

2) Fas ac ius: origini del diritto, leggi e procedure

Gianna Pieraccini

Le origini religiose del diritto

Il diritto Romano trae le sue origini pi_ remote dalla religione.

Le parole *fas* e *ius*, comunemente tradotte come diritto religioso e diritto umano, appartengono entrambe al lessico della religione.

Secondo lo storico delle religioni George Dumézil, il significato di entrambe deve essere ricercato nella loro etimologia: *fas* non deriva, come credevano gli antichi, dalla radice di *fari*, bensì dalla radice di *facio*, nel suo significato primitivo di "porre". Il rapporto tra *fas* e *ius* sarebbe paragonabile a quello che in vedico lega *dhaman* e *rta*, due concetti dell'ordine del mondo: "*fas* sarebbe dunque l'assise mistica, invisibile, senza la quale non è possibile lo *ius*, l'assise che sorregge tutti i comportamenti e le relazioni visibili definiti dallo *ius*. *Fas* non è oggetto di analisi casuistica come *ius*: è o non è – *fas est, fas non est* – senza declinazione". (G. Dumézil, *La religione arcaica dei Romani*, BUR 2001 pag. 127).

Ius corrisponde invece al vedico *yos* e all'avestico *yaos* significanti "integrit^, perfezione mistica". A differenza di *fas*, il significato di *ius* _ stato laicizzato ed _ passato a indicare tutto ci_ che _ attinente alla sfera del diritto.(G. Dum_zil, *ibidem*, pag. 84).

Le note di G. Dum_zil aprono la prospettiva su un ambito di studi affascinante, attinente al sapere mitico dei popoli indoeuropei.

é noto che, almeno in apparenza, mancano alla cultura dei Romani miti teogonici paragonabili a quelli dei greci o degli antichi indiani.

La tesi di Dum_zil _ che miti di questo genere esistessero anche nella religione dei Romani e siano andati perduti perch_ _ mancata la loro codificazione letteraria. Qualche traccia di essi pu_ essere recuperata dallo studio comparativo delle lingue antiche relativamente al lessico della religione.

Non ci proponiamo qui di andare indietro nel tempo alla ricerca dei miti perduti, bens_ andare avanti verso la codificazione storica del diritto romano.

Ius pontificium

Anche a Roma, come presso altri popoli, alle origini della storia della città, era compito dei sacerdoti custodire e dare forma alla legge, in particolare a Roma tale compito spettava ai pontefici.

Il diritto pontificale era trasmesso oralmente.

Come reali depositari del diritto, i pontefici erano considerati i massimi esperti in materia per ogni genere di leggi, ma quando si arrivò alla laicizzazione del diritto e alla distinzione fra *ius pontificium* e *ius civile*, l'autorità dei pontefici riguardò principalmente il diritto religioso, mentre altri esperti laici (*prudentes* o *iurisperiti* o *iurisprudentes*) ebbero autorità nell'ambito del diritto civile. Tuttavia, anche dopo la separazione fra diritto religioso e diritto civile, si mantenne una reciproca relazione fra le due branche del diritto.

Leges regiae

Livio (6, 1) accenna all'esistenza di *Leges regiae* in questi termini:

in primis foedera ac leges – erant autem eae duodecim tabulae et quaedam regiae leges – conquiri quae comparerent, iusserunt.

Una raccolta delle leggi risalenti al periodo della monarchia sarebbe stata compilata dal pontefice Papirio (*Jus civile Papirianum*). Un certo Granio Flacco, di cui non si nulla, nemmeno il *praenomen*, avrebbe commentato questa raccolta al tempo di Giulio Cesare: a lui si deve la conservazione di qualche frammento delle leggi regie.

Leggi delle XII Tavole

Secondo Livio, il testo delle Leggi delle XII Tavole fu redatto tra il 451 e il 450 dai *decemviri legibus scribundis*, e fu successivamente inciso su tavole di bronzo ed esposto nel Foro.

