



SOCIETÀ ITALIANA DI STORIA DEL DIRITTO

Le legalità e le crisi della legalità

a cura di

Claudia Storti



G. Giappichelli Editore

Le legalità
e le crisi della legalità

Le legalità e le crisi della legalità

a cura di

Claudia Storti



G. Giappichelli Editore

Comitato scientifico

Claudia Storti, Italo Birocchi, Massimo Brutti, Floriana Colao
Paolo Garbarino, Andrea Lovato, Marco Nicola Miletta
Salvatore Puliatti, Emanuele Stolfi, Elio Tavilla

© Copyright 2016 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-0701-4

Volume pubblicato con il contributo della Società Italiana di Storia del Diritto.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

... uno degli aspetti più paurosi della diffusa "angoscia" che travolge il mondo nei suoi spasimi è data dalla crisi del diritto: che si potrebbe anche più esattamente denominare crisi della fiducia nella legge. Non si tratta della sfiducia in un dato sistema di leggi, che sia insieme, come avveniva alla vigilia della rivoluzione francese, speranza e professione di fede in altre leggi destinate a prendere il posto di quelle invecchiate; si tratta di una sfiducia molto più torbida e distruttiva, che attacca con lo stesso corrosivo scetticismo, indipendentemente dal contenuto delle leggi, il principio stesso della legalità, cioè proprio lo strumento logico che la civiltà occidentale ha inventato da millenni per esprimere il diritto in forma generale ed astratta.

(P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, 1942, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, n. ed. a cura di G. ASTUTI, Giuffrè, Milano, 1968, p. 170)

INDICE

pag.

CLAUDIA STORTI

IL CONTRIBUTO DEGLI STORICI DEL DIRITTO (E NON SOLO)
ALLA RIFLESSIONE SU 'LE LEGALITÀ E LE CRISI DELLA LEGALITÀ' XIII

1. Legalità: un termine problematico e polisemico XIII
2. Legalità vs. autonomia e eteronomia XVI
3. Prove alto medievali di legislazione e pluralismo medievale XX
4. Dall'autonomia del diritto verso la «legge dei moderni» XXIII
5. Il caleidoscopio dei secoli XIX e XX XXV
6. Per concludere ... con qualche interrogativo XXVIII

PATRIZIA GIUNTI

IL MARE DEL DIRITTO.
LEGALITÀ E FAMIGLIA IN ROMA ANTICA 1

1. L'isola e il suo mare: il senso di una metafora 1
2. Il mito di Antigone nella riflessione giuridica del secondo dopoguerra 4
3. Legalità e famiglia: l'invettiva del terzo libro degli *Annales* 6
4. Legalità e famiglia: la *rogatio Canuleia* nei *Libri ab Urbe condita* 10
5. Polisemia della legalità 13
6. Autodeterminazione familiare: fuga dal diritto e domanda di diritto 15
7. «Ciò che esisterà domani» 18
8. Per una 'ontologia' della crisi 19

VALERIO MAROTTA

LEGALITÀ REPUBBLICANA E INVESTITURA IMPERIALE
NELL'*HISTORIA AUGUSTA* 21

1. *Proconsulare imperium* e *tribunicia potestas* 21
2. Le assemblee cittadine: persistenze e trasformazioni di un rituale politico 30

	<i>pag.</i>
3. La 'rivoluzione giuridicamente permanente'	36
4. La <i>res publica</i> e le sue istituzioni	45
5. La 'posizione imperatoria': carica unitaria o somma di poteri?	49
6. Principato e assetti istituzionali preaugustei: la riflessione tardoantica	59
FRANCESCO ARCARIA	
DA OTTAVIANO AD AUGUSTO: REPRESSIONE DEL DISSENSO E CRISI DELLA LEGALITÀ NEL PASSAGGIO DALLA REPUBBLICA AL PRINCIPATO	63
1. Premessa	63
2. Oggetto dell'indagine	64
3. Il caso di Quinto Gallio	65
4. Il caso di Salvidieno Rufo	73
5. Il caso di Cornelio Gallo	89
6. Conclusioni	96
CARLO LANZA	
"CRISI DELLA LEGALITÀ" ESPERIENZA CONTEMPORANEA. <i>EXEMPLA ROMANI</i>	99
MASSIMO MECCARELLI	
PENSARE LA LEGGE NEL TEMPO DELL'AUTONOMIA DEL DIRITTO. ESPERIENZE MEDIEVALI E MODERNE	127
1. L'ambito della legalità in età medievale e moderna: determinazione dell'oggetto	127
1.1. La dimensione costituzionale delle città nel tardo medioevo: l'interazione tra autonomia politica e giuridica	129
1.2. Lo statuto e lo <i>ius commune</i>	133
2. Prospettive di senso in età moderna: l'affrancamento dall'autonomia del diritto di stampo medievale	136
3. Lo spazio della legge tra volontarismo e <i>systema</i> nelle dottrine a progettualità radicale	137
3.1. Nuove costruzioni per il concetto di legge	137
3.2. L'autonomia del diritto dall' <i>ordo</i> al <i>systema</i>	140
3.3. Per una storia delle prospettive di senso originanti le nuove concezioni della legalità	142

	<i>pag.</i>
4. Lo spazio della legge tra teologia e giustizia nelle dottrine a progettualità inclusiva	145
4.1. La legge come strumento per un recupero dell'ordine giusto	145
4.2. L'autonomia del diritto nel quadro del nuovo rapporto tra scienza giuridica e teologica	149
5. Lo spazio della legge nelle dottrine a vocazione realistica	151
6. L'età moderna come tempo di costruzioni diverse dello spazio della legge. Prospettive metodologiche	155
PAOLO ALVAZZI DEL FRATE	
LEGALITÀ E RIVOLUZIONE NEL SETTECENTO RAZIONALISTA	159
1. Premessa	159
2. Legalità: i significati del termine	160
3. Legalità e crisi: tradizione e ragione	161
4. Valore simbolico del concetto di legalità	162
5. Razionalismo e Individualismo	162
6. L'invenzione del potere costituente	164
7. Il precedente inglese	165
8. Volontarismo e potere costituente	165
9. Considerazioni	168
BERNARDO SORDI	
LEGGE E AMMINISTRAZIONE: INCONTRI E SCONTRI	171
1. Premessa	171
2. Legalità-potere	174
3. Legalità-garanzia	175
4. Legalità-sistema	177
5. La legalità novecentesca	179
LUIGI LACCHÈ	
«ALZATE L'ARCHITRAVE, CARPENTIERI».	
I LIVELLI DELLA LEGALITÀ PENALE	
E LE "CRISI" TRA OTTO E NOVECENTO	183
1. Una possibile allegoria	183
2. Le crisi e le legalità	186
3. Come un Giano bifronte	188
4. Rappresentare uno stile di pensiero: Francesco Carrara	190

	<i>pag.</i>
5. Se il codice regna ma non governa	192
6. A mo' di epilogo	201
MAURO BARBERIS	
UN'ALTRA LEGALITÀ ESISTE. BREVE STORIA DEL PRECEDENTE GIUDIZIALE	207
1. Una definizione preliminare	208
2. L'emersione di DPG	211
3. DPG: formulazioni dottrinali	213
4. DPG: emersioni istituzionali	216
5. Le estensioni statunitensi di DPG	220
6. Critiche utilitariste	222
7. Critiche giusrealiste	225
8. Critiche postmoderniste	228
9. Trasfigurazioni	229
10. Morali della storia	232
<i>Indice dei nomi</i>	233

CLAUDIA STORTI

IL CONTRIBUTO DEGLI STORICI DEL DIRITTO (E NON SOLO) ALLA RIFLESSIONE SU 'LE LEGALITÀ E LE CRISI DELLA LEGALITÀ'

SOMMARIO: 1. Legalità: un termine problematico e polisemico. – 2. Legalità vs. autonomia e eteronomia. – 3. Prove alto medievali di legislazione e pluralismo medievale. – 4. Dall'autonomia del diritto verso la «legge dei moderni». – 5. Il caleidoscopio dei secoli XIX e XX. – 6. Per concludere ... con qualche interrogativo.

1. *Legalità: un termine problematico e polisemico*

Nella storia europea, non vi è epoca nella quale la legge non sia comparsa tra le fonti del diritto per disciplinare, secondo la volontà del potere politico e con diversi livelli di effettività, ambiti più o meno estesi della vita pubblica. Né epoca nella quale la legge non abbia creato campi di tensione, in misura maggiore o minore, con altre fonti di diritto di carattere non legislativo, né, ancora, epoca nella quale tale incontro/scontro non sia stato determinato dai caratteri 'costitutivi' o 'costituzionali' dei rapporti tra potere politico, comunità, individuo. Di frequente, allorché il potere ha cercato di intervenire nel sistema delle fonti di diritto per concentrare nelle proprie mani ambiti di regolazione, lo scontro con la società – nel bene e nel male – è stato fenomeno ricorrente. La società e i suoi corpi, con le loro sensibilità e cultura, hanno di sovente opposto resistenze o incomprensione all'uniformazione o alle modifiche alla tradizione imposte tramite il ricorso alla legge.

Nel 'labirinto delle istituzioni europee'¹, ogni contesto ha avuto un suo «spazio della legge» come – preteso – fattore ordinante della società elaborato 'dall'alto'². In ogni contesto, pur nella diversità dei suoi connotati, la legge è

¹ P.P. PORTINARO, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna, il Mulino, 2007, e cfr. rec. di P. COSTA, in *QF*, 37(2008), pp. 598-603.

² M. MECCARELLI, *Pensare la legge nel tempo dell'autonomia del diritto. Esperienze medievali e moderne*, in questo volume, pp. 127-157.

entrata in collisione con altre fonti di produzione del diritto di origine non ‘politica’ e ha generato campi di tensione nei diversi livelli della vita e della cultura della società³. In particolare, ogni contesto ha vissuto crisi a causa di leggi ‘non’ buone e ‘non’ giuste, o mal scritte o ancora a causa della mancata realizzazione di una delle sue funzioni essenziali: quella di rendere conoscibili e prevedibili le conseguenze dei fatti considerati come giuridicamente rilevanti dall’autorità politica.

In tale prospettiva e con la condivisione dei colleghi che hanno accettato di addossarsi l’onere di contribuire all’impresa, un tema ‘classico’ come quello della legalità, oggetto di studi autorevoli del passato e del presente, implica anche un continuo ripensamento sullo stesso ruolo del giurista⁴. Lo abbiamo declinato nel plurale ‘le legalità’ per sollecitare la riflessione sulle tante dimensioni istituzionali nelle quali la legge è stata inserita nel sistema delle fonti del diritto nei diversi contesti nei quali la storia europea si è dipanata tra momenti di continuità e di discontinuità. Nel continuo lavoro della scienza giuridica e delle istituzioni, si ha di tanto in tanto l’impressione che il diritto sia sottoposto a quel postulato della meccanica classica per cui «Nulla si crea, nulla si distrugge, tutto si trasforma». Di tali continue trasformazioni o fratture, anche la legge, e in taluni momenti storici, la legalità, danno una rappresentazione.

Come i contributi qui raccolti non mancano di segnalare, l’orizzonte della legalità, uno dei pochi termini del vocabolario giuridico applicabile a tutto il corso della storia della nostra civiltà⁵, ha indubbiamente un carattere polisemico non solo in se stesso, ma anche con riguardo agli ambiti fatti oggetto di inquadramento o di intervento della disciplina legislativa.

Nell’Europa continentale, legalità, come centralità e superiorità gerarchica della legge, diventa espressione, tra XVII e XVIII secolo, di una nuova concezione della sovranità, che tutela la sicurezza senza essere necessariamente garanzia del bilanciamento del valore della sicurezza con quello della libertà⁶. Nata come antitesi alla ‘giurisprudenzialità’ e al metodo – anche ‘creativo’ – di giuristi e di giudici di elaborare regole e principi per via interpretativa in un

³ C. LANZA, ‘Crisi’ della legalità. Esperienza contemporanea e exempla romani, in questo volume, pp. 93-126, in part. pp. 100-101, 112-116 e P. ALVAZZI DEL FRATE, *Legalità e rivoluzione nel Settecento razionalista*, in questo volume, pp. 159-170, in part. p. 159.

⁴ Ogni disciplina, dal civile, al penale, all’amministrativo al tributario ha proprie esigenze e limiti in tema di legalità; per qualche profilo di carattere storico e generale: C. LUZZATI, *La politica della legalità: il ruolo del giurista nell’età contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2005; *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, (Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 36), Milano, Giuffrè, 2007.

⁵ MECCARELLI, *Pensare la legge*, (nt. 2), in part. p. 127.

⁶ P. COSTA, *Pagina introduttiva. (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Principio di legalità* (nt. 4), t. I, pp. 1-39, in part. pp. 6-7.

sistema a più fonti come quello di diritto comune, il principio di legalità ha impresso una considerevole accelerazione alla tendenza del potere politico ad accentrare nelle proprie mani la titolarità della produzione di norme giuridiche in ambiti anteriormente riservati all'autonomia e, a sua volta, ne è stato l'effetto.

Il lemma legalità ha avuto, anche, il significato di diritto scritto e certo nella sua volontà dispositiva, ma il suo campo semantico, le sue 'ragioni', i suoi fondamenti e le sue conseguenze hanno rivelato considerevoli risvolti problematici⁷.

Usiamo il termine legalità, nelle differenti declinazioni, soprattutto, illuministica e ottocentesca, di pilastro della certezza al quale, si sono aggiunti, nel tempo e nei diversi contesti, quelli di baluardo dell'uguaglianza dei cittadini dopo l'invenzione del soggetto unico di diritto e di limite all'arbitrio del potere a seguito dell'attuazione della separazione dei poteri nello Stato di diritto. In termini di effettività, pochi di questi postulati, come evidenziano gli studi qui pubblicati, ebbero una stabile efficacia.

La «legge dei moderni» è stata concepita, per gran parte del secolo XX e fino all'inizio del costituzionalismo, come forma di monismo del comando del potere politico che ha costituito uno dei 'miti' della modernità⁸. È stata, innanzitutto, strumento dell'assolutismo statale, anziché della volontà generale del corpo politico, come avrebbe voluto la teoria di Rousseau anticipatrice della rivoluzione francese⁹, dell'assolutismo di uno Stato liberatosi tutto insieme della giurisprudenzialità e del potere interpretativo dei giuristi, della consuetudine e della prassi non diversamente che delle prerogative dei 'corpi' privilegiati.

Usiamo, dunque, il principio di legalità ora come valore, ora come disvalore. E lo usiamo in quest'ultima accezione, innanzitutto, quando ci troviamo di fronte a un allontanamento dalla legalità sostanziale, che dovrebbe coincidere con giustizia. Basti pensare al paradosso di un potere politico che al dominio della legalità sostanziale ha sostituito quello della legalità 'formale' della legge di eccezione¹⁰ che Mario Sbriccoli ha considerato un carattere permanente della storia italiana¹¹, dall'unificazione al periodo del terrorismo rosso, nero e

⁷ Per una sintetica rassegna nella prima Repubblica: M. LONGO, voce *Certezza del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Torino, UTET, 1957, pp. 124-129; S. FOIS, voce *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 22, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 659-703.

⁸ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Varese, Giuffrè, 2007³, pp. 5-9, 55-82.

⁹ MECCARELLI, *Pensare la legge*, (nt. 2), pp. 137-138.

¹⁰ L. LACCHÈ, «Alzate l'architrave, carpentieri». *I livelli della legalità penale e le "crisi" tra Otto e Novecento*, in questo volume, pp. 183-205.

¹¹ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano* in *Storia d'Italia, Annali 14: Legge, Diritto, Giustizia* a cura di L. VIOLANTE, Torino, Einaudi, 1998, pp.

mafioso¹². La “banalità del male” ha coinvolto anche i processi legislativi¹³, ai quali talvolta alcuni giuristi hanno dato supporto a causa «del fascino del regime»¹⁴. Senza dire dell’idealismo e del feticismo insito nel dogma dell’«illimitata autorità del potere legislativo»¹⁵, oppure del «fallimento del diritto statale», realizzatosi con i totalitarismi e le guerre, che rappresentano – nel sentimento di tutti e nelle parole di grandi personalità come Piero Calamandrei e Filippo Vassalli – «l’illegalità come regime»¹⁶, fino all’«inarrestabile processo di privatizzazione della produzione del diritto» e all’«odierna incertezza del diritto»¹⁷.

2. Legalità vs. autonomia e eteronomia

Sulla base di queste ultime premesse, il contributo di Patrizia Giunti prende avvio dalla tragedia di Antigone – «il testo forse più influente nelle riflessioni della cultura occidentale sul diritto» – come emblema del conflitto tra la legge non scritta della tradizione e la legge imposta dal potere politico¹⁸. Il tratto permanente dell’esperienza storica occidentale diventa dunque la «tensione tra fuga dal diritto e domanda di diritto» che costituiscono anche i due

485-551 ora in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, t. I, pp. 591-670, in part. pp. 601 ss. e 623 ss.; cfr., anche per i riferimenti bibliografici.

¹² F. COLAO, *Giustizia e politica. Il processo penale nell’Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 137-303.

¹³ H. HARENDT, *La banalità del male. Eichmann e Gerusalemme*, trad. it. di *Eichmann in Jerusalem: a Report on the Banality of Evil* del 1963, trad. P. BERNARDINI, Milano, Feltrinelli, 2009¹⁴.

¹⁴ S. GENTILE, *La legalità del male: l’offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, Torino, Giappichelli, 2013; *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. BIROCCHI, L. LOSCHIAVO, Roma trE-Press, 2015.

¹⁵ P. GROSSI, *Pagina introduttiva (Ripensare Gény)*, in *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, Milano, Giuffrè, 1992 (Quaderni Fiorentini, 20 (1991)), pp. 1-51, in part. pp. 35-38; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Legalità e rivoluzione* (nt. 3), in part. p. 158; B. SORDI, *Legge e amministrazione: incontri e scontri*, in questo volume, pp. 171-181, in part. pp. 172-173.

¹⁶ LACCHÈ, «Alzate l’architrave, carpentieri» (nt. 10), p. 203 e P. GIUNTI, *Il mare del diritto. Legalità e famiglia in Roma antica*, in questo volume, pp. 1-20, in part. pp. 3-4.

¹⁷ P. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, in *Giustizia civile* (2014), n. 4, pp. 921-955, in part. pp. 928-929; ID., *Lungo l’itinerario di Pietro Calamandrei*, in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2014 (per la storia del pensiero giuridico moderno, 106), pp. 33-54.

¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 62-66.

livelli della crisi della legalità e del diritto intesi come espressione del potere legislativo: una legalità insufficiente, da un lato, e una legalità invasiva dello spazio di autonomia del privato, dall'altro. E tutto questo rispecchia l'eterno contrasto tra anomia, autonomia e eteronomia che rappresenta «l'unica prospettiva immanente al discorso giuridico, l'unica predicazione possibile intorno al diritto: la sua riforma». In questo si risolve anche la funzione del giurista, perennemente impegnato alla ricerca del punto di equilibrio tra certezza e giustizia, legalità e equità. Tali rilievi finiscono poi per ridimensionare il discorso sulla crisi della legalità e del diritto quale espressione del potere legislativo che ci accompagna dall'inizio del Novecento, che è discorso antico come lo storico dell'antichità ci insegna a riconoscere¹⁹.

L'intervento del potere politico nella disciplina della famiglia è affrontato sul filo della metafora dell'«arcipelago o dell'«isola» costituita da sentimenti e da costumi nei confronti della quale, anche secondo l'opinione di una parte dei Costituenti repubblicani, il legislatore dovrebbe evitare di intromettersi: un ambito «in cui è diritto il limite che il legislatore statale pone a se stesso»²⁰. La legislazione augustea in campo matrimoniale non tanto violò il principio dell'«autodeterminazione della struttura familiare»²¹ quanto piuttosto, secondo Tacito, produsse conseguenze più perverse dei mali che si proponeva di eliminare a causa sia del degrado della società sia dell'«assoluta inefficienza della classe di governo». La sua «ipertrofia legislativa» finiva per contribuire al «processo degenerativo» della società, piuttosto che a contrastarlo²².

Il contributo di Valerio Marotta è incentrato sulla questione della continuità della legalità repubblicana fino al IV secolo d. C., come tramandata dal biografo dell'*Historia Augusta*, una storia politica dei principi del II e III secolo, piena di falsificazioni e scritta sotto l'influenza delle vicende politiche della fine del IV secolo²³. Vi è configurata da un lato l'attribuzione della sovranità attraverso le «forme» *per legem* dell'età repubblicana con i contenuti del supremo potere di comando da parte del *senatus* e del *populus*: il *proconsulare imperium* (come già in Tacito e in Cassio Dione), o il *ius proconsulare*, la *tribunicia potestas*, il *ius primae relationis*, i *sacerdoti* e il pontificato, il titolo di *pater patriae*. Dall'altro, invece, si riconosce il rilievo decisivo, e non soltanto sul piano politico, dell'*adclamatio* imperatoria militare»²⁴. Una tale «somma di

¹⁹ GIUNTI, *Il mare del diritto*, (nt. 16), pp. 18-20.

²⁰ *Ivi*, p. 4.

²¹ *Ivi*, pp. 6-7.

²² *Ivi*, pp. 5-8 con riferimento a gli *Annales* di Tacito 3, 27,3-28,2.

²³ V. MAROTTA, *Legalità repubblicana e investitura imperiale nell'Historia Augusta*, in questo volume, pp. 21-61, in part. pp. 21-25 e 59-60.

²⁴ *Ivi*, pp. 21-49.

poteri» continuò a qualificare la posizione imperatoria nei secoli e a dare fondamento alla «giuridicità» del potere²⁵. Nella «rappresentazione della realtà storica»²⁶, la continuità del rituale politico e ‘giuridico’ evidenzia come la nozione di sovranità popolare costituisse il fondamento del potere normativo imperiale, al punto che, il *populus romanus* non si dissolse con il principato²⁷. Il conferimento *per legem* dell’*imperium* rendeva il regime imperiale, anche secondo l’autore dell’*Historia Augusta*, «un’autocrazia temperata dalla rivoluzione giuridicamente permanente»²⁸. L’autonomia ‘giuridica’ della *res publica* persisteva attraverso «la finzione repubblicana del principato»²⁹.

