

## Alle origini del *Ius Gentium*

Tommaso Masiello  
Universidad de Bari, Italia

N.d.A: Ho volontariamente collocato le note in parentesi, al fine di agevolare la lettura del testo. Il lettore in buona fede capirà e comprenderà perché siano assenti citazioni da Autori importanti che, pur avendo scritto sul processo civile romano pagine fondamentali, non mi sembra abbiano formulato sull'oggetto specifico della mia relazione riflessioni ipotesi che si discostassero dalla communis opinio. Se lo avessi fatto, non mi sarei sottratto al malvezzo imperante di scrivere un contributo quantitativamente più consistente, ma tale da scoraggiare un'agevole lettura.

Signori Professori, Signore e Signori,

Ringrazio profondamente gli organizzatori di questo congresso internazionale iberoamericano per l'alto onore accordatomi di tenere la relazione conclusiva su un tema, che pur non rientrando nei miei consueti ambiti di ricerca, rimane tra i più interessanti e, a mio avviso, ancora misteriosi temi di Diritto Romano. Li ringrazio, inoltre, per avermi dato la possibilità di ascoltare relazioni importanti in questo estremo lembo di Spagna, terra che tanto amo e che considero, per molti e validi motivi, la mia seconda patria. Il mio rammarico è quello di non potermi esprimere nella vostra bella lingua, pur non essendo essa a me completamente sconosciuta; ma l'assoluta tecnicità del tema che tratterò mi impone di esprimermi in italiano, fiducioso come sono che voi tutti conosciate l'italiano, meglio di quanto io la dolce lingua spagnola.

Adopererò il termine *ius gentium* non nel significato che gli attribuisce Gaio in Inst. 1.1 di diritto che si ispira ad una *naturalis ratio* e di cui tutti i popoli si servono,

ma in quello ‘inventato’ dai moderni di diritto commerciale romano, con i suoi negozi giuridici e le sue forme di tutela giudiziaria. Prenderò, inoltre, in considerazione, un periodo di tempo limitato, dal 242 alla prima metà del secondo secolo a.C., partendo dalla lettura di una pagina di un manuale italiano, scelto a caso, dedicata a questo tema e nella quale l’Autore, scrivendo del pretore peregrino e della sua giurisdizione, dopo aver trattato del *praetor urbanus* e del procedimento preebuzio per *legis actiones*, si esprime così :

‘Le cose non andarono nello stesso modo con il pretore peregrino, che aveva il compito di amministrare la giustizia fra Romani e stranieri e fra stranieri. Il pretore peregrino fu istituito sullo scorcio della prima guerra punica, quarant’anni prima del concludersi della seconda con la vittoria definitiva su Cartagine. La sua giurisdizione determinò (o consolidò) anche una nuova procedura. Il processo che si svolge nel suo tribunale non è il formalistico processo arcaico; ma un processo nuovo, che si dirà “formulare”, e soppianderà l’antico anche nel tribunale del pretore urbano (come ora si denomina l’altro pretore, originariamente unico). Esso conserva la distinzione in due stadi (*in iure* e *apud iudicem*), ma non è vincolato ai rigidi moduli delle *legis actiones*. Il suo strumento è la formula o *iudicium*, a cui le parti si sottopongono con la *litis contestatio*. Nella “formula” il magistrato riassume in termini precisi la controversia, dopo un libero dibattito fra le parti dinanzi a lui; e così fornisce al giudice lo schema o il programma per la decisione. Il giudice, nominato dal pretore peregrino, ha un’ampia libertà di apprezzamento. Non è difficile comprenderne la ragione, se non si perde di vista la natura dei rapporti tutelati. “L’elasticità della valutazione del giudice”, si può dire, “riflette nel campo processuale l’elasticità del contenuto del negozio di diritto sostanziale”.

Fra l’istituzione del pretore peregrino e la formazione del diritto commerciale (o, come ora possiamo dire, del *ius gentium* nel suo nucleo pratico-empirico), corre dunque un nesso innegabile. Ma sino a che punto il secondo fenomeno dipende dal primo?...

Le cose non cambiano, se leggo da un altro manuale italiano o straniero. E’ necessario fare quattro premesse importanti. Innanzitutto sottolineare che le mie riflessioni vertono sulle origini del cosiddetto diritto commerciale a carattere consensualistico nei suoi aspetti procedurali e negoziali, dal momento che rapporti commerciali, formalmente e sostanzialmente definiti in modo diverso da quello più sopra indicato, esistevano a Roma, tra Romani e Romani e stranieri,

già prima dell'istituzione del pretore peregrino. In secondo luogo, che sul problema delle origini del *ius gentium* si versa nella quasi totalità di assenza di fonti, e dunque si è costretti a procedere per congetture più o meno attendibili. In terzo luogo, che abbiamo scelto come punto di partenza della nostra riflessione la pagina di un manuale, che, per definizione, tende a rappresentare in modo sincronico, sorretto dalla *communis opinio* che si registra nella letteratura romanistica, un fenomeno storico nella sua fase per così dire matura e di cui l'Autore stesso avverte la complessità. Infine, che anche a noi capiterà di proporre ipotesi e congetture di ricostruzione storica suscettibili di essere, in tutto o in parte, confutate.

Il primo dato problematico, sul quale non mi sembra esservi stata riflessione alcuna, è costituito, più che dall'incertezza della data in cui il pretore peregrino fu istituito –alcuni autori infatti scrivono nel 242, altri, nel 241, altri ancora nel 240 a.C., laddove nella pagina proposta si scrive, sapientemente, “sullo scorcio della fine della prima guerra punica”–, dall'atto con cui avvenne tale istituzione. Si trattò di una legge, di un plebiscito, di un senatoconsulto? Escluderei il plebiscito, per la mancanza assoluta di interessi della plebe da tutelare; penserei ad un'azione combinata del Senato e dei comizi centuriati, su proposta consolare. In questo senso, infatti, soccorre una testimonianza del *De legibus* ciceroniano, 3.3.8:

*Iuris disceptator, qui privata indicet indicarive iubeat, praetor esto; is iuris civilis custos esto; huic potestate pari, quotcumque senatus creverit populusve iusserit, tot sunt.*

Se non interpretiamo male, è il Senato a rilevare la necessità della nomina di un altro organo giurisdizionale, ma l'istituzione deve avvenire per legge, in quanto modifica la morfologia costituzionale esistente, collocando accanto all'unico *praetor* un altro pretore con diversa competenza, ancorché con identica funzione giurisdizionale.

