

VARIAZIONI SUL DIRITTO ARCAICO

1. LA CONCEZIONE ARCAICA DEL « IUS ».

1. Con il suo libro su *Das altrömische « ius »*, Max Kaser ha coronato, e forse non ancora in modo definitivo, il ciclo ormai più che decennale delle sue interessanti e penetranti ricerche sul diritto arcaico di Roma.

Giova dir subito che l'opera, come le precedenti del K., dice molto di nuovo ed appunto per ciò molti dubbi solleva in chi legge. Ma, a prescindere dall'alto grado di opinabilità della *subiecta materia*, destar dubbi ed eventualmente critiche e reazioni non è certo una pecca in uno studio, quando sia, come questo, tanto seriamente e rigorosamente condotto.

Scopo dichiarato dell'a. (cfr. p. 3, 7 ss.) non è quello di ricostruire, *in toto* o in parte, il diritto arcaico di Roma, ma è di rintracciare, attraverso lo studio di istituti giuridici arcaici opportunamente prescelti, la concezione originaria del *ius* ed i mutamenti di essa sin verso la metà del sec. III a.C., cioè sino al termine di quel che per il K. deve ritenersi il primo periodo della storia giuridica romana. Ricerche, insomma, di « *Rechtsgeschichte* » intese come mezzo al fine della evocazione della « *Rechtsvorstellung* » (anzi, preciso, della « *ius-Vorstellung* ») degli antichissimi Romani. Tanta abbondanza e varietà di materie trattate non sembra, forse, sempre strettamente rispondente all'economia del lavoro, né agevola quindi, in certi casi, la rapida e sicura penetrazione della tesi centrale. Essa costituisce, peraltro, una prova luminosa di tali capacità di lavoro, latitudine di visuali, vigore di indagine, che confermano pienamente l'eccellenza di storiografo e di giurista del K. e lo qualificano con sicurezza tra i migliori specialisti dei difficili problemi di origine.

* In *Iura* 1 (1950) 427 ss. Recensione a KASER M., *Das altrömische « ius »*, *Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer* (Göttingen 1949) p. 382.

Molto opportunamente, quanto alla scelta del metodo di ricerca, si è proposto l'a. di attenersi a quello della induzione evolucionistica (il cd. metodo « organico » o « naturalistico » del Bonfante), ripudiando gli allettamenti e le insidie della comparazione con gli altri diritti dell'antichità. Non saprei dire, peraltro, se al proponimento corrisponda sempre l'attuazione. L'a. non manca certo di fantasia, nel senso più nobile della parola, ma predilige, con tutta evidenza, il muoversi sul terreno dei dati concreti: sicché, mentre le sue argomentazioni in ordine al diritto decemvirale (di cui tracce, sia pur minime, esistono nelle fonti) spesso si impongono per la forte coerenza che le distingue, non altrettanto suggestive e convincenti risultano, a volte, le sue illazioni sullo stato predecemvirale del diritto arcaico. Avviene talora, per questo riguardo, di incontrarsi in alcunché di arbitrario, di artificioso, di aprioristico nelle tesi che il K. difende. Non sempre esiste o si vede, in altri termini, una verosimile e soddisfacente consequenzialità tra i punti di arrivo, deduttivamente accertati o testualmente conosciuti, ed i punti di partenza, quali induttivamente li determina l'a.

Ne consegue, a mio personale giudizio, che, delle quattro sezioni in cui il libro si divide, le migliori paiono, e di gran lunga, le due sezioni centrali, del resto le più ampie, là dove l'a. magistralmente si misura, di volta in volta, con singoli problemi ricostruttivi di istituti arcaici, e in particolare con i problemi del loro assetto decemvirale. Le altre due sezioni, prima e quarta, specificamente dedicate all'individuazione della concezione decemvirale, ma soprattutto predecemvirale del *ius*, pur abbondando di felicissimi spunti, mi sembrano, invece, dare adito a un certo numero di critiche e interrogativi.

