

Dimensione storica e rilevanza del diritto

L. Capogrossi Colognesi, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna, Società Editrice il Mulino, 2016, pp. 256

Luigi Sandirocco*

«La costruzione del diritto privato romano» di Luigi Capogrossi Colognesi è un'indagine che si muove entro confini accuratamente disegnati in apertura e a suggello da una presentazione e da conclusioni che contengono il metodo stesso e la filosofia della ricerca¹. Non è quindi affatto casuale che queste due parti, che racchiudono i contenuti e soprattutto l'articolazione del pensiero giuridico dello studioso, abbiano un'ampia estensione. Capogrossi Colognesi è netto, sin dall'inizio, nel precisare concetti che costituiscono il nerbo dello sviluppo. Il criterio metodologico è infatti la compenetrazione tra la dimensione storica e quella del diritto, scansando ciò che è stato definito come il non più condivisibile accantonamento della prima in favore della seconda, irrorata da formalismo e da forte tecnicismo. Il romanista insiste subito, citando Sabino Cassese, sul concetto del *vulnus* agli studi di settore inflitto da un «persistente orientamento “astorico e dogmatico”» (p. 11), che lui stesso definisce «travaglio antico e che si ripresenta in ognuno di noi» (p. 11) e dal quale intende esplicitamente distaccarsi. Rimarca altresì: «Se dunque talora ho proposto (...) qualche prospettiva in parte diversa dalla *vulgata* corrente, ciò è avvenuto sempre attraverso la valorizzazione e la rilettura dell'opera delle precedenti generazioni di studiosi» (p. 232). È molto più di una mera dichiarazione d'intenti o di una pura chiave interpretativa: è piuttosto la premessa imprescindibile di un modo diverso di inquadrare il *corpus* della romanistica utilizzando un'ottica storica che consente di nutrire «dubbi rispetto a un sapere consolidato di cui dovrebbe essere avventato dubitare» (p. 21). E se il dubbio è laico, lo studioso se ne nutre per rivedere, rivisitare, riscrivere, approfondire, spiegare oltre un descrittivismo didattico. Tanto da esprimere già in premessa il convincimento che il libro sia stato concepito anche per offrire un quadro conoscitivo più vasto e accessibile al lettore non necessariamente specialista. Capogrossi Colognesi rimarca in via preliminare di aver voluto abbracciare quella «grande arte», spesso poco praticata, della «divulgazione scientifica», cercando altresì di «non schiacciare il lettore sotto una mole eccessiva d'informazione e di particolari» (p. 20). Ecco quindi la scelta filologica di limitare l'uso delle note in calce al testo, in parte esplicative, con rimandi a un apparato bibliografico asciutto ma allo stesso tempo completo nella sua essenzialità e ben articolato, e col corredo di un indice tematico utile per orientarsi tra gli argomenti e le particolarità. Ne guadagna la linearità dell'esposizione, che valorizza l'intento di aprirsi a un pubblico di fruitori più vasto di quello di riferimento, al quale solo apparentemente sembrerebbe invece essere destinato.

Questo saggio nasce quindi con una decisa motivazione di rottura dolce e con un esplicito senso ideale e formale, in quanto si pone come complemento al volume «Storia di Roma tra diritto e potere» pubblicato nell'anno 2014, nel quale si erano configurati i processi formativi dell'ordinamento politico e i meccanismi istituzionali². Premesse nette, dunque, a partire dalla bidimensionalità storia-diritto, con l'altrettanto forte precisazione che «quasi mai i singoli elementi su cui si fonda il percorso ricostruttivo qui proposto sono il frutto di mie ricerche specialistiche. E tuttavia io, penso, o mi illudo, che il modo in cui ho utilizzato un materiale noto e abbastanza

* Professore aggregato di Diritto romano presso l'Università degli Studi di Teramo.

¹ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna, Società Editrice il Mulino, 2016, pp. 256.

