

## IV. SPIGOLATURE ROMANISTICHE

1. «*Vol de nuit*». – Per i giuristi austeri l'espressione «vol de nuit» è univoca ed indica il furto commesso di notte. Ma vi sono anche gli anomali come me, ai quali è difficile non ricordare che il sintagma connota anche un celebre profumo di Guerlain ed ha stavolta un senso (di furto o di volo?) fascinosamente ambiguo. Ad ogni modo, acqua passata. L'aggravante del furto, «s'il a été commis de nuit», prevista sino al 1992 dal codice penale francese, è stata eliminata dalla riforma di quest'ultimo. Quanto al profumo, anch'esso è sparito da anni, non si sa bene perché. Fortuna che vi è sempre il «Numéro Cinq» di Chanel.

Ma fermiamoci al furto di notte. Al *Vol de nuit* ha dedicato un lungo ed elaborato articolo Soazik Kerneis in *RHD*. 1999, pp. 281 ss., sottotitolandolo, a scanso di equivoci, *L'abrogation de l'article 382-3 du Code pénal ou la fin d'un «document de droit primitif»*. Lettura interessante, se non fosse che l'autore, almeno a mio giudizio, enfatizza un po' troppo (adeguandosi ad una tendenza molto suggestiva, ma non altrettanto persuasiva, di certa giusromanistica francese) il senso misterico della notte che avrebbe presieduto alla formulazione del versetto decemvirale (XII tab. 8.12): «*si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto*» (testo desunto da Macrob. *saturn.* 1.4.19, in cui «*factum sit*» è qui emendato secondo il suggerimento del Cuiacio accolto da *FIRA*. 12.57 s.).

Come mai i *decemviri legibus scribundis* accordarono alla vittima di un'azione intesa al furto (o, come semplicisticamente si usa dire, al derubato) il diritto di uccidere il ladro (o presunto tale) colto sul fatto? Come mai questa reazione violenta nei secoli successivi fu variamente limitata e condizionata (in modi che qui non interessano) ma non fu mai abolita? E come mai sino ai nostri giorni (o quasi) è rimasta esplicita, in qualche codice penale, la «minorata difesa» (non più punita con la morte, per fortuna) implicata dalla notte?

Rispondere a queste domande ispirandosi alla fantasia che per i Romani, specie per quelli più antichi, durante la notte il diritto dorme, oppure che esso di notte non ce la fa a farsi valere, oppure che nelle ore notturne esso provvisoriamente abdica (sul che si è diffuso, peraltro in un bell'articolo, J. Charbonnier, *Nocturne*, che cito da *Mél. Lévy-Bruhl* [1959] 345 ss.), rispondere così, mi si consenta, è poesia, magari alata poesia, non prosa. La realtà quotidiana solitamente è prosa, e prosastica deve essere, sino ad evidenza contraria, la valutazione dello storico e del giurista. Sicché in ordine alla fattispecie del furto notturno io (come quelli che mi hanno autorevolmente preceduto) altro banalmente non vedo che l'incertezza, il timore, lo sconvolgimento tipici della città (o della campagna) che manca di illuminazione e che comunque riposa; quindi la particolare facilità di ricorrere, per difendersi da un pericolo di cui non si «vedono» esattamente le dimensioni, ad un'azione scomposta e talvolta spropositata, sopra tutto nella mancanza (quasi come al giorno d'oggi, guarda guarda) di un adeguato servizio di vigilanza notturna, cui in Roma si cominciò a pensare, e in termini molto approssimativi, solo dopo (parecchio dopo, direi) l'incendio gallico (e qui è doveroso rinviare, per ulteriori approfondimenti, all'eccellente monografia di C. Cascione sui *Tresviri capitales*, 1999). Posto che le *XII tabulae*, checché si opini intorno al loro carattere e al loro contenuto (faccio grazia al lettore di richiamare le mie tesi

personali in materia), furono strappate faticosamente dalla plebe al patriziato, e posto inoltre che il loro fine essenziale fu quello di realizzare un sufficiente livello di «certezza del diritto», ebbene è presumibilissimo, addirittura ovvio che nei confronti del furto, delitto tra i piú vecchi ed esecrati del mondo, esse si siano preoccupate di precisare che la reazione dei derubati (o sedicenti tali) potesse spingersi sino all'uccisione del ladro flagrante (o asserito tale) solo ed esclusivamente nei casi dell'azione delittuosa perpetrata (o tentata) di notte e di quella portata avanti, giorno o notte che fosse, con le armi in pugno o sfoderando le armi di fronte alla reazione della vittima.