Dalla politica al diritto, dal diritto alla politica. Sulla base di una riflessione di Giuseppe Grosso – «la legalità, esigenza di vita di una società, per essere viva e operante, deve anzitutto rappresentare un imperativo morale» per chi la deve imporre –, Francesco Arcaria imposta il suo contributo sulla questione della crisi della legalità, come crisi della ‘modernità’ responsabile dell’illegalità di leggi *ad personam* e di leggi retroattive³⁰. Se, dunque, come concluso da Marotta, il passaggio dalla repubblica al principato non estinse la natura repubblicana della fonte di giustificazione del potere, questo non esclude che il giudizio sull’esercizio del potere da parte di Ottaviano tra il 43 e il 26 a. C. debba essere negativo. Egli si rese, infatti, responsabile di gravi violazioni della legalità repubblicana, passando dall’adozione di «strumenti politici emergenziali»³¹, come strumenti di contrasto al dissenso politico (dei Senatori, dell’opinione pubblica e di suoi *amici*) espresso in cospirazioni contro l’accentramento del potere, alla sostituzione della *cognitio senatus*. L’analisi di diversi casi, a partire da quelli di Quinto Gallio, di Salvidieno Rufo e di Cornelio Gallo³² offre all’autore l’opportunità di evidenziare come Ottaviano, nel consolidamento del proprio potere, riuscì a reprimere la contestazione, trasformando i momenti di tensione, se non di conflitto, con il Senato, in occasioni di compromesso per coinvolgerlo nella lotta contro l’opposizione, condotta anche tramite «una vulgata di regime che condizionasse l’approccio e la valutazione dell’opinione pubblica in senso decisamente sfavorevole ai suoi oppositori politici»³³.

²⁵ *Ivi*, pp. 49-58.

²⁶ *Ivi*, p. 25.

²⁷ *Ivi*, pp. 42-45.

²⁸ *Ivi*, pp. 37 e 40-42.

²⁹ *Ivi*, pp. 45-48 e 62.

³⁰ F. ARCARIA, *Da Ottaviano a Augusto: repressione del dissenso crisi della legalità nella passaggio dalla Repubblica al principato*, in questo volume, pp. 63-97, in part. pp. 63-64.

³¹ *Ivi*, pp. 64-65.

³² *Ivi*, pp. 65-95.

³³ *Ivi*, pp. 95-96.

Nel contrappunto tra esempi della storia romana e attualità, Carlo Lanza affronta il tema della 'crisi della legalità', come percepito e descritto nel linguaggio politico e giuridico corrente. Sottolinea come l'espressione 'crisi della legalità' abbia assorbito quella di 'crisi del diritto', come comunemente si rischi di confondere legalità con moralità, come la certezza del diritto appaia un valore prioritario, quantunque si sia disposti a scambiare la certezza con la giustizia del caso concreto, e come, infine, «insistere sulla legalità» induca a «eliminare l'idea di legittimità»³⁴. La 'crisi della legalità', tuttavia, mette in discussione la stessa nozione di legalità e le teorie classiche: sia quella istituzionale (il diritto è solo «un modo d'essere della realtà sociale»), secondo la quale «una 'crisi della legalità' non dovrebbe insomma porsi», perché «la patologia dell'illegalità è 'crisi del legislatore'»³⁵; sia il normativismo, l'«ideologia dell'onnipotenza del legislatore»³⁶, che rappresenta «il diritto solamente attraverso le norme, ignorandone il divario con ciò che accade». La questione è, oggi, ben più complessa e la riflessione dell'autore mette in rilievo «qualche aporia teorica», il paradosso dell'«inerzia dell'applicazione della legge da parte dei titolari di pubbliche funzioni», al quale sopperisce il nuovo ruolo del giudice: una situazione che «quasi» finisce per «ribaltare la posizione illuminista» e quella dei rivoluzionari francesi³⁷.

Diverse sfaccettature di «problematica di legalità, di osservanza e di applicazione della legge» sono rappresentate nell'esperienza romana da due casi del tutto differenti, quello della reazione che pose termine al periodo della tirannide del 'decemvirato legislativo', secondo Pomponio³⁸, e quello dell'esperienza 'costituzionale' di Augusto, rappresentata da Carlo Lanza, come corrispondente alla necessità di conservare le istituzioni repubblicane, in nome della «legalità formale», per sopperire, nel nome della continuità delle strutture istituzionali, all'assenza della «nozione astratta di Stato»³⁹.

Nei quattro contributi romanistici, il sottile filo dell'efficacia della legge e della crisi della legalità si dipana nell'ampio spazio cronologico compreso tra le origini repubblicane e il tardo Impero ed è declinato, attraverso il filtro prospettico delle tematiche attuali, che aiuta il ricercatore a applicare nuovi livelli di lettura e di approfondimento all'oggetto dei suoi studi.

³⁴ LANZA, *'Crisi' della legalità*, (nt. 3), pp. 101-105.

³⁵ *Ivi*, pp. 105-109.

³⁶ *Ivi*, pp. 109-113.

³⁷ *Ivi*, pp. 113-118.

³⁸ *Ivi*, pp. 122-125.

³⁹ *Ivi*, pp. 102 e 124-126.

3. *Prove alto medievali di legislazione e pluralismo medievale*

Nell'alto medioevo si profila una rudimentale, ma per certi versi archetipica, nozione di legalità nella versione della certezza del dettato della norma, che offre spiragli sia sul rapporto tra la società con i suoi costumi e il potere politico (come affrontato da Patrizia Giunti con riguardo al difficile rapporto tra legge e autonomia nel regime della famiglia), sia sul versante che noi definiremmo della legalità sostanziale. La differenza rispetto alle altre esperienze sta nel fatto che nel linguaggio e nella tradizione dei Longobardi è, per lo più, la consuetudine che svolge, per così dire, il ruolo di legge. Gli editti dei re, da Rotari a Rachis, trovarono esclusiva giustificazione o nell'esigenza di correggere cattive consuetudini o nell'accertarne e metterne per iscritto l'esatto dispositivo quando erano di controversa applicazione o, infine, allorché profilavano pretese della corte regia nei confronti dei sudditi. Tale accertamento comportava la verifica delle diverse declinazioni del ceppo consuetudinario tramite l'indagine sulle soluzioni elaborate in via giudiziaria (per lo più da collegi giudicanti di varia composizione) in casi concreti ed era attuato con un procedimento di inchiesta nel quale esperti o tecnici del diritto cooperavano con non tecnici, titolari di funzioni pubbliche o personaggi autorevoli. In altre parole, con persone che vivevano a stretto contatto con la società⁴⁰.

Anche una modifica solo parziale della previsione consuetudinaria era sempre motivata da ragioni di 'giustizia' e/o dall'interesse della corte regia o di *status* individuali meritevoli di tutela: in altre parole le giustificazioni erano tese, come diremmo, a dimostrare il ricorso a forme di legalità sostanziale.

La scrittura delle sole consuetudini controverse era, inoltre, costantemente motivata dall'esigenza di garantire i sudditi non tanto sul piano della conoscibilità (le norme consuetudinarie erano note), quanto soprattutto *ex post* sul piano dell'effettività. Si tendeva così a evitare, da un lato, l'arbitrio dei giudici⁴¹, dall'altro, l'insorgere di forme di dissenso nei confronti del re e dei suoi giudici, che avrebbero potuto mettere a rischio la pace del Regno. Il rispetto

⁴⁰ Rinvio, per i riferimenti bibliografici, a C. STORTI, *Le dimensioni giuridiche della curtis regia longobarda*, in *Le corti nell'alto medioevo*, Spoleto 24-29 aprile 2014, La Bodoniana (Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto Medioevo, 62), pp. 429-472, in part. pp. 450-459. Il problema rimane attuale in certe parti del mondo (Africa – ad es. Somalia e Repubblica del Congo –, Oriente e Australia e anche il Sud America, specialmente il Brasile), dove la tutela dei diritti umani dei popoli indigeni ha evidenziato il contrasto tra legge generale e consuetudini delle minoranze etniche aborigene: *Fokus*, in *Rechtsgeschichte. Legal History*, 24 (2016), pp. 222-326 e cfr. per il quadro generale T.-M. WU, *Western legal Traditions for «Laying Down Taiwan's Indigenous Customs in Writings»*.

⁴¹ A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1965, in part. pp. 153-158; STORTI, *Le dimensioni giuridiche*, (nt. 40), pp. 455-458.

della 'legalità, nel senso di esatta applicazione delle consuetudini accertate e approvate, aveva dunque lo scopo di tutelare non solo la società nei confronti degli amministratori e dei giudici, ma anche il sovrano nei confronti di atti del potere esecutivo e giudiziario che rischiavano di diminuire il consenso da parte dei consociati.

Nel XII secolo, assistiamo in Italia a un fenomeno pieno di conseguenze sul piano delle fonti del diritto. Il diritto vigente è raccolto in una pluralità di fonti scritte, alcune di carattere generale (il *Liber legis Langobardorum*), altre, sempre più numerose, di carattere locale. Il diritto scritto del Regno è applicato nei tribunali, seppure con talune incertezze interpretative, ma, a livello locale, vigono anche fonti di natura negoziale, come i patti delle associazioni giurate, le paci tra individui e comunità, nonché le consuetudini, non sempre scritte, di singole comunità, e i sempre più estesi nuovi libri del diritto scritto, i costituiti o gli statuti, a loro volta promulgati dalle assemblee delle comunità cittadine o burgensi, titolari del potere legislativo. Nel quadro della costruzione *in progress* di un pluralismo di centri di produzione del diritto, i cittadini, giudici e titolari del potere esecutivo, si impegnano, tramite giuramento, all'osservanza di quelle fonti. Non casualmente è quello anche il tempo in cui si procede alla scrittura del diritto feudale.

Il complesso apparato di norme positive, generali, statutarie e consuetudinarie corrispondeva alla tutela di valori e di interessi non sempre conciliabili tra loro e, agli occhi di taluni 'sapienti' (il termine con il quale si indicavano gli studiosi di diritto), contrastanti con altri interessi e valori più meritevoli di tutela, cui l'osservanza di quelle norme impediva di dare attuazione. Secondo tali sapienti, quel tipo di legalità – per usare le nostre parole – era ingiusta e non compatibile con un diverso – più alto – livello di 'ordine giuridico'. Questa nuova dinamica, rivelata da alcuni 'processi celebri' della fine dell'XI secolo⁴², attesta come l'applicazione di quelle norme fosse in conflitto con la 'coscienza' di quella parte della società, che tendeva a identificarsi con la sua *sanior pars* e pretendeva, appunto, di *renovare leges*. Per questa parte, il diritto romano era il diritto del rinnovamento, in nome dell'ordine e della giustizia, ed era, a sua volta, racchiuso nel 'libro' delle leggi romane tutte scritte e tutto valide e tutte vigenti⁴³.

In realtà, visto con gli occhi di poi, si assiste, al tempo della cosiddetta rinascita medievale, al precipizio della legge scritta in nome della giustizia. Le cosiddette *leges romanae*, fonti di regole e principi per la realizzazione di un nuovo ordine, non potevano essere utilizzate solo o soltanto come fonti di

⁴² A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, il Mulino, 2016², pp. 87-90; E. CORTESI, *Il diritto nella storia medievale*, vol. II, Roma, il Cigno, 1995, pp. 35-41.

⁴³ PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto*, (nt. 41), pp. 95-96.

comandi e sanzioni, perché erano in realtà, o tali apparivano alla mentalità medievale, ‘serbatoi’ di coppie di principi opposti, che si prestavano a tutelare gamme dei valori e di interessi, a loro volta, effettivamente o apparentemente in conflitto. Nell’accostamento e nel contrasto tra fonti diverse di diritto (in particolare tra norme generali e norme locali o speciali), la certezza della soluzione dei singoli casi concreti non si risolse stabilendo una gerarchia o una graduazione di fonti. Si trattava, invece, di definire criteri o metodi di ragionamento idonei a far valere, nel caso specifico e in un fascio di casi analoghi, il valore più meritevole di tutela qualunque fosse la fonte che lo prevedeva.

Nel medioevo, il piano della certezza si spostò dalla conoscibilità della fonte alla prevedibilità del ragionamento interpretativo, attraverso il ricorso a procedimenti logici, ripetitivi, o, per così dire, ‘stilizzati’⁴⁴ che consentivano, nel concorso di norme di livello differente, di individuare quale norma fosse più congruente al conseguimento degli interessi ritenuti nel caso specifico meritevoli di tutela fino a ricomprendervi anche la ‘pretesa’ *publica utilitas*⁴⁵. Tali procedimenti interpretativi, elaborati dagli esponenti della scienza giuridica – professori, avvocati (talvolta anche professori), consulenti di parte e dei giudici –, offrivano un criterio di certezza quanto più risultavano condivisi dalla dottrina o applicati nel foro.

L’«eminente carattere giurisprudenziale» di questo diritto nel medioevo e in parte dell’età moderna⁴⁶, produsse, comunque, per dirla con il Muratori, molte ‘partite ben assicurate’⁴⁷. Piuttosto che sul piano della certezza del diritto, fu su quello dei principi interpretativi che si misurò la corrispondenza del diritto alle esigenze della società secondo la specificità di singole discipline: si pensi al processo, alla *lex mercatoria*, al diritto penale o al conflitto di leggi nello spazio o al diritto delle genti.

E tutto questo persiste, nei secoli, nonostante che, tra medioevo e età moderna, l’autonomia della scienza giuridica inizi ad essere incrinata dalle ‘nuo-

⁴⁴ *Ivi*, pp. 95-107.

⁴⁵ M. SBRICCOLI, *L’interpretazione dello Statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell’età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969; e cfr. anche MECCARELLI, *Pensare la legge*, (nt. 2), pp. 131-133.

⁴⁶ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1979, in part. pp. 95-104, 296-318; ID., *Quale «manuale» per quale diritto*, in *L’insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*. Atti dell’incontro di studio Firenze 6-7 novembre 1992 a cura di P. GROSSI, in *QF*, Atti di Convegni, 43 (1993), Milano Giuffrè, 1993, pp. 35-46, in part. pp. 37-38, ora in ID., *Scritti*, p. 100 e cfr. P. GROSSI, *Ricordo di Adriano Cavanna*, ora in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008), pp. 557-569, in part. 561-562.

⁴⁷ L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Trento, Stamperia Paroniana, 1743, cap. 10 *Se fosse ben fatto ed utile ridurre tutta la Giurisprudenza al solo studio dei testi delle leggi*, p. 138.

ve' certezze del legislatore⁴⁸ e da quelle della 'sapiente' giurisprudenza dei Grandi tribunali.

4. *Dall'autonomia del diritto verso la «legge dei moderni»*

È dal punto di vista del dinamismo dei centri di produzione del diritto, piuttosto che del sistema delle fonti, che Massimo Meccarelli esamina il concetto di legge tra medioevo e età moderna. Come rappresentato nel titolo del contributo, lo spazio della legge – quale «specifico tipo di normatività che trae contenuto, legittimità e carattere vincolante dall'esercizio di un potere politico» (un potere politico, comunque, incompiuto) – insiste, nel medioevo, in un contesto di autonomia della scienza giuridica, nel quale gli interpreti sono autosufficienti nel ricorso agli strumenti logici e argomentativi di loro produzione. La stessa scienza giuridica giustifica il potere statuyente (*potestas condendi statuta*) nei suoi aspetti costitutivi (*iurisdictio* e autonomia) e funzionali (*arbitrium*, rappresaglie) e individua i criteri applicativi dello statuto facendolo rientrare nel sistema di *ius commune*. Nel contempo, l'opera e la volontà del legislatore – la sua autonomia politica – vive in «un rapporto simbiotico» con l'autonomia della scienza⁴⁹: l'esistenza dello statuto e delle istituzioni ad esso connesse è «a sua volta, una condizione di pensabilità di quelle figure giurisprudenziali»⁵⁰.

Dalla «concezione comunitaria» medievale⁵¹ si passa, in età moderna, «alla ridefinizione degli equilibri socio politici» intorno ai due poli «individuo» e «stato», allo «snaturamento del concetto di autonomia del diritto» e all'elaborazione di nuove teorie funzionali all'affermazione di un nuovo e autonomo concetto di legge, «preparatorio della legalità ottocentesca»⁵². L'analisi si snoda così nell'esame di dottrine fondate su diversi livelli di «progettualità». Nella prospettiva di una «progettualità radicale», il giusnaturalismo 'libera' la legge dai vincoli dell'autonomia giuridica medievale, ne fa una fonte autosufficiente e immediata. In una «legalità di stampo volontaristico», si assiste alla ricerca *ex novo* di premesse e fondamenti per una condizione di libertà declinata, in origine, nella sicurezza garantita dal sovrano (Hobbes) e, successivamente, in forme molto differenti fino al XIX secolo come evidenziano gli affondi su Rousseau, Montesquieu, Grozio e sulle origini del diritto internazio-

⁴⁸ R. FERRANTE, *La difesa della legalità: i sindacatori della Repubblica di Genova*, Torino, Giappichelli, 1995.

⁴⁹ MECCARELLI, *Pensare la legge*, (nt. 2), p. 134.

⁵⁰ *Ivi*, pp. 127-135.

⁵¹ *Ivi*, p. 134.

⁵² *Ivi*, p. 136.

nale⁵³. Nella «progettualità inclusiva» della tarda-scolastica e nel suo «orizzonte pluralistico», lo svolgimento di un programma modernizzatore si avvale del «reimpiego» di categorie e fondamenti della tradizione giuridica, – la dimensione oggettiva di *lex*, il rapporto *ius-justitia* dal quale deriva che «lex iniusta non est lex», il ruolo del giudice, l'interpretazione autentica –, al fine di inglobare i nuovi fenomeni socio-politici nell'ordine giuridico – oltre che politico –, «teologicamente» fondato, della *Respublica Christiana*⁵⁴. Da ultimo, la «progettualità realistica» della ridefinizione della giustizia criminale, attraverso «la crescente attività legislativa» dell'autorità «titolare del potere di punire» che si autotutela, è accompagnata e sostenuta (in maniera del tutto nuova) da una dottrina specializzata espressa dalle *practicae criminales*, che si fa carico della costruzione «della dimensione del penale egemonico» (i riferimenti sono naturalmente a Mario Sbriccoli). «Il nuovo spazio della legge», tuttavia – nella persistenza della giurisprudenzialità e di un quadro socio-politico nel quale le «nuove esigenze statali» continuano a convivere con quelle «comunitarie» – «non era portatore di un'alternativa sistematica»⁵⁵.

Appare allora evidente che, sottoponendo a una profonda storicizzazione l'analisi dei contesti nei quali si manifestò «uno spazio della legge», possa non apparire corretta l'idea di una «emersione» del principio di legalità e che ci si debba, invece, soffermare su tutto quanto, al contrario, esclude «un vincolo di destinazione necessaria all'esperienza moderna della legalità»⁵⁶.

Nel Settecento razionalista, «entusiasta» quanto «ingenuo», nella costruzione di una «nozione rigida di legalità», come rileva Paolo Alvazzi del Frate, il lemma è declinato nel significato di riserva di legge, di rispetto delle norme giuridiche, di stato di diritto e di certezza del diritto, mentre rimangono ben distinti, come anche rilevato da Lanza, i concetti di legalità e di legittimità quale fondamento del potere di creare norme giuridiche⁵⁷. Sono molteplici i mutamenti istituzionali, sociali, economici e culturali che contribuiscono a un tale cambio di rotta: la rottura della tradizione provocata dalla riforma protestante e dalla fine dell'universalismo della chiesa di Roma e del diritto canonico, il progresso delle scienze naturali nel nome di leggi stabili e verificabili, l'individualismo che si contrappone alla concezione comunitaria del medioe-

⁵³ *Ivi*, pp. 137-145.

⁵⁴ *Ivi*, pp. 145-151.

⁵⁵ *Ivi*, pp. 151-155. ID., *Dimensions of Justice and Ordering Factors in Criminal Law from the Middle Ages till Juridical Modernity*, in *From the Judge's Arbitrium the Legality Principle Legislation ad a Source of Law in Criminal Trials*, ed. by G. MARTYN, A. MUSSON, H. PIHLJAMÄK, Berlin, Dunker & Humblot, 2013, pp. 49-67.

⁵⁶ ID., *Pensare la legge*, (nt. 2), pp. 155-157.

⁵⁷ ALVAZZI DEL FRATE, *Legalità e rivoluzione* (nt. 3), pp. 159-160.

vo, delineata anche da Massimo Meccarelli⁵⁸. Il Settecento inventa il costituzionalismo e, soprattutto, il potere costituente – come contrapposto al potere costituito – reso effettivo dalle rivoluzioni americana e francese (fortemente influenzata dal principio della volontà generale introdotto da Jean Jacques Rousseau). Un costituzionalismo che, sui due versanti, statunitense e europeo presenta caratteri e funzioni differenti, ma ha indubbie e durature influenze sulla forma costituzionale e sulla cultura dello Stato attraverso la legittimazione ‘politica’ dell’instaurazione di un nuovo potere costituzionale per il tramite dei principi del contrattualismo, del giusnaturalismo e del diritto di resistenza⁵⁹.

5. *Il caleidoscopio dei secoli XIX e XX*

A partire dalla frattura provocata dalla rivoluzione francese rispetto alla distinzione tra diritto e legge, che era stata propria dell’«universo giuridico» di età moderna⁶⁰, Bernardo Sordi evidenzia come da quel momento il concetto di legalità sia stato declinato autonomamente nei diversi rami del diritto e come le legalità, in incessante movimento, e le loro crisi siano state plurali e la loro assolutezza di sovente messa in discussione fino al pieno Novecento⁶¹. Per quanto concerne l’amministrazione, abbandonata, fin dai primi anni dell’Ottocento, la giustificazione rivoluzionaria della volontà generale, trionfa il legicentrismo, che conferisce all’amministrazione «generalì potestà imperative ed insieme lo sviluppo dei primi nuclei di contenzioso»⁶². La progressiva, lenta affermazione di una legalità-garanzia, che riconosce nella legge i limiti all’esercizio del proprio potere nella tutela di diritti libertà individuali, procede di pari passo con l’altrettanto lenta crescita della categoria istituzionale o ‘costituzionale’ dello Stato di diritto: «un valore nuovo, formale, di conformità alla legge – la legalità, appunto – inizia a predicarsi dei poteri pubblici. Da questo momento, è una fonte legale il presupposto necessario di ogni manifestazione dell’autorità» anche se solo i diritti civili o politici sono tutelati e solo secondo le procedure esclusive di un apposito sindacato amministrativo⁶³. Tutto questo avviene soprattutto grazie – paradossalmente – all’opera incessante dei

⁵⁸ *Ivi*, pp. 162-164 e cfr. nt. 55.