2. Per maggiore evidenza della presente recensione, riassumerò l'opera del K. in un ordine alquanto diverso da quello suo proprio, concentrando l'attenzione sui paragrafi che più immediatamente riguardano il tema specifico dell'« altrömische Rechtsvorstellung ».

Poche parole sulla lunga sez. III (« Die Verwirklichung des *Ius* »: §§ 19-31, p. 174-300): vera e propria raccolta di piccole e squisite monografie, che farebbero da sole la fortuna di un libro, ma che non è possibile, per motivi di sede e di spazio, valutare minutamente. Basterà dire che l'a. intende mostrare, in queste pagine, l'intima connessione verificantesi in età decemvirale tra diritto privato sostanziale e diritto processuale, nonché l'alta importanza degli effetti riflessi esercitati dal secondo sul primo. A quest'uopo, tralasciando la disamina dei diritti, diremmo noi, assoluti (ch'egli ha già egregiamente compiuta nell'opera *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, del 1943), il K.

tratta i seguenti argomenti: la responsabilità *ex delicto* (§§ 20-21), l'*iniuria* (§ 22), il *furtum* e le figure affini (§ 23), la responsabilità per danneggiamento e quella nossale (§§ 24-25), il *nexum* (§ 26), la *iudicis arbitrive postulatio* (§ 27), la *sponsio* e la *stipulatio* (§§ 28-29), la *condictio* (§ 30), le *actiones ex fide bona* e *in incertum* (§ 31).

Nella sez. II (« *Ius* als Urteilsgrundlage und Urteilsinhalt »: §§ 13-18), il K. concentra l'indagine sul regolamento decemvirale dei giudicati privati, delle *nuncupationes* e dei *legata*, al fine di dimostrare che in età decemvirale: *a*) *ius* era essenzialmente il diritto privato (cfr. anche p. 11 ss.); *b*) il processo privato si esauriva di regola *in iure* con l'*addictio* del magistrato (cfr. anche, diffusamente, l'articolo *Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahrens*, in *Fs. Wenger* 1 [1944] 106 ss.); *c*) il *ius privatum* non era considerato come precostituito da norme, ma era essenzialmente ravvisato in ciò che un giudicato avesse proclamato o si ritenesse che avrebbe proclamato *ius* (cfr. p. 101: « Wer zu dieser Zeit 'ius est' sagt, der drückt damit aus, dass ein bestimmtes Verhalten deshalb als rechtmässig gilt, weil es entweder in einem bereits darüber gesprochenen Urteil als rechtmässig erkannt wurde oder doch in einem möglichen Prozess als rechtmässig gebilligt werden würde »). A riprova di questa terza affermazione, l'a. passa a dimostrare: *aa*) che il giudicato aveva efficacia *erga omnes*, cioè creava il *ius* non solo tra le parti, ma anche rispetto ai terzi (§ 14, p. 104 ss.); *bb*) che le *nuncupationes* e i *legata* avevano, in forza delle tab. 6.1 e 5.3 (« ... *ita ius esto* »), efficacia pari a quella del giudicato, e perciò appunto *erga omnes* (§ 15, p. 118 ss.). Interessantissimi, ma meno strettamente pertinenti al tema, sono i tre paragrafi successivi, in cui l'a. si occupa della *mancipatio* e del problema dell'*actio auctoritatis* (§ 16, p. 135 ss.), nonché delle questioni relative all'origine ed all'oggetto dei *legata* (§§ 17-18, p. 147 ss., 159 ss.).

3. È sulla base di queste ricostruzioni, relative all'epoca decemvirale, che il K. procede, nella prima e nella quarta sezione del libro, all'induzione sul concetto primitivo di *ius* ed alla precisazione dei suoi rapporti con la religione e di tutto il suo *iter* evolutivo sino alla fine del periodo arcaico (v. anche l'articolo su *Religione e diritto in Roma arcaica*, in *AUCT.* 3 [1949] 81 ss.).

