

bibl.; *Spartaco. Analisi di un mito* (Napoli 1979), con bibl.; *Gli aspetti costituzionali del principato*, in *ANRW*. II/13 (Berlin-New York 1980) 3 ss., con bibl. (riprodotto in *Pagine di diritto romano III* cit. 464 ss.); *Stato romano (Storia delle strutture costituzionali)*, in *Digesto: discipline pubblicistiche* 1/5 (Torino 1999) 81 ss.; *Il secolo breve della giusromanistica contemporanea*, in *Seminarios Complutenses* 8-10 (1997-98) 35 ss.

Il mio articolo intitolato *Il passato è un paese straniero* (1994) è stato ripubblicato in *Altre pagine di diritto romano* (2006) 322 ss.

L'articolo di E. GABBA (n. 3) è stato pubblicato col primo titolo in *Atti Ist. Lomb. Sc. e Lettere* (1989) 25 ss.; col secondo titolo in *Lezioni al Collegio Nuovo* (Pavia 2005) 43 ss.

La mia nota sulla norma inesistente (n. 10) è stata pubblicata in *Diritto e Giurisprudenza* 81 (1966) 463 s. ed è stata riversata nell'articolo *Le sentenze costituzionali manipolative*, in *St. per G. Scaduto* (1967) 3 ss.

A scanso di equivoci, il discorso piú lungo che merita i due passi di Ulpiano (e delle *Institutiones* giustinianee) da cui sono state tratte le proposizioni (quelle sole) riportate nel n. 10 è un discorso che è stato fatto nel mio *Ord. giur. rom.* dinanzi citato e altrove. In questa sede ho solo sintetizzato al massimo.

Chiudo queste pagine nella ricorrenza del 12 novembre 2005, dedicandole a Giancarlo Guarino, giurista del ramo internazionalistico per il quale ho una pienezza di stima assolutamente non influenzata, credo, da sentimentalismi familiari.

(*per indices*) che i Romani antichi non ebbero mai una costituzione rigida, come è invece quella attualmente vigente in Italia. È vero. Ma la costituzione materiale, subdolamente suggerita da quella incontenibile anguilla dell'*interpretatio iuris*, sta proprio e sempre fuori la porta del Palazzo ove si custodisce gelosamente il dettato della vigente costituzione rigida con tanto di firma di Enrico De Nicola? Non vi sono porticine secondarie, finestre, fessure, pertugi attraverso i quali essa si possa infilare in quel bellissimo edificio? Impenetrabile come una cassaforte il Palazzo? Non so, non credo ed anzi, da affezionato cultore della storia quale sono, mi auguro che ciò non sia. Anche il Papa, quando non parla «*ex cathedra*», può cambiare di idea e commettere errori. Persino a un pigmeo come me è capitato una volta (nel 1966) di accusare una sentenza della Consulta (guarda un po', relatore Costantino Mortati) di aver dichiarato la «incostituzionalità di una norma inesistente». *Panta rei*, tutto si evolve, tutto è in discussione, diceva Eraclito di Efeso. Lo diceva duemilacinquecento anni fa. Forse è intervenuta la prescrizione?

Nota bibliografica

Le idee sintetizzate in questo articolo sono espresse, argomentate e documentate più ampiamente nei seguenti miei scritti: *Storia del diritto romano* (dodici edizioni aggiornate e rivedute tra il 1948 e il 1998): ivi bibliografia generale ai nn. 320-322); *L'ordinamento giuridico romano* (cinque edizioni aggiornate e rivedute tra il 1949 e il 1990: ivi altra bibliografia); *Pagine di diritto romano III: Spunti di storia costituzionale* (Napoli 1994) 1-568; *La rivoluzione della plebe* (Napoli 1974), con bibl.; *La democrazia a Roma* (Napoli 1979), riveduto e ripubbl. in *SDHI*. 72 (2006) col titolo *La costituzione democratica romana e le sue vicende*, con bibl.; *La coerenza di Publio Mucio* (Napoli 1981), con

