

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.

tanto illuminante, è gradevole. Gradevole come la conversazione con l'uomo Orestano, dal quale, avendolo incontrato per un colloquio di cinque minuti, ci si distacca con dispiacere dopo almeno due ore. Lo conferma questo volume, che raccoglie e rielabora le lezioni romane di qualche anno fa. Un volume pieno di spunti e di osservazioni sagaci, che Orestano ha dedicato ad un suo illustre predecessore nell'insegnamento di Roma, Pietro De Francisci.

Quattro capitoli. Il primo (p. 1 ss.) devoluto alla determinazione dei concetti cui il successivo discorso farà riferimento: i concetti di fatti di normazione e di ordinamento giuridico. Il secondo (p. 35 ss.) relativo agli aspetti normativi dell'ordinamento romano arcaico. Il terzo (p. 99 ss.) sul *ius* e sui problemi della produzione normativa nell'età regia. Il quarto (p. 179 ss.) sulla genesi delle *leges publicae*.

2. Cominciamo dall'impostazione metodologica. Orestano, rendendosi conto del fatto che per parlare di una cosa occorre usare parole, cerca opportunamente, all'inizio della sua fatica, di fissare alcuni concetti inquadrativi, diversi da quelli correnti, cui farà riferimento ai fini della sua trattazione. Cerca insomma di fissare un linguaggio, o almeno le sue personali varianti al linguaggio in uso tra gli storiografi del diritto.

L'iniziativa è tanto evidentemente legittima che non occorrerebbe neanche dirlo, se non vi fosse da parte mia, diciamo pure, il dente avvelenato di chi, per aver fatto lo stesso in alcune sue opere espositive dell'esperienza giuridica romana, si è trovato di fronte ad alcuni dubitosi lettori, i quali non sono rimasti molto soddisfatti (pare) per aver egli qualificato enti parastatali le *gentes* e le *familiae* arcaiche, denominato ausiliari di governo i *sacerdotes publici*, inquadrato nel concetto di vassallaggio lo *status* della *Latinitas* e così via dicendo. Ohibò, cosa sono queste eccentricità? Chi ci autorizza a ricorrere a queste categorie arbitrarie? È lo stesso O. (p. 17 s.) a rispondere: « Ogni concetto, ogni astrazione della scienza del diritto è da reputarsi . . . come una decisione metodologica, come un deliberato proponimento di guardare gli oggetti considerati in certe maniere e non in altre, di dar rilievo a certi tratti, di considerare essenziali certe relazioni ». E ancora: « Da ciò il carattere arbitrario dei concetti giuridici. E non ci si allarmi della parola, perché qui arbitrario si dice nel senso in cui oggi si dice arbitraria ogni scienza nel porre — attraverso un delicatissimo gioco di scelte — le proprie stipulazioni fondamentali, mediante le quali essa costruisce ad un tempo il proprio oggetto, il proprio linguaggio e se medesima ». Parole d'oro, che io sottoscrivo pienamente, pur dolendomi del fatto

di averle ritenute tanto ovvie da non averle scritte io stesso, in certi miei libri, a suo tempo.

I concetti di inquadramento cui l'a. fa ricorso sono tre: ordinamento giuridico, fatto normativo e fatto di produzione normativa (questi due ultimi unificati nel concetto di fatti di normazione). L'«ordinamento giuridico» è assunto in senso «istituzionale» (non cioè come complesso di norme, ma come realtà giuridica integrale), anche perché «l'aspetto piú fecondo di questo concetto è l'unificazione che permette di compiere fra determinate strutture organizzative di gruppo e il momento normativo del diritto, vale a dire la possibilità di concettualizzare e saldare in un'unica rappresentazione ciò che gli altri schemi concettuali presentano distinto e giustapposto, se non addirittura ripartito fra sfere diverse e comunicabili, l'essere e il dover essere» (p. 23). Per «fatti normativi» si intendono quei fatti (o quelle serie di fatti) che determinano per forza propria (non cioè in base ad una normazione preesistente) la costituzione, l'integrazione o la modificazione di un ordinamento giuridico (p. 28 s.). Infine come «fatti di produzione normativa» si ravvisano quei comportamenti umani «che, nell'ambito delle strutture organizzative romane e come loro espressione, hanno operato... la posizione di criteri positivi di guida e valutazione della condotta sociale collettiva del gruppo e delle relazioni all'interno di esso» (p. 29). Formulazioni di «voluta genericità», che sostituiscono, non so peraltro quanto efficacemente sul piano del merito, la concezione tradizionale del diritto come «dover essere» (da distinguersi nettamente dall'essere, il quale può rivestire tanto carattere di conformità quanto carattere di difformità rispetto al diritto) e la altrettanto tradizionale metafora delle «fonti (di produzione) del diritto».