D'altra parte, è sempre con legge che si creano, nell'ambito del 'diritto penale' le *quaestiones* criminali e i relativi pretori presidenti. Anche se questi ultimi non erano pretori giurisdizionali, ed esercitavano una *potestas iudicandi* differente nella sua interna struttura formale dalla *iurisdictio*, credo si possa rispondere che la *vis iudicandi* era comunque espressione di un *imperium* sostanzialmente unitario. Ciò è tanto vero, che proprio sull'idea dell'unità dell'*imperium* studiosi come il

Koschaker (Rc. A. E. Weiss, Studien zu den römischen Rechtsquellen, ZSS., 37 (1916) 374) e il De Martino (La giurisdizione in diritto romano, 1937, 21) hanno fondato l'ipotesi, respinta dal Serrao (La "iurisdictio" del pretore peregrino, 1954, 1-5) nell'unico studio monografico sul pretore peregrino, della non esclusività della competenza dei due pretori giurisdizionali, potendo il pretore urbano occuparsi delle liti tra cittadini romani e peregrini e quello peregrino delle controversie tra *cives Romani*.

Non mi occuperò in questa sede di questo problema; ma non posso esimermi dal rilevare, in contrasto con il Serrao, che la esclusività della competenza non significa che i due pretori giurisdizionali non potessero, in caso di necessità, svolgere l'uno la funzione dell'altro come documentato nelle fonti (Cfr. S.C. *de Asclepiade Clazomenio sociisque* del 78 a.C., in cui leggiamo che in quell'anno, o almeno in una parte di esso, un solo magistrato esercitò la funzione di pretore urbano e peregrino, L. Cornelio); ciò è tanto vero che la cosiddetta *lex Calpurnia*, come apprendiamo dalla successiva legge *Acilia repetundarum*, su cui ritorneremo ai fini di determinare il *modus procedendi* nel tribunale del pretore peregrino, attesta la competenza di quest'ultimo nei processi di natura privata per *pecuniae repetundae*. Se questa osservazione è corretta, si può solo affermare che normalmente la *iurisdictio* dei due pretori si esercitava su soggetti e in forme differenti.

Quanto alla individuazione dei soggetti, secondo un indirizzo dottrinale comunemente condiviso, fondato, tuttavia, su testimonianze di non univoca interpretazione, il pretore peregrino avrebbe esercitato la giurisdizione tra Romani e stranieri e fra stranieri. Dico subito che l'esercizio della giurisdizione tra Romani e stranieri è inequivocabile, laddove non mi sembra praticabile l'ipotesi di una giurisdizione tra stranieri, sì che la menzione costante di quest'ultima nella manualistica mi sembra dipendere da un'errata interpretazione delle scarse fonti di cui disponiamo, prima fra tutte quella in D. 1.2.2.28, tratta dall'*Enchiridion* di Pomponio, in cui il giurista adrianeo ci dice che: 'Dopo molti anni (rispetto alla creazione del pretore urbano), non essendo sufficiente un solo pretore, perché a Roma conveniva una gran massa di stranieri, fu creato un altro pretore, detto peregrino, perché nella maggior parte dei casi, *plerumque*, esercitava la giurisdizione tra stranieri'. A questa testimonianza aggiungerei quella tratta dal testo invero lacunoso della legge *Acilia repetundarum* degli ultimi decenni del II secolo a.C., in cui si parla del *praetor qui inter peregrinos ius dicit* e della *lex de Gallia Cisalpina* del 49 a.C., in cui, tra l'altro, si invita il magistrato municipale a proporre

per un caso di *damnum infectum* la stessa formula che ‘*quei Romae inter peregrinos ius deicet in albo propositam habet*’.

Queste testimonianze dalle quali si ricava che il *praetor peregrinus*, eserciterebbe la giurisdizione tra stranieri sono solo apparentemente imbarazzanti, perché, se ci attenessimo ad esse dovremmo concludere che il nuovo magistrato nominato sul finire della prima guerra punica si occupasse quasi esclusivamente, non mi nascondo la rilevanza del *plerumque*, della giurisdizione tra stranieri e solo marginalmente di quella tra Romani e stranieri e non è così, in quanto il *plerumque* sembra riferirsi all’attività del pretore peregrino nel suo complesso, rispetto alla quale il nucleo più importante, ma non esclusivo, è costituito dalla giurisdizione. Il vero è che nell’indicare il *praetor peregrinus* come colui che esercita la *iurisdictio inter peregrinos* l’estensore della legge Acilia, quello della *de Gallia Cisalpina* e Pomponio utilizzano una locuzione ellittica nella quale, a scapito della precisione, danno immediatamente il senso che si tratta di un magistrato che si occupa degli stranieri, perché è il termine *peregrinus* che deve essere definito, non quello di *praetor*, e scrivere che tale organo si occupa delle liti tra Romani e stranieri non avrebbe reso il significato del lessema. Ecco dunque che, eliminato il primo termine, *inter Romanos et*, perché non utile ai fini definitivi, le fonti ci tramandano una definizione incompleta e fuorviante. Escludendo l’ipotesi di un intervento manipolatorio postclassico o giustiniano sulla testimonianza dell’*Enchiridion*, in quanto quest’ultima coincide con le altre due precedenti, è necessario comprendere che si tratta di una definizione del *nomen* del nuovo organo, non delle sue competenze, ed è dunque sulle tecniche di definizione che si deve riflettere per ottenere risultati più affidanti. Ci sembra che il metodo impiegato nelle tre fonti su ricordate è quello assai bene descritto nei *Topica* ciceroniani, come *ex notatione* (Top. 8. 35.37), che si ha quando *ex vi nominis argumentum elicitur*. Nel nostro caso si deduce il significato del termine *peregrinus*, *ex vi nominis*, sì che sarebbe stato del tutto incongruo, ancorché più esatto, scrivere che il *praetor peregrinus* è quello che esercita la giurisdizione tra Romani e stranieri, dato, che si assume come pacifico. Che sia così, è confermato dalla approssimativa e inesatta definizione pomponiana in D. 1.2.2.27 di *praetor urbanus*, come colui che ‘rende giustizia’ *in urbe*.