⁵⁹ *Ivi*, pp. 164-170.

⁶⁰ Sulla storia dell’amministrazione nell’età di diritto comune cfr. per una sintesi efficace e per i riferimenti bibliografici L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2001¹.

⁶¹ SORDI, *Legge e amministrazione*, (nt. 15), pp. 167-177, in part. pp. 171-174.

⁶² *Ivi*, pp. 174-175.

⁶³ *Ivi*, pp. 175-176.

giuristi, che costruiscono un sistema di legalità amministrativa attraverso l'elaborazione dei principi generali dello Stato di diritto⁶⁴.

L'art. 18 della costituzione austriaca del 1920, una costituzione 'democratica' («il diritto deriva dal popolo»), stabilisce, infine, che l'amministrazione statale è regolata dalla legge. E questa rappresenta soltanto la prima tappa di un lungo accidentato e tormentato itinerario, che – con forti momenti di discontinuità – percorse tutto il 'lungo' Novecento e si conclude nel panorama attuale in forme di «riespansione del diritto comune» contro la specialità amministrativa e di «un diritto sempre più plurale e multinormativo», che imprime all'amministrazione più che il carattere della legalità, quello della giustizialità⁶⁵.

L'allegoria dei carpentieri che, secondo Sordi, dopo il lungo lavoro di ideologi e giuristi, costruiscono l'«architrave della legalità»⁶⁶, rappresenta, invece, per Luigi Lacchè i due campi semantici della modernità e del post-moderno. Della prima, come tempo della costruzione del «grande edificio» dello «Stato di diritto, come Stato legislativo, fondato sulla riserva di legge e sulla divisione dei poteri», fondato nel penale sui principi della «tassatività e della irretroattività» decisivi per l'affermazione dell'«uguaglianza formale». Del secondo, come de-costruzione non solo della legalità, in generale, ma anche della sua «forma più forte e assolutizzata» costituita, appunto, dalla legalità penale e provocata dall'irrompere sulla scena della creazione del diritto di una «molteplicità di soggetti» e di fonti normative di natura «esecutiva», «giudiziale», europea e internazionale⁶⁷.

Il problema sta nella stessa natura 'ambivalente' dell'architrave della legalità costruita dall'ordine giuridico liberale ottocentesco: una legalità immaginata, innanzitutto, come espressione della potenza dello Stato e come garanzia liberale, ma non democratica. Il *vizio occulto* di quella legalità, che dallo Stato liberale passò al fascismo, consisteva nel fatto che essa non era stata ideata come tutela di tutti i cittadini, quali soggetti di diritto uguali, razionali e liberi, ma solo di quelli uguali, razionali, liberi, soprattutto e esclusivamente, proprietari e galantuomini⁶⁸. Sono questi ultimi i destinatari di un saldo edificio di 'libertà' e di corrispondenti garanzie (F. Carrara). Nel contempo la sicurezza che si richiede nei casi eccezionali, nell'emergenza può essere offerto, secondo l'espressione classica di Mario Sbriccoli, da un doppio livello di legalità. In altre parole, tra Otto e Novecento, «il principio di stretta legalità penale "regna ma non governa"»⁶⁹.

⁶⁴ *Ivi*, pp. 178-179.

⁶⁵ *Ivi*, pp. 179-181.

⁶⁶ *Ivi*, p. 176. LACCHÈ, «Alzate l'architrave, carpentieri», (nt. 10), pp. 183-184.

⁶⁷ *Loc. ult. cit.*, pp. 184-186.

⁶⁸ *Ivi*, pp. 188-192 e p. 204.

⁶⁹ *Ivi*, pp. 193. Cfr., inoltre, anche per ulteriori riferimenti bibliografici: ID., *La penalistica*

La legalità da paradigma contro l'arbitrio diventa paradigma contro «regimi speciali»: «La legalità moderna presuppone il primato del politico che presuppone l'eccezione come decisione sulle regole». Questo, a sua volta, modifica sostanzialmente il quadro del rapporto tra ordinario/straordinario che si era verificato nell'ordine antico come descritto da M. Meccarelli⁷⁰. La rigidità del paradigma della legalità – che esclude flessibilità – non può, però, escludere lo straordinario che affiora sotto altre forme nel binomio regola / eccezione. Quest'ultimo diventa, a sua volta, un carattere permanente di «"stabilizzazione"» del regime "costituzionale" di età liberale attraverso il ricorso «sistematico» – anche se formalmente corretto – alla legge. Tale ricorso, dal punto di vista sostanziale, peraltro, è fittizio e «aggira» il principio di stretta legalità, fondando sul «come se» l'adattamento di «istituti di origine militare» alla società civile o la prevenzione contro i soggetti pericolosi⁷¹, fino alla 'crisi di fine secolo' allorché il principio di legalità si perde nello stato di polizia, che assoggetta l'individuo «allo Stato amministrazione» tramite il ricorso al decreto-legge⁷². Anche in questo caso, spetta ai giuristi produrre anticorpi come attestato, in particolare, dalla netta reazione della corte di cassazione nel 1900⁷³. Il «vizio occulto» della legalità liberale e non democratica esplose, infine, nella falsificazione della legalità attuata dai regimi nazista, fascista e sovietico e porta Calamandrei, che ritorna nelle pagine di questo volume, all'auspicio della creazione della nuova legalità «promessa dalla Costituzione».

La storia della legalità degli ultimi due secoli, tra precarietà e distorsioni, si dipana dunque nella dialettica tra legge potenza e legge garanzia, mentre, tutto sommato, minor spazio ottengono, se non in tempi recentissimi, i sistemi di legalità e la legalità costituzionale.

costituzionale e il 'liberalismo giuridico'. *Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in *Principio di legalità*, (nt. 7), pp. 663-695; F. COLAO, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento tra «giustizia penale eccezionale» e repressione necessaria e legale [...] nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale»*, *ivi*, pp. 697-742; M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le zone grigie della legalità penale tra Otto e Novecento*, *ivi*, pp. 743-799.

⁷⁰ LACCHÈ, «Alzate l'architrave, carpentieri», (nt. 10), pp. 189-190.

⁷¹ *Ivi*, pp. 190-194.

⁷² Si possono vedere in proposito anche la raccolta di studi: *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane*, a cura di F. COLAO, L. LACCHÈ, C. STORTI, C. VALSECCHI, Macerata, EUM, 2011; *Beyond the statute law: the "grey" government of criminal justice system*, Macerata, EUM, 2011.

⁷³ LACCHÈ, «Alzate l'architrave, carpentieri», (nt. 10), pp. 194-196.

6. Per concludere ... con qualche interrogativo

Le storie della legalità sono dunque finite? Come rileva Sordi, il concetto di legalità appartiene all'«ieri, di una semplicità rapidamente creata e altrettanto rapidamente perduta»⁷⁴. Oggi come ieri, nella dinamica del rapporto Stato-società che legge e legalità continuano a alimentare, il valore più frequentemente messo in gioco è quello della libertà. Nei tempi attuali, se si guarda alla società in tutte le sue componenti – molte delle quali ora messe in difficoltà dalla combinazione di postulati economici con leggi che affievoliscono i principi di uguaglianza –, la crisi della legge come strumento ordinante di certezza e di autodeterminazione della volontà popolare appare in tutta la sua evidenza, non meno della crisi della sua certezza, provocata da un sempre maggiore pluralismo e dalla tendenza a affievolire il valore della libertà, quando si tratta di bilanciarlo con quello della sicurezza.

Coloro che avevano individuato nell'invenzione della legalità, prima il paradigma della certezza e poi l'architrave contro l'arbitrio del potere non avevano certo potuto prevedere né il cammino irto di ostacoli che quelle concezioni di legalità avrebbero dovuto percorrere, né i vizi occulti di certe concezioni della legalità poco sopra delineati. Viene allora da chiedersi quali siano i paradigmi e le architravi odierni, confusi nelle nebbie delle incertezze e delle contraddizioni del nostro presente, sui quali potranno ragionare, tra due secoli, gli storici del diritto se ancora ci saranno.

Nella storia qui raccontata, difficilmente la legge ha costituito per la società nel suo insieme e nei suoi tanti aggregati un baluardo di certezza e di garanzie, più frequentemente la pubblicazione della legge ha creato campi di tensione tra società e potere politico, quantunque sia indubbio che, dal punto di vista ontologico, il rispetto della legalità sostanziale avrebbe potuto essere e, in pochi momenti fu, un'ancora di salvezza per l'ordine giuridico e la sua rappresentatività. Sul sottofondo della ricostruzione dei singoli momenti topici dell'esperienza millenaria dell'Europa continentale, attraverso i richiami all'attualità, affiora la questione dell'attuazione – sì o no – della legalità costituzionale e democratica, che ha conseguito, e ancora consegue, alcune vittorie, mentre continua a presentare taluni vistosi coni d'ombra⁷⁵. Su questo, forse, il lavoro dello storico potrebbe continuare.

Proprio da questo punto prende avvio Mauro Barberis per indagare sul di-

⁷⁴ SORDI, *Legge e amministrazione*, (nt. 15), p. 181.

⁷⁵ Rinvio, da ultimo a *Dalla costituzione inattuata alla costituzione inattuale?: potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*. Materiali dall'incontro di studio, Ferrara, 24-25 gennaio 2013, a cura di M. PIFFERI, G. BRUNELLI, Milano, Giuffrè, 2014 (per la storia del pensiero giuridico moderno, 103), e in part. G. CAZZETTA, *Premessa*, pp. V-VI.

verso modello di legalità rappresentato dalla dottrina ‘consuetudinaria’ di *common law* dello *stare decisis* (come formulata tra XVII e XVIII secolo rispettivamente da William Blakstone e da William Murray Earl of Mansfield), del precedente giudiziario definito come «decisione di un caso concreto da parte di un giudice, invocato da un altro giudice come ragione per decidere un caso ulteriore»⁷⁶. Il percorso ricostruttivo di Barberis è serrato e deciso nello smentire sia il mito hobbesiano e positivista secondo il quale i giudici inglesi avrebbero giudicato per delega del re, sia le critiche di Bentham, sia gli effetti del *Practice Statement* della House of Lords del 1966. Analizza le differenze tra le due declinazioni inglese e statunitense del *common law*⁷⁷, le critiche utilitariste, giusrealiste e postmoderniste e le successive «apologie o trasfigurazioni» ermeneutica, sociologica, giuseconomica e evolucionista. Le conclusioni consistono in una proposta teorica e in una pratica: da un lato, riaffermare il ruolo della giurisprudenza anche nei sistemi *civil law* e offrire ai giuristi la massima possibilità di partecipare alla «produzione del diritto»; dall’altro chiedere ai «nostri riformatori compulsivi» di smettere di pensare che «la certezza del diritto possa ottenersi con sempre nuova legislazione e a scapito della tradizione»⁷⁸. Non un cambiamento di sistema, dunque, ma minor smania di legiferare e maggior spazio alla partecipazione dei giuristi al processo di ideazione e di scrittura delle leggi.

Se è vero che il futuro pubblico del passato è in mano agli storici⁷⁹, la provocazione di Mauro Barberis ci invita a riappropriarci degli strumenti della nostra tradizione, premunendoci con tutti i *caveat* che la storia ci rappresenta e con le tante incognite che ci riserva l’autonomia di un potere politico, ormai pienamente compiuto e ben saldo nelle proprie certezze e nelle proprie ‘fiducie’, nonostante la carenza di rappresentatività, e, al momento, scarsamente incline ad accogliere le suggestioni di giuristi e di storici del diritto.

Queste riflessioni si concludono, in altre parole, non con certezze ma con alcuni interrogativi, cosa sempre auspicabile al termine di una ricerca appassionata e sofferta: nel conflitto tra legge e diritto, quanta autonomia è recuperabile per il diritto nel quadro di una legalità sostanziale?

⁷⁶ M. BARBERIS, *Un'altra legalità esiste. Breve storia del precedente giudiziale*, in questo volume, pp. 207-232, in part. pp. 208-209.

⁷⁷ *Ivi*, pp. 211-222.

⁷⁸ *Ivi*, p. 232.

⁷⁹ D. ARMITAGE, J. GUIDI, *Manifesto per la storia. Il ruolo del passato nel mondo d'oggi*, Introduzione di R. CAMURRI, Roma, Donzelli Editore, 2016, ad es. p. 245.

PATRIZIA GIUNTI

IL MARE DEL DIRITTO. LEGALITÀ E FAMIGLIA IN ROMA ANTICA*

SOMMARIO: 1. L'isola e il suo mare: il senso di una metafora. – 2. Il mito di Antigone nella riflessione giuridica del secondo dopoguerra. – 3. Legalità e famiglia: l'invettiva del terzo libro degli *Annales*. – 4. Legalità e famiglia: la *rogatio Canuleia* nei *Libri ab Urbe condita*. – 5. Polisemia della legalità. – 6. Autodeterminazione familiare: fuga dal diritto e domanda di diritto. – 7. «Ciò che esisterà domani». – 8. Per una 'ontologia' della crisi.

1. *L'isola e il suo mare: il senso di una metafora*

In un orizzonte tematico dai confini così vasti, quale è quello disegnato dagli organizzatori del nostro convegno, il primo dovere che incombe sul relatore non può che consistere, ovviamente, nel dar conto del profilo investigativo assunto all'interno dei confini suddetti, giustificando la scelta del tema proposto ed anticipando il taglio ricostruttivo impressovi. Il titolo del mio intervento, occasione per riflessioni davvero minime se rapportate alla rilevanza e complessità problematica del tema affrontato in questo incontro, recupera il frammento di una citazione testuale tratta da un saggio intitolato *La famiglia e il diritto*, apparso nel 1949 ad opera di Arturo Carlo Jemolo. La citazione completa contiene una metafora cui la sorte ha consentito di divenire, negli anni, famosissima: «la famiglia è un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto»¹. La famiglia è una realtà che segna confini precisi al legisla-

* Nell'intento di conservare quanto più possibile il tono dell'esposizione orale, sono intervenuta in minima parte sull'impianto della comunicazione, limitandomi ad inserire in nota le fonti richiamate ed i riferimenti bibliografici interni al testo.

¹ A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, p. 241, vd. anche ID., *La Costituzione: difetti, modifiche, integrazioni*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1966, *passim*, ora in L. ORNAGHI (a cura di), *La Costituzione della Repubblica*, Milano, 1996, p. 52.

tore statale e, come tale, chiede al diritto che tali confini siano rispettati: offrendosi quale dimensione dialetticamente alternativa rispetto al diritto, la famiglia reclama il suo spazio di autonomia, ponendosi dunque essa stessa come un limite interno alla legalità.

La metafora così suggestivamente formulata da Jemolo spiega tutto il suo significato alla luce del contesto storico-culturale nel quale venne concepita, negli anni cruciali che segnarono il passaggio al nuovo sistema di governo repubblicano.

Siamo infatti ai margini del dibattito interno all'Assemblea Costituente, relativamente alla formulazione di quello che sarebbe poi stato l'art. 29 della nostra Carta Costituzionale²: un confronto serrato, a tratti anche irrigidito, tra le diverse opzioni metodologiche, e le diverse parti politiche, sul nodo (in pari tempo ideologico e culturale) rappresentato dall'aggettivo "naturale" («l'invenzione della società naturale fondata sul matrimonio»)³: quella "invenzione", discesa in verità dal legato millenario della riflessione aristotelica e della testimonianza ciceroniana⁴, che nella logica di Giorgio La Pira doveva rappresentare la negazione della "dottrina dei diritti riflessi"⁵ e che troverà definitivo accoglimento secondo la visione espressa da Aldo Moro (mediatore insieme con Palmiro Togliatti della stesura del testo finale) per il quale «la famiglia ha una sua sfera di ordinamento autonomo nei confronti dello Stato, il quale, quando interviene, si trova di fronte ad una realtà che non può menomare né mutare»⁶.

Ma accanto agli echi del dibattito relativo alla Carta Costituzionale – testo nei cui confronti Jemolo avrebbe maturato una notevole insofferenza, progressivamente crescente ma già intuibile nell'immediata preoccupazione secondo cui «se non c'è una forza vigile la carta sarà travolta dal fatto»⁷ – dietro la scelta dello studioso ecclesiasticista di rappresentare l'assetto familiare come "il

² Sui lavori dell'Assemblea Costituente vd. F. CAGGIA, A. ZOPPINI, *Art. 29*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, pp. 601 ss.

³ In tal senso P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della "società coniugale" in Italia*, Milano, 2011, p. 501.

⁴ Cic., *de off.* 1,17,54: *Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae.*

⁵ Sul punto cfr. ancora PASSANITI, *Diritto di famiglia*, cit., pp. 513 ss.

⁶ Cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VI, Roma, 1971, p. 647.

⁷ «Che la Costituzione siasi limitata ad affermazioni vaghe, e spunti programmatici, non dipende solo dalla intonazione generale della nostra, ed un pò di tutte le costituzioni di questo secolo, che non stanno più paghe all'ambito dei principi giuridici, che pure sarebbe il loro, e vogliono assurgere a campi che è più difficile dominare, come quelli dell'economia e della direzione morale della società»: JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, cit., p. 231.

fin lì e non oltre” della norma di provenienza statuale si intuisce un orizzonte culturale ancor più ampio e ancor più sofferto: è l’orizzonte dell’immediato dopoguerra in cui matura la percezione del fallimento del diritto statuale, e dunque dei limiti del positivismo, di fronte al crollo nel quale i totalitarismi e la guerra hanno trascinato le due icone della modernità: lo Stato e la legge.

Per restare ancora sul terreno delle metafore, ci sono due immagini che a mio avviso esemplificano con una efficacia insuperabile questo passaggio: appartengono l’una a Hans Kelsen, l’altra a Piero Calamandrei. Nella sua *General Theory of Law and State* Kelsen afferma che «come il Re Mida trasformava in oro tutto ciò che toccava, così ogni cosa cui la legge dello stato si riferisce si trasforma in diritto, acquista una specifica valenza giuridica»⁸: la norma statuale, nel sublimare l’essenza della legalità, crea l’oro del diritto. Nella sua *Prefazione* alla ristampa del *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria, apparsa nel 1945, Calamandrei scrive che «nello stampo della legalità si può colare oro e piombo»⁹.

La guerra, che ha ridotto in macerie un paese, ha travolto nel crollo ogni fiduciosa certezza positivista ed il tema della crisi della legalità diventa il nodo attorno al quale si avvolge la scienza giuridica del dopoguerra, in quello che è stato chiamato, con insuperata efficacia, «il risveglio dei giuristi italiani dal sonno dogmatico»¹⁰. E se Calamandrei avvierà in quegli anni la sua lunga riflessione sulla legalità che lo porterà, prima ad affermare in una conferenza del 1951, e poi a scrivere, che «tale è la profondità di questa crisi della legalità, che talvolta si è tratti perfino (duole dirlo) a dubitare della stessa lealtà del magistrato»¹¹, Filippo Vassalli potrà avvertire l’esigenza di «riportare le leggi al diritto»¹², reclamando l’extrastatalità del diritto civile.

Sono queste dunque le tessere che compongono il mosaico dal quale vediamo affiorare il profilo della famiglia che, in quanto ‘isola’, rivendica il proprio ‘isolamento’, la propria autonomia regolamentativa.

Ma la forza di questa metafora è stata tale che la formulazione allora conia da Arturo Carlo Jemolo ha potuto scavalcare il proprio originario contesto

⁸ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge-Massachusetts, 1945, p. 15: «just as everything King Midas touched turned into gold, everything to which the law refers becomes law, i.e. something legally existing».

⁹ P. CALAMANDREI, *Prefazione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Firenze, 1945, p. 92.

¹⁰ Si veda sul tema G. BENEDETTI, *La cultura del civilista al “risveglio dal sonno dogmatico”*, in ID., *Oggettività esistenziale dell’interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, pp. 3 ss.

¹¹ P. CALAMANDREI, *La crisi della giustizia*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Piero Calamandrei. Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, pp. 579 ss., 594.

¹² F. VASSALLI, *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, Padova, 1950, pp. 489 ss., ora in *Studi giuridici*, III, Milano, 1960, pp. 737 ss.

culturale, subendo una dilatazione semantica che l'ha resa, oggi, nel discorso giuridico attuale, forma rappresentativa dell'idea di famiglia, da un lato, e forma rappresentativa dell'idea di diritto, dall'altro. E così, soltanto pochi anni fa, Francesco Donato Busnelli, tra i civilisti italiani più sensibili alle tematiche dell'odierno diritto di famiglia, ha potuto concepire questo titolo per un suo saggio dedicato ai nuovi modelli di relazione, ai "rapporti parafamiliari" così come li ha definiti la Corte Costituzionale: *La famiglia e l'arcipelago familiare*¹³. Ed ancor più indicative sono le parole con le quali Busnelli avvia in questo articolo le sue riflessioni: «Sul mare che lambisce la famiglia spira un vento procelloso: riusciranno i flutti minacciosi a inghiottire l'isola? o l'isola si frantumerà in tante isolette?»¹⁴: la metafora, evidentemente, ha ormai assorbito il concetto tecnico ed è in grado di rappresentarlo.

Allo stesso tempo Stefano Rodotà, nel suo recente volume *La vita e le regole*¹⁵, lungo il sofferto percorso tra diritto e non diritto, tra dicibile e indicibile giuridico, recupera ampiamente la citazione di Jemolo¹⁶ e l'isola nel mare diventa la metafora di un modo di fare diritto in cui è diritto il limite che il legislatore statale pone a se stesso, rinviando, «nelle aree più sensibili e segrete», all'autodeterminazione dei privati, «come attributo della personalità più che come strumento esterno»¹⁷.

Dalla metà del Novecento sino all'alba del nuovo millennio la famiglia asurge dunque ad emblema dei limiti della legalità statale, specchio dell'inadeguatezza della visione giuridica tradizionale: di fronte a questa caratterizzazione ricorrente, lo storico del diritto può far sentire la sua voce? Ed eventualmente recando quale contributo ad un dibattito che appare sempre più convergere sui temi, e sulle sfide, della contemporaneità?

2. Il mito di Antigone nella riflessione giuridica del secondo dopoguerra

In verità, una suggestione fortissima in senso affermativo vi è, ed ancora una volta viene, permettetemi di ricordarlo, dal cuore della scuola giuridica fiorentina, dalle parole di Piero Calamandrei. Nel 1946, nell'ambito di quella riflessione che si sta facendo sempre più densa sulla legalità e la sua crisi, Calamandrei pubblica, sulla rivista da lui stesso fondata, *Il Ponte*, un articolo nel quale pren-

¹³ F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, I (2002), pp. 509-529.