Ma tralasciamo ogni discussione su queste scelte, o meglio su queste prefissioni di categorie espressive, e veniamo al concreto ed al vivo della ricerca, che è costituito dall'esperienza romana «arcaica». A quali secoli questa esperienza si riferisca è facile capirlo: ai secoli che vanno dalle origini di Roma sino ai tempi propriamente «storici» (almeno cioè sino al sec. V o IV a.C.). Quel che apparentemente è meno facile da intendere è come mai l'a., che osteggia l'evoluzionismo sino al punto da deplorare persino l'innocente periodizzazione del diritto romano in arcaico, preclassico, classico e postclassico (cfr. *Introduzione allo studio storico del diritto romano*² [1961] 465 ss., spec. 467 nt. 1), qualifichi poi qui come «arcaica» (quindi come embrionale o iniziale) l'esperienza giuridica piú antica e si valga per ricostruirla, direttamente o *per relationem*, anche (e fa bene) del metodo dell'induzione evoluzionistica (par-

tendo cioè da strutture storicamente accertate per ipotizzare le loro funzioni originarie). Ma l'evoluzionismo è *vitandus* o non lo è?

Come è vero che scrivere la storia è qualcosa di ben diverso dal dire in astratto come la si deve scrivere.

3. Come si è formato l'ordinamento giuridico romano? A quale fatto normativo si deve far risalire la determinazione delle strutture organizzative arcaiche? Ecco il primo problema storiografico affrontato dall'a. (p. 35 ss.): un problema dietro al quale « v'è tutta la storiografia costituzionale di Roma, nell'età regia e per larga misura anche nelle età successive, non solo in quella repubblicana, ma ancora in maniera spiccatissima nel principato » (p. 37).

Secondo Orestano, i punti essenziali da mettere in evidenza sono tre. Punto primo (p. 37 ss.): anche se è vero che Roma non sorse in un sol giorno, ma derivò da una serie di precedenti processi aggregativi (« federativi » no, non si dice, perché farebbe pensare, secondo O., solo ad espliciti e solenni trattati di confederazione: p. 44 e nt. 4), l'ordinamento romano ebbe carattere originario, cioè si manifestò come tale nel momento stesso in cui gli ordinamenti anteriori (*tribus, gentes, familiae*) passarono ad essere inquadrati nel nuovo ordinamento generale romano. Punto secondo (p. 69 ss.): la genesi (e il primo svolgimento) dell'ordinamento generale romano ebbe carattere « fattuale », non va cioè ricondotta a fatti di produzione normativa (le *leges regiae*, ad esempio), ma a fatti normativi, a fatti che, « in luogo di porre una norma destinata a disciplinare una situazione, pongono in essere, attuandola, la situazione stessa ». Punto terzo (p. 82 ss.): il fondamento del potere esercitato dal *rex* nella *civitas* primitiva non derivò da elementi esterni al *rex*, ma consistette nell'esistenza stessa del *rex*, perché « non è pensabile e non esiste mai potere senza ordinamento, né ordinamento senza potere » (p. 90).