Se in età decemvirale il concetto di *ius* era ancora così strettamente collegato con il processo privato, che aveva d'altronde caratteri così spiccatamente autoritativi, sembra lecito all'a. ipotizzare che quel concetto sia appunto scaturito dall'attività di risoluzione delle controversie private. L'analisi dell'antichissima procedura sacramentale porta anzi il K.

ad affermare che la funzione originaria del *sacramentum* sia stata di trasformare una brutta e indiscriminabile lite tra uomini in una lotta, alla cui soluzione fossero interessati gli dei (o meglio, i démoni preesistenti: cfr. § 32, p. 301 ss.), sicché le radici lontane del *ius* sarebbero da ravvisare in un duello ordalico, in un « giudizio di Dio » (§ 2, p. 11 ss.): il che parrebbe confermato dallo studio dei piú antichi rapporti internazionali e dalla affinità del *iustum bellum* con la privata ordalia (§ 3, p. 20 ss.). Il duello ordalico come mezzo di risoluzione delle liti private fu sostituito assai per tempo dal sistema di risoluzione mediante prove delle proprie affermazioni e valutazione di dette prove da parte del *rex* (piú tardi, dei *magistratus*): comunque, anche con questo nuovo sistema, il *ius* scaturí dal caso concreto e solo l'accumularsi, nei secoli, dei « precedenti » giudiziali permise la formazione, lentissima, del concetto di norma, quindi il diffondersi del concetto di *ius* come sistema di norme predeterminate (§ 5, p. 35 ss.). Solo quando cominciò a prender piede questa nuova e progredita concezione avvenne che, progressivamente: da un lato, entrò a far parte della sfera del *ius* la materia dei *crimina* (originariamente considerati come violazioni sacrali ed assai lentamente trasformatisi, nel pensiero degli antichi, in atti lesivi degli interessi della comunità cittadina: §§ 6-7, p. 42 ss., 53 ss.); d'altro lato, attraverso la formazione dell'istituto della *lex* normativa, non anteriore al sec. V a.C., il *ius*, soverchiando l'ambito limitato della decisione delle liti, giunse ad abbracciare ogni sorta di rapporti (§ 8, p. 63 ss.). Dopo di che, superato il periodo di transizione di cui sono esponenti le *XII tabulae*, poté il *ius*, sempre piú sicuramente e diffusamente concepito come sistema di norme sociali di condotta, avviarsi verso le sue storiche ripartizioni e specificazioni (*ius privatum* e *publicum*, *ius civile* e *gentium*, *ius civile* e *honorarium*, *ius* in senso obbiettivo e subbiettivo: §§ 9-12, p. 74 ss., 82 ss., 88 ss., 92 ss.).

Tutta la cennata ricostruzione si fonda, come è evidente, su due presupposti critici, che contestano le concezioni correnti sul piú antico diritto romano. Il primo presupposto, per il quale il K. rimanda spesso alle argomentazioni di un suo precedente e ben noto lavoro (« *Mores maiorum* » und *Gewohnheitsrecht*, in *ZSS.* 59 [1939] 52 ss.), è che i *mores maiorum*, nei quali comunemente si ravvisa il contenuto originario del *ius* romano, non abbiano avuto in origine nulla a che fare col *ius*, ch'era invece l'espressione di un sentimento spontaneo e comune delle esigenze naturali della stirpe quiritaria. L'altro presupposto, ampiamente trattato nel libro, è che, anche ammessa una derivazione dei principi di *ius* dalla religione, tuttavia diritto e religione abbiano

operato in origine in due sfere nettamente distinte, la sfera profana dei rapporti umani e la sfera sacra delle relazioni con le divinità, di modo che i nessi tra loro intercorrenti in età arcaica sono da concepire come creati solo in un secondo momento, artificialmente, dagli uomini. La quale ultima tesi viene formulata e ampiamente svolta in un paragrafo della prima sezione (§ 4, p. 22 ss.), in cui l'a. parla dei rapporti tra *ius* e *fas*, nonché in tutta la quarta sezione («Formalismus und sakrale Elemente im *ius*»: §§ 32-36), ove egli, attraverso una minuziosa e finissima analisi dei punti di contatto tra *ius* e religione romana, da un lato precisa l'apporto di questa a quello (sopra tutto con riguardo al formalismo, originariamente magico, degli atti giuridici), dall'altro chiarisce che si tratta solo ed esclusivamente di sviluppi posteriori all'epoca antichissima in cui, mediante il *sacramentum*, furono per la prima volta interessati gli dei ad assicurare a chi avesse agito secondo *ius* la vittoria su chi avesse commesso una *iniuria*.

