



Radici storiche del diritto europeo

Collana diretta da Giovanni Luchetti e Aldo Petrucci

Aldo Petrucci

Fondamenti romanistici di diritto pubblico



G. Giappichelli Editore

Radici storiche del diritto europeo

Collana diretta da Giovanni Luchetti e Aldo Petrucci

6

Aldo Petrucci

Fondamenti romanistici di diritto pubblico



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4093-6

ISBN/EAN 978-88-921-9818-0 (ebook - pdf)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

PARTE PRIMA
L'IMPIANTO COSTITUZIONALE
E L'APPARATO AMMINISTRATIVO

CAPITOLO I

LE LINEE COSTITUZIONALI DEL REGNO E DELLA PIÙ ANTICA REPUBBLICA (V E IV SECOLO A.C.)

SOMMARIO: 1. La fondazione di Roma e gli organi cittadini in età monarchica. – 2. La formazione dell'assetto costituzionale repubblicano. – 3. La progressiva stabilizzazione durante il V ed il IV secolo a.C.

1. *La fondazione di Roma e gli organi cittadini in età monarchica*

È oggi opinione largamente diffusa che la città di Roma sia sorta dall'unione di gruppi minori chiamati **genti** (*gentes*). La loro ubicazione in villaggi (*vici*) e territori (*pagi*) posti in prossimità del Tevere e, in particolare nel punto dove sorge l'isola Tiberina, che ne permetteva l'attraversamento, fu probabilmente il fattore originario più importante a favorirne lo sviluppo. **La gente** era allo stesso tempo un gruppo parentale, politico ed economico-sociale. I suoi componenti erano tutti imparentati fra loro, avendo in comune il nome (*nomen*), la parte centrale della denominazione dei cittadini romani liberi e di sesso maschile¹, ma si sposavano con persone estranee al gruppo attraverso forme matrimoniali, che nei tempi più risalenti erano forse collettive.

Ogni gente aveva i propri culti e divinità (i *sacra gentilicia*), possedeva sepolcri comuni (i *sepulchra communia*) e si reggeva in base a norme giuridiche consuetudinarie (*mores*) o introdotte da decisioni assunte dai maschi adulti del gruppo (i *decreta gentilicia*). È probabile che non vi fosse un suo capo permanente, ma che ne venisse scelto uno temporaneo per il compimento di determinate imprese comuni (in primo luogo, le guerre) o per lo svolgimento di determinati culti.

¹Questa denominazione si formava di un *praenomen*, scelto dal padre, un *nomen*, uguale per tutte le famiglie del gruppo gentilizio, ed un *cognomen* indicativo della famiglia agnaticia all'interno sempre del gruppo gentilizio (ad es., in Marco Tullio Cicerone, Marco è il prenome, Tullio il nome e Cicerone il cognome).

Sotto il profilo economico-sociale, ciascuna gente aveva la proprietà collettiva della terra del villaggio e (probabilmente) delle greggi e disponeva di propri clienti (*clientes*). Essi, singolarmente o per nuclei, si sottomettevano al gruppo gentilizio mediante un vincolo fiduciario (designato con il termine *in fidem esse*), a seguito del quale dovevano lavorare ed obbedire ai gentili, ricevendone in cambio protezione ed assistenza².

Intorno alla metà dell'VIII secolo a.C. (la data tradizionale è il 754/753 a.C.), per influenza di diversi fattori, soprattutto di carattere economico e militare, i gruppi gentilizi creano **una primitiva comunità urbana unitaria, Roma**, con la costituzione di alcuni organi per il suo funzionamento: il **re** (il *rex*), il **senato**, i **comizi curiati** ed i **collegi sacerdotali**, le cui funzioni e competenze rappresentano un primo e più antico modello di **divisione dei poteri**.

Nel **monarca** si concentravano i poteri di emanare norme giuridiche, di governare la comunità, di amministrare la giustizia, di regolare i rapporti internazionali, di comandare l'esercito e di compiere le cerimonie religiose³, tuttavia, nello svolgimento di tali funzioni, il re si avvaleva di alcuni ausiliari, le cui cariche sono sopravvissute, per periodi più o meno lunghi, anche dopo la caduta della monarchia: i "duoviri della perduellione" (*duoviri perduellionis*) e i "questori del parricidio" (*quaestores parricidii*) nell'esercizio della giurisdizione criminale, il comandante della fanteria (*magister populi*) e quello della cavalleria (*magister equitum*) nella conduzione dell'esercito; invece, nel caso di assenza dalla città, si faceva sostituire da un "prefetto della città" (*praefectus urbi*). Nella fase più antica della monarchia la carica di re era vitalizia, non ereditaria, bensì elettiva.

Organo centrale della comunità era il **senato**, formato da un consiglio di anziani, chiamati *patres*, espressione dei gruppi gentilizi che si erano uniti dando vita alla prima comunità. Il loro numero originario di cento viene elevato, sempre in età monarchica, prima a duecento ed infine a trecento⁴. La sua più rilevante competenza era quella di scegliere il *rex*: la sua investitura quale supremo capo politico, religioso e militare della comunità proveniva appunto dal senato. Alla morte di un sovrano i suoi poteri ritornavano ai senatori, che li esercitavano a turno fino all'investitura del nuovo (*interregnum*), af-

² Cfr. le notizie racchiuse nello storico greco del I secolo a.C., Dionigi di Alicarnasso, *Antiquitates Romanae* 2.10, sui reciproci diritti ed obblighi tra clienti e patroni nella legislazione romulea, risalenti certamente ad usi (*mores*) gentilizi.

³ Basta richiamare quanto dice il giurista Pomponio nel suo Manuale di storia del diritto (*Enchiridion*) del II secolo d.C., nella parte conservata in D. 1.2.2.1 e D. 1.2.2.14, dove si afferma che tutti i poteri erano in capo al re.

