispositivo, per la semplice deduzione logica secondo la quale una volta compiuto l'atto, il dominio viene a perdersi, e di conseguenza verranno a perdersi tutti i diritti e poteri connessi ad esso.

Passando ora alle *obligationes*, il *consortium ercto non cito* costituisce un perfetto trait d'union; d'altronde lo stesso Gaio<sup>143</sup> per erudire i suoi allievi sul tema della *societas* come contratto consensuale va a ricercarne le radici nel più vetusto istituto.

Risulta infatti opinione diffusa che la *societas* consensuale classica affondi le sue radici, mediante la *societas omnium bonorum*, nell'istituto del *consortium ercto non cito*<sup>144</sup>.

---

<sup>139</sup> Questa è l'impostazione che segue non solo C. FADDA, '*Consortium, collegia, magistratum, communio*', *Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento*, cit., p. 145, ma anche - tra i numerosi - P. BONFANTE, *Il «ius prohibendi» nel diritto pubblico e nel diritto privato*, in *Scritti giuridici vari*, cit., p. 146 ss.

<sup>140</sup> Mi limito qui a ricordare che proprio sulla base di questi ragionamenti, sussiste una differenza nel diritto pubblico tra lo *ius prohibendi* tra i magistrati, e la *tribunicia intercessio*, che basantesi su un potere diverso (la *sacrosanctitas*) rispetto agli *auspicia*, può 'cassare' l'atto già compiuto. Sulla teoria della "Kassation" di Mommsen, vedi *ampliter*, cap. I, §3, nonché il §3 del cap. III.

<sup>141</sup> C. FADDA, '*Consortium, collegia, magistratum, communio*', *Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento*, cit., p. 144, portando a suffragio della tesi proprio D. 10, 3, 28 Pap. 7 *quaest*.

<sup>142</sup> Ma prima quando? Mi si consenta di trascrivere l'immagine, tanto divertente quanto emblematica, di P. BONFANTE, *Il «ius prohibendi» nel diritto pubblico e nel diritto privato*, in *Scritti giuridici vari*, p. 146: «L'intenzione che abbia alcuno, ad esempio, di bastonare è forse chiara soltanto allorché costui ha cominciato la bastonatura? Ora è eccessivo, e può essere vilmente comico, proibire l'atto a chi è soltanto munito di bastone; sarà talora prudente farlo (dato per ipotesi che la proibizione basti) quando egli alzi il bastone, specialmente se altri indizi non lascino dubbi sull'intenzione: sarà opportuno che la *prohibitio* (e possibilmente la *coercitio*) intervenga dopo che il bastonatore ha dato il primo colpo, e sarà utile in qualunque momento successivo. A bastonatura compiuta, quando l'avversario è sul terreno, e il bastonatore, sazio, si allontana, si può ben protestare, ma è troppo tardi per proibire».

<sup>143</sup> Gai. 3.154, vedi *supra*.

<sup>144</sup> Vedi tra gli altri: F. WEIACKER, *Societas Hausgemeinschaft und Erwebsgesellschaft*, Weimar, 1936, pp. 136 e ss.; M.KASER, *Neue Literatur zur "societas"*, cit., in *SDHI*, 41 (1975), pp. 303 e ss. nonché in *IVRA* 24 (1973), pp. 243 e ss.; nonché V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 18 ss.; per la tesi negativa vedi fra tutti A. GUARINO, *Societas consensu contracta*, Napoli 1972, ora in *La società di diritto romano*, Napoli 1988, pp. 5 ss.

Se comunque va tenuto in considerazione che è opportuno distinguere la *societas consensu contracta* e l'origine della stessa con la derivazione di una serie di regole che vennero estese dalla *societas omnium bonorum* a diversi tipi di società, ricordando la funzione policentrica della società classica<sup>145</sup>, ciò non toglie che almeno nella giurisprudenza classica era di certo forte il riconoscimento di un legame tra il vecchio istituto e il contratto consensuale societario<sup>146</sup>.

Vero è che l'istituto del *consortium* apparteneva ad una comunità ove l'economia era basata prevalentemente sull'agricoltura e sull'allevamento, e quindi ha dovuto poi lasciare il passo a forme diverse quando i cittadini hanno intrapreso altre vie di guadagno, con la conseguenza che anche all'interno della famiglia cominciarono a crearsi delle sperequazioni; altrettanto inopinabile è che nel passo di Gaio egli descrive l'*ercto non cito* come una *legitima simul et naturalis societas*, e che nelle righe successive utilizza tre volte il termine *societas*, sicché deve intendersi che questa configurazione del *consortium* fosse riconosciuta in maniera incisiva.

Di certo infatti l'esigenza di restare uniti nel fondo paterno o comunque quella di ricavare insieme da fondi diversi un maggior reddito non è venuta meno; ed infatti in un momento successivo - non suscettibile di precisazione cronologica<sup>147</sup> - si affacciò nei rapporti anche interni fra romani, e derivante da rapporti con comunità diverse, lo schema del contratto di società, per il quale non era difficile per i giuristi romani scorgervi dietro i tratti del consorzio, sulla base dello studio dell'atto del passaggio dei beni in comproprietà - tra estranei, secondo la *certa legis actio* di cui parla Gaio nei frammenti di Antinoe - o sull'accordo con le quali le parti si obbligavano reciprocamente ad effettuare tale 'passaggio'.

Vi sono diverse di derivazione dall'antico consorzio fraterno. Innanzitutto:

D. 17, 2, 63 Ulp. 31 *ad ed.*: *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.*

Come si vede lo *ius quodammodo fraternitatis* nei rapporti tra soci rappresenta un segno evidente dei rapporti derivativi della *societas* con quell'antica *societas inseparabilis* tra fratelli<sup>148</sup>.

A parte poi la constatazione<sup>149</sup> che nelle opere di Q. Mucio e di Sabino la trattazione della società si instaura sull'esame degli atti solenni di trasmissione della proprietà, in particolare su quella forma di *in iure cessio* che si utilizzava nel consorzio fra estranei, la contrapposizione tra i due tipi di società, quella

<sup>145</sup> M. TALAMANCA, s.v. 'Società in generale' (diritto romano), in *ED*, XXXVII, cit., p. 816.

<sup>146</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 19.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>148</sup> Vedi P. P. ONIDA, *Fraternitas e societas: i termini di un connubio*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, 6 (2007).

<sup>149</sup> Vedasi V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 21.

originaria e quella sviluppatasi successivamente, risulta ancora nei libri *iuris civilis* di Q. Mucio Scevola, commentati da Pomponio:

D. 44, 7, 57 Pomp. 36 *ad Q. Muc.*: *In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.*

Non mi interessano ovviamente né i profili concernenti l'errore (ostativo) né tantomeno le interpolazioni operate o meno sul passo<sup>150</sup>, ma il fatto che Pomponio discorrendo sulla società, e precisamente sui presupposti dell'incontro consensuale per la costituzione del rapporto sociale (ove i consensi non devono entrare in 'conflitto', dovendo rappresentarsi e volere le parti la stessa cosa), tenga a precisare che si riferisce alla *societas quae consensu contrahitur*: se ne deriva quindi che nel II secolo Pomponio attesta che nella *societas omnium bonorum* non è l'accordo fra la volontà dei soci a costituirne l'elemento determinante, ma l'atto solenne con cui i beni erano messi in forma comune; in altre parole la «menzione di una società non consensuale come istituto vigente [...] galleggia come un relitto di naufragio»<sup>151</sup>.

Come noto poi si vennero sviluppando dalla prassi del commercio tra genti diverse e grazie all'attività della *iurisdictio peregrina*, coadiuvata dalla giurisprudenza, diversi tipi di società, che possono racchiudersi in due gruppi<sup>152</sup>.

Nel primo gruppo possono racchiudersi due distinti tipi di società universali, la *societas omnium* (o *totorum*) *bonorum*<sup>153</sup>, una società di gestione e godimento, non veramente contraddistinta da un preciso scopo sociale<sup>154</sup>, e la *societas universorum quae ex quaestu veniunt*<sup>155</sup>, che invece si delinea come una società avente fini lucrativi, in cui i soci, mediante il *quaestus*<sup>156</sup>, si obbligavano ai conferimenti.

Nel secondo gruppo vi sono, sommariamente, da un lato le *societates alicuius negotiationis*<sup>157</sup> (o *unius alicuius negotii*<sup>158</sup>) nelle quali si conviene acché una determinata impresa (come per esempio *argentaria*,

<sup>150</sup> F. WEIACKER, *Societas Hausgemeinschaft und Erbebsgesellschaft*, p. 96 ss.

<sup>151</sup> Vedasi V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 21.

<sup>152</sup> Utilizzo quella sistematica ideata da P. CERAMI, *Riflessioni sul "diritto societario". Fondamenti romani e simmetrie diacroniche*, in *IVRA* 62 (2014), pp. 104-105.

<sup>153</sup> D. 17, 2, 5, pr.-1 Ulp. 31 *ad ed.*: *Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive negotiationis alicuius sive vectigalis sive etiam rei unius.1 Societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. donationis causa societas recte non contrahitur.*

<sup>154</sup> In tal senso M. TALAMANCA, s.v. 'Società in generale' (*diritto romano*), cit., p. 822 e nt. 86.

<sup>155</sup> D. 17, 2, 7 Ulp. 30 *ad Sab.*: *Coiri societatem et simpliciter licet: et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quae ex quaestu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione descendit.*

<sup>156</sup> D. 17, 2, 13, Paul. 32 *ad ed.*: *Sed et si adiciatur, ut et quaestus et lucri socii sint, verum est non ad aliud lucrum, quam quod ex quaestu venit, hanc quoque adiectionem pertinere.*

<sup>157</sup> F.-S. MEISSEL, *Societas: Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main-Wien 2004. Vedasi l'ampia recensione di G. SANTUCCI, in *IVRA* 55 (2004-2005), p. 271 ss.

<sup>158</sup> Gai. 3, 148: *Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicuius negotii, veluti mancipiorum emendorum aut vendendorum.*

*danistaria, venaliciaria, transmarina, etc.*) o una determinata attività professionale (come la docenza di grammatica<sup>159</sup>) vengano esercitate in comune; dall'altro quelle società contratte per l'esercizio in comune di un *commune negotium*<sup>160</sup> o dalla messa in comune di una *res* per trarne un guadagno da dividersi, che possono essere ricondotte sotto lo schema delle *societates unius rei*.

Senza dilungarmi troppo, e per chiudere questa brevissima sintesi, evidenzio solo che tra i diversi schemi valevano le seguenti regole.

Prima di tutto, se fosse mancata un'esplicita dichiarazione negoziale contraria delle parti sul punto, si sarebbe contratta una società universale degli acquisti, e se nulla fosse detto sull'oggetto del rapporto sociale, si sarebbe concretizzata sui guadagni<sup>161</sup>:

D. 17, 2, 7 Ulp. 30 *ad Sab.:* *Coiri societatem et simpliciter licet: et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quae ex quaestu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione descendit.*

Peraltro, la giurisprudenza intercorrente tra Quinto Mucio e Sabino, restrinse lo schema negoziale della *societas omnium bonorum* per i soli casi in cui le parti avessero voluto esplicitamente contrarla:

D. 17, 2, 3, 1 Paul. 32 *ad ed.:* *Cum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc et hereditas et legatum et quod donatum est aut quaqua ratione acquisitum communioni adquiretur.*

Nel contratto di società particolari 'conflitti' derivano allorquando venga a mancare un elemento determinante del contratto stesso: l'*affectio societatis*.

A ben guardare finché questa perdura conflitti non emergono, perdurando il contratto di *societas*; quando invece questa comincia a mancare, come elemento soggettivo interno al singolo socio, sono

---

<sup>159</sup> D. 17, 2, 71 Paul. 3 *epit. Alf. dig.:* *Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: "haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?" quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. respondit, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent, "haec ita dari fieri spondes?", futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. sed quoniam non ita essent stipulati "ea ita dari fieri spondes?" sed "si ea ita facta non essent, decem dari?" non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse.*

<sup>160</sup> Si pensi la società costituita per prendere in locazione o per comprare una determinata cosa. D. 17, 2, 65, 2 Paul. 32 *ad ed.:* *Si in rem certam emendam conducendamve coita sit societas, tunc etiam post alicuius mortem quidquid lucri detrimentive factum sit, commune esse Labeo ait;* D. 17, 2, 52, pr.-1 Ulp. 31 *ad ed.:* *Cum duobus vicinis fundus coniunctus venalis esset, alter ex his petit ab altero, ut eum fundum emeret, ita ut ea pars, quae suo fundo iuncta esset, sibi cederetur: mox ipse eum fundum ignorante vicino emit: quaeritur, an aliquam actionem cum eo vicinus habeat. Iulianus scripsit implicitam esse facti quaestionem: nam si hoc solum actum est, ut fundum Lucii Titii vicinus emeret et mecum communicaret, adversus me qui emi nullam actionem vicino competere: si vero id actum est, ut quasi commune negotium gereretur. societatis iudicio tenebor, ut tibi deducta parte quam mandaveram reliquas partes praestem. 1 Venit autem in hoc iudicium pro socio bona fides.*

<sup>161</sup> O anche sull'attività di qualcuno: D. 17, 2, 8 Paul. 6 *ad Sab.:* *Quaestus enim intellegitur, qui ex opera cuius descendit.*

riconosciute delle forme, degli strumenti, affinché la 'disaffezione' possa essere legittimamente esternata e comunicata agli altri, esteriorizzando e perfezionando la cessazione del vincolo sociale.

Logicamente bisogna quindi analizzare in breve in cosa consiste questo vincolo che si instaura tra i soci.

L'inclusione della società nei contratti consensuali, come ben si sa, è lapidariamente sancita da Gaio:

Gai. 3, 154: *Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas. sed haec quidem societas, de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit.*

Gai. 3, 135: *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.*

I contratti consensuali, come ben si sa<sup>162</sup>, non richiedono la necessità di parole solenni o della scrittura<sup>163</sup>, come anche ricordato nelle Istituzioni di Giustiniano<sup>164</sup>, dove i contratti in oggetto vengono anche confrontati con i contratti reali.

Ma il consenso che si ha nella società è un consenso che non si esaurisce nel momento del perfezionamento del negozio, ma che deve *perseverare*; in senso figurato «per quanto riguarda la *societas* il consenso non va considerato soltanto come l'istante incontro di un polo positivo e di un polo negativo, onde si accende la scintilla dell'obbligazione, ma anche come un'intenzione comune permanente, la cui cessazione porterebbe con sé l'estinzione del contratto»<sup>165</sup>.

Ciò non basta. Così esposto, il *perseverare* nel consenso, non è descritto al meglio, perché se ben si differenzia per esempio con il consenso richiesto ed occorrente per il contratto di compravendita, non si comprende appieno la differenza, ad esempio, con il rapporto che viene ad instaurarsi tra mandante e mandatario, laddove infatti è ammesso il recesso unilaterale nelle forme della *revocatio* e della *renuntatio*, a seconda delle parti che li pongano in essere<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> Gai. 3, 136: *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationis contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.*

<sup>163</sup> Si ricordino varie esemplificazioni della manifestazione del consenso: oltre a Gai. 3, 136 riportato nella nota precedente, D. 17, 1, 1, 1 Paul. 32 *ad ed.*: *Ideo per nuntium quoque vel per epistulam mandatum suscipi potest.* D. 18, 1, 1, 2 Paul. 33 *ad ed.*: *Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras;* D. 44, 7, 52, 10 Mod. 2 *reg.*: *Sed et nutu solo pleraque consistunt.* Si ricordi anche la conclusione per manifestazione tacita della volontà per comportamenti concludenti: D. 17, 2, 4 Mod. 3 *reg.*: *Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est.* Su questa ultima fonte vedasi V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 58.

<sup>164</sup> I. 3, 22, 1: *Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, ac ne dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire.*

<sup>165</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., pp. 64-65.

<sup>166</sup> Sul tema vedasi V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949, pp. 134 ss.

Nel mandato, infatti, come è stato chiarito<sup>167</sup>, la volontà espressa nel momento del perfezionamento del contratto perdura nella sola sua efficacia nei momenti futuri «anche se non più presente nello spirito»<sup>168</sup>, e il fatto che possa essere espressa in tempo utile una volontà contraria (che vada ad incidere sull'efficacia), ciò non è equivalente a quanto accade nelle società, dove il contratto richiede nei momenti futuri una serie di attività giuridiche ed economiche dove il consenso non può che rinnovarsi continuamente. E i giuristi di questo carattere peculiare se ne rendono conto:

Gai. 3, 151: *Manet autem societas eo usque, donec in eodem sensu perseverant; at cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur. sed plane si quis in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si mihi totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucri faciat, cogetur hoc lucrum communicare; si quid vero aliud lucri fecerit, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. mihi vero, quidquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.*

D. 17.2.31 Ulp. 30 ad ed.: *Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri*<sup>169</sup>.

C. 4, 37, 2 Diocl./Maxim. AA. et CC. Pannonio: *Cum proponas te praedium coniuncto dominio cum patruo tuo comparasse in possessionemque tam te quam ipsum inductum, iuris ratio efficit, ut dominium fundi ad utrumque pertineat. sane quia pretium a te solo numeratum et sollemnibus pensationibus cessante socio satisfactum esse dicis, iudicio societatis id quod eo nomine praestari oportuerit consequeris.*

Questo elemento, che funge quindi da requisito costante nel tempo in cui dura la società, trova nel sistema altri istituti in cui l'intenzione deve essere essere comunque duratura, e che viene qualificata come *affectio*: la si ritrova infatti tra i coniugi, intesa come volontà di questi di restare uniti in matrimonio:

D. 24, 1, 32, 13 Ulp. 33 ad Sab.: *Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsequutum), puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio: si tamen donator prior decesserit, tunc donatio valebit*<sup>170</sup>.

Ed altresì si ritrova l'equivalente *affectus*, laddove viene qualificato l'elemento volitivo richiesto al fine di integrare la materiale disposizione della cosa:

<sup>167</sup> F. WIEACKER, *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts*, in *ZSS*, 54 (1934), pp. 34 e ss.

<sup>168</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 65.

<sup>169</sup> Sulle interpretazioni di questo passo si veda *ibidem*, pp. 68-69.

<sup>170</sup> Si vedano inoltre D. 35, 1, 15, Ulp. 35 ad Sab.: *Cui fuerit sub hac condicione legatum "si in familia nubsisset", videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*; D. 39, 5, 31, pr. Pap. 12 resp.: *Donationes in concubinam collatas non posse revocari convenit nec, si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum, ad irritum recidere quod ante iure valuit. an autem maritalis honor et affectio pridem praecesserit, personis comparatis, vitae coniunctione considerata perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium*; D. 50, 17, 30 Ulp. 36 ad Sab.: *Nuptias non concubitus, sed consensus facit.*

D. 41, 2, 1, 3 Paul. 54 ad ed.: *Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant*<sup>171</sup>.

Se quindi questi risultano essere i contorni di quel consenso che persevera tra i soci, ci si deve chiedere cosa accade nel caso in cui questo venga meno, poiché è inevitabile che si richiedano degli strumenti affinché si metta fine al conflitto generato da consensi ed interessi non più comuni.

Premetto subito: l'*affectio societatis* è un elemento che si atpeggia a requisito essenziale del contratto di società, che si instaura tra tutti i soci concludenti il contratto, due o più che siano. Il venir meno di un solo socio comporta di certo il decadere dell'*affectio* originariamente instauratosi; se poi i soci siano mossi dall'intenzione di voler continuare nell'attività in comune, questo qualifica una diversa *affectio*, dunque necessariamente un nuovo contratto. Scelgo quindi di non seguire la linea tracciata da Guarino<sup>172</sup>, il quale, con dovizia di fonti e argomentazioni, propugna la tesi, laddove il contratto coinvolga più di due soci, della continuazione della società originaria a seguito del venir meno di un solo socio.

Ed allora le cause di estinzione del rapporto sociale, che come detto comportano il decadere dell'*affectio societatis*, sono illustrate da Gaio (3.151-154), e sono sinteticamente riassunte da Modestino, il quale conferma dunque come l'impostazione gaiana, che si seguirà, sia conforme alla tradizione<sup>173</sup>:

D. 17, 2, 4, 1 Mod. 3 *reg.*: *Dissociamur renuntiatione morte capitis minutione et egestate.*

Prima di esaminarle è opportuno precisare che il rapporto di società viene meno implicitamente con l'*actio pro socio*<sup>174</sup>:

D. 17, 2, 65, 0 Paul. 32 *ad ed.*: *Actione distrabitur, cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait hoc ipso quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrabatur, renuntiatam societatem, sive totorum bonorum sive unius rei societas coita sit.*

<sup>171</sup> La discordanza nella persona del verbo sarebbe giustificata dal fatto che il passo originariamente si riferiva soltanto al pazzo: in questo senso, tra gli altri, V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 67.

<sup>172</sup> Si veda in particolare, A. GUARINO, «*Solutio societatis*», in *Labeo* 14 (1968), pp. 139-166.

<sup>173</sup> Detto ordine sembra ripercorso anche dalla lunga trattazione di Paolo riportata in D. 17.2.65, la cui «diversa enumerazione delle cause di estinzione, che tardivamente introdotta ha sconvolto la trattazione di Paolo, la troviamo esposta da Ulpiano»: così V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., che a p. 170 si riferisce a D. 17, 2, 63, 10 Ulp. 31 *ad ed.*: *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. ideoque sive homines sive res sive voluntas sive actio interierit, distrabi videtur societas. intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione aut morte: res vero, cum aut nullae relinquuntur aut condicionem mutaverint, neque enim eius rei quae iam nulla sit quisquam socius est neque eius quae consecrata publicatave sit. voluntate distrabitur societas renuntiatione.*

<sup>174</sup> Vedasi fra i tanti, E. DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit privé romain: sous la république et au temps des jurisconsultes classiques*, Paris 1928, pp. 204 ss.; F. WIEACKER, *Hafungsformen des römischen Gesellschaftsrechts*, cit., p. 34 ss.; 1934; V. ARANGIO-RUIZ, *La responsabilità contrattuale* 3 ed., Napoli 1958; C. A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* I, Milano 1966; J.A.C. THOMAS, *Solutio societatis ex actione and dissensus sociorum* in *TLR*, 48 (1974), p. 1106 e ss.

Infatti le obbligazioni reciproche che derivano dal contratto di società sono sanzionate mediante tale *actio* che è civile e di buona fede<sup>175</sup>; detta azione si esperisce ordinariamente come azione generale utile ai fini della rendicontazione finale della società, ma, tramite un'apposita *praescriptio*, può intentarsi nell'ambito della procedura formulare mentre perdura il contratto. Questa è volta a sanzionare un responsabilità non solo per dolo<sup>176</sup>, ma anche per colpa<sup>177</sup>, per *imperitia* e *custodia*<sup>178</sup>.

È evidente come cada il rapporto di fiducia che lega i soci, tant'è che per la fiduciarità del vincolo infranto, importa l'*infamia* per il condannato<sup>179</sup>:

Gai. 4, 182: *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi.*

Prima di esaminare le vicende che attengono ad un solo socio, è bene ricordare che il cadere dell'*affectio societatis* ben può essere manifestato all'esterno, tramite il *dissensus*:

D. 17, 2, 65, 3 Paul. 32 *ad ed.*: *Diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est, si omnes dissentiunt.*

Rappresenta di certo il *dissensus* il naturale strumento attraverso il quale le parti del contratto di società, dichiarano ed ottengono lo scioglimento del rapporto sociale: si offre quindi come uno

---

<sup>175</sup> Gai. 4, 62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae.*

<sup>176</sup> D. 2, 13, 9, pr. Paul. 3 *ad ed.*: *Quaedam sunt personae, quas rationes nobis edere oportet nec tamen a praetore per hoc edictum compelluntur. veluti cum procurator res rationesve nostras administravit, non cogitur a praetore per metum in factum actionis rationes edere: scilicet quia id consequi possumus per mandati actionem. et cum dolo malo socius negotia gessit, praetor per hanc clausulam non intervenit: est enim pro socio actio. sed nec tutorem cogit praetor pupillo edere rationes: sed iudicio tutelae solet cogi edere*

<sup>177</sup> In età giustiniana si generalizza il criterio della responsabilità per colpa, intesa come *culpa in concreto*. I. 3, 25, 9: *Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpa, id est desidia atque negligentiae nomine, quaesitum est: praevaluit tamen etiam culpa nomine teneri eum. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri debet.*

<sup>178</sup> D. 17, 2, 52, 2-3 Ulp. 31 *ad ed.*: *Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet. si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae artis est velamentum. quod si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire. 3 Damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare: ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit: quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata.*

<sup>179</sup> Importava in origine, limitatamente alla *societas omnium bonorum* per quello *ius quodammodo fraternitatis* derivante dall'antico consorzio fraterno, la limitazione della condanna: D. 17, 2, 63, 0 Ulp. 31 *ad ed.*: *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat. Vedi sul tema V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 183 ss.*

strumento contrario al *consensus*, con il quale le parti vicendevolmente compongono il 'conflitto' tra loro insorto per via della disaffezione.

Si esamina ora la *renuntiatio*, la quale offre invece lo strumento al singolo socio, affinché questi possa risolvere autonomamente lo stato di crisi fiduciaria all'interno del vincolo sociale, di poter produrre da solo lo scioglimento della società.

Difatti il rapporto di fiducia tra i soci cade di sicuro anche con la *renuntiatio*:

Gai. 3, 151: *Manet autem societas eo usque, donec in eodem sensu perseverant; at cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur. sed plane si quis in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si mihi totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucri faciat, cogetur hoc lucrum communicare; si quid vero aliud lucri fecerit, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. mihi vero, quidquid omnino post renuntiatam societatem adquiritur, soli conceditur.*

Le perplessità che ne emergono riguardano innanzitutto la buona fede che regge il contratto: ne consegue che se nella *societas omnium bonorum*, la forma più aleatoria, è ammesso il recesso allorché un socio si renda conto che sia sempre uno degli altri ad approfittare degli incrementi patrimoniali; tuttavia se uno dei soci esercita il recesso perché sa che nell'immediato futuro riceverà un incremento patrimoniale per causa già verificatisi, la sua denuncia di recesso non può che ritenersi valida solo per l'avvenire<sup>180</sup>.

Il recesso è normalmente libero, a meno che non risulti doloso ed oggettivamente intempestivo<sup>181</sup>, ovvero sia escluso per volontà delle parti, sempreché non ricorra una giusta causa<sup>182</sup>.

Ovviamente la giurisprudenza è ben conscia della possibilità per cui la *renuntiatio* può, se posta in essere artificiosamente, arrecare pregiudizio agli altri consociati, ed infatti, sancisce precipue regole circa i termini di efficacia:

D. 17, 2, 17, 1 Paul. 6 *ad Sab.*: *Si absentis renuntiata societas sit, quoad is scierit, quod is adquisivit qui renuntiavit in commune redigi, detrimentum autem solius eius esse qui renuntiaverit: sed quod absens adquisiit, ad solum eum pertinere, detrimentum ab eo factum commune esse.*

---

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>181</sup> D. 17, 2, 65, 5 Paul. 32 *ad ed.*: *Labeo autem posteriorum libris scripsit, si renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non dirimi societatem, committere enim in pro socio actione: nam si emimus mancipia inita societate, deinde renunties mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit, hoc casu, quia deteriore causam meam facis, teneri te pro socio iudicio. Proculus hoc ita verum esse ait, si societatis non intersit dirimi societatem: semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis, servari solet, sed quod societati expedit. haec ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda societate convenit.*

<sup>182</sup> D. 17, 2, 14, 0 Ulp. 30 *ad Sab.*: *Si convenit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeat. quid tamen si hoc convenit, ne abeat, an valeat? eleganter Pomponius scripsit frustra hoc convenire: nam et si non convenit, si tamen intempestive renuntietur societati, esse pro socio actionem. sed et si convenit, ne intra certum tempus societate abeat, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio. nec tenebitur pro socio qui ideo renuntiavit, quia condicio quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur: aut quid si ita iniuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati?*

Quindi il recesso è immediatamente efficace ed operativo per il recedente, sicché egli non acquisirà più vantaggi dalla società, mentre per l'altro socio opera solo dal momento in cui questo ne abbia avuto conoscenza<sup>183</sup>.

Ora, *a fortiori ratione* di quanto sopra delineato, in maniera più che sommaria, mi occupo della sorte della società per il caso di morte di un socio, di *capitis deminutio* e di procedura concorsuale sui beni anche di uno solo dei soci: queste vicende dimostrano come l'*affectio societatis* non sia qualcosa di ricomponibile (se non con la costituzione di una nuova società).

Infatti se pur di certo non possa essere ricondotta sotto la dizione di 'tecnica' o di 'strumento' per la composizione del conflitto, la morte del socio è forse il caso più netto per dimostrare come il nesso di fiducia reciproca tra i soci sia qualcosa di non recuperabile al venir meno (naturale, nella fattispecie) di un partecipante:

Gai. 3, 152: *Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit.*

Risulta conseguente, ma non di certo scontato al mio fine, ciò che dicono Pomponio e Ulpiano:

D. 17, 2, 59, pr. Pomp. 12 *ad Sab.*: *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati. haec ita in privatis societatibus ait: in societate vectigalium nihilo minus manet societas et post mortem alicuius, sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat: quod ipsum ex causa aestimandum est. quid enim, si is mortuus sit, propter cuius operam maxime societas coita sit aut sine quo societas administrari non possit?*

D. 17, 2, 35, 0 Ulp. 30 *ad Sab.*: *Nemo potest societatem herede suo sic parere, ut ipse heres socius sit: in heredem autem socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet.*

La causa di estinzione della società per morte non può essere esclusa per previsione contrattuale: non resterà altra soluzione che la conclusione di un nuovo contratto di società fra l'erede del socio defunto ed il superstite<sup>184</sup>.

Stessa sorte parrebbe per il contratto di società nel caso di *capitis deminutio* di uno dei soci:

Gai. 3, 153: *Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio morti coaequatur; sed utique si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.*

---

<sup>183</sup> Sulla *renuntiatio*, per le modalità di esercizio ed aspetti procedurali, vedasi S. SOLAZZI, *Sul recesso del socio*, in *IVRA* 2 (1951), pp. 152-158.

<sup>184</sup> Sulla eccezionalità (o sulle diverse previsioni per l'erede) della regola speciale in tema di *societates publicanorum*, rimando, per tutti a tema V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 159 ss. Le regole diverse sono compendiate in D. 17, 2, 59, pr. Pomp. 12 *ad Sab.* (sopra riportata nel corpo), e D. 17, 2, 63, 8 Ulp. 31 *ad ed.*: *In heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit: licet enim socius non sit, attamen emolumentum successor est. et circa societates vectigalium ceterorumque idem observamus, ut heres socius non sit nisi fuerit adscitus, verumtamen omne emolumentum societatis ad eum pertineat, simili modo et damnum adgnoscat quod contingit, sive adhuc vivo socio vectigalis sive postea: quod non similiter in voluntaria societate observatur.*

La lettura di Gaio, aggravata dal *dicitur*, ha fatto penare oltremodo la dottrina che l'ha analizzata<sup>185</sup>: ci si è chiesti infatti se nel caso di specie si fosse pervenuti ad una nuova *societas* ovvero in caso di mancata denuncia del *capite minutus* o dei consoci si fosse proseguito nella società iniziale.