4. Tralascio di segnalare le coincidenze, del resto evidenti, di alcuni risultati del K. con quelli parallelamente e indipendentemente raggiunti da altri egregi studiosi, tra cui principalmente il Noailles e il Gioffredi. L'autorevolezza di così fatte collimanze non può non indurre a riflettere più d'una volta prima di decidersi a respingere tesi come quella dell'originario duello ordalico, della inesistenza alle origini di una concezione normativa del *ius*, della antichissima identificazione del processo privato con la fase *in iure*, della scaturigine prima del *ius* rappresentata dal giudicato, e così via dicendo. Ciò non toglie che, almeno in me, rimangano dubbi fortissimi circa l'accettabilità di queste (del resto, alquanto relative) novità storiografiche.

A mio giudizio, di sicuramente accoglibile nei risultati del K. vi è: *a*) l'intimo collegamento in diritto arcaico tra gli istituti giuridici privati e le loro realizzazioni processuali, che l'a. mi sembra abbia efficacemente lumeggiato nella terza sezione della sua opera; *b*) la riduzione dell'ambito del *ius* predecemvirale alle materie privatistiche, e in particolare la esclusione dalla sfera predecemvirale del *ius* della repressione dei *crimina*, impeccabilmente dimostrata nei §§ 6-7; *c*) l'affermazione che la *lex*, intesa come provvedimento normativo, abbia fatto la sua apparizione soltanto nel sec. V a.C., a cominciare dalle *XII tabulae* (le quali, peraltro, vorrei precisare che non furono ancora *leges publicae* per i motivi che ho esposto in altra sede: cfr. le mie lezioni su *L'ordinamento giuridico romano*); *d*) infine, gran parte delle preziose osservazioni relative alla influenza esercitata dalla religione sul diritto arcaico in genere e sul formalismo degli atti giuridici in ispecie.

Meno persuasiva la ricostruzione della « *Rechtsvorstellung* », della concezione del giuridico, propria dei Romani in età decemvirale: ricostruzione visibilmente intesa a dar maggiore credito alle intuizioni relative alla concezione predecemvirale del *ius*. Qui mi sembra che l'a. incorra in qualche contraddizione e che, comunque, voglia tirare troppe e troppo audaci conseguenze dagli elementi che adduce, anche se veri.

Abbiamo visto che, in ordine all'età delle *XII tabulae*, il K. ammette, nella prima sezione del libro, che il *ius* romano non riguardasse più esclusivamente le materie privatistiche; e inoltre che il processo privato fosse diviso in due fasi, di cui però la seconda, quella *apud iudicem*, era nella *legis actio sacramento* eventuale e facoltativa; che, ancora, le norme giuridiche scaturissero ormai anche da *leges* normative e che, pertanto, il concetto di norma giuridica (anche a voler ammettere che prima non fosse già esistito) si fosse in qualche modo fatto strada. Orbene, ciò dato, alquanto contraddittoria mi sembra la tesi che in età decemvirale il giudicato privato fosse considerato creativo di *ius* e che giustappunto ad un giudicato fossero assimilati dalle *XII tabulae* le *nuncupationes* ed i *legata*. Vero è che l'a. potrebbe ribattermi essere tale contraddittorietà da imputare non a lui, ma ai tempi, ch'erano tempi di passaggio dalla concezione, dirò così, giudiziale del diritto a quella normativa di esso. Ma la replica avrebbe valore sino ad un certo punto, e, in ogni caso, mi pare resti assorbita dall'ulteriore doveroso rilievo che le prove raccolte dal K. non sembrano davvero sufficienti.

