

Massimiliano Vinci

Appunti ‘romanistici’ in tema di diritto interculturale

Esperienza giuridica romana, figura del *iurisconsultus* e funzione del notaio*

Abstract

The Roman legal experience teaches us that the issues and perspectives to which today's intercultural law is dedicated have historical ‘substantial’ precedents in the institution of *jus gentium*: indeed, *praetor peregrinus* offered concrete and effective protection to it through its *iurisdictio*. This aspect of ‘practical application’ was closely tied, on the other hand, to the ‘scientific’ role of the *iurisconsultus*, who through his *agere, cavere* and *respondere*, impelled an innovative approach to *ius* to the point of its identification with *interpretatio prudentium*. The ‘parallels’ between the Roman jurist and the contemporary notary are not, however, in their structure, but rather in their functions: both engage in the role of *medium*, one that is oriented towards a kind of opening up of the ‘system’/national legislation to the legal and cultural needs of the ‘other.’

Abstract

L’esperienza giuridica romana permette di osservare come temi e prospettive ai quali oggi il diritto interculturale dedica specifica attenzione trovino precedenti storici ‘sostanziali’ in istituti dello *ius gentium*, ai quali il *praetor peregrinus* offriva concreta ed effettiva tutela per mezzo della sua *iurisdictio*. A questo profilo ‘applicativo’ si legava strettamente quello ‘scientifico’ del *iurisconsultus* che, attraverso le sue attività di *agere, cavere* e *respondere*, svolgeva una funzione propulsiva ed innovativa dello *ius*, fino a una identificazione fra quest’ultimo e la *interpretatio prudentium*. I ‘parallelismi’ tra giurista romano e notaio contemporaneo non vanno ricercati, però, sul piano strutturale, quanto su quello funzionale: nel segno, cioè, della verifica del ruolo di *medium* rivestito da entrambi, orientato in direzione di un’apertura del ‘sistema’/ordinamento nazionale al bisogno di giuridicità ed alla ‘cultura’ dell’‘altro’.

Keywords: Roman Law; Intercultural Law; *Praetor peregrinus*; Roman Jurist; Notary’s role.

* Questo contributo rappresenta la versione scritta della relazione (rivista ed ampliata) tenuta in occasione del Convegno “La formazione del giurista interculturale” (Roma, 9 ottobre 2015) promosso dall’Accademia del notariato e che ha avuto luogo nell’Aula Magna del Consiglio Notarile di Roma. A tale proposito, segnalo il volume *Il giurista interculturale*, Bari, 2015 (a cura dell’Accademia) in part. 5-20, dove il Presidente dell’Accademia, notaio Adolfo de Rienzi, illustra le finalità del Progetto per la formazione di un giurista interculturale e mette in luce l’esigenza della ‘creazione’ di una figura «(...) intesa come nuova professionalità da costruire con l’aiuto ed il sostegno delle categorie professionali giuridico-economiche e con la competenza di esperti giuristi, economisti antropologi e sociologi» (6). A lui vanno i miei più sinceri ringraziamenti per avermi fornito l’opportunità di prendere la parola di fronte ad un uditorio così attento e qualificato; desidero anche ringraziare il Collega Mario Ricca, oltre che per l’ospitalità in questa Rivista, anche per i suggerimenti che, con pazienza e capacità di ascolto, ha voluto darmi.

1. Prologo

L'intervento di uno storico del diritto e, in particolare, di uno studioso di diritto romano, su un tema modernissimo e di vivace discussione (non disgiunto da fraintendimenti e 'strumentali' distorsioni) come quello del diritto interculturale, potrebbe sembrare assolutamente fuori luogo. Perché e con quale utilità – ci si potrebbe ben a ragione domandare – richiamarsi a esperienze di un lontano passato quando i problemi che si debbono affrontare oggi toccano la 'carne viva' della quotidianità, incidendo direttamente sugli assetti socio-economici dei diversi Paesi? E, poi, quale sarebbe il collegamento tra uno scrupoloso operatore del diritto, come il notaio che, con pazienza, fatica e spirito di adattamento, deve misurarsi, giorno per giorno, con la varietà e l' 'estraneità' degli ordinamenti 'di provenienza' dei suoi clienti stranieri e la 'fissità' austera dei giuristi romani, immobili e imponenti (muti...) come le statue che si vedono all'ingresso del Palazzo di Giustizia di Roma, sede della Suprema Corte di Cassazione?

Quale, non dico insegnamento, ma, almeno, stimolo di riflessione egli potrebbe ricavare da un 'sistema' dal quale ci separano secoli (o meglio, millenni!), che hanno scavato un solco profondo tra il modo di sentire e di vivere nella contemporaneità i 'rapporti giuridici', rispetto ad una concezione del diritto alla quale, forse, ancora si riconosce autorevolezza e si tributa reverenza (formale) e che, tuttavia, al contempo, si avverte come polverosa (se non stantia) e assolutamente 'inadeguata' a gestire la complessità e la 'conflittualità' che emergono da un approccio interculturale al diritto?

Nondimeno, come sempre, la realtà è più complessa degli astratti stereotipi e i problemi che l'uomo si trova a affrontare – indipendentemente dalle 'soluzioni' predisposte dagli ordinamenti – presentano un grado di costanza nel tempo sorprendentemente elevato. La prospettiva (limitata) di questo lavoro non avrebbe, però, potuto essere incentrata su una dettagliata esegesi di una serie di fonti giuridiche romane, selezionate e (pre)ordinate al fine a mettere in luce gli elementi di continuità 'dommatico-struttale' e 'empirico-operativa' che qui ci si propone – per quanto possibile – di evidenziare. In tutta sincerità, si è convinti che 'costringere' il lettore non specialista¹ ad addentrarsi nella discussione circa la ricostruzione del contenuto 'genuino' di un testo o a ripercorre puntualmente i dibattiti dottrinali a proposito dello sviluppo dell'ambito applicativo di un istituto avrebbe comportato l'eventualità di ottenere un opposto 'risultato'. In primo luogo, infatti, si sarebbe rischiato di 'distrarlo', impedendogli – a causa della frammentazione del discorso, che una 'preoccupazione' esegetica avrebbe necessariamente comportato – di cogliere immediatamente gli snodi fondamentali di questo percorso di comparazione diacronica. Ma non solo. Si sarebbe, inoltre, corso un pericolo ancora più grave: quello, cioè, di indurlo (o, al limite, di rafforzarlo nel ancor di più nel suo erroneo convincimento) a ritenere l'esperienza giuridica romana a sé estranea, proiettandola esclusivamente nel passato; del tutto inadatta, quindi, a essere impiegata (anche) come strumento interpretativo, per affrontare un tema così delicato e complesso come quello rappresentato da un approccio interculturale al diritto.

¹ Cosa ben diversa, ovviamente, dal lettore digiuno di diritto. Anzi, l'uditorio notarile, al quale era – *et pour cause*, cfr. * apposto al titolo di questo contributo – principalmente rivolta questa relazione, mi ha da subito dato dimostrazione, testimoniata dalla curiosità delle domande rivoltemi e dalla condivisione di talune 'provocazioni' da me espresse, come l'accorta applicazione quotidiana di norme di diritto positivo (con un approccio interculturale) potesse essere agevolata e 'resa consapevole', sia della sua valenza 'storica' sia delle sue potenzialità 'espansive', proprio dal confronto col 'modello' romano.

2. Una provocazione: ‘intransigenza’ del notaio o rigidità dell’ordinamento?

A fronte delle perplessità sopra evidenziate, tuttavia, anche un brano letterario può rappresentare un ‘espediente’ suggestivo per avvicinarsi al tema del giurista interculturale, nella particolare prospettiva del notaio:

«Don Sebastiano non sarebbe sceso quella sera nella stanza ravvivata dal caminetto, e sarebbe andato a letto senza dare la buonanotte a nessuno. Aveva lavorato tutto il giorno, e sul tardi gli si erano presentati due sposi per stipulare un contratto nuziale. Venivano da un paese della Costiera, e lui aveva passato da molto i settanta, lei era una ragazza di vent’anni. Era accompagnata dai genitori, molto più giovani dello sposo, i cui abiti lisi denunciavano la modesta condizione. Don Sebastiano aveva ascoltato la volontà delle parti, e aveva cominciato a scrivere. Come sempre. Ma sentiva la mano pesante, e la penna recalcitrava. Egli non era certo un sentimentale, e ne aveva viste di tutti i colori. A un certo punto si era alzato, aveva chiamato nella stanza vicina, che era la sua stanza da letto, i genitori, e gli aveva detto: “Sono pronto a rimetterci la carta bollata purché non vendiate questa vostra figliola”. “Lei faccia il suo dovere” gli avevano risposto. “Dopo il bianco viene il nero”. Ed egli aveva fatto il suo dovere, come sempre lo faceva, come quella volta che gli era morto un disgraziato del quale aveva raccolto l’ultima volontà in favore di una povera donna che aveva tutta la vita convissuto con lui; gli era morto prima che finisse di leggere l’atto, ed egli non se l’era sentita di dichiarare un piccolo falso, che pure avrebbe salvato dalla miseria quella donna. Non era un uomo crudele, è la vita che è crudele, e il diritto esprime tutta la crudeltà della vita»².

La potenza evocativa del brano è indubbia e i motivi di riflessione che il lettore può da esso trarre sono, parimenti, molteplici.

Rimane, tuttavia, straordinariamente impresso fra quelli, il contrasto – convergente nella stessa persona del notaio – tra l’esigenza del rispetto formale della norma, da un lato, e la chiara consapevolezza dell’inadeguatezza di essa a regolare (e, tantomeno, a soddisfare) quelle esigenze, per le quali sarebbe stata, invece, (pre)disposta.

La tensione tra i due poli dell’alternativa non viene affatto risolta.

Anzi, permane nella sua integrità nella frase finale, dove la raffinatezza letteraria dell’Autore ne individua la causa non nella rigidità insensibile dell’interprete ma nella ‘equazione’ tra vita e diritto, nel segno della spietatezza che la prima proietta sulla seconda. Al centro di quel conflitto, si trova il notaio, che – anche se forse in maniera non del tutto consapevole – ne avverte tuttavia pienamente il disagio. E le radici di quel malessere sono la causa degli effetti distorsivi e laceranti che l’applicazione del diritto ‘astratto’ (lo stesso che Don Sebastiano dovrebbe istituzionalmente contribuire a far ‘avverare’) produce sulla vita concreta delle persone³. Quanto, infatti, sono distanti, i modi di pensare, le

² Satta (1979: 146 s.).

³ È lo stesso Satta (rist. 2004: 101 s.) – in un contesto scientifico, ma non per questo di minore bellezza letteraria – che mette splendidamente in luce il conflitto interiore del professionista quando avverte che «(...) il dramma del notaio si radica per così dire nella natura stessa del rapporto notarile, perché egli, a differenza dell’avvocato e persino del giudice, per la sua tipica funzione dispone della realtà. Ciò che egli scrive, per il solo fatto che lo scrive, modifica il mondo. Lo modifica certo perché le parti vogliono che si modifichi, e nulla per definizione deve egli fare al di là e al di fuori della volontà delle parti: ma in quanto riceve quella volontà, la traduce in atto, egli partecipa di essa, e si trova a disporre della realtà. Messo al centro dell’atto, egli vede al di qua e al di là dell’atto, nei motivi profondi, nelle conseguenze lontane. Invano egli tenta di chiudere gli occhi: un istinto, o meglio la sua coscienza lo avverte che, come è il giudice che condanna ed ha la

abitudini, i ‘valori’ di Don Sebastiano, da un lato, e quelli dei genitori della sposa, dall’altro? Eppure la distanza spaziale che li separava – sebbene in senso assoluto, e non certo in base alla possibilità di movimento che si poteva avere nel periodo in cui è ambientato il romanzo – non era affatto eccessiva.

E infatti non era lo spazio fisico che li divideva, quanto quello culturale e, per gli aspetti che qui interessano, in particolare quello ‘giuridico’, inteso come sistema di tutele e di garanzie al quale fare riferimento.

