

FRANCISCO DE OLIVEIRA  
Coordenação

# Génese e Consolidação da Ideia de Europa

Vol. III

*O Mundo Romano*



Coimbra • Imprensa da Universidade • 2005

## LEGISLAZIONE E GIURISDIZIONE NEL DIRITTO GRECO E ROMANO

Alberto Maffi

(Università di Milano-Bicocca)

1. Erano molti i temi relativi all'organizzazione politica e giuridica antica che si prestavano ad essere trattati alla luce delle norme della Costituzione europea, che, come è noto, ha subito una battuta d'arresto (speriamo soltanto temporanea). Ad es. le tematiche contenute nel capo IV: spazio di libertà, sicurezza e giustizia (artt. 257 ss.), soprattutto con riferimento alla sezione II: "politiche relative ai controlli alla frontiera, all'asilo e all'immigrazione" (artt. 265-268); oppure le norme relative alla cooperazione giudiziaria in materia civile e penale. Il progetto di Costituzione europea, tuttavia, non si poneva in modo esplicito l'obiettivo di creare un diritto comune europeo; si limitava a prevedere la possibilità di approvare "misure di armonizzazione" fra le norme dei diversi paesi (ad es. nell'art. 271 n. 2). Ma il problema della creazione di un diritto comune europeo deve essere posto prima di tutto come un problema storico: non si può pensare a un diritto europeo che non rispecchi la lunga storia del diritto dei vari paesi europei, le cui radici affondano nei diritti dell'antichità, prima di tutto romano, ma anche, soprattutto per quanto attiene alle strutture costituzionali, greco. Qui vorrei esaminare molto sommariamente le radici antiche di un principio che rappresenta un pilastro degli ordinamenti giuridici europei, cioè che i giudici sono tenuti a pronunciare le loro sentenze in conformità alle leggi.

2. Gli ordinamenti giuridici moderni attribuiscono ai giudici il compito di risolvere le controversie sulla base delle leggi (è compito specifico della Corte di Cassazione, istituita dall'art. 19 del Capitolo V della Costituzione francese del 1791, verificare che i giudici dei tribunali emettano le loro sentenze in conformità alle leggi vigenti). Nei codici di procedura civile (Disposizioni di attuazione art. 118) e penale (artt. 426 e 546), vigenti attualmente in Italia, si stabilisce che la sentenza deve contenere l'indicazione delle norme di legge applicate.

L'obbligo per i giudici di conformare la loro sentenza alle leggi lo troviamo già chiaramente formulato nel mondo greco, e in particolare nel giuramento richiesto ai giudici del tribunale popolare ateniese nel IV sec. a.C. (Dem. *c. Timocr.* 149-51; *c. Lept.* 118, *c. Aristocr.* 96, *c. Boeot. II*, 40, 41).

Si può pensare che questo vincolo a giudicare in base alla legge fosse una caratteristica peculiare alla democrazia ateniese, anche se si tratta di un principio che troviamo sporadicamente affermato anche in altre poleis greche. Ma occorre tenere conto che questo principio viene affermato in un contesto molto diverso da quello dello Stato moderno. Sappiamo infatti che nel mondo greco, ma anche nel mondo romano, i giudici non hanno una specifica preparazione giuridica, non sono dei tecnici del diritto, come sono invece nel sistema giudiziario dello Stato moderno. Non solo, ma nel caso della democrazia ateniese il tribunale popolare, sia per il numero dei giudici componenti la giuria (un minimo di 201) sia per le modalità di nomina (sorteggio fra tutti i cittadini), vuole incarnare il principio che le controversie fra i cittadini devono essere risolte dalla comunità intera. Anche nella riflessione dei principali filosofi, Platone ed Aristotele, l'attenzione verso la funzione giudiziaria si concentra su due elementi: la provenienza dei giudici e le modalità di scelta. Aristotele (*Polit.* 1300a) traccia una linea di demarcazione fra tribunale democratico (nominato mediante sorteggio fra tutti i cittadini) e tribunale oligarchico (eletto all'interno di un ceto ristretto di cittadini: è il requisito che troviamo espresso dalle parole *aristinden kai ploutinden* in una famosa iscrizione della Locride Ipcnamidia intorno all'anno 500 a.C.: IG IX I<sup>2</sup> 717).