Se non erro, infatti, l'assimilazione ai giudicati delle *nuncupationes* e dei *legata* è soltanto una illazione dell'a., la quale non è certo legittimata dall'« *ita ius esto* » delle tab. 6.1 e 5.3: espressione che, in sé e per sé considerata, sembra avere significato ben diverso. Tutto, dunque, dipenderebbe, secondo il K., dalla dimostrazione che « *das Urteil schafft Recht* ». Ma non mi pare di potervi consentire, perché occorrerebbe dimostrare, a sostegno di simile tesi, qualche cosa di più, qualcosa che, peraltro, farebbe a pugno con l'ambientazione di una sia pur limitata concezione normativa del diritto nell'età decemvirale: e cioè che solo dalla sentenza scaturisce il diritto. Posto che questa ulteriore proposizione non è, con riguardo alla stessa evoluzione generale proposta dal K., dimostrata, è evidente che tutta la tesi dell'a. si traduce in una sua autorevole, ma personale, impressione.

D'altra parte, non so fare a meno di esprimere i miei dubbi in ordine al principio, già formulato dal Pflüger (in *ZSS.* 63 [1943] 301 ss.), che, nell'età delle *XII tabulae*, il giudicato privato fosse creativo di diritto ed avesse, più precisamente, efficacia *erga omnes*. Estremamente

tenui, anche se sottilissimamente argomentati, sembrano, a questo proposito, gli indizi che l'a. (p. 111 ss.) adduce in relazione al caso della *sententia* emessa dal *iudex privatus*: profondamente alterato e, comunque, di discutibilissima interpretazione, è, in particolare, Pomp. - Q. Muc. D. 40.7.29.1. Relativamente poi all'ipotesi che il processo si concludesse nella fase *in iure*, gli argomenti precipui, che l'a. (p. 104 ss.) produce, sono costituiti dalla efficacia universale dell'*addictio praetoris* nel caso di *in iure cessio* ed in quello di assenza *post meridiem* del *contravindicans* (tab. 1.8: « *post meridiem praesenti litem addicito* »): casi, si noti, che l'a. non ritiene isolati ed eccezionali, ma indicativi di una regola generale, secondo cui, salvo eccezioni, il processo privato si definiva *in iure* con una decisione magistratuale. Ma obbietterei, in primo luogo, che ambedue le citate fattispecie sono evidentemente fattispecie specifiche, non perducibili *ad consequentias*, nelle quali la *addictio praetoris* non copre affatto una decisione giudiziale, ma è legittimata dal comportamento concludente del *cedens* o dell'*absens*: sicché l'efficacia *erga omnes* non dipende dalla *sententia*, che non esiste, ma, analogamente a quanto avviene stragiudizialmente con la *mancipatio*, dalla volontà (nel caso dell'*absens*, presunta) delle parti in relazione alla speciale natura del diritto *de quo agitur* con l'*actio in rem*. In secondo luogo, ed a riprova di quanto ora affermato, obbietterei altresì che, come l'a. stesso esplicitamente riconosce (p. 110 s.), nel caso di *actio in personam* la decisione (fosse emessa dal magistrato o fosse piuttosto emessa dal *iudex privatus*, come io preferisco ancora credere) era sprovvista di efficacia *erga omnes*. L'efficacia universale conseguiva all'esercizio, in un secondo momento, della *manus iniectio*, allorquando il creditore insoddisfatto chiedeva ed otteneva di trasformare il suo diritto di credito verso il debitore in un diritto assoluto, e perciò appunto *erga omnes*, sulla persona di quest'ultimo. Sicché resta ancor meglio confermato che l'*addictio* magistratuale non aveva efficacia universale di per se stessa, ma era pronunciata in considerazione e dipendenza della incontestabile affermazione, da parte di un soggetto (attore, creditore) di un diritto che, per essere *in rem*, era ritenuto valevole *erga omnes*.