A parte i tentativi di ricostruzione delle posizioni dottrinarie in cui lo stesso Gaio si è inserito<sup>186</sup> (che insistono particolarmente sui possibili diversi effetti dell'*adrogatio* e dell'*emancipatio*, sulla base di un passo di Giuliano riportato da Ulpiano<sup>187</sup>), attenendomi solo al passo sopra riportato, mi sembra evidente che lui prenda comunque una posizione<sup>188</sup>, e nel senso della possibilità che si crei una nuova società: ciò basta, per quanto mi interessa, per dimostrare che con un nuovo consenso, e dunque con l'instaurarsi di una nuova *affectio societatis*, si potesse sanare ogni tipo di 'conflitto' circa i reciproci rapporti di fiducia.

Infine, non desta particolari dubbi sulla conseguenza consistente nello scioglimento della società, l'ultima ipotesi prospettata da Gaio e confermata comunque da altre fonti<sup>189</sup>:

Gai. 3, 154: *Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas.*

Trattasi della *publicatio bonorum*, e cioè la devoluzione patrimoniale all'*aerarium populi Romani* che nel sistema criminale si pone come una pena accessoria e talvolta anche come pena principale, nonché della *bonorum venditio* da parte del rappresentante la massa dei creditori, come soluzione della procedura fallimentare. Ne discende che, devoluto il patrimonio *publice* nel primo caso e alienato *privatim* nel secondo, il socio non è più nelle facoltà di continuare nell'attività sociale, e quindi la società non può più perdurare<sup>190</sup>.

Come si è visto la *renuntiatio* nel contratto di società opera come criterio di esteriorizzazione (e risoluzione) del conflitto generato dal mancato perdurare dell'*affectio societatis*, come diritto rimesso al

---

<sup>185</sup> Per le ricostruzioni dottrinarie si veda V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 162 ss.

<sup>186</sup> Vedasi F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, cit., p. 53 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 163 ss.

<sup>187</sup> D. 17, 2, 58, 2 Ulp. 31 *ad ed.*: *Si filius familias societatem coierit, deinde emancipatus a patre fuerit, apud Iulianum quaeritur, an eadem societas duret an vero alia sit, si forte post emancipationem in societatem duratum est. Iulianus scripsit libro quarto decimo digestorum eandem societatem durare, initium enim in his contractibus inspiciendum: duabus autem actionibus agendum esse, una adversus patrem, altera adversus filium: cum patre de eo, cuius dies ante emancipationem cessit, nam eius temporis, quo post emancipationem societas duravit, nihil praestare patrem oportet: cum filio autem de utroque tempore, id est de tota societate, nam et si quid, inquit, socius filii post emancipationem filii dolo fecerit, eius non patri, sed filio actio danda est.*

<sup>188</sup> Il *dicitur* denota comunque delle perplessità di Gaio, che potrebbero rispondere al fatto che la cittadinanza romana non fosse indispensabile per il contratto *iuris gentium* (ma ciò non toglie che poteva far venir meno di fatto l'*affectio* tra i soci) quale quello di *societas*, e che comunque ad esempio l'*emancipatio* non arrecava in effetti danni al figlio, anzi. Di tale opinione è F. CANCELLI, s.v. 'Società' (*diritto romano*), in NNDI, XVII, Torino 1970, p. 499.

<sup>189</sup> D. 17, 2, 65, 1 Paul. 32 *ad ed.*: *Item bonis a creditoribus venditis unius socii distrabi societatem Labeo ait; D. 17, 2, 65, 12 Paul. 32 ad ed.*: *Publicatione quoque distrabi societatem diximus. quod videtur spectare ad universorum bonorum publicationem, si socii bona publicentur: nam cum in eius locum alius succedat, pro mortuo habetur.*

<sup>190</sup> Vedasi V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 169.

singolo socio; ebbene la *renuntiatio* la si ritrova anche in un altro contratto consensuale *iuris gentium*, che si innesta sul principio della *fides bona*: il mandato.

Infatti, per il mandato, che per migliore dottrina può definirsi come «il contratto consensuale<sup>191</sup>, imperfettamente bilaterale, consistente in ciò che taluno incarichi un altro di fare qualcosa gratuitamente<sup>192</sup>, nell'interesse del mandante o di un terzo, e che l'incaricato (mandatario) accetti<sup>193</sup>, possono ravvisarsi 'conflitti' scaturenti non solo dalla volontà di una delle due parti di porre fine al contratto e comunque dalla particolare 'bilateralità imperfetta' che lo denota, ma soprattutto coinvolgono i terzi, nel caso in cui abbiano concluso un atto giuridico con un soggetto, che sia pure in mancanza di autorizzazione<sup>194</sup>, abbia posto in essere quel determinato negozio per conto di altri.

Gli strumenti per ovviare alle situazioni testè descritte sono in ordine: la *revocatio* (per il mandante) e la *renuntiatio* (per il mandatario), l'*actio mandati directa* a tutela del mandante e *contraria* per il mandatario, ed infine la *ratihabitio*.

Quindi, a parte la possibilità, come per tutti i contratti consensuali del *contrarius consensus*<sup>195</sup>, con cui si scioglie per dissenso comune il mandato, è comunque ammesso il recesso unilaterale della parte, necessariamente conseguente alla mutua fiducia sulla quale il contratto si innesta.

Bisogna però operare una distinzione a seconda della parte che lo esercita:

Gai. 3, 159: *Sed recte quoque contractum mandatum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.*

Siamo dinanzi alla revoca da parte del mandante, per la quale si richiede il requisito della *res integra*, si come confermato anche da Paolo:

D. 17, 1, 15, 0 Paul. 2 *ad Sab.*: *Si mandassem tibi, ut fundum emereres, postea scripsissem, ne emereres, tu, antequam scias me vetuisse, emisisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno adficiatur is qui suscipit mandatum.*

---

<sup>191</sup> Gai. 3, 135 *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.* 136 *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationis contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.*

<sup>192</sup> Sulla gratuità del mandato, che lo differenzia dalla *locatio operis*, e suoi sviluppi, vedasi: V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato nel diritto romano*, cit. pp. 114-118; G. COPPOLA BISAZZA, *Dalla gratuità alla presunzione di onerosità. Considerazioni sul contratto di mandato alla luce di recenti studi*, in *TSDP*, III (2010).

<sup>193</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato nel diritto romano*, cit. p. 79.

<sup>194</sup> Circa la distinzione con la *delegatio*, e quindi in particolare con lo *insum*, vedasi P. COSENTINO, *Osservazioni in tema di mandatum e di delegatio (Contributo alla dogmatica della delegazione di credito in diritto romano)*, in *BIDR*, 69 (1966), pp. 299-336.

<sup>195</sup> P. CERAMI, s.v. 'Risoluzione del contratto' (*diritto romano*), in *ED*, XL, Milano 1989, p. 1281; C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, cit., p. 161 ss.

La dichiarazione di *revocatio*, unilaterale, è di certo recettizia, e quindi produce i suoi effetti solo nel momento in cui il destinatario della stessa (mandatario) ne abbia conoscenza<sup>196</sup>. Per i conflitti che possono sorgere con i terzi che non siano al corrente di detta revoca, questi sono risolti a favore degli stessi, come si evince per il caso di debitori che abbiano pagato al procuratore, dopo che sia intervenuta nei suoi confronti la revoca:

D. 46, 3, 34, 3 Iul. 54 *dig.*: *Si Titium omnibus negotiis meis praeposuero, deinde vetuero eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea, debitores ei solvendo liberabuntur: nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant.*

Ora però v'è da precisare che il requisito della *res integra* deve essere inteso nel senso che dopo l'inizio dell'adempimento da parte del mandatario non viene erosa la libertà di azione del mandante, il quale ben potrebbe revocare l'incarico, ma si richiede che il mandatario sia tenuto indenne di ogni spesa fatta e per le obbligazioni comunque contratte verso terzi, a meno che non vi sia stata malafede proprio del mandatario in danno del mandante nel porre comunque in essere determinati negozi stante la *revocatio*<sup>197</sup>.

Per il mandatario, invece, lo strumento di risoluzione unilaterale prende il nome di *renuntiatio*, e lo si ritrova nelle Istituzioni di Giustiniano<sup>198</sup>:

I. 3, 26, 11: *Mandatum non suscipere liberum est: susceptum autem consummandum aut quam primum renuntiandum est, ut aut per semet ipsum aut per alium eandem rem mandator exsequatur. nam nisi ita renuntiatur, ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi, nibilo minus mandati actio locum habet, nisi si iusta causa intercessit aut non renuntiandi aut intempestive renuntiandi.*

Il principio della tempestività della rinuncia è volto al fine di assicurare al mandante di continuare l'attività da solo ovvero incaricando un altro mandatario, e la *iusta causa renuntiandi* non deve essere intesa come limite alla facoltà del recesso unilaterale:

---

<sup>196</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato nel diritto romano*, cit. p. 135, in nt. 3, difende detta conclusione anche contro tutta quella dottrina principalmente tedesca, che nega il requisito della *res integra*. Difatti detto requisito è comunque affermato da Gaio a chiare lettere.

<sup>197</sup> Vedi E. BETTI, *L'attuazione di due rapporti causali attraverso un unico atto di tradizione (contributo alla teoria della delegazione a dare)*, in *BIDR*, 41 (1933), p. 206 ss.

<sup>198</sup> Ci si è chiesto su dove abbia attinto Giustiniano, se da D. 17, 1, 22, 11 Paul. 32 *ad ed.*: *Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet, nisi renuntiatum sit (renuntiari autem ita potest, ut integrum ius mandatori reservetur vel per se vel per alium eandem rem commode explicandi) aut si redundet in eum captio qui suscepit mandatum. et quidem si is cui mandatum est ut aliquid mercaretur mercatus non sit neque renuntiaverit se non empturum idque sua, non alterius culpa fecerit, mandati actione teneri eum convenit: hoc amplius tenebitur, sicuti Mela quoque scripsit, si eo tempore per fraudem renuntiaverit, cum iam recte emere non posset, ovvero da D. 17, 1, 27, 2 Gai. 9 *ad ed. provinc.*: *Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet, alioquin quanti mandatoris intersit damnabitur: si vero intellegit explere se id officium non posse, id ipsum cum primum poterit debet mandatori nuntiare, ut is si velit alterius opera utatur: quod si, cum possit nuntiare, cessaverit, quanti mandatoris intersit tenebitur: si aliqua ex causa non poterit nuntiare, securus erit.* Se ne occupa V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato nel diritto romano*, cit. pp. 136-137, nonché C. FERRINI, *Opere di Contardo Ferrini, 2, Studi sulle fonti del diritto romano*, (a cura di E. ALBERTARIO), Milano 1929, p. 396.*

Paul. 2, 15, 1.: *Ob subitam valetudinem, ob necessariam peregrinationem, ob inimicitiam et inanes rei actiones integra adhuc causa mandati negotio renuntiari potest*

Se fosse intesa infatti detta causa come requisito necessario per la *renuntiatio* verrebbe leso il principio della reciprocità delle posizioni delle parti; dunque deve essere intesa come causa di estinzione dell'obbligazione allorquando si verificano cause di forza maggiore o comunque ostative al fine dell'esecuzione della prestazione, al di fuori della possibilità di recedere unilateralmente<sup>199</sup>.

Il requisito della *res integra* involge anche la disciplina della morte di una delle due parti contrattuali:

Gai. 3, 160: *Item si adhuc integro mandato mors alterutrius alicuius interveniat, id est vel eius, qui mandavit, vel eius, qui mandatum suscepit, solvitur mandatum; sed utilitatis causa receptum est, ut si mortuo eo, qui mihi mandaverit, ignorans eum decessisse exsecutus fuero mandatum, posse me agere mandati actione; alioquin iusta et probabilis ignorantia damnum mihi /non /adferet. et huic simile est, quod plerisque placuit, si debitor meus manumisso dispensatori meo per ignorantiam solverit, liberari eum, cum alioquin stricta iuris ratione non posset liberari eo, quod alii solvisset quam cui solvere deberet.*

Se per la morte del mandatario l'inizio dell'esecuzione fa sì che il contratto non si estingua<sup>200</sup>, per la morte del mandante, se pur possa valere lo stesso principio, vanno effettuate delle precisazioni.

Se infatti il mandato sia stato eseguito ignorando la morte del mandante, il mandatario, che sia in buona fede, può esperire l'azione contraria contro gli eredi<sup>201</sup>; tuttavia se pur il mandatario abbia la cognizione della morte del mandante, gli incomberebbe l'obbligo di portare a compimento l'affare se già trovasi in una fase sì tanto avanzata da non poter tornare indietro, e di conseguenza si pone l'onere sugli eredi del mandante delle conseguenze dell'affare gerito, come l'indennizzo del mandatario per le spese effettuate:

D. 17, 1, 26, pr. Paul. 32 ad ed.: *Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est: nam mandatum solvitur morte. si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. Iulianus quoque scripsit mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare.*

Come si vede l'indennizzo, che copre tanto le spese effettuate dal mandatario nel portare a compimento l'affare quanto i danni che in qualche modo potevano esser sofferti dallo stesso, configura le sole (ed eventuali) obbligazioni a carico del mandante, che si configurano come conseguenti

<sup>199</sup> Di quest'avviso V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato nel diritto romano*, cit., pp. 138-139.

<sup>200</sup> M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 662.

<sup>201</sup> Certo detta regola non è primordiale, ed infatti l'*utilitas causa recepta* di cui parla Gaio è un'elaborazione che è sicuramente successiva, come dimostra la problematicità sul tema riscontrabile in *Rhet. Her.* 2.13.9: *M. Drusus praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit. Sex. Iulius non reddidit.*

all'obbligazione del mandatario del portare a termine l'incarico<sup>202</sup> e di riversarne le conseguenze nella sfera giuridica del mandante<sup>203</sup>. Detta mancanza di controprestazioni qualifica la 'bilateralità imperfetta'<sup>204</sup> propria del mandato.

Dunque a tutela del mandante vi era quella azione civile e di buona fede che prende il nome di *actio mandati (directa)*<sup>205</sup>, ove viene sanzionata una responsabilità per dolo<sup>206</sup>, ricomprendente però anche ipotesi di colpa<sup>207</sup> in violazione della *fides*<sup>208</sup>.

Viceversa, per il mandatario v'era l'*actio mandati contraria*, che poteva riguardare sia le spese<sup>209</sup> sia le perdite subite nell'adempimento dell'obbligo<sup>210</sup>; mi sembra evidente come questa forma di tutela sia volta non di certo ad un bilanciamento tra le parti contrattuali, ma quantomeno possa ben assumere i contorni di un meccanismo volto a dirimere quel 'conflitto' che scaturisce tra la gratuità del mandato da un lato e il sacrificio economico posto in essere dal mandatario in funzione dell'adempimento dell'obbligo assunto.

---

<sup>202</sup> Anche mediante un terzo: D. 17, 1, 8, 3 Ulp. 31 *ad ed.*: *Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur (tenetur autem, quia agere potest): quamquam enim vulgo dicatur procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse, tamen mandati actio est: ad agendum enim dumtaxat hoc facere non potest.*

<sup>203</sup> D. 17, 1, 20, 0 Paul. 11 *ad Sab.*: *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit.*

<sup>204</sup> Sulle ricostruzioni di questa definizione, critiche e perplessità, per tutti: V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato nel diritto romano*, cit. pp. 84-101.

<sup>205</sup> Gai. 4, 62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fidei iudicia, pro socio, tutelae, rei uxoriae.*

<sup>206</sup> Coll. 10, 2, 3. Mod. *diff.*: *In mandati vero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur. Quamvis singulariter denotare liceat in tutelae iudicium utrumque deduci, cum solius pupilli, non etiam tutoris utilitas in administratione versetur.*

<sup>207</sup> D. 17, 1, 8, 10 Ulp. 31 *ad ed.*: *proinde si tibi mandavi, ut hominem emereres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere), teneberis. sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis, si dolus non intervenit nec culpa, non teneberis nisi ad hoc, ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restitutum. sed et si restituas, et tradere debes. et si cautum est de evictione vel potes desiderare, ut tibi caveatur, puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius praestes quam consecuturus sis.*

<sup>208</sup> Comportante infatti l'infamia del condannato: Gai. 4, 182: *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fidei iudicia, tutelae, mandati, depositi. sed furti aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit [...].*

<sup>209</sup> D. 17, 1, 12, 9 Ulp. 31 *ad ed.*: *Si mihi mandaveris, ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meo pretio, habebit mandati actionem de pretio recipiendo: sed et si tuo pretio, impendero tamen aliquid bona fide ad emptionem rei, erit contraria mandati actio: aut si rem emptam nolis recipere: simili modo et si quid aliud mandaveris et in id sumptum fecero. nec tantum id quod impendi, verum usuras quoque consequar. usuras autem non tantum ex mora esse admittendas, verum iudicem aestimare debere, si exegit a debitore suo quis et solvit, cum uberrimas usuras consequeretur, aequissimum enim erit rationem eius rei haberi: aut si ipse mutuatus gravibus usuris solvit. sed et si reum usuris non relevavit, ipsi autem et usurae absunt, vel si minoribus relevavit, ipse autem maioribus faenus accepit, ut fidem suam liberaret, non dubito debere eum mandati iudicio et usuras consequi. et (ut est constitutum) totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur.*

<sup>210</sup> D. 17, 1, 26, 6 Paul. 32 *ad ed.*: *Non omnia, quae impensurus non fuit mandator imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adpraehensurus quaedam erogaverit: nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet; D. 17, 1, 26, 7 Paul. 32 *ad ed.*: *Sed cum servus, quem mandatu meo emereres, furtum tibi fecisset, Neratius ait mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit: quod si ego scissem talem esse servum nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet.**

Infine, come detto, nel mandato può ravvisarsi inoltre un altro tipo di conflitto, coinvolgente i terzi: lo strumento di risoluzione della *ratihabitio* ha effetto verso i terzi stessi, non vale<sup>211</sup> infatti come tecnica volta alla costituzione di un contratto di mandato *a posteriori*<sup>212</sup>.

La retroattività della salvezza degli effetti, ha come destinatari principali gli interessi dei terzi, e non potrebbe essere altrimenti, poiché, a ben guardare, il conflitto sorge proprio dall'attività posta in essere da questi nell'andare a concludere negozi con chi non era stato autorizzato, che secondo la formulazione postclassica si può chiamare *falsus procurator*<sup>213</sup>.

Ed infatti la regola involge soltanto i rapporti esterni tra le parti:

D. 43, 16, 1, 14 Ulp. 69 *ad ed.*: *Sed et si quod alius deiecit, ratum habuero, sunt qui putent secundum Sabinum et Cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri deiecissee interdictoque isto teneri, et hoc verum est: rectius enim dicitur in maleficio ratihabitionem mandato comparari.*

Sicché il meccanismo risolutivo della ratifica<sup>214</sup> si ravvisa e viene dunque ad operare nello stesso modo in cui interviene per il caso di *solutio* ad una falso procuratore del creditore<sup>215</sup>, comportando infatti la liberazione della persona del debitore nei confronti del 'vero' creditore:

D. 46, 3, 12, 4 Ulp. 30 *ad Sab.*: *Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur.*

O ancora si ricordi l'effetto della ratifica da parte del *dominus litis* sulla *litis contestatio* del *falsus procurator*, una volta ammesso che il *procurator ad litem* - con mandato - potesse dedurre in giudizio il rapporto sostanziale, effetto per il quale il *dominus* non poteva più riproporre il giudizio contro il terzo:

D. 5, 1, 56, 0 Ulp. 30 *ad Sab.*: *Licet verum procuratorem in iudicio rem deducere verissimum est, tamen et si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta.*

Dunque in tema di mandato si genera un 'conflitto' per l'affidamento che il terzo ripone nella persona con cui conclude il negozio; di conseguenza l'intervento del terzo può concepirsi come

<sup>211</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato nel diritto romano*, cit., a p. 197 qualifica come «infelice formulazione» quella di «taluni scrittori, i quali arrivano ad affermare che la ratifica introduce retroattivamente un mandato in un seguito di fatti ed atti giuridici, già svolti, nel quale nessuno ha mai conferito un incarico e nessuno lo ha mai accettato».

<sup>212</sup> Sul punto vedasi G. FINAZZI, *Riflessioni sul rapporto fra convalida e ratifica nell'esperienza giuridica romana*, in *Fides Humanitas Ius: studii in onore di Luigi Labruna*, 3, Napoli 2007, pp. 1907-1954.

<sup>213</sup> Vedi A. KACPRZAK, *La "ratihabitio" nel diritto romano classico*, Napoli 2002, p. 52.

<sup>214</sup> Per un'analisi puntuale dei campi di applicazione dell'istituto, vedi: G. BORTOLUCCI, *Ratihabitio mandato comparatur*, Modena 1916; E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, in *Studi di diritto romano*, 3, Milano 1936, p. 507 ss.; C. COSENTINI, *Ratihabitio mandato comparatur*, Napoli 1947; G. DONATUTI, *Studi sul procurator II. Verus et falsus procurator*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Regia Università di Perugia*, 33 (1921), pp. 671-101, ora anche in ID., *Studi di diritto romano*, 1, (a cura di R. REGGI), Milano 1976, p. 147.

<sup>215</sup> Per approfondimenti: S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*, Napoli 1931, p. 53.

l'elemento da cui si scatena il 'conflitto': v'è però anche la possibilità, in altre materie, che il terzo intervenga non come parte conflittuale, ma come strumento proprio di composizione del 'conflitto'.

Per le obbligazioni derivanti da atto lecito, infatti, i giuristi, repubblicani e classici, sulla base di analisi in materia soprattutto di *stipulatio*, legato *per damnationem* e contratti consensuali, avvertirono l'esigenza, come ben si sa, di fissare alcuni principi di massima per le prestazioni oggetto delle obbligazioni stesse.

Tra esse il principio per il quale la prestazione deve essere determinata o determinabile. Orbene la prestazione può essere determinata anche da un terzo, ma debbono quanto meno sussistere nell'atto costitutivo dell'obbligazione elementi sufficienti per permettere la successiva determinazione<sup>216</sup>.

I giuristi romani non sono mai pervenuti ad un'elaborazione concettuale complessivamente organica in materia, ma se ne possono comunque rintracciare i tratti di tendenza, talvolta eterogenei, dai modelli casistici su cui si è imbattuta la giurisprudenza<sup>217</sup>, con la precisazione per cui «la possibilità di affidare all'arbitrato di un terzo la determinazione dell'oggetto non era senz'altro ammessa in tutti i negozi, per tutti gli elementi e nella stessa guisa», configurando piuttosto una problematica «in evoluzione, che risente della natura e dello sviluppo dei negozi e degli elementi da valutare»<sup>218</sup>.

A questa 'funzione' del terzo, e precisamente sulla validità di una compravendita in cui il prezzo fosse rimesso alla determinazione del terzo<sup>219</sup>, si riferisce il seguente passo di Gaio:

Gai. 3, 140: *Pretium autem certum esse debet. nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem; cuius opinionem Proculus secutus est.*

Come si legge, secondo Labeone e Cassio la convenzione non avrebbe avuto valore, mentre di contrario avviso è Ofilio, la cui tesi è ripercorsa da Proculo, che infatti ne ammette la validità in occasione della fissazione delle 'quote' nel contratto di società:

D. 17, 2, 76 Proc. 5 *epist.*: *Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. arbitratorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.*

<sup>216</sup> L. FASCIONE, *La determinazione dell'oggetto del contratto (vendita e locazione)*, in *Societas-Ius, Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, cit., pp. 67-97.

<sup>217</sup> Di questo avviso anche L. GAROFALO, *L'arbitraggio sul prezzo*, in *TSDP*, 7 (2014).

<sup>218</sup> G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Oggetto dell'obbligazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino 1940, p. 149.

<sup>219</sup> Si pensi oltre a questo caso, alla fissazione della *merces* nella locazione o per esempio alla determinazione delle quote di partecipazione ai profitti ed alle perdite.

Proprio da quest'ultimo passo di Proculo<sup>220</sup>, emergono le prime ricostruzioni differenzianti l'*arbitrium merum* dall'*arbitrium boni viri*.

Circa le dispute giurisprudenziali riportate da Gaio, non sappiamo molto degli sviluppi, anche perché è poi intervenuto Giustiniano<sup>221</sup> a troncare ogni questione in materia, premettendo i brani relativi alla contesa in questione<sup>222</sup>:

C. 4, 38, 15: *Super rebus venundandis, si quis ita rem comparavit, ut res vendita esset, quanti Titius aestimaverit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus. 1 Quam decedentes censemus, cum huiusmodi conventio super venditione procedat "quanti ille aestimaverit", sub hac condicione stare venditionem, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire, sive in scriptis sive sine scriptis contractus celebretur, scilicet si huiusmodi pactum, cum in scriptis fuerit redactum, secundum nostrae legis definitionem per omnia completum et absolutum sit. Sin autem ille vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto: nulla coniectura, immo magis divinatione in posterum servanda, utrum in personam certam an in viri boni arbitrium respicientes contrahentes ad haec pacta venerunt, quia hoc penitus impossibile esse credentes per huiusmodi sanctionem expellimus. Quod et in huiusmodi locatione locum habere censemus.*

L'assolvimento dell'incarico da parte del terzo, secondo quanto si legge, è quindi condizione della validità della vendita, tanto che in mancanza di definizione del prezzo la vendita non ricorre, escludendo che le parti possano poi ricorrere al contenzioso per ottenere dal giudice la determinazione non operata dal terzo<sup>223</sup>.

Bisogna operare però delle distinzioni: l'*arbitrium merum*<sup>224</sup> non è ammesso in materia di *iudicia bonae fidei*, e in ogni caso deve essere un terzo a compiere la determinazione, mai una delle due parti;

---

<sup>220</sup> Vedasi su questa fonte: S.A. CRISTALDI, *Sulla clausola 'quanti Titius rem aestimaverit' nella riflessione dei giuristi romani*, in *RIDA*, LVIII (2011), p. 101 ss.

<sup>221</sup> Cfr. I. 3, 23, 1: *Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. sed et certum pretium esse debet. alioquin si ita inter aliquos convenerit, ut, quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit emptia: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non. sed nostra decisio ita hoc constituit, ut, quotiens sic composita sit venditio quanti ille aestimaverit, sub hac condicione staret contractus, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretium persolvatur et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore autem ex vendito agente. sin autem ille qui nominatus est vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto. quod ius cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere.*

<sup>222</sup> Vedi V. MANNINO, *Brevi notazioni a margine dell'arbitrato 'boni viri'*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese* (a cura di L. GAROFALO), II, Padova, 2003, p. 436; A. TORRENT, *Pretium certum: determinación del precio 'per relationem'*, in *BIDR*, 98-99 (1995-1996), p. 105; M. TALAMANCA, s.v. *'Vendita' (diritto romano)*, in *ED*, XLVI, Milano 1993, p. 367, nt. 648; G.P. SOLINAS, *A proposito dell'arbitrium boni viri*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, 2, Milano 1972, p. 540 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli 1956, (rist. 1987), p. 140 ss.

<sup>223</sup> E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano*, cit., p. 238; M. RICCA-BARBERIS, *L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico*, in *AG*, LXX (1903), p. 60 ss.; M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in *BIDR*, CI-CII (1998-1999), p. 10 ss.; F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di G. Grosso*, 3, Torino 1970, pp. 538 ss.

<sup>224</sup> M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano 1958, p. 24, nt. 58: «nel sistema contrattuale romano non è mai attestata la rilevanza di un *arbitrium merum*, configurato alla stregua di quello dell'*arbiter ex compromisso*, come esemplificato in Proc. 5 *epist.*, D. 17.2.76; né si hanno di tale rilevanza indizi consistenti sia in C. 4.38.15, sia in I. 3.23.1»; G. PACCHIONI, *Arbitrium merum e arbitrium boni viri*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 374: «l'*arbitrium merum* va, al pari

l'*arbitrium boni viri*, invece, è possibile non solo che intervenga in materia di giudizi di buona fede, ma in esso è ammesso che sia una delle parti a svolgere l'apprezzamento secondo i canoni di equità del *bonus vir*.

D. 19, 2, 24 Paul. 34 *ad ed.*: *Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset, idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit. idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit. quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit.*

Altresì è da sottolineare che per il caso dell'*arbitrium boni viri* sarebbe ammessa<sup>225</sup> la sindacabilità:

D. 17, 2, 79 Paul. 4 *quaest.*: *Unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.*

Quindi le parti in un caso si rimettono al «capriccio dell'arbitro» invocando l'*arbitrium merum* e «rinunciano ad ogni controllo o rettifica»<sup>226</sup>, nell'altro accettano un giudizio da un *bonus vir*: ne discende, che la fiducia che ripongono le parti nel terzo è maggiore nel primo caso rispetto al secondo, perché i deferenti confidando nella rettitudine del terzo e sulle sue capacità, rinunciano preventivamente ad ogni controllo.

Ecco perché, secondo quanto ripercorso, il terzo dirime un conflitto tra le parti circa la determinazione della prestazione, non potendo - o non volendo - le stesse convenirla autonomamente.

Ora dimostrerò come il criterio della maggioranza non fosse sconosciuto neanche per il diritto privato, prendendo a modello quel particolare modo di risoluzione del 'conflitto' tra più creditori del defunto, e cioè il *pactum quo minus solvatur*, tecnica escogitata per evitare che si pervenisse alla *bonorum venditio* a nome del defunto, strumento che poteva non essere gradito agli eredi e comunque non conveniente per i creditori.

Poteva infatti accadere che l'*hereditas* fosse *damnosa*:

Gai. 2, 163: *Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditariis, sive is cui de aedeunda deliberare licet, adierit, postea relinquendae hereditatis facultatem non habet, nisi si minor sit annorum xxv: nam huius aetatis hominibus /permissum est /, sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita etiam si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit. scio quidem divum Hadrianum etiam*

---

dell'*arbitrium boni viri*, concepito come un giudizio serio e ponderato: da un certo punto di vista anzi la differenza è a tutto favore dell'*arbitrium merum* perché tanto esso è concepito dalle parti come serio e buono che esse rinunciano a criticarlo, lo accettano cioè *a priori*. La insindacabilità è la caratteristica dell'*arbitrium merum*: ma l'insindacabilità fondata sulla fiducia, non sul disinteresse e sull'abbandono che le parti facciano di sé al puro caso».

<sup>225</sup> Sulle interpolazioni del passo, nonché per spunti critici: G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Oggetto dell'obbligazione. Obbligazioni alternative e generiche*, cit., p. 101.

