

LABEO RASSEGNA DI DIRITTO ROMANO

A CURA DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO DELL'UNIVERSITÀ DI NAPOLI

Comitato scientifico

FRANCO BONIFACIO FRANCESCO DE MARTINO ANTONIO GUARINO

4
Redazione

LUCIO BOVE MARIO BREONE FRANCO CASAVOLA GENNARO FRANCIOSI
GLORIA GALENO FRANCESCO GUIZZI LUIGI LABRUNA GENEROSO MELILLO

L A B E O

RASSEGNA DI DIRITTO ROMANO

PUNTI DI VISTA

DAL « REGNUM » ALLA « RESPUBLICA »

1. Il mio articolo sulla ⁴formazione della « *respublica* » romana [pubblicato in *RIDA*. I (1948) 95 ss.] ha coinciso con una fervida ripresa delle discussioni relative alla genesi degli ordinamenti repubblicani ¹. Una dotta e perspicace rassegna critica della letteratura dal 1940 sino a tutto il 1954 è stata pubblicata, in proposito, dallo Staveley ². Degni di particolare menzione, tra gli scritti ad essa successivi, quelli del Luzzatto ³, dell'Arangio-Ruiz ⁴ e del De Francisci ⁵.

2. E cominciamo con il constatare che, l'accettazione passiva del racconto tradizionale sulla « rivoluzione » del 510 a.C. è ormai estranea alla generalità della migliore dottrina. Anche alcuni recenti storici, per dir così, « generici », che quel racconto fondamentalmente accettano ⁶, opportunamente mitigano questa loro posizione, sottolineando che, comunque, la situazione successiva alla rivolta del 510 fu estremamente complessa, variabile e incerta.

Rigettare *in toto* la tradizione sarebbe, effettivamente, errato. Giustamente lo sottolineano, tra gli storici del diritto, il Siber ⁷, il De Martino ⁸, lo Staveley ⁹, l'Arangio-Ruiz ¹⁰, il De Francisci ¹¹. Vi sono dati del racconto tradizionale che, pur se sottoposti alla critica più corrosiva, svelano un innegabile fondo di verità: ad esempio, l'episodio di Lucrezia ¹².

¹ V. in particolare: GINTOWI, *Dictator romanus*, in *RIDA*. 2 (1948) 385 ss.; *Id.*, *Les successeurs des rois à Rome*, in *Atri Congr. Verona* 4 (1953) 45 ss.; MONIER, *A propos de quelques études sur les anciennes magistratures romaines*, in *Iura* 4 (1953) 90 ss.; DELL'ORO, *La formazione dello Stato patrizio-plebeo* (s.d., 1950); GROSSO, *Corso di st. del d. rom.* ³ (1955) 55 ss.; KUNKEL, *Bericht über neuere Arbeiten zur römischen Verfassungsgeschichte*, in *ZSS*. 72 (1955) 318 ss.; DE MARTINO, *Storia della costituzione romana* I (1951, ma rist. 1958). Da tener presente, inoltre: HANELL, *Das altrömische eponyme Amt* (1946), pubblicato precedentemente al mio articolo. ² STAVELEY, *The Constitution of the Roman Republic 1940-1954*, in *Historia* 5 (1956) 74 ss., con bibliografia a p. 120 ss. ³ LUZZATTO, *Appunti sulle dittature « imminuto iure »*. *Spunti critici e ricostruttivi*, in *St. De Francisci* 3 (1956) 405 ss. ⁴ ARANGIO-RUIZ, *Storia del d. rom.* ⁷ (1957), note aggiunte e, f (p. 407 ss.). ⁵ DE FRANCISCI, *Primordia civitatis* (1959) 735 ss. ⁶ Tra gli altri: PARIENI, *Le origini e il periodo regio. La repubblica fino alla conquista del primato in Italia* (1954) 117 ss.; PARETI, *Storia di Roma e del mondo romano* I (1952) 291 ss., 355 ss. ⁷ SIBER, *Römisches Verfassungsrecht* (1952) 32 ss. ⁸ DE MARTINO, cit. 175 ss. ⁹ Cit. 90 ss. ¹⁰ Cit. nt. e (p. 407). ¹¹ Cit. 760. ¹² Per

Ma, posto come punto fermo che la tradizione non può e non deve essere negletta ¹³, deve ribadirsi, a mio avviso, un punto altrettanto fermo: che il dato della subitanea surrogazione della magistratura suprema monarchica con altra magistratura suprema (quale che essa sia stata inizialmente) è un dato assolutamente inaccettabile.