⁴ Cfr. le notizie riportate nella sua Storia di Roma dallo storico latino Tito Livio del I secolo a.C.: *Ab Urbe condita* 1.8.7; 1.30.2 e 1.35.6.

finché la città non restasse priva di un capo⁵. Una volta inaugurato il nuovo re, le funzioni del senato erano essenzialmente quelle di un consiglio con il quale egli discuteva i più importanti affari civili e militari della comunità.

La più antica assemblea popolare organizzata erano i **comizi curiati** (*comitia curiata*), composta sulla base di ripartizioni territoriali (*curiae*), in cui confluivano gli antichi gruppi gentilizi. Malgrado le informazioni a nostra disposizione siano molto incerte, è certo che davanti ad essi si svolgessero alcuni atti di diritto privato, quali un tipo di adozione (*adrogatio*) ed una forma di testamento (*testamentum calatiis comitiis*), per il cui compimento i comizi venivano convocati due volte l'anno e presieduti dal monarca, nella prima funzione, e dal Pontefice Massimo, nella seconda. È inoltre verisimile una loro generica presenza nell'investitura del monarca e nell'amministrazione della giustizia.

Ben più significativi sul piano costituzionale erano il ruolo e le funzioni dei **collegi sacerdotali**, che si affiancavano al monarca, in quanto il carattere eminentemente "politico" della religione romana tradizionale ne faceva i garanti delle buone relazioni con le divinità (la *pax deorum*), indispensabili alla salvezza e fortuna della comunità, determinando una simbiosi tra culti pubblici e governo dello "Stato". Tre erano i più importanti: i **Pontefici** (*Pontifices*), gli **Àuguri** (*Augures*) ed i **Feziali** (*Fetiales*), ciascuno dei quali era artefice di una specifica branca del diritto: diritto pontificale (*ius pontificium*), diritto augurale (*ius augurale*) e diritto feziale (*ius fetiale*)⁶.

Ai nostri fini basta rilevare che i Pontefici dovevano occuparsi del calendario indicando i giorni "fasti", nei quali, in base al diritto divino (*fas*), era lecito trattare gli affari civili (inclusa l'amministrazione della giustizia), e quelli "nefasti" in cui ciò non era lecito. I Pontefici inoltre erano gli unici custodi ed interpreti di tutto il diritto divino ed umano, che non era pubblico, ma conservato nei loro archivi, cosicché bisognava normalmente rivolgersi a loro per conoscere le norme giuridiche da applicarsi nei singoli casi concreti.

Gli Àuguri erano i depositari della scienza dell'interpretazione dei segni della volontà divina, da consultare prima del compimento degli atti pubblici più importanti della comunità. Gli auspici sfavorevoli impedivano o sospendevano un atto, che però, una volta cessati, poteva essere ripreso e portato a termine, mentre l'inaugurazione negativa di una carica, di un luogo o di un'impresa la viziava in modo tendenzialmente permanente, determinandone l'abbandono o la deposizione.

I Feziali erano addetti a controllare la regolarità formale (per non suscita-

⁵ Di queste funzioni ci parla ancora nel I secolo a.C. Cicerone nel *De legibus* 3.3.9 e nel *De re publica* 2.12.23.

⁶ Torneremo sui Pontefici *infra*, Parte II, Cap. I, § 6 e sui Feziali *infra*, Parte III, Cap. II, § 1.

re l'ira delle divinità) di tutti gli atti diretti a regolare le relazioni internazionali della comunità (guerre, trattati di alleanza e di pace) decisi dal monarca e dal senato.

A questa prima forma istituzionale del regno, connessa alla sua fase arcaica (detta latina o romano-sabina), ne succede una seconda, collegata all'egemonia etrusca su Roma, che, iniziata verso la fine del VII (616 a.C.), durerà per tutto il VI secolo a.C., fino alla instaurazione della repubblica nell'anno 509 a.C. È il periodo storico conosciuto come la **monarchia etrusca**.

Il *rex* di questo periodo non è più il fiduciario dei gruppi gentilizi riunitisi, ma l'espressione di una città-stato unitaria (*civitas*), la cui base sociale è costituita dal Popolo Romano (*Populus Romanus*), composto dall'insieme dei cittadini (i *cives*), indipendentemente dalla loro appartenenza ad una gente. Nasce in quel momento il concetto fondamentale che "Stato" e Popolo si devono identificare e non considerare come due soggetti distinti, separati e spesso in conflitto tra loro.

La principale manifestazione del nuovo ruolo del monarca è il suo **potere di imperio** (*imperium*), un potere connaturato alla sua carica, che assomma in sé il supremo comando militare (*imperium militiae*) e le più elevate potestà di governo ed amministrazione (*imperium domi*), inclusa la funzione giurisdizionale. Ad esso inerisce anche la lettura degli auspici (*auspicium*), mediante la quale, con l'aiuto degli Auguri, si interpreta il volere delle divinità prima di ogni atto pubblico rilevante (convocazione dei comizi, convocazione del senato, trattazione di una controversia, e così via). La designazione ufficiale è quindi quella di *imperium auspiciumque*, che si riflette anche nei simboli esteriori (la scorta di dodici littori con i fasci di verghe e le scuri, le vesti di porpora o bordate di porpora, la sedia curule, lo scettro con l'aquila, il trono di avorio e la corona d'oro)⁷. E proprio in rapporto all'*imperium* assume una rilevanza costituzionale il pomerio (*pomerium*), una striscia di terra che, all'interno della città, delimitava il confine tra la sfera militare e la sfera civile del potere.

L'*imperium auspiciumque*, di fronte alle spinte centrifughe delle genti, rappresenta l'affermazione della concezione unitaria della città-stato e del suo forte potere centrale, che, sorto in quest'epoca, rimane uno dei pilastri fondamentali della successiva costituzione repubblicana.