¹⁴ BUSNELLI, *La famiglia*, cit., p. 509.

¹⁵ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, *passim*.

¹⁶ RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 23

¹⁷ RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., pp. 22 s.: «Un "vuoto" di diritto può definire un sistema giuridico assai più dei molti "pieni" che lo caratterizzano».

de posizione nei confronti di quanti, sulla base di questioni di regolarità procedurale, contestavano la legittimità delle sentenze pronunciate nel processo di Norimberga. La posizione di Calamandrei al riguardo è durissima, il titolare della cattedra di diritto processuale non ha esitazione nel parlare di uno «scrupolo legalitario di certi loici»¹⁸. L'articolo si intitola: *Le leggi di Antigone*.

A pochi anni di distanza, nel 1955, Tullio Ascarelli pubblica, sulla *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, un saggio nel quale affronta il tema della contrapposizione tra legge e coscienza, tra regola giuridica e imperativo morale. Il saggio si intitola: *Antigone e Porzia*.

Se dunque la civilistica e la processualistica del secondo dopoguerra, attraverso le loro voci più alte, nel momento in cui riflettono sulla crisi della legalità, chiamano in causa evocativamente la tragedia greca ed il mito di Antigone, allora il coinvolgimento dello studioso dei diritti dell'antichità non è possibile, ma è piuttosto doveroso: per ricondurre Antigone a sé stessa.

In effetti, la tragedia di Antigone si presta, e si è prestata nei secoli, per la complessità di questa figura femminile, ad una molteplicità di letture che sono giunte a fare di Antigone l'emblema stesso della disobbedienza¹⁹: ed anche Tullio Ascarelli offre una sua lettura del mito, nella quale Antigone si erge come l'eroina di un principio universale, quello dell'eguaglianza di tutti gli uomini – espressione di un diritto di natura – di fronte alla morte.

In verità, ad una ricognizione interna al testo, l'impianto drammaturgico ed il registro espressivo della tragedia appaiono più circoscritti: la parola che sin dalla prima scena Antigone pronuncia con martellante insistenza è “fratello”. Il dramma di Antigone è dato dal fatto che il cadavere del fratello Polinice, ucciso mentre stava assediando Tebe, giace insepolto perché un decreto del re Creonte vieta di dare sepoltura ai traditori della patria²⁰. Nel confronto drammatico con il re, che ad Antigone oppone il valore della legalità declinato nei suoi due pilastri (certezza della regola e parità di trattamento, essendo Polinice nipote proprio del re Creonte), Antigone replica senza disconoscere quanto le viene rappresentato ma semplicemente affermando: “non posso abbandonare insepolto il corpo del figlio di mia madre”.

Antigone non appare sostenuta da una prospettiva umanitaria, non sembra farsi portavoce del diritto universale al rispetto del cadavere: il problema di Antigone è che Polinice è suo fratello e grava su di lei la responsabilità di non

¹⁸ P. CALAMANDREI, *Le leggi di Antigone*, in ID., *Scritti e discorsi politici*, I, Firenze, 1966, pp. 281 ss.

¹⁹ Sulla figura di Antigone, con aggiornata bibliografia, v. E. STOLFI, *Nómoi e dualità tragiche. Un seminario su Antigone*, in *SDHI*, LXXX (2014), pp. 467 ss.

²⁰ Sulla natura dei provvedimenti normativi di Creonte, nel sistema giuridico della tragedia sofoclea, ancora E. STOLFI, *Quando la legge non è solo legge*, Napoli, 2012, pp. 74 nt. 47 s.

lasciarlo insepolto a fare pasto per gli uccelli (“che a gaudio se ne cibino”). Ciò che Antigone avverte, e che la spinge sino al culmine della tragedia, è il dovere del sangue – e come tale un dovere riconosciuto dagli dei – che deriva dall’essere Polinice figlio di sua madre.

Antigone si oppone dunque alla legalità statale, ma in nome di ciò cui la chiama il dovere che nasce dal vincolo del sangue (ἄγραπτα νόμιμα), e la tensione che la tragedia propone, tra la certezza della regola giuridica e l’ingiustizia della sua applicazione casistica, è tensione che si afferma nel rapporto tra due soggetti istituzionali: la città e la famiglia.

Ma se il tema che viene delineandosi, alla luce di queste considerazioni, è quello dell’autodeterminazione della struttura familiare la quale, affermando un proprio codice interno, nega alla legge dello stato la legittimazione ad intervenire nelle proprie scelte, allora, per lo studioso dell’antichità che sia in particolare storico del diritto romano, accanto alla voce di Antigone si fa obbligato il confronto con un’altra voce: quella di Tacito.

3. *Legalità e famiglia: l’invettiva del terzo libro degli Annales*

Il terzo libro degli *Annales*²¹ contiene una delle pagine più dure che mai siano state scritte contro il processo di giuridificazione all’interno di un corpo sociale. E la celeberrima invettiva contro il diritto, che vi trova spazio, rappresenta l’esito finale di una riflessione *de principiis iuris* alla quale Tacito è indotto proprio dalla constatazione dell’impatto sulla vita civile romana prodotto dalla legislazione matrimoniale augustea: una legislazione i cui esiti perversi rappresentano un costo sociale ben più grave dei mali che avrebbero dovuto essere eliminati: dirà Tacito, con parole destinate a rimanere scolpite nella memoria di generazioni, che sono le leggi, e non i comportamenti ingiusti, a far soffrire i cittadini poiché tutte le famiglie (*omnes domus*) sono travolte dal flagello dei delatori (*antehac flagitiis, tunc legibus laborabantur*).

²¹ Per uno studio attento sulle problematiche a sfondo giuridico affrontate dallo storico negli *Annales*, con riferimento particolare al terzo libro, si rinvia a M. DUCOS, *Les problèmes de droit dans l’oeuvre de Tacite*, in *ANRW*, 33.2 (1990), pp. 3183 ss., ed a A. MICHEL, *Tacite et le destin de l’Empire*, Paris, 1966, pp. 147 s. Ma cfr. anche M. DUCOS, *La justice dans l’oeuvre de Tacite*, in *Revue des études Latine*, 68 (1990), pp. 99 ss. Circa l’utilizzo che Tacito fece degli *acta Senatus* nella redazione dei primi libri degli *Annales* vd. R. SYME, *Tacitus*, I, Oxford, 1958, pp. 186-188; 278-285, 296. Si è espresso in materia in tempi più recenti R.J.A. TALBERT, *The Senate of Imperial Rome*, Princeton, 1984, p. 329 per il quale «use of *acta senatus* is suggested further by exceptionally detailed reporting throughout the works of a variety of matters of lesser importance. Some of these might certainly have been recorded by contemporary senatorial historians, but it is difficult to believe that such well-informed reports of the whole range were to be found outside *acta senatus*».

Tac., *Ann.* 3,25: *Relatum deinde moderanda Papia Poppaea, quam senior Augustus post Iulias rogationes incitandis caelibum poenis et augendo aerario sanxerat. nec ideo coniugia et educationes liberum frequentabantur praevalida orbitate: ceterum multitudo periclitantium gliscebat, cum omnis domus delatorum interpretationibus subverteretur, utque antebac flagitiis ita tunc legibus laborabatur. Ea res admonet ut de principiis iuris et quibus modis ad hanc multitudinem infinitam ac varietatem legum perventum sit altius disseram.*

È una denuncia durissima, i cui passaggi più drammatici sono divenuti, nell'immaginario di millenni, il simbolo dell'irreversibile degrado morale e giuridico di una comunità (*non mos non ius*)²² e dell'assoluta inefficienza di una classe di governo (*gravior remediis quam delicta erant*)²³, avvitata in un vortice esiziale in cui l'ipertrofia legislativa viene ad assecondare essa stessa il processo degenerativo: *corruptissima re publica plurimae leges*²⁴.

Questo pesantissimo bilancio, come lo stesso Tacito anticipa e come già si è visto, è frutto di una ricognizione sollecitata dalla riflessione svolta sulle leggi matrimoniali augustee ed i loro effetti (*ea res admonet ut de principiis iuris et quibus modis ad hanc multitudinem infinitam ac varietatem legum perventum sit altius disseram*): potremmo dunque concludere che la condanna pronunciata dallo storico traiano si indirizza in primo luogo contro la prevaricazione compiuta dal legislatore nei confronti della famiglia, il cui spazio di autonomia sarebbe stato cancellato dalla pretesa di disciplinare autoritativamente le scelte matrimoniali e procreative?

In verità, la denuncia gravissima di cui Tacito si fa portavoce non investe il merito e la sostanza della legislazione familiare augustea, un progetto evidentemente commendevole nel suo intento moralizzatore: qualche anno prima le pagine etnografiche del *De origine et situ Germanorum* avevano ospitato l'apprezzamento del suo autore per quella scelta politica, per quelle *bonae leges* la cui efficacia, purtroppo, non poteva che riconoscersi limitata: tra i germani le attitudini spontanee, i modelli etici rappresentati dai *boni mores*, hanno saputo indurre alla moralità coniugale più di quanto non abbiano potuto fare, altrove, le buone leggi²⁵.

²² Tac., *Ann.* 3,28,1.

²³ Tac., *Ann.* 3,28,1.

²⁴ Tac., *Ann.* 3,27,3-28,2: *Iamque non modo in commune, sed in singulos homines latae quaestiones et corruptissima re publica plurimae leges. Tum Cn.Pompeius, tertium consul corrigendis moribus delectus et gravior remediis quam delicta erant, suarumque legum auctor idem ac subversor, quae armis tuebatur, armis amisit. Exin continua per viginti annos discordia, non mos, non ius; deterrima quaeque impune ac multa honesta exitio fuere.*

²⁵ Tac., *Germ.* 19,2: *Sic unum accipiunt maritum quo modo unum corpus unamque vitam, ne ulla cogitatio ultra, ne longior cupiditas, ne tamquam maritum, sed tamquam matrimonium amant. Numerum liberorum finire aut quemquam ex adgnatis necare flagitium habetur, plusque ibi boni mores valent quam alibi bonae leges.*

A ben guardare, dunque, la polemica tacitiana non si scatena contro la manovra legislativa in punto di diritto matrimoniale, ma investe in pari tempo gli esiti perversi di tale manovra sul piano fiscale²⁶ (il meccanismo premiale ha scatenato i delatori, flagello peggiore di ogni male) ed il suo fallimento sul piano applicativo²⁷ (la soluzione normativa e le pene previste non hanno invertito la tendenza verso una crescente disaffezione per matrimoni e procreazione).

Il problema che Tacito avverte e del quale si fa interprete non è quello di una legislazione che ha invaso lo spazio di autonomia familiare ma quello di una legislazione che non ha invaso abbastanza e di un legislatore che si è rivelato incapace di sovvertire i comportamenti dei privati sul piano matrimoniale e riproduttivo²⁸. Ancora una volta il diritto ha purtroppo mostrato la sua impotenza (*invalido legum auxilio*)²⁹ di fronte a quel degrado etico che è l'autentico motore di ogni crisi politica e sociale.

È questa, a mio avviso, la chiave di lettura dell'invettiva tacitiana che non formula un giudizio senza appello per la legislazione quale espressione di un potere arbitrario e prevaricatore: le leggi, è vero, solo raramente sono rivolte a punire i malvagi e più spesso perseguono abusi o altri fini illeciti³⁰, ma tutto questo è frutto della progressiva degenerazione etica che ha travolto anche lo strumento normativo, per quella intima, 'ontologica' connessione tra morale e diritto che il pensiero tacitiano recupera dalla riflessione pessimistica tardo-repubblicana (si pensi alle pagine di Sallustio e Cicerone), filtrata di chiare ascendenze platoniche³¹.

²⁶ Vedi Tac., *Ann.* 3,25,1: [...] *ceterum multitudo periclitantium gliscebat, cum omnes domus delatorum interpretationibus subverterentur, utque antehac flagitiis, ita tunc legibus laborabatur* [...].

²⁷ Vedi Tac., *Ann.* 3,25,1: [...] *nec ideo coniugia et educationes liberum frequentabantur praevalida orbitate* [...].

²⁸ Particolarmente significativo il resoconto offerto da Cassio Dione del dibattito senatorio relativo alla *lex de maritandis ordinibus*, nel corso del quale vennero invocati provvedimenti in grado di contrastare l'immoralità di donne ed adolescenti, Cass. Dio. 54,16,3: *κάν τούτω καταβοήσεως ἐν τῷ συνεδρίῳ περὶ τε τῆς τῶν γυναικῶν καὶ περὶ τῆς τῶν νεανίσκων ἀκοσμίαις, πρὸς ἀπολογίαὶν δὴ τινα τοῦ μὴ ῥ*δίως διαυτὴν τὰς τῶν γάμων συναλλαγὰς ποιεῖσθαι, γενομένης, καὶ ἐναγόντων αὐτὸν καὶ ἐκείνην ἐπανορθῶσαι χλευασμῷ ὅτι πολλὰς γυναιξὶς ἐχρῆτο.*

²⁹ Si veda Tac., *Ann.* 1,2,4: *neque provinciae illum rerum statum abnuebant, suspecto senatus populique imperio ob certamina potentium et avaritiam magistratuum, invalido legum auxilio quae vi ambitu postremo pecunia turbabantur.*

³⁰ Tac., *Ann.* 3,27,1: *Pulso Tarquinio adversum patrum factiones multa populus paravit tuendae libertatis et firmandae concordiae, creatique decemviri et accitis quae usquam egregia compositae duodecim tabulae, finis aequi iuris. nam secutae leges etsi aliquando in maleficos ex delicto, saepius tamen dissensione ordinum et apiscendi illicitos honores aut pellendi claros viros aliaque ob prava per vim latae sunt.*

³¹ Rimane fondamentale, sul punto, il volume di M. DUCOS, *Les Romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et la tradition romaine à la fin de la République*,

In altri termini, non è senza riserve la condanna pronunciata da Tacito che nell'esperienza legislativa di Roma ravvisa un prima e un dopo: c'è il tempo passato, il tempo della concordia e della giustizia e c'è il tempo presente, il tempo della coercizione che si fa ingiustizia:

Tac., *Ann.* 3,26,4: [...] *nobis Romulus ut libitum imperitaverat: dein Numa religionibus et divino iure populum devinxit, repertaque quaedam a Tullo et Anco. sed praecipuus Servius Tullius sanctorum legum fuit quis etiam reges obtemperarent.*

Due sono i pilastri che si ergono nella lontana memoria di questa età aurea, “*de principiis iuris*”: l'uno è Servio Tullio, il cui profilo viene disegnato con i tratti grazie ai quali la modernità avrebbe scolpito, nei millenni a venire, la figura dello stato di diritto, della *rule of law*: il fondatore della dinastia etrusca si presenta infatti come l'artefice di un sistema normativo alla cui osservanza furono tenuti gli stessi sovrani (*Servius Tullius sanctorum legum fuit, quis etiam reges obtemperarent*).

Crollata la monarchia etrusca, il secondo baluardo apprestato per la duplice difesa “*tuendae libertatis et firmandae concordiae*”, è ravvisato da Tacito nel testo decemvirale, ultima voce del *aequum ius*, frontiera estrema prima del dilagare di una legislazione troppo spesso arbitraria e iniqua³²:

Tac., *Ann.* 3,27,1: *Pulso Tarquinio adversum patrum factiones multa populus paravit tuendae libertatis et firmandae concordiae, creatique decemviri et accitis quae usquam egregia compositae duodecim tabulae, finis aequi iuris.*

Le XII tavole sono il “*finis aequi iuris*”. L'espressione involge, com'è evidente, complesse questioni interpretative, legate a quel sintagma che coniuga in un'unica entità le due dimensioni dell'*aequitas* e del *ius*. Semplificando all'estremo, tuttavia, a me pare di poter dire che nell'immaginario tacitano la *Lex Duodecim Tabularum* realizza, e per l'ultima volta, la sintesi tra legalità e giustizia³³.

Paris, 1984, pp. 427 ss. Ma vedi anche EAD., *Philosophie, littérature et droit à Rome*, in ANRW, II, 36-7, Berlin-New York, 1994, pp. 5134 ss.

³² Tac., *Ann.* 3,27,1: *Nam secutae leges [...] aliaque ob prava per vim latae sunt.*

³³ Mette appena conto di ricordare la testimonianza, in Gell., 20,1, della dura ‘requisitoria’ pronunciata dal filosofo Favorino contro le XII Tavole: [...] *quaedam istic esse animadvertuntur aut obscurissima aut durissima aut lenia contra nimis et remissa aut nequaquam ita, ut scriptum est, consistentia*. Evocative del primato culturale conteso tra *scientia iuris* e *philosophia*, in nome della “*vera philosophia*” rivendicata dai giuristi, sovengono le parole di Crasso in Cic., *de orat.* 1,43,195: *bibliothecas me hercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare.*

Ma questa formula encomiastica che, nell'esaltare il testo decemvirale al contempo lo relega (con la staticità di un *finis*) in un passato ormai esaurito e non più rinnovabile, immediatamente richiama il giudizio, ancora una volta riservato all'opera dei decemviri, che trova voce grazie all'altro gigante della storiografia latina del I secolo: Tito Livio³⁴. È lo storico patavino a rappresentare le XII Tavole con un sintagma elogiativo, anche in questo caso destinato a sopravvivere ben oltre il suo autore: *fons omnis publici privatique iuris*³⁵. Componente dinamica (grazie alla forza autorigenerante della "fonte") di un ordinamento vitale e vivente, le XII Tavole imprimono alla pagina liviana una metrica ben diversa sulla quale scandire il rapporto tra legislazione e diritto, tra diritto e socialità. E questo diverso registro, concettuale ed espressivo, sembra venire a maturazione proprio sul terreno del confronto, ancora una volta, tra legislazione e politica familiare.

4. *Legalità e famiglia: la rogatio Canuleia nei Libri ab Urbe condita*

Precetto contemplato nelle due tavole in ultimo aggiunte, una *inhumanissima lex*, come l'avrebbe definita Cicerone³⁶, sanciva infatti la mancanza di *conubium* tra patrizi e plebei (*ut ne plebi cum patribus essent*) e dunque il divieto di matrimoni misti. La scelta del legislatore decemvirale aveva una chiara finalità politica in una stagione di drammatica conflittualità patrizio-plebea, quale quella vissuta in Roma nella prima metà del V secolo.

Il fantasma che si stava agitando era quello di una ammissione della plebe al consolato. I decemviri, intervenendo con una norma apparentemente estranea al terreno e ai temi della battaglia politica, venivano a formalizzare, grazie al divieto di *conubium*, una incomunicabilità matrimoniale assolutamente funzionale alla conservazione del monopolio patrizio sulla magistratura consolare. Era regola infatti che soltanto coloro che fossero nati da un matrimonio legittimo con appartenenti al patriziato (ed il matrimonio era legittimo soltanto se

³⁴ Il richiamo alla legislazione decemvirale rientra appieno nell'ideologia liviana tesa, come è stato ben sottolineato, a «rinnovare la memoria di antichi valori soggetti ad un progressivo svilimento e reintegrarne il vigore attraverso *exempla* illustri»: I. MASTROROSA, *Topica e strategia retorica in Liv. Hist. 5.3-6*, in *ΠΟΙΚΙΛΙΑ. Studi in onore di Michele R. Cataudella in occasione del 60° compleanno*, La Spezia, 2001, p. 815.

³⁵ Liv., 3,34,6: [...] *centuriatis comitiis decem tabularum leges perlatae sunt, qui nunc quoque, in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo, fons omnis publici privatique est iuris.*

³⁶ Cic., *de rep.* 2,37,63: [...] *qui duabus tabulis iniquarum legum additis, quibus etiam quae diiunctis populis tribui solent conubia, haec illi ut ne plebi cum patribus essent, inhumanissima lege sanxerunt [...].*

tra i nubendi vi era reciproco *conubium*)³⁷ potessero trarre quegli *auspicia* che le cariche magistratuali richiedevano in relazione ai loro doveri d'ufficio.

La norma di diritto matrimoniale, irrigidendo l'endogamia dei due ordini, valeva dunque a ribadire un impedimento formale, radicato sul terreno degli *auspicia*, capace di paralizzare, senza alcuna considerazione sul piano politico o giuridico, la candidatura di un plebeo al consolato. E la strumentalità cui l'intera operazione era piegata emerge con assoluta evidenza dalle pagine nelle quali Livio tratteggia il dibattito che, a cinque anni di distanza dall'introduzione del divieto, coinvolse senato, consoli e tribuno Canuleio di fronte alle *rogationes* presentate da quest'ultimo: una prima *rogatio* in punto di *conubium patrum et plebis* (*altera conubium petimus*); una seconda proposta per consentire ai plebei di candidarsi al consolato (*ut seu ex patribus seu ex plebe velit populus consules creet*)³⁸.

Delle due proposte passerà soltanto la prima e passerà, come Livio esplicitamente attesta, perché in tal modo i patrizi speravano che la questione sul consolato potesse essere almeno temporaneamente accantonata, tanto da poter affrontare l'emergenza della guerra contro Veio grazie alla leva che la plebe aveva minacciato di disertare:

Liv. 4,6,3-4: [...] *victi tandem patres ut de conubio ferretur concessere, ita maxime rati contentionem de plebeiis consulibus tribunos aut totam deposituros aut post bellum dilatueros esse, contentamque interim conubio plebem paratam dilectui fore.*

Pagina di grande efficacia, questa disegnata da Livio, straordinariamente evocativa delle moderne tecniche di gestione delle battaglie rivendicative e dei conflitti istituzionali³⁹. Ma, al di là dell'esito finale di questa vicenda, e del compro-

³⁷ Gai 1,67: [...] *quia non aliter quisque ad patris condicionem accedit, quam si inter patrem et matrem eius conubium sit* [...].