Al di là di questa nostra interpretazione della notizia pomponiana e delle altre che la precedono, l’ipotesi di una giurisdizione del pretore peregrino tra stranieri è confutabile sulla base di argomenti forti desunti da principii costitu-



zionali romani costantemente documentati nelle fonti, letterarie e giuridiche, se è lecita questa distinzione.

Prima dell'istituzione del pretore peregrino la tutela degli interessi di stranieri a Roma era assicurata dal pretore urbano a determinate condizioni : che esistesse tra Roma e la comunità di appartenenza dello straniero un trattato commerciale che prevedesse, secondo un principio di reciprocità, la protezione giuridica degli interessi di un Romano e di uno straniero al di fuori degli ambiti territoriali di provenienza dei soggetti. Come apprendiamo da Polibio a proposito dei primi due trattati con Cartagine (Pol. III.22.9), i negozi di scambio tra Romani e Cartaginesi godevano della protezione *'publica fide'*, a condizione che fossero rivestiti della pubblica forma e che almeno uno dei soggetti contraenti avesse adempiuto alla propria prestazione. In mancanza di un trattato, era possibile la concessione di un *ius commercii* ad intere comunità e ai loro cittadini, ed è il caso più frequente, o a singoli individui di rilevante posizione sociale nella comunità di origine. In tutte e due i casi era necessario che gli interessi dello straniero fossero patrocinati in giudizio da un cittadino romano influente che garantisse allo straniero, ignaro delle norme giuridiche romane e del suo sistema processuale, un giudizio equo. Si tratta di privilegi di grande rilevanza, nella misura in cui costituivano uno dei mezzi mediante cui Roma organizzava la sua politica estera, distinguendo tra comunità 'amiche' e quelle ad essa ostili. E' immaginabile pensare che nel 242 a.C., o intorno a quegli anni, Roma si privasse di quest'arma potente per offrire, in modo indifferenziato, la tutela giurisdizionale ad interessi di stranieri per il solo fatto che commerciavano, tra loro, in Roma? A me non pare, né trovo testimonianze utili al riguardo; e ben a ragione, perché l'esercizio di una tutela indifferenziata degli interessi di stranieri per il solo fatto di esercitare delle attività commerciali in Roma avrebbe significato l'abbandono totale del principio della personalità del diritto, oltre che la concessione generalizzata del *ius commercii* e, per converso, l'accoglimento del principio tutto moderno per cui *locus regit actum*. Come può immaginarsi e, soprattutto, su quale base fondare questa radicale 'trasformazione' di una prassi politico-costituzionale romana assai consolidata? Il Frezza ( *Ius gentium*, RIDA 2, 1949, 281 ), in contrasto con il Lombardi (G. Lombardi, *Ricerche in tema di ius gentium*, Roma 1946, 79 ss.), nel determinare il contenuto del concetto storico di *ius gentium* sostiene che l'esperienza originaria di questa formazione giuridica è quella del diritto degli stranieri, ai quali verrebbe riconosciuta, in modo indifferenziato, capacità giuridica,

sul fondamento dell'idea 'della *societas omnium inter omnes* ciceroniana' (Cic. De off. 3.17.69), e, prima che ciceroniana, stoica. Non credo che occorran molte parole per confutare questa ipotesi riferita all'esperienza dell'origine del *ius gentium*, essendo lo stoicismo penetrato in Roma più tardi della metà del III secolo a.C. e, ancora più tardi essendosi formata l'idea dallo stoicismo derivante di Roma come cosmopoli.

Su di un piano pratico, si potrebbe obiettare che potevano essere gli stessi stranieri, viventi a Roma o in territorio romano ad invocare il giudizio di un cittadino romano su interessi in conflitto tra loro; questo è comprensibile e può essere di fatto verificatosi; ma senza pensare ad ipotesi di denegata giustizia, che si sarebbero attuate laddove fosse stato il pretore peregrino ad occuparsi delle liti tra stranieri, era possibile che questi ultimi si rivolgessero ad un arbitro, magari esperto di diritto straniero ed autorevole, ma non ad un magistrato, considerate tutte le cautele di cui Roma circondava l'esercizio della giurisdizione quando erano in gioco gli interessi di uno straniero contrapposti a quello di un cittadino romano.

La notizia di Pomponio, pacificamente e tralatiziamente ripetuta nei manuali, è pertanto destituita di ogni fondamento: la giurisdizione del pretore peregrino si esercitava soltanto tra cittadini romani e stranieri, non tra stranieri, almeno nel periodo storico che ci interessa, che è quello delle origini della istituzione di questo organo costituzionale.

Nella pagina che ho sottoposto alla vostra attenzione si legge che il processo che si svolgeva davanti al tribunale del pretore peregrino è un processo nuovo che si dirà formulare e che soppianderà l'antica procedura per *legis actiones*. Qui verità e inesattezze si confondono. E' altamente probabile, infatti, che il procedimento nel tribunale del nuovo magistrato fosse diverso da quello che si svolgeva dinanzi al pretore urbano, ma è altrettanto vero che tale procedura sarà definita, diversi secoli dopo da Gaio *per formulas, id est per concepta verba*, —Gai 4.30—, in relazione alla *iurisdictio* del pretore urbano non di quello peregrino, come dimostrano inoppugnabilmente i riferimenti alla legge Ebuza e alle leggi Giulie; non solo, ma nel riferirsi al pretore peregrino, in una con il *praetor urbanus*, Gaio, 4.31, ci dice riguardo ai due tipi di procedimento, che anche dopo le leggi su ricordate era consentito *lege agere* per il *damnum infectum* e per i *iudicia centumviri*. A queste testimonianze gaiane si deve aggiungere un'altra, a mio avviso, decisiva. E' noto che verso la metà del II secolo a.C., nel 149, un plebiscito proposto