Proprio per la sua importanza si giustifica anche il primo intervento istituzionale del popolo mediante un atto ricordato come "**legge curiata sul potere di imperio**" (*lex curiata de imperio*), con la quale i comizi curiati riconoscono o acclamano il monarca come tale, con il potere implicito nella sua carica, aggiungendosi all'investitura effettuata davanti al senato.

⁷ Cfr. la descrizione che ne fa ancora nel II secolo d.C. lo storico latino Floro, *Epitome* 1.1.5.6.

CAPITOLO II

LA COSTITUZIONE REPUBBLICANA MATURA E LE VICENDE DELLA SUA CRISI

SOMMARIO: 1. Il regime costituzionale tra il 287 ed il 133 a.C.: la visione degli antichi e quella dei moderni. – 2. I magistrati. – 3. Il senato. – 4. Le assemblee popolari. – 5. I collegi sacerdotali. – 6. La crisi della costituzione repubblicana: cause ed eventi.

1. Il regime costituzionale tra il 287 ed il 133 a.C.: la visione degli antichi e quella dei moderni

In un **assetto**, che, anche dopo “l’assestamento” tra il 367 ed il 287 a.C., continua ad essere **fluidò** e **non fissato in una carta scritta**, un ruolo fondamentale è rivestito: *a*) dalla **prassi** derivante dall’attività di governo della *res publica*, ispirata agli “usi degli antenati” (*mos maiorum*); *b*) dai **precedenti** (*i nova exempla*), intesi come fatti nuovi lungo i quali far evolvere l’ordinamento costituzionale; *c*) dalle **convenzioni** tra organi (ad es., fra tribuni della plebe e magistrati patrizi, fra tribuni della plebe e senato, tra senato e consoli), per giungere a soluzioni condivise al fine di affrontare situazioni nuove o impreviste. Il tutto naturalmente condizionato dalla dialettica politica tra classi sociali e tra “partiti” e “movimenti” rappresentativi di esse.

Di tali caratteristiche erano pienamente **consapevoli già gli stessi Romani**, quando sottolineavano la regolazione consuetudinaria delle loro istituzioni, come fa Cicerone nel suo trattato *De re publica* (2.1.2), scritto fra il 54 ed il 51 a.C., ricordando il pensiero di Catone il Censore, vissuto agli inizi del II secolo a.C., secondo il quale **la superiorità della costituzione romana** su quella delle città greche dipendeva dall’essere il risultato non dell’opera di un solo uomo, ma dell’ingegno di molti durante vari secoli e generazioni.

Si comprende così perché l’**ordinamento costituzionale romano**, in una prospettiva di **comparazione diacronica**, presenti maggiori **affinità** a quello **inglese attuale**, costituito da principi e istituti consuetudinari o normativi affermatasi gradualmente in tempi diversi e mai riuniti in un unico atto, carta o

legge fondamentale (tali non sono, infatti, né la *Magna Charta* del 1215 o il *Bill of Rights* del 1689); mentre **si distacchi** notevolmente dal **costituzionalismo** del XIX e XX secolo **dei Paesi del continente europeo**, dominati, sull'esempio della Rivoluzione Francese, dall'idea di **costituzioni scritte promulgate formalmente** (su iniziativa di assemblee costituenti o concesse da sovrani costituzionali), al fine di garantire le libertà politiche e civili dei cittadini e di disciplinare scrupolosamente l'apparato statale.

La natura eminentemente pragmatica delle istituzioni romane repubblicane spiega due loro ricorrenti fenomeni: la **notevole "elasticità" delle regole**, per cui non poche volte si assiste al disinvolto superamento delle disposizioni di leggi o plebisciti anteriori, senza che ciò venga percepito come un atto di illegalità, ed il **forte condizionamento causato dallo scontro di interessi** tra le nuove classi sociali che si affermano a seguito dell'equiparazione patrizio-plebea: la "nobiltà" senatoria (la *nobilitas*), di cui fanno parte, innanzitutto, le famiglie patrizie discendenti dalle antiche genti e, in secondo luogo, le famiglie di tutti i plebei che hanno ricoperto il consolato o altra magistratura superiore; i "cavalieri" (gli *equites*), costituiti da uomini d'affari impegnati nelle attività commerciali, finanziarie e produttive, negli appalti pubblici e nei trasporti terrestri e marittimi, in parallelo con l'espansione romana in Italia e nel Mediterraneo; ed infine il piccolo e medio ceto rurale, i piccoli e medi artigiani e commercianti, la massa della plebe povera, che vengono ad alimentare i "movimenti popolari".

Malgrado ciò, il **modello costituzionale maturo della Roma repubblicana** è profondamente **ammirato dai teorici dello Stato antichi**, che lo considerano come la più perfetta realizzazione di una **costituzione "mista"**, in quanto i suoi organi e la divisione fra di essi dei poteri combinavano i migliori aspetti delle tre forme di governo monarchica, aristocratica e democratica. Basta qui richiamare il pensiero espresso al riguardo da **Polibio** e da **Cicerone**, a distanza di cent'anni.