formale solo di qualche magistratura) ancora non era sussistente in pieno? Due quesiti piuttosto intriganti. Ai quali peraltro, conoscendo piú da vicino la storia costituzionale dei tempi, tutto sommato non è difficile rispondere: anzi tutto nel senso che Ulpiano parla in un manuale elementare e riferisce, per esemplificare (solo per esemplificare), l'oggetto del *ius publicum*, alle manifestazioni piú vistose della vita pubblica (*sacra, sacerdotes, magistratus*), omettendo non solo le assemblee popolari (ormai praticamente non piú funzionanti) e il senato (ormai umiliatissimo), ma anche (si badi) il *princeps* o *imperator* (che ancora non è ai suoi tempi saldamente riconosciuto dal diritto come *dominus et deus*); in secondo luogo nel senso che Ulpiano, allorché si riferisce alla volontà del principe («*principi placuit*») vi si riferisce in quanto essa sia riversata in una formale «costituzione imperiale», della quale egli non afferma che prevale su tutto e su tutti, ma dice soltanto che ha lo stesso valore, non piú, di una legge repubblicana vera e propria («*legis habet vigorem*»). Ciò posto, è facilmente comprensibile che Giustiniano, trascrivendo nei Digesti e nelle Istituzioni qualche secolo dopo il discorso di Ulpiano, si sia compiaciuto che fosse inteso in tutt'altro modo, tanto piú che, non essendovi ormai le assemblee legislative, di leggi non se ne facevano piú. Contenti, della risposta? Spero di sí. È perciò che non aggiungo altri argomenti che ci porterebbero fuori della misura opportuna per questo articolo. Comunque, se avessi torto sarei in buona compagnia. Si sappia.

10. Si sappia altresí, da chi si ostina a non volerlo riconoscere, che il contributo dei giusromanisti all'approfondimento degli studi giuridici contemporanei (me escluso, se volete) e futuri è tutt'altro che da disprezzare. Non solo in materia di diritto privato e affini, ma anche in materia di diritto pubblico con annessi e connessi. Che dite? Le pagine che precedono sono peraltro tutte vòlte a dimostrare

be dirsi concluso, se non fosse conveniente spendere ancora qualche parola su alcuni problemi suscitati da un testo giuridico troppo famoso per poter essere trascurato. Il testo è del grande giureconsulto Ulpiano, vissuto a cavallo tra il secondo ed il terzo secolo della nostra èra, appartiene al primo dei suoi *libri institutionum* (dunque ad un suo manuale elementare) e lo si desume, per quanto qui interessa, da due frammenti dei Digesti di Giustiniano (D. 1.1.2 pr. e D. 1.4.1 pr.; cfr. anche *Iust. Inst.* 1.1.4 e 1.2.6). Non perdiamo troppo tempo, eccolo qui (estrapolando, si badi, i soli punti che ci riguardano): «*Huius (scil. iuris) studii duae sunt positiones: publicum et privatum. Publicum est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet ... Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit ... Quod principi placuit legis habet vigorem ...*». Ebbene il fiume di inchiostro scorso nei secoli in ordine a questa fonte è poco meno del Mississippi (forse esagero un tantino), ma facciamo che la fonte, nelle parole or ora riportate, sia tutta vera e di mano genuinamente ulpiana (conclusione alla quale sono pervenuto, discutendo discutendo, in altri luoghi). I quesiti principali che suscita la lettura delle frasi di Ulpiano sono due. Primo: posto che il diritto pubblico attiene allo «*status rei publicae*», cioè alla costituzione e all'amministrazione dello stato romano, come mai si dice che esso consiste soltanto nei riti religiosi della comunità politica (nei «*sacra rei publicae*»), nei sacerdoti addetti alla loro celebrazione, e nei funzionari pubblici ordinari (nei «*magistratus*»), tralasciando la menzione delle assemblee popolari (*comitia populi e concilia plebis*), nonché dell'onoratissimo *senatus*? Secondo: posto che la volontà del principe (anche detto *imperator*) ha, per Ulpiano valore di legge statale («*legis habet vigorem*»), come mai ho potuto io dire poc'anzi (n. 8) che nei primi tre secoli dopo Cristo (cioè nei secoli in cui visse Ulpiano) l'impero assoluto (quello dell'«*imperator dominus et deus*»), dell'umiliazione anche del senato e della persistenza

ne di quel complesso di province, ciascuna col relativo esercito di occupazione, che costituivano l'*imperium Romanorum*. Ed è perciò che si parla anche, in ordine a questa stagione della storia costituzionale romana, di *principatus*: di un «principato», di una primazia personale, che non è peraltro definibile come «impero», cioè come assolutismo, dal momento che gli organismi tradizionali della *respublica* si mantennero ancora validi, anche se sempre più umiliati dalla concorrenza del *princeps*, al quale faceva capo tutta una propria e parallela organizzazione amministrativa. La sua posizione di preminenza costituzionale nel sistema politico romano fu basata dal principe sull'espedito di farsi concedere dalle istituzioni repubblicane (assemblee e senato) due potestà del tutto speciali o (come si usò dire) *extra ordinem*, di fuori delle attribuzioni ordinarie dei magistrati: in primo luogo, la *tribunicia potestas*, consistente nel potere di veto (*intercessio*), analogo a quello dei vecchi *tribuni plebis*, contro tutti gli atti dei magistrati repubblicani, senza tuttavia la possibilità di subire, per converso, l'*intercessio* dei *tribuni plebis* ordinari; in secondo luogo, l'*imperium proconsulare maius et infinitum*, consistente in una suprema potestà di comando militare su tutte le province (alcune amministrate da *proconsules* di nomina senatoria, altre amministrate da lui stesso e, in sua vece, da *legati Augusti pro praetore*), con in più il privilegio di esercitare l'*imperium* militare (quindi di introdurre corpi armati) anche entro i confini (*fines*) della città. Che altro occorre, man mano che la supremazia dei *principes* si consolidò e la resistenza perfino del vecchio *senatus* venne meno, acché il militaresco e sbrigativo Caio Valerio Aurelio Diocleziano dicesse ad un certo punto: «Facciamola finita e mettiamo tutto in buon ordine, come pare a quell'esperto generale che sono»?