Se, allora, anche un brano letterario può testimoniare uno ‘scollamento’ così evidente, pur in un ambito geografico e sociale (teoricamente) omogeneo, quanto maggiore potrà essere oggi il senso di inadeguatezza che il notaio moderno deve affrontare allorché si trovi a dover rogare atti nei quali una o entrambe le parti provengono da culture giuridiche e contesti ‘ambientali’ a lui del tutto estranei?

3. Esperienza giuridica romana e ‘modelli’ di interculturalismo giuridico

In questo senso, anche una breve e limitatissima analisi – condotta esclusivamente *per exempla* – delle modalità attraverso le quali problemi avvicinati a quelli appena descritti furono affrontati dai Romani non dovrà essere valutata come un mero esercizio storico-giuridico e, tantomeno, alla stregua di un vuoto sfoggio di erudizione. Al contrario, la sua efficacia euristica è riferibile alla concreta funzione di testimonianza storica, utile (se del caso) a proporre modalità di composizione tecnico-giuridica di conflitti e a suggerire accorgimenti impiegabili per colmare lacune di tutela che possono originarsi allorquando ‘sistemi’ culturali ed ‘ordinamenti’ giuridici differenti entrano in contatto.

Innanzitutto, mi sembra opportuno sgombrare il campo da un possibile equivoco, per il quale dovrebbe intendersi come assolutamente prevalente la tendenziale esclusione dello ‘straniero’ dal sistema giuridico romano. È certamente incontrovertibile che gli strumenti negoziali e le tutele processuali più antiche fossero di esclusivo appannaggio dei *cives*, proprio perché trovavano fondamento nello *ius civile*, *ius proprium civium romanorum*⁴. Eppure, il ‘problema’ di una regolamentazione dei rap-

responsabilità della condanna, non la legge astratta che è chiamato ad applicare, così il mutamento della realtà non è opera delle parti, ma è opera sua, e suo è il bene e il male che ne derivano, se ha mancato al non scritto dovere».

⁴ V. ad es. Chiusi (2011. 31) che sintetizza così la posizione di ‘esclusione’ dello straniero: “Il diritto romano arcaico non era generoso con gli stranieri. Per fare alcuni esempi: tendenzialmente non era possibile un matrimonio valido tra essi e i cittadini; agli stranieri era impedito l’acquisto della proprietà delle *res mancipi*, dal momento che era loro impossibile effettuare la *mancipatio* necessaria per un legittimo trasferimento; le dodici tavole proibivano agli stranieri l’acquisto attraverso l’usucapione (6.4) [v. anche *infra*, § 3.2]; l’assunzione di obbligazioni per sé o altri era loro proibita, dal momento che non era loro concessa la possibilità di effettuare la *sponsio*. Lo straniero non possedeva la capacità testamentaria, né attiva né passiva, non poteva formulare un testamento valido per il diritto romano e non poteva essere istituito erede o destinatario di un legato (...); la stessa A., però, subito dopo, molto correttamente, precisa come «se da un lato potrebbe sembrare dunque strano parlare dello straniero come di un compartecipe dell’esperienza giuridica [romana] (...), dall’altro tale ipotesi di lavoro risulta possibile in virtù del fatto che il diritto romano ha utilizzato meccanismi giuridici che non solo rendono possibile ma – ed è questo l’elemento fondamentale – addirittura presuppongono e tendono a favorire la partecipazione degli stranieri. Tali meccanismi nascono in definitiva da una convinzione fondamentale riguardo al carattere dello stato, secondo la quale una comunità sociale può funzionare solo se esista un consenso di base riguardo alle sue strutture giuridiche e dalla convivenza provenga un’utilità comune». Su un piano più propriamente ricostruttivo, quella osservazione va integrata con il profilo ‘dommatico’ in base al quale si nota come: «(...) i *multa iura communia* di tutti gli uomini sono la cornice entro cui si individua il *ius Quiritum*, poi *ius civile*, a cui si affiancano il *ius gentium* e poi il *ius naturale* nella lenta

porti giuridici con chi *civis* non era, si era posto fin dagli albori della Repubblica; o meglio, a quel periodo fanno riferimento le fonti più antiche delle quali disponiamo, e non dovrebbe affatto escludersi che il loro contenuto si limiti a rispecchiare (e a riportare in forma scritta) norme consuetudinarie o prassi applicative consolidate⁵.

Basta evocare concetti come *hospitium*, *asylum*, *amicitia* e, più tardi, *foedus*, per dischiudere un denso e articolato complesso di interrelazioni che sarebbe scorretto, oltretutto riduttivo, ‘relegare’ a rapporti di diritto ‘internazionale’⁶. Su piani diversi e con effetti differenziati, tutti quegli ‘istituti’ denotano la ‘volontà’ di stabilire relazioni giuridiche bilaterali, nelle quali – almeno formalmente – non si pretendeva l’imposizione ‘autoritativa’ di un complesso normativo quanto, piuttosto, si poteva scorgere la presupposizione di una comunione giuridica fra i popoli che, neppure troppo forzatamente, potrebbe porsi a sostegno dell’idea dell’esistenza di interculturalità giuridica *ante litteram*⁷.

3.1. Un primo esempio: la compravendita nel trattato fra Roma e Cartagine e la formula dell’*emptio venditio*

Non è certo questa la sede per esaminare, neppure per sommi capi, tutte le vie (e le modalità di ‘inclusione’) che Roma percorse (e adottò) in vista della migliore gestione ‘giuridica’ del problema dei diritti ‘degli altri’⁸.

Credo, però, sia opportuno fare almeno riferimento, tanto più per le finalità di questo scritto, alla funzione e all’opera del pretore peregrino (creato nel 242 a.C.) che, *inter cives et peregrinos ius dicit*. La testimonianza (conservata in D. 1,2,2,28) del pensiero di Sesto Pomponio (giurista dell’età degli Antonini) è esemplare sia nella sintesi che nella puntualità: “Dopo alcuni anni, non essendo più sufficiente tale pretore [il pretore urbano, creato nel 367 a.C.] poiché giungeva nella città una grande moltitudine anche di stranieri, fu creato un altro pretore che venne chiamato ‘peregrino’ dal fatto che, per lo più, esercitava la giurisdizione tra gli stranieri (*peregrini*)”⁹. Ecco, allora, nell’editto del pretore peregrino (manifestazione principale della sua giurisdizione fondata sull’*imperium* magistratuale) “(...) trovano riconoscimento e tutela una serie di rapporti, tra cui particolare importanza rivestono i

costruzione del *ius Romanum*, poi *ius Romanum commune* che viene unificato concettualmente e codificato da Giustiniano, e dai suoi giuristi nel VI sec. d. C.”: così Schipani (2007: 326).

⁵ Prassi che, ad esempio, Maffi (1990: 1140) ritiene modellate sull’esempio greco, cosicché esisterebbe “(...) la possibilità – se non la probabilità – che Roma abbia recepito alcuni strumenti di tutela giuridica del commercio, diffusi dai Greci in una con la loro espansione commerciale nel Mediterraneo e forse assurti a una sorta di ‘consuetudine mercantile mediterranea’, non senza adattarli alla propria tradizione normativa”.

⁶ Senza qui voler assolutamente ripercorrere i termini del problema, per la bibliografia più recente, cfr. Mercogliano (2014: 197 ss.) .

⁷ Cfr. Bretonne (1987: 130), che indica come «il problema fondamentale è (...) la tutela giuridica dello straniero» e, molto opportunamente, pone l’accento sull’esistenza, sul contenuto e sui limiti della nozione di ‘diritto commerciale romano’ dove, in prima battuta, quel problema si presentava in tutta la sua rilevanza.

⁸ È, infatti, assai indicativo che proprio quell’espressione rappresenti parte del titolo della raccolta di scritti curati da Maffi e Gagliardi (2011). Va segnalata, comunque, una diffusa attenzione della dottrina romanistica più recente al tema della tutela giuridica dello straniero; cfr. ad es.: Maffi (1990); Randazzo (2002); Solidoro Maruotti (2010); Chiusi (2011); Marotta (2012); Cursi (2013); Mercogliano (2014).

⁹ Schipani (2005: 86 s.)

quattro contratti consensuali: compravendita, locazione-conduzione, società e mandato, accessibili anche agli stranieri. Queste importanti tipologie contrattuali a Roma divengono quindi in altri termini utilizzabili (e tutelate in via giudiziaria) dagli stranieri, indipendentemente dall'esistenza di accordi bilaterali fra Roma e lo Stato di appartenenza dello straniero e a poco a poco danno vita all'importante riflessione dei giuristi che li ricomprendono, come istituti diversi da quelli civilistici, nello strato normativo nuovo dello *ius gentium*¹⁰; a questo, inoltre, va aggiunto l'ulteriore, relevantissimo dato, in base al quale "(...) caratteristico della nuova giurisdizione è inoltre il fatto che nella formula il pretore può imporre al giudice di tener conto della *bona fides*, ossia del comportamento complessivo e delle intenzioni delle parti"¹¹.

Per comprendere – sia pure in maniera 'impressionistica' e, in un certo senso, solo *per differentias* – l'ampiezza del 'salto' che la figura del pretore peregrino e il processo formulare (inserito nel contesto dello *ius honorarium*) comportarono quanto all'estensione della tutela agli 'stranieri', mi sembra indicativo riportare parte del testo del trattato stipulato nel 509 a.C. (quindi al sorgere della Repubblica) tra Roma e Cartagine¹² (anche in tema di 'commercio internazionale':

«(...) Vi sia amicizia tra i Romani ed i loro alleati ed i Cartaginesi ed i loro alleati sulla base di queste condizioni: né i Romani né i loro alleati navighino con navi grandi oltre il Capo Bon, a meno che non siano costretti da tempesta o da nemici (...). Coloro che vengono per commerciare non concludano affari se non in presenza di un araldo o di uno scriba cittadino. Per le cose che sono vendute in loro presenza, il prezzo sia garantito per il venditore con fede pubblica, qualora siano state vendute in Libia o Sardegna. Se qualcuno dei Romani venga nella parte della Sicilia, sulla quale governano i Cartaginesi, abbia in tutto diritti uguali agli altri (...)»¹³.

È sicuramente innegabile che il mutamento di prospettiva sia dovuto all'espansionismo romano nel Mediterraneo e alla sua 'rinnovata' (e preminente) posizione nei confronti di Cartagine: la coincidenza tra la fine della prima guerra punica e la necessità della costituzione di quella nuova magistratura, alla quale prima si è assai fuggacemente accennato, ne è la migliore riprova¹⁴.

Dal punto di vista dommatico, poi, è evidente la 'distanza' che separa la valutazione dell'"altro' – pur nel medesimo ambito negoziale della compravendita – nel trattato con Cartagine da un lato, rispetto al trattamento che a lui viene riservato nel sistema dello *ius gentium* di fronte al pretore peregrino, dall'altro. Nel primo caso, infatti, è nettamente avvertibile un senso di 'diffidenza', che induce a trarre dall'esterno le forme di garanzia (preventiva) tendenzialmente a tutela di una sola delle parti: quella cartaginese. La presenza di un funzionario pubblico, che sovrintende al compimento dell'atto,

¹⁰ Così Mercogliano (2014: 208). Cfr. anche Schipani (2000: 344), laddove evidenzia puntualmente come «(...) soprattutto sempre con riferimento all'età della formazione del sistema, ed al *ius gentium*, è certo al *praetor peregrinus* che tutti pensiamo, ed ammiriamo l'esperienza straordinaria di un magistrato creato per intervenire nelle controversie fra cittadini e stranieri, e di stranieri fra di loro, controversie delle quali coglie e fissa d'intesa con le parti i profili essenziali da considerare ai fini della tutela, per la quale enuncia la regola da applicare, ma la cui applicazione in concreto poi viene rimessa ad un giudice (...)».

¹¹ Maffi (1990: 1143).

¹² Ancora fondamentale Capogrossi Colognesi (1971).

¹³ Il testo, in greco, del trattato ci è tramandato da Polibio (Hist. 3,22,1-13), la traduzione italiana è di Petrucci (2012: 319 s.); qui si riportano i §§ 4-6; cfr. anche Bretonne (1987: 120 ss.). Sulle complesse interrelazioni dei termini *societas* e *amicitia*, relativamente ai popoli extraitalici, cfr. Corsi (2013: 199 s.).