Secondo una minoranza di storici moderni, tali leggi sarebbero state formulate attraverso una lunga elaborazione nel tempo.

Il testo delle Leggi delle XII Tavole, conosciuto solo parzialmente, _ arrivato a noi per tradizione indiretta.

Queste leggi segnano il passaggio dalla giurisprudenza pontificale a una giurisprudenza laica, che si sviluppa nel corso dei secoli, in epoca repubblicana e in et^ imperiale, fino alla sua codificazione nel monumentale *Corpus iuris* di Giustiniano.

Ius civile – ius gentium

In apertura delle *Institutiones* del giurista Gaio, vissuto nel secondo secolo d.C., troviamo la distinzione fra diritto civile e diritto delle genti:

I.[*De iure civili et naturali.*] 1. *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.*

Il diritto civile _ dunque costituito dalle leggi peculiari di un dato popolo, il diritto delle genti _ invece fondato sulla *naturalis ratio*, su una legge di natura che tutti gli uomini condividono in quanto uomini, indipendentemente dalle diversit^ di cultura che li distinguono.

La distinzione fra diritto civile e diritto delle genti _ gi^ presente nel *De officiis* (III, VII) di Cicerone il quale contrappone *Natura* a *Leges* ovvero la legge di natura alle leggi positive create dall'uomo.

All'inizio, la distinzione fra *ius civile* e *ius gentium* non aveva carattere speculativo o teorico, ma derivava piuttosto dalla prassi dell'amministrazione della giustizia.

A Roma il magistrato che aveva il compito di amministrare la giustizia era il pretore. Questa magistratura era stata creata nel 356 a.C. come compensazione per i patrizi per aver dovuto permettere l'accesso al consolato anche ai plebei.

Il pretore doveva essere di origine patrizia; fino al 337 non vi furono pretori di estrazione plebea. I patrizi, nel momento in cui furono costretti a cedere qualcosa del loro potere, vollero comunque mantenere nelle loro mani il monopolio della giustizia.

A partire dal 246 a.C., ogni anno venivano eletti due pretori, il *praetor urbanus*, che aveva competenza per l'amministrazione della giustizia nelle cause che coinvolgevano cittadini Romani, e il *praetor peregrinus*, che aveva competenza nello stesso ambito nelle cause riguardanti stranieri, ovvero *peregrini*, o che coinvolgevano cittadini Romani e *peregrini*.

Ius privatum – ius publicum – ius honorarium

Lo *ius civile* si divideva in diritto privato e in diritto pubblico: il primo era pertinente *ad singulorum utilitatem*, il secondo riguardava lo Stato.

Lo *ius honorarium* (o *praetorium*) comprendeva le leggi introdotte dai magistrati (in particolare pretori) per interpretare, correggere o ampliare lo *ius civile*.

La *Lex Aebutia* (151 a.C.) riconobbe ai pretori il diritto di interpretare, correggere, ampliare le leggi esistenti.

Rientra nello *ius publicum* anche il diritto criminale.

Iura populi Romani

Il diritto civile _ costituito dall'insieme di leggi che un popolo dà a se stesso. La parola *iura* al plurale indica questo insieme.

Gaio nelle sue *Institutiones* scrive:

Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium (Inst. I 2).

"le fonti di produzione del diritto a Roma sono molteplici: leggi (pubbliche), senatoconsulti, le costituzioni imperiali, gli editti dei magistrati dotati di *ius edicendi*, le risposte degli esperti".

A queste fonti va aggiunto anche il *mos maiorum*.

A differenza di quanto succede negli ordinamenti giuridici contemporanei, non esisteva un ordine gerarchico d'importanza fra le varie fonti di produzione del diritto.

Ddefinizione di legge

Lex est quod populus iubet ac constituit (Gaius I)

Plebiscitum est quod populus iubet ac constituit (Gaius, I)

Senatusconsultum est quod populus iubet ac constituit (Gaius, I).