dal tribuno L. Calpurnio Pisone Frugi, noto con il nome di *lex Calpurnia*— tralasciamo la questione, pur importante, se si tratti della stessa legge che introdusse la *legis actio per condictionem* per i crediti di cosa certa— istituì una corte giudicante permanente per i casi di concussione, composta da giudici tratti dall'ordine senatorio e presieduta dal pretore peregrino. Pur essendoci ignoti i dettagli di questa legge, da alcuni elementi tratti dalla successiva *lex Acilia repetundarum* del 123-122 a.C., sappiamo che il processo *ex lege Calpurnia* si svolgeva *sacramento*. Non si trattava di una *quaestio* criminale, non solo perché, come abbiamo cercato altrove di dimostrare (Masiello, *Le Quaestiones* di Cervidio Scevola, Bari, 1999, 62-63), il termine *quaestio*, come sottolinea il Kunkel (PWRE. s.v. *quaestio*) indica complessivamente ogni procedimento giudiziario tenuto di fronte ad un magistrato, ma anche perché la sanzione eventualmente irrogata all'ex magistrato malversatore consisteva nella restituzione *in simplum* del maltolto. Ci troviamo di fronte, dunque, ad un processo di natura privata nel quale si litigava, e siamo nel 149 a.C., mediante la *legis actio sacramento in personam*, mediante *certa verba*.

In base alle testimonianze prodotte si può sicuramente mettere in crisi l'argomento più forte con il quale la parte maggioritaria della letteratura romanistica nel negare che nel tribunale del pretore peregrino si potesse agire mediante *legis actiones*, essendo queste ultime impraticabili per uno straniero —mi chiedo, allora, come si litigasse nel tribunale del pretore urbano nelle controversie tra Romani e stranieri— afferma che il procedimento seguito fin *ab origine* era quello per *formulas*, *id est per concepta verba*, configurando la formula come una proposizione ipotetico alternativa.

Su quest'ultimo punto mi limiterò a brevissime osservazioni. Innanzitutto, che è ben vero che nella coscienza linguistica degli antichi, con particolare riferimento al diritto, i *concepta verba* avevano una consistenza semantica differente rispetto ai *certa verba*, nel senso che esprimevano la libertà di riversare in una formula giudiziaria tutti gli argomenti utili alla tutela degli interessi delle parti così come emersi nel corso dell'attività istruttoria compiuta dal pretore, come dimostra in modo inequivocabile un passo del *De inventione* di Cicerone, 2.58, ma siamo sicuri che questa totale libertà di contenuti e di linguaggio sia originaria? Che il complesso sistema di *exceptiones*, *replicationes*, *duplicationes* sia anche esso originario e non piuttosto l'esito di una graduale evoluzione? Chi crede nell'originarietà deve poter rispondere ad una domanda fondamentale: a quale modello il pretore peregrino si ispirava? Non possiamo assolutamente immaginare, infatti,



che il neo pretore avesse una competenza giuridica così raffinata da ‘inventare’ da solo le formule e gli strumenti processuali in esse contenuti, né che avesse alle spalle una scienza giuridica in grado di guidarlo nelle sue innovazioni, dal momento che gli strumenti logici, retorici e linguistici idonei ad assicurare al pretore, e ai giuristi, la complessità delle formule quale è a noi nota fanno la loro comparsa in Roma molto più tardi del 242 a.C., quando diventano giuridicamente rilevanti, e dunque tutelabili, situazioni, di fatto e di diritto, legate a particolari concezioni e sistemi di valori che si ispirano al massimo grado alla protezione dell’individuo e dei suoi interessi.

Per di più, come può immaginarsi una struttura ipotetico alternativa della formula se, alla luce delle nostre attuali conoscenze, la prima attestazione della locuzione *si non* si ha con Plauto e precisamente nel *Poenulus* 631 s. Se è così, non è ipotizzabile che i *concepta verba*, le formule con cui il pretore peregrino dava istruzioni al *iudex* fossero strutturate fin *ab origine* nei termini e nella ricchezza di alternative, attestati in documenti di molto più recenti rispetto a noi, penso soprattutto, oltre che a Gaio, a due fonti del primo secolo a.C., la cosiddetta legge *de Gallia Cisalpina* e la *Tabula Contrebiensis* (Una iscrizione in bronzo capitata nel Dicembre del 1979 nelle mani del professor Guillermo Fatas del dipartimento di Storia antica dell’Università di Saragozza, su cui esistono, oltre ad uno studio monografico dello stesso professor Fatas del 1980, importanti contributi di Birks, Rodger e Richardson apparsi nel *Journal of Roman Studies* del 1983 e del 1984 e del professor Torrent, in cui si rappresenta nelle forme di una procedura per *concepta verba* una controversia che vede impegnati i municipi dei *Salluienses* e dei *Sosinetani* (?), e di riflesso, quello degli *Avallonenses* per una vendita di terreno da parte dei Sosinetani ai Salluiensi, contrari gli Avallonensi, al fine di costruzione di un canale o di acquedotto).

E allora, se non è così, come si procedeva in origine nel tribunale del *praetor peregrinus*? Non si può dire nulla con certezza, ma forse non è impossibile ritenere che i giudizi davanti al pretore peregrino potessero configurarsi come modellati, con qualche importante modifica, sulla struttura della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. A differenza di questa, infatti, nella quale il pretore urbano si limitava a registrare il contraddittorio delle parti e a nominare un giudice o un arbitro, nei giudizi tenuti nel suo tribunale il pretore peregrino, in virtù del suo imperio, ascolta le parti che esprimono liberamente le loro pretese e difese e, dopo aver descritto la fattispecie sottoposta alla sua cognizione, ma non nella

forma di una proposizione ipotetico alternativa, nomina un giudice cui ordina di giudicare secondo il suo prudente apprezzamento, come giudicherebbe un *vir bonus*, e dunque *ex arbitrio boni viri* o *ex fide*, essendo la *bona fides* comparsa sulla scena giuridica romana, come dirò tra breve, più tardi del 242 a.C. Anche in questa procedura non scompare a mio avviso la figura dell'*hospes* romano, essendo insuperabile, ancora in questa fase della civiltà giuridica di Roma, l'idea della personalità del diritto. Né è possibile immaginare un processo davanti ad un magistrato romano senza l'intervento di un interprete, esperto della lingua dello straniero che sta in giudizio, come suggerisce il buon senso.