² In argomento segnalo recensione L. SANDIROCCO, *Diritto e potere: apparenti opposti in rapporto comparativo*, in *Rivista di Diritto Romano. Periodico di Storia di Diritto Romano, di Diritti Antichi e della Tradizione Romanistica Medievale*, Varie XV (2015).

pacifico della nostra tradizione di studi mi abbia permesso di pervenire ad una visuale diversa da quella abituale e tale da cogliere relazioni in genere inesplorate, o quasi. Ho proposto talora problemi abbastanza elementari, ma trascurati, proprio perché oscurati dalla tradizionale inquadratura sistematica del diritto privato romano» (p. 14). E aggiunge di non essersi voluto «avventurare in analisi innovative dei vari istituti giuridici romani», limitandosi a «spostare i piani, modificare gli angoli visuali e a mutare i punti di illuminazione» (p. 232). Una storia dedicata cronologicamente alla stagione precedente il principato, ovvero all'epoca nella quale «sul fondamento consuetudinario delle forme giuridiche romane, si innestò lo sforzo congiunto dell'*interpretatio* giurisprudenziale e della giurisdizione del pretore, a innovare, modificare e creare un nuovo diritto», in quella che viene definita come «modernizzazione dell'ordinamento giuridico privatistico» (p. 13), fatta emergere attraverso l'accentuazione della «diversità di logiche che dominano la sfera privatistica rispetto all'ordinamento politico cittadino» (p. 16).

La struttura portante del saggio ricalca comunque uno schema che non si discosta molto da quello collaudato della manualistica. La partizione in sei argomenti portanti si snoda attraverso un «tentativo di recupero della storicità» (p. 14), innovando nel solco della tradizione. Stabilita l'intelaiatura, l'analisi muove dal microcosmo familiare, nucleo dell'identità romana, e dall'arcaicità delle XII Tavole si spande verso le trasformazioni della sfera privatistica attraversando il complesso di elementi del sistema sociale, per poi approdare a quello processuale che sovrintende l'impalcatura giuridica dell'età repubblicana.

La famiglia esogamica come mattone di costruzione della società non è certamente un'invenzione né un'esclusiva della civiltà romana, che però ha eretto su questa solida base identitaria un sistema giuridico complesso e preciso, facendone elemento-cardine della sua esistenza e della sua potenza. Capogrossi Colognesi sfronda le origini dal mito e compie un percorso all'indietro che poggia sulle stabili basi del conosciuto, da cui cerca di isolare «singoli elementi che potrebbero appartenere a strati più antichi» (p. 23), e segnatamente quell'organizzazione familiare che è «fondamento delle aggregazioni sociali anteriori alla città e alle primitive forme economiche a esse connesse» (p. 23). Non c'è comunità giuridica, ovvero la comunità politica dei *cives*, senza la *familia proprio iure* che dà a essa la forza genetica e ogni altro aspetto di comunanza spirituale e materiale. Il percorso dell'autore è efficacemente titolato «Gli inizi di una lunga strada», il cui punto di partenza è un'aggregazione di famiglie che portano lo stesso nome e che esprime un'unità giuridica ed economica. Lo studioso ammonisce a non cadere nel consueto inganno della *gens* evocata come gruppo parentale, e richiama la definizione che ha tramandato Cicerone (*top.* 6); la logica è quella più antica della città stessa, ovvero il vincolo agnaticio che discende dal capostipite per linea diretta maschile³. Il *pater familias* è un vertice attorno al quale ruota l'insieme di sangue, e la pluralità di questi vertici disegna la società romana, con le sue logiche, i suoi riti, i suoi strumenti tanto di esercizio quanto di trasmissione del potere. Un sistema, insomma, cementato dalla *patria potestas* e dall'essere cittadini *sui iuris*, almeno per quanto concerne i rapporti privatistici. La famiglia è pertanto «un organismo forte e compatto, ma effimero nel tempo» (p. 37), altrimenti sarebbe giocoforza l'evoluzione verso un'entità tribale o gentilizia tale da sottrarre poteri e ruoli allo stato cui invece cedeva gli uni e i gli altri. Si pensi al momento in cui, con la morte del *pater familias*, i figli venivano sciolti dalla *patria potestas*, «posizione che trova scarsi riscontri nelle altre *poleis* dell'antichità classica e che era destinata a grandi sviluppi avviando una progressiva parificazione tra uomini e donne» (p. 29). Anche qui una matrice storiografica dà linfa al percorso giuridico.