Ci~ che differenzia *leges*, *plebiscita*, *senatusconsulta* _ la loro origine: le leggi sono proposte da un magistrato, votate nei comizi centuriati approvate dal senato, i plebisciti sono proposti da un magistrato, votati nei *comitia plebis* (inizialmente erano vincolanti solo per la plebe, poi furono riconosciuti come leggi a cui tutti i cittadini di ogni classe dovevano rispetto); i *senatusconsulta* sono statuizione decise dal senato.

Non c'_ gerarchia d'importanza fra *leges plebiscita* e *senatusconsulta*.

Leges plebiscita e *senatusconsulta* sono definiti nello stesso identico modo: ne deduciamo che l'essenza della legge consiste nella volont^ del popolo.

Questo dato _ tanto pi_ significativo se lo colleghiamo alla definizione di societ^ data da Cicerone nel *De republica* 1, 25, 39:

Est igitur... res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus.

é il *vinculum iuris* a fare di una moltitudine un popolo, e su di esso si basa la *libertas* della *res publica*.

Sebbene manchi in latino un vocabolo per esprimere il concetto di sovranit  popolare, l'espressione *summa potestas populi* vi si avvicina nel suo significato.

La repubblica Romana era comunque una repubblica oligarchica in cui, al di sotto della seconda classe della costituzione serviana, molti limiti venivano posti alla possibilit  dei cittadini di incidere nelle scelte politiche dello Stato; tuttavia, il fatto che tutti i cittadini fossero chiamati a votare le proposte di legge formulate dai magistrati, doveva dare un forte senso di appartenenza alla *respublica*.

Struttura formale di una legge

Ogni legge veniva designata con il *nomen gentilicium* (talvolta anche con il *cognomen*) aggettivizzato del magistrato proponente e l'indicazione della materia regolamentata, ad esempio *Lex Cornelia de veneficiis*.

Il testo di una legge era costituito da una *Praescriptio*, da una *Rogatio* e da una *Sanctio*. La *praescriptio* di una legge ne rappresentava l'intestazione: in essa compariva il nome del magistrato proponente. Il termine *praescriptio*, pertanto, deve intendersi in senso proprio come titolo, premessa, intestazione, preambolo. Nel lessico giuridico significa anche eccezione, mezzo declinatorio, clausola; in senso lato significa prescrizione, ordine, legge.

La *rogatio* consisteva nel contenuto vero e proprio della legge. Il termine *rogatio* indicava tanto la proposta quanto il progetto di legge. *Rogationem ad populum ferre* significava presentare una proposta di legge; *rogationem promulgare* affiggere in pubblico una proposta di legge; *rogationem accipere* approvare una legge; *rogationem recitare* leggere il testo della formula di legge.

La *sanctio* costituiva l'articolo della legge nel quale erano specificate le punizioni previste nel caso che la legge fosse violata. Il termine *sanctio* significa dunque sanzione penale; nei trattati invece significa clausola, articolo speciale.

L'iter per l'approvazione di una legge pubblica

Solo i magistrati potevano presentare proposte di legge.

I primi passi per ottenere l'approvazione di una legge consistevano nel renderne pubblico il testo e nel convocare i comizi centuriati per un giorno stabilito (*dies comitialis*), distante almeno un *trinundinum* (il tempo corrispondente a tre mercati; poich_ il mercato – *nundinae* – si teneva ogni otto giorni, almeno ventiquattro giorni) dal momento in cui si rendeva pubblico il testo della proposta.

Il magistrato che convocava i comizi centuriati era di solito lo stesso che faceva la proposta di legge e aveva il compito di presiedere i comizi stessi.

Nel giorno convenuto, il magistrato doveva prendere gli auspici (*auspicari*) tramite un augure per accertarsi che quello fosse un giorno favorevole allo svolgimento dei comizi; analogamente se il responso era favorevole e i comizi si riunivano, i lavori venivano aperti con un sacrificio e con una preghiera solenne. Questo aprire e chiudere i lavori con cerimonie religiose anche in un'epoca in cui il diritto era totalmente laicizzato conferma l'origine sacrale della legge.