<sup>226</sup> G. PACCHIONI, *Arbitrium merum e arbitrium boni viri*, cit., p. 374.

*maiori XXV annorum veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, apparuisset.*

Nel caso in cui il passivo avesse superato l'attivo gli eredi sarebbero stati responsabili *ultra vires hereditatis*: gli *heredes voluntarii*<sup>227</sup> avrebbero quindi potuto semplicemente sottrarsi a tale conseguenza non accettando l'eredità<sup>228</sup>. Per i creditori sociali si sarebbe poi dato luogo alla *bonorum venditio* del patrimonio ereditario rimasto vacante.

Infatti l'esecuzione patrimoniale venne introdotta dal pretore sul finire della *libera res publica* per il caso in cui il convenuto fosse assente o latitante ovvero fosse morto senza lasciare eredi: sicché il pretore con la *missio in bona*, immetteva l'attore nel possesso di tutti i beni del convenuto, con finalità di custodia e conservazione (*missio in bona rei servandae causa*). Successivamente, a tutela degli altri creditori, si dava notizia della *missio*: tramite affissioni si dava infatti pubblicità della procedura (*bonorum proscriptio*), permettendo ad altri creditori di insinuarsi nella stessa<sup>229</sup>. Trascorsi trenta giorni dalla *proscriptio* stessa (quindici se il convenuto fosse morto senza lasciare eredi), se non si fosse proceduto alla soddisfazione dei creditori, l'insolvente veniva dichiarato fallito e diveniva infame.

Con la pluralità di creditori, si manifestava la necessità di un'assemblea, e quindi di una maggioranza, essendo il loro interesse unico e convergente nella soddisfazione dei crediti: questa al suo interno eleggeva un *magister bonorum*, il quale doveva procedere entro un termine prestabilito alla vendita in blocco dei di tutti i beni del fallito (*bonorum venditio*)<sup>230</sup> sulla base di una sorta di 'programma' per la vendita (*lex bonorum vendendorum*) su cui venivano indicati, oltre all'inventario dei beni, anche l'ammontare dei crediti e dei debiti, nonché le condizioni della vendita:

Gai. 3, 78: *bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum: vivorum, velut eorum, qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur; item eorum, qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudiciorum post tempus, quod eis partim lege XII tabularum, partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere. 79 Si quidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi, si vero mortui, post dies xv; postea iubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum, per quem bona veneant. itaque si vivi bona veneant, in diebus x, si mortui, in diebus V fieri iubet / si mortui, in dimidio / (?). diebus itaque vivi bona xxx, mortui vero XX emptori addici iubet. quare autem tardius viventium bonorum venditionem compleri iubet, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur.*

<sup>227</sup> Altre tecniche offerte agli *heres necessarii* per il caso di *hereditas damnosa* erano, si ricordino, lo *ius abstinendi* e il *beneficium separationis*.

<sup>228</sup> Cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 803; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 806 ss.

<sup>229</sup> Vedi M. DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ, *Origine e presupposti del concorso dei creditori a Roma*, in *TSDP*, 4 (2011).

<sup>230</sup> G. SCHERILLO, *La 'bonorum venditio' come figura di 'successio'*, in *IVRA*, IV (1953), p. 208 ss.; V. GIUFFRÈ, *Sull'origine della 'bonorum venditio' come esecuzione patrimoniale*, in *Labeo*, 39 (1993), p. 345 ss.; G. ROTONDI, *'Bonorum venditio' (Lineamenti)*, in *Per il XIV centenario delle codificazione giustiniana*, Milano, 1938, p. 110 ss. (= ID., s.v. *'Bonorum venditio'*, in *Enc. giur.*, II.1, Milano 1911, p. 1263 ss.); M. TALAMANCA, *La vendita all'incanto nel processo civile romano*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, II, Milano 1956, p. 247 ss.

Poi chi avesse offerto di pagare ai creditori la percentuale più alta dei loro crediti sarebbe risultato il *bonorum emptor*, subentrando al fallito nella titolarità del suo intero patrimonio.

Per evitare dunque la *bonorum venditio*, ecco quindi il ricorrere al volere della maggioranza, che «fa pertanto impressione» come «eccezione alla regola della *solutio eius quod debetur*, rappresentata dal così detto *pactum quo minus solvatur*, lontano antenato del nostro concordato preventivo di maggioranza»<sup>231</sup>, i cui tratti sono delineati nel seguente frammento:

D. 2, 14, 7, 19 Ulp. 4 *ad ed.*: *Hodie tamen ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint: si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem.*

Tale strumento, che si pone come tecnica preventiva della procedura di concorso, fa sì che la *venditio bonorum* possa essere evitata, se i creditori abbiano, prima della *missio in bona*, stragiudizialmente ed unitamente (nel senso della unanimità), acconsentito alla riduzione proporzionale dei propri crediti: di tal guisa basterà che il debitore si avvalga, contro l'eventuale azione intentata dai singoli creditori per il *solidum*, della *exceptio pacti conventi*. Se invece i creditori non siano concordi all'unanimità, allora il debitore può provocare l'intervento del pretore il quale può sancire, *in iure*, e con un suo decreto, la vincolatività del patto concluso con la maggioranza (sempreché ovviamente il patrimonio non sia in grado di soddisfare appieno i creditori che non abbiano prestato il loro consenso): anche in tal caso il debitore potrà neutralizzare ogni azione esperita per il *solidum*, sia contro i creditori che abbiano prestato il loro consenso sia contro coloro che non abbiano concorso alla convenzione, mediante sempre l'*exceptio pacti*:

D. 2, 14, 7, 17-18 Ulp. 4 *ad ed.*: *Si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus ut minus solvatur, pactum valiturum est. 18 Sed si servus sit, qui paciscitur, priusquam libertatem et hereditatem apiscatur, quia sub condicione heres scriptus fuerat, non profuturum pactum vindius scribit: Marcellus autem libro octavo decimo digestorum et suum heredem et servum necessarium pure scriptos, paciscentes priusquam se immisceant putat recte pacisci, quod verum est. idem et in extraneo herede: qui si mandatu creditorum adierit, etiam mandati putat eum habere actionem...*

Se sulla genuinità di tale strumento in età classica si è oltremodo discusso<sup>232</sup>, sì come per la 'funzione' del *decretum praetoris*<sup>233</sup>, che in ogni caso a me sembra raggiungere il duplice obiettivo del 'recupero' del consenso dei creditori in minoranza nonché una finalità di 'protezione' dei loro interessi nel senso di una valutazione oggettiva sull'insolvenza del debitore, ciò su cui mi voglio soffermare, sono i criteri con

---

<sup>231</sup> A. GUARINO, *Pactus quo minus solvatur. Note sui precedenti romani del concordato preventivo*, in *Pagine di diritto romano*, VII, Napoli 1995, p. 41

<sup>232</sup> Per un esame puntuale degli interventi postclassici sul tema, vedasi *Ibidem*, p. 43 ss.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 57 ss.

cui la maggioranza veniva calcolata<sup>234</sup>, *pro modo debiti* e non *pro numero personarum*, nonché le tecniche per la risoluzione del conflitto nel caso in cui non si venisse a creare una maggioranza *pro modo debiti*:

D. 2, 14, 8 Pap. 10 *resp.*: *Maiorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit. quod si aequales sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum praefendus est. in numero autem pari creditorum auctoritatem eius sequetur praetor, qui dignitate inter eos praecellit. sin autem omnia undique in unam aequalitatem concurrant, humanior sententia a praetore eligenda est. hoc enim ex divi Marci rescripto colligi potest.*

Il frammento si occupa di tutti i possibili casi di ‘paralisi’ tra situazioni conflittuali, offrendo diverse soluzioni per i casi di insuccesso delle tecniche di volta in volta stabilite: se infatti non si fosse raggiunta la maggioranza *pro modo debiti*, e dunque un’uguaglianza tra le percentuali dei crediti, allora sarebbe prevalso, tra i due gruppi, quello con un numero maggiore di creditori; se neanche questo criterio fosse utile, allora il pretore avrebbe dovuto ascoltare il creditore con maggiore dignità; se fossero più d’uno i creditori dotati di eguale dignità (e ovviamente i loro pareri discordi), allora il pretore avrebbe dovuto scegliere il parere secondo lui più ‘umano’.

La regola è quindi puntuale nell’offrire le diverse tecniche di risoluzione, tant’è che in buona sostanza, come *extrema ratio*, rimette al pretore la scelta tra i pareri dei creditori aventi pari dignità: detta regola si pone come tecnica ultima, di chiusura, ricercandosi infatti dapprima che la soluzione provenga dalla volontà dei creditori (che come visto può comporsi, di fase in fase, secondo modalità diverse), con la conseguenza che le tecniche precedenti, sono anche volte saggiamente a circoscrivere la decisione ultima del pretore, che decide infatti sui risultati ultimi, sì come offerti dall’insuccesso dei criteri cui succede il suo intervento finale e dirimente.

### **3. Actiones**

Per le *actiones* i ‘conflitti’ da me selezionati involgono tanto il campo del processo vero e proprio - o comunque in generale attengono al momento della decisione della controversia, anche secondo schemi ‘alternativi’ - quanto le regole dettate in tema di interpretazione, e quindi, in senso lato, le diverse tecniche adottate per la regolazione dello *ius controversum*.

Infatti, secondo quanto già premesso e precisato<sup>235</sup>, la mia analisi è diretta alle tecniche per la scelta dello *iudex unus* e dei *recuperatores*, alla possibilità per le parti tramite *pactum legitimum* di rimettere la

---

<sup>234</sup> Tra chi difende la classicità di tali strumenti, S. SOLAZZI, *L’estinzione dell’obbligazione*, cit., p. 163 ss.

decisione di una controversia al terzo, che vi si obbligava tramite il *receptum arbitrii*, nonché, sulle modalità con cui si forniva l'interpretazione del diritto quando questo era ancora custodito nei penetrali del collegio pontificale, e sullo sviluppo (necessario) di diverse tecniche utilizzate nell'esperienza giuridico-religiosa romana per rispondere alle esigenze scaturenti dal diverso valore attribuito, di tempo in tempo, ai *responsa* dei giuristi.

Seguirò dunque l'ordine sopra delineato.

In realtà, premetto subito, che i *recuperatores*, essendo questi solitamente nel numero di tre, e raramente cinque<sup>236</sup>, costituivano un vero e proprio collegio, validamente costituito solo se tutti fossero presenti: il numero dispari del collegio assicurava il formarsi della maggioranza:

D. 42, 1, 39 Cels. 3 *dig.*: *Duo ex tribus iudicibus uno absente iudicare non possunt, quippe omnes iudicare iussi sunt. sed si adsit et contra sentiat, statur duorum sententiae: quid enim minus verum est omnes iudicasse?*

Dall'ultima proposizione della fonte emerge proprio, in chiave volutamente problematica da parte di Celso, l'intento di voler chiarire come la decisione provenga proprio dall'intero collegio, a nulla rilevando che uno dei componenti opini in contrario. La volontà promana proprio dal collegio dei *recuperatores*, e non dai singoli componenti: una volontà che se pur non 'comune' è di certo 'collettiva'. La tecnica della maggioranza nei *recuperatores* trova dunque compiuta operatività<sup>237</sup>.

Si analizzano quindi ora le tecniche utilizzate per l'individuazione dello *iudex unus* e per la composizione del collegio giudicante dei *recuperatores*.

Come già visto<sup>238</sup>, non si può prescindere dal documento epigrafico contenente la *lex Irnitana*, dato che buona parte degli studiosi<sup>239</sup> propende per la tesi secondo la quale lo statuto per il *municipium Flavium Irnitatum* non sia stato volutamente ideato per regolare le controversie nel detto municipio, ma si sia basato sopra un modello generale, forse su quella *lex (data) Flavia municipalis* di Domiziano, con

---

<sup>235</sup> Rimando al §3 del cap. II.

<sup>236</sup> G. PUGLIESE, s.v. 'Recuperatores', in *NNDI*, XIV, Torino 1967, p. 1079.

<sup>237</sup> Tali precisazioni non occorrono, per ovvi motivi, per il *iudex unus*.

<sup>238</sup> Per le notizie circa la *lex Irnitana*, anche sul suo ritrovamento rimando sempre al §3 del cap. II.

<sup>239</sup> A. D'ORS, *Nuevos datos de la ley Irnitana sobre jurisdicción municipal*, cit., p. 20 ss.; ID., *La nueva copia irnitana de la 'lex Flavia municipalis'*, cit., p. 7; ID., *Una nueva lista de acciones infamantes*, in 'Sodalitas'. *Scritti in onore di A. Guarino*, cit., p. 2580; ID., *De nuevo sobre la ley municipal*, cit., p. 180; ID., *La ley Flavia*, cit., 13 ss.; seguono d'Ors: P. BIRKS, *New Light on the Roman Legal System: the Appointment of Judges*, cit., p. 49; A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, cit., p. 99; R. CARDILLI, *Designazione e scelta del 'iudex unus' alla luce della 'lex Irnitana'*, cit., p. 41 ss.; C. CASTILLO, *Miscellanea epigráfica hispano-romana*, cit., p. 391; X. D'ORS, *Regulación y control de la actividad pública en la 'lex Flavia Municipalis'*, cit., p. 74; F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., p. 20, nt. 42; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *La 'lex Irnitana'. Une nouvelle loi municipale de la Bétique*, cit., p. 130 ss.; ID., *Los llamados Cuasidelictos*, cit., p. 39; J. GONZÁLEZ, *The 'Lex Irnitana'*, cit., p. 150; ID., *El 'ius latii' y la 'lex Irnitana'*, cit., p. 323 ss.; P. LE ROUX, *Municipe de droit latin en 'Hispania' sous l'empire*, cit., p. 340 ss.; J. L. MURGA, *Las acciones populares en el municipio de Irni*, cit., p. 225; N. PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato. Lezioni di diritto romano*, cit., p. 7; W. SIMSHÄUSER, *Stadtrömische Verfahrensrecht im Spiegel der 'lex Irnitana'*, cit., p. 173 ss.; M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, cit., p. 218.

l'obiettivo di una riorganizzazione dei municipi in Spagna, a cui l'imperatore Vespasiano nel 73-74 aveva concesso lo *ius Latii*.

In effetti, anche nell'età della *libera res publica* è attestata l'esistenza di un *album iudicum*<sup>240</sup>; sappiamo poi<sup>241</sup> che nell'età del principato esisteva una lista di persone, aventi particolari e precisi requisiti, dalla quale venivano estratti i giudici sia per i processi privati sia per quelli attinenti alla sfera criminale<sup>242</sup>.

Per quanto attiene ai requisiti richiesti per l'iscrizione nell'*album iudicum*, è bene osservare che inizialmente il *munus iudicandi* era affidato ai senatori, in ragione della loro collocazione sociale, e in sintesi della loro *auctoritas*, mentre poi con Caio Gracco ai senatori si affiancarono i cavalieri<sup>243</sup>.

Si richiedeva poi la cittadinanza romana, un'età minima (che nel corso del tempo variò dai ventiquattro ai trent'anni<sup>244</sup>), l'essere residenti in Italia, ed onde evitare 'conflitti' di potere, avere un *imperium* non maggiore del magistrato autorizzante il *iudicium*:

D. 5, 1, 58, 0 Paul. 13 *ad Sab.*: *Iudicium solvitur vetante eo qui iudicare iusserat, vel etiam eo qui maius imperium in eadem iurisdictione habet, vel etiam si ipse iudex eiusdem imperii esse coeperit, cuius erat qui iudicare iussit.*

Verano in ogni caso delle cause di giustificazione<sup>245</sup> per evitare di essere iscritti nelle liste ovvero per rifiutarsi di giudicare in un singolo processo; dette cause escludevano l'incorrere nella responsabilità

<sup>240</sup> Sul tema: L.E. BABLITZ, *Actors and audience in the Roman courtroom*, cit., p. 92 ss.; F. GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des romains*, cit.; J. MAZEAUD, *La nomination du 'iudex unus' sous la procédure formulaire à Rome*, cit., p. 3 ss.; A.H.M. JONES, *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, cit., p. 88 ss.; T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, cit., p. 535.

<sup>241</sup> Sul tema, fra i molti: B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, cit., p. 130; E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, cit., p. 68, nt. 1; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, *Le 'legis actiones'*, cit., p. 226; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, *Il processo formulare*, cit., p. 215 ss.

<sup>242</sup> Rimando al §3 del cap. III per i conflitti in tema di repressione criminale.

<sup>243</sup> P. LAMBRINI, *'Titius iudex esto': la scelta del giudice privato nel processo formulare*, cit., p. 303 ss.

<sup>244</sup> F. BERTOLDI, *La 'lex Iulia iudiciorum privatorum'*, Torino 2003, p. 222 ss.

<sup>245</sup> J. CREMADES - J. PARICIO, *La responsabilidad del juez en el Derecho romano clásico. 'Actio adversus iudicem qui litem suam fecit'*, in *AHDE*, LIV (1984), p. 184 ss.; J. PARICIO, *Los cuasidelictos. Observaciones sobre su procedimiento histórico*, Madrid 1987, p. 40 ss.; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados Cuasidelictos*, Madrid 1990, p. 3 ss.; F. LAMBERTI, *Riflessioni in tema di 'litem suam facere'*, in *Labeo*, XXXVI (1990), p. 218 ss.; F. DE MARTINO, *'Litem suam facere'*, in *BIDR*, XCI (1988), p. 1 ss.; A. BURDESE, *Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del seminario torinese in memoria di G. Provera*, Napoli 1994, p. 153 ss.; ID., *In margine alla responsabilità del giudice in diritto romano*, in *'Fraterna munera'. Studi in onore di L. Amirante*, Salerno 1998, p. 53 ss.; R. SCEVOLA, *La responsabilità del 'iudex privatus'*, Milano 2004, p. 192 ss.; M. GIUSTO, *Per una storia del 'litem suam facere'*, in *SDHI*, LXXI (2005), p. 457 ss.; A. GÓMEZ-IGLESIAS, *'Lex Irnitana'*, cit., 465 ss.; E. DESCHEEMAEKER, *Obligations 'quasi ex delicto' and Strict Liability in Roman Law*, in *Journal of Legal History*, XXXI (2010), p. 1 ss.; F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna 2010, p. 11 ss.; S. MOLLÁ NEBOT, *'Iudex Unus'. Responsabilidad judicial e 'iniuria iudicis'*, Madrid 2010; R. LAMBERTINI, *Sulla responsabilità del giudice nel diritto romano tardo antico*, in *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino 2010; C. VENTURINI, *El juez en Roma: Funciones y responsabilidad*, in C. VENTURINI - M. FUENTESECA DEGENEFTE, *El juez en Roma: Funciones y responsabilidad*, Madrid 2010, p. 11 ss.; M. FUENTESECA DEGENEFTE, *El juez en Roma: el histórico dilema de la responsabilidad judicial*, in C. VENTURINI - M. FUENTESECA DEGENEFTE, *El juez*, cit., p. 79 ss.; P. LAMBRINI, *'Titius iudex esto': la scelta del giudice privato nel processo formulare*, cit., pp. 305-306 ss.; R. FERCIÀ, *'Litem suam facere' da Adriano ai Severi*, in *Diritto@Storia*, X (2012).

dello *iudex qui litem suam fecerit*<sup>246</sup>: infatti si ricordi che *iudex unus*, *arbiter* e *recuperatores* erano obbligati a decidere senza una loro previa accettazione, a differenza, come si vedrà, dell'*arbiter ex compromisso*, il quale, essendo individuato privatamente, non poteva essere immediatamente obbligato a giudicare, ma solo in seguito al *receptum*<sup>247</sup>.

Di certo queste *excusationes* divennero sempre più varie quando la carica divenne un mero onere, ormai perduta la sua qualifica iniziale di 'privilegio politico'<sup>248</sup>: dovevano essere presentate *ante causam actam*, a meno che non fossero sopravvenute<sup>249</sup>.

Tra le *excusationes*, rientrava l'età avanzata, il gestire uffici pubblici, il sacerdozio, l'assenza giustificata, e la malattia. Se l'età avanzata e la malattia rispondono ad esigenze pratiche, le altre cause, come l'esser magistrato o sacerdote, sembrano volte, oltre a rispondere anch'esse all'esigenza pratica dell'impegno, anche ad evitare 'conflitti' in seno al collegio dei *recuperatores*, nella misura in cui questi avrebbero avuto di certo una posizione più influente rispetto agli altri<sup>250</sup>.

La *lex Iulia* poi esentava altresì chi avesse tre figli o nipoti, anche se periti in guerra:

Vat. fr. 197-198: *An bello amissi a tutela excusare debeant? Nam et in fascibus sumendis et in iudicandi munere pro superstitionibus habentur, ut lege Iulia de maritandis ordinibus de fascibus sumendis et publicorum capite XXVI, item privatorum capite vicesimo VII de iudicando cavetur. Et puto constituendum, ut et a tutelis excusent; proinde sive tres bello amiserit sive unum duosve, pro superstitionibus cedent. 198 Sed utrum soli filii an et nepotes debent prodesse? Subsistendum, quoniam lex quidem privatorum capite XXVII "ex se natos" appellat, lex vero publicorum capite XXVI liberorum facit mentionem. Puto tamen eandem esse aequitatem in nepotibus, qui in locum filiorum succedunt, quae est in filiis.*

<sup>246</sup> Cfr. D. 44, 7, 5, 4 Gai. 3 aur.: *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri*; D. 50, 13, 6 Gai. 3 rer. cott. sive aur.: *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni indicantis visum fuerit, poenam sustinebit*; I. 4, 5pr.: *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni indicantis videbitur, poenam sustinebit.*

<sup>247</sup> Sul tema, che sarà esaminato *infra*: G. BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el 'arbiter ex compromisso'*, Madrid 1990; M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in *Scritti Giuridici*, Palermo 2003, p. 609 ss.

<sup>248</sup> In questo senso P. LAMBRINI, *'Titius iudex esto': la scelta del giudice privato nel processo formulare*, cit., p. 306.

<sup>249</sup> Si preferiva in questo caso sospendere il giudizio, e solo nel caso in cui l'attesa si prospettasse troppo lunga, si provvedeva a nominare un nuovo giudice: D. 50, 5, 13, 3 Ulp. 23 *ad ed.*: *Si post causam actam coeperit se excusare iudex, si quidem privilegio, quod habuit antequam susciperet iudicium, velit se excusare, nec audiendus est: semel enim adgnosendo iudicium renuntiat excusationi. quod si postea iusta causa incidit, ut iudex vel ad tempus excusetur, non debet in alium iudicium transferri, si cum captione id futurum est alterutrius. tolerabilius denique est interdum iudicem qui semel cognoverat tantisper exspectare, quam iudici novo rem rursus indicandam committere*; D. 5, 1, 18, 0 Ulp. 23 *ad ed.*: *Si longius spatium intercessurum erit, quo minus iudex datus operam possit dare, mutari eum iubet praetor: hoc est si forte occupatio aliqua iudicem non patiatur operam iudicio dare, incidente infirmitate vel necessaria protectione vel rei suae familiaris periculo.*

<sup>250</sup> Sul tema delle *excusationes* vedasi: Sul tema v. C. LANZA, *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di diritto classico*, in *BIDR*, XC (1987), p. 467 e, da ultimo, N. RAMPAZZO, *Osservazioni sulle cause di esenzione dall'officium iudicis' tra imperatività e arbitrarietà*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, III, a cura di L. Garofalo, Padova 2015, p. 491 ss.



uffici, e gli altri abitanti del municipio *ingenui*, che avessero almeno venticinque anni<sup>256</sup>, e possedessero un censo non inferiore a cinquemila sesterzi.

A fini di pubblicità, nonché di certezza, la lista rimaneva esposta *in iure* durante tutto il corso dell'anno e per la maggior parte di ciascuna giornata, indicante il *praenomen*, il *nomen*, il *praenomen* paterno, il *cognomen*, la *tribus*: è evidente come di tal guisa ciascuno potesse prenderne conoscenza, e l'indicazione del nominativo in modo così ricco evitava l'insorgere di 'conflitti' di omonimia.

Due modalità di individuazione dello *iudex unus* (o *arbiter*) vengono esplicitate sul finire del capitolo ottantaseiesimo della *lex*, e cioè la scelta libera ed autonoma delle parti anche al di fuori dell'*album iudicum*<sup>257</sup>, nonché la *recusatio*: dette modalità vengono chiarite e trattate nel capitolo ottantasettesimo mentre nell'ottantottesimo vengono esplicitate le modalità con cui si perveniva alla composizione del collegio dei *recuperatores*.

La scelta libera delle parti<sup>258</sup> poteva convergere anche su persone al di fuori dell'*album*, che comunque rispettassero alcuni requisiti (non rigorosi come quelli previsti per l'iscrizione nell'albo), come l'essere maschi e liberi, esser sani di mente<sup>259</sup> né essere pazzi o sordomuti<sup>260</sup>, non essere edili o questori<sup>261</sup>, non essere affetti da un *morbus*, non essere più anziani di sessantacinque anni<sup>262</sup> (a meno che non si accetti ugualmente il *munus publicum*<sup>263</sup>).

Bene, oltre al sistema della scelta libera delle parti, che ovviamente<sup>264</sup> poteva anche convergere su una persona inserita nella lista predisposta dai *duoviri*, vi era il sistema delle *recusationes*.

---

<sup>256</sup> Sul tema: P. GIRARD, *Les 'leges Iuliae iudiciorum publicarum et privatarum'*, in *ZSS*, XXXIV (1913), p. 317, nt. 1.

<sup>257</sup> La dottrina appare concorde su questa possibilità; vedi fra i tanti: Cfr. G. PADELLETTI, *I giudici nel processo civile romano*, in *AG*, XV (1875), p. 524 ss.; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, II, Bologna 1926, p. 34; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, *Le origini*, Catania 1980, p. 152

<sup>258</sup> Cic. *Cluent.* 120: *neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusdam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset; Lex Irnitana*, 87, 43-45: *si de ali quo municpe, qui propositus non sit neque Ilvir aut aedilis aut quaestor, inter eos conveniet, ut eum iudicem arbitrumve habeant ... eum inter eos in eamque rem iudicem arbitrumve dato addic<i>to iudicare iubeto.*

<sup>259</sup> D. 5, 1, 12, 2 Paul. 17 *ad ed.*: *Non autem omnes iudices dari possunt ab his qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus. natura, ut surdus mutus: et perpetuo furiosus et impubes, quia iudicio carent. lege impeditur, qui senatu motus est. moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.*

<sup>260</sup> *Lex Irnitana* 93: *Quibus de rebus in h(ac) l(ege) nominatim cautum{ue} scriptum<ue> / non est, quo iure inter se municipes minicipi [Flani] / Irnitani agant, de iis rebus omnibus ii inte[r] se] / agunto, quo cives Romani inter se iure civili / agunt agent ...*

<sup>261</sup> Questo per «la tendenza da un lato a non appesantire eccessivamente chi svolge altre funzioni municipali, e dall'altro evitare, in una comunità particolarmente ristretta, di accentrare più del necessario in alcuni soggetti l'esercizio di poteri importanti» come ritiene R. CARDILLI, *Designazione e scelta del 'iudex unus' alla luce della lex Irnitana*, cit., p. 68.

<sup>262</sup> P. LAMBRINI, *'Titius iudex esto': la scelta del giudice privato nel processo formulare*, cit., p. 317: «Non si fa menzione di un'età minima per poter essere chiamati a giudicare, ma è probabile che fosse la medesima età prevista dalla *lex Iulia de iudiciis privatis*».

<sup>263</sup> Si aveva la possibilità di rifiutare, ma ciò non toglie che anche il giudice estraneo alle liste gerisse un vero e proprio *munus publicum*: D. 5, 1, 78 Paul. 16 *ad Plant.*: *quippe iudicare munus publicum est.*

<sup>264</sup> P. BIRKS, *New Light on the Roman Legal System: the Appointment of Judges*, cit., p. 40 ss.

Il sistema è così articolato: il magistrato giurisdicente sottopone alle parti la lista suddividendola in tre decurie; l'attore per primo ricusa una decuria, poi il convenuto un'altra; sulla restante decuria principiano le ricusazioni dei singoli giudici:

Cap. 87, 33-41: *is qui aget petetue aut, si uterque aget pete[tu]e, uter de maiiore re aget maioremue rem petet, prior ex [i]mparibus <isque> quocum agetur aut a quo petetur aut, si uterque aget petetue, qui de minore re aget minoremue rem petet, ex paribus prior reiciat ...*

Sebbene si sia copiosamente discusso sulle concrete modalità operative per le *reiectiones* effettuate dall'attore e dal convenuto<sup>265</sup>, la tesi che sembra esser la più aderente al dato testuale<sup>266</sup>, che in ogni caso distingue pacificamente la procedura secondo la bipartizione tra *reiectio decuriarum* e *iudicum*, sulla distinta priorità stabilita nella legge in caso di parità o disparità interviene chiarendo secondo questi termini: una volta che le parti abbiano, tramite le prime due *reiectiones*, concentrato la scelta sugli appartenenti alla decuria rimasta, queste escludono un nominativo alla volta alternativamente, e inizierà l'attore ove il numero dei giudici è dispari, se pari inizierà il convenuto.

Il 'conflitto' circa l'attribuzione ad uno dei due dell'ultima scelta è risolto a favore dell'*is quocum agitur*: sia nella *reiectio decuriarum*, poiché l'attore ha il *prior reicere* su tre decurie, sia nella *reiectio iudicum*, sancendo la differente priorità a seconda del numero dei giudici da scartare di volta in volta.

Questo sistema regge laddove tutte e due le parti non pongano in essere dei comportamenti ostruzionistici, diretti al fine di creare una paralisi processuale; la soluzione contro il rifiuto di una delle parti di *decurias iudicesve reicere* è l'*optio iudicis*:

Cap. 87, 41-43: *...aut, si uter eorum reicere decurias iudicesve nollet, quem adversarius eius ex propositis iudicibus iudicem arbitrumve habere volet [...] eum inter eos in eamque rem iudicem arbitrumve dato addicito iudicare iubeto.*

Si rimette la scelta unilaterale del giudice alla parte che non ha concorso alla paralisi decisionale, e quindi contro gli interessi della parte recalcitrante: mi sembra opportuno sottolineare che detta tecnica di risoluzione della potenziale 'impasse', non risolve solo la paralisi nel momento in cui essa si verifica, ma può fungere anche come disincentivo alla condotta refrattaria di una delle parti.

Non sembra, secondo migliori dottrine<sup>267</sup>, che la *sortitio*<sup>268</sup> potesse essere utilizzata per la scelta dello *iudex unus*, tant'è che questa, compiutamente prevista nel capitolo ottantottesimo della *lex Irnitana* per la

<sup>265</sup> Per una sintesi: R. CARDILLI, *Designazione e scelta del 'iudex unus' alla luce della lex Irnitana*, cit., p. 56 ss.