³⁸ Liv. 4,3,4-5: *Altera conubium petimus, quod finitimis externisque dari solet; nos quidem civitatem, quae plus quam conubium est, hostibus etiam victis dedimus: altera nihil novi ferimus, sed id quod populi est repetimus atque usurpamus, ut quibus velit populus Romanus honores mandet.*

³⁹ Mette appena conto di ricordare che l'evidente amplificazione retorica di questa pagina non ne diminuisce in alcun modo il valore documentario: anche perché una pagina letteraria e le sue scelte retoriche dovevano necessariamente riflettere un codice di lettura condiviso, capace di rendere quella pagina e quelle scelte immediatamente comprensibili, e fin nelle loro sfumature, al pubblico cui si indirizzavano: al riguardo, di una «interpretazione fin nei dettagli fortemente improntata al diritto classico» parla O. BEHREND, *Sessualità riproduttiva e cultura cittadina. Il matrimonio romano tra spiritualità preclassica e con sensualismo classico*, in J. URBANIK, Z. SLUZEWSKA (edited by), *Marriage. Ideal-Law-Practice. Proceedings of a Conference held in Memory of H. Kupiszewski*, Warsaw, 2006, pp. 56 ss.

messo politico che lo rese possibile, il profilo per noi più interessante è rappresentato dal confronto che lo storico patavino restituisce, in una rappresentazione quasi scenica, tra le ragioni fatte valere dai consoli, espressione delle posizioni del patriziato, e le ragioni sostenute dal tribuno Canuleio, e dunque dalla plebe.

A fronte degli argomenti addotti dal patriziato contro la liberalizzazione del *conubium*, richiesta che viene parossisticamente rappresentata come frutto della follia tribunizia (*furors tribunicios*) e come apertura verso un futuro apocalittico (*conluvionem gentium, perturbationem auspicioꝝ publicoꝝ privatoꝝque*), di smarrimento del senso di identità (*discrimine omni sublato nec se quisquam nec suos noverit ... qui natus sit ignoret*) e di generalizzata schizofrenia (*dimidius patrum sit, dimidius plebis, ne secum quidem ipse concors*), le ragioni evidenziate da Canuleio per contestare il divieto decemvirale di unioni miste ruotano attorno ad un preciso fulcro tecnico: quale argomento centrale della sua orazione Canuleio imputa ai decemviri il non aver più voluto demandare alle scelte private (*servare privatis consiliis*) il rispetto dell'esclusività patrizia e dell'endogamia di ceto: quell'endogamia che era sempre stata spontaneamente riconosciuta e mai violata dai plebei, ma che adesso si rivela capace di scatenare la loro ira per il fatto di essere stata formalizzata "lege":

Liv., 4,4,7-9: [...] *nobilitatem istam vestram, quam plerique oriundi ex Albanis et Sabinis non genere nec sanguine sed per cooptationem in patres habetis, aut ab regibus lecti aut post reges exactos iussu populi, sinceram servare privatis consiliis non poteratis, nec ducendo ex plebe neque vestras filias sororesque enubere sinendo e patribus? Nemo plebeius patriciae virgini vim adferret; patriciorum ista libido est; nemo invitum pactiorem nuptialem quemquam facere coegisset. Verum enim vero lege id prohiberi et conubium tolli patrum ac plebis, id demum contumeliosum plebi est.*

Ciò che ha offeso la plebe, come lascia intendere Canuleio, non è stata la negazione del *conubium plebi cum patribus*, principio tutt'altro che estraneo alla coscienza sociale del tempo. La violentissima reazione plebea, di cui il tribuno si fa portavoce, è stata scatenata dalla recente⁴⁰ iniziativa decemvirale per la formalizzazione di un criterio di separazione già spontaneamente seguito nelle scelte individuali (*Nemo plebeius patriciae virgini vim adferret ... nemo invitum pactiorem nuptialem quemquam facere coegisset*) e per la traduzione in legge di tale divieto: *verum enimvero lege id prohiberi ... id demum contumeliosum plebi est.*

Intollerabile sarebbe apparso, dunque, che, come afferma Livio, «ciò che è sempre stato rimesso alle decisioni private, voi lo abbiate posto sotto il vincolo di una legge superbissima»:

⁴⁰ Liv. 4,4,5: *Hoc ipsum, ne conubium patribus cum plebe esset, non decemviri tulerunt paucis his annis pessimo exemplo cum summa iniuria plebis? [...].*

Liv. 4,4,10: *Quod privatorum consiliorum ubique semper fuit, ut in quam cuique feminae convenisset domum nuberet, ex qua pactus esset vir domo, in matrimonium duce- ret, id vos sub legis superbissimae vincula conicitis.*

È evidente – almeno a mio avviso – come il salto istituzionale prodotto dalla regola decemvirale in punto di *conubium* venga colto non tanto sul piano delle condotte vietate o facultate quanto in rapporto alla qualità della regolamentazione.

La plebe contesta la modalità del disciplinamento, la fonte della regola ma non il suo contenuto dispositivo: al principio dell'endogomia di ceto essa si è venuta sempre uniformando, grazie a quella osservanza che è stata spontanea e che tale deve rimanere, non potendosi accettarne la trasformazione in osservanza *ex lege*.

La plebe mette dunque in discussione la giuridificazione legislativa del principio, il criterio della legalità formale, ma non la razionalità intrinseca e l'efficacia prescrittiva del principio stesso: in altri termini, impregiudicata la validità assiologica, fondata sul riconoscimento sociale della regola, se ne rifiuta la validità formale, tradotta nel vincolo giuridicamente sanzionato di conformazione dei *privata consilia* ad un dettato legislativo.

5. Polisemia della legalità

Ancora una volta la voce di uno storico del principato si leva per contestare la giuridicità nelle sue fondamenta. Ed ancora una volta tutto questo avviene di fronte al varo di una legislazione (ed in conseguenza di questa) volta ad organizzare e dirigere i comportamenti dei privati sul piano del diritto di famiglia: vi è una corrispondenza, destinata a riaffiorare come l'anatra di goethiana memoria, tra la previsione di disposizioni normative regolanti le scelte matrimoniali e procreative dei singoli e l'emergere di momenti di censura aspra, se non di autentico rifiuto, nei confronti dello strumento legislativo, espressione della volontà regolamentativa pubblica.

Potremmo dunque concludere che proprio nella tensione tra autonomia ed eteronomia nel campo del diritto di famiglia si coglie, in prospettiva storica, il nucleo genetico della crisi della legalità: «[...] legalità, per dirla con parole semplici, il principio, molto elementare e trito, del rispetto delle leggi», secondo la formulazione, ancora una volta, di Piero Calamandrei⁴¹. Ma dall'abbracciare immediatamente questo assunto ci trattiene un'ulteriore considera-

⁴¹ P. CALAMANDREI, *Appunti sul concetto di legalità*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Piero Calamandrei. Opere giuridiche*, III, cit., 54.

zione, relativa al diverso modo di porsi della polemica antilegalista nelle pagine dei due storici del I secolo.

L'argomentare plebeo di cui Livio si fa testimone condanna l'invasività della legge, in quanto norma di provenienza pubblica, pur confermando l'adeguatezza 'etica' della regola sancita. In altri termini, è la modalità della disciplina giuridica e non la sua riconoscibilità sociale (e dunque, potremmo dire, la sua stessa effettività)⁴² a cadere sotto gli strali del tribuno Caio Canuleio.

Ben diversa la prospettiva che prende corpo nella pagina di Tacito: il quale denuncia, della normativa matrimoniale augustea, non già la sua fonte pubblica, e dunque la sua invasività eterodiretta ma, al contrario, la sua inefficacia e la sua distrazione verso finalità inique. La legislazione voluta da Augusto (necessaria, come tutte le leggi, dopo il venir meno di quegli uomini primitivi i quali "*nihil contra morem cuperent, nihil per metum vetabantur*")⁴³, si è tuttavia rivelata incapace di raggiungere il suo scopo, non correggendo a sufficienza la deriva morale del corpo cittadino ed alimentando, viceversa, sacche di illiceità e corruzione diffusa⁴⁴.

Antinomie ideologiche di due intellettuali, per di più professionalmente distanti dalla quotidianità della riflessione giuridica? Tutt'affatto. Se non altro perché, come più volte sottolineato dalla dottrina, la formazione giuridica rappresentava una componente imprescindibile del bagaglio educativo della classe dirigente colta romana.

In verità, siamo di fronte a due diversi livelli di crisi della legalità, due diverse modalità di predicazione che riflettono, nella loro antitesi, il forte spessore semantico, l'autentica polisemia della legalità e della sua crisi, declinabili secondo due diversi significati: la crisi del *principio* di legalità, nella quale il precetto di provenienza pubblica, la norma statutale, non appare più in grado di intercettare ed esprimere l'istanza regolamentativa condivisa e diffusa tra i consociati; e la crisi del *senso* di legalità, nella quale lo spirito diffuso tra i consociati non appare più in grado di esprimere alcuna istanza regolamentativa condivisa che non sia «il costume di osservare la norma giuridica solo quando conviene»⁴⁵.

⁴² Cfr. Liv. 4,4,8: *Nemo plebeius patriciae virgini vim adferret [...] nemo invitum pactionem nuptialem quemquam facere coegisset.*

⁴³ Tac., *Ann.* 3,26,1: *Vetustissimi mortalium, nulla adhuc mala libidine, sine probro scelere eoque sine poena aut coercionibus agebant. Neque praemiis opus erat, cum honesta suopte ingenio peterentur; et ubi nihil contra morem cuperent, nihil per metum vetabantur.*

⁴⁴ A conferma del doloroso interrogativo già pronunciato da Orazio (*Carm.* 3,24,36: [...]) *quid leges sine moribus vanae proficiunt* [...]). Si sono di recente soffermati sulla poetica di Orazio e sulla sua rilevanza in chiave giuridica R. HASSAN, *La poesia e il diritto in Orazio. Tra autore e pubblico*, Napoli, 2014, spec. p. 67 ss., 93; O. DILIBERTO, *La satira e il diritto: una nuova lettura di Horat., sat. 1.3.115-117*, in *AUPA*, 55 (2012), pp. 387 ss.

⁴⁵ V. FERRARI, *Diritto che cambia e diritto che svanisce*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2009, p. 49. Parla, in questa prospettiva, di «funerali della legalità» M. AINIS, *L'e-*

Le fonti antiche danno corpo a questa dialettica. E se Tacito si fa drammaticamente testimone dell'anomia di un tempo nel quale "*non mos, non ius*", complice l'inefficienza dello strumento legislativo, Livio dal canto suo denuncia l'inadeguatezza ed il conseguente rifiuto dello strumento legislativo che, sovrapponendosi ai *privata consilia*, comprime l'autonomia delle scelte individuali ed il reciproco affidarsi dei consociati. Ma un'ulteriore considerazione merita di esser fatta, ed è una considerazione che rafforza ancor di più la problematicità di questo fronte d'indagine.

6. Autodeterminazione familiare: fuga dal diritto e domanda di diritto

Come si è visto, la plebe – per bocca di Caio Canuleio – insiste sui *privata consilia*, sul richiamo all'autodeterminazione nelle scelte personali e familiari (*Quod privatorum consiliorum ubique semper fuit ... id vos sub legis superbissimae vincula conicitis*): in tal modo, a voler riprendere la metafora nel cui segno si svolgono queste mie considerazioni, la plebe sta disegnando la costa lungo la quale l'onda si infrange. Ma tutto questo argomentare viene sviluppato nel momento in cui Canuleio sta presentando la sua "*rogatio de conubio patrum et plebis*": una proposta legislativa, dunque, per un plebiscito che, incontrando il favore del patriziato, avrebbe riconosciuto il *conubium* nelle unioni miste patrizio-plebee⁴⁶:

Liv. 4,1,1: *Nam principio anni et de conubio patrum et plebis C. Canuleius tribunus plebis rogationem promulgavit [...]*.

I *patres*, per le ragioni di opportunità già viste (*ita maxime rati contentionem de plebeis consulibus tribunos aut totam deposituros aut post bellum dilatos esse*) addivengono al compromesso politico e si crea in tal modo l'accordo sulla proposta in punto di *conubium*⁴⁷:

clissi della legge, in M. AINIS, M.R. FERRARESE, P. GROSSI, U. MATTEI, G. SANTUCCI, U. VINCENTI, *Inchiesta sulla legge nell'Occidente giuridico*, Torino, 2005, pp. 61 ss., 76.

⁴⁶ Prescindo, per le ragioni sopra espresse, dall'affrontare in questa sede il defatigante «enigma», come già lo definiva Rotondi (cfr. G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano, 1990 [rist.1912], p. 61), relativo all'efficacia vincolante dei *plebiscita* prima che "*legibus exaequata sunt*" (Gai 1,3), nonché la questione, spinosissima ed incessantemente dibattuta dalla dottrina, dell'incidenza dell'*auctoritas patrum* nelle tappe del processo di parificazione. Sul quale ultimo, per tutti, F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II, Napoli, 1973, pp. 153 ss.

⁴⁷ Merita di essere recuperata, per la sua persistente suggestione, l'osservazione formulata da Rotondi, che ipotizza l'esistenza di «una norma antichissima – sparita colla *lex Hortensia* – secondo la quale i plebisciti, validi di per se stessi nei riguardi della plebe, avrebbero avuto effi-

Liv. 4,6,3: [...] *victi tandem patres ut de conubio ferretur concessere* [...].

Da quel momento in poi sarà la *lex Canuleia de conubio patrum et plebis* a sancire l'esogamia di ceto nel sistema familiare romano⁴⁸, e dunque la libertà dei privati nel campo delle scelte matrimoniali (*quod privatorum consiliorum ubique semper fuit*), eventualmente anche di fronte alla scelta per un matrimonio misto.

Nella strategia retorica di Canuleio la denuncia dell'offensiva intrusività della legge in un terreno riservato allo spontaneo dispiegarsi delle relazioni intersoggettive (*lege id probiberi ... id demum contumeliosum plebi est*) si traduce dunque in argomento a sostegno di una proposta di legge (*Canuleius pro legibus suis*) che rispetti – imponendone il rispetto – l'autonomia dei singoli nella costruzione di un progetto familiare: *ut in quam cuique feminae convenisset domum nuberet, ex qua pactus esset vir domo, in matrimonium duceret*.

È quanto dire che l'autodeterminazione dei privati, nel momento in cui impone al diritto di ritrarsi, chiede tuttavia al diritto stesso di essere legalmente presidiata. L'alternativa tra autonomia ed eteronomia non si risolve in «una sorta di statico regolamento di confini»: come in un gioco di specchi nel quale passato e presente rimandano le loro immagini, l'orazione di Canuleio viene in sostanza a dirci che l'autodeterminazione «si pone come prodotto di una scelta politica e sociale, che fonda giuridicamente il riconoscimento di spazi di autonomia»⁴⁹.

La pagina che Livio dedica agli avvenimenti del 445 a.C., «anno difficile in patria e fuori»⁵⁰, lascia dunque intuire la tensione dialettica tra due istanze: d'un

caccia generale quando fossero riusciti ad ottenere il consenso del senato: ciò spiegherebbe le ostinate insistenze dei tribuni presso il senato che la tradizione ricorda, senza chiarirle, in occasione di quasi tutti i più antichi plebisciti» (ROTONDI, *Leges publicae*, cit., pp. 114 s.).

⁴⁸ Non mette conto di ricordare come la stessa documentazione epigrafica evidenzi l'impiego fungibile dei termini *lex* e *plebiscitum*, laddove vengano rubricate come *leges* deliberazioni inequivocabilmente assunte su proposta tribunizia: si veda, per tutti, *Roman Statutes* (edit. by M.H. CRAWFORD), I, London, 1966, pp. 65 ss., 331 ss. Si uniformano ad un tale uso promiscuo le fonti letterarie antiche (Liv. 4,3,1: *Canuleius pro legibus suis*) e la moderna dottrina: valga per tutti la voce di E. VOLTERRA, *Matrimonio (diritto romano)*, in *ED*, 25 (1975), pp. 726 ss., ora in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1991, 232: «così come la statuizione della *lex Canuleia* è il ristabilimento del *conubium* fra patrizi e plebei». Si segnala, in ultimo, la diversa datazione (e la diversa ricostruzione complessiva) proposta da ZAMORANI, *Plebe Genti Esercito* cit., 362 ss., secondo il quale, rinviata alle leggi Valerie-Orazie del 449 a.C. l'introduzione del divieto di *conubium* – ed in una prospettiva 'filoplebea' – anche la relativa abrogazione avrebbe conosciuto uno slittamento ad un'epoca imprecisata, sicuramente precedente alla metà del I sec. a.C.

⁴⁹ RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 22.

⁵⁰ Liv. 4,1,1: *Hos secuti M. Genucius et C. Curiatius consules. Fuit annus domi forisque infestus*.

lato, la tendenza alla deregolazione, alla ricerca potremmo dire di un “diritto leggero” che risolva la lacerazione tra legge e realtà diminuendo le norme di provenienza pubblica a fronte di spazi di autonomia regolamentativa (*servare privatis consiliis*). D’altro lato, la tendenza ad una giuridicizzazione legislativa che ‘istituzionalizzi’, garantendone l’effettività, lo spazio di autonomia: sarà ancora Canuleio, nel presentare la sua *rogatio de conubio patrum ac plebis*, a farsi paladino del potere legislativo, e dunque della competenza precettiva, spettante al *populus Romanus*: «*Oportet licere populo Romano, si velit, iubere legem*»⁵¹.

La ricognizione interna alla storiografia del principato, attraverso le voci solo apparentemente discordi di Livio e di Tacito, mostra dunque come sia proprio il quadro normativo dettato in materia matrimoniale, il momento di incontro e di scontro tra “il mare del diritto” e “l’isola familiare”, a far emergere il problema dei limiti dell’imposizione legislativa, svelando la defatigante tensione tra fuga dal diritto e domanda di diritto, quella dialettica irrisolta tra autorità e libertà in cui si sostanzia la crisi della legalità.

Ma la testimonianza degli antichi ci svela anche le coordinate del percorso capace di sciogliere il groviglio nel quale le contrapposte istanze sembrano reciprocamente elidersi:

Liv. 4,5,5: *Itaque ad bella ista, seu falsa seu vera sunt, consules, parata vobis plebes est, si conubiis redditis unam hanc civitatem tandem facitis [...]*.

Con queste parole, che scandiscono i passaggi conclusivi della sua orazione *pro legibus suis*, il tribuno Canuleio disegna il percorso istituzionale grazie al quale il conflitto politico apertosi tra plebe e patriziato potrà trovare la propria composizione, creandosi le condizioni per una pacificazione sociale autenticamente collaborativa (*unam hanc civitatem tandem facitis*): l’approvazione di una nuova legge che sancisca la reciproca legittimazione matrimoniale dei due ordini (*si conubiis redditis*), trasformando il precedente divieto legislativo in una facoltà legalmente riconosciuta.

⁵¹ Prerogativa che viene presentata come conquista scaturita dalla cacciata dei re: Liv. 4,5,1-3: *Denique utrum tandem populi Romani an vestrum summum imperium est? Regibus exactis utrum vobis dominatio an omnibus aequa libertas parta est? Oportet licere populo Romano, si velit, iubere legem, an ut quaeque rogatio promulgata erit vos dilectum pro poena decernetis, et simul ego tribunus vocare tribus in suffragium coepero, tu statim consul sacramento iuniores adiges et in castra educes, et minaberis plebi, minaberis tribuno? Quid si non quantum istae minae adversus plebis consensum valerent bis iam experti essetis?*

7. «Ciò che esisterà domani»

La conclusione alla quale induce quest'ultima parte del racconto liviano ci apre dunque uno scenario ulteriore, ed ancor più complesso: perché quello che appare, nell'impianto argomentativo del discorso plebeo, come il problema legato alla presenza di una disciplina legislativa di provenienza pubblica, si svela in realtà come il problema legato alla presenza di quella specifica disciplina legislativa: problema che si risolve con l'adozione di una disciplina legislativa diversa.

L'intollerabile invasività della regola giuridica nel terreno dei *privata consilia*, denunciata con virulenta enfasi retorica, svanisce di fronte alla formulazione di una regola giuridica modificata: è il cambiamento del contenuto pre-cettivo che trasforma in valore quella imposizione legislativa in punto di scelte matrimoniali condannata sino a quel momento come disvalore.

Dal continuo intrecciarsi di spinte opposte, in questa sofferta alternanza di anomia, autonomia, eteronomia che le pagine di Livio e Tacito restituiscono, emerge dunque l'unica prospettiva immanente al discorso giuridico, l'unica predicazione possibile intorno al diritto: la sua riforma.

Nella *Prefazione* alla seconda edizione del suo *Diritto Amministrativo*, Massimo Severo Giannini disegna, con una sofferta venatura autobiografica, il ruolo del giurista. E tutto il senso di questo suo doloroso disincanto si riflette nelle parole conclusive della *Prefazione* che riconoscono, con invincibile malinconia, che «la condanna dei giuristi è quella di pensare sempre a nuove albe. Ma sono albe accorrenti e scompaenti»⁵².

Vi risuonano, forse anche consapevolmente, le osservazioni formulate qualche decennio prima da José Ortega y Gasset: «il diritto giunge ad essere ciò che esisterà domani, quando si avrà la nuova legge giusta, ciò che però non c'è mai oggi, poiché quello che c'è serve solo come invito a cambiarlo»⁵³.

Alle soglie del nuovo millennio, in un saggio apparso sui *Quaderni Fiorentini*, Andrea Proto Pisani sarebbe giunto ad affermare che «il discorso sulla riforma è un discorso per così dire perenne nello studio del processo»⁵⁴: riflesso implicito, ma evidente, della crisi del processo stesso.

⁵² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, 2, Milano, 1988, p. II.

⁵³ J. ORTEGA Y GASSET, *Una interpretazione della storia universale*, trad. it., Milano, 1978, p. 253. Sulle tematiche qui richiamate si veda, con insuperata perspicuità, N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 987 ss., 989. Ma vd. anche, dello stesso Autore, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 11 ss.

⁵⁴ A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28 (1999), p. 713.

8. Per una 'ontologia' della crisi

La crisi, come percezione dell'inadeguatezza della risposta giuridica e della necessità di una sua revisione, rappresenta l'ontologia del diritto, la sua narrativa fisiologica: consistendo nella individuazione del punto di equilibrio, equilibrio come tale sempre dinamico, tra dimensioni caratterizzate da una costante tensione reciproca, che la modernità declina quali certezza e giustizia, legalità ed equità, il diritto, potremmo dire lo stesso sistema giuridico che pure «implica un nesso unitario di contenuti»⁵⁵, appare inevitabilmente come qualcosa di provvisorio. La precarietà appartiene al diritto che, essendo funzione di esigenze, idealità, culture, valori in costante mutamento, si vede a sua volta soggetto ad un continuo aggiustamento, nel confronto inevitabilmente fluido tra dato normativo, riconoscibilità sociale, applicazione giudiziale.