Ciò che sfugge a qualche studioso del problema è, insomma, l'inconciliabilità dei concreti *vestigia regni* che ancora sussistono in epoca storica ¹⁴ con la tesi di una abolizione o di un declassamento *ex abrupto* del regime monarchico. Se è vero, come è stato finemente osservato ¹⁵, che nessuno pensa (e seriamente può pensare) ad un'« assemblea costituente », che abbia riformato nel 510 la forma di governo in Roma ¹⁶, deve essere altresì vero che la forma di governo romana rimase, anche dopo la cacciata dei Tarquinii, quella monarchica e che lentamente, assai lentamente, si verificò, per influsso di diversi fattori concorrenti, quello spostamento politico-costituzionale, che poté dirsi approssimativamente concluso nel 367 a.C.. La formazione della « *respublica* » romana non può essere semplicemente collocata sotto una data, quale che essa sia: essendo l'espressione di tutto un processo storico di evoluzione e di assestamento, essa deve essere rapportata al periodo ultrasecolare che va dall'espulsione della dinastia etrusca alle *leges Liciniae Sextiae*.

Al lume di questo canone fondamentale vanno valutate, a mio parere, le teorie ultimamente formulate in ordine al problema.

3. Da porsi in rilievo, innanzi tutto, è l'ulteriore cedimento della tesi, secondo cui il sistema consolare sarebbe seguito ad un sistema intermedio di collegialità imperfetta (*magister populi e magister equitum*) ¹⁷. Sebbene essa abbia incontrato le tardive adesioni del Pareti ¹⁸, del Grosso ¹⁹, del De Martino ²⁰ e del Kunkel ²¹, sta di fatto che critiche decisive le sono state mosse dallo Staveley ²², dal Coli ²³, dal Luzzatto ²⁴, dal De Francisci ²⁵. E sta di fatto che (cosa sovra ogni altra significativa) la tesi stessa è stata posta seriamente in dubbio da quegli che ne era stato il più ragionato fautore, l'Arangio-Ruiz ²⁶.

un punto particolare, cfr.: GUARINO, *Il « dossier » di Lucrezia*, in *Labeo* 5 (1959) 4 ss. ¹³ Cfr. in proposito quanto da me affermato in *Formazione*, n. 1. ¹⁴ Questa inconciliabilità è, per vero, fortemente attenuata dal BERNARDI, *L'interesse di Caligola per la successione del rex Nemorensis e l'arcaica regalità del Lazio*, in *Athenaeum* N.S. 31 (1953) 273 ss. Sia pure molto ipoteticamente, l'a. giunge alla conclusione che l'antico *rex*, pur essendo di fatto vitalizio, avrebbe avuto bisogno di una investitura annuale. ¹⁵ ARANGIO-RUIZ 409 (nt. ff). ¹⁶ Vi ha pensato, per verità, di recente, l'HANELL (nt. 1), che ha ravvisato nel collegio dei *decemviri* l'assemblea costituente della *respublica*. Ma la dimostrazione, fantasiosa e arbitraria, è stata facilmente ribattuta dallo STAVELEY (nt. 2) 90 ss., e dal DE FRANCISCI (nt. 5) 750 ss. ¹⁷ Cfr. *Formazione*, n. 4. ¹⁸ Cit. I. 362 ss. ¹⁹ Cit. 64 ss. ²⁰ Cit. I. 196 ss. ²¹ Cit. 324 ss. ²² Cit. 94 ss. ²³ COLI, *Tribù e centurie dell'antica repubblica romana*, in *SDHI*. 21 (1955) 185 s. ²⁴ Cit. 429 ss. ²⁵ Cit. 748 ss. ²⁶ Cit. 407 ss. (nt. f) e specialm. 409. ²⁷ Particolarmente accu-

Senza indugiarmi sui nuovi argomenti critici che sono stati adottati contro la teoria « dittatoriale »²⁷, tengo, tuttavia, a fare una precisazione, che vale nel contempo come chiarimento del mio pensiero sul tema. Allorché io ho detto, nel mio precedente articolo²⁸, che il *magister populi* deriva addirittura dal periodo monarchico (e più precisamente, dalla fase etrusca di esso), non ho voluto dire che sin da allora si facesse ricorso all'istituto del *dictator optimo iure*, ma ho voluto soltanto rilevare che *magister populi* era per l'appunto il *rex* e che i poteri dei *dictatores* dell'epoca storica erano sostanzialmente corrispondenti a quelli degli antichi *reges*²⁹. « *Magister populi* » e « *dictator* » non sono propriamente sinonimi: la prima locuzione ha significato generico di « capo supremo », la seconda ha significato specifico di « incaricato, per un certo tempo, di compiere un certo affare con pieni poteri »³⁰. Pertanto, mentre pare da escludere che il reggimento della cosa pubblica possa mai essere stato, salvo che in casi eccezionali, nelle mani di *dictatores*, sembra ovvio, invece, che sin che il *rex* contò qualcosa nello Stato romano, egli ne fu, almeno formalmente, il capo supremo, cioè il *magister populi*.

La storia della formazione della *respublica*, in altri termini, può definirsi, dal punto di vista dei poteri supremi, come la storia della progressiva decadenza del « *rex-magister populi* » e del progressivo affermarsi, in suo luogo, della magistratura dei « *praetores-consules* ». L'istituto del « *dictator-magister populi* », pur essendosi affermato coevamente, non ha nulla a che vedere con questo sviluppo.