Naturalmente lo schema espositivo ora ricordato è integrato dall'a. con ampie considerazioni dimostrative e con vari *excursus*, talvolta di notevole interesse (v. ad es. la digressione sulle *gentes* e sulle *familiae*, a p. 48 ss., o quella sul pomponiano « *omnia manu a regibus gubernabantur* », a p. 77 ss.). Tuttavia l'attenta lettura di tutte queste pagine non è tale da dissolvere, almeno in me, il dubbio che la ricerca di quel che avvenne in concreto (o che sarebbe potuto concretamente succedere) abbia ceduto, almeno in parte, alle astrazioni della logica formale. Non nego che l'ordinamento giuridico primigenio di Roma sia stato perciò, appunto perché primigenio, originario: questa deduzione va da sé. Non nego che qualche prima determinazione dell'ordinamento

giuridico romano possa essere consistita in fatti normativi: questa tesi è probabile. Oltre però non andrei, perché non mi sembra che gli indizi a disposizione lo autorizzino.

Gli indizi di cui disponiamo depongono anzi in senso contrario. Ho l'impressione infatti che Orestano, pur parlandone tanto ampiamente, sottovaluti le *gentes*, le *familiae*, i *patres*, gli stessi *Quirites* nella loro comunanza di vita, ed abbia inoltre una visione troppo artificiosa, direi poco realistica, della *civitas* primitiva. Se la *civitas* si è formata e si è accresciuta, è stato ben perché le *gentes*, le *familiae*, più in generale i *Quirites*, hanno voluto aggregarsi in essa (cioè si sono federati nel nuovo organismo, beninteso con *foedera* in senso primordiale, che non hanno nulla a che vedere col trattato di Versailles). Ebbene, ciò posto, è credibile, è umano che, una volta verificatasi la aggregazione, i gruppi o gli elementi singoli che l'avevano voluta si siano disfatti nel seno della *civitas*, perdendo di colpo (dico: da un momento all'altro) ogni carica di potere? Evidentemente no. È ovvio, almeno sul piano della più elementare verosimiglianza, che essi il loro « peso » specifico precittadino non l'abbiano tutto e di colpo perduto, anzi abbiano preteso di conservarlo il più a lungo possibile, sia pur temperandolo in un sistema di accordi, di delibere collettive, di programmi a breve e a lungo termine. Alla tradizione non bisogna credere ciecamente, ma non si può neppure metterla tutta quanta irragionevolmente da parte. Se poco o affatto credibili sono i *comitia curiata* in veste deliberante, credibilissima è l'assemblea dei *patres* (il cd. *senatus*) di cui ci parla la leggenda, credibilissima è la sua importanza schiacciante nella vita politica e religiosa della comunità, credibilissima è la dipendenza dalle sue scelte (e dalle possibili revocche delle stesse), quindi la dipendenza dai suoi voleri, dell'istituto stesso del *rex*. Salvo che non si voglia abbracciare l'ipotesi del *ductor* primevo e del *comitatus* che gli si sottomette integralmente (ipotesi che ci riconduce, con altre parole, alla leggenda di Romolo), bisogna figurarsi la progressiva formazione e unificazione della *civitas* come la storia di un'istituzione unitaria scaturita pian piano dall'avvicinarsi, dal coordinarsi, dal fondersi in unità di istituzioni autonome precedenti. Ma tutto ciò implica che la *civitas* romana ben poco debba del suo essere a fatti normativi e molto invece debba a fatti di produzione normativa, cioè ai *foedera* (agli accordi, alle intese anche tacite) tra i *patres*, alle loro deliberazioni di comitato (il *senatus* della leggenda), alle determinazioni normative da loro prese e comunicate ai *Quirites* dei *comitia* dai *reges* (quindi alle cd. *leges regiae*).