<sup>266</sup> P. BIRKS, *New Light on the Roman Legal System: the Appointment of Judges*, cit., p. 42 nt. 17, ripresa e sviluppata da R. CARDILLI, *Designazione e scelta del 'iudex unus' alla luce della lex Irnitana*, cit., p. 58 ss.

<sup>267</sup> G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, cit., p. 237 sul tema afferma: «Nessuna di queste testimonianze può valere per il *iudex unus* e si deve dunque confermare che questi era scelto direttamente dalle parti».

designazione dei *recuperatores*, non viene mai menzionata per la selezione del giudice unico dalla *lex* stessa.

Per quanto attiene ai *recuperatores*<sup>269</sup>, non era ammesso alle parti di scegliere persone non inserite nell'*album iudicum*, e deve subito sottolinearsi che nella stessa procedura di selezione le parti avevano un'influenza molto minore rispetto a quella che esse potevano esercitare nella scelta dello *iudex unus*. Ne discendeva però una maggiore celerità nella composizione del collegio.

Con molte probabilità, almeno in età classica<sup>270</sup>, la lista utilizzata per la loro designazione era la medesima utilizzata per l'individuazione del giudice unico, anche se è stato comunque supposto che per fini pratici venisse compilata una lista particolare<sup>271</sup>.

Prima della scoperta della *lex Irnitana* si riteneva che la procedura di selezione si articolasse in questo modo: si estraeva un gruppo di nomi<sup>272</sup> (ovvero questi venivano selezionati dal magistrato<sup>273</sup>), per un numero maggiore rispetto a quello finale (che come detto poteva contarne tre o cinque, a parte ipotesi particolari<sup>274</sup>); successivamente poi si effettuavano rikusazioni alterne, in numero esiguo, ad opera delle parti.

Anche per la selezione e designazione dei *recuperatores* la *lex Irnitana* ha offerto importanti informazioni:

Cap. 88, 2-13: *De reciperatoribus reieendis sorte ducendis dandis: Qua[e]vis reciperatores dari oportebit, is qui i(ure) d(icundo) praerit ex / h(ac) l(ege) [ex iis qui in] iudic{i}um numero erunt, item eodemque / modo [re]iectis iudicibus donec reliqui septem sint ex iis, aut / item e[od]emque mod[o] op[t]ione data septem reciperatorum, / seu in[ter] eo[s] c[on]ve[ni]et {et quibus} uti septem de iudic{i}um nu- / me[r]o sorte [d]uc[i] reciperatores velint; ex his tot recipe- / ratores sorte ductos dato{s}, quod de quaeque <re> reciperatores / dari h(ac) l(ege) opo[ri]ebit, cogitoque eos uti cognoscant iudicent. / Qui ita reci[perat]o[re]s dati erunt, eorum de his rebus iudicatio / li[tis]que [aestumatio]esto. Quodque ii indicaverint litem ae- / stumaverint, i[d] iust]um ratumque esto.*

<sup>268</sup> R. CARDILLI, *Designazione e scelta del 'iudex unus' alla luce della lex Irnitana*, cit., p. 69: «In dottrina, infatti, prima della scoperta irnitana, si considerava probabile il ricorso alla *sortitio* anche per la designazione del *iudex unus*, facendo perno sulle numerose testimonianze che la richiamano in tema di scelta dei *recuperatores*, dei giudici delle *quaestiones* e dei *iudices finium regundorum*».

<sup>269</sup> Tra gli studi fondamentali: Y. BONGERT, *Recherches sur les Recupérateurs*, in *Varia: Études de Droit Romain*, Paris 1952, p. 223 ss.; G. PADELLETTI, *I giudici nel processo civile romano*, cit., p. 559; C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*, Torino 1982, p. 154.

<sup>270</sup> Per il periodo precedente invece si pensa che la designazione avvenisse in base a liste specifiche: vedasi P. LAMBRINI, *'Titius iudex esto': la scelta del giudice privato nel processo formulare*, cit., p. 328.

<sup>271</sup> F. LA ROSA, *'Decemviri' e 'centumviri'*, cit., p. 33.

<sup>272</sup> Sulla base della *lex coloniae Genetivae Iuliae* (FIRA I<sup>2</sup>, nr. 8, l. 27).

<sup>273</sup> Secondo l'interpretazione della *lex agraria* (FIRA I<sup>2</sup>, nr. 8, l. 37 ss.).

<sup>274</sup> G. PUGLIESE, s.v. *'Recuperatores'*, cit., p. 1079.

Nella scelta dei *recuperatores* è evidente il ruolo centrale della *sortitio iudicum*; la procedura è infatti ‘trifasica’: dapprima v’è una selezione di un numero di sette giudici, poi si dà spazio alla *sortitio* per la restrizione del numero (a tre o cinque); infine nomina dei giudici ad opera di *is qui i(ure) d(icundo)*.

Se la dottrina è unanime nel non ammettere una individuazione di nomi al di fuori dell’*album iudicum*, per quanto attiene alla prima fase della procedura, alcuni<sup>275</sup> escludono che le parti di comune accordo potessero individuare direttamente la rosa dei sette nomi, potendo tutt’al più ricorrere ad una (prima) *sortitio*; altri<sup>276</sup> invece ammettono che la rosa dei sette nomi potesse essere determinata di comune accordo tra le parti.

A parte l’ipotesi della *sortitio* preliminare o dell’accordo tra le parti, per l’individuazione dei sette nomi su cui operare la *sortitio* successiva, si dovevano seguire gli schemi utilizzati per la scelta del giudice unico: quindi si procedeva con le ricusazioni (... *item eodemque mo[d]o[re]iecti[s iudicib]us donec reliqui septem sint ex iis* ...) e se una delle parti non partecipasse alle *reiectiones*, allora si rimetteva all’altra l’*optio* unilaterale (... *aut ite[m] e[od]emq[ue] modo op[t]ione data septem recuperatorum* ...). Anche in questo caso le ricusazioni avverranno prima per le decurie e poi per i giudici contenuti nella decuria non ricusata; si darà priorità all’attore se il numero totale è dispari; l’unica differenza consiste nel fatto che la procedura si arresterà allorquando verranno selezionati sette nomi e non uno solo. Sicché anche l’*optio* opererà con l’accorgimento per il quale la scelta della parte non cadrà sul solo nome del giudice unico, ma sarà diretta alla selezione dei sette nomi.

Tra questi sette nomi avverrà poi la *sortitio*; infine poi sui nomi estratti interverrà la nomina magistratuale: *dato{s}...cogitoque eos u[ti] cognoscant iudicent*.

Le due procedure sono quindi ideate dando comunque rilievo all’intervento delle parti: il sistema delle *reiectiones* le coinvolge infatti attivamente nella scelta dei giudici.

Il fatto che si ricorra alla *sortitio* per la scelta dei *recuperatores* e non per la scelta dello *iudex unus* si può a mio avviso spiegare, non tanto per esigenze di celerità<sup>277</sup>, quanto per l’esigenza, di coinvolgere il più possibile le parti nella scelta di un solo ed unico giudice, assicurando la maggior garanzia alle parti di poter addivenire a una scelta che sia il più possibile ‘condivisa’.

---

<sup>275</sup> P. BIRKS, *New Light on the Roman Legal System: the Appointment of Judges*, cit., pp. 41-43; W. SIMSHÄUSER, *La jurisdiction Stadtrömisches Verfahrensrecht im Spiegel der ‘lex Irnitana’*, cit. p. 628 nt. 38.

<sup>276</sup> A. D’ORS, *La ley Flavia municipal (Texto y comentario)*, cit. p. 176: «como siempre, el acuerdo de los litigantes prevalece sobre el sistema electivo previsto por la ley»; J. GONZÁLEZ, *The ‘Lex Irnitana’: A New Copy of the Flavian Municipal Law*, cit., p. 233

<sup>277</sup> Si è visto infatti che non vi sono elementi tali da poter confutare che la scelta dei sette nomi avvenisse secondo lo schema delle *reiectiones*.

In ogni caso, nel sistema giuridico-religioso romano, la volontà delle parti è comunque salvaguardata da quel patto extragiudiziale con cui le stesse convenivano di rimettere all'arbitrato di un terzo, scelto appunto di comune accordo, la decisione di una controversia tra loro intercorrente:

D. 4, 8, 1 Paul. 2 *ad ed.*: *Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet.*

La dottrina suole parlare, a proposito del *compromissum*<sup>278</sup> sopra delineato, di *pactum legitimum*<sup>279</sup>, sulla base del seguente passo di Paolo:

D. 2.14.6 Paul 3 *ad ed.*: *Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur. et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur.*

Il *compromissum* vedeva una doppia stipulazione: una prima con la quale le parti attribuivano ad un terzo, detto *arbiter*<sup>280</sup>, il potere di decidere una controversia con le modalità e nei limiti<sup>281</sup> fissati dalle stesse; con la seconda si promettevano reciprocamente di pagare una pena convenzionale<sup>282</sup> per il caso in cui non avessero rispettato il *dictum* dell'arbitro, a meno che l'*arbiter aliquid non honestum iusserit*:

D. 4, 8, 11, 2 Ulp. 13 *ad ed.*: *Quod ait praetor: "pecuniam compromissam", accipere nos debere, non si utrimque poena nummaria, sed si et alia res vice poenae, si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit: et ita Pomponius scribit. quid ergo, si res apud arbitrum depositae sunt eo pacto, ut ei daret qui vicerit, vel ut eam rem daret, si non pareatur sententiae, an cogendus sit sententiam dicere? et puto cogendum. tantundem et si quantitas certa ad hoc apud eum deponatur. proinde et si alter rem, alter pecuniam stipulanti promiserit, plenum compromissum est et cogetur sententiam dicere.*

D. 4, 8, 11, 3 Ulp. 13 *ad ed.*: *Interdum, ut Pomponius scribit, recte nudo pacto fiet compromissum, ut puta si ambo debitores fuerunt et pacti sunt, ne petat quod sibi debetur qui sententiae arbitri non paruit.*

D. 4, 8, 21, 7 Ulp. 13 *ad ed.*: *Non debent autem obtemperare litigatores, si arbiter aliquid non honestum iusserit.*

<sup>278</sup> Per tutti: M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, cit.; vedasi su questo testo le recensioni di F. CASAVOLA, *La 'conventio' nel 'compromissum'*, in *Labeo* 5 (1959), pp. 236-245; H. LÉVY-BRUHL, in *RHD*, 40 (1962), pp. 404-405; J. ROUSSIER, in *IVRA* 10 (1959), pp. 223-236; per una tesi diversa: G. LA PIRA, *'Compromissum' e 'litis contestatio' formulare*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, II, Palermo 1936, pp. 189-226.

<sup>279</sup> Critica questa ricostruzione: G. LA PIRA, *'Compromissum' e 'litis contestatio' formulare*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, cit., p. 191 ss., il quale insistendo sulle duplici stipulazioni su cui si innesta il *compromissum*, nega che questo sia un *pactum*, e negando quindi l'*exceptio pacti*.

<sup>280</sup> Secondo F. EISELE, *Beitrag zur Römische Rechtsgeschichte*, Freiburg 1896, p. 1 ss., l'*arbiter* è un 'sopraggiunto'; *contra*, sulla base di diverse radici etimologiche A. PARIENTE, *Notas al vocabulario juridico latino: 3. Arbiter*, in *Ann. de hist. del Derecho español*, 17 (1946), p. 974 ss.

<sup>281</sup> Ovviamente non potevano essere oggetto di arbitrato né le cause in materia di *crimina*, né quelle per le quali era stabilita un'azione popolare, né tantomeno questioni sullo *status* di libero o schiavo, liberto o ingenuo: D. 4, 8, 32, 6-7: Paul. 13 *ad ed.*: *Iulianus indistincte scribit: si per errorem de famoso delicto ad arbitrum itum est, vel de ea re, de qua publicum iudicium sit constitutum, veluti de adulteriis sicariis et similibus, vetare debet praetor sententiam dicere nec dare dictae executionem. 7 De liberali causa compromisso facto recte non compelletur arbiter sententiam dicere, quia favor libertatis est, ut maiores indices habere debeat. eadem dicenda sunt, sive de ingenuitate sive de libertinitate quaestio sit et si ex fideicommissi causa libertas deberi dicatur. idem dicendum est in populari actione.* Vedasi sul punto G. CRIFÒ, s.v. *'Arbitrato' (diritto romano)*, in *ED*, II, Milano 1958, p. 894.

<sup>282</sup> Non è detto che fosse del denaro, potendo ben essere ad esempio la dazione di una *res*.

In diritto classico, per il caso di inadempimento dell'obbligo che scaturisce dalla *stipulatio* era connessa un'*actio ex stipulatu*<sup>283</sup>, per la quale si faceva così valere la *missio poenae*: con Giustiniano invece si scinde il patto dalle *stipulationes poenales*, venendo data rilevanza al patto in sé, ed offrendo alla parte, cui l'arbitro dia ragione, l'esercizio di un'*actio in factum* per mezzo della quale ottenere l'esecuzione della decisione del terzo<sup>284</sup>.

Se questo è quanto accadeva tra le parti, bisogna ora vedere come veniva coinvolto il terzo in questo strumento di risoluzione alternativo del 'conflitto' insorto tra le parti.

Serve infatti il *receptum arbitrii* affinché il terzo assuma la veste dell'*arbitrator* e quindi il compito di decidere la controversia che gli interessati tramite il *compromissum* gli hanno sottoposto:

D. 4, 8, 13, 2 Ulp. 13 *ad ed.*: *Recepisse autem arbitrium videtur, ut Pedius libro nono dicit, qui iudicis partes suscepit finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur. quod si, inquit, hactenus intervenit, ut experiretur, an consilio suo vel auctoritate discuti litem paterentur, non videtur arbitrium recepisse.*

Contro l'arbitro che, dopo aver assunto l'ufficio, si rifiutasse di giudicare, il pretore non concesse azione, ma su istanza degli interessati poteva ricorrere a mezzi di coercizione, basati comunque sul suo *imperium*, quali l'irrogazione di una *multa*, o la *pignoris capio*, diretti a costringere l'arbitro ad assolvere il compito assunto<sup>285</sup>, sempreché non sussistano determinate *excusationes*<sup>286</sup>:

D. 4, 8, 3, 1 Ulp. 13 *ad ed.*: *Tametsi neminem praetor cogat arbitrium recipere, quoniam haec res libera et soluta est et extra necessitatem iurisdictionis posita, attamen ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat: non tantum quod studeat lites finire, verum quoniam non deberent decipi, qui eum quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt. finge enim post causam iam semel atque iterum tractatam, post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta, arbitrum vel gratiae dantem vel sordibus corruptum vel alia qua ex causa nolle sententiam dicere: quisquamne potest negare aequissimum fore praetorem interponere se debuisse, ut officium quod in se receperit impleat?*

Come si vede, detto strumento 'alternativo' per la risoluzione dei conflitti tra le parti è imperniato, non solo sulla evidente volontà delle parti di dar vita ad uno strumento compositivo della lite più celere, ma anche sull'obiettivo di prefigurarsi vicendevolmente, tramite le stipulazioni penali reciproche, degli

---

<sup>283</sup> Vedi sul tema la sintesi del pensiero di Talamanca nella recensione al suo *Ricerche in tema di 'compromissum'*, ad opera di F. CASAVOLA, *La 'conventio' nel 'compromissum'*, cit.

<sup>284</sup> Cfr. C. 2.55.4 (a. 529); M. TALAMANCA, *L'arbitrato romano dai 'veteres' a Giustiniano*, (rec. di K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*), in *Labeo* 20 (1974), pp. 83-104.

<sup>285</sup> Vedasi M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 674; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 572.

<sup>286</sup> D. 4, 8, 15 Ulp. 13 *ad ed.*: *Licet autem praetor dextrae edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum, attamen interdum rationem eius habere debet et excusationem recipere causa cognita: ut puta si fuerit infamatus a litigatoribus, aut si inimicitiae capitales inter eum et litigatores aut alterum ex litigatoribus intercesserint, aut si aetas aut valetudo quae postea contigit id ei munus remittat, aut occupatio negotiorum propriorum vel projectio arguens aut munus aliquod rei publicae: et ita Labeo:*

strumenti che lasciano comunque aperta un'ulteriore soluzione, e cioè quella di non adempiere alla futura decisione dell'arbitro, pagando la pena pecuniaria pattuita. Rientrerà nel gioco delle parti optare o meno per il *compromissum*, valutando poi saggiamente l'entità delle *stipulationes poenales*, le quali in buona sostanza commisurano il rischio della scelta dello strumento alternativo stesso.

Ora non rimane che analizzare le diverse regole che nel tempo si sono avvicinate per la risoluzione di 'conflitti' in tema di interpretazione del diritto: come si sa, infatti, il diritto inizialmente era 'custodito' nei penetrali del collegio pontificale, finché non si arrivò all'emersione dei giuristi 'laici'<sup>287</sup>, i quali grazie ai loro *responsa* perseguirono l'obiettivo dell'interpretazione della scienza giuridica, da un lato adattando le vecchie regole ai nuovi tempi e regolando diverse e nuove esigenze mediante pareri su singoli casi concreti, dall'altro 'spingendo' l'attività pretoria verso la creazione di nuove regole, secondo le necessità della *civitas*<sup>288</sup>.

Rispondendo con *responsa*<sup>289</sup> sui singoli casi concreti, era ovvio che ne discendesse una diversità di opinioni da parte dei singoli giuristi che venivano interrogati sulle fattispecie, sicché la discordanza nell'attività interpretativa, elemento naturale della scienza giuridica, necessitava comunque di una regolamentazione, per risolvere quei contrasti che in sede decisionale emergevano sulla base di questa inevitabile conflittualità, che ben può riassumersi sotto l'espressione di '*ius controversum*'<sup>290</sup>.

Chiarisco subito che il mio intento è quello squisitamente di andare ad evidenziare le regole per la risoluzione dello *ius controversum*, nonché per i primi tempi, le modalità con cui il collegio dei pontefici

---

<sup>287</sup> Per una precipua critica della teoria di una presunta 'laicizzazione' del diritto, rimando, per tutti, a F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit., in particolare pp. 1-10, nonché a ID. *Sacerdozio, magistratura e popolo*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 8 (2009), pp. 1-11, e a ID. *Peuple, sacerdote, magistrature*, cit.; ID. *Sacerdoti e magistrati nel diritto pubblico romano*, cit.

<sup>288</sup> Questo è il compito del giurista, sì come sintetizzato in D. 1, 2, 2, 13 Pomp. *l. s. enchirid.: ...post hoc dein de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*

<sup>289</sup> Tra i tantissimi, sul tema vedasi A. SCHIAVONE, *Immagini del «ius» in Gaio e Pomponio*, in *Ius controversum e auctoritas principis*, cit., pp. 117-131; C. BEDUSCHI, *Il «ius controversum» fra razionalità e giustizia*, cit.; M. BRETONNE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, cit.; M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo «ius controversum» all'autorità del principe)*, in *Ius controversum e auctoritas principis: giuristi, principe e diritto nel primo impero: atti del Convegno internazionale di diritto romano e del 4. Premio romanistico G. Boulvert: Copanello, 11-13 giugno*, cit., pp. 403-458; ID. *Gaio e lo ius controversum*, in *AUPA* 55 (2012), pp. 75-124; C. A. CANNATA, *«Iura condere». Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e «auctoritas principis»*, cit., pp. 27-58; D. DALLA, *Fra ius controversum, discrezionalità del giudicante e assetti costituzionali*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, cit., pp. 1023-1033; V. GIUFFRÈ, *Giuristi e politica*, in *Ius controversum e auctoritas principis*, cit., pp. 91-115; H. LÉVI-BRUHL, *«Dissentiones prudentium»*, in *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, cit.; G. NEGRI, *Giudici e «responsa prudentium» in Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale: princeps e procedure dalle leggi giulie ad Adriano: atti del Convegno internazionale di diritto romano e del 3. Premio romanistico G. Boulvert: Copanello, 5-8 giugno 1996*, cit.; L. VACCA, *Casistica e sistema da Labeone a Giuliano*, in *Ius controversum*, cit., pp. 341-384; ID., *I precedenti e i responsi dei giuristi*, in ID. (a cura di) *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti: profili storico-comparatistici: seminario ARISTEC, Perugia, 25-26 giugno 1999*, pp. 37-66;

<sup>290</sup> D. DALLA, *Fra ius controversum, discrezionalità del giudicante e assetti costituzionali*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, cit., p. 124: «L'attività dei giuristi non è peraltro di mera interpretazione della *lex publica* o dell'editto del pretore, del resto da essi ampiamente condizionato. Rappresenta un tessuto connettivo che chiude le falle dell'ordinamento e che presenta, rispetto alla componente principale costituita dalle leggi e fonti equiparate, la fondamentale diversità di proporre, per la varietà degli interessi sottesi e difesi, e per gli 'antagonismi' dei protagonisti e delle loro tendenze speculative, aspetti sovente non conciliabili. È questo il *ius controversum*. Laddove la legge, o l'editto del pretore, presentano una realtà, certo suscettibile di interpretazione, ma purtuttavia a una sola dimensione, i *responsa prudentium* possono proporre una varietà di opinioni sino alla più totale contraddizione».

rispondeva alle domande dei privati: mi basta quindi concepire i *responsa prudentium* come *iura populi Romani*<sup>291</sup>.

Orbene, nel periodo più antico, quando ancora il diritto era nel 'monopolio' del collegio dei pontefici, la parità del potere di cui erano investiti i singoli componenti<sup>292</sup>, generava la necessità di regole per decidere chi fosse preposto a rispondere alle domande dei privati; la soluzione è attestata in Pomponio:

D. 1.2.2.6 Pomp. *l.s. enchirid.*: *Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret certas solemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones. et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt. omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est.*

Ciò che troviamo in Pomponio è comunque una risposta parziale: sappiamo che veniva stabilito che di anno in anno un singolo pontefice veniva preposto al compito di fornire risposte ai privati; non sappiamo però le modalità con cui detto sacerdote veniva investito del compito. Si può immaginare che potesse essere utilizzato il criterio della turnazione, ma è più verosimile pensare che sin da subito venisse utilizzato il criterio della votazione; del resto sappiamo che, sia pur in un periodo più avanzato, il collegio dei pontefici si serviva del criterio della maggioranza, come attestato nelle fonti:

Cic. *har. resp.* 6.12: *De sacris publicis, de ludis maximis, de deorum penetium Vestaeque matris caerimoniis, de illo ipso sacrificio quod fit pro salute populi Romani, quod post Romam conditam huius unius casti tutoris religionum scelere violatum est, quod tres pontifices statuissent, id semper populo Romano, semper senatui, semper ipsis dis immortalibus satis sanctum, satis augustum, satis religiosum esse visum est.*

La fonte sopra riportata risulta preziosissima: infatti, dato che Cicerone si riferisce a tempi vetusti, e dato che il numero dei pontefici, prima della *lex Ogulnia* che li portò ad otto, era fissato a cinque, è facile dedurre come il numero di tre sancisse il criterio della maggioranza<sup>293</sup>.

Non mi sembra quindi che il sistema adoperato potesse generare ulteriori conflitti, poiché la soluzione dell'affidamento del compito ad un solo dei pontefici, recideva all'origine qualsivoglia tipo di conflitto interpretativo: tutt'al più la questione poteva esser discussa all'interno del collegio prima che il

<sup>291</sup> Gai. 1, 2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.* Vedi sul tema, fra i molti, C. A. CANNATA, «Iura condere». Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e «auctoritas principis», in *Ius controversum e auctoritas principis*, cit., p. 28 ss.

<sup>292</sup> Vedasi sul tema il §2 del cap. III.

<sup>293</sup> Per approfondimenti: F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 121-122. L. FRANCHINI, *Voti di guerra e regime pontificale della condizione. La riforma del 200*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 4 (2005).

singolo rispondesse al privato, e persino nell'ipotesi di un'interpretazione diversa rispetto a quella che in tempi antecedenti era stata offerta su una materia simile, ciò non toglie che per quella singola questione dubbi interpretativi non potevano sorgere, essendo rimesso al solo collegio (per il tramite di uno solo dei pontefici) il compito di custodire la scienza giuridica. Detto strumento, se si dà per condiviso il criterio della maggioranza, non può che spiegarsi con ragioni di celerità e di efficienza del collegio pontificale; mi spiego meglio: se anche non vi fosse stata la regola tramandataci da Pomponio, e quindi tutto il collegio fosse stato investito della questione, decidendo a maggioranza, sempre la risposta sarebbe provenuta dall'intero collegio. Nello stesso senso allora dobbiamo intendere la preposizione di uno solo dei pontefici al compito di dare risposte ai privati: la sua 'nomina' da parte del collegio non lede la provenienza (collegiale, appunto) della risposta offerta.

Con la 'pubblicizzazione' del diritto, che si ebbe non tanto con il *munus* di Gneo Flavio al popolo romano<sup>294</sup>, ma con il *publice profiteri*<sup>295</sup> di Tiberio Coruncanio (primo pontefice massimo plebeo)<sup>296</sup>, il singolo giurista, che avesse fiducia nei propri studi, era libero di poter offrire pareri a chiunque li richiedesse; il richiedente li avrebbe poi trasmessi, o comunque riferiti al giudice, che avrebbe poi deciso liberamente, ponderando però l'*auctoritas*<sup>297</sup> dei singoli giuristi da cui i pareri provenivano<sup>298</sup>:

D. 1, 2, 2, 49 Pomp. l. s. *enchirid.*: *Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant [...].*

---

<sup>294</sup> D. 1.2.2.7 Pomp. l. s. *enchirid.*: *Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba eius libertini filius subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret et senator et aedilis curulis. hic liber, qui actiones continet, appellatur ius civile Flavianum, sicut ille ius civile Papirianum: nam nec Gnaeus Flavius de suo quicquam adiecit libro. augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur ius Aelianum.*

<sup>295</sup> D. 1.2.2.35 Pomp. l. s. *enchirid.*: *Iuris civilis scientiam plurimi et maximi viri professi sunt: sed qui eorum maximae dignationis apud populum Romanum fuerunt, eorum in praesentia mentio habenda est, ut appareat, a quibus et qualibus haec iura orta et tradita sunt. et quidem ex omnibus, qui scientiam nacti sunt, ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem traditur: ceteri autem ad hunc vel in latenti ius civile retinere cogitabant solumque consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant; 38: Post hos fuit Tiberius Coruncanus, ut dixi, qui primus profiteri coepit: cuius tamen scriptum nullum exstat, sed responsa complura et memorabilia eius fuerunt; 38: Post hos fuit Tiberius Coruncanus, ut dixi, qui primus profiteri coepit: cuius tamen scriptum nullum exstat, sed responsa complura et memorabilia eius fuerunt. deinde Sextus Aelius et frater eius Publius Aelius et Publius Atilius maximam scientiam in profitendo habuerunt, ut duo Aelii etiam consules fuerint, Atilius autem primus a populo Sapiens appellatus est. Sextum Aelium etiam Ennius laudavit et exstat illius liber qui inscribitur "tripertita", qui liber veluti cumabula iuris continet: tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio. eiusdem esse tres alii libri referuntur, quos tamen quidam negant eiusdem esse: hos sectatus ad aliquid est Cato. deinde Marcus Cato princeps Porciae familiae, cuius et libri exstant: sed plurimi filii eius, ex quibus ceteri oriuntur.*

<sup>296</sup> F. D'IPPOLITO, *Sul pontificato massimo di Tiberio Coruncanio*, in *Labeo* 23 (1977), pp. 131-145.

<sup>297</sup> Un'*auctoritas* di fatto, riconosciuta dal giudice: così mi sento di sintetizzare il pensiero di M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 61: «Pure i giuristi laici, come già i pontefici, davano gratuitamente pareri (*responsa*), che, se emessi da giuristi qualificati, godevano di tale considerazione che il giudice, chiamato a decidere sulla questione per cui il responso era stato emesso, vi si sarebbe generalmente confermato».

<sup>298</sup> Vedasi per tutti A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, cit., p. 446 ss., anche circa la questione se i pareri fossero dati per iscritto o a voce.

Dunque finora non si pongono particolari regole per disciplinare la scelta tra più *responsa* contrastanti, se non la rimessione alla libera discrezionalità del giudice.

Con Augusto cambiano però le cose:

D.1.2.2.49 Pomp. *l.s. enchirid.*: ...*primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit.*

Infatti, dopo l'istituzione da parte di Augusto dello *ius respondendi ex auctoritate principis*<sup>299</sup>, concesso poi per la prima volta da Tiberio<sup>300</sup>, principia a tratteggiarsi una sorta di 'gerarchia' tra i diversi *responsa* dei giuristi: detta gerarchia però si basa sempre e solo sulla *auctoritas*, che ora è direttamente riconosciuta dal *princeps* e non come prima discrezionalmente dal giudice secondo, per esempio, la scuola di appartenenza del giurista; è dunque evidente come innanzi al giudice un responso privo della *auctoritas* riconosciuta dal *princeps* doveva di certo assumere un valore inferiore rispetto a quello che aveva ottenuto tale *beneficium*.

Ma trattasi di una regola che ancora non è 'fissa': nulla vietava che il giudice, sia pure difficilmente, non si lasciasse persuadere dal responso proveniente dal giurista 'privilegiato'.

Ed ecco che poi con Adriano, si stabilì (o comunque venne solo sancito definitivamente)<sup>301</sup> che in caso di conformità tra pareri di giuristi dotati dello *ius respondendi*, questi avessero un valore equiparato a quello della *lex*; sicché al giudice era lasciata discrezionalità nel decidere solo dove i due pareri non fossero concordi, ricreandosi quindi *ius controversum*:

Pomp. *l.s. enchirid.* 1.2.2.49: ...*et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet.*

---

<sup>299</sup> Tra la fittissima bibliografia: A. MAGDELAIN, *Ex auctoritate principis respondere*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto: Verona 27-28-29/9/1948*, cit., pp. 93-99; : F. CANCELLI, *Il presunto "ius respondendi" istituito da Augusto*, cit., pp. 543-586; M. HORVAT, *Note intorno allo «ius respondendi»* in *Syntelexis Vincenzo Arangio-Ruiz*, cit., pp. 710-716; G. PROVERA, *Ancora sul "ius respondendi" (a proposito dell'edizione tedesca della 'Storia della giurisprudenza romana' di F. Schulz)*, cit., pp. 342-360.

<sup>300</sup> D. 1, 2, 2, 48 Pomp. *l. s. enchirid.*: *Et ita Ateio Capitoni Massurius Sabinus successit, Labeoni Nerva, qui adhuc eas dissensiones auxerunt. hic etiam Nerva Caesari familiarissimus fuit. Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat.* D. 1, 2, 2, 50 Pomp. *l. s. enchirid.*: *Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet: qui in equestri ordine iam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est. huic nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est.* A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, cit., p. 450 ritiene che «*publice rispondere* equivale dire *respondere ex auctoritate principis*» e che «l'innovazione di Tiberio stette nel tradurre il *respondere ex auctoritate principis*, che non era ancora un *beneficium*, nel privilegio di *publice (populo) respondere*, cioè di emanare *responsa*, che per usare l'espressione di Gai. 1.7, *vicem legis optinent*».