Il primo è uno storico greco, condotto nel 166 a.C., dopo la sconfitta del regno di Macedonia, a Roma, dove resta per circa diciassette anni, avendo così tempo di conoscere a fondo le istituzioni romane. Nel sesto libro delle sue Storie, dopo aver descritto le forme di governo sopra indicate ed averne illustrato le caratteristiche e la degenerazione in tirannide, oligarchia e olocrazia (*Historiae* 6.3-9), tratta delle prerogative dei consoli, del senato e delle assemblee popolari, rappresentativi, nell'ordine, della monarchia, dell'aristocrazia e della democrazia (*Historiae* 6.12-14), e spiega i meccanismi di reciproco controllo per il perseguimento dell'interesse comune (*Historiae* 6.15-17). La sua conclusione è dunque che, in presenza di tali istituzioni così ben congegnate, non è possibile trovare una costituzione migliore di quella romana, la cui perfezione si coglie sia nei momenti di pericolo esterno, in cui è necessaria una concorde collaborazione, sia nei periodi di pace, quando uno

degli organi minaccia di divenire troppo potente e viene ricondotto nei limiti prescritti dall'azione degli altri (*Historiae* 6.18).

Cicerone, sempre nel *De republica*, in riferimento all'assetto costituzionale del II secolo a.C., dopo la consueta esposizione delle tre forme di governo e della loro degenerazione, fa dire a Scipione Emiliano che la migliore è quella mista risultante dalla fusione e dal moderato temperamento di tutti e tre i regimi (*De republica* 1.26.41 ss.) e che la più perfetta incarnazione di essa è rappresentata dall'ordinamento della repubblica romana, lasciato in eredità dagli antenati, con una sapiente ed equilibrata divisione di organi e poteri (*De republica* 1.46.70). Segue poi, nel secondo libro dell'opera, una succinta esposizione di come si fossero venute a formare le istituzioni romane dalle origini, dando vita alla progressiva creazione di un sistema misto.

Questo stesso modello ha rappresentato un imprescindibile punto di riferimento per pensatori politici, filosofi e giuristi anche dell'età moderna, a partire soprattutto dal periodo dell'Illuminismo. Ricordiamo, in particolare, Montesquieu, il quale nella sua monumentale opera *Lo spirito delle leggi* (*De l'esprit des lois*, pubblicata nel 1748), muove proprio dalle forme di governo antiche, per individuare i principi, che reggono le tre "specie di governi", da lui elaborate: il repubblicano, suddiviso in democrazia e aristocrazia, monarchico e dispotico (libro III). A Montesquieu si deve la fondamentale teorizzazione dei tre poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, che costruisce applicandola, innanzitutto, alla Roma repubblicana (libro XI, Capitoli XIV-XVIII), dopo aver abbozzato una primordiale "distribuzione dei poteri" già in epoca monarchica (libro XI, Capitolo XII). Si tratta, come è noto, di una struttura organizzativa dello Stato moderno, messa concretamente in atto per la prima volta con la Costituzione degli Stati Uniti d'America del 1787 (articoli I-III) e che rappresenta tuttora il fondamento delle carte costituzionali attuali.

Alle istituzioni romane repubblicane fa riferimento anche la costituzione francese del 13 dicembre 1799 (22 Frimaio anno VIII), successiva al colpo di stato napoleonico del 18 brumaio (9 novembre) del medesimo anno. In essa, infatti, nello sforzo di dare alla Repubblica francese un assetto stabile dopo gli eccessi rivoluzionari, si istituiscono organi, che rievocano, nella terminologia e, in parte, nelle funzioni, quelli romani repubblicani: il senato "conservatore" (articoli 15 ss.), i cui membri sono vitalizi e scelti per cooptazione fra candidati proposti dal Corpo legislativo, dal Tribunato e dal Primo console e votano senatoconsulti; il Tribunato, con funzioni di discutere e presentare proposte di legge al Corpo legislativo e di deliberare su abusi e correzioni della pubblica amministrazione (articoli 27-30); i tre Consoli (Primo, Secondo e Terzo) come organi ai quali è affidato il governo (articoli 39-42).

Infine, negli anni 1860-1880, la fondamentale opera sul diritto pubblico romano (*Römisches Staatsrecht*) di Theodor Mommsen, pubblicata in tre

tomi tra il 1871 e il 1887, contribuisce a creare e consolidare in Germania una scienza del diritto pubblico, restata fino a quel momento ai margini rispetto al sistema del diritto privato. Il grande studioso fa riferimento all'esperienza romana nel suo complesso, senza storicizzarla, per individuare in essa i principi basilari e le rappresentazioni dello Stato, che ne sono state le costanti. In tale inquadramento sistematico il nucleo centrale è sempre dato dalle istituzioni repubblicane, di cui si colgono le origini nel regno e lo sbocco nel Principato instaurato da Augusto. La sua opera è condizionata dalla costruzione del Secondo Impero tedesco, realizzata da Bismarck dal 1864 al 1871, governando contro la costituzione prussiana del 1850 in nome della sovranità dello Stato, della forza e dell'unità dei suoi poteri. Ciò spiega perché Mommsen ne ricerchi il fondamento dogmatico, con riferimento all'esperienza romana, proprio nella centralità della nozione di magistrato e del potere di imperio (*imperium*) a lui spettante.

Vediamo dunque, in breve, organi e poteri di questa forma di governo tanto osannata.

2. I magistrati

Circa lo sviluppo storico delle varie magistrature un utile filo conduttore, oltre al già menzionato *De republica* ciceroniano, è il Manuale (*enchiridion*) del giurista Pomponio, vissuto nel II secolo d.C., un ampio stralcio del quale ci è pervenuto attraverso il Digesto di Giustiniano (D. 1.2.2).

Le singole figure. La più elevata magistratura ordinaria è quella dei **consoli** (*consules*), in numero di due, ai quali, in quanto titolari del supremo potere di imperio (l'*imperium*) sia per gli affari militari (*militiae*) che per quelli civili (*domi*), spettava l'indirizzo politico e l'attività di governo nonché il comando degli eserciti. Il limite territoriale tra competenze militari e civili era dato dal pomerio (*pomerium*), una striscia di confine sacra fissata all'uopo, sin da età regia, all'interno della città (Cap. I, § 1). I consoli si collocano, pertanto, al vertice della gerarchia dei magistrati, in posizione inferiore al solo dittatore.

