

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Urbino Carlo Bo

Saggi



L'IUS GENTIUM ROMANO COME ORDINAMENTO TRANSNAZIONALE Giuseppe Giliberti

Abstract

[The Roman *ius gentium* as transnational law] According to this research international law is a phenomenon much older than the Treaty of Westfalia. The 'international community' comes into existence whenever the actors of international relations accept to be limited by binding rules based on reciprocity. These conditions existed in several historical periods, in Antiquity and in the Middle Ages. In particular, the *ius Fetiale* and the *ius gentium* played the role of public international law when the Roman Republic became the ruling power of the Mediterranean area. *Ius gentium*, which was at the same time public and private, can be termed a transnational law. It was also a special branch of civil law influenced by the Mediterranean "*lex mercatoria*". Its rules and procedures were accessible, with the permission of the *praetor*, by both Romans and foreigners.

Key Words:

International law; *ius gentium*; *ius fetiale*; *praetor peregrinus*; foreigners

Vol. 2 (2015)





L'ius gentium romano come ordinamento transnazionale

Giuseppe Giliberti*

1. Gli internazionalisti fanno di solito iniziare il "sistema delle norme che regolano le relazioni tra gli Stati dall'esterno dei rispettivi ordinamenti, ossia l'ordinamento giuridico internazionale"¹, con il trattato di Westfalia del 1648. O comunque essi collocano la nascita della loro disciplina tra il XVI e il XVII secolo, con l'affermazione contemporanea del concetto di sovranità e di quello di "comunità internazionale"². Così facendo, la dottrina prevalente da per scontato che il 'diritto internazionale' - neologismo inventato da Jeremy Bentham - coincida con il sistema normativo di una comunità europea e cristiana, ispirato a remoti modelli romanistici. Esso si sarebbe poi allargato all'Impero Ottomano, alle Americhe, alla Cina, al Giappone e infine al mondo intero. La storia del diritto internazionale ha spesso trascurato analoghi ordinamenti, vigenti, ad esempio, nel Mediterraneo antico e medievale, o nell'Umma islamica³. La dottrina positivista prevalente nel XIX e XX secolo ha di solito eccepito la mancanza di effettività di questi "*iura gentium*", oppure l'inesistenza di una comunità di stati eguali e sovrani⁴. Il diritto internazionale (pubblico) è l'ordinamento che disciplina la vita della comunità internazionale. Ma, secondo Fusinato, "Certamente i Romani, come tutti gli altri popoli dell'antichità, non ebbero né potevano possedere un diritto delle genti secondo il concetto moderno, il quale presuppone il volontario riconoscimento del diritto da parte degli Stati organizzati in libera coesistenza eguale ed autonoma".

In questa ricerca sono partito dal presupposto che una riflessione interdisciplinare storicamente fondata, in un momento di così grave conflitto, possa aiutarci a capire su quali elementi si può basare un dialogo fra paesi e culture. Ritengo, perciò, sia necessario sviluppare nelle nostre istituzioni universitarie degli 'Euro-Mediterranean Studies', delle 'Euro-Mediterranean Humanities', e – perché no? – una 'Euro-Mediterranean Law History'. Mettendo da parte il problema dell'esistenza dello Stato sovrano nel mondo

* Giuseppe Giliberti è professore ordinario di Fondamenti del diritto europeo all'Università di Urbino Carlo Bo.

¹ Cfr. P. ZICCARDI, s.v. *Diritto internazionale in generale*, in ED., 12 (1964), p. 988.

² Cfr. L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Milano 1995, p. 11 ss.

³ Cfr. A.K. BENNISON, *Muslim Universalism and Western Globalization*, in A. G. HOPKINS (a c. di), *Globalization in World History*, London 2002, p. 11 ss.; G. GOZZI, *Diritto internazionale e civiltà occidentale*, in G. GOZZI, G. BONGIOVANNI (a c. di), *Popoli e civiltà. Per una storia e filosofia del diritto internazionale*, Bologna 2006, p. 33 ss. Sul moderno concetto di 'relazioni euro-mediterranee', cfr. in generale A. BLANC ALTEMIR, *La Unión Europea y el Mediterráneo. De los primeros Acuerdos a la Primavera Árabe*, Madrid 2012; S. CAFARO (a c. di), *Le relazioni euro-mediterranee dai primi accordi all'Unione per il Mediterraneo*, Napoli 2013.

⁴ Cfr. G. FUSINATO, *Dei fezziali e del diritto fezziale: contributo alla storia del diritto pubblico esterno di Roma* (1884), rist. Whitefish (MT) 2010, p. 455.

premoderno⁵, chiediamoci se anche nel mondo antico e nel Medioevo gli attori delle relazioni internazionali accettassero che la loro volontà fosse limitata. Infatti, è questo rapporto "verticale" tra la *communitas orbis* e il singolo Stato a determinare l'esistenza del diritto internazionale, e non il semplice fatto che esistano degli enti "*superiorem non recognoscentes*" disposti a interagire in qualche modo⁶. Se ciascuno Stato fosse davvero indipendente in tutto e per tutto, allora non potrebbe esistere alcun diritto. D'altra parte, anche l'eguaglianza degli attori delle relazioni internazionali è un principio che, ieri come oggi, non va preso alla lettera. Gli Stati si organizzano normalmente intorno agli interessi di una o più potenze egemoni, in grado d'imporre un ordine internazionale a loro confacente. E quest'ordine viene continuamente messo in crisi, quando sono in gioco gli interessi supremi degli attori principali, mentre è più solido nei casi d'importanza non decisiva.

Si può dire che la comunità internazionale sia sempre stata 'quasi' anarchica. Le sue norme sono necessariamente più 'deboli' e più 'politiche' di quelle domestiche. Perciò, il diritto internazionale - antico e moderno - è, come i diritti primitivi, un caso dubbio, al limite della giuridicità⁷. Sarebbe, però, eccessivo concludere che, sia nel mondo antico che in quello moderno, le 'norme' del diritto internazionale sono semplicemente degli espedienti retorici, che servono a descrivere i rapporti di forza tra le potenze utilizzando il linguaggio del diritto. Si tratta di pratiche sociali istituzionalizzate, basate sulla reciprocità, la cui violazione autorizza contromisure da parte di uno stato o dell'intera comunità. Non sarebbero norme giuridiche, ma tutt'al più regole politiche, essendo una comunità internazionale del tutto inesistente⁸? Forse, come dice Hart - "è solo una questione di grado"⁹. Di sicuro, organizzazioni come l'Anfizionia di Delfi o l'Unione Postale Universale di Berna si comportano come se un diritto internazionale effettivamente esista.

Anche nel mondo antico esisteva un settore dell'esperienza giuridica, capace d'inquadrare le relazioni tra Stati in un sistema di regole vincolanti¹⁰. Quindi, sarebbe incoerente eccepire la non giuridicità del 'diritto internazionale antico', senza sollevare la medesima questione per quello moderno. Ma forse il problema non è se i popoli del mondo antico vivessero in uno stato di natura oppure no. Lo stato di natura, precedente alla formazione della comunità politica, si può immaginarlo come la bolgia infernale descritta dal *Leviatano* di Hobbes, nella quale - come diceva l'antico proverbio latino -

⁵ Cfr. N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna 1993, p. 15: "Con Stato generalmente s'intende - sulla scia di Max Weber - una forma storicamente determinata di organizzazione del potere o delle strutture dell'autorità, contrassegnata dal fatto che una sola istanza, quella statale appunto, detiene il monopolio legittimo della costrizione fisica. In altri termini, lo Stato «moderno» si caratterizza per il monopolio del politico. Questo monopolio viene esercitato attraverso procedure e mezzi razionali".

⁶ Cfr. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli 1968, p. 25 ss.

⁷ Cfr. H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Cambridge 1947, 172 s.; H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), trad. it. Torino 2002, p. 6: "In primo luogo è del tutto chiaro perché in questi casi sorgano dei dubbi. Il diritto internazionale è privo di potere legislativo, gli stati non possono essere citati davanti ai tribunali internazionali senza il loro previo consenso, e manca un effettivo sistema di sanzioni, organizzato in modo accentrato. Certi tipi di diritto primitivo, compresi quelli dai quali possono essere gradualmente derivati alcuni ordinamenti giuridici contemporanei, sono pure privi di queste caratteristiche, ed è perfettamente chiaro a tutti che è la loro deviazione dal caso tipico che rende problematica la loro inclusione nell'ambito del diritto".

⁸ Cfr. A.V. LEVONTIN, *The Myth of International Security*, Jerusalem 1957, p. 100 ss.

⁹ Cfr. H.L.A. HART, op. cit., p. 7.