<sup>301</sup> A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, cit., p. 452, ritiene infatti che Adriano si limitò solo, interrogato da un giudice in dubbio, a chiarire che le *sententiae* dei *prudentes* non avessero forza vincolante laddove fossero difformi tra loro; lo stesso ritiene infatti che il principio secondo il quale le *sententiae* emesse dai giuristi muniti di *ius respondendi*, se tra loro concordi, fossero vincolanti per i giudici, si affermò già a partire da Tiberio.

Gai. 1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur.*

E poiché ciò non bastò di certo a frenare l'attività interpretativa, con il passare dei secoli la molteplicità delle soluzioni offerte dai giureconsulti per la risoluzione dei singoli casi concreti, complicò ancor di più il compito del giudice; ecco dunque la legge delle citazioni<sup>302</sup>, contenente regole rigide volte a dirimere conflitti interpretativi per il momento della decisione, che venne emanata con una costituzione<sup>303</sup> del 7 novembre del 426 da parte dell'imperatore d'Occidente Valentiniano III<sup>304</sup>:

CTh. 1.4.3 *impp. Theodosius Et Valentinianus AA. ad senatum urbis Romae. Post alia:*

*Papiniani, Pauli, Gaii, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas, lectionesque ex omni eius opere recitentur. eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui, ut singulos vincit, ita cedit duobus. notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. Ubi autem pares eorum sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quod sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus et cetera.*

L'intento risolutorio di conflitti interpretativi emerge in modo evidente: innanzitutto il giudice deve verificare se per la fattispecie oggetto della controversia vi sia unanimità tra i responsi dei giuristi Papiniano, Paolo, Gaio, Ulpiano e Modestino; se non risulti l'unanimità tra i pareri di questi, allora il giudice sarà tenuto a verificare se vi sia una maggioranza di pareri orientati in una eguale interpretazione; se non vi sia maggioranza, allora deve seguire l'opinione di quei giuristi tra cui vi rientri Papiniano; se tutti i pareri sono difformi l'uno dall'altro, il giudice deve tener conto dell'opinione di Papiniano, sempreché due pareri degli altri quattro giuristi non siano concordi tra loro; solo quindi se

<sup>302</sup> Sul tema, oltre i testi citati nelle note appresso: A. DELL'ORO, *Il Digesto di Giustiniano e la legge delle citazioni*, in *Synthese Vincenzo Arangio Ruiz*, 1, cit., pp. 354-358; F. EBRARD, *Sulla legge delle citazioni nel Breviario Alariciano*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto: Verona 27-28-29/9/1948*, 1, cit., pp. 75-86; in ogni caso per una compiuta bibliografia sul tema si vedano: E. VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni*, in *Scritti giuridici*, VI. *Le fonti*, cit., p. 489 ss.; e il più recente A. C. FERNÁNDEZ CANO, *La llamada «ley des Citas» en su contexto histórico*, cit., p. 241 ss.

<sup>303</sup> V'è chi ritiene che non fosse un provvedimento isolato, ma fosse parte di una costituzione più vasta, una *oratio ad senatum* con la quale si tentava probabilmente di «disciplinare tutte le fonti del diritto», così: G. SCHERILLO, A. DELL'ORO, *Manuale di storia del diritto romano*, cit., p. 347; vedi anche M. DE BERNARDI, *La «legge delle citazioni» del 426 d.C. e l'art. 118 delle disposizioni di attuazione del vigente codice di procedura civile italiano*, cit., p. 3.

<sup>304</sup> Per l'attribuzione a Valentiniano III si vedano: A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del Basso Impero*, I. *La legge delle citazioni*, cit., p. 406 ss.; M. DE BERNARDI, *La «legge delle citazioni» del 426 d.C. e l'art. 118 delle disposizioni di attuazione del vigente codice di procedura civile italiano*, cit.; J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, I, cit., p. 33 ss.; G. SCHERILLO, *La critica del Codice Teodosiano e la legge delle citazioni di Valentiniano III*, cit., pp. 5-22; E. VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni*, in *Scritti giuridici*, VI. *Le fonti*, cit., p. 416 ss. (= *Atti della Accademia Nazionale dei lincei. Rendiconti. Classe di scienze morali, storiche e filologiche*, cit., p. 185 ss.).

non vi siano pareri di Papiniano sulla fattispecie in oggetto e vi siano opinioni contrastanti tra gli altri giuristi in assoluto o in egual numero, allora il giudice avrebbe potuto decidere secondo il suo apprezzamento.

E dei conflitti che possono sorgere dall'interpretazione del diritto nel momento della sua applicazione nella fase decisionale ne è pienamente cosciente Giustiniano: egli infatti dimostra il suo intento risolutorio non solo quando vieta di produrre in giudizio testi diversi da quelli compilati su suo incarico<sup>305</sup> o quando ammette di aver ampiamente rimaneggiato i testi dei giuristi selezionati<sup>306</sup>, ma anche quando egli, certo di aver offerto all'impero regole precise ed unificanti, non ammette che si lamentino antinomie<sup>307</sup> tra le regole raccolte ed ordinate, purché si guardino con sottile valutazione<sup>308</sup>.

---

<sup>305</sup> *Const. Tanta 19: Haec igitur omnia scientes, patres conscripti et omnes orbis terrarum homines, gratias quidem amplissimas agite summae divinitati, quae vestris temporibus tam saluberrimum opus servavit: quo enim antiquitas digna divino non est visa iudicio, hoc vestris temporibus indultum est. hasce itaque leges et adorate et observate omnibus antiquioribus quiescentibus: nemoque vestrum audeat vel comparare eas prioribus vel, si quid dissonans in utroque est, requirere, quia omne quod hic positum est hoc unicum et solum observari censemus. nec in iudicio nec in alio certamine, ubi leges necessariae sunt, ex aliis libris, nisi ab iisdem institutionibus nostrisque digestis et constitutionibus a nobis compositis vel promulgatis aliquid vel recitare vel ostendere conetur, nisi temerator velit falsitatis crimini subiectus una cum iudice, qui eorum audientiam patiatur, poenis gravissimis laborare.*

<sup>306</sup> *Const. Tanta 10: Tanta autem nobis antiquitati habita est reverentia, ut nomina prudentium taciturnitati tradere nullo patiamur modo: sed unusquisque eorum, qui auctor legis fuit, nostris digestis inscriptus est: hoc tantummodo a nobis effecto, ut, si quid in legibus eorum vel supervacuum vel imperfectum vel minus idoneum visum est, vel adiectionem vel deminutionem necessariam accipiat et rectissimis tradatur regulis. et in multis similibus vel contrariis quod rectius habere apparebat, hoc pro aliis omnibus positum est unaque omnibus auctoritate indulta, ut quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum: nemine audente comparare ea quae antiquitas habebat et quae nostra auctoritas introduxit, quia multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt. adeo ut et si principalis constitutio fuerat in veteribus libris relata, neque ei pepercimus, sed et hoc corrigendum esse putavimus et in melius restaurandum. nominibus etenim veteribus relictis, quidquid legum veritati decorum et necessarium fuerat, hoc nostris emendationibus servavimus. et propter hanc causam et si quid inter eos dubitabatur, hoc iam in tutissimam pervenit quietem, nullo titubante relicto.*

<sup>307</sup> Sul tema vedasi: E. STOLFI, *Dal ius controversum alle antinomie*, in *Le antinomie 'necessarie'. L'ordinamento giuridico romano tra istanze sistematiche e contraddizioni irrisolte. Atti del Convegno Internazionale di diritto romano (Copanello, 1-4 giugno 1988)*, a cura di F. MILAZZO, Napoli 1990, pp. 149-180.

<sup>308</sup> *Const. Tanta 15: Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet: sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querellam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.*

Innanzitutto risulta doveroso sottolineare, come lo 'sforzo' sistematico, operato per la scelta e la selezione dei 'casi conflittuali', si sia dimostrato un felice strumento d'ausilio per l'indagine condotta: difatti non solo mi ha permesso di centrare l'auspicato obiettivo minimo della logicità ma, soprattutto, si è rivelato capace di guidarmi esso stesso verso una ricerca, che se pur arricchitasi di tempo in tempo, ha difficilmente corso il rischio di porsi in contrasto con gli obiettivi prefissati. Ammetto infatti che la riconduzione di ogni 'conflitto' - da quello di carattere più generale a quello apparentemente minore - a dei principi inconfutabili, sui quali il sistema giuridico-religioso romano trova non solo la genesi ma anche e soprattutto una solida base di 'garanzia', ha costituito per me, nelle direzioni di ricerca, una sicura rotta, la quale mi ha guidato nel raggiungimento dei seguenti risultati.

Preliminarmente meritano considerazione gli esiti della scelta metodologica, consistente nello studio dello strumento o della tecnica per la risoluzione del conflitto prima, e dell'analisi della situazione giuridica 'patologica' poi: può considerarsi infatti una scelta vincente quella di ricercare dapprima lo strumento attestatosi nel diritto romano per lo 'scioglimento' della attuale o solo potenziale 'paralisi' giuridica, poiché solo in tal modo è possibile comprendere appieno il funzionamento di determinati istituti; di tal guisa la tecnica risolutiva si palesa come 'naturale', poiché l'unica che, confacente con l'istituto cui afferisce, risulta capace di non generare ulteriori 'conflitti'. Si pensi esemplarmente allo *ius prohibendi*, capace esso stesso, da solo, a 'spiegare' il modo di intendere la collegialità tra magistrati nonché l'antico consorzio fraterno, il *consortium ercto non cito*; ancora la regola della maggioranza può da sola dimostrare la regola di Nerazio Prisco, riportataci da Marcello (D. 50,16,85) per il funzionamento dei *collegia*; altresì solo l'azione popolare, esperibile dal *quivis ex populo*, fa comprendere appieno quella 'condominialità' tra tutti i cittadini romani nell'*usus*, poiché l'attore tutelando un proprio interesse, tutela di conseguenza un diritto di tutti - e per tutti - gli altri consociati nella comunità del *populus Romanus*.

Proseguendo, se pur non rappresenti un obiettivo primario di questa tesi, la prospettiva del 'conflitto', in ogni caso conferma, qualora ve ne sia ancora necessità, come *ius publicum* e *ius privatum* non possano che considerarsi come due semplici ma diverse posizioni di studio; si è dimostrato infatti come taluni meccanismi presenti nel diritto romano per la risoluzione di situazioni conflittuali, trovino spazio abbondantemente e nei rapporti tra poteri concernenti la cosa pubblica e nei rapporti tra i singoli. Tale considerazione è evidente per la *sortitio*, tecnica che, come più volte detto nel corpo della tesi, si pone come strumento di ultima istanza per dirimere situazioni giuridiche dove emerga un'incapacità di

risoluzione 'interna' della paralisi: essa trova spazio infatti per la 'composizione' della *minor pars populi* investita del compito di 'designare' i sacerdoti ed altresì nel procedimento per la scelta delle *Vestales*; per i magistrati, nell'*adsignatio provinciarum* tra i consoli nonché per individuare chi tra i due censori sia chiamato a presiedere la cerimonia lustrale; è utilizzata poi non solo per la composizione del collegio giudicante nelle *quaestiones* ma anche nell'estrazione della *centuria praerogativa* nei *comitia centuriata* e del *principium* nei *comitia tributa*. Nello *ius privatum* è invece sicuramente utilizzata almeno per la scelta dello *iudex unus* e dei *recuperatores*, segno tangibile di una tecnica che è in ogni caso capace di intervenire laddove vi sia la necessità non solo di un rimedio dirimente, ma anche, e soprattutto, idoneo a recidere ogni ulteriore 'conflitto': una soluzione che, in altri termini, non può essere messa in discussione, perché espressione del *fas*.

Ma si è dimostrato che la *sortitio* non è l'unica soluzione cui si ricorre in ambedue le diverse posizioni di studio: il criterio dell'unanimità ricorre tanto nello *ius publicum* nella collegialità magistratuale, realizzata di fatto dal mancato esercizio dello *ius prohibendi*, quanto nello *ius privatum*, e non solo nel *consortium ercto non cito*, ove anche per esso si richiede che l'atto non venga proibito dal contitolare della cosa mediante proprio il 'veto' in cui consiste lo *ius prohibendi*, ma altresì come il criterio che deve essere utilizzato nella contutela 'indivisa'; risulta poi, a ben guardare, condizione per l'applicazione dei criteri dettati dalla legge delle citazioni, laddove, in effetti, affinché possa sorgere 'conflitto' (nella veste di *ius controversum*), deve prima verificarsi che vi sia in concreto una diversità di opinioni tra i *responsa* dei giuristi Papiniano, Paolo, Gaio, Ulpiano e Modestino.

Di converso il criterio della maggioranza è utilizzato nello *ius publicum* per le procedure di voto nei comizi e nel senato, nonché nella tarda *libera res publica* come tecnica decisionale nel collegio pontificale; nello *ius privatum*, invece, per la scelta del *tutor dativus* ad opera dei tribuni della plebe, per il funzionamento dei *collegia*, nel *pactum quo minus solvatur* ed infine, per lo *ius controversum*, come uno dei criteri imposto proprio dalla legge delle citazioni.

Ancora, ed infine, in entrambe le posizioni di studio, è comunque conosciuto nel diritto romano uno strumento che oggi, mediante categorie giuridiche odierne, definiremmo senza dubbio alcuno 'criterio di competenza': ne rappresenta applicazione il rapporto tra i sacerdoti (si ricordi l'esaminato episodio narrato da Livio circa l'esonazione del Tevere dell'anno 15, in cui non vengono consultati i *libri Sybillini*, poiché sui *prodigia* sono 'competenti' - appunto - i pontefici e non i *decemviri sacris faciundis*), nonché, nello *ius privatum*, come criterio utilizzato laddove la contutela, appaia 'divisa' in diversi 'settori di competenza' di ciascun contutore.

Come si vede, il fatto che determinati strumenti o tecniche vengano utilizzati sia nello *ius publicum* sia nello *ius privatum*, fugge ogni dubbio sulla possibilità di una pretesa ‘separazione’ tra le due diverse posizioni di studio; se poi si considera il rapporto tra esse (Pap. 2 *quaest.* D. 2.14.38: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*), ‘conflitti’ tra le stesse posizioni non possono sorgere per una ragione ben precisa. Infatti detta regola elide ogni possibilità di ‘conflitto’ tra esse, sancendo laconicamente la primazia del diritto pubblico sul diritto privato: dunque quest’ultimo non può mai inficiare quanto regolato in afferenza alla sfera dello *ius publicum*. Una posizione è dunque posta al di sopra dell’altra proprio perché è una regola a stabilirlo, e solo una regola della medesima ‘derivazione’ può rivederne la portata: orbene questa regola non può che provenire proprio dal diritto pubblico, perché se provenisse dal diritto privato, allora sarebbe facile disattenderla o addirittura eliminarla.

Posto che quindi la ‘regola’ della mancata possibilità per i privati di modificare o derogare il diritto pubblico deriva dal diritto pubblico stesso, essa reca seco come corollario la subordinazione dello *ius privatum* allo *ius publicum*: è il diritto pubblico che considera lecito che i privati regolino i loro interessi patrimoniali da sé, entro i confini dettati da regole che provengono però sempre dal diritto pubblico, e quindi, infine, dal *populus*, non dal singolo privato, che altro non è, appunto, che l’uno privato degli altri. Per questo non può generarsi ‘conflitto’ tra le due diverse posizioni di studio, proprio perché lo *ius publicum* può intervenire sullo *ius privatum*, offrendo di volta in volta gli strumenti necessari alla regolamentazione dei rapporti o affari tra i privati (che essi ‘gestiranno’ poi da soli), sempre nella fissata direzione della crescita della *civitas* (si pensi esemplarmente all’editto del pretore).

Una considerazione maturata nel corso del lavoro concerne invece il ‘risultato’ cui si perviene mediante gli strumenti di risoluzione circa i ‘conflitti’ scaturenti dallo ‘scontro’ tra poteri (*ius publicum*) e tra diritti (*ius privatum*): per ambedue le diverse posizioni di studio, infatti, si rimette al titolare o contitolare del diverso o eguale potere o diritto, il ‘potere ad esercitare un diritto’.

Si hanno difatti nello *ius publicum* ‘conflitti’ che senza complicazioni possono definirsi ‘costituzionali’, mentre nello *ius privatum* ‘conflitti privatistici’; nella prima posizione sono poteri a scontrarsi: si pensi alla contrapposizione della *sacrosanctitas* agli *auspicia*, degli *auspicia maiora* ai *minora*, della *potestas populi* all’*auctoritas*; nella seconda sono diritti a confliggere: si pensi ai consorti, i quali hanno ciascuno il diritto a disporre della cosa per l’intero, al caso in cui un socio continui a gestire gli affari della *societas* pur essendovi tra gli altri disaffezione (non ancora però ‘esteriorizzata’), o altresì all’*actio popularis*, ove non vi è possibilità di concorso di azioni sul medesimo oggetto.

Orbene in tutti i casi esaminati emerge l’attribuzione ad una persona del potere ad esercitare un diritto: così il tribuno può esercitare l’*intercessio*, il magistrato maggiore può esercitare lo *ius prohibendi* nei

confronti del collega e può bloccare le iniziative del magistrato minore, il senato con l'*auctoritas patrum* può o meno 'ratificare' le deliberazioni dell'assemblea popolare; così ogni consorte può esercitare lo *ius prohibendi* vietando il compimento dell'atto del contitolare, ogni socio può manifestare all'esterno il venir meno dell'*affectio societatis* mediante la *renuntiatio*, e infine l'azione popolare può essere esercitata dal cittadino direttamente danneggiato nell'*usus* o, secondo il criterio residuale, *idoneior*.

Tutte le soluzioni dirimenti i diversi 'conflitti', tanto nello *ius publicum* quanto nel *privatum* tendono verso una soluzione propriamente giuridica, poiché consistono nell'attribuzione di un diritto: ad esempio l'*intercessio tribunicia* è sì giustificata dal potere giuridico-religioso della *sacrosanctitas*, ma questa dovendosi contrapporre agli *auspicia* si esplica nell'esercizio di un atto concreto, idoneo a far sì che un potere possa prevalere sull'altro; nel *consortium erecto non cito* tutti i consorti sono contitolari dello stesso diritto a disporre della cosa, ed allora ciascuno, affinché il proprio diritto sia pienamente tutelato, necessita del potere di esercitare un atto che abbia l'effetto di 'paralizzare' la volontà dell'altro.

Si spiega dunque, in ambedue le diverse posizioni di studio, come le soluzioni siano dirette all'attribuzione a ciascun contendente del 'potere ad esercitare un diritto'.

Peraltro deve poi considerarsi che trattasi comunque, in ogni caso, di legittimazioni a porre in essere atti che producono effetti 'concreti': l'opposizione - o meno - dell'*intercessio tribunicia* può comportare la mancata - o la - produzione dell'effetto di un atto (per esempio del magistrato); lo *ius prohibendi* può comportare - o meno - l'alienazione della cosa da parte del singolo contitolare a seconda che non venga o venga esercitato.

Ed allora le soluzioni si pongono in armonia con la 'concretezza' del sistema giuridico-religioso romano; in merito a ciò debbono operarsi alcune considerazioni circa il ricorrere del criterio della maggioranza. Se è vero che il concetto di 'persona giuridica' non trova compiuta indagine nel diritto romano, proprio perché la logica dell'astrazione non è volutamente ricercata in questo senso, è pur vero che il principio della maggioranza, sistema procedurale proprio degli odierni collegi (*rectius*: organi) di tipo pubblicistico e privatistico, trova invece ampio utilizzo: ne discende che la tecnica della *maior pars* deve intendersi come semplice strumento o criterio decisionale strettamente necessario ogniqualvolta il suo mancato accoglimento comporterebbe fisiologicamente un'impossibilità di funzionamento degli 'insiemi di persone' in cui si attesta. Il criterio dell'unanimità, infatti, ben può pretendersi all'interno del collegio magistratuale, ma non può richiedersi per esempio per le procedure di votazione nei comizi o in seno al consesso senatorio: ciò porterebbe ad una 'paralisi' del sistema piuttosto evidente.

Ciò non significa però, in un sistema modellato su una decisa concretezza - ove infatti non può ammettersi il principio della rappresentanza - che la volontà possa concepirsi come 'collettiva',

proveniente dunque da un ente distinto e separato dalle persone che lo compongono: la volontà deve sempre intendersi come 'comune' all'insieme delle persone da cui essa proviene. Il criterio della maggioranza non è dunque una soluzione 'astratta', ma concreta più che mai: è una soluzione semplice, pratica, come tecnica di risoluzione meramente pragmatica per il funzionamento di 'insiemi di persone' il cui numero non può - e non deve - pretendere il raggiungimento dell'unanimità.

Ma la considerazione più rilevante credo sia la seguente: tutte le tecniche risolutive non possono non risultare conformi ad un principio su cui tutto il sistema romano, giuridico, e per l'appunto, religioso, si innesta: il rapporto tra *ius* e *fas* non risulta soltanto un dato certo di partenza da cui partire per qualsivoglia indagine sicura di ricerca, ma soprattutto rappresenta una precisa e ferrea clausola di 'garanzia costituzionale'.

Come indagato, difatti, nel rapporto tra *ius* e *fas* non può mai e poi mai generarsi un 'conflitto'; di tal guisa non possono entrare in 'conflitto' con il *fas* tutti gli altri sottoinsiemi dello *ius* (come esemplarmente la *lex*). Il 'conflitto' non sorge mai proprio perché ciò che è *fas* ben può essere *ius*, ma ciò che è *ius* è di certo *fas*; una 'regola' giuridica, cioè, può divenire tale perché approvata o adottata (si pensi alla *lex*, al *senatusconsultum*, alla *constitutio*) o comunque può acquisire valore giuridico per il fatto di essere sentita come cogente perché insita nella comunità stessa in cui si pone (*mos*) o ancora per il semplice comportamento ripetuto nel tempo suffragato dal convincimento della sua coercitività (*consuetudo*): in ogni caso, però, deve porsi in conformità al *fas*.

Chiarito dunque che lo *ius* (e tutto ciò che lo compone) deve inevitabilmente essere *fas*, perché fa parte di esso, possiamo immaginarli come due cerchi concentrici ove quello minore è costituito dallo *ius*. Orbene questi due insiemi sono destinati a non tangersi mai, poiché la distanza tra una circonferenza e l'altra è determinata dalla compiutezza o meno del sistema giuridico. Il 'cerchio' dello *ius* è destinato a crescere sempre di più, nell'ottica e nell'imperativo categorico della *civitas augegens*; sicché la città cresce, crescono i traffici commerciali (e giuridici), crescono nel numero i magistrati, cresce il *populus*: servono dunque continuamente nuove regole. Vero è che il 'cerchio' dello *ius* può anche stringersi, dato che determinate regole possono essere eliminate per espressa volontà popolare (mediante quindi atti 'positivi' formali) ovvero mediante la ripetuta inosservanza della regola (*desuetudo*): anche il 'restringimento', però, discende da un'esigenza sempre rispondente al principio della crescita.

Ciò che ancora mi preme chiarire, in relazione a detto rapporto, è appunto il fatto che questi due cerchi concentrici non avranno mai la possibilità di incontrarsi, per la semplice constatazione per la quale un sistema giuridico completo è irraggiungibile; questo non per ragioni di mera sfiducia, ma perché il sistema è consapevole che v'è sempre qualcosa da disciplinare: la 'lacuna' può dirsi dunque

voluta, perché si lascia così prontamente spazio alla regolamentazione di una 'necessità giuridica' non ancora postasi. Infatti, a ben guardare, se i due cerchi in un solo istante venissero a toccarsi, ciò significherebbe che al porsi di una nuova esigenza non ancora disciplinata, la soluzione andrebbe ricercata al di fuori del *fas*, poiché questo sistema avrebbe già esaurito (coincidendo con lo *ius*) le sue potenzialità. Ecco allora perché una coincidenza non si potrà mai avere: se vi fosse sorgerebbe un 'conflitto' tra *ius* e *fas*, dato che per la regolamentazione di una nuova necessità lo *ius* andrebbe a ricercare la 'soluzione' al di fuori dello stesso *fas*, debordando così dalla volontà divina e creando dunque irrimediabili antinomie con un sistema che invece impernia la sua coerenza sopra un irrefutabile dato religioso. In sostanza credo che il *fas* sia veramente la più grande ancora di salvezza e clausola di salvaguardia del sistema: è normale che vi siano lacune nel sistema giuridico, e per questo, ogniqualvolta ve ne sia bisogno, si cerca quella soluzione che è già nel sistema (del *fas*), dovendo essa soltanto essere esplicitata nello *ius*.

Sicché non deve generare 'imbarazzo' la possibilità della *permutatio* delle province assegnate all'esito della *sortitio*: la possibilità della permuta tra i due consoli deriva da una regola propria del sistema, dallo *ius*, e dunque in quanto tale, sicuramente conforme al *fas*.

Ed allora, sulla scorta di quanto sopra detto, trovo il coraggio di credere che il *fas* possa assurgere a vera e propria 'garanzia costituzionale' del sistema, poiché una regola mai può trovare accoglimento se non sia già nel *fas*; in particolar modo si può ritenere che siano i *decemviri sacris faciundis* chiamati a verificare, ogniqualvolta ve ne sia bisogno, la coerenza dello *ius* al *fas*, mediante la consultazione dei *libri Sybillini*: a suffragio di tale considerazione si ricordi che spetta ad essi l'arduo compito di ripristinare, dopo una rottura del 'patto con gli dèi', la *pax deorum*.

Quindi quello giuridico-religioso romano, essendo fisiologicamente incompleto nello *ius*, risulta invece perfetto nel *fas*: v'è quindi la sicurezza della compiutezza di un sistema che mai si dimostra impreparato, poiché di volta in volta viene ad esplicitarsi, modellandosi nella veste dello *ius*, pronto a rispondere alle esigenze giuridiche di qualsivoglia momento storico.

Quest'apertura del sistema è pienamente rispondente, dal punto di vista giuridico, all'imperativo della *civitas angescens*; di tal guisa il 'conflitto' si atteggia così a linfa vitale del sistema: l'esigenza di una soluzione che miri alla ricomposizione dello 'scontro' - tra poteri o diritti - è giustificata dalla necessità di evitare una 'paralisi' che, se nel particolare riguarda le singole parti interessate, costituisce, sia pur solo potenzialmente, una 'paralisi generale' del sistema, dato che questo viene comunque frenato nella sua crescita.

E quindi se la soluzione va soltanto esplicitata, e se essa in realtà è già presente nel *fas*, allora il 'conflitto' serve proprio a stimolarne la ricerca, contribuendo così esso stesso alla crescita del sistema: anche qualora una pretesa regola non possa trovare spazio, perché contraria al *fas*, in verità l'effetto è sempre quello della crescita, perché al contrario l'accoglimento arrecherebbe invece detrimento.

Infine mi preme evidenziare che le tecniche o gli strumenti risolutivi non rappresentano altro che il risultato finale, il mezzo giuridico attraverso il quale si perviene alla crescita della *civitas*; non può non considerarsi, però, che questi sono conquiste, frutti della lotta, esiti del 'conflitto': in ogni tempo il diritto è dunque conquistato con la forza e protetto con l'arma della resistenza.