¹⁴ Cfr. preliminarmente Talamanca (1987) 26 ss.; De Martino (1973: 230 s.).

sottrae spazio all'informalità dell'autonomia privata e la sottopone al controllo dello Stato, lasciando così presumere che, nell'eventualità di un disaccordo circa la conclusione o le modalità di esecuzione del contratto, non vi siano strumenti 'giurisdizionali' di risoluzione *ex post*. Nello stesso senso, depone la garanzia «con fede pubblica» per il pagamento del prezzo: in questo caso, infatti, si può verosimilmente supporre che il venditore cartaginese avesse avuto assoluto bisogno di uno strumento di accertamento 'pubblico' dell'obbligazione, in rapporto alla "(...) volontà di Cartagine di controllare, indirettamente, mediante la presenza indispensabile di pubblici funzionari, le attività commerciali svolte dai Romani sul suo territorio e, probabilmente, da tutti gli altri stranieri"¹⁵.

Più incertezza comporta, invece, l'interpretazione dell'ultima frase della 'sezione' del trattato qui riportata. Quale significato dovrebbe essere attribuito al termine di paragone «(...) diritti uguali agli altri»? Chi sono gli «altri» nei confronti dei quali i Romani, che commerciano nelle coste siciliane governate dai Cartaginesi, possono godere dei medesimi diritti?

Non sembra inverosimile ritenere che «gli altri» siano gli altri 'stranieri': un'equiparazione sì; ma una equiparazione 'al ribasso', che accomuna le persone ma è si colloca in un diritto 'altro' rispetto a quello della popolazione dominante¹⁶.

A questo, pur assolutamente frammentario quadro ricostruttivo, potrebbe 'contrapporsi' – nel senso prima indicato e con le limitatissime finalità di raffronto che un'analisi 'dommatica' può comportare, prescindendo dalla contestualizzazione storica dei fenomeni – la *formula* dell'*emptio-venditio*, come generalmente accolta dalla dottrina attuale: «Azione di compra(vendita). Sia giudice C.A. Poiché A.A. ha comprato da N.N. lo schiavo di cui si tratta, con riguardo a tutto ciò che, in forza di tale rapporto, N.N. deve dare o fare a favore di A.A. secondo buona fede, il giudice C.A. condanni N.N. nei confronti di A.A.; se non risulta, lo assolva»; «Azione di (compra)vendita. Sia giudice C.A. Poiché A.A. ha venduto a N.N. lo schiavo di cui si tratta ... [segue esattamente come nella formula della compra(vendita)]»¹⁷.

¹⁵ Capogrossi Colognesi (1971: 181).

¹⁶ Va, però, segnalata una posizione più 'aperta', che interpreta quella clausola in maniera differente e sostiene che «è più probabile che essa assimilasse i Romani agli stessi Fenici della parte della Sicilia soggetta ai Cartaginesi. (...) [di modo che] per quanto riguarda la Sicilia sembrerebbe invece che i Romani, nell'ambito del diritto privato, venissero assimilati ai cittadini cartaginesi e fossero quindi assoggettati all'ordinamento proprio di questi ultimi»: così Capogrossi Colognesi (1971: 184). Certo, questa prospettiva permetterebbe una notevole 'anticipazione' dell'idea di un 'sistema' comune di tutele giuridiche per gli scambi commerciali tra Cartagine e Roma ma, almeno a parere di chi scrive, rappresenterebbe anche un notevole 'salto' rispetto alla prima parte del trattato; un così radicale mutamento del trattamento applicato apparirebbe, infatti, ingiustificato e pressoché 'contraddittorio' con le formalità previste per la conclusione dei negozi in Libia e Sardegna. Più comprensibile, invece, sembrerebbe l'ipotesi per cui la funzione di 'equiparazione' – tra i Romani e gli altri 'stranieri' – della clausola potesse assumere un valore 'positivo': nella fattispecie, non discriminatorio. Chiarendo il concetto: a fronte di una 'restrizione' dell'autonomia negoziale, imposta dalla presenza di un araldo o di uno scriba, la collocazione dei Romani su un piano di parità con tutti gli altri 'stranieri' rappresenta comunque un 'progresso' quantomeno per due aspetti. Il primo, più evidente, è costituito dalla maggiore libertà negoziale, dovuta proprio alla mancata ripetizione di quelle prescrizioni limitative; il secondo consiste nella posizione di parità 'concorrenziale' dei Romani rispetto agli «altri» commercianti: così i primi non vengono 'penalizzati' ma, anzi, li si autorizza alla conclusione di affari in condizione di parità. Questo assetto di interessi sembrerebbe, allora, delineare un regime a 'due stadi' dei rapporti commerciali tra Roma e Cartagine a seconda delle zone dove quel commercio veniva esercitato: rispettivamente uno più 'restrittivo' e uno più 'liberale/concorrenziale'; per il secondo, però (né, a maggior ragione, per il primo) non potrebbe parlarsi di «assimilazione».

¹⁷ Mutuo la traduzione da Mantovani (1992: 185).

Troppi sarebbero gli aspetti che, anche solo in riferimento a quest'ultima figura giuridica, meriterebbero di essere quantomeno indicati¹⁸; l'attenzione del lettore rischierebbe, però, di essere sviata, molto più di quanto la sua pazienza riuscirebbe a tollerare.

E, dunque, tra la molteplicità di elementi che pure potrebbero essere a buona ragione posti in evidenza, ritengo che qui sia opportuno sottolinearne – in particolare per il 'raffronto' che si è voluto costruire – almeno un paio.

Il primo elemento, di macroscopico risalto, consiste nell'assoluta irrilevanza della cittadinanza delle parti che abbiano concluso il contratto; se nel trattato tra Roma e Cartagine la cittadinanza delle parti (Romani, Cartaginesi o «altri»; cfr. *supra*, nt. 16) rappresenta il 'centro di gravità', attorno al quale 'ruota' l'accordo internazionale e influenza direttamente la disciplina negoziale che esso determina, nella *formula* della compravendita, al contrario, questo aspetto non trova alcun riscontro nei *verba* del 'programma giudiziale' che le parti, sotto la 'supervisione' del pretore, consegnano al *iudex* scelto di comune accordo. Al posto dei nomi 'di scuola' di Aulo Agerio (l'attore) e di Numerio Negidio (il convenuto) sarebbero potuti comparire quelli di un Romano o di un Cartaginese (anche a parti invertite) oppure quelli di un Egiziano e di un Gallo o, senza che nulla mutasse nella struttura processuale della *formula*, di due Romani. Di più. La conferma dell'assoluta parità delle parti nel contratto è fornita anche dalla perfetta 'specularità' della formula dell'*actio empti* e di quella *venditi*, tanto che la natura sinallagmatica del contratto¹⁹ è comprovata (anche) dalla struttura formale delle azioni processuali. È, dunque, così raggiunta (e ottenuta) la 'sintesi' più ampia possibile dei particolarismi giuridici – anche attraverso il superamento del 'principio' della personalità del diritto – e la controversia viene gestita sul piano 'comune' del diritto delle genti, recepito e tutelato dal magistrato romano. Con un'affermazione estremamente ellittica, ma che, spero, riesca ad esprimere la 'potenza' innovatrice di quanto sopra appena accennato, si potrebbe provare a 'condensare' un processo complesso e articolato, in questi termini: lo *ius gentium*, entro il quale nasce la tutela della compravendita consensuale, viene 'civilizzato' e qualunque venditore o compratore, di qualsiasi cittadinanza fosse, poteva usufruirne e trovare protezione grazie ad esso; non – come saremmo portati a pensare oggi – in forza di norme di diritto internazionale privato (che sono sempre norme di diritto positivo nazionale) ma in virtù di un sistema 'altro' che, però, veniva totalmente incluso nel 'sistema' dello *ius civile*, fino a fondersi con esso.

Il secondo elemento, parimenti di piena evidenza, potrebbe semplicemente emergere da una domanda: quanta differenza è avvertibile tra la «fede pubblica» del trattato con Cartagine e la *bona fides* contenuta nella formula dell'azione di compravendita?

Tanto, poi, in quest'ultima è centrale il valore 'normativo' della buona fede, che esso non viene ridotto alla funzione di parametro per il giudice, affinché egli determini il contenuto della prestazione, ma assurge addirittura ad elemento di integrazione del contenuto del contratto, cosicché il vincolo che lega le parti si carica di un significato al contempo 'indeterminabile' (*ex ante*) ma assolutamente

¹⁸ Indispensabile il rinvio, quantomeno, ad Arangio-Ruiz (1952; 1961) e a Talamanca (1993).

¹⁹ Cfr. Bretonne (1987: 132): «Lo scambio è il fine ultimo, non il suo [sc. della compravendita] effetto immediato; come effetto immediato si produce il vincolo obbligatorio che stringe i contraenti. (...) Il consenso crea le obbligazioni reciproche del venditore e del compratore a consegnare la cosa e a pagare il prezzo, cioè a realizzare lo scambio in un momento successivo all'accordo. Come negli altri contratti consensuali, il rapporto obbligatorio è sorretto dalla «buona fede», dalla persuasione che occorre rispettare lealmente le regole del gioco; ed è la buona fede che determina e giustifica la tutela giurisdizionale».

rilevante (*ex post*), producendo l'effetto per cui « (...) il criterio della *fides bona*, assunto come fondamento e misura degli effetti giuridici, veniva proiettato attraverso gli schemi giuridici in una diretta raffigurazione di un *ius*, che rappresentava anch'esso, in una sfera più vasta di rapporti, la diretta traduzione giuridica di una realtà sociale»²⁰ e, quindi, di per sé, aperta a tutti²¹.

3.2. Un secondo esempio: il problema della tutela reale accordata al *peregrinus*; la concretezza della protezione del pretore supera le 'qualificazioni' dogmatiche del titolo di appartenenza

Sul piano dei diritti reali, e in particolare, della proprietà, questo fenomeno, però, non giunge a compimento con gli stessi presupposti 'teorici' dei contratti consensuali *iuris gentium*.

Ciò, però, non vuol assolutamente dire che lo 'straniero' non potesse vantare diritti assoluti a Roma o che non trovasse tutela reale di fronte ad contestazioni o turbative che gli venissero mosse dai terzi; tutt'altro.

È la pluralità dei regimi di appartenenza – *dominium ex iure Quiritium*; *in bonis habere*; cdd. proprietà peregrina e proprietà provinciale – che non viene superata²² poiché non viene elaborato un modello 'superiore', che le ricomprenda tutte, in nome di un diritto 'unificato' che prescindendo dalla posizione soggettiva (la cittadinanza) di colui che lo esercita o oggettiva (*res Mancipi* e *res nec Mancipi*; dominio 'eminente' di Roma sul suolo provinciale) del bene sul quale il diritto è esercitato; tanto è vero che, nel diritto 'classico', non si giungerà a un modello 'unico' di proprietà 'borgnese' come quella del Code Napoléon. Si configurerebbe, allora, un quadro in cui «(...) *dominium*, *in bonis habere*, *possessio* dell'*ager publicus* sono concetti che indicano 'situazioni' tecnicamente ben distinte, che non possono essere tutte qualificate come 'proprietà' e che non corrispondono all'idea di un *triplex dominium*: non indicano infatti tre istituti omogenei, che si differenzierebbero solo per il diverso ordinamento nel cui ambito trovano tutela (...) ma indicano tre situazioni di 'disponibilità di un bene', che corrispondono a fenomeni qualificati giuridicamente in modo ben differenziato, e la cui rilevanza, peraltro, emerge in corrispondenza a grandi mutamenti economico-sociali»²³.

²⁰ Grosso (1965) 284.

²¹ Ancora Bretone (1987: 135): «La buona fede si scopre una nozione amplissima, operante "nelle tutele, nelle società, nei patti fiduciari, nei mandati, nel comprare e nel vendere, nel locare: tutti rapporti nei quali si manifesta la vita comune degli uomini" [Cic. *de off.* 3,17,70]. L'*ethos* della *fides bona* non implica solo l'onestà e l'affidabilità come principi generalmente condivisi, che impongono di rispettare le promesse non formali; vi risuona ancora l'eco della *fides* arcaica. Questo valore viene difeso contro ogni razionalismo scetticistico, ed esaltato con un preciso intento ideologico».