¹⁰ Cfr. A. HEUSS, *Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Aussenpolitik in republikanischer Zeit*, Leipzig 1933, p. 18 ss.

"*homo homini lupus est*". Oppure può essere concepito come una situazione relativamente pacifica, in cui la violenza era circoscritta da accordi e relazioni commerciali, come faceva Locke nel *II Trattato sulla politica*.

Oggi appare definitivamente superato il dogma, diffuso soprattutto da Mommsen, che la guerra fosse la condizione normale dei rapporti tra i popoli antichi¹¹. È il contrario di ciò che Cicerone, nel *De Officiis* (1.37) affermava dei *maiores*, per i quali il termine *hostis* significava semplicemente 'straniero'. I Romani, come i Greci, si consideravano in guerra permanente con pirati e predoni, tutt'al più con i barbari, ma non con i popoli civili¹². Raramente i politici e i filosofi osavano sostenere apertamente che non esistevano limiti all'esercizio della violenza, né regole da osservare nelle relazioni internazionali, né *fides* da mantenere nei rapporti privati. Come avrebbero potuto, se Roma, fin dal tempo dei Tarquini, era una piazza commerciale di rilevanza internazionale?

Cercando di definire il diritto sulla base del territorio in cui si ritiene abbia vigore, possiamo distinguere approssimativamente l'ambito internazionale globale (post-westfaliano), l'interstatale, il 'regionale' (in aree geo-politiche come l'UE), il transnazionale (è il caso di 'diritti senza Stato', come l'*ius commune*, la *lex mercatoria* medievale e moderna o il diritto islamico), il nazionale, il sub-statale¹³. Il diritto internazionale pubblico è ancora oggi soprattutto 'westfaliano', inter-statale, anche se le sue norme - necessariamente più 'deboli' e più 'politiche' di quelle domestiche - hanno spesso effetti sostanziali all'interno dei singoli Stati. Il suo presupposto è che esista un complesso di potenze in relazione tra loro, che si sottomettono, anche indipendentemente dalla loro volontà, a delle regole di convivenza¹⁴. Ma il fenomeno per cui esiste un ordinamento internazionale non è né naturale né eterno. Il diritto internazionale (sia quello globale che quello 'westfaliano') può prodursi o scomparire, nell'antichità come nel mondo moderno, a seconda che esistano o no delle aree geo-politiche nelle quali è possibile stabilire un *modus vivendi*, mediante un sistema di norme¹⁵.

¹¹ In età arcaica, qualunque estraneo a Roma (o, al massimo, alla Lega Latina) sarebbe stato un nemico. Cfr. TH. MOMMSEN, *Storia di Roma antica* (1854), I vol., trad. it. Firenze 1984, p. 192; BAVIERA, *Il diritto internazionale dei Romani* (1898), rist. Bologna 2014; P. FREZZA, *Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano* (1938), in ID., *Scritti*, vol. I, Roma 2000, p. 299 ss. Ma l'originario significato di *hostis*, come straniero in genere, acquisì poi il significato di "nemico legittimo", contrapposto a briganti e pirati. Cfr. D. 50.16.118 (Pomp. 2 ad Q. Muc.): "*Hostes hi sunt, qui nobis aut quibus nos publice bellum decrevimus: cetera latrones aut predones sunt*". Invece, i nemici erano definiti anticamente *perduelles*: cfr. D. 50.16.234 pr. (Gai 2 ad l. XII Tab.). Pomponio, parlando del *postliminium in pace*, sembra ritenere che lo stato normale dei rapporti di Roma con un'altra comunità politica non fosse né di amicizia né di guerra: D. 49.15.5.2 (Pomp. 37 ad Q. Muc.). Contro la tesi della naturale inimicizia, cfr. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II ed., II vol., Napoli 1973, p. 13 ss.; e in generale F. SINI, *Bellum nefandum. Virgilio e il problema del «diritto internazionale antico»*, Sassari 1991. Una tradizione arcaica pone lo straniero sotto la protezione di Eracle. Cfr. A. MASTROCINQUE, *Romolo (La fondazione di Roma tra realtà e leggenda)*, Este-Trento 1993, p. 26 ss.

¹² Cfr. D. 49.15.52 (Pomp. ad Q. Muc.); 47.12.4 (Paul. ad ed.).

¹³ Cfr. W. TWINING, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge 2009, p. 67 ss.; F. GALGANO, "Lex Mercatoria", Bologna 1993; M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Roma-Bari 2006..

¹⁴ Cfr. in generale L. BONANATE, C.M. SANTORO, *Teoria ed analisi nelle relazioni internazionali*, Bologna 1990.

¹⁵ Cfr. G. GILIBERTI, *Il 'destino manifesto' di Roma*, in *Annali della Facoltà Giuridica di Camerino*, 4 (2015), in <http://d7.unicam.it/afg/node/51>.

Il mondo antico fu integrato in una sequenza di queste comunità internazionali, di varia estensione e durata, succedutesi con poche soluzioni di continuità¹⁶, dalle città-Stato sumere (2600-2350 a.C.), agli imperi del Vicino Oriente, cioè Egitto, Babilonia, Ittiti, Mitanni, Assiri (1400-1150), alla Siria e alla Palestina (966-1150), fino alla "comunità euro-mediterranea"¹⁷, che coinvolse Grecia, Cartagine e Roma. Al suo interno, le *poleis* greche costituirono per secoli (dal 500 al 168) una più ristretta regione geo-politica con interessi comuni, regole specifiche e organizzazioni internazionali proprie. Una 'comunità internazionale' esisteva anche nel IX secolo d.C., comprendendo l'intera *Respublica Christiana*, il Califfato di Bagdad e Bisanzio¹⁸. Se tutto questo è vero, osserva Bederman¹⁹, il più antico linguaggio della diplomazia internazionale non fu certo il francese, ma l'accadico.

Il principio di base di questi ordinamenti era – come al giorno d'oggi - quello della reciprocità ("*pacta sunt servanda*", anche se non tutti gli obblighi del diritto internazionale sorgono da patti)²⁰. Questa legge - come affermavano con un certo ottimismo Erodoto, o Senofonte - valeva per sempre fra tutti gli uomini²¹. Essa imponeva di osservare - anche indipendentemente dai trattati - una serie di limiti all'esercizio della forza e di rispettare l'incolumità, la dignità e gli interessi degli stranieri. Diceva Livio che con i Falisci non esistevano trattati, ma che tuttavia "*sunt et belli sicut paci iura*"²². Nel *Nomos della terra*, Carl Schmitt definisce queste norme di guerra e di pace un "diritto internazionale preglobale". Una sua manifestazione, destinata ad influenzare profondamente lo sviluppo del diritto internazionale moderno, è rappresentata dall'*ius fetiale* e dall'*ius gentium* romano. Si può dubitare che il "diritto delle genti" romano, frutto di una complessa elaborazione filosofica e giurisprudenziale, fosse un diritto internazionale nel senso moderno. Certo, è difficile, se non impossibile, distinguere nell'*ius gentium* e in quello *fetiale* l'ambito del diritto pubblico, di quello privato, della religione e della morale²³. Si dovrebbe, però, anche vedere fino a che punto il diritto internazionale moderno corrisponda davvero a criteri di razionalità ed effettività, e non sia invece un diritto molto più 'antico' o 'primitivo'²⁴ di quello che pretende di essere.

¹⁶ Cfr. R. AGO, *The First International Communities in the Mediterranean World*, in *The British Yearbook of International Law*, 53 (1982), p. 213 ss.

¹⁷ Cfr. S. MARCHISIO, *Corso di diritto internazionale*, Torino 2014, p. 5 ss.; PARADISI, *Storia del diritto internazionale del Medio Evo*, vol. I, Milano 1940, p. 8 ss.

¹⁸ Cfr. R. AGO, *Il pluralismo della Comunità internazionale alle sue origini*, in *Studi in onore di Balladore Pallieri*, Milano 1977, p. 3 ss.

¹⁹ Cfr. J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, Cambridge 2011, p. 24 ss. Si vedano anche B. PARADISI, *Due aspetti fondamentali nella formazione del diritto internazionale antico*, in *Civitas Maxima, Studi di storia del diritto internazionale*, vol. I, Firenze 1974, p. 131 ss.; R. AGO, op. cit., p. 227 ss. Sul carattere anarchico delle relazioni internazionali nel Mediterraneo antico, cfr., invece, M. I. ROSTOVITZEFF, *International Relations in the Ancient World*, in E. WALSH (a c. di), *The History and Nature of International Relations*, London 1922, p. 43; A. ECKSTEIN, *Mediterranean Anarchy, Interstate War and the Rise of Rome*, Berkeley-Los Angeles-London 2006, p. 12 ss.