9. Lo schizzo o poco più che ho tracciato sin qui dell'ordinamento costituzionale di Roma antica nelle sue molteplici (almeno quattro) configurazioni tipiche potreb-

dai fatti economici e dall'arroganza politica, anche se non piú dalle preclusioni formali dell'ordinamento statale, a vivere in condizioni di insicurezza, di malcontento, oppure di clientelismo nei riguardi delle famiglie e delle personalità socialmente potenti. Sí che si pervenne, affermano alcuni studiosi, ad una nuova, seppur (sia ben chiaro) solo metaforica, «rivoluzione romana». Ad una rivoluzione «a rovescio»: della quale non si avvalsero i deboli per riscattarsi dall'oppressione dei potenti, ma approfittarono capi-popoli ambiziosi ed audaci. Da ultimo, Cesare Ottaviano Augusto.

8. Il «periodo della *respublica* universale romana» corrisponde ai secoli che vanno dagli ultimi anni del I a.C. sin verso la fine del III d.C. o, se si preferisce, agli anni tra il 27 a.C. e il 284 d.C., quando ebbe fine la terza anarchia militare e ascese al potere Diocleziano. Caratteristica fondamentale del periodo fu l'espansione mondiale della civiltà romana, permessa e garantita dalla preminenza politico-militare della *respublica* italica, e la «romanizzazione» dei popoli soggetti. Ma è intuibile che la romanizzazione del mondo antico, appunto perché così vasta, poté essere solo relativamente profonda e durevole, né può sorprendere che essa abbia implicato, come rovescio della medaglia, la «denazionalizzazione» della repubblica, il sacrificio di quel rigoroso nazionalismo, che tanto efficacemente era servito in passato a salvaguardare la purezza e la compattezza della civiltà romana da inquinamenti e da commistioni. Nei tre secoli del nostro periodo la struttura dello stato romano fu, comunque, ancora e sempre quella di una *respublica* e l'assetto del governo fu ancora e sempre formalmente democratico, anche se acquistò, nella realtà, il carattere di un «regime» accentrato ed autoritario. Tutto dipese dal fatto che sommo moderatore della cosa pubblica (ecco la novità degenerativa della democrazia) divenne un *princeps civitatis*, ritenuto e acclamato come il piú eminente tra i cittadini della *respublica*, cui si «affidò» nel contempo la supervisio-

blica, di cui abbiamo visto il formarsi nei secoli V e IV a.C. Lo stato era sempre identificato in una comunità cittadina, la città di Roma, ma questa città era una *pólis* solo di nome. In realtà l'*urbs Roma* fu portata progressivamente a comprendere, in virtù di successivi estendimenti e di una sorvegliatissima «nation building», un territorio italico molto vasto, diviso in 35 «tribú territoriali» (*regiones*), di cui 4 urbane e 31 rustiche. Quel che rilevava ai fini della cittadinanza romana non era piú dunque la «stirpe» patrizia o plebea, latina o non latina ma era l'appartenenza al *populus Romanus Quiritium* in questo senso: che la qualifica di *civis Romanus*, oltre che ai discendenti da cittadini romani, fu riconosciuta anche a coloro che mostrassero per fatti concludenti di essere inseriti nella comunanza di esperienze, di aspirazioni, di interessi (e, se si vuole, di ideali) dei Romani; a coloro che fossero insomma sicuramente partecipi, nei riguardi di Roma, di quel valore che modernamente si usa denominare «nazionalità». Quanto al governo della repubblica nazionale, si tralascia qui la descrizione di una struttura (assemblee popolari, magistrature, senato composto da ex-magistrati) a tutti notissima e ci si limita ad affermare (cosa ampiamente dimostrata in altra sede) che, sul piano costituzionale, altrimenti non può parlarsi che di governo «democratico», aperto cioè alla partecipazione e al controllo di tutto il *populus Romanus Quiritium*. Questo anche se in realtà, come tutti sanno, la situazione man mano degenerò e i centri del potere furono, in modo sempre piú largo ed esclusivo, concretamente monopolizzati da ristretti ceti di famiglie ricche (prima la *nobilitas* latifondista, poi anche l'*ordo «equester»* dei grandi commercianti e industriali), le quali impedirono alla maggioranza quantitativa dei cittadini sia di procurarsi o almeno di mantenere un limitato benessere, sia di esercitare in effettive condizioni di libertà una propria e coerente azione politica. Si ricostituí pertanto, alle soglie del sec. II a.C., il fenomeno sociale della *plebs* (che chiameremo, per intenderci, la *nova plebs*), costretta