4. Posto da parte il *dictator*, è da vedere quando, come e perchè sia sorto il collegio dei due *praetores-consules*³¹.

Io ho pensato, nel mio studio sulla formazione della *respublica* romana, ad un unico *praetor* originario, ausiliario del *rex* nel comando dell'unica *legio* dell'esercito: i *praetores* sarebbero divenuti due in dipendenza

rata e persuasiva la argomentazione esposta, nel suo articolo, dal Luzzatto.

²⁷ Cfr. in particolare n. 6 sub B. ²⁸ Sembra attribuirmi una piena identificazione del *dictator* col *magister populi*, e la assegnazione di questo istituto al periodo monarchico, l'ARANGIO-RUIZ, 408 (nt. f). Lo STAVELEY, 95 nt. 100, si rende conto della differenza che io traccio, ma si limita a ribattere che « *magister populi* » fu un termine alternativo, « though perhaps earlier », di « *dictator* ». Sul termine « *magister populi* » applicato al *dictator*, cfr.: LUZZATTO, 432 nt. 2: nessuna fonte ci dice, per quanto io sappia, che « *magister populi* » indicasse necessariamente il solo *dictator*. ²⁹ Cfr. in proposito: LUZZATTO, 405 ss., che convincentemente dimostra la fondamentale identità strutturale di tutti i *dictatores*, sia *optima lege* che *imminuto iure*. Ma non sempre i « pieni poteri » del *dictator* ne facevano un *magister populi*, perchè occorreva che la pienezza dei poteri fosse messa in relazione con l'incarico di assumere il supremo reggimento della repubblica, nel qual caso si parlava di *dictator optima lege creatus*. Cfr. Fest. (p. 186) sv. « *optima lex* »: *Optima lex... in magistro populi faciundo, qui vulgo dictator appellatur, quia plenisimum ius eius esse significabatur...* ³¹ Dò per scontata, in amore di brevità, la inaccettabilità della tesi dei tre *praetores*, ultimamente difesa dal

dello sdoppiamento dell'esercito in due *legiones* e questo sdoppiamento sarebbe avvenuto intorno al 405 a.C. Diversamente da me, si è affermato da alcuni autori successivi: a) che la collegialità uguale nel comando è idea tipicamente romana, conciliabile anche con una *legio* unica da comandare; b) che il collegio dei *praetores-consules* risulta esistente, per indizi di un certo valore, sin dagli ultimi anni del sec. VII o dai primissimi del sec. VI a.C., quando ancora la *legio* era unica; c) che la duplicazione dei quadri della *legio*, se pur non è da riportarsi a Servio Tullio, deve essere riferita agli albori del sec. VI a.C. Tutte queste ragioni indurrebbero a ritenere l'istituto dei *praetores-consules* di data antichissima: l'evoluzione costituzionale sarebbe consistita nel progressivo surrogarsi di esso a quello del *rex*; la surrogazione, anzi, si sarebbe verificata in epoca assai vicina al 510 a.C.

Ora, io premetto che la « evoluzione » costituzionale romana, quando sia rappresentata a questo modo e ristretta entro così angusti limiti di tempo³², finisce per coincidere, in buona sostanza, col racconto tradizionale del rovesciamento « rivoluzionario » (sia pure attuato in due o tre lustri) della monarchia. Ma con ciò devono essere applicate ad essa, *mutatis mutandis*, le stesse obiezioni di fondo che giustamente si oppongono alla tesi rivoluzionaria³³. Come è possibile che, in pochissimi anni, l'istituto del *rex* sia tanto radicalmente decaduto?

Comunque, tralasciando per il momento questo punto fondamentale³⁴, vediamo più da vicino gli argomenti dianzi accennati.

A) Il Frezza³⁵, approvato dal Coli³⁶ e, a quanto sembra, dallo stesso Arangio-Ruiz³⁷, pone in rilievo che il ricorso alla collegialità uguale per l'amministrazione pubblica e privata è idea tipicamente romana, di età antichissima, come è dimostrato dall'istituto del *consortium ercto non cito*. Giustissimo. Ma ciò nè vale a svalutare la tesi della collegialità disuguale³⁸, nè vale a conferire grado di probabilità alla tesi della originarietà del collegio consolare³⁹. A questi scopi occorrerebbe poter dimostrare, il che è impossibile, che i Romani considerarono, *ab antiquo*, « normale » l'amministrazione collegiale e « anormale » quella monocratica: il che è ampiamente smentito, nel campo del diritto pubblico⁴⁰, dall'istituto del *rex*, che era uno solo, e dallo stesso istituto del *dictator*, al quale i Romani non a-