Una traccia di questa antica procedura sarebbe documentata, secondo il Frezza, (P. FREZZA, Corso di Storia del diritto romano, 1954, 321) per la *emptio venditio* in un frammento tratto dall'ottavo libro dei Digesti di Giuvenzio Celso, D.19.1.38.1, in cui si riferiscono le opinioni di Sesto Elio e di Druso in tema di determinazione di *indemnitas pro cibariis* da corrispondere al *venditor* che, pronto ad effettuare la consegna di uno schiavo al compratore, si trova di fronte ad atti moratori, se non impeditivi della consegna da parte del compratore stesso:

*Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.*

Si tratta di un frammento su cui esiste una rilevante letteratura, assai bene indicata e discussa dal Cascione (Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche, 2003, 305 ss. e lett.), ma sul quale non si raggiungono risultati affidanti, per l'incerta attribuzione della causa al tribunale del *praetor urbanus* o a quello del pretore peregrino e per l'inesatta determinazione del contenuto del problema sottoposto alla valutazione di Sesto Elio e, due generazioni dopo, di Livio Druso (Se tale valutazione è affidata ad un responso, come sembrerebbe indicare la locuzione *dixerunt*, o ad opere letterarie non può dirsi con certezza; su questo problema e sulla sua rilevanza in dottrina rimandiamo alla splendida ricostruzione e alle relative osservazioni di C. Cascione, Consensus cit.).

E' di tutta evidenza che se si ritiene che la problematica trattata nel frammento di Celso sia discussa nel tribunale del pretore urbano allora si deve anticipare di almeno un settantennio, quanti ne corrono dal periodo di tempo in cui visse

e produsse le sue opere Sesto Elio al 120 a.C. in cui, a seguito della legge Ebuza, fu consentito di litigare *per formulas* anche nel tribunale del pretore urbano. Se, invece, si ritiene, seguendo l'opinione di importanti autori come il Frezza e lo Scherillo (Legis actio per iudicis arbitrive postulationem e processo formulare, Festgabe Lübtow, 1970, 307 ss.), che sulla materia di cui in D. 19.1.38.1 la competenza fosse ancora del pretore peregrino, si avrebbe un indizio per comprendere la natura del procedimento che si teneva dinanzi a quest'ultimo organo (Ai fini di una più agevole lettura del mio contributo, per la letteratura su questo testo fondamentale, da me direttamente utilizzata e meditata, e la relativa discussione rimando a Cascione, Consensus cit., con cui concordo pienamente).

Superando ogni dubbio sul fatto che nel frammento celsino si affronta un problema connesso al contratto di compravendita consensuale, piuttosto che al negozio di *mancipatio*, come invece ritiene il D'Ippolito (Del fare diritto nel mondo romano, 2000, 17 nt. 41), e ritenuto, per l'inoppugnabilità della testimonianza di Gai 4.30 che attribuisce all'intervento della legge Ebuza e a quello successivo delle leggi Giulie la definitiva scomparsa della procedura per *legis actiones* nel tribunale del pretore urbano, che la competenza per la materia sottoposta a Sesto Elio fosse del pretore peregrino, cerchiamo di interpretare il frammento celsino per quello che effettivamente documenta e non per ciò che gli si vorrebbe far dire, non senza aver premesso che Celso documenta una ipotesi di responso pre giudiziale di Sesto Elio.

Dall'interpretazione di D. 19.1.38.1 si ricava che il negozio di compravendita è valido per la reciproca espressione del consenso delle due parti, che l'obbligazione del venditore è stata adempiuta, sia pure con ritardo non a lui imputabile, e così pure quella del compratore di corrispondere il prezzo; se non fosse così, non si interrogherebbe Sesto Elio sullo strumento mediante il quale recuperare- *servare* ha in questo caso, come attestato in tutti i dizionari di latino, il significato di ottenere, oltre che quello di conservare, e d'altra parte, se non fosse così, non si vede cosa avrebbe dovuto conservare il venditore danneggiato dagli ostacoli frapposti al trasferimento dello schiavo dal compratore- le spese sostenute dal venditore *pro cibariis*, ma sull'azione da porre in essere per il totale inadempimento del contratto da parte del compratore; in tal caso, infatti, sarebbe stato consequenziale per il giurista consigliare l'*actio venditi*, nella cui ampia formula far rientrare anche l'*indemnitas pro cibariis*. Poiché così non è, non può intendersi, come fa il Frezza, la locuzione per *arbitrium* come riferita all'azione

tipica che il venditore potrebbe porre in essere per l'inadempimento primario del compratore e dunque sostenere che all'epoca di Sesto Elio i cosiddetti *iudicia bonae fidei* erano denominati *arbitrii*. Va più in là lo Scherillo nell'ipotizzare che nel frammento si farebbe riferimento all'*actio per iudicis arbitrive postulationem*.

Non credo che le opinioni dei due autori siano da condividere, e pur tuttavia i loro evidenti errori hanno una loro intrinseca utilità, nella misura in cui ci offrono una importante traccia per comprendere la struttura e i modelli seguiti dal pretore peregrino nella tutela dei rapporti *iuris gentium*, dal momento che non credo che importanti novità –per non parlare con enfasi di una vera e propria rivoluzione processuale– siano state introdotte per le liti tra Romani e stranieri senza un punto di riferimento nella pregressa esperienza del *ius civile*, sostanziale e processuale, come a ragione sostiene il Talamanca.