l'assemblea dei *patres* (*gentium* e *familiarum*) cioè la riunione dei capi delle genti e delle famiglie patrizie di base (una assemblea degli anziani che solo molto più tardi sarebbe stata denominata «senato») ed esprimeva, a sua volta, dal proprio seno un re vitalizio (*rex*), simbolo dell'unità cittadina, sommo sacerdote e portavoce solenne della volontà dei *patres* nei riguardi dei *Quirites*, cioè dei maschi chiamati dal seno delle genti e delle famiglie a costituire l'esercito ed a prendere conoscenza (in quelli che si dissero i *comitia curiata*) delle comunicazioni orali del *rex*, delle sue «leggi» (*leges*, dal greco *légein*, dire). Tuttavia quando, sul finire del sec. VI a.C., le crescenti necessità di difesa dai popoli vicini indussero i *Quirites* (secondo la tradizione, il re etrusco Servio Tullio) alla creazione del nuovo tipo di esercito più moderno e più numeroso, l'*exercitus centuriatus*, è comprensibile che i plebei chiamati a contribuire alla difesa della città nei reparti (*centuriae*) della fanteria, imponessero il problema di un loro trattamento che non fosse più di netta esclusione della *plebs* dalla comunione civile con i Quiriti. Le resistenze dei Quiriti furono fortissime, ed appunto perciò la rivoluzione plebea ebbe bisogno, dopo la cacciata dei Tarquinii, di circa due secoli per giungere al compromesso licinio-sestio. Comunque, nel corso di questi due secoli di agitazioni e di lotte le trasformazioni essenziali, una dopo l'altra, si realizzarono quasi tutte e confluirono nella *respublica Romanorum*, cioè nella comunità dei Romani sia patrizi che plebei.

7. Il «periodo della *respublica* nazionale romana» corrisponde ai secoli che vanno dalla metà circa del IV sin verso la fine del I a.C. o, se si preferisce, agli anni tra il 367 a.C. (anno delle leggi Licinie-Sestie) e il 27 a.C., anno in cui furono conferiti ad Augusto i primi poteri costituzionali di *princeps*. La vecchia struttura dello stato come *pólis* o *civitas* non venne abolita, ma venne, soverchiata e progressivamente svalORIZZATA dalla struttura dello stato come *respu-*

riodo della «repubblica universale», a regime di governo tuttora formalmente democratico, sí, ma d'impronta autoritaria, chiuso, dopo molte traversie, col sec. III della nostra èra. A qualche ulteriore precisazione (ed a sommaria giustificazione dei miei punti di vista) dedicherò i tre paragrafi che seguono.

6. Il «periodo arcaico» dell'ordinamento statale romano corrisponde non solo ai secoli favolosi del *regnum* (754-510 a.C.), ma anche ai due secoli successivi (sec. V-IV a.C.): secoli nei quali la città originaria dei Quiriti (*civitas Quiritium*) fu squassata dalla «rivoluzione plebea», vale a dire da una rivoluzione vera e propria (non da una serie di incomposti tumulti e di grossolane rivolte) che contro i Quiriti (poi detti anche patrizi) mosse la «plebe» (*plebs*, cioè massa) dei non Quiriti, cioè di coloro (sempre più numerosi) che in città ma sopra tutto nel contado «romano» abitavano a suo ridosso, allo scopo di ottenere che fosse riconosciuta una più vasta consociazione politica, il *populus Romanus Quiritium*, di cui i plebei facessero parte non più come sudditi, come residenti stranieri o meteci, ma a pari titolo dei patrizi. Questo risultato, fu sostanzialmente conseguito solo con il «compromesso» patrizio-plebeo noto come licinio-sestio (le tradizionali *Leges Liciniae-Sextiae* del 367 a.C.) ed implicò che la città dei Quiriti (una città non certo sorta per effetto dell'incredibile fondazione operata dal mitico Romolo, ma derivata da faticosi processi federativi a sempre più vasto raggio tra comunità politiche precittadine: famiglie potestative, poi clan gentilizi, poi ancora tribú di *gentes* di matrici etniche latine, sabine, etrusche) subordinasse la sua struttura originaria alle esigenze di una organizzazione militare più forte e moderna, quella dell'esercito «centuriato» a base oplitica, cioè a base di una fanteria compatta e fortemente armata di cui furono chiamati a far largamente parte i plebei. Originariamente il governo della *civitas* (alla greca, una *pólis*) aveva per fulcro