HANELL: v. *retro* nt. 16. ³² Oltre che basata sull'accettazione della leggenda per quanto riguarda la « rivoluzione » antietrusca: v. *retro* n. 2. ³³ V. *retro* n. 2. ³⁴ V. *infra* sub C. ³⁵ FREZZA, *L'istituzione della collegialità in diritto romano*, in St. Solazzi (1948) 507 ss.; Id., *Storia del d. rom.* (1954) 71 ss. ³⁶ Cit. (nt. 23) 185 s. ³⁷ Cit. 409. ³⁸ Come sembra pensare l'ARANGIO-RUIZ, 409, là dove afferma che, « una volta assunto dai romani il criterio del collegio », non sarebbe più da ritenere « conciliabile col loro genio una *impar potestas* ». ³⁹ Come sostiene lo stesso FREZZA, negli scritti cit. (nt. 35). ⁴⁰ Per quanto concerne il *ius privatum*, basti ricordare l'istituto del *mancipium*, potere individuale del *pater* e non collettivo della *familia*, e basti ricordare altresì che il *consortium*, se si formava *ipso iure* alla morte del padre e pur se non era solitamente diviso, era tuttavia divisibile.

vrebbero neppure pensato, se fossero veramente stati tanto riluttanti dal concetto di amministrazione monocratica⁴¹. La verità è invece che i Romani, non diversamente da chicchessia, mentre considerarono naturale che un potere unitario fosse esercitato da un unico titolare, non ebbero, tuttavia, alcun ritegno a che il potere unico potesse essere esercitato, da due o più titolari concorrenti, su un piede di parità. Il che, peraltro, porta a concludere che nulla osta a che, sopra tutto in presenza di un'unica *legio*, il *praetor* fosse originariamente unico⁴².

B) Indizi di una esistenza dei *praetores-consules* già sullo scorcio dell'età tradizionalmente monarchica sono stati raccolti dal Bernardi⁴³ e dal Voci⁴⁴, apprezzati (sopra tutto il primo) dallo Staveley⁴⁵ e seguiti sostanzialmente dal De Francisci⁴⁶. Ma si tratta di indizi, a mio avviso, estremamente labili. Dionisio⁴⁷ (primo indizio) parla di due sottocomandanti, Tito Erminio e Marco Orazio, cui furono affidate le truppe romane durante l'assedio di Ardea, e questi due figurano proprio tra i consoli dei primi anni della repubblica⁴⁸: ma è da vedere se due *ὑπαρχοί* siano da identificare con due *praetores*, piuttosto che con due *tribuni*⁴⁹; è da discutere se la coppia consolare indicata dai *Fasti* sia attendibile⁵⁰; ed è da porsi il problema se sia attendibile, e non derivata dalla falsificazione dei *Fasti* o da altro, la stessa notizia di Dionisio⁵¹. Livio⁵² (secondo indizio), nel dire che i due primi consoli della repubblica, Bruto e Collatino, furono creati sulla base di votazione comiziale, dichiara desunta la notizia « *ex commentariis Servi Tulli* », cioè da un testo autorevole di indubbia antichità, il cui peso non potrebbe essere facilmente trascurato⁵³: ma è da vedere se la notizia non costituisca una anticipazione storica⁵⁴, come afferma, del resto, anche chi della attendibilità dei *commentarii Servi Tulli* fa, per altri versi, gran

⁴¹ Se anche per l'unicità del *dictator optima lege* può invocarsi lo stato di necessità, la « *salus reipublicae suprema lex* », che imponeva lo strappo al presunto principio fondamentale di collegialità, nulla varrebbe a giustificare il carattere monocratico dei *dictatores imminuto iure*.⁴² Senza contare che, se fosse valido il principio sostenuto dal Frezza, lo sdoppiamento del comando militare, in concomitanza con la duplicazione della *legio*, avrebbe dovuto implicare la formazione di due collegi di *praetores* comandanti.⁴³ BERNARDI, *Dagli ausiliari del « rex » ai magistrati della repubblica*, in *Athenaenaeum* N.S. 30 (1952) 24 ss.⁴⁴ VOCI, *Per la definizione dell'« imperium »*, in *St. Albertario* (1953) 2. 84 ss.⁴⁵ Cit. 92 ss.⁴⁶ Cit. 761 ss.⁴⁷ Dion. 4.85.3: *οὐ καταρριφθέντες ὑπὸ τοῦ βασιλέως ὑπαρχοὶ Τίτος Ἐρμίνιος καὶ Μάρκος Ὀράτιος...*⁴⁸ Cfr. BERNARDI cit.; DE FRANCISCI 761 s.⁴⁹ Oltre tutto, la parola « *ὑπαρχοί* » manca in taluni manoscritti: cfr. DE FRANCISCI 761 nt. 69.⁵⁰ Cfr. *Formazione*, n. 3.⁵¹ E' appena il caso di ricordare che Dionisio ripete la sua narrazione dalla tradizione annalistica (Fabio Pittore?).⁵² Liv. I.60.4: *duo consules inde comitiis centuriatis a praefecto urbi ex commentariis Servi Tulli creati sunt L. Iunius Brutus et L. Tarquinius Collatinus*.