E una parola sia anche dedicata al notissimo Pomp. *sing ench.*

D. 1.2.2.1: ...*initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur.* Orestano (p. 77 ss.) intravede in questo passo « il ricordo del carattere essenzialmente 'fattuale' del primitivo regime giuridico di Roma », sopra tutto per « il richiamo alla *manus* come indicazione e qualificazione del concreto esercizio del potere regio ». Indubbiamente l'uso del termine *manus* per indicare il potere dei re è suggestivo e non è da escludere che Pomponio vi abbia fatto ricorso proprio per sottolineare la indeterminatezza, la vastità, l'assenza di precisi confini della potestà regia in età arcaica, allorquando la *civitas* era *sine lege certa, sine iure certo*. Ma più di tanto dal testo non si può ricavare. Pomponio non si sottrae, per quanto risulta, alla leggenda di Romolo creatore delle istituzioni politiche e di Numa creatore di quelle religiose, ed è ad essa che implicitamente si riferisce. Il suo discorso non può essere utilizzato, insomma, per contestare le deduzioni dianzi esposte.

4. Nel quadro delle strutture politico-costituzionali della *civitas* arcaica, come si formarono i criteri di guida e di valutazione della condotta sociale all'interno della stessa *civitas*? È il problema cui Orestano, rifacendosi in parte a suoi precedenti e ben noti studi, dedica gli ultimi due capitoli del libro (p. 99 ss.).

In sostanza, la tesi è questa. Il regolamento della vita infracittadina rappresentò, rispetto alla costituzione della *civitas*, un *posterius*, cioè un complesso di fatti di produzione normativa. *Posterius* logico, non necessariamente cronologico, perché anzi gran parte delle regole di vita del cittadino arcaico altro non furono, presumibilmente, che le stesse modalità di disciplina sociale correnti all'interno dei gruppi precittadini: modalità recepite dalla *civitas* come opportune alla sua pacifica e ordinata esistenza, e quindi tradotte in comandi generali e astratti. D'altra parte, a prescindere dal fatto che molte regole della vita precittadina nelle singole comunità vennero necessariamente scartate, questo *corpus* originario di regole di condotta era, e diventava sempre più col tempo, troppo poca cosa rispetto alle esigenze sempre più numerose e complesse della *civitas*. Bisognava integrarlo, sopra tutto sul piano della repressione degli atti antisociali, cioè lesivi degli interessi collettivi nuovi della nuova comunità, nonché sul piano della risoluzione delle controversie insorgenti tra i *cives*, o meglio tra i *patres familiarum* portatori ciascuno degli interessi del gruppo che a lui facesse capo. Dapprima furono esclusivamente i *reges* a risolvere il problema, interponendo la loro autorità politico-religiosa nella ricerca della volontà divina (e quindi della sua rivelazione, il *fas*), che le credenze antiche ponevano

alla radice delle sorti degli uomini. Il passaggio dall'inespresso all'espreso, dall'essere al dover essere, dall'istituzione alla norma fu essenzialmente opera dei loro interventi, e in particolare delle loro decisioni delle controversie concrete: decisioni che, se ho ben capito, non si generalizzarono in principi normativi in quanto uniformemente si ripetettero, ma si ripeterono uniformemente nei casi singoli in quanto costituirono dei « precedenti » determinativi, come dicono gli inglesi, di un successivo « *stare decisis* ». Ma a questo primo modo « fattuale » di produzione giuridica un altro se ne aggiunse, e fu la formazione del diritto mediante la « parola creatrice » (a sfondo magico o mitico) estrinsecantesi in enunciazioni rivolte direttamente dal *rex* alla comunità tutta, rappresentata dai *comitia curiata*, quindi nel *verba facere ad populum*, nel *legem dicere* del *rex* (p. 179 ss.). Fu la rivoluzione plebea a rovesciare anche in ciò il rapporto tra *rex* e *populus*. Fu essa, a partire dalle *leges sacrae*, ad imporre, o almeno a profilare, il nuovo concetto (non più antico, ma repubblicano) della legge come volontà del popolo o come espressione di consenso del popolo alle proposte dei suoi capi.

Il solo fatto che circa duecento pagine del libro siano state da me condensate in un solo capoverso fa capire quante e quanto interessanti considerazioni (o in qualche caso, non meno interessanti divagazioni) io abbia tralasciato nel mio fulmineo riassunto. Tutto il migliore e più tipico Orestano (l'Orestano delle due ore di avvincente conversazione) è in quelle duecento pagine così ricche di spunti e calde di umanità. Ma l'economia di una recensione (oltre che, forse, l'inclinazione del carattere) fanno inevitabilmente di me, in questa sede, l'uomo che deve dir tutto in cinque minuti. La linea essenziale della ricostruzione storica è (o almeno mi pare) quella che ho tracciato. Convince?