Dunque sia nelle città democratiche sia in quelle oligarchiche la funzione giudiziaria è attribuita a organi appositi, i *dikasteria* composti dai *dikastai*, distinti sia dalla magistratura (che conserva limitati poteri giudiziari nell'ambito

della sua funzione di mantenimento dell'ordine pubblico) sia dall'assemblea dei cittadini (anche se ad Atene e forse anche in altre città, l'assemblea conserva una competenza giudiziaria straordinaria in casi di reati che mettano in pericolo la sicurezza della polis)<sup>1</sup>. Certo le nostre conoscenze dell'organizzazione giudiziaria nelle poleis diverse da Atene restano molto frammentarie e lacunose. Anche a Gortina, la città cretese di cui conosciamo abbastanza bene l'ordinamento giuridico privato grazie al c.d. Codice di G. e agli altri testi epigrafici fra VI e V secolo a.C., sappiamo che esistevano dei singoli *dikastai*, la cui competenza era distinta per materia - un tratto singolarmente moderno. Questi giudici erano tenuti a pronunciare le loro sentenze seguendo una duplice modalità di giudizio: lo sappiamo da una norma del Codice che impone ai giudici di pronunciare una sentenza conforme al mezzo di prova previsto dalla legge nel caso specifico (testimonianza o giuramento della parte): *dikazen*; in tutti gli altri casi, cioè quando la legge non richiede alle parti di presentare una prova vincolante per il giudice, il giudice deciderà liberamente, dopo aver prestato giuramento: *omnunta krinen* (dove non è chiaro se il giudice giuri di giudicare in base alla legge o in base alla propria coscienza)<sup>2</sup>.

3. In ogni caso l'idea che il giudice debba basare la sua sentenza sulle leggi, cioè debba applicare al caso concreto la previsione di legge, e, reciprocamente, che il legislatore debba formulare il testo di legge in funzione della sua applicazione da parte dei giudici, sembra radicata nella mentalità greca: di ciò possiamo trovare conferma nella riflessione filosofica.

Come è noto Platone pone al centro della sua riflessione sulla legge il problema della riduzione a una previsione generale e astratta di tutta la infinita molteplicità del reale (con le diverse soluzioni adottate nella *Repubblica*, nel *Politico* e nelle *Leggi*). E' un problema che ha le sue ricadute pratiche non solo dal punto di vista della regolamentazione del comportamento dei cittadini, ma anche e proprio in sede di risoluzione delle controversie. Quanto ad Aristotele, è nota la distinzione fra lacune involontarie e lacune volontarie riscontrabili nella legislazione (*Rhet. Cap. 13*). Le lacune volontarie sono date proprio dall'impossibilità per il legislatore di prevedere ogni possibile

<sup>1</sup> Per le recenti discussioni sulle caratteristiche statuali della polis v. M. Faraguna, *Individuo, Stato e comunità. Studi recenti sulla polis*, Dike 3, 2000, p.217-226.

<sup>2</sup> IC IV 72, col. XI 26-29.

comportamento. Si apre dunque lo spazio all'interpretazione della legge, che in Grecia appare rimessa essenzialmente ai giudici, in assenza di una riflessione giurisprudenziale.

4. In questa dialettica tra legislatore, che formula le leggi, e giudice, che è tenuto ad applicarle, sembra esaurirsi l'intero universo giuridico greco. Tuttavia c'è spazio per un'altra dimensione della risoluzione dei conflitti che consiste nell'arbitrato. La figura del *diaitetes* non riceve una particolare attenzione a livello di riflessione etico-politica, e tuttavia ha un ruolo giuridicamente riconosciuto nell'ambito delle controversie di carattere privato fin da epoca antica (tanto è vero che, sia per la Grecia sia per Roma, si discute se la giurisdizione statale sia derivata dall'arbitrato). Così importante è il ruolo della giustizia arbitrale che il processo privato può essere in qualunque momento interrotto, prima che si arrivi al dibattimento, da un accordo delle parti per investire della questione un arbitro (anche questo è un principio che riecheggia nella Costituzione francese del 1791: cap. V artt. 5 e 6). E' in Aristotele, *Rhet.* 1374a-b, che troviamo una prima e fondamentale trattazione dell'equità (*epieikeia*): un testo molto denso<sup>3</sup>, da cui, secondo me, si ricava che, per Aristotele, *epieikeia* è sia un criterio di interpretazione della legge scritta sia un criterio di integrazione e superamento della legge stessa.

5. Fra i molti altri aspetti, che sono implicati dal rapporto legislazione/giurisdizione, accenno qui soltanto al problema della messa in moto del procedimento giudiziario. Una invenzione che sembra proprio di dover attribuire ai Greci è costituita dall'accusa pubblica svolta da un privato cittadino. È infatti a Solone che si deve, secondo le fonti, la creazione della azione pubblica, detta *graphe*, intentabile da qualunque cittadino volontario (*ho boulomenos*), a tutela sia di interessi pubblici sia di interessi privati non adeguatamente tutelati dall'iniziativa privata. Questa istituzione si diffonde nel corso del tempo in tutto il mondo greco<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> V. da ultimo J.-M. Bertrand, *Rhétorique judiciaire et rétroactivité de la loi en Grèce antique* in P. Sineux (ed.), *Le Législateur et la loi dans l'Antiquité*, Caen 2005, p.84 ss.