²⁰ Cfr. in generale D. NÖRR, *Die Fides im Römischen Völkerrecht*, Heidelberg 1991. Preposto alla custodia dei trattati era l'Erocle sabino, Semo Sanco, il "*Dius fidius*", identificato talora come un figlio di Giove. Nel suo tempio sul Quirinale veniva custodito il testo del *foedus Gabinum*. Cfr. Dion. Hal., IV 58.4.

²¹ Senof., *Cirap.*, 7.5; cfr. anche Erod., 7.36.

²² Liv., 5.27.6.

²³ Cfr., ad esempio, Livio, 4.19.3, che contrappone la violazione del *foedus humanum* a quella dell'*ius gentium*; oppure Tac., *Ann.*, 1.42, che distingue la violazione di "*hostium... ius et sacra legationis et fas hominum*".

²⁴ Cfr. M. BARKUN, *Law Without Sanctions: Order in Primitive Societies and the World Community*, New Haven 1968.

In un passaggio della *Pro Balbo* (15), da cui Grozio prese il titolo della sua più nota opera, Cicerone loda Gneo Pompeo per la sua cultura internazionalistica: "*in foederibus, pactionibus, condicionibus populorum, regum, exterarum nationum, in universo denique belli iure atque pacis*". Ma l'*ius gentium* non può essere descritto solo nei termini di un ordinamento inter-statale, opposto a quello interno, come nelle moderne concezioni dualistiche del diritto internazionale pubblico. Il "sistema sovranazionale romano", come lo definiva Catalano²⁵, si componeva, in realtà, di due elementi, dei quali uno, il diritto dei Feziali, era una disciplina sacerdotale del popolo romano, cioè una branca dell'*ius divinum* che sostanzialmente regolava i rapporti con le comunità straniere. L'altro, l'*ius gentium*, era per certi aspetti il diritto internazionale pubblico dell'area mediterranea ma, per altro verso, era un settore del diritto privato romano. I principi di questi due ordinamenti erano notevolmente diversi, in quanto l'*ius divinum* si fondava sulla *religio*, mentre quello *humanum* era basato sull'*aequitas*²⁶.

2. La tradizione riporta che l'*ius Fetiale* fu "scoperto", come dottrina sacerdotale, in ambiente italico e insegnato ai Romani dal re degli Equicoli, Ferter Resius, sotto il regno di Anco Marcio²⁷. I rituali di questo sistema giuridico-religioso, la cui osservanza scrupolosa era considerata una delle fondamentali ragioni del successo politico e militare di Roma²⁸, trovarono applicazione innanzitutto nelle relazioni tra i *reges* e i *populi* che componevano il *nomen Latinum*, una delle confederazioni dell'Italia centrale nel periodo monarchico²⁹. Poi servirono per costruire la rete di *foedera* sui quali si basò il sistema egemonico romano in Italia e nel Mediterraneo.

²⁵ Cfr. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, vol. I, Torino 1965. Vedi anche F. FABBRINI, *L'Impero di Augusto come ordinamento sovranazionale*, Milano 1974, p. 118 ss.

²⁶ Cfr. Cic., *Part. orat.*, 129. Da questo, si può dedurre che le regole di pace e guerra fossero essenzialmente religiose. Cfr. F. CASAVOLA, «*Bellum pax quaesita videatur*»: la guerra come procedimento giuridico, in R. UGLIONE (a c. di), *Atti del Convegno nazionale di studi su la pace nel mondo antico Torino 9-10-11 Aprile 1990*, Torino 1991, p. 147 ss.; C. FOCARELLI, *Lezioni di storia del diritto internazionale*, Perugia 2002, p. 19 ss.

²⁷ Sulle funzioni dei Feziali, cfr. Cic., *De Leg.*, 2.21; Cic., *Off.*, 1.11; Serv., in *Verg. Aen.*, 1.62; V. ILARI, *L'interpretazione storica del diritto di guerra romano fra tradizione romanistica e giusnaturalismo*, Milano 1981, p. 8 ss.; F. K. CONRAD, *De Fezialibus et iure feziali populi Romani* (1734), in *Scripta minora*, Halis 1823, vol. I, 257-385; M. VOIGT, *De fezialibus populi Romani questioni specimen*, Lipsiae 1852; G. FUSINATO, *Dei Feziali*, cit.; P. CATALANO, *Cic. De off. 3.108 e il così detto diritto internazionale antico*, in *Syntelesia Arangio Ruiz*, vol. I, Napoli 1964, p. 373 ss.; A. CALORE, *Forme giuridiche del 'bellum iustum'*, Milano 2003; G. TURELLI, *Audi Iuppiter. Il collegio dei Feziali nell'esperienza giuridica romana*, Milano 2011, p. 22 ss. Per Liv., 9.5, un collegio dei Feziali, coordinato da un *pater patratus*, era già presente ad Alba Longa. Secondo una scritta su una piccola colonna rinvenuta al Clivo Capitolino (Museo Palatino, inv. 10866 = CIL. I2, p. 200 n. 41), l'*ius fetiale* fu, invece, insegnato ai Romani dal re degli Equicoli, Ferter Resius, che lo aveva sistematizzato: "*Ferter Resius rex Aequicolus is primus ius fetiale paravit inde P R disciplinam excepit*". La notizia è confermata da Liv., 1.32.5, che attribuisce la fondazione del collegio dei Feziali ad Anco Marcio (secondo altre fonti, Numa o Tullo Ostilio), che avrebbe seguito l'esempio degli Equicoli. La colonna, ritrovata nel 1820, in prossimità dell'*Ara Calvini*, è del I secolo d.C., ma chiaramente è il rifacimento di un manufatto anteriore. Livio (1.24; 30.43) considera Giove Feretrio custode dei trattati e dei giuramenti. La verga del feziale che officia la cerimonia del trattato sarebbe un simbolo dello scettro del dio. Dopo la guerra contro Antonio, Augusto restaurò il tempio capitolino di Giove Feretrio, considerato il primo edificio sacro costruito da Romolo: cfr. Corn. Nep., *Att.*, 20.3.

²⁸ Cfr. F. SINI, *Religione e poteri del popolo in Roma repubblicana*, in *Diritto @ Storia* 6, 2007, <http://www.dirittoestoria.it/6/Tradizione-romana/Sini-Religione-poteri-Popolo-Roma-repubblicana.htm>.

²⁹ Cfr. COLI, *Regnum* (1951), in *Scritti di diritto romano*, Milano 1973, p. 462 ss.

Pur essendo una disciplina sacerdotale romana, il diritto dei Feziali aveva una vocazione universalistica³⁰, in quanto le sue regole erano garantite da Iuppiter, divinità comune a tutto il genere umano. Il suo scopo era quello di armonizzare le relazioni tra i vari attori internazionali, tutti uguali agli occhi degli Dei, i quali venivano evocati come garanti del rispetto dei patti e insieme come giudici delle trasgressioni³¹. Persino nel rituale della dichiarazione di guerra, il protagonista divino era sempre Giove, divinità universale del diritto e della pace, non Marte³².

L'ius gentium, invece, pur essendo per certi aspetti un'evoluzione del diritto dei Feziali, arricchito poi da concezioni giusnaturalistiche di matrice stoica, fu laico e pragmatico sin dalle origini³³. In parte esso derivava da principi religiosi o giusnaturalistici, in parte era "*ius gentium voluntarium*", come avrebbe detto Grozio, creato da patti, consuetudini e principi comunemente accettati, che servivano a disciplinare i rapporti politico-diplomatici e agevolare gli scambi commerciali nel Mediterraneo³⁴.

Ius Fetiale e *ius gentium*, in età repubblicana e all'inizio dell'Impero, cooperavano nel regolare le relazioni con le altre comunità politiche, in questioni come la guerra (*bellum iustum*, *ius in bello*, *praeda bellica*, schiavitù di guerra eccetera), le alleanze, la tutela degli scambi commerciali, il trattamento degli stranieri, l'immunità diplomatica³⁵. Ad esempio, le immunità degli ambasciatori, sia romani che stranieri, erano tutelate simultaneamente dalle regole dell'*ius gentium* e dell'*ius fetiale*, cioè dal diritto umano e da quello divino³⁶.

³⁰ Questa originaria comunanza di ordinamento giuridico spiegherebbe il motivo per cui i rappresentanti del popolo straniero potessero stipulare un accordo di pace facendo ricorso al verbo *spondeo*, altrimenti riservato ai negozi dei Romani. Cfr. Gai 3.94; cfr. P. CATALANO, *Linee*, cit., p. 38 s.