5. Ma quel che piú interessa è analizzare, sia pur brevemente, la tesi dell'a. relativamente alla concezione predecemvirale del *ius* in Roma. Tesi che, per quanto brillante e suggestiva, non può essere da me condivisa, per motivi che in parte ho già esposti in altri luoghi, indipendentemente dalla cognizione di quest'ultimo libro del K. (cfr., in particolare, la mia *Storia del diritto romano* e le citate lezioni su *L'ordinamento*).

Mi permetterei, in primo luogo, di contestare la fondatezza e la verosimiglianza, almeno in parte, di quelli che ho dianzi indicati come i due presupposti di tutta la concezione del K.: l'uno relativo ai rapporti storici tra *ius* e *mores maiorum*, l'altro relativo al rapporto dogmatico originario tra *ius* e *fas*. Vero mi sembra, come ho già accennato, che il *ius* sia stato originariamente relativo ai rapporti tra gli uomini (posteriormente detti di *ius privatum*); non parimenti convincente ritengo l'ulteriore affermazione della identificazione del *ius* originario con valutazioni singole di fattispecie, pur se correlate con un sentimento generico, naturalistico, del romanamente *iustum*. A mio parere è, viceversa, da ritenere che il *ius* sia stato storicamente una specificazione del *fas*, qualificata sin dall'inizio dal fatto di essere un complesso di *mores maiorum* relativi al regolamento normativo dei rapporti interumani.

Se non vedo male, l'a., aderendo in parte alla nota ed acuta tesi dell'Orestano (*Dal « ius » al « fas »*, in *BIDR.* 46 [1940] 194 ss.), ritiene che l'uso primitivo di *fas* (*nefas*) e *ius* (*iniuria*) sia stato un uso predicativo, al fine di indicare la liceità o meno di un comportamento: comportamento di interesse divino nel caso del *fas*, di interesse umano nel caso del *ius*. Orbene, l'uso in origine esclusivamente predicativo di *fas* (*nefas*) è concepibile e verosimile, perché si sarebbe trattato di rapportare un atto umano ad una tavola di valori predisposta dalla volontà divina e rivelata agli uomini dai sacerdoti. Non concepibile né verosimile sembra, invece, l'uso esclusivamente predicativo di *ius* (*iniuria*), perché: posto che tutto ciò che non ledesse gli interessi divini (che non fosse *nefas*) fosse qualificato *fas*, e cioè indifferente ai *numina*, è evidente che una qualifica di *ius* (*iniuria*) di un comportamento dovesse rapportarsi ad una tavola di valori predisposta dagli uomini stessi. Come si può qualificare un atto, se manca un criterio preesistente di valutazione? Come può dirsi di una fattispecie che sia *ius* (o *iniuria*), se già non si sia stabilito *a priori*, sia pur molto approssimativamente, cosa debba intendersi per *ius* e cosa per *iniuria*?

D'altra parte, l'asserzione che il criterio distintivo tra *ius* ed *iniuria* non fosse riposto nei *mores maiorum*, ma si desumesse di volta in volta in correlazione con un mero e vago sentimento di ciò che fosse naturalmente lecito oppure illecito, è un'asserzione che non sembra testualmente fondata e che, comunque, pare prendere le mosse da un equivoco di logica e di storia. I frammenti classici identificano il *ius* antico con i *mores maiorum*, concetto caratteristico, ben diverso da quelli di *mores* o *consuetudo* puri e semplici: il tentativo altra volta fatto dall'a. (« *Mores maiorum* » und *Gewohnheitsrecht* cit. 52 ss.), di dimostrarli inter-