Nel loro *imperium* rientrano anche i poteri: *i*) di coercizione (*coërcitio*), con cui si infliggono sanzioni a quanti si sottraggano ai loro ordini, ne ostacolano l'esercizio delle funzioni o violino disposizioni, la cui osservanza rientra nella loro competenza; *ii*) di convocare e presiedere il senato (*ius agendi cum patribus*) ed i comizi (*ius agendi cum populo*), non avendo facoltà nessuno dei due organi di autoconvocarsi; *iii*) di assumere auspici prima di compiere un atto pubblico, interrogando solennemente le divinità e traendone indicazioni di un atteggiamento favorevole.

Al pretore istituito nel 367 a.C. nel contesto della riforma costituzionale connessa alle *leges Licinia-Sextiae*²³, si affianca dal 242 a.C. quello destinato a svolgere la *iurisdictio* quando una parte processuale era uno straniero. Il primo prende il nome di **pretore urbano**, mentre il secondo di **pretore peregrino**.

Il pretore urbano esercitava la propria giurisdizione nelle controversie tra cittadini romani, i quali si servivano delle forme processuali arcaiche, denominate “azioni previste dalla legge” (*legis actiones*), dove il magistrato si limitava ad accertare, nel suo tribunale (*in iure*), la regolarità del loro impiego. La giurisdizione del pretore peregrino, invece, si svolgeva nelle cause tra cittadini e stranieri oppure tra stranieri che concludessero affari a Roma, seguendo una procedura più libera e meno rigida, incentrata su una formula scritta e concordata con le parti, che dà vita ad un nuovo processo civile chiamato perciò “formulari”. In entrambi i tipi di processo la lite era imposta nei suoi contenuti dai pretori, ma era decisa con sentenza da giudici, privati cittadini, scelti dalle parti ed investiti della funzione dal magistrato.

I pretori sono anch’essi titolari del potere di *imperium*, con tutte le facoltà connesse (comprese quelle militari), ma si trovano in una posizione gerarchicamente inferiore a quella dei consoli. Particolare importanza come fonte di diritto privato è l’editto che ciascun pretore emette al momento dell’entrata in carica, in quanto in esso indica gli strumenti giurisdizionali per la soluzione delle controversie²⁴.

I due **edili curuli**, istituiti anch’essi nel 367 a.C., pur privi di *imperium*, esercitano anch’essi una funzione giurisdizionale e di coercizione (limitata all’irrogazione di multe) nelle materie di propria competenza (cura della città e polizia urbana; cura e sorveglianza dei mercati e delle attività ivi svolte; organizzazione delle feste e dei giochi pubblici).

I **questori**, risalenti all’epoca monarchica come ausiliari del re nella repressione dell’omicidio²⁵, sono nel V secolo a.C. due e vengono addetti alla custodia dell’erario (*aerarium populi Romani*), la cassa pubblica. In seguito, il loro numero aumenta, passando, nel 267 a.C., a otto, due preposti sempre all’erario, due come assistenti dei consoli nelle campagne militari e quattro incaricati della vigilanza delle coste e dell’allestimento della flotta. Nel corso del II secolo ne vengono aggiunti altri fino a giungere, nel I secolo a.C., a venti, impiegati soprattutto nelle province come ausiliari dei governatori e con funzioni giurisdizionali equivalenti a quelle esercitate dagli edili a Roma (Gaio, *Institutiones* 1.6). Sono privi del potere di *imperium*, ma possono esercitare quello di coercizione per irrogare multe.

²³ V. *supra*, Cap. I, § 3.

²⁴ Cfr. *infra*, Parte II, Cap. I, § 5.

²⁵ V. *supra*, Cap. I, § 1.

Ai due **censori** viene attribuita, durante il III secolo a.C., anche una specifica competenza in materia di appalto di opere e servizi pubblici, sulla quale torneremo in seguito²⁶. Con la crescente espansione territoriale romana ed i conseguenti mutamenti economico-sociali aumenta l'importanza della loro funzione di realizzare il censimento, che rifletteva lo stato complessivo della popolazione cittadina (e non soltanto delle capacità economiche) e gli permetteva di controllarne i costumi (*cura morum*), irrogando nei casi più gravi la sanzione della nota censoria, che poteva comportare l'esclusione dal senato, dalle liste dei candidati alle magistrature e da una certa classe di censo. Come già osservato nel Capitolo precedente (§ 3), all'elezione dei censori si procedeva ogni cinque anni ed essi restavano in carica per diciotto mesi, al termine dei quali si celebrava la cerimonia del lustrò (*lustrum*), da cui derivava la conferma di tutta la loro attività.

Con la composizione della lotta patrizio – plebea i **tribuni della plebe** perdono il loro carattere di magistratura “di parte” per divenire anch'essi organi della *civitas*, pur se formalmente ancora riservati ai plebei. Essi appaiono agire per lo più in sintonia con il senato, al fine di garantire, attraverso i poteri di veto (*intercessio*) e di repressione penale (*coërcitio*), l'osservanza delle regole costituzionali ormai fissate in via consuetudinaria. Il loro numero, portato a dieci già nella seconda parte del V secolo a.C., continua ad essere tale anche nell'arco di tempo qui considerato. Malgrado manchino del potere di *imperium*, possono applicare sanzioni pecuniarie e chiamare il senato a pronunciarsi su una loro richiesta (*ius senatus habendi*).

Si afferma la prassi della nomina dei **promagistrati**, al fine di non interrompere le attività militari dei comandanti impegnati nelle varie campagne. Il loro potere di *imperium* veniva prorogato con una decisione del senato (un senatoconsulto), che, almeno nei primi tempi, era fatto seguire da un plebiscito. Il caso più antico risale al 326 a.C., quando a Publio Filone, sul punto di conquistare Palepoli-Napoli, fu protratto, per iniziativa congiunta del senato e dei tribuni della plebe, l'imperio di console, così da portare a termine la guerra *pro consule*.