³¹ Cfr. in generale A. WATSON, *International Law in Archaic Rome. War and Religion*, vol. I, Baltimore 1993, p. 66 ss.

³² Cfr. G. DUMÉZIL, *Remarques sur le ius fetiale*, in REL, 34 (1956), p. 101 ss.

³³ Per G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, vol. II, Leipzig 1875, p. 304 s., *ius gentium* presenta due aspetti: è la "legge per i peregrini", costruita adattando istituti stranieri alle necessità dei traffici con i Romani; ed è anche un settore dell'ordinamento romano nato non da speculazioni filosofiche, bensì dall'esempio di altri ordinamenti i stranieri.

³⁴ Cfr. in generale G. LOMBARDI, *Sul concetto di 'ius gentium'*, Roma 1947; M. TALAMANCA, '*Ius gentium*' da Adriano ai Severi, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli 1998, p. 191 ss.; L. LABRUNA, *Il diritto mercantile dei Romani e l'espansionismo*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, A. CORBINO, L. LABRUNA, B. SANTALUCIA (a c. di), *Le strade del potere. Maiestas populi Romani Imperium Coercitio Commmercium*, Catania 1994, p. 115 ss.

³⁵ Conclusa la fase dell'espansione nel Mediterraneo, ai Feziali rimasero solo funzioni cerimoniali. Augusto, che era egli stesso un feziale, conosceva bene questo settore del *ius divinum* che, ai tempi di Varrone appariva caduto in desuetudine. Verosimilmente si ispirò ad esso nel definire i rapporti con i sudditi e con le *exterae gentes*. Fra la vastissima letteratura in proposito, cfr. A. HEUSS, *Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Aussenpolitik in republikanischer Zeit*, Leipzig 1933, p. 18 ss.; F. SINI, "Fas et iura sinunt" (*Virg.*, *Georg.* 1, 269). *Contributo allo studio della nozione romana di 'fas'*, vol. I, Sassari 1984; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, '*Ius commercii*', '*conubium*', '*civitas sine suffragio*'. *Le origini del diritto internazionale privato e la romanizzazione delle comunità latino-campane*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, A. CORBINO, L. LABRUNA, B. SANTALUCIA (a c. di), *Le strade del potere. cit.*, p. 3 ss.; F. SITZIA, *Romanità dell'impero: ius civile e ius gentium*, in *La nozione di "romano" tra cittadinanza e universalità*, *Atti del II seminario internazionale di studi storici "Da Roma alla terza Roma"*, Napoli 1984, p. 263 ss.; K.H. ZIEGLER, *Ius gentium als Völkerrecht in der Spätantike*, in *Collatio Iuris Romani. Mélanges H. Ankum*, vol. II, Amsterdam 1995, p. 665 ss.; V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka*, 5.1 (1996), p. 63 ss.; W. WALDSTEIN, *Ius gentium und das Europäische ius commune*, in *Index*, 26 (1998), p. 453 ss.; A. CALORE, *Forme giuridiche del bellum iustum*, Milano 2003; R. ORTU, *Praeda bellica: la guerra tra economia e diritto nell'antica Roma*, in *Diritto e Storia*, 4 (2005) = www.dirittoestoria.it/4/Memorie/Ortu-Praeda-bellica.htm.

³⁶ I Feziali, oltre alle loro competenze in materia di trattati e di indizione della guerra, avevano anche giurisdizione in materia di violazione dell'immunità diplomatica: Varr., *De vita p.* R. 3,111, in Nonius 529,

Cicerone (*Off.*, 3.108, sul sacrificio di Attilio Regolo) afferma che "*cum iusto enim et legitimo hoste res gerebatur, adversus quem et totum ius fetiale et multa sunt iura communia*"³⁷. Le norme del diritto feziale e molte altre – cioè quelle dell'*ius gentium* in senso ampio - erano comuni a cittadini e stranieri, compresi gli *hostes iusti et legitimi*. Questi "*iura communia*" non sono solo un settore dell'ordinamento interno di Roma, né necessariamente il risultato di trattati internazionali.³⁸ Non è detto che un trattato fosse indispensabile, per assicurare una qualche forma di tutela allo straniero, che contava sulla *fides* privata della controparte e su quella collettiva della comunità ospitante³⁹.

Dopo la I Guerra punica (264-238 a.C.), l'*ius gentium*, che consentiva di uscire dai limiti dell'*ius civile* - soprattutto per impulso del *praetor peregrinus*, introdotto nel 242 - venne sempre più inteso come il diritto del mondo mediterraneo⁴⁰. Come abbiamo detto, l'*ius gentium* può essere considerato in parte un diritto internazionale, in parte un diritto transnazionale, che regolava i rapporti tra Stati e tra individui di differenti nazionalità. Nel suo versante privatistico, dette vita ad un settore del diritto romano, più flessibile di quello civilistico tradizionale: uno "*ius civile novum*", come lo definiva Guarino⁴¹, cui gli stessi cittadini romani potevano accedere, con l'avallo del magistrato giudicante. Il magistrato e il giudice non consideravano esclusivamente le norme di produzione romana, ma – in una situazione di vuoto normativo determinata dall'arcaicità dell'*ius civile* - attingevano ad altre regole, indifferenti ai confini politici. Le norme dell'*ius gentium*, come si è detto, trassero origine talora dai trattati internazionali (il primo *foedus* con Cartagine è del 509 a.C.), ma soprattutto dal riconoscimento di istituti della spontanea *lex mercatoria* mediterranea, come nel caso del *foenus nauticum*⁴².

Ben prima dell'istituzione del *praetor peregrinus*, con gli stranieri si poteva commerciare, indipendentemente da trattati, con l'ausilio di *sponsores*, interpreti e sensali (*arbitri*). Le eventuali liti venivano risolte, come in tutta l'area mediterranea, mediante arbitrati (*iurgia*)⁴³, che potevano anche svolgersi sotto il controllo degli edili o del pretore urbano. Marotta⁴⁴ ipotizza l'esistenza di "protoformule *ex fide bona*", affermatesi negli

s.v. *Fetiales*; Liv., 8.5: "*legatus iure gentium tutus*"; Cic., *Verr.*, 3.34: "*Legatorum ius divino humanoque vallatum praesidio*"; Tac., *Hist.*, 3.80: "*Sacrum etiam in exteris gentes legatorum ius et fas*". L'immunità del personale diplomatico e di figure simili poteva essere messa in questione, in nome della 'giustizia naturale', da un comportamento gravemente scorretto. Fu il caso di Bomilcare, del seguito di Giugurta, che "*fit reus magia ex aequo bonoque quam ex iure gentium*" (Sallust., *Bell. Jug.*, 35.7). Cfr. C. MASI DORIA, *Tra aequitas e ius gentium: tracce di processo popolare in Sall. Jug. 35?*, in *Quaesitor urnam movet e altri studi sul diritto penale romano (con due Anecdota)*, Napoli 2007, p. 35 ss.

³⁷ Per F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, in L. GAROFALO (a c. di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. II, Padova 2003, p. 117 ss., l'espressione dimostrerebbe che il concetto di *ius gentium* non si era ancora formato.

³⁸ D'altra parte, i Feziali operavano *repetitiones* e dichiarazioni di guerra anche nei confronti di comunità straniere con le quali non intercorreva nessun precedente *foedus*. Cfr. P. CATALANO, *Linee*, cit., p. 16 ss.

³⁹ Cfr. P. FREZZA, *«Ius gentium»*, in RIDA., 2 (1949), p. 259 ss. = ID., *Scritti*, vol. I, Roma 2000, p. 615 ss.; F. GALLO, *«Bona fides» e «ius gentium»*, in L. GAROFALO (a c. di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. II, Padova 2003, p. 130 ss.

⁴⁰ Cfr. C. PHILLIPSON, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, vol. I, London 1911, p. 91: "*And so this ius gentium, as originally an intertribal law of limited application, gradually expanded through the growth of dealings with non-gentes, that is intercourse non only with the Italic peoples but also with the nations of Greece, Macedonia, Syria, Africa, etc.*"

⁴¹ Cfr. A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, XII ed., Napoli 1998, p. 300 ss.

⁴² Cfr. M. LAURIA, *Ius gentium*, in *Festschrift Paul Koschaker*, Weimar 1939, vol. I, p. 258 ss.

⁴³ Cfr. in generale F. SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano 1954. A differenza della lite giudiziaria, lo *iurgium* era una procedura arbitrale, volta alla composizione amichevole. Cic., *Rep.*, 4.4: "*Benevolorum concertatio, non lis inimicorum iurgium dicitur*".