trattasse pure del Mommsen, del Siber, del Meyer, del Nicolet, del Bleicken o del De Martino. Mi basti dire (anzi ripetere) che la *communis opinio* è tendenzialmente nel senso di distinguere tra un periodo «monarchico» (diciamo: da Romolo a Tarquinio il Superbo o a Porsenna o poco più in là), un periodo «repubblicano» (diciamo: sino alla salda affermazione, sul finire del sec. I a.C., di Cesare Augusto) e un periodo dell'«impero assoluto»: periodo, questo, che alcuni fanno finire con la caduta dell'impero di Occidente (Romolo Augustolo, 476 d.C.) ed altri (particolarmente i giusromanisti) stiracchiano, un po' alla maniera di Procuste e con riferimento all'impero bizantino d'Oriente, sino alla morte di Giustiniano, quel grande romano «di ritorno» che fu l'imperatore (565 d.C.). Di più: fermo restando che l'impero assoluto diventò irrevocabilmente tale con l'avvento al potere di Diocleziano (285 d.C.), come già si è accennato poco fa, la maggioranza della dottrina tende a differenziare dal «basso Impero» di Diocleziano e dei suoi successori il così detto «alto Impero» o «principato», cioè l'impero più morbido e ancora in qualche modo non pervenuto al pieno e stabile regime, che andò da Augusto sino alla dinastia dei Severi (194-235 d.C.) e al resto dell'imbrogliatissimo sec. III d.C. Senonché è veramente troppo, quanto meno sul piano giuridico, fare un tutt'uno del principato e del basso impero, sicché io metterò da parte l'assolutismo imperiale di Diocleziano, di Costantino, di Teodosio il Grande e via seguitando (un sistema di potere che, non fosse stato per i nobili propositi e le belle iniziative di Giustiniano, di romano ebbe sempre meno tracce residue) e limiterò il discorso ai tempi prediocleziane. I quali tempi possono essere distinti, a mio avviso, in tre periodi costituzionali «tipici»: un periodo «arcaico» (monarchico e non monarchico), protrattosi dalle origini del sec. VIII a.C. agli inizi del sec. IV; un periodo della «repubblica nazionale» a regime di governo pienamente democratico, protrattosi, sino alla vigilia dell'era cristiana; un pe-

cittadinanza, altre volte dichiarati nemici pubblici eccetera? Di norme forti, e quindi di lunga anche se non eterna durata, cioè superabili ed eliminabili solo mediante una rivoluzione, mediante una lunga e convinta evoluzione, al limite mediante una totale *debellatio*? Insomma è sufficiente parlare di *body politic*, come ha fatto (con intuizione peraltro felicemente orientata) il Gabba, o bisogna parlare piuttosto di *body law*?

5. La storia di Roma e della sua costituzione, se esaminata pazientemente punto per punto con gli occhiali del giusromanista, ci dimostra (è venuto il momento di dirlo) che in verità è del tutto fuori luogo parlare di una costituzione romana unica e sola. La costituzione romana, come è stato ben detto da E. Meyer, fu una costituzione «alluvionale»: risultato non di una, ma di molteplici sedimentazioni alluvionali successive. Tanto più che essa ebbe, come ho notato poc'anzi, carattere eminentemente «materiale» (mai di rigidità formale), descriverla come sostanzialmente identica a se stessa nei tredici secoli che vanno da Romolo (sec. VIII a.C.) a Giustiniano I (sec. VI d.C.) è impossibile. Sarebbe falsificante. È questo forse il difetto più vistoso della pur stupenda trattazione del Mommsen, il quale ha troppo privilegiato, direi, le esigenze (e le pretese) di una sistematica unitaria. In questa sede non è certamente il caso di sottilizzare, ma non è nemmeno possibile astenersi da una «tipizzazione» dei diversi aspetti più vistosi assunti dalla costituzione romana, via via, nel lungo percorso della sua storia. Tema molto controverso, in ordine al quale è ovvio che le mie opinioni personali siano ritenute e siano tutt'altro che oro colato (meno male che ciò valga anche per molte altrui opinioni). Ma tant'è. Visto che sono io (indegnamente) l'autore di questo articolo, sarebbe strano se, rinnegando tutto il parecchio che ho scritto in passato (e che tuttora fermamente credo) sposassi ciecamente i punti di vista (non sempre coincidenti con i miei) di qualche altro, si