Da allora la creazione di promagistrati diviene un fenomeno normale e, accanto ai magistrati, troviamo ogni anno anche proconsoli e propretori, vale a dire soggetti, che, pur non essendo più magistrati, restano investiti degli stessi poteri (*imperium proconsulare* o *pro praetore*) nelle zone in cui erano impegnati militarmente. Dagli inizi del II secolo a.C. le fonti ricordano il solo senatoconsulto come provvedimento a fondamento della proroga, senza più menzione del plebiscito. I promagistrati erano di consueto chiamati a ricoprire la carica di governatori delle province e questo spiega perché, a fron-

²⁶ Cfr. *infra*, Parte III, Cap. III, § 5.

te di un notevole incremento delle stesse nella prima metà del II secolo a.C., venne abbandonata l'idea di aumentare il numero dei pretori da inviare a governarle, dopo averne inizialmente istituiti quattro per l'amministrazione delle province: Sicilia, Sardegna (e Corsica), Spagna citeriore e Spagna ulteriore (o Spagna e Gallia Narbonense, secondo il Manuale di Pomponio in D. 1.2.2.32).

La nuova prassi del ricorso alle promagistrature ci fa comprendere anche perché scompare la magistratura straordinaria del **dittatore** per le emergenze belliche già agli inizi del III secolo a.C. I dittatori, di cui abbiamo notizia da quell'epoca, vengono per lo più nominati per porre termine a sedizioni interne, per presiedere ai comizi elettorali o per celebrare festività religiose, in assenza di altri magistrati competenti.

Dopo un intervallo di molti anni è solo in seguito alla sconfitta dei Romani ad opera di Annibale presso il lago Trasimeno (218 a.C.), che si procede alla riesumazione della dittatura per una situazione militare critica, ma con modalità di nomina diverse da quelle consuetudinarie. Dal racconto di Livio (*Ab Urbe condita* 22.8.5-6) apprendiamo che in quell'anno il dittatore è eletto dai comizi centuriati presieduti dal pretore urbano, essendo uno dei consoli morto in battaglia e l'altro assente dalla città, e che anche la scelta del comandante della cavalleria (*magister equitum*) è compiuta dalla stessa assemblea, anziché dal dittatore, riconoscendosi ad entrambi lo stesso potere di imperio. Superata l'emergenza, negli anni immediatamente successivi, fino al 203 a.C., resta qualche sporadica notizia della nomina di alcuni dittatori (secondo le regole consuetudinarie) per lo svolgimento di specifiche e limitate attività, come la scelta dei senatori o la convocazione dei comizi per le elezioni.

A causa dell'ampliamento delle esigenze amministrative, infine, sono gradualmente introdotti altri collegi di **magistrati minori**, ciascuno con una specifica competenza, alcuni stabili, altri a carattere occasionale. Fra questi ultimi possiamo ricordare i triumviri per la deduzione di colonie o per l'assegnazione ai privati di terre pubbliche, mentre fra i primi i prefetti inviati in certe località della Campania con funzioni giurisdizionali, i quadrumviri addetti alla cura delle vie di Roma, i "tresviri monetali" (*tresviri monetales*), incaricati del conio delle monete di bronzo e di argento ed i "tresviri capitali" (*tresviri capitales*), con funzioni di custodia degli imputati in carcere e di esecuzione delle condanne a morte, di riscossione delle multe e di polizia notturna. Di alcuni di questi collegi avremo modo di parlare in seguito.

Caratteri comuni. Dalle notizie a nostra disposizione le magistrature hanno in comune:

1. Il **carattere elettivo**. Competenti a votare i magistrati erano: i comizi centuriati (presieduti da un console) per consoli, pretori e censori; i comizi tri-

buti (presieduti da un pretore) per edili, questori e magistrati minori; il concilio della plebe (presieduto da un tribuno) per i tribuni della plebe. Il magistrato che presiedeva raccoglieva le candidature (normalmente d'intesa con il senato), proclamava il risultato della votazione e dichiarava formalmente nominato l'eletto.

2. Il **carattere temporaneo**. La durata normale era un anno, ad eccezione del dittatore, che restava in carica al massimo per sei mesi, e dei censori, per i quali era previsto un termine di diciotto mesi per l'espletamento delle proprie funzioni. Prima della scadenza i magistrati potevano dimettersi dalla carica (*abdicatio*), mentre, fino all'età dei Gracchi (133-122 a.C.) non ne era possibile la destituzione (*abrogatio imperii*).

3. La **pluralità dei titolari**. Alcune magistrature, come il consolato, il tribunato della plebe, la censura e l'edilità, erano collegiali nel senso che ciascuno dei colleghi era titolare di un unico ed indiviso potere, con la facoltà perciò di compiere qualunque atto di esercizio che rientrasse nella propria sfera di competenza. Per opporsi agli atti dei colleghi esisteva il sistema del veto (*intercessio*), mentre, per assicurare la funzionalità, si ricorreva al sistema del turno (*turnus*) nell'esercizio della magistratura o alla definizione degli ambiti territoriali di competenza (le *provinciae*).

4. Il **carattere onorario**. Non erano previsti compensi per i titolari, ad eccezione dei magistrati che si recavano nelle province, ai quali spettavano alcune "indennità" (spese di trasporto e di rappresentanza, dotazione di personale ausiliare), che la cassa pubblica provvedeva a corrispondere.

5. La **irresponsabilità dei magistrati maggiori** durante il periodo della carica, con rinvio dei procedimenti penali pubblici e privati ad un momento successivo al suo termine, per evitare effetti pregiudizievoli alle funzioni di governo.