<sup>4</sup> Si veda l'articolo di L. Rubinstein, *Volunteer Prosecutor in the Greek World*, *Dike* 6, 2003, p.87-114.

## II

6. Se consideriamo ora il rapporto fra norma e applicazione giudiziaria di essa a Roma, dobbiamo tener conto prima di tutto che non esiste un momento storico che possa essere assunto come paradigma, il che accade sostanzialmente in Grecia con l'Atene del IV sec. (basta pensare al fondamentale libro di Hansen sulla democrazia ateniese del IV sec.<sup>5</sup>). Tuttavia ci sono forse alcune linee di tendenza che possono essere enucleate per caratterizzare questa problematica.

Prima di tutto va ricordato che il diritto romano non è un diritto basato in maniera precipua sulla legge, scritta o non scritta che sia. Se si fa eccezione per le XII Tab., che non sembrano aver mutato le strutture normative tradizionali, nei primi secoli della Repubblica il diritto privato romano continua ad avere il suo nucleo fondamentale nel diritto consuetudinario, i *mores maiorum*, da cui scaturisce lo *ius civile*, ma anche l'ossatura del diritto costituzionale. A questo nucleo fondamentale, la cui applicazione richiede quasi di necessità la mediazione dei giuristi, si sovrappone, come è noto, una pluralità di fonti normative, di cui la più importante è ovviamente l'Editto del Pretore. Lo strumento legislativo resta invece in secondo piano, almeno nel settore del diritto privato; mentre, per quanto riguarda il diritto pubblico, la legge appare soprattutto come uno strumento di lotta politica contingente.

7. Per quanto riguarda il rapporto fra legislazione e giurisdizione, occorre rilevare che fin da epoca antica la linea di demarcazione fra processo privato (civile) e processo pubblico (criminale) appare tracciata in modo piuttosto netto. Il processo privato più antico (c.d. processo *per legis actiones*) appare fortemente impregnato di elementi sacrali (in particolare nel caso della *l. a. sacramento*<sup>6</sup>) e comunque estraneo all'idea di un'applicazione della legge da parte di un giudice. C'è però una delle *legis actiones*, quella *per iudicis arbitrive postulationem*, che, al di là di tutte le controversie specialistiche sulla sua portata, mostra nel nome stesso la rilevanza di una giustizia arbitrale, in qualche modo diversa, se non alternativa, rispetto a quella ufficiale.

---

<sup>5</sup> M.H. Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, Oxford 1991. Di questo libro sono disponibili varie traduzioni. La più recente, in lingua italiana, è stata pubblicata nel 2004 a Milano presso la casa editrice Led.

<sup>6</sup> Su cui v. da ultimo R. Martini, *Considerazioni comparatistiche in tema di sacramentum*, in *Mélanges F. Sturm*, 1999, I, p.385-394.

Per quanto riguarda il processo penale, il ruolo preponderante del magistrato cum imperio (che implica un potere coercitivo dall'intensità sconosciuta ai magistrati a noi noti delle città greche) viene messo in discussione con tutta probabilità nell'ambito della dialettica politica fra patrizi e plebei. Attraverso l'introduzione della *provocatio ad populum* il processo criminale rimane dunque nell'ambito di una dialettica fortemente politicizzata: il comizio centuriato giudica in presa diretta, attuando quindi un modello di giustizia "politicizzata" che nelle città greche tende ad essere superato già in epoca antica (come abbiamo visto, il *dikasterion* acquista presto la propria fisionomia distinta, indipendentemente dalla sua effettiva composizione).

8. Gli ultimi due secoli della Repubblica vedono realizzarsi mutamenti decisivi per quanto riguarda il rapporto norma/giurisdizione.

Nel campo del processo privato si afferma la giurisdizione del pretore, il quale aggiorna il nucleo antico dello *ius civile* attraverso la concessione di rimedi giudiziari (azioni, eccezioni, interdica, *missiones in possessionem* etc.) a tutela di nuovi rapporti. È di nuovo il carattere incisivo dell'*imperium* che spiega l'ampiezza dell'intervento del pretore. Come è noto, però, il nuovo processo privato, chiamato formulare, affida la decisione della lite a un giudice privato, scelto di comune accordo fra le parti e investito dal pretore del potere di giudicare. Da questo punto di vista, dunque, il *iudex privatus* è più vicino alla figura dell'arbitro di quanto non lo siano i giudici greci, eletti o sorteggiati che siano. Questo fa sì che il giudice romano possa decidere seguendo modalità molto più informali rispetto ai giudici greci, anche se in qualche misura risulta vincolato dal contenuto della formula che gli viene trasmessa dal pretore.