corrente), confluenti nel concetto di costituzione prevalentemente «materiale» e, comunque, mai «rigida», ma sempre «flessibile». Concetto, quello di costituzione materiale e flessibile, che a Roma antica (mettiamo: da Polibio, da Cicerone, da Elio Aristide, da Dione Cassio, né solamente da costoro) fu un concetto diffusamente sentito, anche se mai, da quei pragmatici di allora, organicamente studiato e tradotto in formule. A conferma del che si legga (o si rilegga) una volta per tutte quel famoso passo del dialogo *de re publica* di Marco Tullio Cicerone, là dove (2.1.1-3) Scipione Emiliano (il così detto Africano *junior*) elogia il vecchio Catone, censore nel 184 a.C. e autore di un'opera avara di nomi e prodiga di fatti sulle *Origines* di Roma, perché era solito dire che la *respublica Romanorum* eccelleva rispetto ai più evoluti stati del suo tempo dal momento che in questi ultimi vi era sempre stato qualche eminente personaggio (Minosse a Creta, Licurgo a Sparta, Teseo e poi Dracone e poi Solone e poi ancora Clistene ed altri ad Atene) che si era adoperato a «costituirle» (e a imbrigliarle) con proprie leggi e proprie istituzioni («*qui suam quisque rem publicam constituisset legibus atque institutis suis*»), nel mentre che la repubblica romana era scaturita non dal disegno di uno solo, né nello spazio di una sola vita umana, ma si era liberamente «costituita» nel corso di vari secoli e generazioni («*non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquot constituta saeculis et aetatibus*»). Come non concludere, giunti fin qui e salvo ciò che rileveremo dopo, che la costituzione di Roma antica non è da cercarsi in una *Magna Charta* o in altro documento di alto rilievo formale, ma è da ritrovarsi nel profondo rispetto che i Romani portarono attraverso i secoli a certe norme giuridiche fondamentali (legislative o non legislative) aventi la caratteristica e la rinomanza di «norme forti»? Di norme forti, e cioè di norme attinenti all'esistenza stessa dello stato e perciò particolarmente rispettate e severamente difese contro i violatori, perseguiti con pene gravissime, privati a volte della

lare in nessun modo di un assetto costituzionale riconducibile a principi stabilmente definiti».

4. No invece, questo no («*quandoque bonus dormitat Homerus*»). Allo storico non giurista pare, registrando il virtuoso seguirsi di molte vicende in essa realizzatesi, che nella repubblica «classica» alcuni principi stabili e par proprio lodevoli vi furono, mentre nell'«età imperiale» (almeno in quella «alta» sino al sec. III, se non più in quella «bassa» da Diocleziano in poi) allo stesso storico, registrando le tumultuose e insane vicende che vi avvennero, pare al contrario che di principi (buoni o cattivi) non ve ne furono. È un'opinione, è un'opinione altamente rispettabile. Ma ora si vuol permettere allo storico del diritto, al giusromanista, di intervenire dicendo sommessamente l'opinione sua? Ebbene al giusromanista, o per lo meno a me, sembra che alle solenni costituzioni scritte (Statuto o Carta costituzionale che siano) vada fatto tanto di cappello, se nonché in Roma repubblicana e alto-imperiale (anzi anche prima, nel periodo della Monarchia, e anche dopo, nel periodo del Basso Impero) di «leggi costituzionali» (formalmente diverse e più autorevoli delle altre, cioè delle così dette leggi ordinarie) non ve ne furono. Non ve ne furono, dico, ma aggiungo subito che vi furono non poche norme di struttura e di funzionamento della *res publica*, talune espresse attraverso leggi ordinarie e talaltre (le più) emergenti dalla necessità di andare avanti per la strada imboccata, oppure dall'evidente e riconosciuta opportunità socio-economica di deviare a un certo punto da quella strada. Norme che furono generalmente (si badi, generalmente) osservate e conservate con maggiore convinzione e costanza di ogni altra legge o consuetudine o prassi. Norme che furono, ad osservarle con occhio da giurista, tutte abbastanza ben identificabili, anche nelle loro successive variazioni, e tutte confluenti nel concetto di costituzione. Tutte, più precisamente (tanto per usare il linguaggio tecnico oggi