⁵³ Voci cit. (nt. 44); DE FRANCISCI 762 ss. e nt. 104, che contrasta la tesi che inizialmente i *consules* avessero il nome (e le funzioni) di *iudices* (v. anche STAVELEY 93 s., LUZZATTO 455 ss.).⁵⁴ Così, decisamente, da ultimo, il COLI,

caso⁵⁵. Lo sdoppiamento dell'esercito oplitico in due metà, che rese necessaria la duplicità dei *praetores*, andrebbe ricollegato (terzo indizio) alla creazione delle due centurie dei *fabri* (*ignarii e aerarii*) e delle due centurie della fanfara (*tibicines e cornicines*), e questa creazione avvenne a sua volta in epoca assai risalente⁵⁶: ma si tratta di una ipotesi tanto ardita, che lo stesso suo formulatore⁵⁷ mostra di non avervi, ben a ragione⁵⁸, eccessiva fiducia⁵⁹.

C) Che lo sdoppiamento della *legio* dell'esercito in due distinte e autonome *legiones* sia avvenuto intorno ai primi anni del sec. V a.C. è stato sostenuto a titolo di ipotesi preferenziale dal Fraccaro⁶⁰ e dal Last⁶¹, mentre è stato ripetuto con maggior decisione dal Luzzatto⁶² e dal De Francisci⁶³. A prescindere da argomenti di minor valore⁶⁴, si è detto che lo sdoppiamento evidentemente dipese dalla necessità per Roma di battersi su due fronti, il che certamente si verificò ai tempi dell'impresa di Veio (405-396 a.C.)⁶⁵, ma probabilmente si manifestò assai prima⁶⁶. Senonché, pur accettando come termine ultimo della riforma la data del 405, che è poi quella in cui il numero dei *tribuni militum consulari potestate* si stabilizza su sei (in luogo di tre), non può tacersi che è scarsamente credibile che i Romani, così poco inclini alle improvvise riforme, si siano decisi allo sdoppiamento sin dalle prime sporadiche avvisaglie delle nuove necessità: tutto induce a presumere, invece, che vi sia stata una fase di alcuni decenni, nel corso della quale si ricorse ad accorgimenti col sistema del caso per caso, dall'espedito della bipartizione della *legio* in due tronchi a quello della creazione di distaccamenti speciali⁶⁷. La data del 405, che coincide con l'inizio dell'assedio di Veio e con l'istituzione dell'*aes militare*, si presenta, insomma, sempre come quella più probabile della riforma organica⁶⁸.

186, che parla di una « anticipazione scoperta ». ⁵⁵ Cfr. COLI 188 ss., che argomenta dai *commentarii Servi Tulli* la originaria struttura dei *comitia centuriata*. ⁵⁶ Unitamente però alla creazione della centuria degli *accensi velati*. ⁵⁷ Cfr. BERNARDI cit. ⁵⁸ Non riesco infatti a vedere che rapporto possa esservi tra la bipartizione della *legio* (o il raddoppiamento delle *legiones*) e queste quattro centurie. Passi, se si fosse trattato di due centurie (*tibicines* e due di *cornicines*): si sarebbe dovuto presumere l'assegnazione di una delle due centurie di ciascuna specialità a ciascun corpo di esercito. Si tratta, invece, di quattro centurie dispartite. ⁵⁹ Cfr. anche STAVELEY 93. ⁶⁰ FRACCARO, *La storia dell'antichissimo esercito romano e l'età dell'ordinamento centuriato*, in *Atti II Congr. St. romani* (1930) 3. 91 ss. ⁶¹ LAST, *The Servian Reforms*, in *JRS*. 1945, 30 s. ⁶² LUZZATTO 434 nt. 2. Da notare che il Luzzatto non crede, comunque, che l'origine della collegialità consolare sia da riconnettere alla duplicazione della *legio*. ⁶³ DE FRANCISCI 766 ss. ⁶⁴ V., in particolare, DE FRANCISCI 765, che segnala la particolare attendibilità dei *Fasti* a partire dal 507. ⁶⁵ Cfr.: FRACCARO (nt. 60) 96; DE FRANCISCI 761. ⁶⁶ Così: DE FRANCISCI 765. ⁶⁷ Ciò spiegherebbe il numero variabile dei *tribuni militum consulari potestate* anteriormente al 405. ⁶⁸ Così, giustamente, anche COLI cit. 194. ⁶⁹ Sulle

5. Dopo aver confermato il punto relativo alla duplicazione della *legio* (dalla quale sarebbe derivata la duplicazione dei *praetores*), resta che ci si occupi dei *comitia centuriata*, o meglio del limitato problema della loro trasformazione in assemblea deliberante⁶⁹.

La mia tesi, secondo cui i *comitia centuriata* acquistarono carattere di istituto giuridico-costituzionale (da istituto politicamente influentissimo che già erano) solo in virtù del compromesso del 367 a.C. (*leges Liciniae Sextiae*), è stata osteggiata, particolarmente, dallo Staveley e dal De Francisci. Il primo⁷⁰ ha respinto i miei argomenti con dei veri *finis de non recevoir*, sui quali non è il caso di indugiarsi⁷¹; il secondo⁷² ha cercato di dimostrare che furono proprio le *XII tabulae* ad operare, in sede di riforma costituzionale, la trasformazione⁷³.