Almeno per quanto mi riguarda, dirò che convince solo sino ad un certo punto, anche se piace, e molto, in ogni sua fibra. Vorrei tanto che le cose fossero andate così, ma non riesco interamente a credervi. Lasciando da parte ogni intento di difendere o di valorizzare quella che è la mia personale ricostruzione (per la quale rinvio alla sintesi della mia *Storia del diritto romano*⁴ [1969] 101 ss.), io mi permetto di ricordare a me stesso che i capi, sopra tutto nei tempi più antichi (tempi meno scanzonati degli attuali), hanno sempre fatto ricorso (magari anche in buona fede) ai « miti » per dar forza al loro potere. Ma è a questa maschera che vogliamo fermarci, mettendoci dunque al livello dei sudditi di quei capi, o è il vero volto delle cose che vogliamo quanto meno tentar di scoprire? Suvvia, gli uomini son sempre gli stessi, nelle loro fattezze corporee, nei loro egoismi, nella loro tendenza al potere.

E posto ciò, come è possibile credere pienamente a tanta autorità degli antichi *reges*, se pur ci risulta tanto chiaramente che i *reges* erano condizionati dal *senatus* e che quest'ultimo, la conferenza dei *patres*, era in realtà, ancora in epoca repubblicana, l'assemblea dei *reges*?

5. Nulla è sicuro dell'età arcaica di Roma, ma la ricostruzione meno malsicura, a mio avviso, è ancora quella che vede nel *ius* degli antichi *Quirites* un insieme lentamente accresciutosi di *mores maiorum*, di costumanze sacralizzate dal fatto di essere state quelle degli antenati, e che vede invece nelle *leges regiae* la comunicazione *ore rotundo* alle *curiae*, da parte dei re, della volontà dei notabili, i *patres*. E non a caso, per quanto sappiamo, l'ordinamento cittadino (che non coincideva sempre con l'ordinamento giuridico) risultava di almeno due componenti ben distinte, di cui l'una era il *ius* e l'altra, nettamente al di fuori del *ius*, era la *lex*.

Il sistema anglosassone del « case law » e dello « *stare decisis* », cui l'Orestano si richiama, è strettamente legato, occorre pur ricordarlo, a mezzi di pubblicazione o documentazione dei provvedimenti giudiziari che gli antichi Romani, sempre per quanto sappiamo, non sospetavano neppure. Non è persuasiva, pertanto, la costruzione del *ius* come un insieme di « precedenti ». Può persuadere soltanto la sua costruzione come un insieme di autorevoli consuetudini, note perché largamente e lungamente osservate, inderogabili perché praticate dagli antenati. Quanto alle *leges*, il fatto che esse fossero differenziate dal *ius* significa, se non mi inganno, proprio il contrario di quanto sostiene Orestano: esse non creavano il diritto o (in una visione pluralistica dell'ordinamento giuridico) un altro diritto (diverso dal *ius*), ma erano solo mezzi di proclamazione di delibere del corpo dirigente.

Se di « precedenti » vincolanti si vuol proprio parlare, il concetto si attaglia molto più alle *leges regiae* (comunicate al popolo tutto), che non alle sentenze tra due parti (e alla presenza occasionale di pochi astanti) sotto la quercia o davanti alla *Regia* del capo. Solo rispetto alle *leges* si può configurare (*mutatis mutandis*) una sorta di conseguente « *stare decisis* ». Ma, se ciò è vero, perché mai il *ius* (quello diverso dalle *leges*) non era posto anch'esso da *leges*, da « parole creatrici »?

Chi non vede, concludo, la necessità di ammettere che alle origini del *ius civile Romanorum* vi fu un nucleo di *mores maiorum*?