E mi fa piacere segnalare, in proposito, l'articolo di uno dei nostri storiografi piú raffinati, Emilio Gabba: articolo apparso dapprima (1989) col titolo *Roma, uno Stato senza «costituzione»* e piú tardi (2005) col titolo (direi maggiormente cauto) *La costituzione a Roma*. Con prevalente riferimento alla sola Roma tipicamente repubblicana (quella da Bruto e Collatino sino al secondo triumvirato o giú di lí) e con garbata ostentazione di un semplicismo che notoriamente gli è del tutto estraneo, il Gabba parte dalla lettura di una modesta definizione enciclopedica del concetto di costituzione: la quale può essere solennemente scritta e solennissimamente promulgata, ma può anche desumersi in subordinata dalla assai meno certa consuetudine. Se le cose stanno cosí (egli scrive), è innegabile che nella Roma repubblicana le norme sicuramente costituzionali, particolarmente quelle scritte (legislative) furono ben poche, anche se non mancarono ogni tanto i tentativi o i propositi di metterle in chiaro e di stabilizzarle piú o meno riformandole. Giusto. Basti pensare che le XII Tavole «in realtà contenevano (solo) norme di diritto civile», cioè di diritto e processo privato (opinione riduttiva che è per verità contestata dalla *communis opinio* ma che, sia detto *per incidens*, è molto gradita a chi, come me, ha sostenuto e sostiene da anni proprio questa tesi di minoranza). Basti pensare che ci furono molto poche personalità autorevoli e autoritarie (da guardare peraltro con molto sospetto) per incarichi «*legibus scribundis et rei publicae constituendaes*»: Silla, quelli del secondo triumvirato (Antonio, Lepido, Ottaviano) e finalmente Ottaviano lui solo (l'abilissimo Cesare Augusto), di cui dovremo parlare piú diffusamente tra poco. Funzionamento (diciamolo pure) almeno sino alle soglie del sec. I a.C. assolutamente pregevole, il quale fa intuire la bontà dei princípi secondo cui la repubblica ha progredito quanto meno sino ai fratelli Gracchi. Tutto bene, benissimo, se il Gabba non concludesse letteralmente con queste parole: «di fatto per l'età imperiale non credo che si possa piú par-

pubblicando dodici edizioni del manuale di *Storia* e un complesso di libri e di articoli, di cui molti andranno ad integrare un volume intitolato appunto *La costituzione di Roma antica e le sue vicende*. Potrei dire insomma che, guardando all'insieme degli studi su Roma antica, «*tout va très bien*» (e non ad uso di *Madame la Marquise*), se non fosse che di solito gli storici così detti «generali» continuano, ahimé, a compiere i loro viaggi nella «terra straniera» di Roma, lasciando a casa come inutili, o per lo meno come non indispensabili, noi pur volenterosi giusromanisti. Lasciandoci a casa e quindi privilegiando la realtà «socio-economica» (come la vedono un po' semplicisticamente loro) e trascurando spesso anche di leggere (e di correggere con l'aiuto della loro esperienza) i nostri scritti: sí che non di rado dedicano al diritto di Roma qualche paragrafo o capitoletto di contorno che è tanto esiguo quanto (sia permesso di dirlo, rispettosamente) superficiale o addirittura sbagliato. Tutto perché essi non si rendono conto che il diritto è una sorta di complemento della politica, è come la sistemazione per l'avvenire di una vicenda politica che non sia stata passeggera e soltanto fine a se stessa ma sia destinata a produrre effetti duraturi, è come «la continuazione della politica con altri mezzi» (le volte in cui ho scritto questa frase, prendendo spunto da un detto famoso di Karl von Clausewitz davvero non si contano). Che gli amici «storici della realtà» non imbarchino anche noi giusromanisti sui loro velieri (o sui loro aerei a reazione) quando partono per le loro avventure esplorative in Roma antica, che preferiscano a noi l'ingaggio di un secondo cambusiere (o magari di una seconda *hostess*), che ci considerino dei non addetti ai loro lavori, o al piú una ciurma che fa troppa zavorra, ebbene lo dico fuori dai denti: non è giusto, non è giusto, non è giusto.

3. Fortunatamente le eccezioni a questo diffuso «*fin de non recevoir*» non mancano, anche se sono piuttosto scarse.

E c'è sempre in esso, immancabile e inevitabile, il nucleo duro della «costituzione», cioè l'insieme dei principi impliciti o espliciti che tengono insieme (in latino: «*cum-statuunt*»), se ed in quanto rispettati, la struttura politica, lo stato.

2. Tutto questo i giuristi lo sanno bene e altrettanto bene lo sanno quegli storici di Roma antica che sono i «giusromanisti», vale a dire gli studiosi specializzati del *ius Romanorum*, del diritto che in Roma antica ha avuto vigenza. Né mancano, tra i giusromanisti di tutto il mondo, coloro che hanno dedicato in tutto o in parte la loro vita di studiosi al così detto diritto pubblico e in particolare al diritto costituzionale. In Italia lo studio del diritto pubblico romano è stato favorito (sinché i nostri legislatori scolastici di destra o di sinistra non hanno fatto a gara nel «dare i numeri» del Lotto con le loro riforme e controriforme universitarie) è stato favorito, dicevo, dalla provvida esistenza di un insegnamento universitario, oggi languente o forse prossimo a morire, ch'era qualificato *Storia del diritto romano* e che si occupava della storia della costituzione e dell'amministrazione romana, nonché della repressione criminale e delle fonti di cognizione della materia (tra cui, importantissima, la *iurisprudentia* o scienza romana del diritto). Ad ogni modo, con o senza il supporto dell'insegnamento di Storia, sia in Italia e sia all'estero (sopra tutto nella gloriosa Germania storicistica dell'Ottocento e della prima metà del Novecento, ma anche in Francia, in Gran Bretagna e altrove) gli studi di diritto pubblico romano sono del pari molto fioriti, andando nel tempo dal grandioso *Staatsrecht* in cinque tomi di Theodor Mommsen all'ammirevole *Storia della costituzione romana* in altrettanti tomi di Francesco De Martino. Io stesso, fra gli altri, ho esordito ventiquattrenne a Napoli nella didattica universitaria con una disciplina denominata *Diritto pubblico romano*, ho continuato poi a Catania con la *Storia del diritto romano* ed ho praticamente proseguito lungo questa strada (anche lungo questa strada)