La famiglia romana è per sua natura aperta all'esterno, e non solo dal punto di vista dell'esogamia e del persistente tabù dell'incesto, peraltro in un'epoca alla quale erano ovviamente sconosciute tutte le implicazioni genetiche. Questa apertura si rivolge generalmente verso l'universo

³ Concetto affrontato ed espresso nel precedente lavoro dello studioso (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, Società Editrice il Mulino, 2014, p. 30 ss.).

femminile, tenendo sempre presente quel ruolo di moglie e di madre che la società attribuiva proprio con funzione rigeneratrice di se stessa. La donna entrava dunque per essere sottoposta *loco filiae* al marito e *loco neptis* al di lui padre se la *potestas* era ancora esercitata dal suocero. La moglie era *in manu mariti* e andava a costituire una nuova famiglia quando lo stesso diveniva (o era già) *sui iuris*. Il matrimonio, inoltre, doveva rispondere a requisiti di varia natura, non escluso quello della ritualità che lo consacrava agli Dei. La cerimonia religiosa celebrata dal *flamen Dialis* ne costituiva l'elemento esteriore più forte, con la celebrazione della *confarreatio*, il gesto simbolico e concreto di spezzare in due la focaccia di farro davanti al sacerdote, inizialmente patrimonio dei patrizi. Con la *coemptio* si configura una procedura ancor più formale, una sorta di acquisizione contrattuale (immaginarie *venditio*). I rituali nuziali (*confarreatio* e *coemptio*) «non servono tanto a “trasferire” la *patria potestas* del padre originario della donna al *pater* della famiglia dello sposo, quanto a sopprimere la *potestas* del primo, facendo insorgere contestualmente un'identica *potestas* in capo al secondo. Ed è questo, va sottolineato, l'unico caso in cui il diritto romano attribuisce a un atto giuridico tale efficacia» (p. 36).

Il matrimonio è *iustum* se unisce chi è titolare del *ius conubii*, perché da esso derivano non solo precisi doveri in ambito privatistico, ma anche diritti essenziali nell'impalcatura statale, cui non può certamente essere estranea la legittimità dei figli e la trasmissione patrimoniale per testamento. «Sia la *confarreatio* sia la *coemptio* restarono collegate al potere da loro ingenerato – la *manus* – divenendo irrilevanti invece ai fini dell'esistenza del matrimonio stesso. Questa – precisa l'autore – è l'abbastanza univoca indicazione che si può ricavare dai molteplici passi dei giuristi romani, sin dalla fine dell'età repubblicana, che ha ovviamente condizionato in profondità le ricostruzioni dei moderni romanisti. In tal modo, però, costoro hanno finito col non dare adeguato rilievo alla possibile cesura tra una fase più antica del regime matrimoniale romano e la sua successiva configurazione. (...) Ne è conseguita quella che potremmo definire una perdita di profondità della visione storica» (p. 33). Ancora una volta viene fatta emergere una chiave interpretativa basilare, richiamando quello schema come «punto d'arrivo d'un processo, il cui inizio sarebbe stato appunto rappresentato dall'inscindibile e necessario rapporto tra matrimonio arcaico e *manus*», in quanto l'interscambio in entrata e in uscita da e per il nucleo della famiglia *proprio iure* non poteva intaccare l'autonomia.