Nel campo del processo criminale assistiamo invece, a partire dalla metà del II sec. a C., alla nascita delle cosiddette *quaestiones perpetuae*. Si tratta di una forma di processo, in cui la componente politica ha un ruolo importante, soprattutto quando la giuria risulta composta esclusivamente da senatori. E anche quando i cavalieri entreranno nelle giurie, si tratterà comunque di un tribunale caratterizzato da un'impronta nettamente oligarchica (alla luce dei criteri di valutazione della teoria politica greca). In senso invece più "democratico" (sempre in una chiave di valutazione greca) va il fatto che l'accusa nelle *quaestiones* non è più sostenuta da un magistrato, come accadeva nell'antico processo comiziale, bensì da un privato cittadino: ci si

avvicina quindi al modello dell'accusatore volontario, che, come abbiamo visto, caratterizzava le azioni pubbliche nel mondo greco.

Un altro elemento significativo, nell'ottica in cui ci siamo posti, è il moltiplicarsi di leggi che tendono a disciplinare il processo criminale: con Silla i reati repressi mediante la procedura delle *quaestiones* sono presi in considerazione da leggi specifiche, in cui vengono definite tanto la competenza dei singoli tribunali per i singoli reati quanto le pene da applicare. Dunque per la prima volta a Roma i giudici sono vincolati all'osservanza della legge. Il fondamento legislativo dell'organizzazione del processo, inclusa l'attività dei giudici, trova la sua consacrazione nelle due grandi leggi augustee (*l. Iulia iudiciorum publicorum e iudiciorum privatorum*), il cui contenuto è andato purtroppo perduto.

Ma questo discorso vale essenzialmente per il processo criminale. La materia privatistica, a cui si riferiscono le controversie civili, non viene regolata mediante leggi o altri strumenti normativi. Sono invece i giuristi che propongono al giudice le soluzioni del caso concreto, spesso contrastanti fra loro. In un certo senso si potrebbe dire quindi che il processo civile nella Roma classica è improntato a un modello platonico, in quanto la soluzione delle controversie è determinata da un diritto giurisprudenziale del caso concreto, non da regole generali stabilite per legge.

9. Il quadro cambia naturalmente man mano che si procede nell'età imperiale. Si afferma infatti il sistema giudiziario basato sulla *cognitio extra ordinem*, cioè al di fuori del sistema giudiziario consacrato per legge da Augusto. Il Senato acquista una funzione giurisdizionale nel campo di alcuni crimini pubblici (di grande interesse, in questo settore, il S.C. de Cneo Pisone ritrovato in Spagna<sup>7</sup>); ciò comporta che si abbia in questi casi una coincidenza fra organo legislativo (dato che i comizi vanno perdendo rapidamente la loro potestà legislativa) e organo giudiziario. A sua volta l'Imperatore entra prepotentemente nel quadro dell'ordinamento giuridico, tendendo a unificare nella sua cancelleria funzione normativa e funzione giudiziaria. Il processo privato non è più bipartito: il ruolo di magistrato e insieme di giudice è ricoperto da funzionari imperiali che godono di ampio potere discrezionale nel risolvere le controversie. Nuovi strumenti processuali, anche a tutela di

---

<sup>7</sup> A. Caballos, W. Eck, F. Fernández, *El «senadoconsulto de Cne. Pisón padre»*, Sevilla 1996.

nuove esigenze (fedecommissi, azioni di figli contro il *paterfamilias*, azioni per alimenti etc.), sono introdotti presso i tribunali *extra ordinem*.

10. Ho richiamato fino a qui in maniera molto schematica la storia delle istituzioni giudiziarie in Grecia e a Roma con particolare riferimento al tema dei rapporti fra legislazione e giurisdizione. Sarebbe interessante approfondire molti aspetti particolari di queste vicende. Mi limiterò qui a segnalare, in chiusura di questo mio intervento, il tema del collegamento (o del coordinamento) fra istanze normative e giudiziarie orizzontalmente e/o verticalmente connesse, una tematica che potrebbe rivelarsi di fondamentale importanza per gli sviluppi dell'ordinamento giuridico europeo. Mi riferisco, ad esempio, da un lato all'età ellenistica, dove vediamo coesistere, all'interno delle grandi monarchie, sistemi giuridici unificati sostanzialmente dalla persona del re, mentre nell'ambito del tradizionale mondo delle polis vediamo affermarsi nuove soluzioni nel quadro dei trattati di *isopoliteia* e di *synpoliteia*; dall'altro, per quanto riguarda il mondo romano, ai rapporti fra gli organi normativi e giudiziari centrali e il sistema municipale, una tematica a cui la pubblicazione della *lex Irnitana*<sup>8</sup> ha dato nuovo impulso.

---

<sup>8</sup>J. Gonzalez Fernandez, *The "Lex Irnitana". A New Copy of the Flavian Municipal Law*, JRS 76, 1986, p.147 ss.