Tutto questo è iscritto nel codice genetico del diritto. «Il diritto ha la pretesa di dominare l'imprevedibile, di attribuire significato agli eventi futuri»⁵⁶, perché nasce come vocazione ordinante rispetto al corso indistinto di tali eventi, proiezione di quella «tenace pressione disciplinatrice e ordinante»⁵⁷ che costituisce il tratto più vivido dell'identità culturale romana, della sua 'antropologia'. Condannato ad inseguire la mutevolezza del divenire, il diritto ci appare esso stesso, necessariamente, in continuo divenire.

Ed ecco allora che, nell'antitesi tra l'astratto oggettivismo della regola legislativa, la sua rassicurante ma impersonale solidità, ed il soggettivismo vitale ma incerto della situazione concreta che reclama il riconoscimento della «pienezza della vita», il momento di mediazione risiede nella prospettiva riformista, nel «cambiamento della regola»⁵⁸: non tanto per significare l'indifferenza dello strumento legislativo rispetto ai suoi contenuti⁵⁹ quanto per rappresentarne la funzione creativo-correttiva in un assetto mai definitivamente irrigidito perché mai definitivamente risolto⁶⁰.

Ma questo codice comunicativo proprio della modernità giuridica è già presente nella contesa che divide il patriziato e la plebe sulla formalizzazione

⁵⁵ In tal senso N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2014, p. 40.

⁵⁶ Così ancora IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 36.

⁵⁷ Sono parole di A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 48.

⁵⁸ RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 23.

⁵⁹ Prospettiva alla ribalta dell'attuale panorama dottrinario, quella del nichilismo giuridico: si veda in tal senso N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, che con questo lavoro («l'orizzonte dei diritti possibili») conclude un percorso iniziato con *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004 e continuato con *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.

⁶⁰ «Ciò significa che un sistema giuridico esiste precisamente perché esistono conflitti e anche devianze rispetto alle norme riconosciute»: FERRARI, *Diritto*, cit., p. 48.

legislativa di un divieto nuziale, riecheggia nella denuncia dell'impatto distorto e distorsivo che le leggi matrimoniali augustee hanno avuto sulla società romana della prima età imperiale. La narrativa della crisi, che ci accompagna dagli albori del Novecento⁶¹, crisi della legalità e per estensione del diritto quale espressione del potere legislativo, mostra invero ben altra profondità di radicamento, esprime il genoma identitario di un *ius* che realizza la propria vocazione al disciplinamento sociale grazie al convergere, razionalizzato ma non gerarchizzato, di *leges* e *mores*, *interpretatio* e *iurisdictio*.

Tutto questo consente di ridimensionare l'impatto politico e culturale del *logos* sulla crisi del diritto e sulla sua 'complessità' quali connotati esclusivi della contemporaneità, eventi irricognoscibili, e dunque eccezionali, in mancanza di precedenti⁶². Ed è compito dello studioso del passato, dismessa ogni paralizzante polemica in punto di 'attualizzazione', offrire gli strumenti per questa consapevolezza, assecondando la sollecitazione, che appare tanto più imperativa in quanto proveniente non da uno storico ma da un sociologo del diritto: «se osserviamo ciò che accade in una prospettiva storica, dobbiamo chiederci se il nostro smarrimento di fronte alle novità non sia, spesso, soltanto paura delle novità»⁶³.

⁶¹ Ne rappresenta la pietra miliare la celebre prolusione romaniana del 1909: S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969. Una tappa fondamentale è offerta da F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, pp. 424 ss. Di una «evanescenza e impotenza della espressione legislativa» parla M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, p. 189. Per una riconsiderazione generale sul punto possono vedersi le relazioni svolte al convegno *Crisi dello Stato e del principio di legalità? Lo Stato nel diritto contemporaneo* (Palermo, 6-7 maggio 2011), ora nel volume *Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, in *Ars interpretandi*, XVI (2011), pp. 7 ss. Sulla posizione di Santi Romano vd. P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, pp. 669 ss.; ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di S. Romano)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I (2011), p. 1 ss.

⁶² Sull'apparato comunicativo legato alla "irricognoscibilità", e conseguente "incalcolabilità", insiste in questi ultimi anni IRTI, *Calcolabilità weberiana*, cit., pp. 987 ss.

⁶³ Così FERRARI, *Diritto*, cit., p. 45. Seguendo questa linea di pensiero («Oso però dire che molti fenomeni che ci lasciano perplessi, per non dire interdetti, in realtà non sono nuovi») affiora la conclusione secondo cui «fenomeni come la scomparsa quasi totale della *terra incognita* nel nostro pianeta, la rivoluzione delle comunicazioni, lo sfruttamento massiccio delle risorse naturali, e via dicendo, differenziano il nostro tempo da ogni altro»: rappresentando quindi l'autentico *quid novi* con il quale dovrà confrontarsi lo scenario giuridico che conosciamo.

VALERIO MAROTTA

LEGALITÀ REPUBBLICANA E INVESTITURA IMPERIALE NELL'*HISTORIA AUGUSTA*

SOMMARIO: 1. *Proconsulare imperium e tribunicia potestas*. – 2. Le assemblee cittadine: persistenze e trasformazioni di un rituale politico. – 3. La ‘rivoluzione giuridicamente permanente’. – 4. La *res publica* e le sue istituzioni. – 5. La ‘posizione imperatoria’: carica unitaria o somma di poteri? – 6. Principato e assetti istituzionali preaugustei: la riflessione tardoantica.

1. *Proconsulare imperium e tribunicia potestas*

È possibile o, forse, dovrei dire è opportuno discutere, per il IV secolo d.C.¹, di legalità repubblicana²? A questa domanda risponderai senz’altro sì,

¹ *Legitime* in *Amm.* 30.10.5 allude esclusivamente alle forme e alle modalità tradizionali di proclamazione degli *Augusti* (in questa circostanza Valentinianus II) così come esse avvenivano a quei tempi: cfr. J. SZIDAT, ‘*Imperator legitime declaratus*’ (*Ammian* 30, 10, 5), in «*Historia testis*». *Mélanges d'épigraphie, d'histoire ancienne et de philologie offerts à T. Zawadzki*, Fribourg, Éditions Universitaires de Fribourg, 1989, pp. 175-188. Condivido, pertanto, i rilievi che, sulle orme di L. Wickert, su questo passo ha formulato P. VEYNE, *L'empire gréco-romain*, Paris, Seuil, 2005, p. 23 e nt. 33. Vd. anche, *infra*, nt. 13. Se poi si guarda al *corpus* dei *Panegyrici Latini*, si può osservare come esso, nel suo complesso, istituisca a proprio principale fondamento la nozione di lealtà nei confronti di chi abbia ottenuto il potere legalmente: F. BURDEAU, *L'Empereur d'après les Panégyriques latins*, in F. BURDEAU, N. CHARBONNIER, M. HUMBERT, *Aspects de l'empire romain*, Paris, P.U.F., 1964, pp. 2-9; J.-L. DESNIER, *La légitimité du prince III^e-XII^e siècles. La justice du fleuve*, Paris, l'Harmattan, 1997, pp. 225 ss.

² Senza dubbio decisiva, in questo contesto, la testimonianza di Cass. Dio 53.32.5-6 (*infra*, nt. 132), secondo il quale ogni potere del principe aveva un fondamento legale: su questi aspetti del pensiero dello storico bitinico, con bibl., M.-L. FREYBURGER-GALLAND, *Res publica restituta chez Dion Cassius, Le Principat d'Auguste*, in *Réalités et représentations du pouvoir. Autour de la Res publica restituta*, a cura di F. HURLET, B. MINEO, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2009, pp. 325 ss., 337 ss. J.-L. FERRARY, *Nature et périodisation du principat, des juristes humanistes à Mommsen*, in *Il princeps romano: autocrate o magistrato? Fattori giuridici e fattori sociali del potere imperiale da Augusto a Commodo*, a cura di J.-L. FERRARY, J. SCHEID, Pavia, IUSS Press, 2015, pp. 33 s., scrive che Theodor Mommsen, rifiutando di fare del senato la fonte

purché si privilegino, rispetto agli eventi, a quelli verificati come tali dalla critica storica, le opere letterarie collocabili, per esempio, nel quadro di quel che, con una formula controversa – contestata da Peter Brown³ e da Alan Cameron⁴ –, si definisce “reazione pagana”. Subito si pensa, volgendo lo sguardo alla fine del secolo IV, all'*Historia Augusta*⁵, a un'opera, cioè, ‘fanzionale’ quant'altre mai⁶. All'autore⁷ di queste *vitae* non si può, in alcun caso, prestar fede

unica della legittimità, giunse implicitamente ad affermare che l'idea stessa di legittimità sarebbe stata estranea al principato. Il che, se si guarda a esso in quanto istituzione, è vero. Ogni *imperator*, per affermarsi come tale, avrebbe dovuto ripetere l'“atto rivoluzionario” di Augusto e compiere, dunque, un'azione “illegale”. Ma, simultaneamente, la mommseniana ‘rivoluzione giuridicamente permanente’ (*infra*, p. 36 ss.) implica, per forza di cose, che il principato, dopo ogni nuova presa del potere, debba regolarmente rigenerarsi e rilegittimarsi nelle istituzioni repubblicane. Tutto il fascino del regime imperiale consiste in questa insuperabile contraddizione.

³ Vd., per esempio, P. BROWN, *La formazione dell'Europa cristiana. Universalismo e diversità*, trad. it., Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 43 ss. Per una valutazione storiografica, che fece il punto sul dibattito agli inizi degli anni '60 del secolo scorso, vd. A. MOMIGLIANO, *Introduzione. Il cristianesimo e la decadenza dell'Impero romano*, in *Il conflitto tra paganesimo e cristianesimo nel secolo IV*, a cura di A. MOMIGLIANO, trad. it., Torino, Einaudi, 1968, pp. 5 ss. e gli altri saggi (A.H.M. Jones, J. Vogt, E.A. Thompson, A.A. Barb, H.-I. Marrou, P. Courcelle, H. Bloch) raccolti nel volume adesso citato. Per uno sguardo d'insieme sugli studi dei rapporti tra pagani e cristiani durante la Tarda Antichità vd. R. LIZZI TESTA, *Dal conflitto al dialogo: nuove prospettive sulle relazioni tra pagani e cristiani in Occidente alla fine del IV secolo*, in U. CRISCUOLO, L. DE GIOVANNI (a cura di), *Trent'anni di studi sulla tarda antichità. Bilanci e prospettive*, Napoli, D'Auria, 2009, pp. 167-190.

⁴ AL. CAMERON, *The Last Pagans of Rome*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 783 ss. in part. Più sfumata la posizione di G. BOWERSOCK, *L'ellenismo nel mondo tardoantico*, trad. it. Roma-Bari, Laterza, 1992. Una contestazione decisa delle posizioni di Al. Cameron in alcuni contributi raccolti in S. RATTI, *Antiquus error. Les ultimes feux de la résistance païenne. Scripta varia augmentés de cinq études inédites*, Turnhout, Brepols, 2010, pp. 185 ss. part.; ID., *Polémiques entre Païens et Chrétiens*, Paris, Les Belles Lettres, 2012, pp. 11 ss., 179 ss. part., nonché ID., *L'Histoire Auguste. Les païens et les chrétiens dans l'Antiquité tardive*, Paris, Les Belles Lettres, 2016, in part. pp. 19-40, ove si indicano le oggettive divaricazioni riscontrabili tra il punto di vista di Al. Cameron e quello di P. Brown. Altre considerazioni sull'*Historia Augusta: ibid.*, pp. 179-337. Sui riferimenti e sulle allusioni alla Bibbia o al cristianesimo nell'*Historia Augusta* vd. anche G. RINALDI, *Pagani e cristiani. La storia di un conflitto (secoli I-IV)*, Roma, Carocci, 2016, pp. 246-249.

⁵ Un primo *status quaestionis* in J.-P. CALLU, *Histoire Auguste. Introduction générale. Vies d'Hadrien, Aelius, Antonin*, Paris, Les Belles Lettres, 1992, pp. VII-XCIII, LXX ss.; ma cfr. il divergente, per certi aspetti, punto di vista di F. PASCHOUD, *Histoire Auguste. Tome V^{ème} 1^{ère} partie. Vies d'Aurélien et de Tacite*, Paris, Les Belles Lettres, Paris, 1996, pp. XVIII-XLIII. Credo che, al di là della plausibilità delle sue ipotesi di attribuzione (*infra*, ntt. 95 e 96), ai volumi di RATTI, *Polémiques*, cit. (nt. 4), 16 s. part., *L'Histoire Auguste* cit. (nt. 4), vada in ogni caso riconosciuto il merito d'aver difeso con successo la natura propriamente politica dell'*Historia Augusta*.

⁶ Ma, sul piano della realtà storica effettuale, sebbene sia arduo, non è però impossibile individuare testimonianze che attestino il desiderio di alcuni *principes* d'attenersi alla legalità di

senza un attento esame dei fatti e delle fonti parallele. Si è accertato che un cospicuo numero di informazioni da esse fornitoci non è vero. E, in effetti, si producono nelle biografie almeno centoquarantacinque documenti apocriefi, con una percentuale di falsificazioni più elevata nella seconda parte dell'opera, a partire dalla *vita* dei due Massimini⁸.

Viene allora spontaneo pensare a errori, a consapevoli deformazioni o a menzogne. Ma questi termini rischiano di fuorviarci. Siamo dinanzi, piuttosto, a un'opera di finzione. E il suo autore non si prefisse mai lo scopo di ingannare i propri lettori. Non di meno poiché i fatti, se non costantemente alterati,

tradizione repubblicana. È quel che, in fondo, emerge da Amm. 22.7.1-2 (cfr. V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I-IV d.C.)*. Studi di diritto pubblico romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 60), un brano nel quale lo storico antiocheno sottolinea come Giuliano, resosi conto d'aver proceduto, per propria distrazione e per errore del *proximus admissio-num*, ad alcune *manumissiones vindictae* in presenza del console, che stava presiedendo ai giochi circensi a Costantinopoli, si autoinflisse una multa di dieci libbre d'oro.

⁷ L'*Historia Augusta*, le cui *vitae* sono attribuite a differenti autori, è stata composta probabilmente (come intuì nel XIX secolo Hermann Dessau) da un unico biografo, che ha collazionato materiali più antichi. Sulle fonti dell'*Historia Augusta* cfr. le approfondite rassegne di T.D. BARNES, *The Sources of the Historia Augusta*, in *Historiae Augustae Colloquium Maceratense*, a cura di G. BONAMENTE, G. PACI, Bari, Edipuglia, 1995, pp. 1-34 e, soprattutto, di D. ROHRBACHER, *The Sources of the Historia Augusta reexamined*, in *Histos* 7 (2013), pp. 146-180 (ove ampia bibl.). Il dibattito si è incentrato in primo luogo sul presunto autore della cosiddetta *Kaisergeschichte*, che alcuni vorrebbero identificare con un tal Eusebius Nanneticus (di Nantes) (F. JACOBY, *Fr. Gr. Hist.*, II, 101, 2, 480-482). Altri si limitano a riconoscere, in questo storico, esclusivamente la principale fonte del biografo dell'*Historia Augusta* per il periodo ricompreso tra il 270 e la morte di Carus: vd., variamente, da un canto H. SIVAN, *The Historian Eusebius (of Nantes)*, in *JHS* 112 (1992), pp. 158-16 e, dall'altro, R. SUSKI, *Why Eusebius of Nantes was not the Author of Kaisergeschichte*, in *Classica Cracoviensia* 9 (2005), pp. 43-71. Altra bibl. sul tema in D. ROHRBACHER, *art. cit.*, pp. 173 ss. Cfr. anche *Appendice. Discussione sulle fonti dell'Historia Augusta* in *Historiae Augustae Colloquium Maceratense* cit. (in questa nt.), pp. 29-34. Verifiche informatiche sullo stile e sul lessico delle varie *vitae* hanno permesso di ipotizzare la presenza d'un unico autore di tutte le biografie imperiali: vd. M. MARRIOTT, *The Authorship of the Historia Augusta – Two Computer Studies*, in *JRS* 69 (1979), pp. 65-77; critiche di metodo in B. SANSONE, *The Computer and the Historia Augusta: A Note on Marriott*, *ibid.* 80 (1990), pp. 174-177; secondo B. MEISSNER, *Computergestützte Untersuchungen zur stilischen Einheitlichkeit der Historia Augusta*, in *Historiae Augustae Colloquium Bonnense*, a cura di G. BONAMENTE, K. ROSEN, Bari, Edipuglia, 1997, pp. 175-215, le *vitae* attribuite a Pollione e Vopisco sono quasi certamente d'un unico autore, mentre per le restanti permangono margini di dubbio: ma vd. J. N. ADAMS, *The Linguistic Unity of the Historia Augusta*, in *Antichthon* 11 (1977), pp. 93-102; uno *status quaestionis* in CAMERON, *The Last Pagans*, cit. (nt. 4), pp. 744 s., con altra lett.; ma appaiono prive d'ogni fondamento le sue ipotesi di datazione (361/384).

⁸ Nella sola biografia di Aureliano le falsificazioni individuate sono almeno ventuno; tredici nella *vita Taciti*. Nella prima parte dell'opera, la *vita* di Avidio Cassio ne propone dodici: cfr. PASCHOUD, *Histoire Auguste. Tome V^{ème} 1^{ère} partie*, cit., (nt. 5), p. LI.

sono sempre piegati a un fine preciso, politico ancor prima che letterario, i suoi racconti, le nomenclature magistratuali che egli adopera, i progetti di riforma delle istituzioni che egli propone, attribuendoli ora a questo, ora a quell'imperatore, devono divenire oggetto d'un esame scrupoloso.

La cura, posta dal biografo, nel descrivere i differenti elementi che connotano i procedimenti di investitura dei *principes*, è un *unicum* senza riscontri nel panorama letterario d'epoca tardoantica. Un primo termine di confronto, anche statistico, permette di comprendere quali fossero le sue specifiche peculiarità. Egli utilizzava molto spesso nomenclature come *tribunicia potestas* o come *proconsulare imperium*⁹. È un dato estremamente interessante, perché in Aurelio Vittore e nell'*Epitome de Caesaribus* ricorre esclusivamente, e soltanto due volte, l'espressione *tribunicia potestas*¹⁰. Così pure nelle *Historiae* di Orosio¹¹. Nulla in Eutropio¹², nel suo *Breviarium*, o in Ammiano Marcellino (per gli imperatori del secolo IV), sebbene lo storico antiocheno si soffermi, nelle

⁹ Sui meccanismi di conferimento dei poteri imperiali vanno attentamente riconsiderati alcuni testi dell'*Historia Augusta* (*Pert.* 5.6; *Did. Iul.* 3.4, *Alex. Sev.* 1.3, *Tac.* 19.2, *Prob.* 12.8; ma vd., in part., *M. Ant.* 6.6) e di Tacito (*Tac. Ann.* 13.21.3 da riconnettere ad *Ann.* 12.41.1), testimonianze che ricordano, significativamente, l'esistenza di un *proconsulare ius* (o *ius proconsulare*). Sul tema vd. J. BÉRANGER, *L'imperium proconsulaire et la puissance tribunicienne dans l'Histoire Auguste*, in *BHAC* 1977/1978, Bonn, Habelt Verlag, 1980, pp. 1-15; F. LOVOTTI, *Il conferimento dei poteri ad Alessandro Severo con particolare riferimento ai tempi dichiarati nell'«Historia Augusta»*, in *Historiae Augustae Colloquium Perusinum*, a cura di G. BONAMENTE, F. PASCHOU, Bari, Edipuglia, 2002, pp. 345-354. Vd. anche J. GAUDEMET, *Le concept d'imperium dans l'Histoire Auguste*, in *BHAC* 1968/1969, Bonn, Habelt Verlag, 1970, pp. 91-97, 92 ss. part. e J. BÉRANGER, *L'expression du pouvoir suprême dans l'Histoire Auguste*, in *BHAC* 1971, Bonn, Habelt Verlag, 1974, pp. 21 ss.

¹⁰ *Aurel. Vict. Caes.* 1.6 *pater patriae ob clementiam ac tribunicia potestate perpetuo habitus; hinc que uti deo Romae provinciis que omnibus per urbes celeberrimas vivo mortuo que templa, sacerdotes et collegia sacravere; Epit. de Caes.* 1.3 *Iste in imperio positus tribuniciam potestatem per se exercuit.*

¹¹ *Oros. Hist.* 6.18.34 *Ouans Urbem ingressus, ut in perpetuum tribuniciae potestatis esset a senatu decretum est; Hist.* 6.20.7 *Itaque cum eo tempore quo Caesari perpetua tribunicia potestas decreta est, Romae fons olei per totum diem fluxit: – sub principatu Caesaris Romano que imperio per totum diem, hoc est per omne Romani tempus imperii, – Christum et ex eo Christianos, id est unctum atque ex eo unctos, – de meritoria taberna, hoc est de hospita larga que Ecclesia, – affluenter atque incessabiliter processuros restituendos que per Caesarem omnes seruos, qui tamen cognoscerent dominum suum, ceteros que, qui sine domino inuenirentur, morti supplicio que dedendos, – remitenda que sub Caesare debita peccatorum in ea urbe, in qua spontaneum fluxisset oleum, euidentissima his, qui Prophetarum uoces non audiebant, signa in caelo et in terra prodigia prodiderunt.*

¹² Per uno *status quaestionis*, S. RATTI, *Les Empereurs romains d'Auguste à Dioclétien dans le Breviaire d'Eutrope*, Paris, Les Belles Lettres, 1996; J. HELLEGOUARC'H, *Eutrope. Abrégé d'histoire romaine*, Paris, Les Belles Lettres, 1999, pp. VII-LXXV; F. GASTI, *Introduzione* in EUTROPIO, *Storia di Roma*, traduzione e note di F. BORDONE, Milano, Bompiani, 2014, pp. VII-LVIII, ove altra bibl. (pp. LI-LVI).

Res gestae, sulle procedure di designazione militare e sull'*adclamatio imperatoria*¹³. Dobbiamo, allora, prendere sul serio il racconto del biografo dell'*Historia Augusta*, non certo come rappresentazione della realtà storica, ma come realtà della rappresentazione storica¹⁴.

La nomenclatura *imperium proconsulare* o *proconsulare imperium* per connotare sinteticamente il potere di comando conferito ai *principes*, non fu mai utilizzata in età augustea, né, probabilmente, al tempo di Tiberio¹⁵. Ma, se si concede credito agli *Annales* di Tacito¹⁶, essa sarebbe emersa al più tardi attorno alla metà del I secolo d.C.