L'analisi di Capogrossi Colognesi sull'architettura del diritto privato romano si sofferma quindi sulle implicazioni della discendenza e della trasmissione ereditaria, tanto nella dimensione civile quanto in quella religiosa e segnatamente sociale, in un sistema di controllo in variabile equilibrio tra gli spazi di autonomia del *pater* e le logiche gentilizie, ma dove comunque veniva esercitato un potere forte. Il ruolo della donna è compreso dalla conformazione maschilista del sistema che la confinava in ambito domestico, nella sua funzione preminente di moglie e di madre una volta uscita dalla famiglia d'origine, in una *domus* che per lei è una specie di gabbia dorata, nucleo economico e sociale della romanità, al cui interno viene gestito l'elemento identitario e gerarchico-patriarcale dell'età arcaica. L'autore, nel disegnare le sfaccettature della *mancipatio*, richiama Jhering⁴ e fa sua l'affermazione secondo la quale «la legge dell'economia dei mezzi è una delle leggi fondamentali della tecnica giuridica» (p. 50), già condivisa da Arangio-Ruiz, «ipotesi che ha almeno il vantaggio di individuare, e cercare di spiegare, un problema, non di ridurlo a irrilevanza perdendo, così, la consapevolezza della storicità dei fenomeni studiati» (p. 50). Affronta quindi, a conclusione del primo capitolo, le peculiarità di *traditio*, *auctoritas*, *in iure cessio* e *usus*, premettendo in relazione alle cose più importanti della famiglia: «Non meraviglia che, con una specie di cortocircuito tra oggetto e soggetto, l'insieme di questi beni fosse richiamato dai Romani con lo stesso termine che indicava il soggetto della cui esistenza essi erano il fondamento ultimo: *familia*. Che non esauriva, tuttavia, il patrimonio del *pater*, costituito da molti altri beni, presenti anch'essi nella vita quotidiana, ma ciascuno di minor valore o meno essenziale alla base economica

⁴ R. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Lipsia 1906, p. 242.

del gruppo familiare» (p. 53). Si tratta delle *res nec mancipi*, che venivano trasmesse con la semplice *datio*, ovvero con la *traditio*. Una modalità che evolve con diverse forme e che è il termometro della trasformazione della società e della capacità di astrazione di chi ne definisce le formule giuridiche condivise.

Lo studio di Capogrossi Colognesi affronta quindi l'eredità delle XXII Tavole di cui coglie quella singolare miscela tra arcaismo e modernità che ne fa sia un cardine sia una base di partenza dalla quale lievita la costruzione giuridica. I risvolti dell'indagine affrontano in successione l'emancipazione femminile⁵, l'evoluzione del ruolo del *pater familias*⁶, i diritti di proprietà⁷. Alla sfera privatistica viene dedicata anche la terza parte del saggio, con la fase di configurazione e sviluppo dei vincoli tra i singoli, in quella che è efficacemente sintetizzata come l'epoca dell'avvio delle grandi trasformazioni, ovvero quando l'esperienza giuridica mette a disposizione della società «una serie di situazioni nuove e di meccanismi abbastanza sofisticati atti a soddisfare una gamma più ricca di esigenze» (p. 93); lo studioso, peraltro, mette simultaneamente in guardia dal fatto che «in tal modo, però, la scienza giuridica pontificale e l'ancora arcaico strumentario processuale a disposizione dei Romani avevano raggiunto il loro limite» (p. 93). L'affinamento delle forme rispecchia il polimorfismo della materia, che si manifesta sia nella sua essenza sia nei soggetti ai quali si rapporta, per il cambiamento storico che interessa una città proiettata a un dominio politico sempre più esteso. La linea evolutiva va da «una dimensione patriarcale (...) piccolo-agraria» (p. 232) alla «prospettiva propria dell'impero mondiale» (p. 232). Diventa infatti immediatamente rilevante la realtà dell'espansione territoriale e quindi del riordino del *dominium*, scomposto in più forme (immobiliari, urbane, agrarie), con la necessità di una «forte limitazione delle forme di autodifesa violenta e l'affermazione della pace sociale» (p. 108).