⁴⁴ Cfr. V. MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 91 ss.

emporium mediterranei (come quello del *portus Tiberinus*)⁴⁵. Quindi, i *iudicia bonae fidei* non avrebbero avuto origine dalla giurisdizione pretoria, bensì dalla prassi arbitrale. Tramite l'*imperium* del magistrato, tra il IV e il III secolo a.C., alcuni schemi di *iurgium* sarebbero confluiti nella *legis actio per arbitri postulationem* e poi nel sistema formulare⁴⁶.

Naturalmente, l'esistenza di un accordo con lo Stato ospitante rendeva più semplice e sicura l'attività degli uomini d'affari stranieri⁴⁷. Si poteva ottenere la concessione del permesso di comprare o vendere specifici beni⁴⁸, l'attribuzione mediante trattato del pieno "*ius mancipii nexique*"⁴⁹, la definizione delle procedure per operare scambi garantiti dalla *fides publica*⁵⁰, la possibilità di sottoporre le controversie a collegi di *recipitatores*⁵¹.

Già le XII Tavole (2.2) prevedevano il caso in cui qualcuno (una parte processuale o il giudice) dovesse presenziare, lo stesso giorno dell'udienza, a un giudizio con uno straniero ("*status dies cum hoste*"). Questo precedente impegno a partecipare a uno *iurgium*, concordato tra le parti oppure fissato da un magistrato, era talmente importante (in quanto coinvolgeva la *fides publica*), da determinare il rinvio del processo. Il dovere di recarsi all'appuntamento con l'*hostis* prevaleva - insieme con altre gravissime cause esimenti - persino sull'appello alle armi da parte del console⁵². Festo commenta, riguardo

⁴⁵ Cfr. in generale F. COARELLI, *I santuari, il fiume, gli empori*, in *Storia di Roma*, vol. I, Torino 1988.

⁴⁶ Cfr. V. MAROTTA, A. SCHIAVONE, in A. SCHIAVONE (a c. di), *Storia del diritto romano e linee di diritto privato*, Torino 2005, p. IV, cap. I, p. 301: "Tra il IV e il III secolo, i pretori, rifacendosi a più antiche prassi arbitrali, elaborarono le cosiddette formule con *demonstratio*..., nelle quali l'enunciazione della pretesa era preceduta dal *quod* - poiché - assertorio (*actio venditi, empti, locati, conducti, pro socio*, ecc.). In tal modo, all'interno della giurisdizione tra stranieri e tra romani e stranieri, si diede vita a una specie di diritto comune romano-mediterraneo, con contenuti soprattutto commerciali, che il pensiero giuridico e filosofico successivo definì *ius gentium* (diritto idealmente condiviso non solo dai Romani, ma da tutti i popoli mediterranei)".

⁴⁷ Il primo trattato con Cartagine (Polib., 3.22) istituisce una disciplina del commercio nelle aree di reciproca influenza. Si stabilisce, tra l'altro, che gli affari debbano concludersi alla presenza di un araldo e di uno scriba, perché lo straniero sia posto sotto la *fides* della comunità e possa essere tutelato *ex re tradita* contro l'inadempiente. Bibliografia in B. SCARDIGLI (a c. di), *I Trattati romano-cartaginesi. Introduzione, edizione critica, traduzione, commento*, Pisa, p. 1 ss.

⁴⁸ Liv., 43.5.9: il Senato riconosce agli ambasciatori di comunità straniere che "*commercium esset*" di dieci cavalli, da portare fuori d'Italia.

⁴⁹ Cfr. Cic., *Pro Caec.*, 102; Epit. Ulp. 19.4-5.

⁵⁰ Varro, *L. Lat.*, 5.86: "*Fetiales, quod fidei publicae inter populos praerant: nam per hos fiebat ut iustum conciperetur bellum et inde desitum, ut foedere fides pacis constituerentur*".

⁵¹ Fest., s. v. *Recipitatio*, Linds. 342: "*Recipitatio est, ut ait Gallus Aelius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per recipitatores reddantur res recipenturque, resque privatas inter se persequantur*"; s. v. *Status dies*, Linds. 414-416: "*Status dies <cum hoste> vocatur qui iudici causa est constitutus cum peregrino; eius enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari iure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro aequare*". Vedi anche Plaut., *Curc.*, 1.1.4-6: "*Si media nox est sive est prima vespera, / Si status conductus cum hoste intercedit dies, / Tamen est eundem quo imperant ingratiis*". Il primo trattato con Cartagine prevedeva che, a certe condizioni (la presenza di un banditore o di uno scriba) il negozio concluso tra persone dei due paesi potesse godere della *fides publica*, consentendo il ricorso ad un'*actio ex foedere*. Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *In margine al primo trattato tra Roma e Cartagine*, in *Studi in onore di E. Volterra*, VOL. V, Milano 1971, p. 171 ss.

⁵² Cfr. Gell., 16: "*Militibus autem scriptis dies praefinibatur, quo die adessent et citanti consuli responderent; deinde concipiebatur insinrandum, ut adessent, his additis exceptionibus: nisi harunce quae causa erit: funus familiare feriae denicales, quae non eius rei causa in eum diem collatae sint, quo is eo die minus ibi esset, morbus soticus, auspiciumve, quod sine piaculo praeterire non liceat, sacrificiumve anniversarium, quod recte fieri non possit, nisi ipsius eo die ibi sit, vis hostisve, status conductusve dies cum hoste*". V. MAROTTA, op. cit., p. 90 ss., interpreta il testo come prova di un'originaria equiparazione fra Romani e stranieri in genere.

al testo delle XII Tavole⁵³, che "*eius enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erano pari iure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro aequare*". Il testo sembra riferirsi, quindi, a stranieri sottoposti a un altro ordinamento, ma parificati ai Romani in conseguenza di un trattato. Lo stesso tipo di *hostis* poteva essere tutelato nel possesso, anche delle *res Mancipi*, ma non era in grado di conseguire il *dominium ex iure Quiritum* e gli restava precluso il ricorso alla *rei vindicatio*. Non essendo possibile l'usucapione, spettava, dunque, al venditore fornire all'acquirente straniero una perpetua garanzia contro l'evizione⁵⁴.

A partire dal III secolo a.C. sorse un diritto interno in materia internazionale⁵⁵, introdotto soprattutto tramite la giurisdizione dei due pretori, il cui scopo primario era quello di regolare i rapporti giuridici tra o con gli stranieri in tempo di pace, per superare in certi limiti la difformità di regolamento giuridico⁵⁶. Si potrebbe considerare per certi aspetti come il sistema romano di diritto internazionale privato, perché si richiamava a una "*lex mercatoria*" di ambito mediterraneo⁵⁷. Nella tarda Repubblica, il pretore usò estendere ai negozi con (o tra) stranieri, o a quelli non tipici dell'esperienza giuridica romana, una parte sostanziale della disciplina civilistica, mediante la concessione di *actiones ficticiae*, o l'attribuzione al giudice di un ampio potere discrezionale nella tutela della buona fede⁵⁸. Di conseguenza, non costituì più un problema che uno straniero potesse, ad esempio, possedere *res Mancipi*⁵⁹, esercitare tutele e curatele⁶⁰, rilasciare chirografi e *syngraphae*⁶¹.

Dalla tarda Repubblica, l'*ius gentium* sembrò prendere le distanze dalla religione tradizionale e collegarsi sempre di più al razionalismo universalistico, tipico della filosofia stoica. Nel libro III del *De officiis*, affrontando la questione del rapporto tra *utile* ed *honestum*, Cicerone definì l'*ius gentium* come una manifestazione dell'ordine razionale che anima l'universo, le cui testimonianze sono rintracciabili nella stessa ragione

⁵³ Fest., s.v. *Status dies*, Linds. 414-16.

⁵⁴ Tab. 6.4: "*ADVERSUS HOSTEM AETERNA AUCTORITAS <ESTO>*". P. CATALANO, *Linee*, cit., 66 ss. ritiene che l'*auctoritas* fosse dovuta solo allo straniero che godesse, a causa di un trattato, della capacità della *mancipatio*.

⁵⁵ Secondo P. FREZZA, *Le forme federative e le strutture dei rapporti internazionali dell'antico diritto romano*, cit., p. 363 ss., quest'ordinamento era stato creato unilateralmente dai Romani.

⁵⁶ Cfr. F. MERCOGLIANO, *Gli stranieri nell'antica Roma. Aspetti e problemi storico-giuridici*, in M.P. PATERNO (a c. di), *Questioni di confine. Riflessioni sulla convivenza giuridico-politica in una prospettiva multidisciplinare*, Napoli 2014, p. 51 ss.

⁵⁷ Cfr. C. PHILLIPSON, *The International Law*, cit., p. 95 s.; G. BARILE, s.v. *Diritto internazionale privato*, in ED., 12 (1964), p. 1035 ss.