## Bibliografia

---

- B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo 1987
- B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano*, II/3. *Sui frammenti di censoriae tabulae in Varr., de l. Lat.6, 86–87*, in *AUPA* 43 (1995) = *Scritti giuridici* III, Torino 2006
- B. ALBANESE, *Foedus e ius iurandum; pax per sponsionem*, in *AUPA*, XLVI (2000)
- B. ALBANESE, «*Res repetere*» e «*bellum indicere*» nel rito feuziale (*Liv. 1.32.5-14*), in *AUPA*, XLVI (2000)
- E. ALBERTARIO, *I nuovi frammenti di Gaio (PSI XI. 1182)*, in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia 1934 = *Studi di diritto romano V, Storia, metodologia, esegesi*, Milano 1937
- E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano: le obbligazioni solidali*, Milano 1948
- A. ALFÖLDI, *Der frühromische Reiteradel und seine Ehrenabzeichen*, Baden-Baden 1952
- A. ALFÖLDI, *Die Struktur des voretruskischen Römerstaates*, Heidelberg 1974
- G. AMODIO, *Alcune osservazioni sulle curie municipali nelle città dell'Occidente romano*, in *ZPE*, CXX (1998)
- V. ARANGIO-RUIZ, *Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni*, in *BIDR*, XLII (1935)
- V. ARANGIO-RUIZ, *Tribù*, in *Enciclopedia Italiana*, XXXIV, Roma (1937)
- V. ARANGIO-RUIZ, *Parerga. Note papirologiche ed epigrafiche*, VI, in *Atti Acc. Napoli*, 61 (1942)
- V. ARANGIO-RUIZ *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949
- V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, (X ed.), Napoli 1949
- V. ARANGIO-RUIZ, *Due nuove tavolette di Ercolano relative alla nomina di tutori muliebri*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci* 1, Milano 1956
- V. ARANGIO-RUIZ, *Frammenti di Gaio*, in *PSI. XI*, Firenze 1935 (=V. Arangio-Ruiz, *Studi epigrafici e papirologici* a cura di L. Bove, Napoli 1974)
- V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli 1950
- V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli 1956, (rist. 1987)
- V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli 1957
- V. ARANGIO-RUIZ, *La responsabilità contrattuale* 3 ed., Napoli 1958
- V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli 1989
- F. ARCARIA, «*Septemviralia iudicia*». *Contributo alla storia della «querela inofficiosi testamenti» in età classica*, in *Scritti in onore di Antonino Metro* I, Milano 2009
- P. ARCÉS, *Note in tema di sacrorum detestatio*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 5 (2006)
- G. ARICÒ ANSELMO, *Ius publicum-Ius privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 37 (1983)
- G. ARICÒ ANSELMO, «*Societas inseparabilis*» o dell'indissolubilità dell'antico consorzio fraterno, in *AUPA*, 46 (2000) = *Iuris vincula. Studi M. Talamanca*, I, Napoli 2001

- G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia*, Torino 2012
- L. E. BABLITZ, *Actors and audience in the Roman courtroom*, London - New York 2007
- M.P. BACCARI, *Il concetto giuridico di civitas augegens: origine e continuità*, in *SDHI*, LXI (1995)
- M.P. BACCARI, *Cittadini, popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV-VI*, Torino 1996
- M.P. BACCARI, *'Civitas augegens': cittadinanza e sviluppo dei popoli da Roma a Costantinopoli a Mosca* (Campidoglio 21-23 aprile 1996), in *Index* 30 (2002)
- V. BASANOFF, *Pomerium Palatinum. Memorie Della Reale Accademia Dei Lincei*, serie VI, vol. IX, fasc. 1 (1939)
- J. BAYET, *Appendice V. - L'organisation plébéienne et les «leges sacratae»*, in *Tite-Live, Histoire romaine*, Tome III, Livre III, 3a ed., Parigi 1962
- C. BEDUSCHI, *Il "ius controversum" fra razionalità e giustizia*, in *Rivista di diritto romano* 10 (2010)
- O. BEHREND, *Die römische Geschworenengerichtsverfassung. Ein Rekonstruktionsversuch*, Göttingen 1970
- A. BERRUTI, v. 'Conflitto' in *NNDI*, IV, Torino 1957
- Y. BERTHELET, *Le rôle des pontifes dans l'expiation des prodiges à Rome, sous la République : le cas des "procurations" anonymes* in *Cahiers "Mondes anciens"*, II (2011)
- F. BERTOLDI, *La 'lex Iulia iudiciorum privatorum'*, Torino 2003 F.
- J. M. BERTRAND, *À propos du mot provincia : Étude sur les modes d'élaboration du langage politique* in *Journal des Savants*, 1989
- H. BERVE, v. 'Lustrum', in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XIII,2, Stuttgart 1927
- E. BETTI, *L'attuazione di due rapporti causali attraverso un unico atto di tradizione (contributo alla teoria della delegazione a dare)*, in *BIDR*, 41 (1933)
- E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1942
- C. M. BIANCA, rec. a R. ORESTANO, *Il "problema delle persone giuridiche"*, in *IVRA* 20 (1969)
- M. BIANCHINI, *Studi sulla societas*, Milano 1967
- B. BIONDI, *Crisi e sorti dello studio del diritto romano*, in *Conferenze Romanistiche Univ. Trieste*, I, Trieste 1950
- P. BIRKS, *New Light on the Roman Legal System: the Appointment of Judges*, in *The Cambridge Law Journal*, XLVII (1988)
- A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del Basso Impero*, I. *La legge delle citazioni*, in *Studi Senesi*, LIII (1939)
- A. BISCARDI, *La genesi della nozione di comproprietà*, in *Labeo* I (1955)
- A. BISCARDI, *Rappresentanza sostanziale e processuale nei 'collegia' in diritto romano*, in *IVRA* 31 (1980)
- A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'"obligatio rei"*, Milano 1991
- A. BISCARDI-G. SCHERILLO, *La fortuna di Veleia nella storiografia giuridica*, in *Atti del III Convegno di studi veleiani*, Milano-Varese 1969
- J. BLEICKEN, *Oberpontifex und Pontifikalkollegium. Eine Studie zur römischen Sakralverfassung*, in *Hermes*, 85 (1957)
- R. BLOCH, *Les prodiges dans l'antiquité classique*, Paris 1963
- A. VON BLUMENTHAL, *Pomerium* in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XXI, 2 (1952)
- N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino 1976

- N. BOBBIO, Voce ' *Governo misto nel dizionario di politica* ', a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino 1990
- J. BODIN, *Les six livres de la République*, Paris 1577
- F. Bona, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano 1973
- F. Bona, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana* in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987
- F. BONA, " *Ius pontificium* " e " *ius civile* " nell'esperienza giuridica tardo-repubblicana: un problema aperto, *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della littera Florentina. Copanello, 1-4 giugno 1988*, Napoli 1990
- P. BONFANTE, *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato*, in *Rivista italiana di sociologia*, VI, Roma (1902)
- P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Milano 1903
- P. BONFANTE, *Disegno del diritto pubblico romano*, Milano 1904 (=Th. Mommsen, *Abriss des römischen Staatsrechts*, Leipzig, 1893)
- P. BONFANTE, *Il regime positivo e le costruzioni teoriche del condominio*, in *Scritti giuridici vari*, III, Torino 1921
- P. BONFANTE, *Il «ius prohibendi» nel diritto pubblico e nel diritto privato*, in *Scritti giuridici vari*, Roma 1925
- P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II. 2 *La proprietà*, Roma 1928
- P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Roma 1934
- P. BONFANTE, *Diritto romano*, Milano 1976
- Y. BONGERT, *Recherches sur les Recupérateurs*, in *Varia: Études de Droit Romain*, Paris 1952
- R. BONGHI, *Storia di Roma*, I, Milano 1884
- H. L. BONNIEC, *Le culte de Cérès à Rome, des origines à la fin de la République*, *Études et Commentaries* 27, Paris 1958
- G. BORTOLUCCI, *Ratihabitio mandato comparatur*, Modena 1916; E. Albertario, *Procurator unius rei*, in *Studi di diritto romano*, 3, Milano 1936
- A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les Pontifes de l'ancienne Rome*, Paris 1871
- A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Histoire de la divination dans l'antiquité*, I, Paris 1879
- M. BOVERO, *Contro la democrazia dei peggiori. una grammatica della democrazia*, Roma-Bari 2000
- U. BRASIELLO, voce *Infamia*, in *NNDI*, VIII, Torino 1962
- A. BRELICH, *Tre variazioni romane sul tema delle origini*, Roma 1955
- F. P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, 2, II, 1, Lipsiae 1898
- M. BRETONE, ' *Servus Communis* '. *Contributo alla storia della comproprietà in età classica*, Napoli 1958
- M. BRETONE, " *Consortium* " e " *communio* ", in *Labeo*, 6 (1960)
- M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1971
- M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1999
- M. BRETONE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei, Memorie*, serie IX, vol. XXIII, fasc. 3, Roma 2008
- D. BRIQUEL, *Les enfances de Romulus et Rémus*, in *Mélanges offerts à R. Schilling*, Paris 1983

- D. BRIQUEL, *La meurtre de Rémus, ou le franchissement de la limite*, in *Tracés de fondation*, a cura di M. Detienne, Louvain-Paris 1990
- D. BRIQUEL, *La leggenda di Romolo e il rituale di fondazione delle città*, in *Roma. Romolo, Remo e la fondazione della città, catalogo della mostra*, Roma 2000
- T. R. S. BROUGHTON, *Mistreatment of Foreign Legates And the Fetial Priests: Three Roman Cases*, in *Phoenix* 41 (1987)
- C. BRUNS, *Le azioni popolari romane*, traduzione di V. Scialoja, in *AG*, 28 (1882)
- M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo «ius controversum» all'autorità del principe)*, in *Ius controversum e auctoritas principis: giuristi, principe e diritto nel primo impero : atti del Convegno internazionale di diritto romano e del 4. Premio romanistico G. Boulvert : Copanello, 11-13 giugno*, a cura di F. Milazzo, Napoli 2003
- M. BRUTTI, *Gaio e lo ius controversum*, in *AUPA* 55 (2012)
- G. BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el 'arbitrator ex compromisso'*, Madrid 1990
- A. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino 1950
- A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1964
- A. BURDESE, *Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del seminario torinese in memoria di G. Provera*, Napoli 1994
- A. BURDESE, *In margine alla responsabilità del giudice in diritto romano*, in *'Fraterna munera'. Studi in onore di L. Amirante*, Salerno 1998
- A. CALORE, *«Per Iovem lapidem»: alle origini del giuramento*, Milano 2000
- A. CALORE, *Forme giuridiche del 'bellum iustum'*, Milano 2003
- G. CAMODECA, *L'archivio puteolano dei Sulpici*, I, Napoli 1992
- F. CANCELLI, *Il presunto "ius respondendi" istituito da Augusto*, in *BIDR*, 90 (1987)
- F. CANCELLI, s.v. 'Società' (diritto romano), in *NNDI*, XVII, Torino 1970
- F. CANCELLI, *Società (diritto romano)*, in *NNDI*, XVII, Torino 1970
- L. CANFORA, *Giulio Cesare: il dittatore democratico*, Roma-Bari 1999
- C. A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale I*, Milano 1966
- C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*, Torino 1982.
- C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea, I, Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino 1997
- C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano, I*, Torino 2001
- E. CANTARELLA, *Pubblico e privato nella «polis» omerica* in *Atti del II Seminario romanistico gardesano promosso dall'Istituto milanese di diritto romano e storia dei diritti antichi (12-14 giugno 1978)*, Milano 1980
- L. CAPOGROSSI COLOGNESI, in *A cent'anni dalle 'Res mancipi' di Pietro Bonfante*, in *Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno* 17 (1988)
- L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell'800*, Roma 1997
- A. CARANDINI, *La nascita di Roma, Dèi, Lari, eroi e uomini all'alba di una civiltà*, Torino 1997
- A. CARANDINI, *Remo e Romolo. Dai rioni dei Quiriti alla città dei Romani*, Torino 2006
- A. CARCATERRA, *L'analisi del 'ius' in elementi primi (Celso, Ulpiano, Modestino)*, in *SDHI*, 46 (1980)

- R. CARDILLI, *Designazione e scelta del 'index unus' alla luce della lex Irmitana*. in *Atti della Accademia Nazionale dei lincei. Rendiconti. Classe di scienze morali, storiche e filologiche*, Roma 1992
- M. CAREDDU, *La «sacrorum detestatio» nel diritto romano*, in *Studi C. Fadda*, I, Napoli 1906
- F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova 1939
- F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le 'actiones populares'*, Napoli 1958
- F. CASAVOLA, *La 'conventio' nel 'compromissum'*, in *Labeo* 5 (1959)
- C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003
- C. CASCIONE, *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore*, Napoli 1999
- C. CASCIONE, *Una norma dimenticata delle XII tavole? Dion. Hal. 10.60.6*, in *Index* 28 (2000)
- C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003
- F. CASTAGNOLI, *Roma quadrata* in *Studies presented to D.M. Robinson* 1, Saint Louis 1951
- C. CASTILLO, *Miscellanea epigráfica hispano-romana*, in *SDHI*, LII (1986)
- P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale I*, Torino 1960
- P. CATALANO, *Il principio democratico in roma*, in *SDHI*, 28, Roma 1962
- P. CATALANO, *Per lo studio dello ius divinum*, in *SMSR*, 33, fasc. 1 (1962)
- P. CATALANO, *Cic. De off. 3.108 e il così detto diritto internazionale antico*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, Napoli 1964
- P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano I*, Torino 1965
- P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, Torino 1971
- P. CATALANO *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974
- P. CATALANO, *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* II.16.1, Berlin-New York 1978
- P. CATALANO, *Alle radici del problema delle persone giuridiche* in *Rassegna di diritto civile*, 4 (1983)
- P. CATALANO, *'Ius Romanum'. Note sulla formazione del concetto*, In *La nozione di 'Romano' tra cittadinanza ed universalità*, Napoli 1984 P.
- P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino 1990
- P. CATALANO, *Il populus Romanus e il «problema delle persone giuridiche»* in *La persona giuridica collegiale in diritto romano e canonico. Aequitas romana ed aequitas canonica : atti del 3. colloquio (Roma, 24-26 aprile 1980) e del 4. colloquio (Roma, 13-14 maggio 1981)*, Città del Vaticano 1990
- P. CATALANO, *Divisione del potere e potere popolare*, in *Ius Antiquum*, 1 (1996)
- P. CATALANO, *Il populus Romanus e il «problema delle persone giuridiche»* in *La persona giuridica collegiale in diritto romano e canonico, «Aequitas romana et aequitas canonica» Atti dei Colloqui romanistici-canonistici (1980-1981)*, Roma 1990
- P. CATALANO, *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D.1.1.12*, in *Iuris Vincula, Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli 2001
- D. CECCARELLI-MOROLLI, *Appunti di geopolitica*, Roma 2018

- L. CEDRONI, *Democrazia in nuce, il governo misto da Platone a Bobbio*, Milano 2011
- P. CERAMI, *Costituzione e interpretazione dei principi costituzionali nel sistema istituzionale della libera res publica*, in *Tradizione romanistica e costituzione*, diretto da L. LABRUNA; a cura di M. P. BACCARI e C. CASCIONE Napoli, 2006
- P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*, Torino 1987
- P. CERAMI, s.v. 'Risoluzione del contratto' (diritto romano), in *ED*, XI, Milano 1989
- P. CERAMI, *Tutela compensativa della proprietà nell'esperienza giuridica di Roma antica*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica II: ricordando Giovanni Crisculi*, a cura di P. CERAMI e M. SERIO, Torino 2013
- P. CERAMI, *Riflessioni sul "diritto societario". Fondamenti romani e simmetrie diacroniche*, in *IVRA* 62 (2014)
- P. CERAMI-G.PURPURA, *Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, Torino 2007
- U. CERRONI, *Il pensiero politico, dalle origini ai giorni nostri*, Roma 1966
- A. CHASTAGNOL- M. LEGLAY - P. LE ROUX, 'Lex Irnitana', in *AE* (1986)
- M. CHELOTTI, *Le associazioni di artigiani, commercianti e artisti nella regio secunda augustea* in *Forme di aggregazione nel mondo romano*, (a cura di E. LO CASCIO e G. D. MEROLA), Bari 2008
- F. CHINI, *Idee vecchie e nuove intorno ai concetti di ius e fas* in *Atti del Seminario di studi su religione e diritto romano. La cogenza del rito*, a cura di S. Randazzo, Roma, 2015
- L. CIFERRI, *Conoscenza e concezione del diritto in Cicerone*, in *RIDA*, XLI (1994)
- M.R.CIMMA, *Ricerche sulla società di pubblicani*, Milano 1981
- M. R. CIMMA, *I feziali e il diritto internazionale antico*, in *Ius Antiquum*, 6 (2000)
- F. COARELLI, *La doppia tradizione sulla morte di Romolo e gli auguracola dell'Arx e del Quirinale*, in *Gli Etruschi e Roma, Atti dell'incontro di studio in onore di M. Pallottino*, Roma, 1981
- F. COARELLI, *Il Foro Romano*, I, Roma, 1983
- U. COLI, *Collegia e sodalitates. Contributo allo studio dei collegi nel diritto romano*, Bologna 1913
- U. COLI, *Regnum* in *SDHI* 17 (1951)
- U. COLI, *Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato*, in *SDHI*, IV (1938)
- U. COLI, *Sui limiti di durata delle magistrature romane*, Napoli 1953
- U. COLI, voce "Intercessio", in *NNDI*, VIII, Torino 1962
- G. COPPOLA BISAZZA, *Dalla gratuità alla presunzione di onerosità. Considerazioni sul contratto di mandato alla luce di recenti studi*, in *TSDP*, III (2010)
- F. CORDANO - C. GROTTANELLI (a cura di), AA. VV., *Sorteggio pubblico e cleromanzia dall'Antichità all'Età moderna. Atti della Tavola Rotonda. Università degli Studi di Milano 26-27 gennaio 2000*, Milano 2001
- T.J. CORNELL, *La leggenda della nascita di Roma*, in *Roma. Romolo, Remo e la fondazione della città, catalogo della mostra*, Roma 2000
- C. CORRADO, v. *Conflitti di amministrazione*, in *ED*, VII, Milano 1961
- C. COSENTINI, *Ratihabitio mandato comparatur*, Napoli 1947
- P. COSENTINO, *Osservazioni in tema di mandatam e di delegatio (Contributo alla dogmatica della delegazione di credito in diritto romano)*, in *BIDR*, 69 (1966)
- E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, Bologna 1927

- J. CREMADES - J. PARICIO, *La responsabilidad del juez en el Derecho romano clásico. 'Actio adversus iudicem qui litem suam fecit'*, in *AHDE*, LIV (1984)
- G. CRIFÒ, s.v. 'Arbitrato' (diritto romano), in *ED*, II, Milano 1958
- G. CRIFÒ, *Lezioni di storia del diritto romano in età monarchica e repubblicana*, Bologna 1994
- G. CRIFÒ, *Riflessioni antiche e nuove in tema di persona*, in *Cunabula Iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Brogini*, Milano 2002
- S.A. CRISTALDI, *Sulla clausola 'quanti Titius rem aestimaverit' nella riflessione dei giuristi romani*, in *RIDA*, LVIII (2011)
- F. D'IPPOLITO, *Sul pontificato massimo di Tiberio Coruncanio*, in *Labeo* 23 (1977)
- A. D'ORS, *En torno a las raices romanas de la colegialidad*, in AA.VV., *Tres estudios historicos sobre la colegialidad episcopal*, Pamplona 1965
- A. D'ORS, 'Litem suam facere', in *SDHI*, XLVIII (1982)
- A. D'ORS, *Nuevos datos de la ley Irnitana sobre jurisdicción municipal*, in *SDHI*, XLIX (1983)
- A. D'ORS, *La nueva copia irnitana de la 'lex Flavia municipalis'*, in *AHDE*, LIII (1983)
- A. D'ORS, *De nuevo sobre la ley municipal*, in *SDHI*, 50 (1984)
- A. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes*, in 'Sodalitas'. *Scritti in onore di A. Guarino*, Napoli 1984
- A. D'ORS, *La ley Flavia municipal (Texto y comentario)*, Roma 1986
- A. D'ORS - J. D'ORS, 'Lex Irnitana' (Texto bilingüe), Santiago de Compostela 1988
- X. D'ORS, *Regulación y control de la actividad pública en la 'lex Flavia Municipalis'*, in *Sem. compl.*, II, 1990
- D. DALLA, *Fra ius controversum, discrezionalità del giudicante e assetti costituzionali*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da L. LABRUNA; a cura di M. BACCARI e C. CASCIONE, Napoli 2006
- F. DAVERIO, *Sacrorum detestatio*, in *SDHI*, XLV (1979)
- M. DE BERNARDI - A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del Basso Impero, I. La legge delle citazioni*, in *Studi Senesi*, LIII (1939)
- M. DE DOMINICIS, *Aspetti della vita parlamentare nell'antica Roma repubblicana e alcune questioni connesse*, in *Studi in onore di G. Grosso* I, Torino 1968
- M. DE FILIPPI, *Ratihabitio*, Bari 2002
- P. DE FRANCISCI, *Arcana Imperii* III, 1, Milano (1947-1948)
- P. DE FRANCISCI, *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della Beatificazione*, I, Milano 1947-1949
- P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, Milano 1943
- P. DE FRANCISCI, *Per la storia dei comitia centuriata* in *Studi Arangio-Ruiz*, Napoli 1953
- P. DE FRANCISCI, *Intorno all'origine etrusca del concetto di imperium*, in *Stud. Etr.* 24 (1955-1956)
- P. DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*, Roma 1968
- P. DE FRANCISCI, *Note critiche intorno all'uso di categorie astratte nella storia del diritto romano*, in *Studi Volterra* 1, Milano 1971
- F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana* I, Napoli 1951
- F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 2, 1, Napoli 1954

- F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 2, 2, Napoli 1955
- F. DE MARTINO, *Il conflitto giuridico tra Cesare e il Senato*, in *Cesare nel bimillenario della morte*, Roma 1956
- F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 3, Napoli 1958
- F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 4, 1, Napoli 1962
- F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 4, 2, Napoli 1965
- F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 5, Napoli 1967
- F. DE MARTINO, *Intorno all'origine della repubblica romana e delle magistrature*, in *ANRW I*, Berlin-New York 1972
- F. DE MARTINO, *Diritto e società nell'antica Roma*, I, a cura di A. Dell'Agli e T. Spagnuolo Vigorita, Roma 1979
- F. DE MARTINO, *Sui modi di votazione nelle assemblee romane*, in *Convivenza nella libertà: scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli 1999
- F. DE MARTINO, 'Litem suam facere', in *BIDR*, XCI (1988)
- F. M. DE ROBERTIS, *Autonomia statutaria e personificazione giuridica nel regime associativo romano*, in *Études J. Macqueron*, Aix-en-Provence 1970
- F. M. DE ROBERTIS, *Il fenomeno associativo nel mondo romano. Dai collegi della Repubblica alle corporazioni del Basso Impero*, Roma 1981
- F. M. DE ROBERTIS, *La capacità giuridica dei collegi romani e la sua progressiva contrazione in Sodalitas: scritti in onore di Antonio Guarino*, III, Napoli 1984
- F. M. DE ROBERTIS, *Personificazione giuridica e ardimenti costruttivi nella compilazione giustiniana* in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli 1972
- F. M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I-II, Bari 1971
- E. DE RUGGIERO, *Il consolato e i poteri pubblici in Roma*, Roma 1900
- G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, I, Torino, 1907
- G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, II, Milano-Torino-Roma 1907
- G. DE SANCTIS, *Essenza e caratteri di un'antica democrazia*, in *Quaderni di Roma I*, Roma 1947
- L. DE SARLO, *Il principio: «prius testamentum rumpitur cum posterius perfectum est»*, in *AG* 142 (1952)
- E. DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit privé romain: sous la république et au temps des jurisconsultes classiques*, Paris 1928
- A. DELL'ORO, *Le «res communes omnium» dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in *Studi Urbinati. Scienze giuridiche ed economiche*, 31 (1962-1963)
- A. DELL'ORO, *Il Digesto di Giustiniano e la legge delle citazioni*, in *Synteieia Vincenzo Arangio Ruiz*, 1, Napoli 1964
- E. DESCHEEMAEKER, *Obligations 'quasi ex delicto' and Strict Liability in Roman Law*, in *Journal of Legal History*, XXXI (2010)
- L. DEUBNER, *Mundus*, *Hermes* 68 (1993)
- G. DEVOTO, *Tabulae Iguvinae*, Roma 1937
- A. DI PORTO, *Il colpo di mano di Sutri e il plebiscitum de populo non sevocando*, in F. Serrao, *Legge e società nella repubblica romana I*, Napoli 1981
- A. DI PORTO, *La tutela della salubritas tra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone*, I, Milano 1990

- A. DI PORTO, *Inquinamento e tutela delle res publicae. Sulle origini di un problema*, in P. Maddalena, A. Postiglione (a cura di), *Il diritto umano all'ambiente. Ipotesi di modifiche costituzionali*, Atti del Convegno (Erice, 24-26/05/1992), Trapani 1992
- A. DI PORTO, «Zone d'ombra» nella storiografia romanistica. Il caso degli interdetti e delle azioni popolari, in *Societas-Ius, Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli 1999
- A. DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino 2013
- A. DI PORTO, *Salubritas e forme di tutela in età romana. Il ruolo del civis*, Torino 2014
- O. DILIBERTO, 'Successione legittima' (diritto romano), in *ED XLIII*, Milano 1990
- R. DOMINGO, *Teoría de la "auctoritas"*, Pamplona 1987
- B. DONATI, *La definizione di Ulpiano della iurisprudencia e l'interpretazione del Vico* in *Archivio giuridico*, 98, 1927 B.
- G. DONATUTI, *Studi sul procurator II. Verus et falsus procurator*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Regia Università di Perugia*, 33 (1921) = *Studi di diritto romano*, 1, (a cura di R. Reggi), Milano 1976
- G. DUMÉZIL, *L'héritage indoeuropéen à Rome*, Parigi 1949
- G. DUMÉZIL, *Les dieux des indoeuropéens*, Parigi 1952
- G. DUMÉZIL, *Méthode comparative et religion romaine* in *Antiquité classique*, XXIV, 2, 1955
- G. DUMÉZIL, *La religion romaine archaïque*, Paris 1966
- G. DUMÉZIL, *Idées romaines*, Paris 1969
- D. DURSI, *Res communes omnium. Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, Napoli 2017
- F. EISELE, *Zur Lehre vom Miteigentum*, in *AcP*, LXIII (1880)
- F. EISELE, *Zur 'Querela inofficiosi'*, in *ZSS*, 15 (1894)
- F. EISELE, *Beiträge zur Römische Rechtsgeschichte*, Freiburg 1896
- A. ERNOUT MEILLET, voci *Populus* e *Publicus*, in *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, Parigi 2001
- M. EVANGELISTI, *Consortium, erctum citum: etimi antichi e riflessioni sulla comproprietà arcaica*, in *Diritto@Storia, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 6 (2008)
- M. EVANGELISTI, *Riflessioni in tema di ius adcrendi (tra communio e coeredità)*, in *Diritto@Storia, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 10 (2011-2012)
- M. EVANGELISTI, *Sull'origine policentrica della societas consensu contracta*, in *Liber amicorum per M. Bione*, Milano 2011
- F. FABBRINI, voce "Tribuni plebis" in *NNDI* vol. XIX, Torino 1957
- F. FABBRINI, *Dai 'religiosa loca' alle 'res religiosae'*, in *BIDR*, LXXIII (1970)
- C. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale*, I, Torino 1894
- C. FADDA, 'Consortium, collegia, magistratum, communio', *Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento*, Palermo 1910
- L. FASCIONE, *Per lo studio della sigla S.S.S.E.Q.N.I.S.R.E.H.L.N.R.*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* VI, Milano 1987
- R. FERCIA, 'Litem suam facere' da Adriano ai Severi, in *Diritto@Storia, Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, X (2012)
- A. C. FERNÁNDEZ CANO, *La llamada «ley des Citas» en su contexto histórico*, Madrid 2000

- F. FERNÁNDEZ GÓMEZ - M. DEL AMO Y DE LA HERA, *La 'Lex Irnitana' y su contexto arqueológico*, Sevilla 1990
- C. FERRINI, *Opere di Contardo Ferrini, 2, Studi sulle fonti del diritto romano*, (a cura di E. ALBERTARIO), Milano 1929
- G. FINAZZI, *Riflessioni sul rapporto fra convalida e ratifica nell'esperienza giuridica romana in Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna, III*, Napoli 2007
- E. FORCELLINI, v. 'Sacrosanctus', *Totius latinitatis Lexicon, consilio et cura J. Facciolati, IV*, Patavii 1771
- G. FORNI, *Considerazioni sui comizi romani*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, cl. lett.*, CVI (1972) = Id., in *Scritti vari di storia, epigrafia e antichità romane*, a cura di M. G. Angeli Bertinelli, Roma 1994
- P. FRACCARO, *La procedura del voto nei comizi tributi romani in Atti della Reale Accademia delle scienze di Torino*, 49 (1913-1914) = Id., *Opuscula, II*, Pavia 1957
- P. FRACCARO, *La storia dell'antichissimo esercito romano e l'età dell'ordinamento centuriato*, in *Atti del II Congresso Nazionale di Studi Romani III*, Roma 1931
- L. FRANCHINI, *Voti di guerra e regime pontificale della condizione. La riforma del 200*, in *Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 4 (2005)
- G. FRANCIOSI, *La famiglia romana. Società e diritto*, Torino 2003
- P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, (III ed.) Roma 1974.
- P. FREZZA, *Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano*, in *SDHI*, 4 (1938)
- P. FREZZA, *L'istituzione della collegialità in diritto romano*, in *Studi in onore di Siro Solazzi: nel cinquantesimo anno del suo insegnamento universitario*, Napoli 1948
- I. FUERTES, *De personis collegialibus in Iure Romano*, in *Apollinaris* 35 (1962)
- H. FUGIER, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, Paris (1963)
- E. GABBA, in *Nuove ricerche sul conflitto fra plebei e patrizi in Roma arcaica*, in *Athenaeum* 67 (1989)
- F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di G. Grosso*, 3, Torino 1970
- F. GALLO, *La concretezza nell'esperienza giuridica romana*, in *Index* 5 (1974-1975)
- F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI* 53 (1987)
- G. GANDOLFI, «Prius testamentum ruptum est» in *Studi Betti III*, Milano 1962
- L. GAROFALO, *L'arbitraggio sul prezzo*, in *TSDP*, 7 (2014)
- J. GAUDEMET, «Utilitas publica», in *RHD* 29 (1951)
- J. GAUDEMET, *Le peuple et le gouvernement de la République romaine*, in *Labeo*, XI (1965)
- J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, Paris 1963
- H. VON GEISAU, s.v. *Teiresias*, in *Der Kleine Pauly*, V, München 1979
- M. GIAGNORIO, *Brevi note in tema di azioni popolari*, in *TSDP*, V (2012)
- M. GIAGNORIO, *Il contributo del civis nella tutela delle res in publico usu*, in *TSDP*, 6 (2013)
- T. GIMÉNEZ-CANDELA, *La 'lex Irnitana'. Une nouvelle loi municipale de la Bétique*, in *RIDA*, XXX (1983)
- T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados Cuasidelictos*, Madrid 1990

- C. GIOFFREDI, *Il fondamento della 'tribunicia potestas' e i procedimenti normativi dell'ordine plebeo ('sacrosanctum - lex sacra - sacramentum')*, in *SDHI*, I (1945)
- C. GIOFFREDI, *La "sanctio" della legge e la "perfectio" della norma giuridica*, in *Archivio penale* 2, Roma 1946
- F. GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des romains*, Paris 1901
- P. GIRARD, *Les 'leges Iuliae iudiciorum publicarum et privatarum'*, in *ZSS*, XXXIV (1913)
- V. GIUFFRÈ, *Sull'origine della 'bonorum venditio' come esecuzione patrimoniale*, in *Labeo*, 39 (1993)
- V. GIUFFRÈ, *Giuristi e politica*, in *Ius controversum e auctoritas principis: giuristi, principe e diritto nel primo impero: atti del Convegno internazionale di diritto romano e del 4° Premio romanistico G. Boulvert: Copanello, 11-13 giugno*, a cura di F. Milazzo, Napoli 2003
- M. GIUSTO, *Per una storia del 'litem suam facere'*, in *SDHI*, LXXI (2005)
- J. GONZÁLEZ, *The 'Lex Irnitana': A New Copy of the Flavian Municipal Law*, in *JRS*, LXXVI (1986)
- J. GONZÁLEZ, *El 'ius latii' y la 'lex Irnitana'*, in *Athenaeum*, LXV (1987)
- J. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *Bronces jurídicos romanos de Andalucía*, Sevilla 1990
- J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, I, Leipzig 1736
- C. GRASSETTI, *Giovanni Pacchioni*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XLV (1947)
- R. GRAVES, *The Greek Myths*, II, London 1960
- A.H.J. GREENIDGE, *Infamia: its place in Roman Public and Private Law*, Oxford 1894
- F. GRELE, voce "Contio", in *NNDI*, Torino 1959
- F. GRELE, *La datio tutoris dei magistrati municipali*, in *Gli statuti municipali*, a cura di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA, Pavia 2006
- P. GRIMAL, *L'enceinte servienne dans l'histoire urbaine de Rome*, *Mélanges d'archéologie et d'histoire* 71 (1959)
- V. GROH, «Potestas sacrosancta» dei tribuni della plebe in *Studi Riccobono*, II, Palermo 1936
- G. GROSSO, *Problemi sistematici del diritto romano. Cose-contratti*, Torino 1974
- G. GROSSO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, in *Rivista di diritto romano*, 1 (2001)
- G. GROSSO, *Riflessioni in tema di "ius publicum"*, in *Studi in onore di Siro Solazzi: nel cinquantenario del suo insegnamento universitario (1899-1948)*, Napoli 1949
- A. GUARINO, *La genesi storica dell' «auctoritas patrum»* in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli 1949
- A. GUARINO, *L' «exequatio legibus» dei «plebiscita»*, in *Festschrift Schulz* 1 (1951)
- A. GUARINO, «Solutio societatis», in *Labeo* 14 (1968)
- A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 1981
- A. GUARINO, *La società in diritto romano*, Napoli 1982
- A. GUARINO, *Societas consensu contracta*, Napoli 1972 = *La società di diritto romano*, Napoli 1988
- A. GUARINO, *L'astratto e il concreto del votante romano*, *Panorami* 2 (1990)
- A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, V ed., Napoli 1990