²² Capogrossi Colognesi (1988: in part. 197 ss). Di recente, cfr. Nardoza (2013) che ripercorre il complesso percorso interpretativo compiuto dalla dottrina romanistica circa il rapporto – non sempre 'antitetico' – tra i modelli di appartenenza del *dominium* e dell'*in bonis habere*.

²³ Così Vacca (2015a: 3 s.). Il tema è stato oggetto di grande attenzione da parte della *Studiosa*; cfr. gli scritti raccolti in Vacca (2006) e Vacca (2015). Merita, in questo senso, particolare attenzione la divergenza di opinioni tra il pensiero della *Studiosa*, rispetto alla ricostruzione del suo Maestro, Carlo Augusto Cannata. Da un lato, infatti, quest'ultimo [Cannata (2001: 540)] sostiene che «da quel che dice Gaio stesso, si desume anche che quel ch'egli indicava come una bipartizione del *dominium* va intesa come una operazione dommatica: poiché storicamente si è trattato piuttosto dell'aggiunta al tipo di *dominium* già esistente (l'*ex iure Quiritium*) di un secondo tipo di nuova concezione, non selezionato all'interno del primo (...)». Dall'altro, invece, la prima [Vacca (2015a: 9)] afferma che «(...) lo sforzo gaiano di rappresentare la situazione qualificabile nell'ambito del *ius honorarium* quale *in bonis habere* come una forma alternativa di *dominium* risulta inaccettabile sul piano dommatico, in quanto concettualizzazione sistematica meramente sovrastrutturale rispetto alla disciplina degli istituti presi in considerazione». Cfr. anche le osservazioni di Solidoro Maruotti (2001: 205 ss.).

A questo, poi, deve aggiungersi un ulteriore aspetto di complessità – particolarmente rilevante per i profili specifici di questo lavoro – rappresentato dalla cd. proprietà peregrina, che fa riferimento «(...) a quei casi in cui un non cittadino – un *peregrinus* – acquistava una *res* in forza d'un modo di acquisto della proprietà qualificato *iuris gentium* e come tale accessibile ai non *cives*»²⁴. Quella diversità 'strutturale' è riflessa, naturalmente, anche sul piano processuale, dove, anzi, emerge in tutta la sua evidenza²⁵.

Poiché, infatti, il *dominium* è concettualmente riservato ai *cives*, solo essi possono agire con la rivendicazione. La formula petitoria della rivendicazione è indicativa di questa limitazione: «Sia giudice C.A. Se risulta che il fondo di cui si tratta è di A.A. in base al diritto dei Quiriti e il fondo non sarà restituito ad A.A. in conformità alla valutazione arbitraria del giudice C.A., il giudice C.A. condanni N.N. a pagare ad A.A. una somma pari al valore che avrà la cosa (al momento della sentenza); se non risulta, lo assolva»²⁶.

Anche qui si tralasciano aspetti fondamentali della formula: *in primis* il valore, la funzione e il contenuto della clausola restitutoria, che attribuisce al giudice il potere di respingere la domanda dell'attore, quando accerti – *arbitrio suo* – che il convenuto abbia operato il *restituere* (di significato ben più complesso e articolato della 'semplice', materiale restituzione/rilascio) della *res* litigiosa. Per le ben più limitate finalità di questo scritto, sia sufficiente notare come il fondamento della pretesa dell'attore non consista 'semplicemente' nell'affermazione dell'appartenenza a lui del fondo, ma nella 'qualificazione' di quella appartenenza. Il diritto dei Quiriti» rinvia, infatti, giuridicamente e concettualmente, al più antico 'titolo' di *ius in rem* del diritto romano, quel *meum esse ex iure Quiritum* che si ritrova nella formulazione della *legis actio sacramento (in rem)* risalente ai *modus agendi* elaborati e definiti dal collegio dei Pontefici.

Su un presupposto assai differente era, invece, costruita la formula dell'azione Publiciana. Innanzitutto, quello non era uno strumento civilistico, come la rivendicazione, ma si fondava (solo) sull'*imperium* del pretore, che prometteva, all'inizio della sua carica, che avrebbe tutelato quelle situazioni di fatto, corrispondenti a una determinata fattispecie così indicata nel suo editto: «Sia giudice C.A. Se, qualora A.A. avesse posseduto per un anno lo schiavo che ha comperato e gli è stato consegnato, risultasse che lo schiavo di cui si tratta è suo in base al diritto dei Quiriti ... [prosegue come la formula della rivendicazione]»²⁷. Il fondamento di questa azione non era un'affermazione *de iure* ma una 'finzione' «(...) la circostanza di fatto costituente la *factio* era l'avvenuto decorso del tempo necessario per usucapire; il pretore, concedendo la formula richiesta dal disponente che aveva perduto la detenzione della cosa, ordinava al *iudex* di giudicare, fingendo che fosse già trascorso il tempo necessario per l'usucapione. Dato che (...) nella disponibilità della cosa vi erano tutti gli altri elementi per l'usucapione, il *iudex*, fingendo che l'unico elemento mancante (decorso del tempo) si fosse verificato, giudicava come se il disponente fosse già divenuto titolare, in forza dell'usucapione, del diritto di proprietà quiritaria»²⁸. Il caso più semplice nel quale poteva aver luogo l'azione Publiciana era quello

²⁴ Marrone (1994: 353).

²⁵ Per tentare di cogliere al meglio il senso di quanto appena sopra affermato, si confronteranno, nel testo, le *formulae* (vale a dire gli schemi processuali nei quali venivano trasfuse le azioni) da un lato della rivendicazione, dall'altro dell'*actio Publiciana* (l'azione a difesa del regime di appartenenza indicato dall'*in bonis habere*).

²⁶ Mantovani (1992: 179).

²⁷ Mantovani (1992: 182).

²⁸ Volterra (1988: 381 s.).

dell'utilizzo di un inidoneo mezzo di trasferimento della proprietà, ad esempio la semplice consegna (*traditio*, anziché la *mancipatio*) per una *res mancipi* (ad esempio un servo, come nell'esempio della formula dell'*actio Publiciana*). Il titolare del servo non sarebbe stato, allora, *dominus ex iure Quiritium* e, qualora avesse perso il possesso della *res*, non avrebbe potuto agire con la rivendicazione che, al contrario, presupponeva, nei *verba* stessi della pretesa, la qualifica di *dominus ex iure Quiritium*. Il pretore gli sarebbe venuto, però, in soccorso, concedendogli, appunto, l'azione Publiciana, nella quale – attraverso la finzione del decorso del tempo necessario all'usucapione – lo si tutelava alla stregua di un *dominus*, benché *dominus* non potesse essere, ma solamente titolare della proprietà pretoria (*in bonis habere*). Riottenuto il possesso a seguito dell'esperimento vittorioso dell'azione, la situazione si sarebbe 'sanata' attraverso l'effettivo decorso del tempo necessario all'usucapione e il titolare del servo sarebbe passato da proprietario pretorio a *dominus ex iure Quiritium*²⁹.

Questo, però, a patto che egli fosse stato cittadino romano, dato che il *dominium* – come sopra accennato – era prerogativa dei *cives*.

Uno straniero, dunque, non avrebbe mai potuto usucapire un servo né un fondo italico (o, comunque, un immobile) e non sarebbe stato mai *dominus* di una *res mancipi*.

La *fictio*, in sostanza, non avrebbe avuto per quest'ultimo nessuna rilevanza operativa, perché sarebbe stata radicalmente inidonea a fargli conseguire l'effetto desiderato: indipendentemente, infatti, dal trascorre del tempo, lo straniero non sarebbe stato soggettivamente capace di acquistare il *dominium ex iure Quiritium*, né a titolo derivativo (*mancipatio*) né originario (usucapione). Sarebbe, allora, ammissibile l'equazione: nessun diritto di proprietà = nessuna tutela reale? E, pertanto, sarebbe stata per lui solo disponibile – ove, naturalmente, fossero stati presenti i requisiti necessari – una (mera) tutela possessoria, con tutti i limiti di quella difesa?

Per tentare di dare una risposta a quelle domande, bisognerebbe però cambiare prospettiva e valutare l'interesse dello straniero più nella concretezza della protezione che nell'inquadramento dogmatico del suo diritto: non tanto, dunque, nell'ottica della 'qualifica' formale del titolo di appartenenza, quanto, piuttosto, attraverso la valutazione della tutela *erga omnes* di quello. Ed è proprio mirando a quell'obiettivo che si è espressa la migliore dottrina, quando ha rilevato come: «poiché il *dominium ex iure Quiritium* era riservato ai *cives*, si deve credere che i peregrini acquistassero un diritto analogo: appunto la proprietà peregrina, regolata essenzialmente come il dominio quiritario e per cui al titolare dovevano essere dati, in via utile, gli stessi strumenti giudiziari spettanti al proprietario civile: forse con l'espedito della *fictio*, sicché il giudice avrebbe giudicato 'come se' l'attore fosse stato cittadino romano»³⁰. In questo senso, vi è stato anche chi³¹, andando addirittura oltre quella posizio-

²⁹ Gai. 4,36 «analogamente si finge l'usucapione nell'azione che vien chiamata Publiciana. Questa azione la si dà a colui che non ha ancora usucapito una cosa consegnatagli per giusta causa, e, avendone perduto il possesso, la chiede. Siccome non può pretendere "che sia sua per diritto dei Quiriti", si finge che l'abbia usucapita, e così la pretende come se fosse divenuto proprietario per diritto dei Quiriti, ad esempio in questo modo "[Tizio] sia giudice. Se Aulo Agerio avesse posseduto per un anno l'uomo che comprò e che gli è stato consegnato, e allora l'uomo di cui si tratta dovesse esser suo per diritto dei Quiriti" ecc. » Nardi (1986: 177); *Item usucapio fingitur in ea actione, quae Publiciana vocatur. datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit; nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usu cepisse, et ita, quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit velut hoc modo: IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS EMIT ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITVR, EIUS EX IURE QUIRITIVM ESSE OPORTERET et reliqua.*

³⁰ Marrone (1994: 353), che, molto acutamente, invita ad argomentare (*ibidem*, nt. 119) facendo riferimento alla *fictio civitatis* di Gai. 4,37 «Similmente si finge la cittadinanza romana nello straniero, se egli agisca o contro di lui si agisca per un

ne, ha sostenuto l'ipotesi³² secondo la quale «it is at least possible that a *res Mancipi* loses its special character when it gets into the ownership of a peregrine»³³, mettendo così in dubbio – rispetto ai peregrini – la rilevanza stessa della distinzione cardine *res Mancipi* / *res nec Mancipi*. È, dunque, il pretore a fornire una protezione incisiva ed efficace alla proprietà del peregrino, impedendo così che l'ostacolo, costituito dalla impossibilità per lui di ottenere il *dominium ex iure Quiritium*, si potesse riflettere in una carenza di protezione del diritto; e questo al di là delle forme nelle quali quella tutela

titolo per cui in base alle nostre leggi è data azione, purché sia giusto che quella azione venga estesa anche allo straniero: come se lo straniero agisca, o contro di lui si agisca, per furto. Se si agisce contro lo straniero, la formula è redatta così: “[Cai] sia giudice. Se apparirà che a L. Tizio sia stata rubata una coppa d'oro per l'appoggio e consiglio di Dione figlio d'Emeo, onde costui, se fosse cittadino romano, dovrebbe risarcire il danno per il furto”, ecc. Analogamente, se agisce per furto uno straniero, gli si finge la cittadinanza romana. Similmente si accorda il giudizio con finzione della cittadinanza romana se per danno ingiusto in base alla legge Aquilia [III sec. a. C.] agisca uno straniero o si agisca contro di lui» Nardi (1987) 117 s.; Gai. 4,37 *Item civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi. velut si furti agat peregrinus aut cum eo agatur, formula ita concipitur: IUDEX ESTO. SI PARET LUCIO TITIO A DIONE HERMAEI FILIO OPEVE CONSILIO DIONIS HERMAEI FILII FURTUM FACTUM ESSE PATERAE AUREAE, QUAM OB REM EUM, SI CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET et reliqua; item si peregrinus furti agat, civitas ei Romana fingitur. similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni iniuriae agat aut cum eo agatur, ficta civitate Romana iudicium datur.* Come, dunque, l'assenza di cittadinanza non impedisce al peregrino di essere attore e convenuto nell'ambito delle azioni penali (di furto e di danno ingiusto), così non vi dovrebbero essere impedimenti 'di principio' per ipotizzare anche la medesima legittimazione nelle azioni reali.