⁵⁸ Ad es., Gai 4.37 (*actio furti* ed *actio legis Aquiliae* mediante l'uso della *fictio civitatis*). Cfr. in generale MASCHI, *Istituti accessibili agli stranieri e ius gentium*, in Jus, 13 (1962), p. 385 ss.; L. DI LELLA, *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli 1984, p. 130 ss.; R. MARTINI, *Sull'espedito processuale della fictio civitatis*, in E. NICOSIA (a c. di), *Studi per Giovanni Nicosia*, vol. V, Milano 2007, p.225 ss.; F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*». *Tipologie e datazione*, Napoli 2013; G. BROGGINI, '*Iudex arbitere*', *Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln - Graz, 1957, p. 189 ss.; L. AMIRANTE, *L'origine dei contratti di buona fede*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)*, vol. I, Milano 1988, p. 81 ss. Secondo V. MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 26 ss., l'*arbitere* (originariamente un sensale di professione) poteva essere chiamato dal pretore ad intervenire nello *iurgium*, in qualità di testimone, perito, o vero e proprio arbitro. Quindi, almeno per questi casi, sembrerebbe valere la tesi di Wlassak, secondo la quale il procedimento *in iure* presieduto dal magistrato si sarebbe storicamente innestato sull'originario arbitrato. Cfr. M. WLASSAK, *Die klassische Prozessformel*, Wien 1924, p. 147 ss.

⁵⁹ Gai 1.47.

⁶⁰ Gai 1.189; 193; 197; 198.

⁶¹ Gai 3.134.

umana⁶². L'espressione utilizzata da Cicerone era nuova: la prima ricorrenza di "*ius gentium*" nella letteratura giurisprudenziale si trova, a quanto ci risulta, nei *Digesta* di Giuvenzio Celso⁶³. Essa, però, descriveva perfettamente un fenomeno di "globalizzazione" del diritto molto antico, iniziato prima della Repubblica, che si sarebbe compiuto con la conquista dell'Egitto e la fondazione dell'Impero⁶⁴.

Anche i cittadini romani poterono in breve fruire degli istituti del *ius gentium* grazie al pretore urbano, sicché in breve i rapporti *iuris gentium* vennero attratti anch'essi nell'*ius civile*⁶⁵. Nelle province trovò normale applicazione nei rapporti intercorrenti tra stranieri o tra stranieri (sudditi oppure *peregrini alicuius civitatis*) e Romani, quando non fosse possibile far ricorso al "diritto provinciale" o ai diritti locali⁶⁶. L'*ius gentium*, quindi, servì anche a far dialogare sistemi giuridici diversi e ad integrare nell'ordinamento romano rapporti originariamente estranei all'*ius civile Romanorum*. Probabilmente per questo, i giuristi repubblicani - a differenza di autori come Cicerone o Sallustio⁶⁷ - ritennero superfluo trattare l'*ius gentium* separatamente da quello *honorarium*, ovvero da quello *civile* in senso lato⁶⁸.

3. Secondo Cicerone, il "*commune ius gentium*", che tutti i popoli conoscono, potenzialmente coincide con la "*lex naturae*"⁶⁹. Esso è il "*verum ius*"⁷⁰. I suoi eterni principi di giustizia⁷¹ sono universali e interculturali, validi per l'intera *societas hominum*⁷² e per ciascuno dei gruppi etnici (*gentes*, ovvero *nationes*) che la compongono. Il diritto naturale vige anche all'interno di quei gruppi sociali più ristretti e vincolanti che sono le comunità politiche (*populi, civitates*)⁷³.

⁶² I principi dell'etica, per Cicerone, sono oggettivi ed innati: essi operano nella coscienza come "vaghe nozioni" (*parvae notitiae*) e come "semi di virtù". Cfr. Cic., *De fin.*, 5.21.59; *Tusc.* 1.24.57; *Leg.*, 1.16.4. Secondo la sua famosa definizione, il diritto naturale è la "*vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnis, constans, sempiterna*". Cfr. Cic., *Rep.*, 3.33. Aristotele distingue il diritto positivo di ciascuna comunità da quello comune, che è conforme alla natura: Artist., *Rhet.*, 1,15 1375a 35. Cfr. G. CAMBIANO, *La Retorica di Aristotele e il diritto naturale*, in D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE (a c. di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, p. 59 ss. Ma, per Arist., *Eth. Nich.*, 1134 b, il diritto naturale non è necessariamente immutabile, in quanto persino la cosiddetta "natura" può avere un carattere contingente e storico.

⁶³ D. 12.6.47 (6 dig.), sul pagamento di *indebita pecunia* da parte del fideiussore: "*sin autem fideiussor suo nomine solverit quod non debebat, ipsum a stipulatore repetere posse, quoniam indebitam iure gentium pecuniam solvit*".

⁶⁴ Cfr. in generale P. VEYNE, *L'impero greco romano. Le radici del mondo globale* (2005), tr. it. Milano 2007.

⁶⁵ Cic., *Off.*, 3.17. Cfr. M. TALAMANCA, s. v. *Processo civile (Diritto romano)*, in ED., 36 (1987), p. 25 ss.

⁶⁶ Cfr. C. PHILLIPSON, *The International Law*, cit., p. 275 ss.

⁶⁷ Cic., *Pro Roscio Am.*, 49.143; *De harusp. resp.*, 14.32; *Rep.*, 1.2.2 (sull'origine dei doveri umani); *De orat.*, 1.13-56; Sallust., *Bell. Jug.*, 22.4.

⁶⁸ Cfr. O. ROBLEDA, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, II ed., Roma 1979, p. 144 ss.

⁶⁹ Cic., *Off.* 3.23: "*natura, id est iure gentium...*"

⁷⁰ Cic., *Off.*, 3.69 s. La distinzione fra diritto positivo e naturale, che Cicerone attinge soprattutto dagli Stoici e da Aristotele, può essere fatta risalire almeno a Eraclito. Cfr. E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, Bologna 1927, p. 17.

⁷¹ Aristotele distingue, tra le regole di giustizia operanti nella città (*politikòn dikaiòn*), quelle naturali (*physikòn*) e quelle legali (*vómimon*): Arist., *Eth. Nic.*, 1134 b. Per altro verso, secondo Arist., *Rhet.*, 1.10 1368b 7-9, si deve distinguere tra il diritto scritto della città e quello non scritto, che è comune a tutti, in quanto naturale. Cfr. G. CAMBIANO, *La Retorica di Aristotele e il diritto naturale*, cit., p. 59 ss.

⁷² Cic., *Leg.*, 1.32.

⁷³ Cic., *Off.*, 1.53.

Cic., *Off.* 3.69: *Hoc quamquam video propter depravationem consuetudinis neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut iure civili, tamen naturae lege sanctum est. Societas est enim – quod, etsi saepe dictum est, dicendum est tamen saepius – latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes, interior eorum, qui eiusdem gentis sint, prior eorum, qui eiusdem civitatis. Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt: quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet. Sed nos veri iuris germanaeque iustitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus, umbra et imaginibus utimur. Eas ipsas utinam sequeremur! Feruntur enim ex optimis naturae et veritatis exemplis.*

Secondo Cicerone, il diritto (sia quello naturale che quello positivo), non viene inventato, ma "scoperto" (*descriptum*)⁷⁴, con un procedimento intellettuale giusnaturalistico. Ad esempio, per natura i rapporti sociali si reggono sulla giustizia (oltre che sulla *beneficentia*). La *iustitia*, a sua volta, è fondata sulla *fides*⁷⁵, un principio effettivamente alla base dei rapporti commerciali nel Mediterraneo antico ben prima che i Romani creassero la giurisdizione del *praetor peregrinus*⁷⁶.

Si potrebbe obiettare che la *natura rerum*, quand'anche venga riconosciuta come *vomus basileus*⁷⁷, non si traduce necessariamente in diritto. Lo stesso Stoicismo romano non si spinge mai fino a proporre, ad esempio, l'abolizione della schiavitù o della proprietà privata⁷⁸, in nome della naturale e eguaglianza e dell'originaria comunanza dei beni. Cicerone cerca di prevenire quest'obiezione, rilevando che anche quando le norme positive (*leges populorum*) s'ispirano effettivamente a quelle naturali, non possono essere che ombre o immagini di un ordine irrimediabilmente diverso e superiore⁷⁹. Ma ovviamente l'*ius gentium* non coincide con le "*leges populorum*" di fatto vigenti (3.23). Infatti, i *maiores* hanno distinto il diritto naturale da quello civile, e non c'è un'immediata

⁷⁴ Cic., *Pro Sest.*, 42.91: "*nondum neque naturali neque civili iure descripto*". Allo stesso modo, il diritto positivo e le regole religiose sono stati scoperti all'atto stesso della fondazione della città: "*invento et divino iure et humano*". Cfr. G. RIGHI, *La filosofia civile e giuridica di Cicerone*, Bologna 1930, p. 77 ss. La tradizione secondo la quale il diritto naturale è la fonte di quello positivo rimonta ad Eraclito. Cfr. Heracl., 22 B 44 DK, Cic., *Off.*, 3.72. Cfr. J. MICHEL, *Sur les origines du «ius gentium»*, in RIDA 3 (1956), p. 327 ss.; P.P. ONIDA, *La concezione del diritto naturale (tra filosofia greca e diritto romano)*, in C.L. CUEVAS GAYOSSO (a c. di), *Hestudios en Homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, Vera Cruz 2009, p. 89 ss.