Questo è tutto. Nessuno può o vuole contestare che in Roma, vi fossero riti religiosi notturni (come ve ne sono anche nelle religioni moderne) e che i funerali vi si svolgessero prevalentemente di notte (mentre nel mondo moderno sono notturne solo le veglie funerarie ed all'inumazione si procede, per ben note ragioni, amministrativistiche, prevalentemente di giorno). Nessuno può o vuole mettere in dubbio che i magistrati romani (come oggi, d'altronde) esercitassero normalmente durante le ore diurne i loro svariati uffici (cfr. Gell. 3.2.10), né che il tramonto del sole fosse la «*suprema tempestas*» dei processi (cfr. XII tab. 1.9). Ma fermiamoci qui. Non poniamoci il problema del perché le partite di calcio a Roma non si svolgessero di notte: problema, d'accordo, anacronistico, ma non meno di quanto lo era il filosofo Favorino (stando al famoso passo di Aulo Gellio 20.1) nel porsi ai tempi di Adriano (dunque, nel secondo secolo d. C.) certi quesiti in ordine ai tempi delle Dodici Tavole, (dunque, ai tempi di quattro o cinque secoli precedenti la nascita di Gesù Cristo).

E mi si conceda, visto che mi ci trovo, di compiere un piccolo «vol de nuit» (con «vol» inteso nel senso di volo) passando ad occuparmi di sfuggita di un'attività magistratuale romana che solitamente si ritiene ed assevera si svolgesse integralmente di notte. Mi farebbe gioco opporre alla teoria dell'abdicazione notturna del diritto il fatto che, viceversa, per nominare il magistrato supremo, quelle rarissime volte in cui non providero alla sua «*creatio*» i comizi centuriati (cfr. Liv. 22.8 e 22.31), il console, uno soltanto dei due consoli, «*oriens nocte silentio dicit dictatorem*», e ciò «*ut mos erat*» (sul punto: Mommsen, *Straatsr.* 2.1.151 ss., con indicazione delle fonti; da ultimo, L. Labruna, «*Adversus plebem*» *dictator*, in *Index* 15 [1987] 289 ss. = in id., *Nemici non piú cittadini* [1995] 71 ss.). Tuttavia sono il primo a gettare acqua sul fuoco di questo procedimento che si ritiene comunemente avesse a testimoni soltanto i pipistrelli. In primo luogo, il console non poteva prendere gli auspici se non fosse trascorsa la mezzanotte, cioè se non avesse avuto inizio il nuovo giorno; in secondo luogo, era ben difficile che gli *auspicia* impetrativa, per quanta fretta avesse il console, potessero sortire effetti concreti molto prima dell'alba, dal momento che, ove non intervenissero prodigiosamente «*caelestia auspicia*», per gli «*auspicia ex avibus*», per quelli «*ex quadrupedibus*» e per quelli «*ex tripudiis*» occorreva dar tempo agli animali interessati di svegliarsi ben bene senza troppo forzare le loro abitudini, le quali erano dettate (Galileo mi perdoni) dal movimento del sole. Dunque, sull'alzataccia di notte del console sí, d'accordo; ma sul compimento del rito necessariamente prima dell'alba, no; tanto meno sulla successiva immediata «*dictio*» del *magister equitum* da parte del *dictator* e sulla precipitosa convocazione dei comizi curiati (ridotti a trenta disponibili littori per una *lex de imperio* cumulativamente relativa al primo e al secondo. Si tratta di supposizioni rispettabili, ma solo di supposizioni.