In particolare, il De Francisci mi dà ragione nel ritenere che i *concilia plebis* debbano essere stati istituiti prima dei *comitia deliberanti* patrizio-plebei⁷⁴, conviene con me nella tesi che le *XII tabulae* (e a maggior ragione le *leges* anteriori) furono leggi unilateralmente *laetae* dai magistrati al *populus* (e non *rogatae* allo stesso)⁷⁵, ma, a parte alcuni argomenti di contorno⁷⁶, batte sui non pochi testi che effettivamente attribuiscono alle *XII tabulae* riferimenti all'autorità suprema del *comitatus maximus*: donde l'ipotesi che l'attribuzione di poteri deliberanti ai *comitia centuriata* sia stata fatta dai *decemviri*⁷⁷. Ma è concepibile che una riforma di tanta importanza, se realmente fu attuata dai *decemviri legibus scribundis*, sia stata passata assolutamente sotto silenzio dagli scrittori posteriori⁷⁸? E' compatibile una riforma siffatta col divieto di *connubium* fra patrizi e plebei, attribuito dagli stessi scrittori posteriori proprio alle *XII tabulae*⁷⁹? E' ammis-

origini e sulla evoluzione dell'ordinamento centuriato, cfr. STAVELEY 75 ss., 112 ss., nonché, da ultimo, COLI (nt. 23) 181 ss. ⁷⁰ STAVELEY 81 ss. ⁷¹ LO STAVELEY, cit., giura sulla testimonianza delle XII tavole; contesta che i *plebei*, pur se fossero stati la maggioranza dei *comitia centuriata*, potessero riuscire a tener testa nelle votazioni alla prepotenza patrizia; dubita che la prima classe dell'ordinamento centuriato accogliesse nel suo seno i *plebei*; reputa addirittura decisivo contro la mia tesi il fatto che, pur dopo il 367 a.C., furono per molti anni elette coppie consolari esclusivamente patrizie. Delle *XII tabulae* mi occupo nel testo. Degli argomenti, l'unico che abbia una parvenza di ragionevolezza è l'ultimo, ma l'ho già preso in considerazione nell'ultimo paragrafo (n. 6) del mio precedente scritto: ragion per cui preferisco non ripetermi. ⁷² DE FRANCISCI, *Per la storia dei « comitia centuriata »*, in *St. Arancio-Ruiz* (1953) I. I. ss. ⁷³ Il COLI (nt. 23), 186 s., risale ipoteticamente al 459 a.C., anno cui la tradizione assegna l'ultimo censimento fatto dai consoli e che può essere stato, secondo lui, l'anno del censimento più antico. Si badi, peraltro, che secondo il Coli l'ordinamento centuriato fu sin da principio, nello stesso tempo, esercito e assemblea: cfr. p. 190 s. ⁷⁴ Cfr. DE FRANCISCI (nt. 72) 11 ss. ⁷⁵ Cfr. DE FRANCISCI (nt. 72) 17 s. Cfr., per il mio pensiero: GUARINO, *L'ordinamento giur. romano* (1^a ediz., 1949) 131 ss. ⁷⁶ Cit. 14 s. ⁷⁷ Cit. 30 ss. ⁷⁸ In particolare, da Cicerone che cita le *XII tabulae*, sia pure non sempre a proposito, ad ogni pie' sospinto, vantandosi di conoscerle a menadito? ⁷⁹ Cfr. Liv. 4.1; Cic. *de rep.* 2.37.63. ⁸⁰ Cfr. Liv.

sibile che, riconosciuto di fresco il potere deliberante dei *comitia patrizio-plebei*, la *plebs* abbia dovuto far ricorso, nel 445 a.C., ad un *plebiscitum* per l'abolizione del divieto di *connubium*⁸⁰? E' plausibile che le *leges XII tabularum* non siano state le prime ad essere approvate (e il De Francisci appunto riconosce che non lo furono) dal *comitatus maximus*? E' supponibile che, dopo un successo di tanta portata, quale il riconoscimento dei *comitia* come organo costituzionale, la *plebs* abbia dovuto attendere ancora ottanta anni per l'ammissione, almeno in linea di principio, alle magistrature?

Tutti questi interrogativi mi portano a dubitare assai fortemente della validità della ipotesi del De Francisci. Nè, per la verità, possono impressionare i testi da lui citati (tutti, del resto, ben noti), come passo succintamente a dimostrare.

Cic. *de leg.* 3.19.44:

Tum leges praeclarissimae de duodecim tabulis translatae duae, quarum altera privilegia tollit, altera de capite civis rogari nisi maximo comitatu velat... In privatos homines leges ferri noluerunt, id est enim privilegium, quo quid est iniustus, cum legis haec vis sit: scitum et iussum in omnes? Ferri de singulis nisi centuriatis comitiis noluerunt: descriptus enim populus censu, ordinibus, aetatibus plus adhibet ad suffragium consiliis, quam fusa in tribus convocatus.