³¹ Buckland (1912) in part. 74 s.

³² A dire il vero, però, definita «(...) little more more than guesswork» *ibidem*, 75.

³³ *Ibidem*, 75. Le fonti sulle quali lo Studioso fondava la sua ipotesi, sono, da un lato, Ulp. Reg. 1.16 *Qui tantum in bonis, non etiam ex iure Quiritium servum habet, manumittendo Latinum facit. In bonis tantum alicuius servus est velut hoc modo: si civis Romanus a cive Romano servum emerit, isque traditus ei sit, neque tamen Mancipatus ei, neque in iure cessus, neque ab ipso anno possessus sit. Nam quamdiu horum quid fiat, is servus in bonis quidem emptoris est, ex iure Quiritium autem venditoris est* e dall'altro Frag. Vat. 47a *Item. Potest constitui et familiae erciscundae vel communi dividendo iudicio legitimo. In re nec Mancipi per traditionem deduci usus fructus non potest nec in homine, si peregrino tradatur; civili enim actione constitui potest, non traditione, quae iuris gentium est.* Il senso di quelle citazioni consiste nell'evidenziare un problema ricostruttivo, sì particolare, ma forse anche indice di un'incongruenza (o, con termine mutuato dall'informatica, di un 'bug') nel complesso sistema dell'*accessio temporis*, al fine del calcolo del periodo necessario all'usucapione di una *res Mancipi*. Il caso immaginato da Buckland è quello del trasferimento di un *servus* (*res Mancipi*) da un Romano a un peregrino. Il fatto che quest'ultimo abbia ricevuto una *res Mancipi* è – per lui – assolutamente irrilevante, dato che mai potrà acquistarne il *dominium* né, parimenti, potrà ottenerlo attraverso l'usucapione. La vicenda diviene, però, più complessa se «(...) after having held the thing for three years, he now sells and delivers it to a civis the question arises, who is now the *dominus*?». L'interrogativo, infatti, va collegato non alla impossibilità in sé del compimento della *Mancipatio* da parte del *peregrinus* – dal momento che «(...) the purchaser of a *res Mancipi* from a peregrine would never be at once *dominus ex iure Quiritium*» – quanto all'incertezza circa gli effetti di una *manumissio* del servo, specie per l'ottenimento, da parte di quello, della cittadinanza: «he might want to buy and free a certain slave, but he could not do so, at least so as to make the man a civis (...) without knowing the past history of the man». Il modo per superare quelle difficoltà è rinvenuto da Buckland nel ritenere che, proprio nei confronti dei peregrini, non avesse rilevanza la distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. In quella maniera, infatti, il peregrino avrebbe potuto fungere da interposta persona: «(...) the forms of *Mancipatio* could be evaded, for example, in a remote place where *cives* were very few, by using a peregrine as an *interposita persona*. The *civis*, wishing to convey Quiritarian ownership to another *civis*, could convey it to the peregrine. It would be easy, by appropriate agreements, to avoid the difficulties which would result as to liabilities for defect of title, and so forth». La suggestività della ricostruzione è indubbia e dimostrerebbe, altresì, la possibilità che, proprio la particolare 'posizione' giuridica del *peregrinus*, in ragione della sua 'neutralità' rispetto al *dominium ex iure Quiritium*, potesse essere addirittura impiegata dai Romani per aggirare ostacoli formali, altrimenti difficilmente superabili.

veniva esercitata, che restano per noi sconosciute, tanto più perché assolutamente irrilevanti nell'ottica giustiniana del modello unificato di proprietà e quindi non conservate nel *Corpus iuris*.

Su altro fronte (differente ma complementare alla prospettiva sopra accennata) è facile immaginare come – specie in un sistema di scambi commerciali ‘globalizzati’, come quello successivo alle guerre annibaliche – pressoché nessun Romano avrebbe avuto interesse a metter su un ‘teatrino’ come quello della *mancipatio*³⁴ per ottenere il *dominium*, ad esempio, di un cavallo zoppo (*res Mancipi*, appartenente, cioè, al limitato ‘catalogo’ delle *res pretiosiores*, secondo una visuale ed un’economia arcaica) quando, per raggiungere lo stesso risultato per una nave carica d’oro (*res nec Mancipi*) sarebbe bastata la semplice consegna traslativa³⁵.

Ecco, allora, che quando si ‘sgancia’ il valore economico delle *res* dall’‘esclusività’ del titolo di appartenenza – il *dominium ex Quiritium* – quest’ultimo perde concretamente di importanza e diviene una (vuota) etichetta³⁶.

Il ‘risultato’ del fenomeno appare, dunque, inevitabile.

La forza della tutela della proprietà pretoria diviene così ‘preponderante’ rispetto a quella della rivendicazione e i requisiti probatori richiesti di così pronta e agevole dimostrazione (la vendita e la consegna della *res*) che anche i Romani (i quali pure avrebbero potuto ottenere *ab origine* il *dominium* attraverso l’impiego della *mancipatio*) vi ricorrono. Si finisce, cioè, per preferire la sicurezza e la celerità della difesa *erga omnes* da essa garantita rispetto al ‘prestigio’ e all’‘esclusività’ del titolo.

Si assiste, in conclusione, a un effetto non prevedibile nel momento in cui si era avvertita l’esigenza di dare protezione a situazioni che altrimenti non sarebbero state tutelate dal diritto civile: da un lato, nei confronti di un soggetto (un Romano) che, pur non avendo acquistato immediatamente il *dominium*, l’avrebbe comunque conseguito attraverso l’usucapione; dall’altro, nei confronti di un soggetto (un peregrino) che non avrebbe mai potuto acquistarlo, né immediatamente né col decorso del tempo. La protezione effettiva di entrambe le situazioni era identica e concessa dallo stesso magistrato – il pretore – attraverso l’accertamento dei medesimi presupposti (la *traditio ex iusta causa*): ‘temporanea’ nel caso del Romano, ‘perpetua’ (si deve immaginare) in quello del peregrino.

³⁴ Che imponeva – anche a tacer dell’obbligo di pronunciare, a pena di nullità, determinate parole (*certa verba*) – la presenza oltre, naturalmente del *mancipio dans* (il trasferente) e del *mancipio accipiens* (il ricevente) anche di quella del *libripens* (che teneva in mano la stadera per il compimento della *imaginaria venditio*) e di ben cinque testimoni: tutti i componenti, inoltre, dovevano essere maschi, puberi e cittadini romani.

³⁵ V. in questo senso Capogrossi Colognesi (1988: 199): «Il sistema di garanzie nella circolazione dei beni di maggiore rilevanza sociale ed economica, rappresentato dalle formalità della *mancipatio* e dalla presenza di cinque testimoni, oltre che dal *libripens*, adatto ad una società agraria di piccole dimensioni e in cui tutta la vita economica si concentra nel Foro, appare rapidamente obliterato e inadatto a fornire adeguate garanzie di pubblicità in una realtà in cui la vecchia *civitas* si è dilatata ai confini di un impero mondiale».

³⁶ Ancora Capogrossi Colognesi (1988: 200): «Entra così in crisi la sua stessa funzione di assicurare una legittimità sostanziale (...) oltre che formale al regime di circolazione delle *res pretiosiores*, le *res Mancipi*. Sotto questo profilo è quindi del tutto comprensibile che (...) proprio nello stesso lasso di tempo sia venuto ‘chiudendosi’ il catalogo delle *res Mancipi*. Fenomeno questo che attesta, senz’ombra di dubbio, una crescente indifferenza dei Romani per la stessa distinzione fra *res Mancipi* e *nec Mancipi*: distinzione, il cui significato ultimo appare quello di definire quali beni, essendo *pretiosiores*, potessero trasferirsi solo con il complesso rituale della *mancipatio*. Quando tale negozio cessa di avere un adeguato valore ai fini della pubblicità dei trasferimenti, nonché delle relative garanzie legali, allora diminuisce l’interesse ad aggiornare l’elenco delle cose che, nella nuova realtà economica dell’Italia del III secolo a.C., hanno un valore economico-sociale preminente».

4. Il *iurisconsultus*, interprete e ‘creatore’ del diritto, e il notaio, garante ‘istituzionale’ e ‘trasformatore permanente’ delle istanze di regolamentazione giuridica della realtà sociale

Gli effetti che – sebbene in forma parecchio ellittica – sono stati descritti nei §§ precedenti non sarebbero stati neppure immaginabili senza la presenza, a Roma, di un ceto di giuristi che – nella concretezza della realtà sociale con la quale si trovavano a operare – in grado di proporre interpretazioni innovative e di approntare schemi negoziali pensati per far fronte alle nuove esigenze che il tempo e l’espansione della *citivas* comportavano.

La centralità della *iurisprudencia*, intesa come scienza del diritto, è pienamente attestata ancora da Sesto Pomponio in D. 1,2,2,5 «(...) questo diritto, che, senza essere fonte scritta, venne messo insieme dai giuristi (...) viene chiamato con il nome comune di ‘diritto civile’ e in D. 1,2,2,12 «(...) c’è il diritto civile <in senso> proprio, il quale, senza lo scritto consiste nella sola interpretazione dei giuristi»³⁷. Il fenomeno è complesso, denso di implicazioni storico-domatiche e certamente impossibile da condensare in poche righe. Più opportuno sembra, allora, riportare le parole di un grande Studioso, che ne ha saputo limpidamente indicare le ‘linee portanti’: «da un punto di vista formale, la giurisprudenza ha una funzione interpretativa, cioè ricognitiva (non creativa) del *ius*, in quanto presuppone l’esistenza del *ius*, che virtualmente è completo. Ma storicamente questo *ius* è un complesso allo stato fluido, che è legato alle sue premesse strutturali, ma si svolge nel fluire della vita per abbracciare e risolvere una realtà che si evolve, e ad evolversi con essa; esso, abbiamo detto, è la traduzione giuridica della realtà sociale, entro date premesse fondamentali ed immutabili e nel quadro di una organicità e continuità logica; la giurisprudenza, nelle sue successive espressioni, ha il compito di cavar fuori la norma, e quindi si può dire che storicamente e sostanzialmente essa ha una funzione creativa del diritto, è cioè fonte»³⁸.

È dunque la figura del *iurisconsultus* che elabora lo *ius*; e lo fa in un sistema ‘aperto’, dove l’autorevolezza personale e la capacità di persuasione sono gli strumenti principali per proporre ‘modelli’ interpretativi e schemi negoziali innovativi, e dove la compresenza di opinioni contrastanti – coerenti, però, rispetto a un processo logico e una gerarchia valoriale comuni – arriva a produrre la complessità, la ricchezza ed il ‘dinamismo’ dello *ius controversum*. Ecco, allora, che nella tarda Repubblica Cicerone può tanto provare a dare una ‘definizione’ del giurista come di colui che «(...) è esperto delle leggi, e delle norme consuetudinarie che i cittadini osservano come privati; e impiega questa sua competenza sia per dare pareri, sia per allestire schemi negoziali o processuali e, come appartenenti a quel genere, farei i nomi di Sesto Elio, Manlio Manilio e Publio Mucio»³⁹, quanto (sebbene con chiari intenti polemic) descrivere la figura concreta di Servio Sulpicio Rufo (suo coetaneo) in questi termini: «Servio seguì qui con me questo urbano apprendistato: di dare responsi, agire in giudizio, predisporre schemi negoziali, pieno di preoccupazione e fastidio; imparò il diritto civile, stette sveglio molto, tribolò, fu di utilità a molti, subì la stupidità di molti, se ne sorbì la petulanza; visse a comando

³⁷ Schipani (2005: 82 s.).