- A. GUARINO, *Pactus quo minus solvatur. Note sui precedenti romani del concordato preventivo*, in *Pagine di diritto romano*, VII, Napoli 1995
- A. GUARNERI CITATI, *L'opera scientifica di Silvio Perozzi*, Palermo 1926
- F. GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*. Napoli 1968
- U. HALL, *Procedure in Roman Assemblies*, in *Historia* XIII (1964)
- R. HENRION, *La recherche scientifique en ancien droit romain* in *Latomus* VI, 1947
- J. A. HILD, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* (s.v. Fons), II, 2, Paris 1898.
- T. HOBBS, *De cive*, Amsterdam, 1642
- T. HOBBS, *Leviatano*, Londra, 1651.
- L. HOLZAPFEL, *Intorno alla leggenda di Romolo* in *Atti Congr. Internaz. scienze storiche*, Roma 1903
- M. HORVAT, *Note intorno allo «ius respondendi»* in *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli 1964
- H. HUBERT-M. MAUSS, *Mélanges d'histoire des religions*, Paris 1909 = DURKHEIM, H. HUBERT, M. MAUSS, *L'origine dei poteri magici*, Torino 1972
- H. HUBERT-M. MAUSS, *La rappresentazione del tempo nella religione e nella magia*, in E. DURKHEIM, H. HUBERT, M. MAUSS, *L'origine dei poteri magici*, Torino 1972
- M. HUMBERT, *La c.d. libertà associativa nell'epoca decemvirale: un'ipotesi a proposito di XII tab. VIII.27*, in *Ann. Sem. Giur. Univ. Palermo* 53 (2009)
- W. IHNE, *Forschungen auf dem Gebiete der römischen Verfassungsgeschichte*, Francoforte 1847
- G. I IMPALLOMENI, 'Persona giuridica' (diritto romano), in *NNDI*, XII, Torino 1965
- A.H.M. JONES, *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford 1972
- A. KACPRZAK, *La "ratihabitio" nel diritto romano classico*, in *Diáphora* 10, Napoli 2002
- M. KASER, *Religione e diritto in Roma arcaica*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania* 3 (1948-49)
- M. KASER, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in *ZSS*, LXXIII (1956)
- M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 1, München 1971
- M. KASER, *Neue Literatur zur "societas"*, in *SDHI*, 41 (1975)
- M. KASER, *"Ius publicum" und "ius privatum"*, in *ZSS*, 103 (1986)
- M. KASER, *Neue Literatur zur "societas"*, cit., in *SDHI*, 41 (1975)
- L.L. KOFANOV, *Lex Valeria de provatione del 509 a.C. e l'origine della divisione del diritto romano in pubblico e privato*, in *Ius Antiquum* 8 (2001)
- L.L. KOFANOV, *Persona e persona publica nella Roma repubblicana*, in *Ius Antiquum* 25 (2012)
- B. KÜBLER, *Götterstaat und römisches Staatsrecht*, in *ZSS* LVI (1936)
- W. KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte*, Heidelberg 1948
- W. KUNKEL, R. WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik* II, München 1995
- G. LA PIRA, 'Compromissum' e 'litis contestatio' formulare, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, II, Palermo 1936

- F. LA ROSA, 'Decemviri' e 'centumviri', in *Labeo*, IV (1958)
- M. LABROUSSE, *Le pomerium de la Rome impériale*, *Mélanges d'archéologie et d'histoire* 64 (1937)
- L. LABRUNA, *Secessio, Res publica: riconsiderazioni* in *Festschrift für Rolf Knutzelzum* 70, Heidelberg 2009
- L. LAFFRANCHI, *Gli ampliamenti del pomerio di Roma nelle testimonianze numismatiche*, in *Bullettino della Commissione archeologica comunale di Roma*, 47 (1919)
- F. LAMBERTI, *Riflessioni in tema di 'litem suam facere'*, in *Labeo*, XXXVI (1990)
- F. LAMBERTI, 'Tabulae Irnitanae'. *Municipalità e 'ius romanorum'*, Napoli 1993
- R. LAMBERTINI, *Sulla responsabilità del giudice nel diritto romano tardo antico*, in *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino 2010
- P. LAMBRINI, 'Titius iudex esto': *la scelta del giudice privato nel processo formulare*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, a cura di L. Garofalo, Padova 2012
- L. LANGE, *Römische Alterthümer*, II, Berlin 1879
- L. LANGE, *Kleine Schriften*, Göttingen 1887
- L. LANTELLA, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia (Appunti per un seminario di storia del diritto romano)*, Torino 1979
- C. LANZA, *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di diritto classico*, in *BIDR*, XC (1987)
- K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte, Handbuch der Altertumswiss.*, V, 4, München 1960
- J. LE GALL, *Le tibre fleuve de rome dans l'antiquité*, Paris 1953
- J. LE GALL, *A propos de la muraille servienne et du pomerium*, in *Études d'archéologie classique*, 2 (1959)
- P. LE ROUX, *Municipe de droit latin en 'Hispania' sous l'empire*, in *RHD*, XLIV (1986)
- E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plèbe en procédure civile*, Paris 1910
- O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig 1927
- B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto raccolte da M. Bagni*, Pavia 1959
- H. LÉVI-BRUHL, «*Dissentiones prudentium*», in *Synthese Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli 1964
- M. A. LEVI, *Adsignatio provinciarum* in *Rivista di filologia e di istruzione classica*, 4 (1926)
- M. A. LEVI, *Il tribunato della plebe e altri scritti su istituzioni pubbliche romane*, Milano 1978
- H. LÉVY-BRUHL, *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris 1947
- H. LÉVY-BRUHL, in *RHD*, 40 (1962)
- H. LÉVY-BRUHL, rec. a M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, in *RHD*, 40 (1962)
- G. LITEWESKI, *Remarques sur la dissolution de la société en droit romain* in *RHD*, 1972
- J. LINDERSKI, *The Aurgural Law*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II, 16.3, Berlin New York 1986
- J. LINDERSKI, *Religious Aspects of the Conflict of the Orders: The Case of confarreatio*, in Id., *Roman Questions*, Stuttgart 1995
- J. LINDERSKI, *The Auspices and the Struggle of the Orders*, in Id., *Roman Questions*, Stuttgart 1995
- G. LOBRANO, *Fondamento e natura del potere tribunitio nella storiografia giuridica contemporanea* in *Index* 3, 1972

- G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano 1982
- G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona*, I, Milano 1984
- G. LOBRANO, *Res publica res populi: la legge e la limitazione del potere*, Torino 1996
- G. LOBRANO, *La alternativa attuale tra i binomi istituzionali: "persona giuridica e rappresentanza" e "società e articolazione dell'iter di formazione della volontà". Una ipo-tesi (mendeleeviana)*, in *Diritto@Storia, Rivista Internazionale di scienze Giuridiche e tradizione romana*, 10 (2011-2012)
- S. LOHSSE, *Ius aderescendi. Die Anwachsung im römische Vermächtnisrecht*, Köln 2008
- G. LOMBARDI, *Il concetto di ius publicum negli scritti di Cicerone*, in *Rendiconti Istituto Lombardo*, 72 (1938-1939)
- G. LOMBARDI, *Appunti di diritto pubblico romano*, Roma 1940-1941
- G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, Roma, 1947
- G. LONGO, «*Utilitas publica*» in *Labeo* 18 (1972).
- G. LUGLI, *Il solco primigenio della 'Roma quadrata'*, *Capitolium* 18 (1943)
- G. LUGLI, *Sulle più antiche orme di Roma*, *Rendiconti dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, serie VIII, 6 (1951)
- G. LURASCHI, *Il Praemium nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano 1983
- G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, *Le 'legis actiones'*, Bologna 1948
- P. MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano. Qualche idea per il nostro tempo*, in *SDHI*, 79 (2013)
- L. MAGANZANI, *La sanctio e i rapporti fra leggi*, in *Leges publicae: La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012
- A. MAGDELAIN, *Ex auctoritate principis respondere*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto: Verona 27-28-29/9/1948*, Milano 1953
- A. MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la sponsio*, Paris 1943
- A. MAGDELAIN, *Le pomerium archaïque et le mundus* in A. Magdelain e Y. Thomas, *Jus imperium auctoritas: Études de droit romain*, Rome, 1990
- G. MANCUSO, *Studi sul decretum nell'esperienza giuridica romana*, in *AUPA* 40 (1988).
- V. MANNINO, *Brevi notazioni a margine dell'arbitrato 'boni viri'*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese* (a cura di L. Garofalo), II, Padova 2003
- D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova 1999
- N. MARINONE, *Questioni romane*, Milano 2007
- S. MARONSKI, *De auguribus romanis*, Neustadt 1859
- J. MARQUARDT, *Le culte chez les romains*, I, Paris 1889
- M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989
- M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in *Scritti Giuridici*, Palermo 2003
- R. MARTINI, *Nugae comitiales I, Un giorno di elezioni a Roma*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, 20 (1984/5)
- R. MASCHKE, *Zur Theorie und Geschichte der Popularklagen*, in *ZSS*, VI (1886)
- G. MASCHKE, *Zur Theorie und Geschichte der römischen Agrargesetze*, Tübingen 1906

- C. MASI DORIA, *Spretum imperium*, Napoli 2000
- A. MASI, voce “*Foedus*”, in *NNDI*, Torino 1961
- A. MASI, s.v. ‘*Diritto internazionale nel diritto romano*’, *Dig. Disc. Pubbl.* 5 (1990)
- A. MASI, *Foedus e comunione di diritto*, in *Spazio e centralizzazione del potere*, III, Roma 1998
- A. MASTROCINQUE, *Romolo (La fondazione di Roma tra storia e leggenda)*, Padova 1993
- A. MASTROCINQUE, *Roma quadrata*, in *MEFRA*, 110 (1998)
- A. MASTROCINQUE, *Romolo alla luce delle nuove scoperte*, in *Roma. Romolo, Remo e la fondazione della città, catalogo della mostra*, Roma 2000
- F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna 2010
- J. MAZEAUD, *La nomination du ‘judex unus’ sous la procédure formulaire à Rome*, Paris, 1933
- A. MAZZACANE, voce *Infamia (storia)*, in *ED*, XXI, Milano 1971
- S. MAZZARINO, *Dalla monarchia allo Stato repubblicano. Ricerche di storia romana arcaica*, Catania 1945
- C. MEIER, v. ‘*Praerogativa centuria*’, in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, Suppl. VIII, Stuttgart 1956
- F.-S. MEISSEL, *Societas: Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main-Wien 2004
- G. MELILLO, *Categorie economiche nei giuristi romani*, Napoli 2000
- L. MERCKLIN, *Die Cooptation der Römer*, Mitau-Leipzig 1848
- A. MERLIN, *L’Aventin dans l’antiquité*, Paris 1906
- M. MICELI, ‘*Governo misto*’, *quartum genus rei publicae e separazione dei poteri*, in *Tradizione romanistica e costituzione*, diretto da L. Labruna; a cura di M. Baccari e C. Cascione, Napoli 2006
- R.E. MITCHELL, *Patricians and plebeians. The origins of Roman State*, Londra, 1990
- S. MOLLÁ NEBOT, ‘*Judex Unus*’. *Responsabilidad judicial e ‘iniuria iudicis’*, Madrid 2010
- A. MOMIGLIANO, *Osservazioni sulla distinzione fra patrizi e plebei*, in *Les origines de la république romaine*, Vandœuvres-Genève 1967
- A. MOMIGLIANO, *Praetor maximus*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino 1968
- TH. MOMMSEN, *Die Stadtrechte der Latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica*, in *Abhandlungen der Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften*, III, Leipzig 1855
- TH. MOMMSEN, *Die Remuslegende*, in *Hermes* (1881)
- TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, I, Leipzig 1885 (= *Le droit public romain*, Paris 1892)
- TH. MOMMSEN *Römisches Staatsrecht*, Leipzig 1874-75, II/1, rist. Graz 1969 Th.
- TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II 2, I edizione, Berlin 1875
- TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, Berlino, 1886 Th.
- TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III-1, Leipzig 1887 Th.
- TH. MOMMSEN *Sopra una iscrizione scoperta in Frisia*, in *BIDR*, 2 (1889) Th.
- TH. MOMMSEN, *Gesammelte Schriften*, Berlin 1905

- L. MONACO, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria in Roma antica*, Napoli 2000
- E. MONTANARI, *Aspetti religiosi dell'imperium in età repubblicana*, in *Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 8 (2009)
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Ginevra 1748
- F. MÜLLER, 'Pater patratu' quid significet, in *Mnemosyne* 55 (1927)
- J. MUÑIZ COELLO, *La política municipal de los Flavios en Hispania: el municipium Irnitum*, in *Studia historica. Historia antiqua*, II-III (1984-1985)
- J.L. MURGA, *Las acciones populares en el municipio de Irni*, in *BIDR*, XXVII (1985)
- D. MUSTI, *Polibio e l'imperialismo romano*, Napoli 1978
- U. NATOLI, v. 'Conflitto di diritti', in *Digesto Discipline Privatistiche – Sez. civile*, III, Torino 1998
- G. NEGRI, *Giudici e 'responsa prudentium' in Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale: princeps e procedure dalle leggi giulie ad Adriano: atti del Convegno internazionale di diritto romano e del 3. Premio romanistico G. Boulvert : Copanello, 5-8 giugno 1996*, a cura di F. MILAZZO, Napoli 1999
- G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, *Le origini*, Catania 1980
- G. NICOSIA, *Dalla creazione di un secondo 'praetor' alla autonomizzazione della 'iurisdictio peregrina'*, in *BIDR*, 106 (2016)
- B. G NIEBUHR, *Römische Geschichte* I, Berlino, 1811.
- P. NOAILLES, *Du droit sacré au droit civit. Cours de droit romain approfondi 1941-42*, Paris 1949
- P. NOAILLES, *Fas et Jus. Études de droit romain*, Paris 1948
- G. NOCERA, *Il potere dei comizi e i suoi limiti*, Roma 1940
- G. NOCERA, *Aspetti teorici della costituzione repubblicana romana*, in *RISG*, 15 (1940)
- G. NOCERA, *Il pensiero giuspubblicistico romano*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, II, Milano 1965
- G. NOCERA, "Iurisprudentia". *Per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma 1973
- G. NOCERA, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, Napoli 1989.
- G. NOCERA, *Ius publicum e ius privatum secondo l'esegesi di Max Kaser*, in *SDHI* 68 (2002)
- G. NOCERA, 'Privato e pubblico', in *ED* 35 (1986)
- D. NÖRR, *Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze*, in *ZSS*, 118 (2001)
- A.O' BRIAN MOORE, v. 'senatus' in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, Suppl. VI, Stuttgart 1935
- P.P. ONIDA, *La causa della societas tra diritto romano e diritto europeo*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* 5 (2006)
- P. P. ONIDA, *Fraternitas e societas: i termini di un connubio*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 6 (2007)
- R. ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto tra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, in *BIDR* 46 (1939)
- R. ORESTANO, *Elemento divino ed elemento umano nel diritto di Roma*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXI (1941)
- R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano. Parte speciale: Su talune concezioni del diritto nell'esperienza giuridica romana*, I ed., Torino 1953

- R. ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino 1959
- R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino 1961
- R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino 1967
- R. ORESTANO, *Il "problema delle persone giuridiche" in diritto romano I*, Torino 1968
- A. ORMANNI, *Il «regolamento interno» del senato romano nel pensiero degli storici moderni sino a Theodor Mommsen. Contributo ad una storia della storiografia sul diritto pubblico romano*, Napoli 1990
- G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano II, Le istituzioni del diritto privato*, Torino 1910
- G. PACCHIONI, *Il jus prohibendi del condomino in due recenti pubblicazioni*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, X, Padova 1912
- G. PADELLETTI, *I giudici nel processo civile romano*, in *AG*, XV (1875)
- E. PAIS, *Storia critica di Roma durante i primi cinque secoli*, I, 1, Roma 1913
- E. PAIS, *Storia critica di Roma durante i primi cinque secoli*, vol. III, Roma 1927
- M. L. PALADINI, *Le votazioni del senato romano nell'età di Traiano*, in *Athenaeum* 37 (1959)
- N. PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato. Lezioni di diritto romano*, Torino 1991
- L. PARETI, *Storia di Roma e del mondo romano*, I, Torino 1952
- J. PARICIO, *Los cuasidelictos. Observaciones sobre su procedimiento historico*, Madrid 1987
- A. PARIENTE, *Notas al vocabulario juridico latino: 3. Arbitr*, in *Ann. de hist. del Derecho español*, 17 (1946)
- M. DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ, *Origine e presupposti del concorso dei creditori a Roma*, in *TSDP*, 4 (2011)
- A. PERNICE, *Parerga I. Zum römischen Gesellschaftsverträge*, in *ZSS*, 3 (1882)
- S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1906-1908
- S. PEROZZI, *Il tutore impubere*, (1917-1918) in *Scritti giuridici*, a cura di U. Brasiello, 3, Milano 1948
- B. PERRIN, *La consecration à Cérès*, in *Studi in memoria di E. Albertario II*, Milano 1953
- A. PETRUCCI, *Il trionfo nella storia costituzionale romana dagli inizi della repubblica ad Augusto*, Milano 1996
- G. PROVERA, *Ancora sul 'ius respondendi' (a proposito dell'edizione tedesca della 'Storia della giurisprudenza romana' di F. Schulz)*, in *SDHI*, 28 (1962)
- G. PUGLIESE, *Il processo civile romano, II, Il processo formulare*, Milano 1963
- G. PUGLIESE, *Res publicae in usu populi e in patrimonio populi nel corso di Gaetano Scherillo sulle cose*, in *Gaetano Scherillo: atti del convegno*, Milano, 22-23 ottobre 1992, Bologna 1994
- G. PUGLIESE, s.v. 'Recuperatores', in *NNDI*, XIV, Torino 1967
- K.A. RAAFLAUB, *Social Struggles in Archaic Rome. New Perspectives on the Conflict of the Orders*, Berkeley 1986
- N. RAMPAZZO, *Osservazioni sulle cause di esenzione dall'officium iudicandi*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, III, a cura di L. Garofalo, Padova 2015
- S. RANDAZZO, *Collegium poena teneatur. Per una verifica del principio 'societas delinquere non potest' nel diritto associativo tardo antico*, in *Iuris Antiqui Historia* 5 (2013)
- S. W. RASMUSSEN, *Public Portents in Republican Rome*, Rome 2003

- M. RICCA-BARBERIS, *L'apprrezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico*, in *AG*, LXX (1903)
- C. RINOLFI, *Liv. 1.20.5-7: pontefici, 'sacra', 'ius sacrum'*, in *Diritto@Storia, Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, IV (2005)
- C. M. A. RINOLFI, *Plebe, pontefice massimo, tribuni della plebe: a proposito di Liv. 3.54.5-14*, in *Ius Antiquum. Drevnee Pravo 20 = Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, 5 (2006)
- U. ROBBE, *La differenza sostanziale fra 'res nullius' e 'res nullius in bonis' e la distinzione delle 'res' pseudo-marcianea*, I, Milano, 1979
- S. ROMANO, *La distinzione fra «ius publicum» e «ius privatum» nella giurisprudenza romana*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940
- A. ROSENBERG, *Studien zur Entstehung der Plebs* in *Hermes*, 48 (1913)
- N. ROSENSTEIN, *Sorting Out the Lot in Republican Rome*, in *AIP*, 116 (1995)
- L. ROSS TAYLOR, *Roman voting assemblies : from the Hannibalic war to the dictatorship of Caesar*, Michigan 1966
- G. ROTONDI, *'Bonorum venditio' (Lineamenti)*, in *Per il XIV centenario delle codificazione giustiniana*, Milano 1938 = s.v. *'Bonorum venditio'*, in *Enc. giur.*, II.1, Milano 1911
- G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912
- G. ROTONDI, *Problemi di diritto pubblico romano*, in *Scritti giuridici*, Milano 1922
- J.-J. ROUSSEAU, *Contrat social*, Amsterdam, 1762
- J. ROUSSIER, rec. a M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, in *IVRA* 10 (1959)
- J. RUBINO, *Über den Entwicklungsgang der römischen Verfassung bis zum Höhepunkte der Republik*, Cassel 1839
- J. RÜPKE, *Domi militiae: die religiöse Konstruktion des Krieges in Rom*, Stuttgart 1990
- D. SABBATUCCI, *Diritto augurale e religione romana*, in *SMSR*, 32 (1961)
- D. SABBATUCCI, *Lo Stato come conquista culturale*, Roma 1984
- D. SABBATUCCI, *La religione di Roma antica dal calendario festivo all'ordine cosmico*, Milano 1988
- O. S SACCHI, *Il privilegio dell'esenzione dalla tutela per le Vestali (Gai. 1.145). Elementi per una datazione tra innovazioni legislative ed elaborazione giurisprudenziale*, in *RIDA*, 50 (2003)
- A. SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari tra diritti diffusi e 'class actions'*, in *'Actio in rem' e 'Actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, a cura di L. Garofalo, Assago 2011
- F. SALERNO, *'Tacita libertas'. L'introduzione del voto segreto nella Roma repubblicana*, Napoli 1999
- B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998
- B. SANTALUCIA, *Le clausole autoprotettive delle leges*, in *Leges publicae: la legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012
- B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994
- C. SANTI, *Sacra facere*, Roma 2008
- R. SANTORO, *Potere e azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA* 30 (1967)
- G. SANTUCCI, F.-S. MEISSEL, rec. a *Societas: Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, in *IVRA* 55 (2004-2005)
- G. SAVAGNONE, *Le corporazioni-fondazioni* in *BIDR* 59-60 (1956)

- F. SAVIGNY, *Üeber die juristische Behandlung der sacra privata bei den Römern und über einige damit verwandte Gegenstände*, in ZGR, II, (1815-1816)
- R. SCEVOLA, *La responsabilità del 'iudex privatus'*, Milano 2004
- J. SCHEID, *Le prêtre et le magistrat. Réflexions sur les sacerdoxes et le droit public à la fin de la République*, in AA.VV., *Des ordres à Rome* (sous la directions de C. NICOLET), Paris 1984
- J. SCHEID, *La religion des Romains*, Paris, 2010
- G. SCHERILLO, *La critica del Codice Teodosiano e la legge delle citazioni di Valentiniano III*, in SDHI, 8 (1942)
- G. SCHERILLO, *La 'bonorum venditio' come figura di 'successio'*, in IVRA, IV (1953)
- G. SCHERILLO, A. DELL'ORO, *Manuale di storia del diritto romano*, Milano 1967
- A. SCHIAVONE (a cura di), AA.VV., *Storia giuridica di Roma*, Torino 2016
- R. SCHILLING, *Romulus l'élú et Rémus le réprouvé*, REL, 38 (1960)
- M. SCHULIEN, *Elementi non autoctoni nella religione romana* in *Annali lateranensi VII* (1944)
- F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, (tr. G. NOCERA), Firenze 1975
- V. SCIALOJA, *Prefazione*, in C. BRUNS, *Le azioni popolari romane*, in AG, 28 (1882); ora in *Studi giuridici I*, Roma 1933
- P. SCIUTO, *I limiti alla competenza dei magistrati municipali in materia di datio tuoris*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VII, Milano 2007
- E. SECKEL - B. KÜBLER, *Gai Institutionum commentarii quattuor*<sup>7</sup>, Lipsiae 1935
- G. SEGRÉ, *La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali*, Torino 1931
- F. SERRAO, Voce "Legge" (diritto romano), in ED XXIII, Milano 1973
- F. SERRAO, *Classi, partiti e legge nella Repubblica romana*, Pisa 1974
- F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, Napoli 1984
- W. SIMSHÄUSER, *Stadtrömisches Verfahrensrecht im Spiegel der 'lex Irnitana'*, in ZSS, CIX (1992)
- F. SINI, "Fas et iura sinunt" (Virg., 'Georg.' 1, 269). *Contributo allo studio della nozione romana di 'fas'*, I, Sassari (1984)
- F. SINI, *Negazione e linguaggio precettivo dei sacerdoti romani*, in *Arch. stor. e giur. di Sassari* 4 (1997)
- F. SINI, *Bellum, fas, nefas: aspetti religiosi e giuridici della guerra (e della pace) in Roma antica*, in *Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 5 (2004)
- F. SINI, *Religione e poteri del popolo in Roma repubblicana* in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 6 (2007)
- F. SINI, *Persone e cose: res communes omnium. Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica*. in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, 7 (2008)
- R. SIRACUSA, *La nozione di «universitas» nel diritto romano*, Milano 2016
- O. SKUTSCH, *The Annals of Quintus Ennius*, Oxford 1985
- S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*, Napoli 1931
- S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio. Seconda puntata*, in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia 1934 (= S. Solazzi, *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli 1972)
- S. SOLAZZI, "Tutoris auctoritas" e "consortium", in SDHI, 12 (1946)

- S. SOLAZZI, *La forma della «tutoris auctoritas» e della «patris auctoritas»*, in *IVRA* 2 (1951)
- S. SOLAZZI, *Sul recesso del socio*, in *IVRA* 2 (1951)
- S. SOLAZZI, *Scritti di diritto romano*, III, Napoli 1960
- L. SOLIDORO MARUOTTI, *I più antichi divieti di riunione: gruppi, ripartizioni sociali e potere regio nelle istituzioni romane arcaiche*, in *Index* 29 (2001)
- L. SOLIDORO MARUOTTI, *Il «civis» e le acque*, in *Index*, 39 (2011)
- C. SOLIMENA, *Plinio il Giovine e il Diritto pubblico di Roma*, Napoli 1905
- G.P. SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, 2, Milano 1972
- E. S. STAVELEY, *Greek and Roman Voting and Elections*, London 1972
- A. STEINWENTER, *Utilitas publica utilitas singulorum*, in *Festschrift P. Koschaker zum 60*, I (1939)
- G. H. STEVENSON, *Roman Provincial Administration*, Oxford 1949
- E. STOLFI, *Dal ius controversum alle antinomie*, in *Le antinomie «necessarie». L'ordinamento giuridico romano tra istanze sistematiche e contraddizioni irrisolte. Atti del Convegno Internazionale di diritto romano (Copanello, 1-4 giugno 1988)*, a cura di F. Milazzo, Napoli 1990
- A. STROPPIA, *Storia romana*, Milano 1998
- J. STROUX, *Eine Gerichtsreform des Kaisers Claudius*, München 1929
- M. TALAMANCA, *La vendita all'incanto nel processo civile romano*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, II, Milano 1956
- M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di «compromissum»*, Milano 1958
- M. TALAMANCA, *L'arbitrato romano dai «veteres» a Giustiniano*, (rec. di K. H. Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*), in *Labeo* 20 (1974)
- M. TALAMANCA, *La filosofia greca e il diritto romano*, Roma 1977
- M. TALAMANCA, *Obbligazioni (diritto romano)*, in *ED. XXXIX*, Milano 1979
- M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano 1989
- M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990
- M. TALAMANCA, *Società in generale (diritto romano)*, in *ED. XXXVII*, Milano 1990
- M. TALAMANCA, Voce «Società», in *ED. XLII*, Milano 1990
- M. TALAMANCA, s.v. «Vendita» (diritto romano), in *ED. XLVI*, Milano 1993
- M. TALAMANCA, s.v. «Vendita» (diritto romano), in *ED. XLVI*, Milano 1993
- M. TALAMANCA, *Il corpus iuris giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso* II, Padova 1995
- M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in *BIDR*, CI-CII (1998-1999)
- M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 5-8 giugno 1996)*, Napoli 1999
- M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano 2001
- J.A.C.THOMAS, *Solutio societatis ex actione and dissensus sociorum* in *TLR* (1973 -74)

- J. THORNTON, *La costituzione mista in Polibio* in AA.VV. *Governo Misto:ricostruzione di un'idea*, a cura di F. DOMENICO, Napoli 2011
- S. TONDO, *Il consorzio domestico nella Roma antica*, in *Atti e Memorie della Accademia La Colombaria*, 40 (1975)
- A. TORRENT, 'Pretium certum': *determinación del precio 'per relationem'*, in *BIDR*, 98-99 (1995-1996)
- G. TURELLI, *Polisemia di un gesto: l'emittere hastam dei duces e dei feziali*, in *RIDA* 55 (2008)
- G. TURELLI, *"Audi Iuppiter": il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana*, Milano 2011
- L. VACCA, *Casistica e sistema da Labeone a Giuliano*, in *Ius controversum e auctoritas principis: giuristi, principe e diritto nel primo impero : atti del Convegno internazionale di diritto romano e del 4° Premio romanistico G. Boulvert : Copanello, 11-13 giugno*, a cura di F. MILAZZO, Napoli 2003
- L. VACCA, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, in Id. (a cura di) *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti: profili storico-comparatistici: seminario ARISTEC*, Perugia, 25-26 giugno 1999, Torino 2000
- R. VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, Milano 1941
- I.M.J. VALETON, *De templis Romanis*, in *Mnemosyne*, XXIII (1895)
- F. VALLOCCHIA *Collegi sacerdotali ed assemblee popolari nella repubblica romana*, Torino 2008
- F. VALLOCCHIA, *Manio Valerio Massimo, dittatore e augure*, in *Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 7 (2008)
- F. VALLOCCHIA, *Appunti su bonum et aequum e conventio-consensus tra ius e societas*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, 11 (2013)
- F. VALLOCCHIA, *Sacerdozio, magistratura e popolo*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 8 (2009)
- F. VALLOCCHIA, *Peuple, sacerdoce, magistrature*, in AA.VV., *Pouvoir civil et pouvoir religieux. Entre conjonction et opposition* (sous la direction de J. BOUINEAU), Paris 2010
- F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani*, I-II, Napoli 2012
- F. VALLOCCHIA, rec. a G. TURELLI, *"Audi Iuppiter": il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana*, in *IVRA, Rivista internazionale di Diritto romano e antico*, 61 (2013)
- F. VALLOCCHIA, Voce 'Legge (Concetti e sistema)', in *Enciclopedia della bioetica e scienza giuridica*, 7 (2014)
- F. VALLOCCHIA, *Acque e poteri, divini e umani, a Roma dalla repubblica all'impero*, in *Città & Storia*, 10, 1 (2015)
- F. VALLOCCHIA, *Qualche riflessione su publicum-privatum in diritto romano*, in *RISG* 7 (2016)
- C. VENTURINI, *El juez en Roma: Funciones y responsabilidad*, in C. VENTURINI - M. FUENTESECA DEGENEFFE, *El juez en Roma: Funciones y responsabilidad*, Madrid 2010
- M. VERZAR, *L'umbilicus Urbis: il mundus in età tardorepubblicana*, *DialA*, 9-10 (1976-1977)
- G. VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori*, Torino 2015
- G. VICO, *De nostri temporis studiorum ratione*, Napoli 1709
- P. VOCI, *Diritto ereditario romano 2. Parte speciale: successione ab intestato, successione testamentaria*, II ed., Milano 1963
- P. VOCI, *Diritto ereditario romano 1. Introduzione, parte generale*, II ed., Milano 1967
- P. VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini*, in *IVRA* 21 (1970) e in *Studi in memoria di Guido Donatuti III*, Milano 1973