⁷⁵ Cic., *Off.*, 1.23: "*fundamentum est iustitiae fides, idest dictorum conventorum que constantia et veritas*". Spetterà al giudice il compito di determinare in concreto "*qui sint boni et quid sit bene agi*": Cic., *Nat. deor.*, 3.74.

⁷⁶ Cfr. in generale P. FREZZA, *Storia del processo civile in Roma, fino all'età di Augusto*, in ANRW, I.2 (1972), p. 175 ss. O. BAHRENS, *Che cos'era il ius gentium antico?*, in L. LABRUNA (dir.), *Tradizione romanistica e Costituzione*, Napoli 2006, t. I, p. 484 ss., distingue un "*ius gentium primario*", che è un vero e proprio diritto naturale, immediatamente vigente, da uno positivo. Celso avrebbe detto, invece, che il compito di positivizzare i precetti del "*bonum et aequum*" non spettava tanto alla filosofia o alla prassi giudiziaria, quanto all'*ars* del giurista. Cfr. D. 1.1.1 pr. (Ulp. 1 *inst.*), "*ius est ars boni et aequi*".

⁷⁷ Cfr. la citazione di Crisippo in D. 1.3.2 (Marcian. 1 *inst.*).

⁷⁸ Cfr. G. GILBERTI, "*Omnium una libertas*". *Alle origini dell'idea di diritti umani*, in L. LABRUNA (dir.), *Tradizione romanistica e Costituzione*, Napoli 2006, t. II, p. 1896 ss.

⁷⁹ Si veda Cic., *Off.*, 3.23: "*Neque vero hoc solum natura, id est iure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri. Hoc enim spectant leges, hoc volunt, incolumen esse civium coniunctionem, quam qui dirimunt, eos morte, exsilio, vinclis, damno coercent. Atque hoc multo magis efficit ipsa naturae ratio, quae est lex divina et humana; cui parere qui velit - omnes autem parebunt, qui secundum naturam volent vivere - numquam committet ut alienum appetat et id, quod alteri detraxerit, sibi adsumat*". Nello stesso senso, Cic., *Har. resp.*, 14.32: "*quamquam hoc si minus civili iure perscriptum est, lege tamen naturae, communi iure gentium sanctum est ut nihil mortales a dis immortalibus usu capere possint*". Cfr. G. FALCONE, *Il rapporto ius gentium - ius civile e la societas vitae in Cic., off. 3.69-70*, in AUPA 56 (2013), p. 261 ss.

derivazione del secondo dal primo, benché sia doveroso che l'*ius gentium* venga assorbito nell'*ius civile*⁸⁰. In questo senso, si può dire che il diritto civile si ispira alla natura⁸¹, ma non coincide con essa. La distinzione era molto chiara ai giuristi classici: ad esempio, per Paolo, il furto è vietato sia dalla natura che dal diritto positivo⁸². Viceversa, per Ulpiano, la schiavitù è creata dal diritto positivo in contrasto con quello naturale⁸³.

Nel campo delle relazioni con gli stranieri, il diritto delle genti costituisce un eterno modello di giustizia, che prescrive la benevolenza nei confronti di tutti⁸⁴. La pace è la condizione naturale dell'umanità, quindi si deve ricorrere alla guerra solo in casi estremi e dopo avere invano cercato di comporre diplomaticamente le vertenze⁸⁵. Esistono regole da rispettare anche in guerra e doveri anche nei confronti dei nemici, e soprattutto dei vinti⁸⁶. Niente è dovuto, invece, ai briganti ed ai pirati, nemici comuni del genere umano⁸⁷.

La lealtà nei rapporti internazionali è dovere dello Stato, e anche degli individui, come dimostra il caso di Attilio Regolo, consegnato per essere venuto meno alla parola data; o quello analogo dei quaranta romani declassati dai censori perché spergiuri nei confronti dei Cartaginesi⁸⁸. Il motivo per cui i Romani mantenevano il giuramento non era l'ira degli Dei ("*quae nulla est*"), bensì l'osservanza della buona fede e della giustizia⁸⁹. Il rispetto dei vinti e la lealtà verso gli alleati e persino i nemici fanno sì che l'egemonia romana sia più un *patrocinium* universale che un *imperium*⁹⁰. Tuttavia, il *De Republica* riportava estesamente, e con mirabile onestà, le critiche di Carneade e degli Scettici a questa descrizione propagandistica dell'imperialismo romano⁹¹. In occasione dell'ambasceria ateniese del 155 a.C., il fondatore della terza Accademia aveva criticato la teoria del diritto naturale e attaccato la spietatezza dell'imperialismo dei Romani, contestando la legittimità morale della loro egemonia. In *Rep.*, 3.20, Cicerone faceva parlare su questa linea anche il console Furio Filo, il quale argomentava che il rituale ipocrita dei Feziali era una copertura dell'avidità di conquiste e guadagni.

4. In un altro senso, che non esclude necessariamente l'idea di una fondazione giusnaturalistica del diritto, l'*ius gentium* è il complesso delle norme diffuse tra tutti i popoli civili. Gaio (1.1) afferma che ogni popolo dotato di un ordinamento giuridico fa uso di un diritto che è in parte esclusivamente suo ed in parte è comune a tutti gli

⁸⁰ Cic., *Off.*, 3.17.

⁸¹ Cic., *Off.*, 3.71: "*ius civile ductum a natura*". Nel *De Legibus* la posizione di Cicerone assume il carattere di un giusnaturalismo razionalistico. Cfr. Cic., *Leg.*, 1.6.18 s.; 1.28; 1.42; 1.16: la legge non è frutto dell'opinione, ma della natura; la conoscenza del diritto si ricava dall'analisi della natura umana. Nella *Rhetorica ad Herennium* (2.19), il fenomeno giuridico risulta articolato in sei *partes*: "*natura, lege, consuetudine, iudicatio, aequo et bono, pacto*".

⁸² D. 47.2.1.3 (Paul. 39 *ad ed.*).

⁸³ D. 1.1.4 (Ulp. 1 *inst.*).

⁸⁴ Cic., *Off.*, 3.6. Naturalmente questa giustizia non era egualitaria, ma consisteva nel dare a ciascuno in proporzione al suo valore. Cfr. Cic., *De inv.*, 2-53.160; *Off.*, 1.14.42.

⁸⁵ Cic., *Off.*, 1.35; 1.80.

⁸⁶ Cic., *Off.*, 1.34;

⁸⁷ Cic., *Off.*, 3.107.

⁸⁸ Cic., *Off.*, 1.39-40.

⁸⁹ Cic., *Off.*, 3.104.

⁹⁰ Cic., *Off.*, 1.11: "*in re publica maxime conservanda sunt iura belli*"; 2.27; 3.31. Cfr. Liv., 5.27: "*nobis cum Faliscis quae pacto sit humano societas non est: quam ingeneravit natura utrisque est eritque. sunt et belli, sicut pacis, iura, iusteque ea non minus quam fortiter didicimus gerere*".

⁹¹ Cic., *Rep.*, 3.8-11; 13-19; 23.24.

uomini, prodotto di una *naturalis ratio*⁹². La ragione naturale, in questo caso, non è il *Logos* degli Stoici, bensì la capacità di valutare la "natura delle cose"⁹³, basandosi sull'osservazione empirica della società e della natura. Questa sensibilità giuridica trova applicazione, ad esempio, quando il giudice è chiamato a decidere sulla base del buonsenso o di valutazioni al limite tra il diritto e la morale⁹⁴. Benché si possa rilevare empiricamente che le regole dell'*ius gentium* siano universalmente diffuse⁹⁵, l'ordinamento romano non vi si deve adeguare necessariamente. Infatti, un istituto fondamentale dell'*ius civile Romanorum* come la *patria potestas*, con la sua quasi inumana sottoposizione di figli e moglie al capofamiglia, è praticamente unico al mondo. Forse c'è qualcosa di simile in Galazia, ma Gaio non ne è sicuro (1.55). Ma sarebbe iniquo estendere tale istituto anche allo straniero che acquisisse il privilegio della cittadinanza romana, obbligando lui e tutta la famiglia a adeguarsi a un sistema di rapporti radicalmente diversi da quelli di origine⁹⁶. Una regola di *ius gentium* può, quindi, essere accolta dal diritto civile, derogata, abolita o ripristinata⁹⁷.