³⁸ Grosso (1965: 124).

³⁹ *De orat.* 1, 212 *Sin autem quaereretur quisnam iuris consultus vere nominaretur, eum dicerem, qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset, et ex eo genere Sex. Aelium, M'. Manilium, P. Mucium nominarem.*

degli altri, non al suo. È una gran lode e gradita agli uomini, che un solo uomo si dedichi a quella scienza che gioverà a molti»⁴⁰.

Il giurista è, dunque, il ‘custode’ di un sapere tecnico e, al contempo, ne è l’‘artefice’, nella misura in cui la sua attività – attraverso la recezione delle sue opinioni – riesce a incidere dall’interno sullo *ius*, modificandolo. I risvolti concreti di quel sapere (che gli conferisce *potentia*⁴¹) si esplicano nelle tre ‘canoniche’ attività di agire in giudizio, approntare schemi negoziali ed essere consultato per dare responsi (quest’ultima intesa nella accezione ‘caratterizzante’ di *consulere*: consultare; da cui, poi, *iurisconsultus*)⁴².

4.1. Tecnicità del sapere del *iurisconsultus* e affidamento dei terzi nei suoi confronti: limite alla ‘regola’ *ignorantia iuris non excusat* e carattere aristocratico della professione

La tecnicità del sapere del *iurisconsultus* lo rende uno specialista; un soggetto, cioè, che possiede conoscenze particolari, precluse ad altri che, proprio per questo, si rivolgono a lui.

La sua funzione è, in questo senso, insostituibile e origina in un momento precedente a quello della ‘cristallizzazione’ dell’ordinamento in sistema ‘chiuso’ di norme, la cui conoscenza – o meglio conoscibilità – si dà per presupposta, proprio per il fatto di essere comunque ‘circoscritte’. Da quella concezione del diritto (fatta propria anche dal diritto romano dell’epoca degli Antonini e dei Severi) discende, *recta via*, la ‘regola’ per cui *ignorantia legis non excusat*: D. 22,6,9 pr. «La regola è che, invero, l’ignoranza di diritto nuoce a chiunque, mentre l’ignoranza di fatto non nuoce»⁴³. Tuttavia, in un ‘sistema’ siffatto – dove lo spazio ‘creativo’ della giurisprudenza deve cedere il passo alla forza ‘normativa’ della legislazione imperiale – il giurista finisce per perdere terreno; tanto che, se ai consociati viene imposto l’obbligo di conoscere le norme, anche la presenza stessa di chi quelle norme ha contribuito a creare diviene sempre meno rilevante⁴⁴.

Non così, però, per la giurisprudenza tardo repubblicana, che mantiene ancora salda l’idea della necessità della partecipazione del giurista al momento formativo e conoscitivo del *ius*. In questo senso, il pensiero di Antistio Labeone (giurista vissuto a cavallo fra la Repubblica e il Principato e fondatore della *schola* dei proculiani) si dimostra assolutamente rilevante: D. 22,6,9,3 «Ma Labeone ritiene che <la regola secondo cui> l’ignoranza di diritto non giova vada intesa nel senso che l’ignoranza di diritto sia di danno a chi avesse la possibilità di <consultare> un giureconsulto, o fosse istruito da una

⁴⁰ *Pro Mur.* 19 *Servius hic nobiscum hanc urbanam militiam respondendi, scribendi, cavendi plenam sollicitudinis ac stomachi secutus est; ius civile didicit, multum vigilavit, laboravit, praesto multis fuit, multorum stultitiam perpessus est, adrogantiam pertulit, difficultatem exorbuit; vixit ad aliorum arbitrium, non ad suum. Magna laus et grata hominibus unum hominem elaborare in ea scientia quae sit multis profutura.*

⁴¹ Bretone (1982: 116).

⁴² Si anticipa qui (rinviando la trattazione al § 4.2) come – proprio sulla base di queste tre attività – appare possibile, a chi scrive, costruire un parallelismo ‘funzionale’ tra *iurisconsultus* e notaio, pur con tutte le evidenti diversità ‘strutturali’ tra le due figure.

⁴³ D. 22,6,9 pr. *Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.* Il frammento appartiene a una breve opera – costituita da un unico libro: *liber singularis* – “Sull’ignoranza di diritto e di fatto”, attribuita a Giulio Paolo, giurista dell’età dei Severi.

⁴⁴ Bretone (1982) 121; Vacca (2012: 179 ss.)

personale esperienza di modo che gli fosse facile sapere: il che, però, raramente si sente dire»⁴⁵. Sarebbe fuori luogo, in questa sede, scendere nei dettagli dell'esegesi del passo e, soprattutto, valutare la 'trasformazione' che la sua citazione a opera di Paolo (o di altri? cfr. la comune appartenenza di questo brano e della 'regola' al fr. 22,6,9⁴⁶), e la ricollocazione giustiniana nel contesto del titolo 22,6 (Sull'ignoranza di diritto e di fatto) del Digesto abbiano potuto operare sulla portata 'originale' del pensiero di Labeone; il suo utilizzo sarà, dunque, estremamente più limitato e orientato alle finalità di questo scritto.

In effetti, sono convinto che la valenza 'ideologica' di una simile testimonianza possa e debba essere opportunamente evidenziata. Del resto, si potrebbe affermare che anche l'autore della citazione ne fosse senz'altro consapevole, nel momento in cui rilevava – in tutta sincerità, verrebbe da dire – la posizione di minoranza del pensiero labeoniano («il che, però, raramente si sente dire»).

L'errore di diritto, secondo quella prospettiva, appare infatti 'relativizzato' non sulla base di 'puri' elementi soggettivi (o meglio, personali) di colui che sia caduto in errore. In altre parole, Labeone va oltre persino la contrapposizione, pure avvertita dalla dottrina romanistica, la quale sostiene come «il principio, applicato rigorosamente in diritto moderno, che non possano i soggetti invocare l'errore di diritto, trova alcuni temperamenti nel diritto romano imperiale a favore dei *minores*, delle donne, dei militari, dei *rustici* (...). Questi temperamenti sono concessi nel senso che l'*ignorantia iuris* giova a tali persone in giudizio, solo per evitare un danno, mai per acquistare dei vantaggi»⁴⁷. La posizione di Labeone da un lato responsabilizza il soggetto, imponendogli un dovere di diligenza 'mediata' (attraverso l'obbligo di ricorrere ad un giurista) o 'diretta' (facendo egli stesso appello alle conoscenze personalmente acquisite), ma, dall'altro, esalta la funzione di mediazione o – se si vuole – di 'traduzione/trasformazione' del giurista. Se, infatti, è la concreta possibilità (non astratta, né impedita a priori per ragioni soggettive) di accedere ai *responsa* del giurista che determina o, al contrario, esclude la configurabilità stessa dell'errore di diritto, su di lui – corrispondentemente – incombe la 'responsabilità' di evitare che quell'errore abbia luogo o perché vi sia un difetto in sé di conoscenza o perché vi sia un fraintendimento di norme pur conosciute. Tutto ciò presuppone, allora, da un lato una concezione del diritto per cui sia necessaria l'intermediazione del *iurisconsultus* (in opposizione a prospettive 'illuministe' di una conoscibilità 'diffusa' delle norme) e dall'altro la 'libertà' di usufruire dei suoi uffici, da parte di coloro che ne avvertano il bisogno.

Senonché immaginare, nei confronti del giurista romano, un accesso totalmente libero o, addirittura, per lui 'obbligatorio', sarebbe assolutamente impossibile.

La professione del giurista è «una professione aristocratica»⁴⁸.

⁴⁵ D. 22,6,9,3 *Sed iuris ignorantiam non prodesse Labeo ita accipiendum existimat, si iuris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est.*

⁴⁶ Sul tema, cfr. la densa 'Appendice' di Bretonne (1982: 124 ss.).

⁴⁷ Così Volterra (1988) 175.

⁴⁸ E questo è, appunto, il titolo del sesto capitolo di Bretonne (1987) 153 ss. A quel titolo può essere affiancato anche quello del primo paragrafo del capitolo III («Carattere e tendenze della giurisprudenza romana nel periodo ellenistico») di Schulz (1968. 115): «Giurisprudenza di *honoratiores*» che, incisivamente, lo apriva con questa affermazione: «in questo periodo i giuristi principali provengono ancora dalle famiglie più stimate ed influenti. Un quadro dettagliato della loro posizione sociale si potrebbe ottenere tracciando i loro legami per matrimonio e adozione, i loro circoli politici e le amicizie personali (...) i giuristi principali (...) [appartenevano] alla classe dei *clarissimi et amplissimi viri* e (...) [non lasciano] alcun dubbio sulla loro appartenenza alle classi dirigenti e sull'autorità connessa».

Anche qui, ritengo che la via preferibile per chiarire questo aspetto consista nel fare ricorso alle parole di sintesi di un altro grande Studioso: «l'altissima importanza della *iurisprudentia*, come depositaria di una *scientia* indispensabile alla vita sociale romana, vale a spiegare il carattere di gratuità che essa sempre rigorosamente mantenne. Si trattava, nel concetto romano, di una funzione privata parallela e sottostante a quelle magistratuali, di una milizia civile («*urbana militia respondendi, scribendi, cavendi*» [cfr. *supra*, § 4]) esercitata dagli stessi membri dei ceti magistratuali, e quindi di un'attività che non comportava e non poteva comportare il rischio di perdere di dignità attraverso compensi di alcun genere (...). Ad evitare una eccessiva idealizzazione della categoria dei giureconsulti, si pensi, tuttavia, anche all'evidente interesse pratico che spingeva questi ultimi a mettersi a disposizione del pubblico (spesso dei ceti medi) per risolvere i molti dubbi che ad esso si presentavano nello svolgimento delle attività private, quindi nell'interpretazione del *ius civile* e dei suoi annessi. Si trattava anche, in genere, di un modo efficace (forse più efficace di qualunque campagna elettorale) per procurare, a se stessi e ai familiari impegnati in politica, larghe e salde influenze, dirette o indirette, in vista dei voti da raccogliere o da convogliare al momento opportuno»⁴⁹.

Il rischio di proiezioni modernizzanti è, dunque, sempre presente: il giurista romano non è un (semplice) professionista che mette sul mercato la propria competenza e (tantomeno) un funzionario pubblico al quale lo Stato demanda compiti di consulenza. Neppure lo *ius respondendi ex auctoritate principis* tollera un'interpretazione così restrittiva. Se, infatti, è vero che Pomponio ricorda in D. 1,2,2,49, come «(...) il divo Augusto, per primo, affinché l'autorità del diritto fosse in maggiore considerazione, statui che si dessero responsi sulla base della sua autorità (...)»⁵⁰, va anche detto che subito dopo lo stesso giurista riferisce, però, come «l'ottimo principe Adriano, ad alcuni uomini di dignità pretoria, i quali gli richiedevano che fosse loro lecito dare responsi, stabili con rescritto che ciò non era da richiedersi, ma soleva essere praticato e perciò era lieto se qualcuno, avendo fiducia in se stesso, si preparava a dare responsi al popolo»⁵¹.

4.2. Il notaio tra differenze 'strutturali' e analogie 'funzionali' col *iurisconsultus*: spunti per un ruolo del notariato di promozione dell'interculturalismo giuridico

Sarebbe, a questo punto, estremamente ingenuo e, francamente, privo di valore stilare un elenco (destinato, comunque, a rimanere incompleto) delle differenze 'strutturali' esistenti fra *iurisperitus* da un lato e notaio dall'altro. Né – in ipotesi – quello sforzo di 'statica' comparazione potrebbe arrecare alcuna utilità al tema qui trattato: il tentativo di voler puntualmente riscontrare tratti comuni alle due 'professioni', nel segno di un'unitarietà del complesso degli elementi che le costituiscono, rappresenterebbe, inoltre, un'intollerabile forzatura anacronistica⁵².

⁴⁹ Guarino (1998: 329).