- E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961
- E. VOLTERRA, v. 'Senatus consulta', in *NNDI*, XVI, Torino 1969.
- E. VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni*, in *Scritti giuridici*, VI. *Le fonti*, Napoli 1994 = *Atti della Accademia Nazionale dei lincei. Rendiconti. Classe di scienze morali, storiche e filologiche*, XXVII (1983)
- U. VON LÜBTOW, *Bemerkungen zum Problem der juristischen Person* in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, 2, Milano 1954
- A. WAGNER, *Qui désignait le premier interroi?* in *Revue de l'instruction publique en Belgique* (1887)
- A. WATSON, 'Ius Aelianum' and 'tripertita', in *Labeo* 19 (1973)
- F. WEIACKER, *Societas Hausgemeinschaft und Erbsgesellschaft*, Weimar 1936
- L. WENGER, *Bernard Kübler*, in *ZSS*, LXI (1941)
- F. WIEACKER, *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts*, in *ZSS*, 54 (1934)
- P. WILLEMS, *Le droit public romain*, Louvain, 1883
- P. WILLEMS, *Le sénat de la république romaine*, Paris 1885
- P. ZAMORANI, *La plebe nei primi due secoli della Repubblica*, Ferrara 1979
- F. ZUCCOTTI, *La sanctio legis e i limiti posti dallo ius sacrum al potere legislativo dei comizi*, in *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi IV*, Napoli 2007

*Indice delle fonti*

---

ANTHOLOGIA PALATINA		41, 43, 1-3	17
9, 219	10	44, 53, 7	135
APPIANUS		CASSIUS HEMINA	
<i>Bella civilia</i>		<i>Annalium fragmenta</i> (Peter)	
1, 59	56, 187	1, 101, 11	7, 8
ASCONIUS PEDIANUS		CATO CENSORIUS	
<i>Orationum Ciceronis quinque enarratio</i> (Clark)		<i>orig.</i> (Peter)	
17	76, 178	18	13
20	169	CICERO	
59	189	<i>ad Brut.</i>	
43-44	192	1, 5, 4	10, 11
97	76, 178	<i>ad Q. fr.</i>	
PS. ASCONIUS		1, 14, 3	189
<i>In Verr. act. II</i> (Stangl)		2, 6, 5	189
189	76, 178	3, 2, 2	189, 190
PS. AURELIUS VICTOR		<i>Arch.</i>	
<i>origo gentis Romanae</i>		12	35
23, 1	8	<i>Att.</i>	
CAESAR		1, 14, 5	192
<i>Gall.</i>		1, 16, 3	76, 178
6, 1	72	1, 16, 10	193
7, 33, 3	172	3, 23, 3	70
CASSIUS DIO		4, 2	191
<i>Historia Romana</i>		4, 3, 3	191
2, 67, 1	143	4, 16	190
4, 20, 3	118	7, 1, 4	191

7, 3, 5	191	2, 6, 12	189
8, 15, 3	72, 150	3, 6, 13	190, 191
9, 5, 2	191	3, 21	173
9, 9, 3	74	4, 13	35
13, 47, 2	189	<i>Cato</i>	
<i>Balb.</i>		11, 38	7
15	29	14, 49	35
21	35	23, 82	35
33	169	<i>Cluent.</i>	
34	29	44	35
59	35	120	104, 268
60	35	146	89
<i>Brut.</i>		<i>de orat.</i>	
55	186	1, 11	35
80	35	1, 23	35
202	35	1, 40	35
218	190	1, 60	35
233	35	1, 61	35
273	35	2, 5	35
276	35	2, 17	35
304	35	2, 25	35
313	35	2, 26	35
316	35	2, 53	35
<i>Cael.</i>		2, 54	35
39	35	2, 56	35
116	35	3, 2	35
<i>Catil.</i>		3, 4	35
1, 7, 16	189	3, 8	35

3, 45	35	14	10
3, 53	35	37	173
3, 59	35	41	133
3, 60	35	43	82
3, 61	35	49	31
<i>Deiot.</i>		79	70
5	35	136	126
<i>div.</i>		143	132
1, 2, 3	10	<i>epist.</i>	
1, 2, 4	190	1, 2, 1	192
1, 3	7	1, 2, 3	190
1, 16, 28	10	5, 2, 9	191
1, 26, 55	190	8, 8, 5	190
1, 33	17	8, 13, 2	192
1, 42, 94	10	10, 12, 3	190, 192
1, 45, 103	142	10, 13, 1	191
1, 73	35	10, 16, 1	190
1, 103	183	12, 2, 3	189
1,107	7	12, 30, 14	188
2, 41, 85-87	78, 141	13, 77, 1	189
2, 83	183	<i>fat.</i>	
2, 262	35	17	35
<i>div. in Caec.</i>		<i>fin.</i>	
33.95	60, 69, 70	1, 27	35
41	35	2, 39	35
<i>dom.</i>		2, 68	35
1	11, 58, 81, 82, 114, 126, 131	3, 2	35
2	83	3, 41	35

<i>Flacc.</i>		2, 30	133
7	35	3, 3, 9	10
14	35	3, 3, 10	73, 148, 166
18	35	3, 4, 11	73, 148, 190
<i>har. resp.</i>		3, 8, 19	175
12	109, 122, 146, 275	3, 11, 3-5	117
13	82	3, 12, 27	166
14	133	3, 19	169
<i>inv.</i>		3, 23	175
1, 17	35	3, 171	35
2,104	35	3,156	35
2, 100	35	3,157	35
2, 114	35	<i>leg. agr.</i>	
2, 125	35	1, 27	35
2, 150	35	2, 7, 17-18	26, 38, 52, 58, 78,81, 114, 115,
<i>Lael.</i>			128, 137, 138
34	35	2, 7, 19	76, 138
3, 12	190	2, 8, 20	78
<i>leg.</i>		2, 9, 22	78, 139
1, 6, 20	28	2, 11, 27	166
1,11	35	2, 11, 28	81
1, 23	58	2, 12, 31	77
1, 30	10	2, 79	86
2, 4, 9	30	2, 91	35
2, 8, 18	30	2, 102	34
2, 8, 20	166	3, 1	35
2, 8, 20-21	129, 202	3, 12, 27	166
2, 23, 58	12	<i>Manil.</i>	

9, 36	35	1, 90	35
<i>Marcell.</i>		1, 124	197
3, 5	35	1, 132	35
<i>Mil.</i>		1, 133	35
10	190	1, 136	35
14	192	1, 137	35
43	35	1, 146	35
<i>Mur.</i>		1, 152	35
2	82	2, 169	35
8	35	2, 209	35
11	35	2, 232	35
14	35	2, 241	35
19	35	3, 29, 106	197
22	35	3, 31, 111	197
23	77	<i>opt. gen.</i>	
34	35	7, 20	35
56	35	7, 22	35
<i>nat. deor.</i>		90	35
1, 122	133	<i>orat.</i>	
2, 2, 6	190	37	35
2, 4, 11	10	45	35
2, 11	17	59	35
3, 40, 94	17	85	35
<i>off.</i>		95	35
1, 26	35	109	35
1, 58	35	212	35
1, 68	35	<i>p. red. in sen.</i>	
1, 87	35	5, 11	67, 171

<i>part.</i>		5, 7, 19	190
7	35	5, 32	35
69	35	5, 53	83
89	35	8, 7	35
95	35	10, 2, 5	191
99	35	14, 18	35
37	35	<i>Pix.</i>	
104	35	3, 6	189
104	35	5, 10	66, 171
108	35	39, 94	178
124	35	<i>Planc.</i>	
129	28, 33	5	35
130	28, 53, 62, 114, 126	6	35
<i>Phil.</i>		14	190
1, 5, 11-12	189, 190	15	35
1, 8, 20	178	16	35
2, 2	35	17	35
2, 2, 4	137	26	117
2, 32, 80	68	30	191
2, 44, 112	189	35	35
2, 7	35	36	178
2, 8, 19	189	48	35
2, 82	86, 118, 183	49	86
3, 8, 19	190	54	35
3, 8, 20	191	77	35
5, 2, 5	191	78	35
5, 7, 18	189	89	35
5, 7, 19	190	<i>prov.</i>	

19, 46	67, 171	104	35
<i>Quinct.</i>		130	35
21	35	<i>Sest.</i>	
<i>rep.</i>		33	35
1, 2, 2-3	31	36	35
1, 21, 24	28	49	277
1, 25, 39	8, 30, 52, 89, 225	55	91
1, 45, 69:	88	56	166
2, 1, 2	26, 89	72	156
2, 2	28	91	227
2, 2, 4	7	98	166
2, 12, 23-24	168	129	191
2, 22, 39	56, 84, 180	137	67
2, 26	145	<i>Sull.</i>	
2, 31, 55	71, 72, 149	49	35
2, 32, 56	71, 147	<i>top.</i>	
2, 34, 59	156	28	33
2, 57, 59	157	29	33
3, 45	173	95	35
6, 13, 13	21	<i>Tusc.</i>	
<i>Scarr.</i>		2, 4	35
34	35	2, 51	35
39	35	2, 54	35
40a	35	2, 57	35
44	35	2, 65	35
47	35	3, 25	35
58	35	5, 77	35
86	35	<i>Vatin.</i>	

15	35	6, 31577	12
17-18	66	6, 31614-5	12
23	35	6, 4416	213
<i>Verr.</i>		10,797	199
2, 2, 5	155	CORPUS IURIS CIVILIS	
3, 127	79, 115	<i>Institutiones</i>	
		1, 1, 4	24
CODEX THEODOSIANUS		1, 2, 5	20
1, 4	278	1, 23, 5	218
1, 4, 1	35	2, 1, pr	230
1, 4, 3	110	2, 1, 1	209
1, 29, 5	35	2, 1, 7	209
2, 6, 5	35	2, 7, 4	237
2, 8, 1	35	3, 13, 2	77
2, 18, 1	35	3, 22, 1	245
4, 4, 2, 1	35	3, 23, 1	258
5, 1, 7, 1	35	3, 23, 2	24
6, 26, 11	35	3, 25, 9	248
7, 3, 2	35	3, 26, 11	254
12, 7, 2	35	4, 6, 2	24
15, 10, 1	35	4, 6, 5	24
16, 2, 23	35	4, 15, 5	35
16, 8, 22	35	<i>const. Tanta</i>	
COLLATIO LEGUM MOSAICARUM ET ROMANARUM		10	278
10, 2, 3	255	15	279
CORPUS INSCRIPTIONUM LATINARUM		19	278
1, 2, 85	30	<i>Digesta</i>	
1, 43, 196	189	1, 1, 1 pr.	33

1, 1, 1, 2	24, 28, 50, 51, 62, 114, 125	2, 14, 6	107, 271
1, 1, 1, 3	230	2, 14, 7, 17	101, 262
1, 1, 10, 2	7	2, 14, 7, 18	121, 262
1, 1, 11	27	2, 14, 7, 19	101, 261
1, 2, 1	6	2, 14, 8	95, 262
1, 2, 2, 3	49	2, 14, 10 pr.	102
1, 2, 2, 6	108, 122, 274	2, 14, 38	61, 212
1, 2, 2, 7	20, 109, 75	3, 3, 43, 2	231
1, 2, 2, 8	56, 185	3, 4, 1	98
1, 2, 2, 9	20	3, 4, 1, 1	90, 213
1, 2, 2, 12	118, 186	3, 4, 1, 2-3	91
1, 2, 2, 13	273	3, 4, 7, 1	120, 214
1, 2, 2, 16	27	3, 4, 7, 2	212, 216
1, 2, 2, 17	147	4, 5, 6	28
1, 2, 2, 25	195	4, 8, 1	122, 271
1, 2, 2, 35	276	4, 8, 1, 2	107
1, 2, 2, 38	276	4, 8, 3, 1	273
1, 2, 2, 46	28	4, 8, 11, 2	272
1, 2, 2, 49	109, 110, 123, 276	4, 8, 11, 3	272
1, 3, 8	32	4, 8, 13, 2	272
1, 5, 2	32	4, 8, 15	273
1, 8, 2, pr.	229	4, 8, 17, 6	146
1, 8, 2, 1	209	4, 8, 21, 7	272
1, 8, 6, 1	213	4, 8, 32, 6	272
1, 8, 6, 2	209	5, 1, 12, 2	268
1, 8, 8, pr.-1	201	5, 1, 18	265
2, 13, 9	248	5, 1, 56	257
2, 14, 7, 19	261	5, 1, 58	103, 265

5, 1, 76	77, 211	17, 2, 8	244
5, 1, 78	268	17, 2, 13	243
7, 5, 2, 1	77	17, 2, 14	249
8, 2, 26	33	17, 2, 3, 1	244
8, 2, 27, 1	240	17, 2, 17, 1	250
10, 2, 1, pr.	239	17, 2, 31	97, 246
10, 3, 28	38, 40, 148, 240, 241	17, 2, 35	250
10, 3, 24,	238	17, 2, 52, pr.-1	244
11, 6, 1 pr.	33	17, 2, 52, 2-3	248
12, 6, 43	33	17, 2, 58, 2	251
13, 6, 5, 15	94	17, 2, 59, pr	98, 250, 251
16, 3, 14 pr.	95	17, 2, 63, pr	235, 242, 248
17, 1, 1, 1	245	17, 2, 63, 8	98, 251
17, 1, 8, 3	255	17, 2, 63, 10	97, 121, 247
17, 1, 8, 10	99, 255	17, 2, 63	98, 248
17, 1, 12, 9	121, 255	17, 2, 65, 1	251
17, 1, 15,	253	17, 2, 65, 2	244
17, 1, 20,	255	17, 2, 65, 3	121, 249
17, 1, 22, 11	253	17, 2, 65, 5	249
17, 1, 26, 6	255	17, 2, 65, 12	251
17, 1, 26, pr.	255	17, 2, 59	98
17, 1, 26, 7	255	17, 2, 71	244
17, 1, 27, 2	253	17, 2, 76	258, 259
17, 2, 4	245	17, 2, 79	259
17, 2, 4, 1	247	18, 1, 1, 2	245
17, 2, 5, pr.	243	18, 1, 6 pr.	209, 227
17, 2, 6	100	18, 7, 5	16
17, 2, 7	243, 244	19, 2, 24	259

24, 1, 32, 13	246	35, 1, 15	246
26, 2, 12	220	35, 2, 15	31
26, 2, 15	220	39, 1, 5, 19	28
26, 2, 27	218	39, 3, 10	95
26, 2, 34	120	39, 5, 31, pr.	246
26, 5, 10	218	41, 1, 14, pr	209, 227
26, 5, 27, pr	220	41, 2, 1, 3	247
26, 7, 3, 4	220	41, 3, 30 pr.	77
26, 7, 3, 9	221	41, 7, 3	121, 237
26, 7, 4,	220, 221	42, 1, 39	263
26, 7, 9, 8	220	43, 1, 1 pr.	120
26, 7, 33, 2	223	43, 2, 1 pr.	120
26, 7, 36	221	43, 8, 3, pr.	209, 227
26, 7, 38	223	43, 8, 3, 1	228
26, 7, 39, 3	220, 222	43, 12, 4	28
26, 7, 39, 5	223	43, 16, 1, 14	100, 121, 256
26, 7, 39, 7	220, 222	43, 20, 1, 26	33
26, 7, 39, 10	223	43, 23, 1, 15	228
26, 7, 51	221	44, 2, 11, 7	215
26, 7, 55 pr.	220, 223	44, 7, 5, 4	265
26, 8, 4	221	44, 7, 52, 10	245
26, 10, 8	222	44, 7, 20	35
27, 3, 1, 11	223	44, 7, 57	243
27, 8, 1, 9	31	45, 3, 1, 4	238
27, 8, 5	219	46, 3, 81, 1	95
28, 1, 3	28	45, 3, 5 pr.	95, 237
34, 4, 44	100	46, 1, 22	211
34, 5, 20	91	46, 3, 12, 4	100, 256

46, 3, 34, 3	253	6, 27, 5, 1	35
46, 6, 12	219	6, 3, 27	101
47, 10, 13, 7	229	7, 7, 1, 1b	96, 237
47, 22, 4	91, 212	8, 53, 34, 2	35
47, 23, 1	232	10, 73, 2	35
47, 23, 2,	231, 234	DIONYSIUS HALICARNASENSIS	
47, 23, 3, 1	234	<i>antiquitates Romanae</i>	
47, 23, 4	234	1, 87, 3-4	15
49, 14, 6 pr.	28	1, 88, 8	15
49, 14, 45, 4	28	4, 13	18, 19
50, 1, 25	40	4, 13, 3	18
50, 5, 13, 3	265	4, 84, 4	71
50, 16, 25, 1	77, 94, 236	5, 19, 4	27
50, 16, 85	46, 90, 120, 146, 215	5, 23, 2	17
50, 16, 173	40	6, 57	149
50, 16, 215	82	6, 89	64
50, 17, 30	247	6, 89, 1	156
50, 17, 45, 1	125	7, 14	156
<i>Codex</i>		8, 31, 4	156
1, 9, 15	35	9, 1, 4	66
2, 11, 18	35	9, 46, 1	156
4, 37, 2	246	10, 31	156, 176
4, 37, 5	97	10, 34	66
4, 38, 15	258	10, 50, 1-2	27
4, 44, 8	35	ENNIUS	
5, 4, 24	35	<i>Ann.</i>	
5, 52, 2, 3	219	79-81	11
6, 24, 8	91	97-100	6

157	15	1, 2	34, 118, 195, 274
478	20	1, 3	52, 56, 88, 118, 172, 185
FESTUS GRAMMATICUS		1, 4	195
<i>de verborum significatione quae supersunt cum Pauli epitome</i> (Lindsay)		1, 7	110, 123, 277
		1, 8	51, 90, 120, 208
' <i>contio</i> ' (30, 19-20)	82, 132, 179	1, 130	129
' <i>cum imperio</i> ' (43)	130, 174	1, 185	216
' <i>cum potestate</i> ' (43)	130, 174	1, 186-187	217
' <i>maiolem consulem</i> ' (154)	75	1, 200	222
' <i>maximam praetorem</i> ' (152)	75	2, 2	209, 224
' <i>pater patrimus</i> ' (266)	201	2, 3	209
' <i>popularia sacra</i> ' (298.26)	80, 115, 133	2, 8	209
' <i>publica sacra</i> ' (284.18)	80, 115, 132	2, 10	90, 209, 224, 228
' <i>prohibere comitia</i> ' (268)	10	2, 11	90, 209, 224, 228
' <i>Sacer mons</i> ' (424)	158	2, 12-14	208
' <i>sagmina</i> ' (424, 426)	201	2, 95	99
FLORUS		2, 144	101
<i>epit.</i>		2, 163	260
1, 1, 6	8	2, 191	34
1, 23	156	3, 78	261
FRAGMENTA VATICANA		3, 114	129
197-198	103, 266	3, 121	223
228	223	3, 135	245, 252
FRONTINUS		3, 136	245, 252
<i>aq.</i>		3, 140	100, 121, 257
94, 3-5	228	3, 148	244
GAIUS		3, 151	97, 246, 249
<i>institutiones</i>		3, 151-154	97

3, 152	97, 250	13, 14, 1	16
3, 153	97, 251	13, 14, 3	18
3, 154a-b	93, 97, 121, 236, 241, 245, 251	13, 14, 5	8
3, 159	253	13, 15, 1	67
3, 160	254	13, 15, 2-7	35, 54, 73, 81, 117, 167
4, 17	94	13, 15, 4	10, 74, 117
4, 62	97, 99, 121, 248, 255	13, 16, 1-3	117, 167, 179
4, 86	215	14, 3, 9	35
4, 139	77	14, 5	35
4, 166	35	14, 5, 4	35
4, 182	248, 255	14, 5, 6	11
GELLIUS		14, 7, 2	188
<i>noctes Atticae</i>		14, 7, 4	188
1, 9, 12	93, 238	14, 7, 6	117
1, 11, 16	35	14, 7, 6-13	85
1, 12, 11	79, 115, 143	14, 7, 9	190, 191
1, 12, 12	79	14, 7, 10	190
1, 9, 12	93	15, 27, 4	17, 185
2, 15, 8	72	15, 27, 4	17, 179
2, 2, 13	74	15, 27, 5	179
4, 10, 8	191	18, 7	21
5, 13, 6	83	20, 6, 11	35
5, 7	210	HORATIUS	
6, 14, 8	190	<i>ars</i>	
6, 21, 2	190	395-6	27
10, 20, 5	52, 77, 118, 136, 155, 164	<i>epist.</i>	
12, 13, 26	35	1, 19, 37	155
13, 14	18	INSCRIPTIONES LATINAE SELECTAE	

5004	199	1.6	7, 8
ISIDORUS		1, 7	8
<i>orig.</i>		1, 7, 3	15
5, 2, 2	128	1, 8	8, 20
8, 9, 19	164	1, 8, 1	8
LEGES		1, 12, 4	166
<i>lex Acilia repetundarum</i>		1.17.1	195
12	76	1, 18	8
31	76	1, 18, 6	11
<i>lex duodecim tabularum</i>		1, 18, 9	166
5, 3	27	1, 20, 5-7	127
6, 1	27	1, 23, 10	198
8, 27	27	1, 24, 2	198
<i>lex Imitana</i>		1, 24, 4	7, 198
86, 9B, 43-49, 9C, 1-28	103, 266	1, 24, 5	199
87, 30	104	1, 24, 6	119, 200
87, 33-41	105, 267	1, 24, 7	200
87, 41-43	269	1, 24, 8	200
87, 51	104	1, 24, 9	200
88	122	1, 30	20, 189
88, 2-13	106, 270	1, 32, 1	10, 168
93	268	1, 32, 6	84, 119, 200, 203
<i>lex Latina tabulae Bantinae</i>		1, 32, 7-10	84, 119, 203
3	27	1, 32, 11	84, 200, 205
<i>lex Papia de Vestalium lectione</i>	143	1, 32, 12	84, 204, 205, 206
<i>lex Quinctia de aquaeductibus</i>	184	1, 32, 13	84, 204, 206
LIVIVS		1, 32, 14	84, 204, 206
<i>ab Urbe condita libri</i>		1, 35, 6	20

1, 36, 6	10	3, 34	30
1, 43, 1-10	84	3, 34, 6-8	64, 116
1, 43, 10	118	3, 38	190
1, 44, 3	16, 18	3, 52	35
1, 45, 1	21	3, 54, 9	169
2, 1	72	3, 55	159, 169
2, 1, 7	71	3, 55, 10	64, 116, 157
2, 1, 8	71	3, 55, 14	170
2, 8, 6	152	3, 64	35
2, 10, 1	17	3, 65	35
2, 18, 8	149	3, 70, 1	72, 150
2, 26, 5	191	3, 71	35
2, 27, 5-6	73, 152	4, 2	35
2, 28, 2	191	4, 2, 5	10
2, 31, 8	190, 191	4, 4, 4	20
2, 32	156	4, 6	35
2, 33, 1-2	156	4, 6, 1	135, 172
2, 36	190	4, 6, 2-3	135
2, 40, 14	151	4, 7b	35
2, 44, 2	66, 176	4, 16	65
2, 48, 5	151	4, 21, 10	73, 152
2, 56, 11	163	4, 25	35
2, 56, 13	163	4, 26, 11	152
2, 58, 1	156	4, 42, 7	173
3, 5, 3	185	4, 46, 3	72, 150
3, 19	35	4, 48, 4-5	65
3, 21, 8	69	4, 50	35, 190
3, 30	35	4, 57	35

5, 2	35	8, 18	190
5, 9, 7	174	8, 33	35
5, 10	35	8, 35	35
5, 17, 3	10	9, 8, 1	71, 149
5, 29, 6	176	9, 10, 7	202
5, 29, 6	66	9, 10, 9	202
5, 31, 7	10	9, 26	190
5, 41	35	9, 46, 2	159
5, 51	35	10, 6, 3	136
5, 52, 4	134	10, 6, 6	145
5, 52, 9	10	10, 8, 9	172
5, 52, 15	10	10, 8, 1-2	136
6, 5, 6	10	10, 8, 3	145
6, 36	35	10, 9, 2	145
6, 41, 4	10	10, 23	35
6, 41, 5	164, 168	10, 24	35
6, 41, 6	10	10, 24, 10	151
6, 41, 7	173	10, 37a	35
6, 42, 10	135, 172	10, 37,12	176
6, 42, 11-12	135	10, 39, 8	165
7, 1, 5-6	74	21, 6	190
7, 17b	35	21, 7	147
7, 17, 2	27	21, 63	35
7, 17, 10-12	52, 54	22, 1	190
7, 42	156	22, 42, 8	165
8, 9, 6	82	22, 52	190
8, 12, 15	185, 186	22, 61	35
8, 13, 16	20	24, 7, 10	115, 142

24, 8	115, 142	30, 26, 10	129
24, 9, 3	115, 142	30, 40	35
24, 10, 1-2	153	31, 6	193
24, 44, 10	74	31, 8	72, 150
24, 45, 13	72, 150	31, 9	146
25, 3, 15	177	32, 8, 1	151
25, 4	190	33, 2	35
26, 10	190	33, 22	192
26, 22, 3	115, 142	33, 44, 3	129
26, 22, 7	181	34, 55	188
26, 22, 4-13	115	35, 6, 1-4	73, 152
26, 27	190	35, 31	35
26, 29	63, 116, 153	35, 45	35
26, 33, 14	118, 188	36, 3	35, 190
26, 48	35	36, 3, 7-12	203
27, 6, 11	115, 142	36, 32	35
27, 8, 4	129	37, 1	63
27, 11	35	37, 1, 7	151
27, 16, 15	165	37, 47	35
27, 25	35	37, 47, 8	129
27, 36, 5	129	37, 51	35, 59, 81
28, 9	190	37, 51, 1-4	114, 130
28, 11	81	37, 57	35
28, 38, 12	151	38, 50b	35
28, 45	191	39, 32	35
29, 27, 2-3	166	39, 36	35
29, 38, 6	129	39, 38	35
30, 1, 2	151	39, 39	35, 190

39, 40	35	48, 11	190
40, 1	72, 150	LUCANUS	
40, 17, 8	151	<i>bell. civ.</i>	
40, 29, 13	218	3, 103	75
40, 35	190	MACROBIUS	
40, 37	190	<i>Saturn.</i>	
40, 42	35	1, 4, 18	190
41, 16, 5	165	1, 5, 14	190
41, 18	72, 151	1, 15	83
41, 18, 7-8	141	5.9.13	13
41, 28	35	OVIDIUS	
41, 28, 7	129	<i>fast.</i>	
41,6	35	3, 31	10
41, 6, 1	151	4.635	80
42, 10	35	4.725	80
42, 10, 2	72, 150	4, 819	15
42, 23	35	4, 821	14
42, 31, 1	151	<i>met.</i>	
42, 32	35	3, 336	35
42, 43b	35	14, 784	35
42, 49	193	PAULI SENTENTIAE	
42, 118	189	2, 15, 1	254
43, 12, 1	151	4, 13, 3	218
43, 16	35, 190	PLAUTUS	
43, 35	190	<i>Asin.</i>	
44, 17, 5	151	2, 4, 88	12
44, 21	190	<i>Cas.</i>	
45, 15, 10	129	343-349	142

412-417	142	62	200
<i>Poen.</i>		<i>Rom.</i>	
3, 514	155	9	15
PLINIUS MINOR		10	15
<i>epist.</i>		11, 1-5	13, 14
2, 11, 22	193	<i>Tib.</i>	
2, 11, 24	193	15	64
2, 12, 5	194	POLYBIUS	
3, 20, 2	194	<i>historiae</i>	
3, 20, 4-5	194	6, 11	53, 88
3, 20, 8	194	6, 13-17	196
8, 14, 19	192	6, 18	72, 150
16, 37	185	PROPERTIUS	
PLUTHARCUS		<i>elegiae</i>	
<i>Aem. Paul.</i>		2, 1, 23	10
31	68	4, 1, 9	10
<i>Cat. Min.</i>		5, 6, 80	10
23	189	QUINTILIANUS	
<i>Cic.</i>		<i>inst. or.</i>	
19	190	2, 14, 5	33
<i>Coriol.</i>		8 pr.	190
7	156	RHETORICA AD HERENNIUM	
<i>Numa</i>		2, 13, 9	254
9, 1	143	2, 19	27, 33
<i>Popl.</i>		SALLUSTIUS	
11, 2	27	<i>Catil.</i>	
12	72	6, 3	20
<i>Quaest. Rom.</i>		6, 7	20, 71, 147

10, 1	20	3, 491	166
SENATUSCONSULTA		SUETONIUS	
<i>de Bacchanilibus</i>	72	<i>Caes.</i>	
<i>de Oropiis</i>	72	6	83
		13	137
SENECA		<i>div. Aug.</i>	
<i>clem.</i>		31	143
1, 4, 2	28	<i>Dom.</i>	
<i>dial.</i>		1, 3	74
7, 2	118	TACITUS	
10, 13, 8	8, 18, 19	<i>Ann.</i>	
<i>epist.</i>		1, 76-79	58, 79, 115, 144
102, 6	195	2, 14, 1	166
SERVIUS GRAMMATICUS		12, 23	18, 19
<i>Aen.</i>		12, 24	15, 18
1, 276	8	13, 58	10
1, 346	10	TITULI EX CORPORE ULPIANI	
3, 374	164	11, 18	66, 92, 96, 116, 120, 177, 216, 237
4, 102	168	VALERIUS MAXIMUS	
4, 340	10	<i>facta et dicta memorabilia</i>	
5, 523	164	4, 1, 1	27, 72
7, 657	11	2, 5, 2	127
9, 52	88, 200	2, 8, 2	74
12, 120	199	VARRO	
12, 206	200	<i>ling.</i>	
STATIUS		5, 143	13, 16
<i>silv.</i>		6, 87	64, 116, 154
2, 7, 60	10	6, 93	155
<i>Theb.</i>		8, 39	35

<i>rust.</i>		2, 92	69
3, 7, 1	54	VERGILIUS	
3, 17, 1	86	<i>Aen.</i>	
VEGETIUS		1, 293	8
<i>mil.</i> (Lang)		8, 235	11
3, 1	75	VOPISCUS SYRACUSIUS	
VELLEIUS PATERCULUS		<i>hist. Aug., Aurelian.</i>	
<i>historia Romana</i>		21, 10	18, 19