Seguiva la discussione della proposta di legge e infine si arrivava al voto.

Le modalit^ di voto cambiarono nel corso del tempo.

Nei comizi centuriati il popolo si riuniva per classi, secondo la divisione per censo stabilita dalla costituzione di Servio Tullio; le classi a loro volta si dividevano in un certo numero di centurie in proporzione al censo della classe.

I cittadini votavano *pro capite*, ma ogni centuria esprimeva un voto unitario.

Prima dell'istituzione delle *leges tabellariae*, il voto era palese, non si sa se espresso a voce o mediante sassolini (*calculi*); in ogni caso, c'erano dei funzionari, i *rogatores*, il cui compito consisteva nel tenere il conto dei voti.

Per votare, i cittadini dovevano entrare in un recinto (*saepta*); la costituzione serviana stabiliva l'ordine di voto: le prime centurie ammesse a votare erano quelle dei cavalieri, seguivano quelle dei senatori e poi quelle delle altre classi.

L'ordine di voto era importante: infatti, essendo il voto palese, i risultati delle prime votazioni influenzavano le seguenti. Raramente le ultime classi arrivavano ad esprimere il loro voto, in quanto era sufficiente che le prime due classi fossero d'accordo per raggiungere la maggioranza.

Le *leges tabellariae* (*Lex Gabinia* 139 a.C., *Lex Cassia* 137 a.C., *Lex Papiria* 131 a.C.) stabilirono che il voto fosse dato per iscritto, mediante una *tabella* (una tavoletta, equivalente alla nostra scheda elettorale), che veniva deposta in una *cista* (equivalente della nostra urna).

In questa fase l'ordine con cui si andava a votare era stabilito per sorteggio.

I *rogatores* raccoglievano le tavolette suddivise per centurie e le passavano ai *diribitores* (una specie di scrutatori con il compito di contare i voti).

Per respingere la proposta di legge, si deponeva nella cista la tavoletta su cui era scritta una A (A stava per "*antiquo*", ovvero "come prima", "no"); per approvare la proposta, si metteva nell'urna una tavoletta con una U (U stava per "*uti rogas*" ovvero "come vuoi", "sì").

Fino alla media repubblica, prima di entrare in vigore, la legge doveva essere ulteriormente approvata dal senato; in seguito la legge veniva sottoposta al senato prima di essere portata ai comizi, di conseguenza l'approvazione dei comizi la rendeva immediatamente esecutiva.

Privata iudicia

I processi riguardanti controversie private, di solito per questioni d'interesse, per un bene conteso, per debiti non pagati e simili, avevano uno svolgimento diverso rispetto ai processi per reati riguardanti lo Stato.

Nel primo caso, bisognava rivolgersi al *praetor urbanus* o al *praetor peregrinus*, a seconda che la controversia riguardasse cittadini romani o *peregrini* (stranieri) o cittadini romani e *peregrini*; il pretore faceva un'inchiesta e poi affidava a un giudice o a un

gruppo di giudici il compito di giudicare secondo un rituale che si evolvette nel corso del tempo (partendo da un rigido formalismo iniziale, esso fu poi semplificato, mantenendo però sempre un carattere rigoroso).

La procedura per lo svolgimento di questi *privata iudicia*, già presente nelle leggi delle XII Tavole, che a loro volta riprendono procedure più antiche, aventi il carattere di un rituale religioso, prende il nome di *legis actiones* e richiede la stretta attinenza alle parole della legge (*accomodatio verborum legis*).

Si trattava di una procedura dal carattere rigidamente formalistico, al punto che una sola parola sbagliata poteva inficiare l'intero processo: da queste premesse scaturisce l'ultranoto giudizio di Cicerone: "*Summum ius, summa iniuria*" (Cic. *De officiis*, I 33) ovvero l'estrema rigidità formale produce un'estrema ingiustizia.