Non è possibile, in questa sede, approfondire un tema (le vicende del *proconsulare imperium*), il cui studio imporrebbe una riconsiderazione complessiva del principato, e, in particolare, delle riforme augustee del 23 e del 19 a.C.¹⁷. Occorre però segnalare che l'*imperium* dei *principes* – svincolato, dopo il 23 a.C., dall'osservanza della regola *quoad in urbem introisset* e, di fatto, divenuto perpetuo¹⁸ – è definito *proconsulare*, oltre che in Tacito, soltanto in

¹³ Le quali, lungi dal proporsi in maniera estemporanea, si configurano invece, dopo Costantino, in forme estremamente rigorose. Dapprima un consiglio d'alti ufficiali procedeva a una scelta; successivamente aveva luogo, in un giorno determinato e in apposito campo, la proclamazione (acclamazione) non sempre scontata da parte delle truppe in assemblea: una cerimonia che non si esauriva in una generica *adclamatio*, ma si atteggiava (quanto meno nel secolo IV), mediante l'avvolgimento nella porpora e una formale pronuncia (*nuncupatio*), in una solenne investitura: cfr. Amm. 26.2.3: vd. S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana. Parte terza*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 17 s. Estremamente importante V. NERI, *Ammiano Marcellino e l'elezione di Valentiniano*, in *RSA* 15 (1985) pp. 153-182. Si vd. anche le osservazioni di J. SZIDAT, *Usurpator tanti nominis. Kaiser und Usurpator in der Spätantike (337-476 n. Chr.)*, Stuttgart, Steiner Verlag, 2010, pp. 77 ss. e nt. 252, ove altra bibl. Preziosi quadri di insieme in F. KOLB, *Herrscherideologie in der Spätantike*, Berlin, Akademie Verlag, 2001, pp. 91-102, e in I. TANTILLO, *Insegne e legittimazione nell'impero romano*, in *I segni del potere. Realtà e immaginario della sovranità nella Roma imperiale*, a cura di C. PANELLA, Bari, Edipuglia, 2011, in part. pp. 17 ss., ove altri ragguagli.

¹⁴ L'*Historia Augusta* non è un documento storico, ma un testo impregnato di storia. In ogni caso, anche all'interno della finzione, si possono isolare frammenti di verità. Sul rapporto tra verità storica e finzione vd. C. GINZBURG, *Il filo e le tracce. Vero falso finto*, Milano, Feltrinelli, 2006, in part. pp. 7-13.

¹⁵ In età tiberiana Val. Max. 6.9.7 guarda, utilizzando l'espressione *proconsulare imperium*, al potere del proconsole d'*Asia* (67/66 a.C.) T. Aufidius. Tac. *Ann.* 1.14.3 ne fa uso in riferimento a Germanicus nel 14 d.C. Vd. anche, a tal riguardo, V. MAROTTA rc. Rossella LAURENDI, *Profili costituzionali e orientamenti politici del principato di Claudio*, Reggio Calabria, in *SDHI* 80 (2014), pp. 555 ss.; vd., *infra*, ntt. 17 e 18.

¹⁶ Cfr. *infra*, p. 26 e ntt. 22 e 23.

¹⁷ A. DALLA ROSA, *Cura et tutela. Le origini del potere imperiale sulle province proconsolari*, Stuttgart, Steiner Verlag, 2014, pp. 177 ss. part., ove ampia bibl., nonché MAROTTA, *Esercizio* cit. (nt. 6), pp. 22 ss.

¹⁸ J.-L. FERRARY, *À propos des pouvoirs d'Auguste*, (2001), ora in ID., *Recherches sur les lois comitiales et sur le droit public romain*, Pavia, IUSS Press, 2012, pp. 527 ss., 563 ss.

Cassio Dione¹⁹ e, costantemente, nell'*Historia Augusta*²⁰.

In quest'ultima si legge un'espressione – *proconsulare imperium extra urbem* – che altrove si ritrova esclusivamente negli *Annales* tacitiani:

Tac. *Ann.* 12.41.1 *et Caesar adulationibus senatus libens cessit, ut vicesimo aetatis anno consulatum Nero iniret atque interim designatus proconsulare imperium extra urbem haberet ac princeps iuventutis appellaretur.*

Tac. *Ann.* 13.21.3 *Baiarum suarum piscinas extollebat, cum meis consiliis adoptio et proconsulare ius et designatio consulatus et cetera apiscendo imperio praepararentur.*

H.A. M. *Ant.* 6.6 *post haec Faustina duxit uxorem et suscepta filia tribunicia potestate donatus est atque imperio extra urbem proconsulari addito iure quintae relationis.*

Nel caso di Nerone – sotto Claudio – e in quello di Marco Aurelio, mentre era ancora in vita il padre adottivo (Antonino Pio), si connotava ulteriormente questo specifico potere dei giovani *principes* – l'*imperium proconsulare* – con le parole *extra urbem*. Si può forse ipotizzare che a coregenti o a designati alla successione, come Nerone, nel 51 d.C., o Marco Aurelio (dopo il matrimonio con Faustina) nella primavera del 145, sia stato attribuito un *imperium proconsulare*, che però non avrebbe contemplato, diversamente da quello dell'*Augustus*²¹, l'uso degli *insignia* entro il *pomerium*²².

Altrettanto interessante appare nelle *vitae* di Didio Giuliano, di Alessandro Severo, di Massimo e Balbino l'impiego dell'espressione *ius proconsulare* che

¹⁹ Cass. Dio 53.32.5.

²⁰ H.A. *Macr.* 7.4; *Alex.* 8.1; *Prob.* 12.7; *Ant. Pii* 4.7; *Pert.* 5.5, cui si devono aggiungere le menzioni del *proconsulare ius*: H.A. M. *Ant.* 6.6; *Iul.* 3.3; *Alex.* 1.1; *Max. et Balb.* 8.1; *Tac.* 19.2.

²¹ Si ricordi, a tal riguardo (MAROTTA, *Esercizio*, cit. [nt. 6], pp. 24 s.), che Ottaviano Augusto recuperò l'uso in Roma delle insegne dell'*imperium* soltanto nel 19 a.C. mediante l'emanazione – occorre presumere – d'una specifica legge.

²² Cfr. M. PANI, *L'imperium del principe*, in *Acta Flaviana* I, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2009, p. 193. Sulla medesima linea del Pani si colloca anche P. BUONGIORNO, *Nuove riflessioni sui poteri di L. Vitellius nell'anno 43 d.C.*, in *RIDA* 55 (2008), pp. 139 ss., 147 ss., 151 ss., 156 e nt. 56 part., per il quale, con un'esplicita critica alle tesi dello Jones, a L. Vitellio, nel 43 d.C., e, forse, prima di lui, a L. Aelius Seianus, sarebbe stato conferito, in una sorta di 'collegialità impropria', un *imperium consulare domi et militiae*. Cassio Dione (58.7.4 in riferimento a Seiano), adoperando l'espressione *anthyptike exousia*, definirebbe *proconsulare* un *imperium* che ancora non sarebbe stato noto, al tempo di Tiberio, come tale. È possibile che sia così: ma io propenderei per l'ipotesi che la fonte di Tacito (in *Ann.* 12.41.1) già utilizzasse questa nomenclatura. Un caso simile a quello di Vitellio potrebbe forse rinvenirsi, alla luce del racconto di Erodiano, anche al tempo di Caracalla: vd. P. BUONGIORNO, *Erodiano 4.12.4 e i poteri di Flavio Materniano nell'anno 217 d.C.*, in *Meditationes de iure et historia. Essays in Honour of Laurent Winkel*, Pretoria (South Africa), Unisa Press, 2014, pp. 81-88.

(lo ribadisco) si legge altrove unicamente in Tacito²³:

H.A. *Vita Alex.* 1.1 *Interfecto Vario Heliogabalo (sic enim malumus dicere quam Antoninus, quia et nihil Antoninorum pestis illa ostendit et hoc nomen ex annalibus senatus auctoritate erasum est) ad remedium generis humani Aurelius Alexander, urbe Arcena genitus, Varii filius, Variae nepos et consobrinus ipsius Gabali, accepit imperium, cum ante Caesar a senatu[s] esset appellatus, mortuo scilicet Macrino, Augustum que nomen idem recepit addito eo, ut et patris patriae nomen et ius proconsulare et tribuniciam potestatem et ius quintae relationis deferente[s] sena[u]tu uno die adsumeret.*

H.A. *Vita Didii* 3.3 *inde habita contione[m] militari vespera in senatum venit totum que se senatui permisit facto que senatus consulto imperator est appellatus et tribuniciam potestatem, ius proconsulare in patricias familias relatus emeruit.*

H.A. *Vita Max et Balb.* 8.1 *decretis ergo omnibus imperatoriis honoribus atque insignibus, percepta tribunicia potestate, iure proconsulari, pontificatu[m] maximo, patris etiam patriae nomine inierunt imperium.*

Ancor più spesso ricorre, invece, l'espressione *tribunicia potestas* quando il biografo descrive le competenze del senato nel procedimento d'attribuzione dei poteri imperiali²⁴. Pertanto, diversamente dagli altri autori a lui coevi, egli

²³ *Ann.* 13.21.3. Bibl. in F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², IV.1, Napoli, Jovene, 1974, pp. 453 s. e ntt. 23 e 24. *Ann.* 13.21.3 non è stato preso in considerazione né da T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, II, Leipzig, S. Hirzel, 1888, p. 855 e nt. 1, né da A.H.M. JONES, *The 'Imperium' of Augustus* (1951), in ID., *Studies in Roman Government and Law*, Oxford, Blackwell, 1960, pp. 13-15, 15 part.; ma vd. BÉRANGER, *L'imperium proconsulaire*, cit. (nt. 9), pp. 6 s., 9 ss. con bibl.; ID., *L'expression du pouvoir suprême*, cit. (nt. 9), p. 34, il quale, mutando un'opinione in precedenza espressa (in *Recherches sur l'aspect idéologique du principat*, Basel, Reinhardt, 1953, p. 88) e soffermandosi puntualmente su Tac. *Ann.* 13.21.3, sostiene che non si può distinguere, a differenza di quanto pensavano O. Karlowa e P. Willems, tra *ius proconsulare* e *imperium proconsulare*. A questa conclusione era già pervenuto, a suo tempo, E. BETTI, *Il carattere giuridico del principato d'Augusto*, Città di Castello, Società Tipografica Leonardo da Vinci, 1915, p. 30. Dopo il 23 a.C., Augusto continuò a governare l'enorme *provincia* affidatagli, esercitando tale potere (*imperium*) in quanto promagistrato (*pro consule*): vd. Cass. Dio 53.32.5 (...) τὴν τε ἀρχὴν τὴν ἀνθύπατον (...) «(...) inoltre, gli permise di assumere l'*imperium proconsulare* (...)». Quando questi, nelle province, voleva denominare questo potere magistratuale, nella propria titolatura adoperava il termine *proconsul*: lo conferma adesso un editto del 15 d.C., scoperto da qualche anno, riferitoci dalla cosiddetta *Tessera Paemeiobrigensis*: cfr. F. COSTABILE, O. LICANDRO, *Tessera Paemeiobrigensis. Un nuovo editto di Augusto dalla Transduriana provincia e l'imperium proconsolare del princeps*, Roma, 2000, MEP 3 (2000), pp. 147-235; F. COSTABILE, *Addendum alla tessera Paemeiobrigensis*, in MEP 6 (2001), pp. 365-431; altra bibl. in FERRARY, *À propos des pouvoirs d'Auguste*, cit. (nt. 18), pp. 528 s. e nt. 61.

²⁴ H.A. *Hadr.* 3.4 *tribunus plebis factus est Candido et Quadrato iterum cons., in quo magistratu ad perpetuam tribuniciam potestatem omen sibi factum adserit, quod p<a>enulas amiserit, quibus uti tribuni plebis pluviae tempore solebant, imperatores autem numquam; Ant. Pii* 4.7 *fac*

decise di utilizzare compiutamente le nomenclature istituzionali ereditate dalla tradizione. Chi si nascondeva dietro i nomi di Giulio Capitolino (che già di per sé rappresenta tutto un programma politico e religioso), di Elio Sparziano, di Volcacio Gallicano, di Elio Lampridio, di Trebellio Pollione, di Flavio Vopisco, proponeva probabilmente, in base a una sicura conoscenza del *ius (publicum e privatum)*²⁵, una personale ricostruzione delle vicende istituzionali

tusque est patri et in imperio proconsulari et in tribunicia potestate collega; M. Ant. 6.6 post baec Faustinae duxit uxorem et suscepta filia tribunicia potestate donatus est atque imperio extra urbem proconsulari addito iure quintae relationis; Mar. Aurel. 27.5 Commodum deinde sibi collegam in tribuniciam potestatem iunxit, congiarium populo dedit et spectacula mirifica; dein civilia multa correxuit; Ver. 4.1 dato igitur imperio et indulta tribunicia potestate, post consulatus etiam honorem delatum Verum vocari praecepit, suum in eum transferens nomen, cum ante Commodus vocaretur; Avid. Cass. 13.4 Commodo Antonino tribuni<c>iam potestatem rogamus, praesentiam tuam rogamus; Iul. 3.3 inde habita contione[m] militari vespera in senatum venit totumque se senatui permisit factoque senatus consulto imperator est appellatus et tribuniciam potestatem, ius proconsulare in patricias familias relatus emeruit; Macr. 7.4 denique statim Macrino et proconsulare[m] imperium et potestatem tribuniciam detulerunt; Alex. 1.1 Interfecto Vario Heliogabalo (sic enim malumus dicere quam Antoninus, quia et nihil Antoninorum pestis illa ostendit et hoc nomen ex annalibus senatus auctoritate erasum est) ad remedium generis humani Aurelius Alexander, urbe Arcena genitus, Varii filius, Varias nepos et consobrinus ipsius Gabali, accepit imperium, cum ante Caesar a senatu[s] esset appellatus, mortuo scilicet Macrino, Augustumque nomen idem recepit addito eo, ut et patris patriae nomen et ius proconsulare et tribuniciam potestatem et ius quintae relationis deferente[s] senatu uno die adsumeret; Alex. 8.1 et post adclamationes Aurelius Alexander Caesar Augustus: 'gratias vobis, p. c., non nunc primum sed et de Caesareano nomine et de vita servata et Augusti nomine addito et de pontificatu maximo et de tribunicia potestate et proconsulari imperio, quae omnia novo exemplo uno die in me contulistis'; Max. et Balb. 8.1 decretis ergo omnibus imperatoris honoribus atque insignibus, percepta tribunicia potestate, iure proconsulari, pontificatu[m] maximo, patris etiam patriae nomine inierunt imperium; Tac. 1.5 video mihi posse obici curules magistratus apud maiores nostros quadriennium in re p. non fuisse, sed erant tribuni plebis cum tribunicia potestate, quae pars maxima regalis imperii est; Tac. 2.2 nullus usquam tyrannus emersit, sub iudicio senatus et militum populique Romani totus orbis est temperatus; non illi principem quemquam, ut recte facerent, non tribuniciam potestatem formidabant, sed – quod est in vita optimum – se timebant; Prob. 12.7 Iuppiter Optime Maxime, Iuno regina tuque virtutum praesul Minerva, tu orbis Concordia et tu Romana Victoria, date hoc senatui populoque Romano, date militibus, date sociis atque exteris nation<ibu>s: imperet quemadmodum militavit! decerno igitur, p. c., votis omnium concinentibus nomen imperatorium, nomen Caesareanum, nomen Augustum, addo proconsulare imperium, patris patriae reverentiam, pontificatum maximum, ius tertiae relationis, tribuniciam potestatem'.

²⁵ *Alcunae vitae*, per quanto brevi, propongono un numero cospicuo di informazioni giuridiche: questo vale, in special modo, per quelle di Adriano, Antonino Pio, Marco Aurelio e, lo si è ampiamente dimostrato, di Pertinace. Il legame con questo tipo di fonti – costituzioni imperiali e scritti dei giuristi – è egualmente percepibile nelle *vitae* di Commodo e di Didio Giuliano. Sembrerebbero, viceversa, meno affidabili, quantomeno su questo piano, le biografie di Settimio Severo e di Caracalla. Sul tema R. BAUMAN, *The Resumé of Legislation in the Early Vitae of Historia Augusta*, in ZRG 94 (1977) pp. 43 ss.; T. HONORÉ, *L'Histoire Auguste à la lumière des constitutions impériales*, in *Historiae Augustae Colloquium Argentoratense*, a cura di G. BONA-

MENTE, H. HEIM, J.P. CALLU, Bari, Edipuglia, 1998, pp. 191-212 e, soprattutto, F. NASTI, *Studi sulla tradizione giurisprudenziale romana. Età degli Antonini e dei Severi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013², pp. 69 ss., 98 ss., ove altra bibl. Osservazioni anche in RATTI, *Antiquus error* cit. (nt. 4), pp. 217 ss., 239 ss. part.; ID., *Polémiques* cit. (nt. 4), pp. 154-162, per il quale in H.A. *Pert.* 7.1 sarebbe percepibile l'eco di una *constitutio* del 389 (CTh. 16.5.17) pubblicata a Milano quando Nicomaco Flaviano senior (sul quale vd. i due contributi raccolti in T. HONORÉ, *Virius Nicomachus Flavianus, Mit einem Beitrag von John F. Matthews*, Konstanz, Universitätsverlag, 1989) era *Quaestor sacri Palatii*. Sebbene debbano essere segnalati alcuni importanti articoli di D. LIEBS, *Alexander Severus und das Strafrecht*, in *BHAC* 1977/78, Bonn, Habelt Verlag, 1980, pp. 115-147; ID., *Strafrechtliches in der Tacitusvita*, in *BHAC* 1979/81, Bonn, Habelt Verlag, 1983, pp. 157-171; ID., *Opil. Macr. 13,1 und das Reskriptwesen in der Historia Augusta*, in *BHAC* 1982/83, Bonn, Habelt Verlag, 1985, pp. 221-237; ID., *Fiktives Strafrecht in der Historia Augusta*, in *Historiae Augustae Colloquium Bambergense*, a cura di G. BONAMENTE, H. BRANDT, Bari, Edipuglia, 2007, pp. 259-277, le *vitae* più recenti, da Macrino in poi, non sono state oggetto di un esame altrettanto approfondito. Sul tema, in ogni caso, si vd. J. STRAUB, *Juristische Notizen in der Historia Augusta*, *BHAC* 1975/1976, Bonn, Habelt Verlag, 1978, pp. 195-216, e, soprattutto, T. HONORÉ, *Scriptor Historiae Augustae*, in *JRS* 77 (1987), pp. 156 ss.; ID., *Lawyers and Government in the 'Historia Augusta'*, in *Iura* 42 (1991), (pubb. 1994), pp. 13 ss., 29 ss. e 37 ss. part.; ID., *L'Histoire Auguste à la lumière des constitutions impériales* cit. (in questa nt.), pp. 192, 195-196, il quale, tentando di individuare i legami che sembrerebbero esistere tra *Historia Augusta* e costituzioni imperiali della fine del IV e degli inizi del V secolo, conclude che il biografo possedeva una sicura conoscenza, pratica e teorica, del diritto. Vd., inoltre, ID., *Law in the Crisis of Empire 379-455 AD. The Theodosian Dynasty and its Quaestors*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 190-211, 190-195 part. Per i giuristi del *consilium* vd. J. FÜNDLING, *Sternstunden der Jurisprudenz? Hadrians Consilium und die Zwänge der Chronologie*, in *Historiae Augustae Colloquium Bambergense*, cit. (in questa nt.), pp. 197-229. In un volume specificamente dedicato al biografo e alla sua misteriosa identità, RATTI, *Polémiques*, cit. (nt. 4), pp. 149-164 part., sviluppa l'ipotesi di T. Honoré, proponendo di riconoscere in Nicomaco Flaviano senior l'autore di queste biografie imperiali. Se così fosse – ma non sono in grado di valutare la plausibilità di tale congettura (*infra*, nt. 95) – saremmo innanzi a uno dei principali protagonisti della vita politica, culturale e religiosa della fine del IV secolo, a uno studioso del diritto, che fu, attorno al 390, materiale estensore, in quanto *Quaestor sacri Palatii*, di molte *leges* imperiali; protagonista, infine, prima del proprio suicidio, della cosiddetta usurpazione di Eugenio e dell'ultimo, serio tentativo di resistenza dell'aristocrazia senatoria pagana al cristianesimo trionfante. Sebbene si possano individuare coincidenze certamente significative tra i due testi, pur tuttavia non direi che, alla luce del confronto incrociato (così, al contrario, in RATTI, *Polémiques* cit. [nt. 4], pp. 160-162) della costituzione riferita in *Coll.* 5.3.1-2 con *Car.* 16.1-5, emergano elementi tanto cogenti da costringerci a concludere che il *Quaestor sacri Palatii* del 390 (vd. anche *PLRE* I. [A.D. 260-395], *Virius Nicomachus Flavianus* 15) e il biografo siano la stessa persona. Vd. anche RATTI, *L'Histoire Auguste*, cit. (nt. 4), pp. 38-40., nonché R.M. FRAKES, *Item Theodosianus? (Observations on Coll. Mos. 5.3.1)*, in *Quaderni Urbinati di Cultura Classica* 71 (2002), pp. 163 ss.; ID., *Compiling the Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum in Late Antiquity*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011, pp. 35 ss. Su *Coll.* 5.3 cfr. E. VOLTERRA, *Ancora sulla Collatio 5.3*, ora in ID., *Scritti giuridici*, con una nota di M. TALAMANCA. III. *Famiglia e successioni*, Napoli, Jovene, 1991, pp. 615 ss.; ID., *Su Coll. 5.3 e CTh. 9,7,6, ibid.*, pp. 619 ss.; G. BARONE ADESI, *L'età della «Lex Dei»*, Napoli, Jovene, 1992, pp. 185 ss. Recentemente sull'*Historia Augusta* molti rilievi anche nel ponderoso volume di CAMERON, *The Last Pagans* cit.

del principato. E in effetti, nel ripercorrere le *vitae* di tanti *principes*, da un canto si constata la persistente presenza delle forme di conferimento repubblicane del supremo potere di comando da parte del *senatus* e del *populus*: il *proconsulare imperium* o il *ius proconsulare*, la *tribunicia potestas*, il *ius primae relationis*, i sacerdozi e il pontificato, il titolo di *pater patriae*. Dall'altro, invece, si riconosce il rilievo decisivo, e non soltanto sul piano politico, dell'*adclamatio* imperatoria militare²⁶.