Più di D. 19.1.38 è a mio avviso probante, per una più esatta definizione del processo che originariamente si teneva dinanzi al *praetor peregrinus*, una testimonianza del terzo libro del *De officiis* di Cicerone (3.17.70):

...*Q. quidam Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabatur manare altissime, idque versari in tutelis societatibus, fiduciis mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique prestare oportere.*

Non può sfuggire agli interpreti più sensibili l'impiego del termine *arbitrium* per indicare le azioni, e i relativi giudizi, in rapporti giuridici il cui Wesen fondamentale era costituito dallo stretto e reciproco intreccio di interessi, dalla collaborazione delle parti, senza la quale il rapporto giuridico stesso entrava in una fase 'patologica'. L'impiego di '*arbitria*' è tanto più significativo, quanto più esisteva almeno un altro termine per indicare i giudizi conseguenti alla violazione dei contenuti di rapporti giuridici, *iudicia*.

Ribadisco dunque che con molta cautela si possa ipotizzare che nella strutturazione del processo dinanzi al pretore peregrino ci si sia ispirati al modello, più agile e meno formalistico, della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* con le differenze più sopra indicate e che la struttura del processo formulare, così come descritta da Gaio, si sia venuta progressivamente affermando, al mutare delle

condizioni che sottendono quella struttura, condizioni di natura linguistica, etico filosofiche e socio politiche. Non ignoro, tuttavia, che per ipotizzare la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* come modello processuale è necessario ritenere questa azione molto più recente di quanto in letteratura comunemente si ritiene attribuendone l'introduzione alle XII Tavole, sul fondamento di un passo delle Istituzioni di Gaio, Gai 4.17, evidentemente frainteso :

*Per iudicis postulationem agebatur si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur...*

Non mi addentrerò in un tema assai arduo e spinoso, soprattutto per la mancanza di fonti utili ad una corretta ricostruzione della introduzione e del percorso di questo importante rimedio giudiziario, e soprattutto non pretenderò di dire cosa nuova e originale nel rilevare ciò che a mio avviso dal passo gaiano si evince con chiarezza e cioè che fra la *lex* introduttiva del procedimento e le dodici Tavole si instaura un rapporto di analogia, non di identità, e dunque che non è la legge decemvirale a introdurre la *legis actio per i.a.p.*, così come non lo è per quella *per conductionem*, introdotta dalla legge Silia, databile, con ogni probabilità, intorno alla fine del III secolo a.C., per la restituzione di certa pecunia e ribadita dalla legge Calpurnia dell'inizio del II secolo a.C. —se non la si identifica con la legge Calpurnia *repetundarum* del 149 a.C.— per la *condictio certae rei*.

Tutte le condizioni che sottendono il processo formulare nella sua configurazione 'classica' si avviano agli inizi del II secolo e maturano, a mio avviso, solo quando la procedura tra romani e stranieri fu accolta nel tribunale del pretore urbano per le liti tra romani, cioè verso la fine del secondo secolo a.C.; solo allora si potrà trovare tutta quella ricchezza concettuale nella elaborazione delle formule processuali che è a tutti nota. Ma dietro quella ricchezza non ci sarà la pur grande sapienza di un Sesto Elio, ancora legata al mondo delle XII Tavole, ma la complessità spirituale dei giuristi dell'età di mezzo, dei protagonisti, per dirla con Peter Stein, di una grandiosa Scientific Revolution, che rinnovò fin nel profondo le strutture logiche, metodologiche e di valori del *ius*, anche e soprattutto a contatto di presenze fondamentali a Roma di filosofi e di retori e di possibilità di allargare le conoscenze anche attraverso la lettura di testi fondamentali greci e non interessanti tutte le discipline, testi contenuti nella grande biblioteca di Perseo trasportata a Roma dopo la vittoria di Pidna.



Prima di esaminare gli aspetti sostanziali del diritto commerciale romano, è doveroso chiedersi se fin ab origine il *praetor peregrinus* abbia emanato un editto, come sicuramente è documentabile per il primo secolo a.C., grazie alla testimonianza della *lex de Gallia Cisalpina*, in cui si parla esplicitamente di un album da lui emanato. Coerentemente all'ipotesi del Betti, da me pienamente accettata, come avremo modo di vedere, secondo cui fu proprio il riconoscimento giudiziale da parte del pretore peregrino dei rapporti commerciali di fatto praticati, dovremmo dare risposta negativa, se non tenessimo a mente che l'editto fu e rimase sostanzialmente, e formalmente, un atto orale, in cui il pretore annunciava i propositi di dare tutela a questa o a quella situazione; questa elementare osservazione ci induce a ritenere quindi che l'attività edittale fu originaria, espressa prima in maniera orale e poi tradotta in un albo, cioè in un atto scritto.

L'origine dei contratti consensuali che, secondo la romanistica prevalente costituirono il nucleo essenziale della formazione giuridica denominata *ius gentium*, è e sarà, alla luce delle attuali testimonianze, un mistero. Possiamo solo affermare con un certo grado di sicurezza, che essi sono in relazione con il commercio fra soggetti di paesi diversi e che la loro struttura formale non fu frutto di recezione di diritto straniero, come si è ritenuto e ancora si ritiene in una certa parte della letteratura romanistica, bensì di un'evoluzione interna del diritto romano, promossa dalla giurisdizione del pretore peregrino, il cui esercizio fu guidato dalla *scientia iuris*, che di volta in volta suggerì, mediante l'*interpretatio*, gli strumenti processuali più idonei alla tutela di interessi nuovi che vedevano di fronte romani e stranieri o, che pur non essendo nuovi, non potevano essere tutelati nelle forme riservate ai cittadini romani e perciò proprie del vecchio *ius civile*. Prima di tentare di comprendere le tecniche giuridiche che favorirono una profonda trasformazione della morfologia negoziale e, soprattutto, le idee forti che le sottintendevano, è necessario precisare che non degli interessi di tutti gli stranieri il diritto romano si occupava, ma solo di quelli le cui comunità di appartenenza erano legate a Roma da trattati internazionali o ai quali Roma avesse concesso il *ius commercii* per ragioni di particolare status sociale o di convenienza politica, non esistendo, come pure si è ipotizzato in dottrina un generale principio di libertà del commercio fra tutti e con tutti, nella misura in cui, come è noto, i cittadini di comunità non astretti a Roma da vincoli d'amicizia o da veri e propri trattati erano considerati *hostes* e i loro interessi non tutelabili giuridicamente, sulla base di un antico e inderogabile principio di diritto pubblico, in

forza del quale gli interessi della *civitas* romana prevalevano sempre su quelli individuali.