Il moltiplicarsi delle cause dovuto all'espansione di Roma rese necessario uno snellimento della procedura, scrive Gaio nelle sue *Institutiones* (IV 30):

Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam [151 a.C.] et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba id est per formulas litigaremus.

Litigare *per formulas*, ovvero per *concepta verba* significa utilizzare una specie di modulo preordinato dal pretore, riempito con i nomi dei contendenti e con la specificazione della materia del contendere.

Un processo si svolgeva sempre in due tempi: *in iure* e *in iudicio*. Nella fase *in iure* si svolgeva l'istruttoria, nella fase *in iudicio* il giudizio vero e proprio.

Il pretore, come abbiamo detto, nominava il giudice o i giudici a cui affidare la causa; in determinati casi, poteva nominare un *arbiter*, ovvero un giudice conciliatore: in tal caso, invece di un *iudicium* si sarebbe trattato di un *arbitrium*.

La differenza fra *arbitrium* e *iudicium* consiste nel fatto che nel primo caso si reclama una somma definita (*pecunia certa*), nel secondo una somma indefinita (*pecunia incerta*).

La separazione tra le funzioni del magistrato, a cui spetta l'istruttoria, e del giudice (o dei giudici) che hanno il compito di emettere la sentenza costituisce l'*ordo iudiciorum privatorum*.

Il termine *recuperatores* deve intendersi come sinonimo di *iudices*, in quanto nei processi privati il compito dei giudici _ quello di recuperare le somme o i beni contestati.

Iudicia populi

I reati contro lo stato erano sottoposti al giudizio dei *iudicia populi*, ovvero di processi in cui la funzione di giudice era svolta dal popolo riunito nei comizi centuriati o tributi.

Si trattava di un sistema giudiziario strettamente legato alle strutture istituzionali e alle dimensioni demografico-territoriali della citt^o-stato.

In questo genere di giudizi, c'era una fase di istruttoria (*anquisitio*) che sfociava nella formulazione dell'accusa da presentare al popolo e nell'intimazione all'imputato di presentarsi un dato giorno a una data ora davanti all'assemblea popolare (*diei dictio*).

Il processo si svolgeva in tre successive adunanze (*contiones*), almeno a un giorno di distanza l'una dall'altra, nella forma di un contraddittorio tra magistrato, accusatore e imputato. Dopo la quarta *accusatio*, indetta a distanza di un *trinundinum* (24 giorni) dalla terza, i comizi esprimevano il loro giudizio tramite voto.

I *iudicia populi* avevano un carattere eminentemente accusatorio.

Quaestiones extraordinariae ex senatoconsulto, ex plebiscito

Il termine *quaestio* significa tanto inchiesta quanto processo.

Una *quaestio extraordinaria* era un tribunale straordinario, ovvero non permanente, formato per ordine del senato o di un plebiscito, al fine di giudicare imputati di reati pubblici.

Il proliferare di *quaestiones extraordinariae* va di pari passo con l'espansione territoriale di Roma e con il moltiplicarsi di crimini pubblici.

In questo tipo di processo i magistrati incaricati svolgono funzioni inquirenti e giudicanti con pregiudizio dell'equit^o del processo.

Quaestiones perpetuae

Le *quaestiones perpetuae* erano tribunali permanenti, istituiti per giudicare reati pubblici o crimini di particolare gravit  (omicidio, avvelenamento, parricidio ecc.).

Ognuno di questi tribunali era costituito in base a una legge che colpiva uno specifico reato.

Il primo tribunale permanente venne istituito nel 149 a.C., per giudicare i reati *de repetundis*.

All'epoca di Silla, le *quaestiones perpetuae* erano almeno sei, forse addirittura nove:

quaestio de repetundis

de ambitu

de vi

de peculatu

de veneficiis

de falsis

maiestatis

perduellionis...