6. I magistrati più importanti (consoli, pretori, censori, edili, governatori delle province) avevano il **potere di emanare propri editti** vincolanti (*ius edicendi*), il cui periodo di efficacia coincideva con il tempo di durata della carica.

7. I **poteri di coercizione** ai fini della repressione penale delle condotte illecite, spettanti alle magistrature dotate di *imperium*, sottoposti però al limite della *provocatio ad populum* a favore dei cittadini, sul quale ci intratteremo in seguito²⁷.

Cursus honorum. Si regola infine la progressione con la quale un cittadino poteva rivestire le varie magistrature (il *cursus honorum*, la "carriera delle magistrature"), attraverso la determinazione dell'età minima di accesso a cia-

²⁷ Si veda quanto è detto *infra*, Parte III, Cap. I, §§ 2.1, 2.2.

scuna. Le regole consuetudinarie affermatesi al riguardo sono consolidate da una legge Villia (detta “annale”) del 180 a.C., il cui contenuto più plausibile è il seguente. Occorrevano almeno dieci campagne militari prima di aspirare alla questura, per la quale era richiesta un’età minima di 33 anni; 37 sarebbero stati gli anni necessari per essere eletti all’edilità o, in alternativa, al tribunato della plebe, 40 quelli per la pretura e 43 per il consolato. A questa legge si è soliti ricollegare una ulteriore serie di disposizioni, che ne avrebbero completato la portata: *i*) i divieti di ricoprire la stessa magistratura se non dopo dieci anni e di ricoprire contemporaneamente due magistrature; *ii*) un intervallo per lo meno biennale nella progressione tra una magistratura e l’altra; *iii*) un certo ordine nell’ascesa alle varie magistrature, per cui al primo gradino era la questura, cui seguivano l’edilità o il tribunato della plebe, poi la pretura ed infine il consolato. I censori potevano essere scelti solo fra gli ex consoli.

3. *Il senato*

La composizione di quest’organo era di **trecento membri**, scelti dai censori, in base al plebiscito Ovinio del 318/ 312 a.C.²⁸, normalmente tra **gli ex-magistrati**. La carica era **vitalizia**. Come già accennato, il senato non poteva autoconvocarsi, ma doveva essere riunito da un magistrato che aveva la facoltà di farlo (dittatore, console, pretore e tribuno della plebe) in un luogo chiuso “inaugurato” (cioè consacrato dagli Auguri), di solito la *curia Hostilia* o un tempio, ed i suoi lavori erano a porte aperte. La **partecipazione alle sedute era un dovere**, la cui inadempienza comportava, almeno da una certa epoca, l’applicazione di multe. I lavori erano presieduti dal magistrato convocante e non si protraevano oltre il tramonto. Nel caso in cui entro tale termine la discussione non si fosse esaurita, la seduta veniva aggiornata. Una volta trattati gli argomenti all’ordine del giorno, si procedeva alla votazione che, normalmente, avveniva *per discessionem*, vale a dire disponendosi i favorevoli da un lato del presidente ed i contrari dall’altro e poi effettuando la rispettiva conta.

Sul piano delle **competenze**, il senato continua ad assolvere la funzione di propulsore ed ispiratore di tutta l’attività di governo sia indirettamente che direttamente. Indirettamente, impartendo istruzioni e prestando consulenza ai magistrati superiori, che, almeno sul piano politico, ne restano vincolati. Essi, infatti, una volta terminato l’anno di carica, erano nominati – di regola –

²⁸ *Supra*, Cap. I, § 3.

in senato, dove sedevano per il resto della loro vita, spiegandosi così la consonanza di interessi fra magistrati e senatori.

I poteri diretti erano esercitati attraverso l'emanazione di delibere normative chiamate **senatoconsulti**²⁹. Fra di essi restano formalmente quelli antichi di ratifica (l'*auctoritas*) delle leggi approvate dai comizi centuriati e tributi (ma non dei plebisciti dopo la legge *Hortensia* del 287 a.C.³⁰), anche se non risulta più applicato, e di interregno (*interregnum*), nel caso di mancanza di magistrati in carica con potere di *imperium*.

A questi se ne aggiungono altri della massima importanza. In primo luogo, la **competenza in materia finanziaria**. Il senato presiedeva alle entrate ed alle spese dell'erario, operando di concerto con i censori e dando tutte le opportune disposizioni ai questori; anche il potere dei consoli di attingervi era subordinato alle direttive senatorie.

Inoltre, ai senatori spetta una **giurisdizione penale straordinaria** (*extra ordinem*) sui crimini più gravi accaduti in Italia, quali tradimenti, avvelenamenti, assassini, e la **direzione della politica internazionale** in ambito sia italico che extra-italico.

Infine, vanno aggiunte le funzioni nei settori del **culto** (dedica di templi, feste religiose e proibizione di certe manifestazioni), dell'**organizzazione amministrativa** dell'Italia (con la fondazione di colonie e l'istituzione di municipi) e dei territori conquistati fuori dall'Italia (le *provinciae*) e della **destinazione delle terre pubbliche** (l'*ager publicus*). Queste due ultime funzioni sono, però, espletate di concerto con le assemblee popolari³¹.

4. Le assemblee popolari

Ai **comizi centuriati** ed al **concilio della plebe**, operanti nei primi tempi della repubblica, si affiancano i **comizi tributi** (*comitia tributa*), istituiti probabilmente sul finire del IV secolo a.C., per comprendere gli appartenenti alle tribù (circoscrizioni) territoriali, in cui si era andato suddividendo il territorio romano man mano che si ampliava, fino a giungere al numero definitivo di trentacinque tribù nel 241 a.C. Questi nuovi comizi si distinguevano dal concilio della plebe, in quanto comprendevano tutto il popolo (patrizi e plebei) sulla base del possesso fondiario: i possessori erano racchiusi in trentuno tribù rustiche, mentre i non possessori si concentravano nelle quattro e più popolo-

²⁹ Sui quali cfr. *infra*, Parte II, Cap. I, § 4.