⁵⁰ D. 1,2,2,49 ... *primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritatis haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent ...*

⁵¹ *Ibidem*, ... *optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, delectari se, si populo ad respondendum se praepararet.*

⁵² Andrebbero, allora, valutate con una notevole dose di elasticità le parole di Carnelutti (1950: 950), quando affermava che «(...) il vero è che il notaio è, o almeno dev'essere un giurista non meno del giudice o dell'avvocato. Quello del notaio è uno dei uffici (puramente) giuridici: notaio, avvocato e giudice. Codesti tre uffici rispondono, grosso modo, ai tre aspetti dell'attività giuridica secondo l'antica formula, *cavere, postulare, respondere*. Tra la prima e l'ultima differenza, al postutto, è quella che separa la prevenzione dalla repressione giuridica. In termini tratti dalla medicina, il notaio fa dell'igiene e il

Più proficuo, invece, sembrerebbe rivelarsi un approccio ‘empirico-effettuale’, volto a esaminare, cioè, la possibilità di un raffronto tra notaio e *iurisconsultus* attraverso la concretezza di una prospettiva che guardi alla loro attività e ai problemi affrontati. Senza dimenticare, certo, il peso che il diritto positivo dell’ordinamento statuale esercita sull’ufficio del notaio, ma tenendo altresì conto di quanto la tradizione abbia contribuito a determinarne la funzione, al di là della precettività delle disposizioni normative⁵³. Tutto questo, beninteso, cercando di non distogliere l’attenzione dal valore del contributo che il notaio è chiamato a dare in tema di approccio interculturale al diritto.

E proprio sulla «funzione notarile» conviene mettere l’accento, in particolare su talune caratteristiche che il concetto di funzione notarile comporta e sulla specifica accezione di quest’ultima, nel senso della compresenza, nella stessa persona del notaio, delle qualità di pubblico ufficiale e di libero professionista⁵⁴.

Se, infatti, si vuole (ri)leggere il ruolo del notaio come elemento essenziale di un modello interculturale del diritto, si deve innanzitutto far leva sulla sua funzione di «ricevimento-adequamento» intesa come quella «(...) di ricevere non in senso meramente passivo, bensì interpretativo, la volontà delle parti. Tale funzione si compone di due elementi quali l’indagine della volontà privata ed il controllo di liceità e di legittimazione, di modo che l’attività messa in essere consegua il massimo effetto al minor costo possibile in una cornice di legalità»⁵⁵. Dal punto di vista effettuale, non si può non rilevare la vicinanza concettuale tra questa attività del notaio e l’antico *cavere* del *iurisconsultus*⁵⁶. Entrambi,

giudice della terapia; l’avvocato sta in mezzo; e guai se non conoscessero, l’uno e l’altro l’intera medicina». La rigidità, che un simile pensiero lascia trasparire, viene alla luce anche solo a porre mente all’art. 1 n. 1 L.N. È, infatti, certamente condivisibile la posizione di chi [Protetti – Di Zeno (2009: 51)] sottolinea come «(...) il notaio non è – né la legge vuole che sia – un procuratore o un avvocato che assiste la parte, perché altrimenti invaderebbe il campo della professione legale che la legge ha voluto escludere da una parte, aumentando dall’altra quei poteri che il procuratore e l’avvocato non hanno, e cioè quello di poter presentare e sottoscrivere il ricorso senza necessità di procura»; eppure, anche la necessaria complementarietà tra ricorso giurisdizionale e atto stipulato o da stipulare non vale ad escludere completamente il notaio dall’attività di *agere* (mentre il *postulare* aveva un significato alquanto diverso, assimilabile al rappresentare la parte in giudizio) che caratterizzava il giurista romano e che consisteva nel predisporre lo schema della *formula* (o più anticamente i *verba* delle *legis actiones*) che poi, dopo l’approvazione del magistrato, avrebbe costituito il ‘programma’ che il giudice avrebbe seguito nello svolgimento del processo (cfr. ad es. la formula dell’*emptio venditio* o dell’*actio Publiciana*, *supra* §§ 3.1 e 3.2). Così, la «facoltà» del notaio di predisporre un ricorso di volontaria giurisdizione comporta sì un’attività ‘strumentale’ del professionista, ma che deve comunque rispettare gli stessi canoni di accuratezza che egli impiega in tutta la sua opera a favore del cittadino, tanto da non poter essere rifiutata poiché costituisce anch’essa un atto necessario e ‘funzionale’ al compimento dell’incarico. Su un piano più generale, e sicuramente più vicino agli specifici interessi di questo scritto, sembra opportuno ricordare un aspetto ulteriore del pensiero di Carnelutti, messo in luce da Santoro (2004: 26 s.) allorché questi ricorda la centralità che il primo attribuiva al concetto di «cultura del notaio», intendendo con quella «(...) alla luce dell’accezione antropologica e sociologica di questo termine chiave, non solo e non tanto il corredo di sapere pratico e teorico del notaio in quanto operatore del diritto, ma ancor prima e soprattutto la concezione che del notaio, del suo ruolo, della sua figura, del suo valore, e della sua stessa cultura nel senso più circoscritto di competenza intellettuale e capitale scolastico, si ha nella società, e certo tra gli stessi notai. Una concezione del notaio, una cultura notarile (...) niente affatto monolitica ed omogenea bensì plurale, al suo interno differenziata, addirittura polarizzata». Per confronto tra le posizioni di Carnelutti rispetto a quelle ‘anticipatrici’ di notai e scrittori, anche della prima metà del 1800, cfr. ancora Santoro (2004: 27 ss).

⁵³ Cfr. per tutti Amelotti (1978) e Amelotti – Costamagna (1995); cfr. anche *infra*, nt. 61.

⁵⁴ Mutuo l’espressione da Di Fabio (2014: 99) al quale rinvio per ulteriore bibliografia.

⁵⁵ Così Lops (2014: 12).

⁵⁶ Cfr., in questo senso, Vallet (1958) 11 s., che, in riferimento alla legislazione notarile spagnola del 1944, individuava la funzione del notaio nel duplice aspetto «(...) a) di libero professionista (...) b) di pubblico funzionario che esercita la pub-

infatti, paiono porsi come ‘filtro’ nei confronti della volontà delle parti che, pur fornita di una sua riconoscibilità ‘sociale’, ha bisogno di essere ‘orientata’ (magari per il suo carattere di ‘novità’) o ‘riorientata’ (per le possibilità ambiguità che potrebbe sollevare) entro schemi giuridici ‘tecnici’, se non ‘tipizzati’. Ma non solo. In quella sua attività, il notaio, come a suo tempo il *iurisconsultus*, non si limita ad adeguare la volontà delle parti al diritto ma crea egli stesso diritto *inter partes*, tanto che il suo contributo creativo «(...) non sarà caratterizzato dalla estemporaneità della soluzione particolarmente originale, ma extrasistemica, di un caso concreto, bensì piuttosto dall’elaborazione di prassi che consentano di passare dai vecchi paradigmi normativi alle nuove realtà sociali senza eccessivi pericoli di traumatizzante incertezza o di brusche rotture del sistema»⁵⁷.

Su questa ‘linea di intervento’ si innesta la duplicità – o meglio, la coesistenza – dei ruoli di pubblico ufficiale e di libero professionista, che caratterizza il notaio a differenza del *iurisconsultus* romano. Se quest’ultimo, infatti, faceva leva solamente sulla sua *auctoritas* e il suo ‘apporto’ alla ‘gestione’ del negozio era esclusivamente privato (a nulla incidendo, per questo profilo, la ‘patente’ dello *ius respondendi ex auctoritate principis*), il notaio è invece portatore della fede pubblica che «(...) non è un aggiuntivo esterno e convenzionale, una semplice forza probatoria, ma è un’espressione stessa della sua funzione, cioè dell’assunzione pubblica della volontà privata, del valore di questa come volontà generale (...)»⁵⁸. Ben diverso è, dunque, l’ufficio del funzionario pubblico (scriba, araldo) previsto dal trattato con Cartagine (*supra*, § 3.1) rispetto a quello del notaio e, parimenti, ben diversa è la fede pubblica a garanzia del pagamento del prezzo che lo stesso trattato imponeva rispetto alla pubblica fede della quale il notaio è depositario. In un caso, è la diffidenza a regnare sovrana: diffidenza fra le parti del contratto, che presuppone la diffidenza fra le comunità cittadine che si trovano a commerciare tra di loro; nell’altro, è la garanzia d’imparzialità, assicurata dal notaio, a rappresentare il caposaldo dell’affidamento reciproco delle parti e a manifestare chiaramente la tutela che l’ordinamento riserva al negozio stipulato in sua presenza⁵⁹.

Si comprende, allora, come il notaio abbia tutti gli strumenti – di competenza giuridica, di garanzia della fede pubblica in virtù della sua qualità di pubblico ufficiale e, non ultimo, di autorevolezza morale⁶⁰ – per divenire un ‘trasformatore permanente’ delle istanze di ‘giuridicità’, sia in rapporto

blica fede notarile nella sfera dei fatti, per fissare la esattezza di ciò che il notaio vede, sente o percepisce con i suoi sensi, e nella sfera del diritto l’autenticità e forza probatoria delle dichiarazioni di volontà delle parti nell’atto pubblico, redatto conformemente alle leggi, in tutti quei rapporti di diritto privato che si cerca di stabilire senza lite giudiziale. Qui è chiaramente espresso il *cavere*. (...) Il Notaio come giurista e come Notaio è una creatura biologica della realtà come lo fu il giureconsulto romano col quale ha molti lati simili».

⁵⁷ Busnelli (1991) 15; in senso adesivo Casu (2013).

⁵⁸ Satta (2004) 99.

⁵⁹ A questo aspetto vanno inoltre aggiunti quello della presenza del notaio su tutto il territorio nazionale (artt. 3 e 4 L.N.) e quello della obbligatorietà della prestazione del suo ministero (art. 27 comma 1 L.N.); va anche rilevata «(...) una connessione funzionale tra tale [ultima] norma e quelle altre che disciplinano la obbligatoria residenza e la competenza territoriale del notaio: cioè l’obbligo di prestare il ministero notarile coincide territorialmente con la sua competenza» così, Falzone – Alibrandi (1977) 153.

⁶⁰ E questo ben al di là della prescrizione dell’art. 5 n 2 L.N. («Per ottenere la nomina a notaio è necessario (...) essere di moralità e di condotta sotto ogni rapporto incensurate») o dell’attualità di quella dell’art. 6 comma 1 del Regolamento notarile («6. La domanda per la iscrizione nel registro dei praticanti deve essere corredata dai seguenti documenti: 1° certificato di moralità rilasciato dal sindaco del Comune ove l’aspirante risiede e legalizzato dal prefetto della Provincia o dal sottoprefetto (...)»); in questo senso, potrebbe suscitare un commento ironico la notizia, riportata da Casu – Sicchiero (2010: 85) secondo cui «(...) risulta che alcuni consigli notarili pretendano l’autocertificazione del soggetto interessato, vi-

alle ‘novità’ indotte dai mutamenti sociali ed economici (che invocano tutela da parte dell’ordinamento di cui fa anch’egli parte) sia nei confronti di persone che provengono da sistemi giuridici, da culture e da mentalità differenti, rispetto a quelli nei quali egli è ordinariamente immerso⁶¹. Riguardo quest’ultimo aspetto, dunque, l’agire del notaio potrebbe trarre giovamento dall’esperienza giuridica romana e ricavarne – sempre dal punto di vista funzionale – suggerimenti in vista della concretezza della sua opera di interculturalismo giuridico: nella ricerca di schemi negoziali e di prassi applicative comuni sia ai cittadini sia a coloro che cittadini non sono. Senza retorica, ma magari con lo stimolo ‘propositivo’ di una provocazione, si avanza in questa sede l’invito a una (ri)valutazione del ‘modello’ di tutele che il diritto romano ha conosciuto attraverso la recezione civilistica di istituti *iuris gentium* grazie all’opera della *iurisprudencia*, da un lato, e del *praetor peregrinus*, dall’altro. Oggi, proprio il notariato – che si trova in prima linea ad affrontare le sfide di una modernità sempre più complessa e frammentata – dovrebbe farsi portatore di una sensibilità ‘nuova’, che metta al centro la persona, indipendentemente dalla sua nazionalità, e sappia ascoltare l’urgenza della richiesta di accesso a una protezione giuridica completa ed efficace, attraverso una continua (e faticosa) opera ‘creativa’ di (ri)formulazione e (ri)modellazione di schemi giuridici mai, di per sé, tramontati.