polati non sembra davvero riuscito. In particolare, l'argomento che essi esprimano una concezione sciore rispetto a quella « naturalistica » del *ius* sembra il contrario della verità, perché furono proprio i giureconsulti classici quelli che considerarono, per quanto sappiamo, l'antichissimo *ius civile* naturalisticamente, cioè « tale perché tale » (alla stessa guisa e per lo stesso processo di pensiero per cui i giuristi postclassici considerarono « tale perché tale » il *ius vetus*, rispetto al *ius novum* dei loro tempi, le *leges*). Conseguentemente il rilievo che i testi che parlano di *mores maiorum* sono singolarmente pochi è un rilievo del tutto svaloriato dalla considerazione che i giuristi classici, proprio essi, non sentivano alcuna necessità di continuare ad invocare i *mores maiorum* come elemento giustificativo del carattere giuridico degli istituti civilistici. Ma, ad ogni modo, anche a voler prescindere da ogni considerazione testuale, in sede logica e storica ad un tempo vi è, secondo me, da obiettare all'a. (così come a quanti la pensano come lui) che chi non avesse avuto già chiaro il concetto di una determinazione normativa, cioè preventiva e generale, della distinzione tra *ius* ed *iniuria*, avrebbe magari affermato ad un contraddittore « *volo* », « *meum est* » et similia, ma non gli avrebbe certo fatto affermazioni del tipo « *ius feci* » o « *iniuria vindicavisti* » e via dicendo. Nessuno dubita che « *ex facto oritur ius* », ma nessuno può ritenere che, pertanto, il *ius* consista nel *factum*. E quanto al *ius Quiritium*, è da escludersi tanto che (come assume il De Francisci [*Arcana imperii* 3.1 (1948) 130 ss.]) ne sia stata prima fonte il provvedimento emanato in sede processuale dal *rex*, quanto che (come sostiene, conformemente all'a., per esempio, il Gioffredì, « *Ius Lex Praetor* », in *SDHI.* 13-14 [1946-47] 9 ss.) ne sia stata prima scaturigine il duello ordalico tra i contendenti. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso le parti non avrebbero detto, verbigratia, « *ius feci* » prima della decisione costitutiva di *ius*.

Io temo, in altri termini, per limitarmi alla tesi del K., che questi, arbitrariamente, assuma come momento logico e storico di genesi della « *ius-Vorstellung* » romana la fase pregiuridica, quindi irrilevante ai fini ricostruttivi, del caos, del disordine, della lotta indiscriminata tra gli uomini. Penso, inoltre, per le ragioni sopra accennate, che nessuna suggestione possa e debba indurci ad abbandonare la vecchia, ma saggia, concezione del *ius* come identificantesi nei *mores*, anzi, più precisamente, nei *mores maiorum*, vale a dire in consuetudini che, per essere degli antenati, non solo erano ritenute vincolanti, ma erano ritenute addirittura sacre e immutabili. Piuttosto, occorre precisare che il *ius*, sorto probabilmente nel seno delle *gentes* e delle *tribus* precittadine, fu una

specificazione del *fas*, nel senso che, posto che una certa sfera di attività era ritenuta indifferente agli dei e perciò *fas* per gli uomini, questi passarono a creare, nel seno di essa, una distinzione normativa tra *iustum* e *iniustum*: distinzione la quale, non potendo basare la sua autorità sull'intervento divino (anche l'*iniustum* era indifferente per gli dei, e perciò *fas*), né potendo fondarla su un potere politico veramente efficiente, affidò essenzialmente la sua forza vincolante all'autodifesa di chi avesse patito una *iniuria* e alla forza persuasiva della *interpretatio iuris* del *rex* e dei *pontifices*.

6. Perché un altro punto della ricostruzione del K., che poco riesce a persuadermi, sta nella tesi, oggi accolta da molti, che la decisione delle liti private sia stata inizialmente operata mediante un duello ordalico e sia stata successivamente, ma sempre in epoca antichissima, curata direttamente ed esclusivamente dal *rex*.