La notizia circa queste due disposizioni delle *XII tabulae* è ripetuta anche altrove da Cicerone⁸¹, il quale precisa che si tratta di norme già poste dalle *leges sacrae*:

Cic. *pro Sext.* 30.65:

*Cum et sacrae legibus et XII tabulis sanctum esset, ut neque privilegium inrogari liceret, neque de capite nisi comitiis centuriatis rogari*⁸².

Contro la mia negazione di ogni valore storico delle notizie ciceroniane, e contro la conseguente negazione della genuinità delle due asserite norme decemvirali⁸³, il De Francisci⁸⁴, oppone, principalmente: che l'antichità delle due disposizioni è confermata dal riferimento alle *leges sacrae*, certamente anteriori a quelle decemvirali; che Festo⁸⁵ distingue tra *rogationes*, norme a carattere speciale, e *leges*, norme a carattere generale⁸⁶, collimando con la terminologia adombrata da Cicerone (« *inrogando* ») ed autorizzando addirittura la presunzione che, prima delle *XII tabulae*, le *leges*

4.1-6. Per la mia interpretazione della *lex Canuleia*, cfr. *Ordinamento*³ 106 s. ⁸¹ Cfr. Cic. *de leg.* 3.4.11; *de rep.* 2.36.61. ⁸² Cfr. anche Cic. *pro domo* 17.43. ⁸³ Cfr. GUARINO, *Ordinamento*¹ 163 (= 3^a ediz., 108 s.). ⁸⁴ DE FRANCISCI (nt. 72) 19 ss. ⁸⁵ Fest. sv. « *rogatio* » (L. 326): *Rogatio est, cum populus consulitur de uno pluribusve hominibus, quod non ad omnis pertineat, et de una pluribusve rebus, de quibus non omnibus sancitur. Nam quod in omnis homines resve populus scivit, lex appellatur.* ⁸⁶ Ma v. la ben diversa, ed esatta, distinzione di Elio Gallo, citato da Festo: *Rogatio est genus legis: quae lex non continuo rogatio est, rogatio non potest non esse lex, si*

generali erano solo *latae*, cioè non sottoposte all'approvazione dei *comitia*, ma i *privilegia* erano rogati, cioè sottoposti a votazione⁸⁷; che il divieto di *rogari de capite civis* « nisi maximo comitiatu »⁸⁸ non può alludere alla *provocatio ad populum*, che non era stata ancora introdotta⁸⁹, ma era « un segno della reazione contro le pretese dei tribuni di portare le accuse capitali davanti ai *concilia plebis* »⁹⁰. Ma è facile replicare: che proprio il riferimento delle due norme in discussione alle *leges sacrae*, anteriori alle *XII tabulae*, toglie credito alla tesi che *privilegia* e giudizi capitali siano stati resi dai *decemviri* oggetto di poteri deliberanti dei *comitia centuriata*⁹¹; che Festo incorre in un grossolano « *qui pro quo* » relativamente alle *rogationes*⁹²; che, volendo ammettere l'identità dei *privilegia* con le *rogationes* e l'antiorità di queste alle leggi decemvirali, le *XII tabulae*, vietando le *rogationes* (di *privilegia*), non creano un potere deliberante dei *comitia centuriata*, ma vietarono che questo potere già esistente fosse esplicito⁹³; che il divieto di *rogari de capite civis*, se non si riferiva alla *provocatio*, si risolveva in un divieto di natura puramente politica⁹⁴,