Se è vero che la nota fisionomia della struttura processuale dinanzi al pretore peregrino si attuò e si consolidò nel corso di più di un secolo, come ho più sopra affermato, lo stesso può dirsi della fenomenologia negoziale, anche se a questo riguardo sarebbe utile, a mio avviso, nonostante l'esistenza di splendidi studi monografici di Maestri della nostra scienza, un riesame organico dell'intera materia, anche alla luce di recenti e fondamentali contributi (Cascione, Consensus cit.), che tenesse adeguato conto delle omogeneità e diversità delle forme contrattuali proprie del *ius gentium* e del loro sviluppo storico. Per parte mia, chiuderò questa relazione riferendomi, in modo rapido, al significato complessivo degli elementi strutturali comuni che caratterizzano i rapporti del diritto commerciale, il consenso e la buona fede.

Sul consenso si deve osservare che esso esprime la sostituzione o l'affiancamento della libera volontà individuale a quella della parola creatrice o meglio dell'uso performativo del linguaggio, per usare una efficacissima espressione di Riccardo Orestano. Tale sostituzione introduce ad un capitolo intrigante e complesso di epistemologia giuridica. Questa è a mio avviso la strada da percorrere per tentare, se non di risolvere, almeno di impostare in termini più aderenti alla realtà delle cose i problemi dell'origine e dello sviluppo del diritto commerciale.

Per raggiungere risultati attendibili, che non possono tradursi nell'individuazione di date precise in cui collocare questo o altro avvenimento ad esso collegato, è necessario utilizzare il vecchio e talvolta proficuo metodo genetico, di mommseniana memoria, di partire da ciò che è noto per risalire, e tentare di ricostruire ciò che ci è ignoto. Almeno due dati ci vengono in soccorso, l'uno, più recente, dal dominio della retorica, l'altro da quello della letteratura e, più precisamente, di quella giuridica e della commedia romana.

Riguardo al primo, non c'è chi non consideri che il dominio della *voluntas* individuale trova il suo avallo più sicuro nella trattatistica retorica, in tutti i punti in cui la volontà è posta in contraddizione con lo scritto. Ora la trattatistica retorica, a parte l'*Auctor ad Herennium* e il *De inventione* ciceroniano composti tra l'86-82 a.C., ha le sue origini su modelli greci risalenti ad Aristotele ed Ermagora e complicata in ambienti asiano ellenici, e comincia ad apparire sulla scena letteraria romana nella seconda metà del secondo secolo a.C. In essa il dominio della *voluntas*, al di là dei modelli greci, appare così incisivo da farci sensatamente rite-

nere che la sensibilità culturale romana fosse, e da gran tempo avvezza ad apprezzarne il valore.

Quanto alla letteratura giuridica e a quella ‘di evasione’ come la commedia, non vi è dubbio che rappresentano realtà diverse sotto il profilo dell’ontologia sociale. Sesto Elio scriveva i *Triperitita* negli stessi anni in cui Plauto componeva le sue commedie. Non si possono immaginare mondi più diversi. Quello delle XII Tavole, cui Sesto Elio dedicava un commento fondamentale, rappresentava, non senza la sottolineatura dei mutamenti politico sociali avvenuti, le forme giuridiche e i valori di quella antica legge; delle prime, il dominio della *fides*, della parola creatrice di rapporti giuridici, di un sistema negoziale ‘chiuso’, appena scalfito dal ruolo dell’*interpretatio*; dei secondi, quello di una società fortemente aggregata intorno all’egemonia della *nobilitas* allora patrizia, ora patrizio-plebea, e in cui il processo di centralità della forma patriarcale dell’organizzazione della famiglia cominciava appena ad entrare in crisi. Un modello complessivo, quello rappresentato da Sesto Elio, di molto diverso dalla ‘società’ rappresentata in Plauto, che trova in Roma fieri oppositori che, come dimostrano gli esempi ‘antichi’ riportati nell’*Auctor ad Herennium*, relativamente al valore giuridico del *iudicatum*, non esitano a trascinare poeti e commediografi in giudizio per il delitto di *iniuria*. Non v’è alcun dubbio, tuttavia, che la commedia latina e non , ma anche la poesia, sgretola il dominio della parola e della *fides* che ad essa deve conseguire. Al punto, e tocchiamo il secondo aspetto, che la stessa parola *fides* nel mondo giuridico non basta più e si deve ricorrere alla *bona fides*, che documenta un processo di interiorizzazione e di valutazione dell’internò volere del dichiarante che può condurre alla dimostrazione del suo esatto contrario, la mala fides nelle transazioni commerciali. Illuminante un passo della *Mostellaria* di Plauto, 669 ss.:

TR. *De vicino hoc proximo tuos emit aedis filius.* TH. *Bonan fide?* TR. *Siquidem tu argentum redditurus, tum bona : si redditurus non es, non emit bona...*

Lo schiavo Trazione, per occultare le folli spese di Filolache, figlio di Teuropide, cerca di far credere a quest’ultimo che il figlio ha acquistato una casa. In buona fede, chiede Teuropide? Buona, se tu paghi, suggerisce Trazione, non buona, se tu non paghi. Credo che nel versetto finale lo schiavo giochi sulle parole, nel senso che con l’espressione *si redditurus non es, non emit bona*, si può

intendere tanto che il figlio non acquistò in buona fede, quanto che il figlio non acquistò i beni, non realizzò l'effetto tipico della compravendita.