In questo senso, appare fortissima l’esigenza di un ritorno ad un dialogo assai stretto (al di là del problema della «equazione») tra «(...) *ars notaria* e diritto vivente, (...) [ricostituito] sul solido terreno del diritto vigente» poiché «(...) neppure il notaio può sottrarsi alle prerogative, che la legge organica gli accorda, di giurista inserito nella società del suo tempo; e tali prerogative non possono – né debbono – essere limitate in ragione del suo ruolo tradizionale di dispensatore di certezze»⁶².

5. Nota conclusiva

Solo poche parole al termine di questo ‘percorso’ frammentario e necessariamente ellittico.

Le potenzialità che la funzione del notaio esprime per la concreta attuazione di un approccio interculturale al diritto, sono state ampiamente evidenziate da altri⁶³, e non occorre qui ripeterle.

sto che i comuni non rilasciano il certificato di moralità»; v., per una sostanziale abrogazione della norma, Boero – Ieva (2014) 83.

⁶¹ Cfr. le assolutamente condivisibili parole di Hilaire (2003: 9), che possono essere senz’altro estese oltre l’esperienza giuridica francese: «(...) rimangono costanti quelle che sono le caratteristiche principali della funzione notarile e che sono legate alla sua stessa natura (...) redigere autenticare e custodire sono altrettante operazioni che hanno richiesto, da sempre, un precedente lavoro di comprensione della volontà delle parti per darle una forma giuridica senza tradirla. Per principio, il notaio non può essere un semplice scrivano pubblico. Egli è un giurista che impegna la sua responsabilità sulla qualità giuridica degli atti che redige (...). Perciò, egli è, in via preliminare portato ad esercitare una *attività di consulenza* per spiegare alle parti quali sono i loro diritti – e quali i limiti di questi diritti – prima di procedere ad una qualunque redazione. Se *dire il diritto* in caso di disputa è proprio del giudice, tocca al notaio *prevedere* mettendo la conoscenza del diritto che egli possiede a disposizione dei suoi clienti [il corsivo è dell’A.]».

⁶² Busnelli (1991: 6, 8).

⁶³ Il riferimento è al complesso dei contributi di Mario Ricca, in particolare ai suoi lavori pubblicati in questa Rivista, ai quali mi sento di aggiungere, per la carica di suggestività e di disincantata analisi che mi hanno sinceramente colpito, un riferimento a Ricca (2014), dove la raffinatezza delle citazioni letterarie accompagna il lettore in una profonda riflessione sulla funzione (per nulla ‘romantica’ ma anzi estremamente concreta e attualissima) di un notaio – Don Chisciotte.

Il contributo che il diritto romano potrebbe dare al dibattito sul rapporto tra notariato e diritto interculturale è rappresentato dall'esperienza e dall'adattamento che quel sistema ha saputo mantenere per secoli e conservare fino a noi: esperienza del diritto e adattamento della mentalità. O, forse, meglio, all'inverso: dall'adattamento della mentalità – nel valutare l'‘altro’ non come un problema ma come una risorsa – nasce l'esperienza del diritto – che sa mutare, ‘migliorare’ e adattarsi a sua volta. E chi, più dei notai, vive ogni giorno le dinamiche di quella relazione e contribuisce al suo sviluppo?

Mi piace, allora, concludere prendendo ad esempio (e non mi sembrano affatto di monito) ancora le parole di un grande Studioso di diritto romano, così piene di equilibrio e ricche di consapevolezza: «(...) effettivamente noi non possiamo studiare il diritto romano come lo studiavano i Romani; guai se venisse fuori, risuscitato, un giurista romano a leggere quello che scriviamo noi sul diritto romano! Noi il diritto romano lo vediamo da storici; da storici conosciamo anche le formazioni del diritto di oggi, e possediamo tutta una mentalità giuridica che si è formata, sia pure talvolta deformando il diritto romano, ma che è venuta fuori da una tradizione che è una tradizione romana»⁶⁴.

Bibliografia

- Amelotti - Costamagna (1995) M. Amelotti - G. Costamagna, *Alle origini del notariato italiano*, Milano 1995.
- Amelotti (1978) M. Amelotti, sv. «Notaio (dir. rom.)», in ED. XVIII, Milano, 1978, 553 - 559.
- Arangio Ruiz (1952 e 1961) V. Arangio Ruiz, *La compravendita in diritto romano I*, Napoli, 1952; II, Napoli, 1961.
- Boero - Ieva (2014) P. Boero - M. Ieva, *La legge notarile*, Milano, 2014
- Bretone (1982) M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1982².
- Bretone (1987) M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Bari, 1987.
- Busnelli (1991) F. D. Busnelli, *Ars notaria e diritto vivente*, in «Rivista del notariato» (1991) 1 - 15.
- Buckland (1912) W.W. Buckland, *Elementary Principles of the Roman Private Law*, Cambridge, 1912
- Cannata (2001) C. A. Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano. I*, Torino, 2001.
- Capogrossi Colognesi (1971) L. Capogrossi Colognesi, *In margine al primo trattato tra Roma e Cartagine*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, V, Milano, 1971, 171 - 189.
- Capogrossi Colognesi (1988) L. Capogrossi Colognesi, sv. «Proprietà (dir. rom.)» in ED. XXXVII, Milano, 1988, 160 - 225.
- Carnelutti (1950) F. Carnelutti, *La figura giuridica del notaio*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1950, 950 ss.
- Casu - Sicchiero (2010) G. Casu - G. Sicchiero, *La legge notarile commentata*, Milano, 2010.
- Casu (2013) G. Casu, in *Codice della legge notarile* (a cura di G. Mariconda - G. Casu - V. Tagliaferri) Torino, 2013.
- Chiusi (2011) T. J. Chiusi, *Lo straniero come compartecipe dell'esperienza giuridica. A proposito dello stato giuridico dello straniero a Roma*, in *I diritti degli altri in Grecia e a*

⁶⁴ G. GROSSO (2000) 983.

- Cursi (2013) Roma (a cura di A. Maffi e L. Gagliardi), Sankt Augustin, 2011, 30 - 44
M. F. Cursi, «Amicitia» e «societas» nei rapporti tra Roma e gli altri popoli del Mediterraneo, in «Index» 41 (2013) 195 - 227.
- De Martino (1973) F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, II, Napoli, 1973².
- Di Fabio (2014) M. Di Fabio, *Manuale di notariato*, Milano, 2014³.
- Falzone - Alibrandi (1977) C. Falzone - A. Alibrandi, sv. «Obbligo del Notaio di prestare il proprio ministero», in *Dizionario enciclopedico del notariato*, III, Roma, 1977, 153 s.
- Grosso (1965) G. Grosso, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965.
- Grosso (2000) G. Grosso, *La concretezza della giurisprudenza romana*, in «Index» 5 (1974) 30 - 35 (cfr., anche, *Scritti storico giuridici, I. Storia diritto società*, Torino, 2000, 982 - 987).
- Guarino (1988) A. Guarino, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1988¹².
- Hilaire (2003) J. Hilaire, *La scienza dei notai. La lunga storia del notariato in Francia* (trad. it.) Milano 2003
- Lops (2014) A. Lops, in *La legge notariale* (a cura di P. Boero - M. Ieva), Milano, 2014.
- Maffi - Gagliardi (2011) A. Maffi - L. Gagliardi (a cura di), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma* (a cura di A. Maffi e L. Gagliardi), Sankt Augustin, 2011.
- Maffi (1990) A. Maffi, sv. «Straniero» (dir. rom.), in ED. XLIII, Milano, 1990, 1139 - 1143.
- Mantovani (1992) D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Como, 1992.
- Marotta (2012) V. Marotta, *I diritti degli stranieri*, in *Roma caput mundi* (a cura di A. Giardina - F. Pesando), Verona, 2012, 201 - 209.
- Marrone (1994) M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994².
- Mercogliano (2014) F. Mercogliano, *Gli stranieri nell'antica Roma*, in «Index» 42 (2014) 195-218.
- Nardi (1986) E. Nardi, *Istituzioni di diritto romano. A. Testi. 1*, Milano, 1986.
- Nardoza (2013) M. Nardoza, *In bonis esse e nudum ius Quiritium*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 6 (2013), on line all'indirizzo: <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=289>
- Protetti - Di Zenzo (2009) E. Protetti - C. Di Zenzo, *La legge notarile*, Milano, 2009⁵.
- Randazzo (2002) S. Randazzo, *Lo statuto giuridico dello straniero e l'hospitium nel diritto romano arcaico*, in *Lo straniero e l'ospite. Diritto. Società. Cultura* (a cura di R. Astorri e F. A. Cappelletti), Torino, 2002, 51 - 71.
- Ricca (2014) M. Ricca, *I notai, Don Chisciotte e la sincronica inattualità degli altri. Il notariato latino come medium intergenerazionale e interculturale*, in «Sociologia del diritto» (2014) 69 - 93.
- Santoro (2004) M. Santoro, *Il notariato nell'Italia contemporanea*, Milano, 2004.
- Satta (1979) S. Satta, *Il giorno del giudizio*, Milano, 1979 (1 ed. Padova, 1977).
- Satta (2014) S. Satta, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro, 2014 (1 ed. Padova, 1968).
- Schipani (2000) S. Schipani, *La prospettiva dello ius commune e del praetor peregrinus*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 9 (2000) 353 - 355.
- Schipani (2005) *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione, I (1 - 4)*, Milano, 2005 (a cura di S. Schipani).
- Schipani (2007) S. Schipani, *Codici civili del Risorgimento e codici dell'indipendenza latinoameri-*

- cana: base comune e consonanze. *Principi generali del diritto e considerazione giuridica degli stranieri*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VIII, Milano, 2007, 325-347.
- Schulz (1968) F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. it. G. Nocera), Firenze, 1968 (ed. or. Oxford, 1953²).
- Solidoro Maruotti (2001) L. Solidoro Maruotti, *Il modello del «dominium» e la varietà delle forme di appartenenza: dalle prospettive romane alle codificazioni del XX secolo*, in *Esperienze giuridiche a confronto. Aspetti del diritto pubblico e privato dall'età romana alle configurazioni moderne. Lezioni*, Napoli, 2001, 185-266.
- Solidoro Maruotti (2010) L. Solidoro Maruotti, *Sulla condizione giuridica dello straniero in diritto romano*, in «Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze», 7 (2010), disponibile on line: <http://www.rivista.ssef.it/www.rivista.ssef.it/sitedfc6.html?page=20060124082938220&edition=2006-01-01>
- Talamanca (1987) M. Talamanca, sv. «Processo civile (dir. rom.)», in ED. XXXVI, Milano, 1987, 1 - 79.
- Talamanca (1993) M. Talamanca, sv. «Vendita (dir. rom.)», in ED. XLVI, Milano, 1993, 303 - 405.
- Vacca (2006) L. Vacca, *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniane*, Padova, 2006.
- Vacca (2012) L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 2012².
- Vacca (2015) L. Vacca, *Possesso e acquisto della proprietà. Saggi romanistici*, Torino, 2015.
- Vacca (2015)a L. Vacca, *La proprietà e le proprietà nell'esperienza giuridica romana*, in *Le proprietà, Dodicesime giornate di studio Roma Tre – Poitiers, dedicate alla memoria di Jean Beauchard*, Napoli, 2015, 1-16.
- Vallet de Goytisolo (1958) J. Vallet de Goytisolo, *La missione del notaio. Il notaio come artefice del diritto: il «cavere» come sua funzione*, in «Vita notarile» (1958) 9 - 21.
- Volterra (1988) E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1988.

Indirizzo email:
vinci@juris.uniroma2.it

(pubblicato on line il 29 giugno 2016)