Non voglio allungare un discorso divenuto ormai troppo lungo con ulteriori disquisizioni. Solo un suggerimento ai futuri studiosi della dittatura (istituto che, a

mio parere, merita tuttora altri approfondimenti). Sappiamo tutti che, nei tempi storici, la nomina del dittatore era deliberata, in pratica, dal senato e che i consoli vi si adeguavano quasi sempre senza batter ciglio. Sappiamo tutti che gli auspici non potevano essere assunti da entrambi i consoli in una sola volta, ma dovevano esser presi singolarmente dai magistrati. Ciò che si può supporre quanto alla *dictio* del dittatore da parte di uno solo dei consoli è: primo, che in antico al comando dell'*exercitus centuriatus*, composto da un'unica *legio*, vi fosse un console, uno soltanto (ma questo l'ho sostenuto io, in altre sedi, e può essere sbagliato); secondo, che quando le legioni dell'esercito divennero due e, per conseguenza, due divennero i consoli, il console che avesse deciso (assenziente o non assenziente il senato) di nominare il dittatore si precipitasse agli *auspicia* e alla *dictio* per evitare che l'altro, se presente in Roma, lo precedesse nello scegliere un altro dittatore oppure ne paralizzasse l'iniziativa mediante una tempestiva «*intercessio*» (atto «interruttivo» del procedimento, di cui vi è chi sostiene che nel caso del dittatore non fosse ammissibile, ma vorrei sapere perché). Tutto va pazientemente riesaminato, insomma, sotto il profilo della competizione dei consoli nella corsa al dittatore ed alla luce, aggiungo, dei non frequenti casi in cui il dittatore «*dictus*» da uno dei consoli fu sgradito a parte della popolazione (si trattasse di plebei o di patrizi, di popolari o di nobili) e fu, per coincidenza talora un po' strana, contestato sul piano religioso dagli auguri.

È un riesame, quello da me suggerito, che non mi risulta sia stato mai fatto. Ma il buon metodo esige che tutte le possibili ipotesi, siano, ad una ad una, diligentemente esaminate prima che si prescelga quella più attendibile. E spero di non scandalizzare nessuno (al di fuori di certi irriducibili bigotti, o tartufi, che in verità non fanno nessun onore alla nostra scienza), se mi richiamo, per finire, ad un profumo citato all'inizio di questa nota ed al metodo severo e concentrato con cui lo scelse la grande Coco Chanel: cosa che ho appreso dal libro delizioso di U. Munzi e D. Downie, *Un'altra Parigi* (Milano, 1995, pp. 39 ss.). Dunque, nel 1921 «Mademoiselle» si rivolse al grande esperto Ernest Beaux e gli disse: «Voglio un profumo di una regalità discreta che sintetizzi il mio stile e faccia come da alone ai miei abiti. Qualcosa di astratto, di unico». Beaux lavorò a lungo e preparò cinque miscele diverse. Seduta sul canapé del suo «atelier» al secondo piano di rue Cambon 31, Coco fiutò a lungo e ripetutamente le prime quattro fiale. Giunta alla quinta, la fiutò una volta sola ed esclamò semplicemente «Voilà». (Come chiamare il nuovo profumo? Tutti i poeti di Francia, vivi e morti, erano a disposizione per la difficile impresa. Ma Coco disse: «Per un profumo col mio nome non occorre altro. Basta il numero che contrassegnava la fiala». Fu così, amici giusromanisti, che venne «*dictus*» lo Chanel Numéro Cinq, il «*dictator perpetuus*» dei profumi nel mondo).

2. *Gli argomenti del giudice.* – Il giudice romano in affari civili, monocratico o collegiale che fosse, corredeva il «dispositivo» (il *iudicatum*) della sua *sententia* con un'adeguata «motivazione» (come meglio si dovrebbe dire, con un'adeguata «argomentazione»).

A questa domanda Matteo Marrone ha risposto, in un recente articolo (*Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mél. Cannata* [1999] 53 ss.), che quella di motivare le sentenze ha tutta l'aria di essere stata «una prassi costante» e che forse, «almeno da un certo momento» (periodo classico avanzato?), si trattò di «un vero e proprio obbligo giuridicamente qualificato (anche se, co-