³⁰ *Supra*, Cap. I, § 3.

³¹ Sulle funzioni del senato appena elencate V. *infra*, Parte III, Capitoli I, II e III.

se tribù urbane (consistenti in una ripartizione territoriale della città). L'esito delle sue votazioni dipendeva da come aveva votato la maggioranza di esse.

Secondo le linee già fissatesi nei primi due secoli della Repubblica, le funzioni delle assemblee popolari si possono così sintetizzare:

– **funzioni elettive.** I magistrati maggiori (consoli, pretori, censori) sono eletti dai comizi centuriati, gli altri dai comizi tributi, mentre i tribuni dal concilio della plebe; il magistrato che presiede forma la lista dei candidati, con l'approvazione del senato, e li propone poi all'assemblea; dopo la votazione, proclama gli eletti e procede a nominarli; a diciassette tribù dei comizi tributi si assegna anche il compito di eleggere il Pontefice Massimo ed i membri di alcuni collegi sacerdotali, tra cui Pontefici ed Auguri, come diremo nel prossimo paragrafo;

– **funzioni legislative.** Formalmente i comizi centuriati e tributi approvano leggi, mentre il concilio della plebe approva plebisciti; sostanzialmente gli effetti sono gli stessi. Tuttavia, alcuni tipi di leggi, come quelle con cui, sulla base di una delibera del senato, si dichiara la guerra (*leges de bello indicendo*) o si approva un trattato di pace, sono votati esclusivamente dai comizi centuriati. Il loro *iter* di formazione sarà oggetto di una specifica analisi parlando delle fonti del diritto³²;

– **funzioni giudiziarie.** Davanti ai comizi centuriati si svolgono i processi criminali che possono portare alla condanna capitale, di fronte a quelli tributi o al concilio della plebe hanno invece luogo i processi che si concludono con l'eventuale irrogazione di una multa.

5. I collegi sacerdotali

Pontefici, Auguri e Feziali anche in questa fase storica continuano ad assolvere le medesime funzioni indicate nel capitolo precedente³³, ma si registrano alcuni cambiamenti, a cominciare dalla nomina.

Il **Pontefice Massimo** ed i componenti del collegio dei **Pontefici** e degli **Auguri** sono eletti dai **comizi tributi** “in formazione ristretta”, con la partecipazione di sole diciassette tribù (anziché trentacinque) estratte a sorte. Questo nuovo sistema risulta già attivo alla fine del III secolo a.C. e trova una definitiva regolazione con il plebiscito Domizio (*lex Domitia*) del 104 o 103 a.C.

Quanto alle funzioni, gli **Auguri** proseguono in quelle di interpretare i segni divini in occasione dell'inaugurazione di luoghi sacri o dell'assunzione di

³² V. *infra*, Parte II, Cap. I, § 3.

³³ *Supra*, Cap. I, § 1.

magistrature oppure prima del compimento di atti da parte dei magistrati o dei comizi (con esclusione quindi degli organi di origine plebea). Essi avrebbero potuto pertanto chiedere l'invalidità o il differimento di tali atti, ma gli effetti del loro intervento risultano depotenziati, in quanto si raggiungono solo con la volontà favorevole degli interessati.

I **Pontefici** perdono il loro ruolo di conservazione ed interpretazione di quelle parti del diritto restate fuori dalle XII Tavole a seguito delle iniziative di Gneo Flavio (scriba del pontefice Appio Claudio) e di Tiberio Coruncanio, che, tra la fine del IV e la metà del III secolo a.C., rendono pubblici i formulari delle azioni, il calendario dei giorni fasti e nefasti e le tecniche creative ed interpretative del diritto applicate ai casi concreti attraverso i loro responsi³⁴.

I **Feziali**, infine, dopo la seconda guerra punica (221-202 a.C.), semplificano le procedure rituali delle dichiarazioni di guerra e delle conclusioni dei trattati, mediante delega delle proprie funzioni ai magistrati ed alle commissioni senatorie, per adattare alle nuove necessità derivanti dall'espansione extra-italica³⁵.

Un'ultima annotazione riguarda la circostanza che gli appartenenti ai collegi dei Pontefici e degli Auguri possono essere ugualmente eletti alle magistrature del *cursus honorum*; in tal modo molti illustri personaggi rivestono contemporaneamente entrambe le cariche.

6. La crisi della costituzione repubblicana: cause ed eventi

Da quanto siamo venuti dicendo nei paragrafi precedenti è evidente come fosse fondata l'ammirazione dell'assetto costituzionale repubblicano maturo, manifestata da Polibio e Cicerone. Poteri e funzioni di magistrati, senato ed assemblee popolari sono ben definiti ed esistono vari meccanismi di reciproco controllo. Il sistema era riuscito a raggiungere un buon equilibrio grazie ad una **divisione dei poteri**, dove quello **legislativo** spettava alle assemblee popolari, che operavano in sintonia con il magistrato proponente, il **potere esecutivo** era esercitato congiuntamente dai magistrati (eletti dal popolo) e dal senato, che disponevano anche di un potere normativo mediante, rispettivamente, editti e senatoconsulti, ed il **potere giudiziario** era ripartito tra i magistrati *cum imperio* (coercizione in campo penale e giurisdizione civile), il senato e le assemblee popolari (entrambi con cognizione in materia penale).

³⁴ V. *infra*, Parte II, Cap. I, § 6.

³⁵ *Infra*, Parte III, Cap. II, §§ 2 e 3.