In un altro passaggio delle *Institutiones* (3.93), Gaio fa riferimento ad un'accezione diversa dello stesso sintagma: l'*ius gentium* è l'insieme delle norme che si applicano non esclusivamente ai cittadini romani, ma anche agli stranieri, come quelle sui contratti consensuali⁹⁸. Sono - come abbiamo visto - istituti nati nel contesto dell'*ius honorarium* repubblicano, in particolare dall'attività giurisdizionale del *praetor peregrinus*, a partire dal 242 a.C., e poi resi disponibili anche per i cittadini. Si tratta, quindi, di un settore dell'*ius civile*. Da questo punto di vista, poco importa che le norme di *ius gentium* abbiano effettivamente avuto origine dalla recezione di istituti stranieri o di una spontanea *lex mercatoria mediterranea*⁹⁹.

Al riguardo, Talamanca distingue tra un uso descrittivo del sintagma "*ius gentium*" ed uno dogmatico¹⁰⁰. Nel primo caso, s'intende quella parte del diritto romano che corrisponde a regole e costumi diffusi tra tutti i popoli civili; nel secondo, il settore del *ius civile* che si applica anche agli stranieri.

La posizione giusnaturalistica e quella positivista possono essere combinate, passando dalla dicotomia '*ius civile-ius gentium*' alla tricotomia '*ius civile-ius gentium-ius*'

⁹² M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien 1193, p. 98 ss.

⁹³ Per G. LOMBARDI, s.v. *Ius gentium*, in NNDI., 9 (1963), p. 381, la *naturalis ratio* è la "logica delle cose".

⁹⁴ Ad esempio, l'usufrutto di cose consumabili è impossibile perché vi si oppone la "natura delle cose": D. 7.5.2 (Gai 7 *ad ed. prov.*).

⁹⁵ Cfr. Gai 2.65, 2.66, 273.

⁹⁶ Cfr. F. P. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, p. 213 ss.

⁹⁷ Ad esempio, in base al SC. Claudiano del 52, una donna libera che avesse una relazione con un servo altrui, col consenso del padrone, rimaneva libera, però i suoi figli nascevano schiavi. Adriano, mosso dall'iniquità della cosa e dall'incoerenza della norma, ripristinò la regola di *ius gentium* per cui la donna libera partorisce un figlio libero. Cfr. Gai 1.8.

⁹⁸ Cfr. Gai 3.136; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, XII ed., Napoli 2001, p. 130. Però Gai 3.132 precisa: "*non proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur; quod genus obligationis iuris gentium est*". Lo straniero era tenuto al rimborso del mutuo non per diritto civile, cioè a causa della registrazione negli *arcaria nomina* del creditore, bensì *iure gentium*, in conseguenza della *numeratio pecuniae*. Questo farebbe pensare alla recezione di una consuetudine commerciale risalente.

⁹⁹ In D. 43.26.1.1 (Ulp. 1 *inst.*), il *precarium*, istituto romanissimo ed arcaico viene ricondotto, come *genus liberalitatis*, all'*ius gentium*. Cfr. M. TALAMANCA, "*Ius gentium*", cit., p. 203 s.

¹⁰⁰ M. TALAMANCA, "*Ius gentium*" da Adriano ai Severi, in E. DOVERE (a c. di), *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli 1998, p. 192 ss.,

naturale'. Si tratta di una teoria già utilizzata da Gellio¹⁰¹ e poi resa celebre dai giuristi dell'età dei Severi¹⁰². Secondo Ulpiano, il diritto privato "*tripertitum est: collectum etenim est naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*"¹⁰³. In questo contesto, all'*ius naturale* spetta la funzione di proporre dei modelli ideali, dei principi etici e giuridici sempre violati, eppure sempre validi. A differenza del diritto positivo, che si propone di realizzare il *bonum et aequum* solo nei limiti imposti dalle contingenze storiche, per *ius naturale* - dice Paolo - deve intendersi "*id quod semper aequum ac bonum est*"¹⁰⁴.

Come abbiamo detto, questo modello di giustizia oggettivo ed eterno era continuamente e sostanzialmente derogato dal diritto positivo: ad esempio, la guerra, e con essa la schiavitù, erano invenzioni umane diffuse in ogni tempo e paese. Pur essendo innaturale, la schiavitù era stata introdotta ovunque dall'*ius gentium* e adottata senza problemi dall'*ius civile Romanorum*¹⁰⁵. Tuttavia, il diritto naturale non operava solo come fonte d'ispirazione morale, ma fungeva anche da principio giuridico e criterio ermeneutico, in questo caso, ad esempio, sotto forma di *favor libertatis*¹⁰⁶.

La tricotomia contenuta nelle *Institutiones* di Ulpiano (D. 1.1.1.2-4) si rivelò perfettamente funzionale alla compilazione del *Corpus iuris*¹⁰⁷. Le *Institutiones* giustinianee ripresero con grande determinazione quest'impostazione giusnaturalistica, basata sulla convinzione che esistessero norme universali ed eterne ("*iura naturalia*"), prodotte e garantite da una "*divina quadam providentia*", cui si contrapponeva il diritto positivo e contingente (*iura civitatis*)¹⁰⁸. Risultava, infatti, facile sostituire, come autore del diritto naturale, il Dio cristiano al *Logos* degli Stoici, lasciando agli uomini l'invenzione dell'*ius gentium* e di quello *civile*.

¹⁰¹ Gell., *N.A.*, 6.3.45: "*ea...quae non iure naturae aut iure gentium fieri prohibentur, sed iure legum*". Gellio si sta riferendo a un'orazione di Catone. Cfr. J.-L. FERRARY, *Le droit naturel dans les exposés sur les parties du droit des traités de rhétorique*, in D. MANTOVANI - A. SCHIAVONE (cur.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, cit., p. 94 nt. 57.

¹⁰² Cfr. A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, p. 378 ss.

¹⁰³ D. 1.1.1.2 (Ulp. 1 *inst.*). Cfr. W: WALDSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto*, Padova 2002, p. 207 ss.

¹⁰⁴ D. 18.1.1.2 (Paul. 33 *ad ed.*); 1.1.11 (Paul. 14 *ad Sab.*). L'espressione figura già contrapposta allo stretto *ius* in Terenzio, ad esempio in Ter., *Haut.*, 642: "*qui neque ius neque bonum atque aequum sciunt*".

¹⁰⁵ Anche per Ermogeniano - in D. 1.1.5 (Hermog. 1 *iur. epit.*) - l'*ius gentium* ha introdotto la guerra, la divisione dei popoli, i regni, la proprietà privata. Cfr. R. ORTU, *Schiavi e mercanti di schiavi in Roma antica*, Torino 2012, p. 15 ss.

¹⁰⁶ D. 50.17.20 (Pomp. 7 *ad Sab.*): "*Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*". Cfr. IMBERT, *Favor libertatis*, in RDH 27 (1949), p. 244 ss.; G. GILIBERTI, *Cosmopolis. Politics and Law in the Cynical-Stoic Tradition*, Pesaro 2006, p. 111 ss.

¹⁰⁷ Anche lo "*ius animantium*" di Sen., *Ben.*, 1.18.2 potrebbe essere inteso come diritto naturale esteso alle specie animali. Cfr. in generale P. P. ONIDA, *Prospettive romanistiche del diritto naturale*, Napoli 2012.

¹⁰⁸ Inst. 1.2.11.

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Lanfranco Ferroni

Co-direttori: Giuseppe Giliberti, Luigi Mari, Lucio Monaco.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Franco Angeloni, Andrea Azzaro, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Francesco Paolo Casavola, Maria Grazia Coppetta, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Carla Faralli, Fatima Farina, Vincenzo Ferrari, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Guido Guidi, Realino Marra, Guido Maggioni, Paolo Morozzo Della Rocca, Paolo Pascucci, Paolo Polidori, Eduardo Rozo Acuña, Elisabetta Righini, Thomas Tassani, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Enrico Moroni, Massimo Rubechi.

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Alberto Clini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Alberto Fabbri, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Massimiliano Orazi, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore.

Cultura giuridica e diritto vivente è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