L'ipotesi del duello ordalico, del giudizio di Dio, mi sembra, invero, che sia esclusa dalle mie considerazioni precedenti. Se il *ius* era un criterio di valutazione umana, fondato su norme consuetudinarie (*mores maiorum*), non potevano essere i *numina* a decidere da che parte esso fosse, ma dovevano provvedervi, evidentemente, gli uomini stessi, sia pur con l'aiuto e l'esperienza dei sacerdoti. L'interpretazione del *sacramentum* come mezzo di interessamento dei *numina* alla risoluzione delle controversie umane mi convince sino ad un certo punto. Il *sacramentum* non era l'invocazione degli dei a proprio favore, ma era la promessa di un sacrificio in caso di soccombenza: se le sorti della lite fossero dipese dal giudizio di un *numen*, si capirebbe piuttosto il sacrificio di ringraziamento del vincitore, che non quello espiativo del soccombente, perché l'espiazione di costui sarebbe consistita appunto nel perdere la lite. Né si dica che la *summa sacramenti* dei tempi storici fu il valsente pagato per sfuggire alla morte, con cui altrimenti i *numina* avrebbero colpito il perdente. La morte, o comunque la soccombenza fisica, era l'esito inevitabile di un giudizio di Dio: il perdente non poteva sfuggirvi in nessun modo, perché proprio in ciò doveva consistere la determinazione della sua soccombenza, la decisione cioè della lite. Se il perdente pagava una *summa sacramenti* in Roma, ciò era perché, oltre che soccombente nella controversia, egli era anche il soccombente nella scommessa con l'avversario: ciò era, dunque, perché la decisione della lite, sebbene raggiunta attraverso la determinazione « *utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit* », non consisteva nel giudizio dei *numina* invocati con i *sacramenta*. La procedura sacramentale si rivela, insomma, esclusivamente come un espediente, singolarissimo, del processo

più antico (forse un espediente disposto per porre più chiara e imperiosa davanti agli occhi delle parti la necessità di non litigare temerariamente), ma non sembra possa essere addotta a conferma del carattere ordalico del primitivo giudizio privato.

Né direi che la decisione delle liti fosse in antico totalmente nelle mani del *rex*, anche se assai spesso possa essere accaduto che alla fase *apud iudicem* non vi sia stato bisogno di passare. Introdurmi nel vivo e minuto delle discussioni, che in proposito oggi si fanno, non mi è, evidentemente, possibile; ma non voglio tacere che, contro i vaghi argomenti che si adducono dai sostenitori della tesi del processo privato unico, sta sempre, a favore della concezione arbitrale del Wlassak, l'argomento, non indifferente, della inverosimiglianza che, accolto una volta il sistema del processo unitario, possa essersi passati a quello del processo diviso, per poi ritornare, con la *cognitio extra ordinem*, al sistema iniziale.

L'*iter* storico di gran lunga più probabile è sempre, a mio avviso, quello per cui, da un'età antichissima, nella quale la *iuris dictio* del *rex* altro non era che *iuris interpretatio* (cioè enunciazione dei principi del *ius*, in relazione ad una fattispecie prospettata dalle parti, come criterio di giudizio per un arbitro privato), si sia passati in Roma, con i *reges* etruschi, importatori dell'*imperium*, alla imposizione della *dictio iuris* ai contendenti: questi cioè erano tenuti a chiedere al *rex* quella *interpretatio*, che prima potevano anche non chiedergli, come condizione per il passaggio alla fase arbitrale. Ed è chiaro che, *in iure*, di fronte alle autorevoli enunciazioni del *rex*, accadesse spesso che l'una o l'altra parte, prevedendo la soccombenza, si dichiarasse vinta o comunque effettuasse la *cessio*. La qual tesi (per cui v., con maggiori precisazioni, *L'ordinamento* cit.) è, in fondo, salva l'anticipazione della distinzione tra *dictio* e *interpretatio iuris* alla fase etrusca del *regnum*, collimante con quella ben nota del De Martino (*La giurisdizione nel diritto romano* [1937] 3 ss.), che i rilievi dell'a. (p. 345 ss.) non mi sembra siano sostanzialmente riusciti a scalfire.

2. LA FATTUALITÀ DEL DIRITTO PIÙ ANTICO.

1. La lettura di un « corso » di Riccardo Orestano non è sol-

* In *Iura* 20 (1969) 560 ss. Recensione ad ORESTANO R., *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica* (Torino 1967) p. XI-278.