Nei limiti propri dell'uso di una terminologia giuridica da parte di un commediografo come Plauto, è incontestabile che l'introduzione della categoria di *bona fides* ha nella *Mostellaria* un termine sicuro di riferimento; che c'è una discrasia, giustificata dall'inganno, sia sul momento in cui deve sussistere il requisito della buona fede, –in quello in cui si conclude il contratto nella corretta prospettiva di Teuropide, in un momento successivo per Trazione–, sia sul momento perfezionativo del contratto di compravendita, che per Teuropide è già concluso, indipendentemente dal pagamento del pretium, non lo è per Trazione, che lega tale conclusione al pagamento del prezzo, con ciò dimostrando di avere in mente non l'*emptio venditio* romana, ma la compravendita greca.

In ogni modo, e per i fini che qui ci interessano, mi pare che la categoria della buona fede sia un elemento avventizio, che si introduce nell'esperienza giuridica romana almeno un cinquantennio dopo il 242 a.C. e con caratteristiche e soprattutto, valore non ancora ben definiti. Già così rimane per tutti un mistero come mai la buona fede oggettiva, ma lo stesso deve dirsi per quella soggettiva, debba essere agli albori del II secolo a.C. utilizzata nel tribunale del p.p. come parametro per condannare o assolvere, e l'introduzione del dolo nel tribunale del pretore urbano e del governatore provinciale, prima come eccezione, poi come azione generale e sussidiaria, si usa farsi risalire, ai primi decenni del I secolo a.C., rispettivamente nella forma di *praescriptio pro reo* dal proconsole d'Asia del 94 a.C. Q. Mucio Scevola e di azione ad opera del maestro di Servio Sulpicio Rufo, Aquilio Gallo, nonostante che, al di fuori di ogni bizantinismo, il dolo rappresenti l'esatto contrario della buona fede. Si potrebbe obiettare, e con ragione, che si tratta di cose diverse, che una cosa sono le azioni di buona fede, per altro azionabili nel tribunale del pretore peregrino, altra è l'*exceptio doli* e soprattutto l'azione generale di dolo, azionabili in quello del pretore urbano; ma non sembra ragionevole pensare che, dopo la legge Ebuza, con l'introduzione del processo formulare per le liti tra *cives Romani*, si attenuava fortemente, anche se non veniva meno, l'esigenza di differenziazione tra negozi e azioni *stricti iuris* e negozi e *iudicia bonae fidei*, l'esigenza cioè di un sistema processuale e sostanziale a due velocità?

Un ultimo punto va chiarito. Si legge nei manuali che sin *ab origine* il *praetor peregrinus* si occupasse dei negozi di diritto commerciale, con ciò presupponendo

che essi fossero preesistenti, con tutti i noti connotati formali, alla creazione della magistratura. Non si tratta di sciogliere il vecchio dilemma se sia nato prima l'uovo o la gallina, ma di stabilire una volta per tutte il rapporto tra esperienza fattuale e formalizzazione dei rapporti di fatto. Questo dato era così noto ad Emilio Betti, che egli elaborò la teoria, che non ha ingiustamente trovato molti consensi, secondo cui i rapporti di fatto del diritto commerciale ricevettero il crisma della giuridicità nella costante tutela giurisdizionale del pretore peregrino, così come avvenne per gli istituti pretori tutelati nel tribunale del *praetor urbanus*. In altre parole, è fondatamente congetturabile che i rapporti di fatto che si sostanzieranno nell'*emptio* o nella *societas* o nel mandato o nella *locatio* siano preesistenti e un romano ed un greco o un cartaginese potevano, assistiti da esperti, dare il particolare assetto a noi noto ai loro interessi, ma essi rimangono rapporti di fatto la cui vita dipende dalla mancanza di conflittualità; quando questa insorge e le parti in conflitto si rivolgevano all'autorità giurisdizionale competente tali rapporti sopportavano il rischio di essere non riconosciuti come giuridicamente rilevanti, di non ricevere il crisma della giuridicità. Questa visione delle cose non può essere tacciata di statalismo, come, in polemica con Betti, ha sottolineato il Bretone, ma di sano realismo. Anche i negozi dei *ius gentium* nascono, per usare una felice espressione di Sumner Maine, tra le pieghe di una procedura e non vedo perché si debba tracciare una storia del diritto onorario più tormentata e irta di difficoltà di quella del diritto commerciale, per il quale un romano e uno straniero si presentavano con i loro negozi confezionati e giuridicamente riconosciuti davanti al pretore peregrino a chiedere chi avesse torto o ragione. Sostenere che è la prassi a creare il diritto commerciale è dire cosa vera e falsa nello stesso tempo, perché una cosa è la prassi, l'altra è la giuridicità della prassi, a meno di non voler sostenere che quella prassi è sostenuta da un lungo trascorrere del tempo, dalla consuetudine, cosa che non è detta o scritta in alcun manuale. La verità signori è che per il diritto romano non si possono tracciare strade a due velocità, l'una per il diritto onorario e, in fin dei conti, anche per il *ius civile*, e l'altra, che più che una strada, mi si consenta l'immagine, appare un'autostrada per il diritto commerciale, quasi che vi fossero romani privilegiati, quelli che commerciavano con gli stranieri e romani obbligati al rispetto di antiche forme al punto che se sbagliavano una parola non ottenevano il risultato pratico-economico desiderato. La rappresentazione tradizionale delle origini del diritto commerciale è dunque talmente sconsiderata da rasentare la favola.



Ma gli storici del diritto non raccontano e non devono raccontare favole, devono accettare il mistero del silenzio delle fonti e tacere o proporre ipotesi ragionevoli avvertendo che solo di ipotesi si tratta non di certezze.

Infine un ammonimento. Ho ascoltato relazioni interessanti e meritevoli di ogni attenzione sulla organizzazione commerciale romana, in molte delle quali difettava o stentava a riconoscersi una prospettiva giuridica. E' lecito occuparsi di Histoire materielle, ma la storia giuridica è altra cosa, è storia di un dato formale in stretta relazione con la politica, la società, l'economia, la cultura in contesti storicamente determinati, ma che non si identifica con essi, avendo rispetto ad essi una sua peculiare 'fisionomia' e, soprattutto, un suo 'tempo' specifico.