modo iustis comitiis rogata est. ⁸⁷ DE FRANCISCI (nt. 72) 22: « in base ai passi di Festo, si può anche affermare che alla *rogatio* (la quale non era ignota rispetto ai *comitia curiata* come rivela l'*adrogatio*) si ricorresse, in un periodo antichissimo, proprio nel caso dei *privilegia*, mentre per le *leges* (generalmente) si praticava la semplice comunicazione ai *comitia* ». ⁸⁸ Per la identificazione del *comitiatus maximus* con i *comitia centuriata*, v. DE FRANCISCI (nt. 72) 23 ss. e citazioni ivi. ⁸⁹ Questo era appunto l'argomento in base a cui io (nt. 83) negavo e nego l'autenticità della norma. ⁹⁰ Cfr. DE FRANCISCI (nt. 72) 22 s.: « la legge stabiliva cioè che (all'infuori, beninteso, dei casi in cui il magistrato credesse di poter procedere in forza della sua *coercitio*) i processi con proposta di pena capitale, sia contro i patrizi sia contro i plebei, dovessero portarsi davanti al *comitiatus maximus* ». ⁹¹ O i *privilegia* e i giudizi capitali erano materia di votazione già da prima delle *XII tabulae* (ma allora cade la tesi del De Francisci sulla innovazione apportata da queste ultime in ordine ai *comitia centuriata*), oppure le attestazioni di Cicerone sono poco esatte. ⁹² *Qui pro quo* originato, probabilmente, proprio da fantasie suscitate dall'uso di « *inrogare* » nel detto tradizionale (« *privilegia* ne *inrogant* ») relativo ai *privilegia*. D'altro canto, Cic. *de leg.* 3. 19.44 (cfr. *pro Sext.* 30.65) usa il verbo « *rogare* » anche in relazione alle delibere relative ai giudizi capitali: il che indebolisce la tesi di un significato particolare di quel verbo anteriormente alle *XII tabulae*. Il De FRANCISCI, (nt. 72) 22 nt. 66, sfugge a quest'ultima difficoltà, sostenendo che il « *rogare* » è stato posto in luogo del « *ferre* » da Cicerone (« al tempo di Cicerone il *ferre* era sempre un *rogare* »): ma se si ammette che Cicerone ha introdotto la locuzione « *rogare* », deve pure ammettersi che egli abbia potuto introdurre la stessa locuzione in materia di *privilegia*. ⁹³ Senonchè, come è ovvio, ciò contrasta con la tesi sostenuta dal De Francisci. ⁹⁴ Così ARANGIO-RUIZ (nt. 4) 79 s. e 80 nt. 1, secondo cui: « è probabile che, anteriormente al 300 a.C. (*lex Valeria de provocazione*), i magistrati prima di mettere a morte un cittadino chiedessero « il conforto dell'assemblea »; ed è probabile, altresì, che la norma decemvirale non abbia voluto escludere il potere del magistrato di condannare a morte il cittadino, ma abbia voluto invitare a portare le accuse di carattere politico

che non aveva nulla a che vedere con l'esercizio di poteri deliberanti da parte dei *comitia centuriata*⁹⁵.

Altro passo, di cui il De Francisci fa gran caso è:

Liv. 7.17.12:

In secundo interregno orta contentio est, quod duo patricii consules creabantur: intercedentibusque tribumis interrex Fabius aiebat: in XII tabulis legem esse, ut quodcumque postremo populus iussisset, id ius ratumque esset.

A parte ogni altra considerazione, io ho sostenuto l'anticipazione storica in base al fatto che prima del 339 a.C. le decisioni del popolo non erano definitive, essendo necessaria la successiva *auctoritas patrum*⁹⁶. Il De Francisci⁹⁷ obietta che, essendo per i loro tempi del tutto ovvio il requisito dell'*auctoritas*, i decemviri vollero limitarsi « a fissare un principio riguardante il valore della deliberazione popolare rispetto alle norme presistenti », ma non so quanto questo ragionamento si adatti ai *decemviri legibus scribundis* piuttosto che all'*interrex* Fabio, che indubbiamente lo faceva.

Per concludere, la teoria delle *leges XII tabularum* creatrici del potere deliberante dei *comitia centuriata* non sembra affatto robusta⁹⁸. L'ipotesi da me avanzata rimane, dunque, se non erro, plausibile. E personalmente continuo, oggi come oggi, a non saperne vedere altra migliore.

ANTONIO GUARINO

*
* *

STUDIO COMPARATO E STUDIO STORICO DEL DIRITTO

I. Il tema dei rapporti fra studio comparato e studio storico del diritto è già stato oggetto di approfondimento, dibattito, scritti¹. Può essere, però, considerato oggi da un « punto di vista » diverso, rettificato realisti-

davanti ai *comitia centuriata*. La sorte del cittadino non dipendeva, dunque, dal voto dei *comitia*, ma solo dall'*imperium* del magistrato, sia pur sostenuto dall'adesione, in sede politica, dell'assemblea. ⁹⁵ Non mi riesce di capire se ciò collimi o meno con quanto afferma ad un certo punto il De FRANCISCI, 23: « siamo quindi sul terreno della *iudicatio*, non su quello della *provocatio* ». ⁹⁶ *Ordinamento*³ 108. ⁹⁷ DE FRANCISCI (nt. 72) 22 ss. ⁹⁸ Insisto, anzi, nel negare che le *XII tabulae* si siano addirittura occupate di argomenti di diritto pubblico: cfr. *Ordinamento*³ 107 ss.

¹ Gli scritti, numerosi, a volte tecnici ed acuti, il più diletteantistici, sono indicati in GUTTERIDGE H. C., *Le droit comparé. Introduction* ecc. (trad. dall'ingl. a cura di R. DAVID) (Paris 1953), 17 ss., 48 ss.; DAVID R., *Tratado de derecho civil comparado. Introduction* ecc. (trad. dal franc. a cura di J. OSSET) (Madrid 1953), 181 ss.; DE SOLA CAÑIZARES F., *Iniciación al derecho comparado* (Barcelona 1954), 116 s. Cfr., soprattutto, KOSCHAKER P., *L'histoire de droit et le droit comparé, surtout en Allemagne, in Recueil Lambert* 1