Una società, quella tra la fine del IV e gli inizi del III sec. a.C., di complessa stratificazione e dal carattere «fortemente innovativo» (p. 131), per «l'ampliamento della base economica di Roma, intimamente associato alle guerre di conquista territoriale» (p. 131), che non solo consente «il superamento dell'arcaico conflitto tra patriziato e plebe, con nuovi e più dinamici equilibri politici e con l'avvio di una formidabile spinta espansionista. Esso è riflesso anche in un accentuato processo innovativo delle forme giuridiche» (p. 131). Persino la base economica della forza lavoro, quella dello schiavismo, perde man mano l'originaria connotazione della sconfitta e del *vae victis*, come prezzo pagato all'egemonia romana, per plasmarsi sull'esistente e sull'evoluzione sistemica che abbraccia anche le forme di dipendenza arcaiche. Sono confini tra individui che fungono da spartiacque, ma che nel tempo perdono le connotazioni di rigidità e di impermeabilità sociale. Le ripercussioni sulla sfera privatistica sono ben note in tutto il percorso evolutivo dall'*erūs* al *dominus*, dallo schiavo al *civis*.

La disciplina di questa composita rete relazionale è affidata alla struttura processuale, che viene indagata dall'autore nel penultimo capitolo – «Il processo e il diritto privato romano» – attraverso *legis actiones*⁸, la figura pretorile con le sue competenze⁹, il rito *per formulas*¹⁰, i *iudicia legitima*¹¹ che modificano l'esperienza romana arcaica e prefigurano quella che viene definita come «l'invenzione del diritto» (p. 188) tra *interpretatio* ed editto del pretore. Un disegno che si compie e si perfeziona negli ultimi due secoli della Repubblica, quando concorrono a completare il sistema dei rapporti privatistici il nuovo processo formulare («con la ricchezza delle situazioni cui esso dette rilevanza giuridica con la conseguente aumentata efficacia della stessa giurisdizione» [p. 195]) e «la definitiva affermazione della giurisprudenza laica» (p. 195); fu infatti proprio dopo le guerre contro

⁵ Vedi in proposito pp. 59-71.

⁶ Vedi in proposito pp. 72-79.

⁷ Vedi in proposito pp. 72-91.

⁸ Vedi in proposito pp. 164-8.

⁹ Vedi in proposito pp. 168-177.

¹⁰ Vedi in proposito pp. 177-184.

¹¹ Vedi in proposito pp. 184-188.

Annibale che si impongono le «prime grandi personalità di giuristi, iniziando una riflessione sistematica sulle norme, sugli istituti e sulle forme processuali» (p. 195). Si schiude di conseguenza l'epoca dei contratti consensuali, quindi dell'*empio venditio*¹² e del progressivo deperimento delle *res Mancipi*, con ripercussioni su diritto di proprietà e *iura in re*¹³, e l'edificazione stratificata di *ius civile* e *ius honorarium*¹⁴. La rivisitazione dell'autore investe «la storia delle forme di circolazione della proprietà e dei tipi di compravendita» (p. 234), perché «lo schematismo negoziale costruito dai Romani era sì, un prezioso strumento per tutelare e consolidare uno spettro sempre più ampio di relazioni di carattere economico e sociale tra soggetti privati. Solo che – aggiunge Capogrossi Colognesi – gli atti costitutivi di un vincolo obbligatorio producevano questo in capo a uno solo dei contraenti, secondo la logica debitore-creditore» (p. 235).