funziona al meglio; oppure, nella ipotesi di inosservanza divenuta troppo diffusa e dura, pian piano si modifica alla luce di criteri diversi; oppure, caso estremo e definitivo, languisce e si dissolve. E a questo punto, se mi si chiedesse di fare i nomi, risponderei, risponderò che non vale la pena. Meglio non fare i nomi dei molti *spectabiles* o addirittura *inlustres* che hanno malamente inciampato in questo errore di metodo o in questa ignoranza di elementari nozioni giuridiche, con l'effetto di dire talvolta su Roma antica cose strane o stranissime. Mi si lasci piuttosto ricordare quanto ho recentemente sostenuto in uno scritto dal titolo *Il passato è un paese straniero*. Allorché l'esploratore (metafora cui ricorro per dire lo storico) attracca, novello Cristoforo Colombo o Sebastiano Caboto o James Cook, sulle rive della terra straniera che gli è sconosciuta, non si limiti a mandare in giro per la stessa il suo vivace *surgeon* Jonathan Gulliver accompagnato da un drappello di sociologi o di zoologi o di raccoglitori di noci di cocco, non si riduca all'osservazione degli aspetti piú vistosi e singolari degli abitanti di quei luoghi, non appresti il suo bravo vocabolario essenziale di pochissimi termini che culmini nel come si dice localmente «uomo» oppure «donna» (in questo caso con l'immane «usar con ella»). Non faccia ingenuamente così l'esploratore (lo storico), ma abbia l'accortezza di essersi fornito anche di qualche giurista, il quale sia in grado di studiare il perché la popolazione si comporta in un certo caratteristico modo, il perché essa eviti certi comportamenti e deplori o punisca chi li compie. Insomma sia fornito di un giurista che intraveda l'ordinamento piú o meno rudimentale secondo cui il corpo sociale di quei luoghi vive o cerca, nella sua generalità, di vivere. L'albero del pane nella terra straniera può esserci e può non esserci (e così pure si dica per la banana, per la patata, per il caffè), ma l'ordinamento generale (quello che abbiamo chiamato, per semplificare, il diritto) non può mancare. Identificarlo e analizzarlo nei particolari spesso è difficile, difficilissimo, ma c'è.

III

FORMA E MATERIA DELLA COSTITUZIONE ROMANA

1. «Roma antica mancò di una costituzione». «Roma antica fu priva di una legge fondamentale». «Qualcosa, sí, la stabilirono i leggendari re Romolo, Numa Pompilio e Servio Tullio, anche i Decenviri delle XII Tavole, ma poi, sino a Diocleziano, nulla o quasi nulla di costituzionale fu scandito con certezza». «La storia di Roma antica non si ricostruisce sulla base delle regole giuridiche piú o meno basilari, ma si fonda sull'esame critico della realtà socio-economica». Affermazioni di questo stampo si leggono in vari trattati e saggi sulla storia della antica Roma e, anche quando non si leggono in formulazione letterale, sono chiaramente sottintese in numerosissimi scritti, pur se di storiografi italiani e stranieri altamente rinomati, relativi alle vicende storiche di Roma. Ora intendiamoci. Non è che la storia di Roma e di qualunque altra città o civiltà non debba essere fondata sull'analisi critica della realtà, di «ciò che è realmente accaduto». Ci mancherebbe. Quel che però molto spesso si trascura o addirittura si ignora è che tra i criteri di analisi delle vicende di Roma antica (o della moderna Francia, o della lontanissima Cina) non deve, non può mancare l'indagine volta al ritrovamento dei principi costitutivi, delle norme basali, degli indirizzi ritenuti dalla generalità della popolazione assolutamente irrinunciabili, insomma dell'ordinamento, anzi del «diritto» (chiamiamolo così, anche se un po' all'ingrosso, una volta per tutte). Di quel diritto secondo cui l'aggregato sociale (chiamiamolo una volta per tutte, anche se un po' all'ingrosso, lo «stato»)