Tracciato il quadro, il romanista riassume le fila dell'intero discorso concettuale, di cui aveva preventivamente illustrato i punti salienti nella fase introduttiva. Ma non senza aver specificato che il *corpus* del diritto romano, pur riferito a una precisa epoca storica, sfugge per sua natura anche alla tentazione dell'*hortus conclusus*. Difficile infatti ipotizzare una conclusione per «una serie di figure e istituti, descritti e anatomizzati uno di seguito all'altro, ciascuno nella propria specificità, come i tanti trattati generali e le esposizioni, anche più sommarie, del diritto romano in questi due secoli hanno sempre fatto, collocandoli all'interno di quel “cielo dei concetti giuridici” dotato di una vita sua propria e senza tempo, di cui parlava polemicamente Jhering già a metà dell'Ottocento» (p. 231). L'autore ribadisce infatti di aver metodologicamente tentato di frantumare una realtà ontologica «reintroducendo la dimensione storica che ne era stata avulsa» (p. 231), provando di conseguenza a disegnare una conclusione che non può che essere provvisoria, proprio per quanto sopra esposto e per come lo si è fatto. Il saggio risulta quindi permeato dallo sforzo di tracciare un sistema attraverso la narrazione di una storia articolata in un «complesso gioco di relazioni, convergenze e reciproche influenze tra vari segmenti dell'ordinamento giuridico romano» (p. 231). E questo sistema si è storicamente sviluppato in relativa autonomia, ma giuridicamente senza raggiungere l'autosufficienza.

Il filo d'Arianna di Capogrossi Colognesi è pertanto progettuale: «ritrovare la storicità del diritto romano, sottraendolo alla sua trasformazione – e mummificazione – in un modello atemporale ed eternamente valido» (p. 237); un itinerario compiuto riacciandosi «a tanti e più grandi autori che si erano impegnati in questa stessa direzione, convinto che solo così si possa dare un effettivo contributo agli studi giuridici contemporanei. Io credo infatti – è l'ennesima sottolineatura – che le tradizioni giuridiche moderne, anzitutto quelle europee, con il loro retroterra “scientifico”, siano sottoposte a una pressione mai verificatasi in precedenza. Una realtà nuova e tumultuosa si viene facendo diritto, forzando le antiche categorie e sopprimendo le logiche consolidate» (pp. 237-238). Compito dello studioso è quindi quello di capire la natura di questo sistema, di afferrarne la portata e gli sviluppi, prima ancora di «tentare di governare e razionalizzare in qualche modo la complessità e la contraddittorietà di tali processi» (p. 238). Di qui l'auspicio di una riflessione sui caratteri fondativi che, attraverso la conoscenza, fornisca a chi si accosta allo studio del diritto romano le coordinate per orientarsi e tracciare così una rotta culturale autonoma, che sia però davvero consapevole e informata. Il volume, in quest'ottica, schiude con intelligenza e ritmo prospettive aliene da specifici tecnicismi anche a chi invece vuol accostarsi all'affascinante mondo del diritto romano, compenetrando la conoscenza del passato con una imprescindibile chiave interpretativa del presente.

Abstract

¹² Vedi in proposito pp. 203-208.

¹³ Vedi in proposito pp. 208-216.

¹⁴ Vedi in proposito pp. 216 e ss.

Il libro di Luigi Capogrossi Colognesi sottolinea la complessa e difficile opera di magistrati e di giuristi romani diretta a costruire un sistema giuridico da adattare al mutare dei tempi. Sarà loro il merito di avere elaborato, infatti, un diritto nuovo che avrebbe dovuto rispondere alle modificate esigenze sociali sino a cambiare radicalmente le strutture della società romana, partendo dal nucleo familiare sino a giungere all'autonomia delle persone. Le strutture portanti del sistema giuridico romano, già definite in età repubblicana, costituiranno quella importante e imprescindibile eredità su cui sono impiantati i moderni sistemi continentali.

The book by Luigi Capogrossi Colognesi emphasizes the complex and difficult work of the roman magistrates and the jurists directed to building a legal system adaptable to the changing times. In fact they will be credited with having developed a new law that was supposed to respond to the changed social needs leading up to up to a radical change in the structure of roman society, starting from the family unit and even reaching the autonomy of the people. The supporting structures of the roman legal system, already defined in the republican era, will make up the important and indispensable legacy on which the modern continental systems are implanted.