2. *Le assemblee cittadine: persistenze e trasformazioni di un rituale politico*

I giuristi, tra II e III secolo, individuaronero nella *lex de imperio* il fondamento del potere attribuito ai *principes*. L'*imperium* o quel che, più correttamente, Theodor Mommsen²⁷ ha definito 'posizione imperatoria', era costantemente

(nt. 4), pp. 743-782, con un'ipotesi di datazione (361-386) che sembra, però, priva di ogni serio riscontro. Pertanto appaiono assolutamente condivisibili i rilievi critici di F. PASCHOUD, *On a recent book by Alan Cameron: The Last Pagans of Rome*, in *AnTard* 20 (2012), pp. 380-385.

²⁶ Propongo, ma solo a titolo esemplificativo, questo breve elenco: H.A. *Cl. Alb.* 1.1 *Uno eodemque pro<pe> tempore post Pertinacem, qui auctor<e> Albino interemptus est, Iulianus a senatu Romae, Septimius Severus ab exercitu in Syria, Pescennius Niger in oriente, Clodius Albinus in Gallia imperatores appellati; Ant. Caracall.* 11.3 *eo sane tempore, quo ab exercitu appellatus est Augustus vivo patre, quod ille pedibus aeger gubernare non posse videretur imperium, contusis animis militum et tribunorum Severus dicitur animo voluisse, ut et hunc occideret, nisi <re>pugnassent praef. eius, gravis viri; Maxim. duo* 8.1 *sed occiso Alexandro Maxim<in>us primum e corpore militari et nondum senator sine decreto senatus Augustus ab exercitu appellatus est filio sibimet in participatu<m> dato; de quo pauca, quae nobis sunt cognita, mox dicemus; Pesc. Nigr.* 9.2 *inde quod latet Vindex, quod Piso nescitur, quod omnes illi, qui aut tantum adoptati sunt aut a militibus imperatores appellati, ut sub Domitiano Antonius, aut cito interempti vitam cum imperii usurpatione posuerunt; Max et Balb.* 14.7 *inter haec Gordianus Caesar sublatu a militibus imperator est appellatus id est Augustus, quia non erat alius in praesenti, insultantibus militibus senatui et populo, qui se statim in castra receperunt; Prob.* 11.4 *nunc quoniam ille imperium arripuit, nobis a militibus delatum est nomen Augustum, vindicatum quin etiam in illum a prudentioribus militibus, quod fuerat usurpatum.*

²⁷ MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, II cit. (nt. 23), pp. 876 s., 877 nt. 1, ritiene che il termine *imperium*, in Gaio (1.5) e in Ulpiano (D. 1.4.1pr.-1: cfr., *infra*), indichi la 'posizione imperatoria' del principe, bastando, invece, per l'*imperium*, in senso proprio, l'acclamazione militare o senatoria. Sul punto vd. anche D. MANTOVANI, *Le clausole «senza precedenti» della lex de imperio Vespasiani*, in L. LABRUNA (dir.), *Tradizione romanistica e Costituzione*, tomo II, a cura di M.P. BACCARI, C. CASCIONE, Napoli, ESI, 2006, p. 1038 e nt. 12. In ogni caso proprio questa nomenclatura, adoperata dal Mommsen, non esclude la possibilità che i modi d'esercizio dell'*imperium* fossero disciplinati anch'essi dalla cosiddetta *lex* di investitura su conforme decisione del senato: tra le altre cose, si sarebbe dovuto quanto meno prevedere che esso non si estin-

conferito *per legem*²⁸. Per quanto eccezionali fossero, i poteri erano accordati al *princeps* (acclamato *Augustus* e *imperator* dal senato o dai *militēs*²⁹ o dal *populus* su proposta dell'assemblea senatoria), secondo procedure in tutto conformi alla tradizione³⁰.

Ulpiano – benché, di fatto, la *lex de imperio* si configuri come una cerimonia di rinuncia alla volontà politica e a quella di governare³¹ – concepiva la «sovranità del popolo», nel suo momento comiziale, come realtà ancora operante³²:

Ulp. 1 *inst.* D. 1.4.1 *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege [republicana] quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et pote-*

guesse quando l'imperatore attraversava il *pomerium*. Inoltre si doveva stabilire che esso fosse sempre *maius* rispetto a quello dei governatori delle province proconsolari.

²⁸ Oltre a un famoso testo di Ulpiano (*infra*, p. 31), è necessario ricordare Gai. *Inst.* 1.5, testo adesso oggetto un'approfondita esegesi di L. PEPPE, *I senatusconsulta come alternativa alla legge comiziale. Con un'appendice su Gai. 1.1-8*, in *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, a cura di J.-L. FERRARY, Pavia, IUSS Press, 2012, pp. 685-705, ove bibl., e D. 1.2.2.11 e 12 di Pomponio, nonché anche altri passi della compilazione, come I. 1.2.6 o la *Deo auctore*, §§ 7 e 10, la Nov. 62. F. LUCREZI, «*Leges super principem*». *La monarchia costituzionale di Vespasiano*, Napoli, Jovene, 1982, pp. 174-178, sminuisce il rilievo delle testimonianze gaiana e ulpiane, sostenendo che le definizioni di questi due giuristi risponderrebbero a motivazioni esclusivamente ideologiche, volendo esse legittimare il potere del principe: ma sul punto vd. l'efficace replica di M. PANI, *L'imperium del principe*, in *Acta Flaviana I*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2009, pp. 187ss., 190 in part., con bibl.

²⁹ Un'attenta disamina delle fonti e della storiografia è in F. MILAZZO, *Profili costituzionali del ruolo dei militari nella scelta del princeps. Dalla morte di Augusto all'avvento di Vespasiano*, Napoli, ESI, 1989, pp. 7 ss.

³⁰ Si tratta d'un tema complesso, che imporrebbe di procedere a una sua preliminare definizione, individuando, dapprima, l'allocazione della sovranità in Roma repubblicana (forma di Stato) e, in séguito, le modalità di esercizio del potere (forma di governo): vd. V. MANNINO, *L'idea di sovranità e la constitutio nella Roma repubblicana*, in L. LABRUNA (dir.), *Tradizione romanistica e Costituzione*, tomo II, a cura di M.P. BACCARÌ, C. CASCIONE, Napoli, ESI, 2006, pp. 585 ss. Più di un barlume di consapevolezza sulle tre forme di governo, individuate dal pensiero politico greco, in Sen. *ep.* 14. 5 e 7 *Cogita hoc loco carcerem et cruces et eculeos et uncum (...) Demus itaque operam, abstineamus offensis. Interdum populus est quem timere debeamus; interdum, si ea civitatis disciplina est ut plurima per senatum transigantur, gratiosi in eo viri; interdum singuli quibus potestas populi et in populum data est*. È senza dubbio interessante il fatto che, in Seneca, la monocrazia, come forma di governo, consegua allo specifico conferimento della *potestas populi* a un singolo <individuo>.

³¹ A tal proposito potremmo forse adoperare, e solo a fini descrittivi, la nozione di «cittadinanza irresponsabile».

³² Vd. la sintesi di L. HECKETSWEILER, *La fonction du peuple dans l'Empire romain. Réponses du droit de Justinien*, Paris, l'Harmattan, 2009, pp. 17 ss. part., con ampia bibl. Vd. anche, MAROTTA, *Esercizio*, cit. (nt. 6), pp. 55 ss.

³³ Quest'espressione è, da lungo tempo, considerata un'inserzione dei compilatori giustiniani-

statem conferat. Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus. Plane ex his quaedam sunt personales nec ad exemplum trabuntur: nam quae princeps alicui ob merita indulset vel siquam poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur.

In base alla legge emanata per attribuirgli l'*imperium*, il *populus* conferisce al *princeps* ogni suo *imperium* e ogni sua *potestas*. Il fondamento della costituzione imperiale rimaneva, non diversamente dall'età tardo-repubblicana, la nozione di sovranità popolare³⁴. In ogni caso il dato per noi più rilevante è che a questo rito non si rinunciò mai, anche dopo, verosimilmente, la fine di quel che si definisce principato³⁵.

Ai comizi e alle loro prerogative politiche fa esplicito riferimento un passo di Erodiano che esamineremo fra breve³⁶. Non comprendo, infine, perché si dovrebbe dubitare della loro persistenza in vita come rituale – e sottolineo, a scanso d'equivoci, la parola rituale – anche in età tardo-antica. Hanno pesato molto, forse troppo, nella ricerca delle testimonianze ancor prima che nella

nei, per adeguare il contenuto del testo alle mutate condizioni politico-istituzionali dell'Impero bizantino (ma vd. MAROTTA, *Esercizio*, cit. [nt. 6], p. 65 e nt. 11). La *lex Valeria* dell'82 a.C. aveva riconosciuto a Silla la potestà di emanare disposizioni obbligatorie, anche senza ricorrere al voto popolare (Cic. *Verr.* 2.3.82 *ille, de quo legem populus Romanus iusserat, ut ipsius voluntas ei posset esse pro lege*): cfr. anche Cic. *leg. agr.* 3.5 *Omnium legum iniquissimam dissimillimamque legis esse arbitror eam, quam L. Flaccus interrex de Sulla tulit, ut omnia, quaecumque fecissent, essent rata*.

³⁴ Lo abbiamo già rilevato: vd. MAROTTA, *Esercizio*, cit. (nt. 6), pp. 55 ss., 187 ss. Sul piano politico questo processo (il passaggio d'ogni potere dal popolo e dal senato al *princeps*) è perfettamente colto anche da Cass. Dio 53.17.1 Οὕτω μὲν δὴ τὸ τε τοῦ δήμου καὶ τὸ τῆς γερονσίας κράτος πᾶν ἐς τὸν Αὐγούστον μετέστη, καὶ ἀπ'αὐτοῦ καὶ ἀκριβῆς μοναρχία κατέστη «in questo modo tutto il potere che apparteneva al popolo e al senato passò sotto il controllo di Augusto e da quel momento si costituì una monarchia nel vero senso della parola»: cfr. M.-L. FREYBURGER-GALLAND, *Aspects du vocabulaire politique et institutionnel de Dion Cassius*, Paris, De Boccard, 1997, pp. 58-59; G. URSO, *Cassio Dione e i magistrati. Le origini della repubblica nei frammenti della Storia Romana*, Milano, Vita&Pensiero, 2005, p. 178.

³⁵ Ha senz'altro ragione J. BLEICKEN, *Prinzipat und Dominat. Gedanken zur Periodisierung der römischen Kaiserzeit*, Wiesbaden, 1978, ora in ID., *Gesammelte Schriften*, II. 2. *Römische Geschichte (Fortsetzung)*. 3. *Wissenschaftsgeschichte, Nachrufe, Allgemeines*, Stuttgart, Steiner Verlag, 1998, pp. 817 ss., 839 ss, part., allorché sostiene che la dicotomia principato/dominato deve essere profondamente riconsiderata. Una spia dei mutamenti costituzionali, che avrebbero dato luogo al cosiddetto dominato, potrebbe essere individuata, secondo la *communis opinio* storiografica, nell'abrogazione o nella sottovalutazione del rilievo di queste forme legali di conferimento dei poteri imperiali. In ciò consisterebbe, secondo alcuni, il pieno e solenne riconoscimento dell'evoluzione assolutistica e autocratica della monarchia imperiale.

³⁶ *Infra*, p. 42.

loro valutazione, criteri d'indagine pregiudiziali imposti dalla *communis opinio* cristallizzata dalla trattatistica³⁷.

Se Cassio Dione³⁸, agli inizi del III secolo³⁹, guardava ancora ai riti che ce-

³⁷ Sintomatiche le conclusioni di M. HAMMOND, *The Antonine Monarchy*, Rome, American Academy. Papers and Monographs, vol. 19, Rome, 1959, p. 8, secondo il quale, a partire da Nerva, «the *comitia* were reduced (...) to a simple announcement to the people that a new emperor had received the powers from the senate and had been saluted by the soldiers».

³⁸ 37.28.1-3 Τοῦτο δέ, τὸ κατὰ τὸ σημεῖον, τοιόνδε τί ἐστὶ. Πολλῶν τὸ ἀρχαῖον πολεμίων τῇ πόλει προσοικούντων, φοβούμενοι μὴ ποτε ἐκκλησιαζήοντων σφῶν κατὰ τοὺς λόχους ἐπίθωνται τινες τῇ πόλει τὸ Ἰανίκουλον καταλαβόντες, ἐνόμισαν μὴ πάντες ἅμα ψηφίζεσθαι, ἀλλὰ τινὰς ἀεὶ ἐνόπλους τὸ χωρίον ἐκεῖνο ἐκ διαδοχῆς φυλάττειν. Καὶ αὐτό, ἕως μὲν ἡ ἐκκλησία ἦν, ἐφροῦρουσαν, ὅποτε δὲ διαλυθῆσεσθαι ἔμελλε, τὸ τε σημεῖον καθρεῖτο καὶ οἱ φύλακες ἀπηλλάσσοντο οὐ γὰρ ἐξῆν μὴ φουρουμένου τοῦ χωρίου ἐκείνου οὐδὲν εἶτι χρηματισθῆναι. Τοῦτο δὲ ἐν μόναις ταῖς κατὰ τοὺς λόχους ἀθροισμέναις ἐκκλησίαις ἐγίνετο, ὅτι τε ἔξω τοῦ τείχους, καὶ ὅτι πάντες οἱ τὰ ὅπλα ἔχοντες ἀνάγκην εἶχον ἐς αὐτὰς συνιέναι καὶ εἶτι {τε} καὶ νῦν ὀσίας ἕνεκα ποιεῖται. «Quanto al vessillo, l'uso di esporlo è nato così. Siccome nei tempi antichi molti nemici vivevano nelle vicinanze dell'Urbe, i Romani, temendo che qualche gruppo di essi occupasse il Gianicolo, mentre essi tenevano i comizi centuriati, e assalisse la città, decretarono che non tutti i votanti dessero il voto contemporaneamente, ma che alcuni di essi, armati, stessero sempre, a turno, di guardia su quel luogo. Ciò avveniva finché durava l'assemblea. Quando essa stava per sciogliersi, il vessillo veniva tolto e gli uomini di guardia si ritiravano; e non era permesso di trattare alcuna questione nel tempo in cui il colle non era custodito. Ciò avveniva soltanto durante i comizi centuriati, perché essi si tenevano fuori delle mura, e tutti gli uomini atti a portare le armi erano obbligati a partecipare all'assemblea. Quest'uso rimane ancora per una sacra consuetudine». Vd. FREYBURGER-GALLAND, *Aspects*, cit. (nt. 34), p. 95. Sebbene il volume di V. HOLLARD, *Le rituel du vote. Les assemblées du peuple romain*, Paris, CNRS Éditions, 2010, pp. 224 s., si fermi purtroppo alle soglie del II secolo d.C., lanciando solo uno sguardo, attraverso il *Panegirico* di Traiano, alla *destinatio* senatoriale che doveva preludere alla *designatio* popolare, la sua impostazione di fondo è, a mio parere, assolutamente condivisibile, dal momento che l'autrice mostra come il voto popolare, pur enfatizzando ancor di più quei connotati rituali che già lo definivano in epoca repubblicana, proprio per questo conservi intatta la sua dimensione simbolica legittimante. Cass. Dio 58.20.3-4 Καὶ περὶ μὲν τοὺς ὑπάτους ταῦτα διὰ πάσης ὡς εἰπεῖν τῆς ἡγεμονίας αὐτοῦ ἐγίνετο τῶς δὲ δὴ τὰς ἄλλας ἀρχὰς αἰτούντων ἐξελέγετο ὅσους ἤθελε, καὶ σφας ἐς τὸ συνέδριον ἐσέπεμπε, τοὺς μὲν συνιστὰς αὐτῶ οἴπερ ὑπὸ πάντων ἤροῦντο, τοὺς δὲ ἐπὶ τε τοῖς δικαίωμασι καὶ ἐπὶ τῇ ὁμολογίᾳ τῶ τε κλήρω ποιούμενος. Καὶ μετὰ τοῦτο ἐς τε τὸν δῆμον καὶ ἐς τὸ πλῆθος οἱ προσήκοντες ἐκατέρω, τῆς ἀρχαίας ὀσίας ἕνεκα, καθάπερ καὶ νῦν, ὥστε ἐν εἰκόني δοκεῖν γίνεσθαι, ἐσιόςτες ἀπεδείκνυντο. Εἰ δ'οὖν ποτε ἐνέλιπόν τινες ἢ καὶ φιλονεικία ἀκράτῳ ἐχρήσαντο, καὶ ἐλάττους προχειρίζοντο. «... Queste irregolarità circa i consoli continuarono a ripetersi per quasi tutto il periodo del suo principato. Per quanto riguarda invece coloro che si candidavano alle altre cariche, egli sceglieva quelli che desiderava e li mandava di fronte al senato, alcuni con la sua raccomandazione (in tal caso essi venivano eletti all'unanimità), altri attenendosi alle loro legittime richieste e alla loro idoneità o al sorteggio. In seguito i candidati si presentavano di fronte al popolo e alla plebe, a seconda che la loro elezione dipendesse dall'uno o dall'altra, e

lebravano le riunioni dei comizi centuriati come a sacre consuetudini da osservare scrupolosamente⁴⁰, alcuni versi di Claudiano⁴¹, certamente riferibili al 404⁴², parrebbero alludere alle procedure di voto nei «comizi consolari»⁴³. Se

venivano eletti: tale procedura veniva seguita conformemente a quella antica solo per salvare l'apparenza, proprio come avviene oggi. Nel caso in cui mancassero dei candidati o in cui questi facessero ricorso a una competizione senza esclusione di colpi, venivano eletti in numero minore». Vd. FREYBURGER-GALLAND, *Aspects*, cit. (nt. 34), pp. 68, 95. L'intervento di Cassio Dione deve essere riferito al suo tempo. D'altra parte sostenere che l'affermazione dello storico è tratta di peso dalla sua fonte, di poco posteriore agli eventi descritti (32 d.C.), è congettura priva di senso perché, come testimonia Plin. *Pan.* 63.2; 76.9-77.1, Traiano (vale a dire un contemporaneo di Tacito) sopportava pazientemente il *longum carmen comitiorum*, fermandosi *in illa vetere potestatis suae sede*, e vi attendeva la *renuntiatio*. Lo stesso imperatore, come console, adempiva al suo ufficio nel foro e nel campo, ed era sempre presente ai comizi consolari e alla *renuntiatio*.

³⁹ Alla fine del IV o agli inizi del V secolo il biografo dell'*Historia Augusta*, pur sempre in *Tac.* 7.2-4, ricorda esplicitamente le acclamazioni che precedettero o seguirono, nel campo Marzio, il voto della *lex de imperio*: H.A. *Tac.* 7.2-4 *Inde itum ad campum Martium. ibi comitiale tribunal ascendit, ubi praef. urbis <A>elius Cesettianus sic loquutus est: 'vos sanctissimi milites et sacratissimi vos Quirites, habetis principem, quem de sententia omnium exercitu<u>m senatus elegit: Tacitum dico, Augustissimum virum, ut qui hactenus sententiis suis rem p., nunc <a>diu<v>et iussis atque consultis'. adclamatum est a populo: 'felicissime Tacite Auguste, dii te servent', et reliqua quae solent dici.* Non si può escludere, peraltro, che, anche in tal caso, trascorresse del tempo, forse qualche giorno, prima di porre formalmente in votazione la *lex de imperio*. Detto diversamente, quella descritta dalla *vita Taciti* potrebbe anche essere una semplice *contio*, una riunione preparatoria al vero e proprio svolgimento rituale dei *comitia tribuniciae potestatis*.

⁴⁰ Anche da Amm. 14.6.6, che occorre coordinare con *Tac. Dial.* 41, non si può ricavare più di quel che effettivamente dice. Lo storico antiocheno si limita a sottolineare che, da tempo, è venuta meno ogni competizione elettorale (*suffragiorum certamina*). Ma ciò non significa, però, che l'antico rituale non avesse luogo. Cfr. *Mod. 2 de poen.* D. 48.14.1pr. *Haec lex in urbe hodie cessat, quia ad curam principis magistratuum creatio pertinet, non ad populi favorem*: vd. MAROTTA, *L'immagine del principe negli scritti dei giuristi d'età antonina e severiana*, in *Il princeps romano* (cit. nt. 2), pp. 344 s.: Modestino rilevava semplicemente che, ai suoi tempi, la *lex Iulia de ambitu* non si applicava (*cessat*), che era, cioè, in quiescenza. Il che, almeno in astratto e in linea teorica, non parrebbe escludere la possibilità – sia pur remota – di una sua reviviscenza.

⁴¹ Vd. VEYNE, *L'empire*, cit. (nt. 1), p. 26.

⁴² Claudian. *Panegy. dictus Honorio Aug. consulati sexti*, vv. 1-10.

⁴³ *Aurea Fortunae Reduci si templa priores / ob reditum uouere ducum, non dignius umquam / haec dea pro meritis amplas sibi posceret aedes / quam sua cum pariter trabeis reparatur et urbi / maiestas; neque enim campus sollemnis et urna / luditur in morem, species nec dissona coetu / aut peregrina nitet simulati iuris imago. / indigenas habitus natiua Palatia sumunt, / et, patriis plebem castris sociante Quirino, / Mars Augusta sui renouat suffragia campi.* «Se quelli che vennero prima di noi offrirono in voto, per il felice ritorno dei loro comandanti, templi aurei, non dovrebbe meravigliare che <ora> questa divinità a maggior ragione domandi in contraccambio dei suoi servizi un tempio più grande, dal momento che contestualmente è stata restaurata la maestà, che è loro propria, sia del consolato (*trabeae*) sia dell'Urbe. Le elezioni annuali nel Marzio

posti a confronto con un passo della *Gratiarum actio dicta domino Gratiano Augusto* scritta da Ausonio nel 379, se ne potrà penetrare ancor meglio il significato⁴⁴. Onorio avrebbe rivestito il suo sesto consolato secondo le forme prescritte, a séguito d'una autentica riunione dei comizi nel Campo Marzio. Il conto dei voti non sarebbe stato fatto solo per gioco secondo il costume ormai invalso. Non sarebbe stata inscenata una mera rappresentazione non conforme con la dignità dell'assemblea popolare: e, cosa ancor più importante, il rito sarebbe stato compiuto a Roma, non altrove, sulla base d'una imitazione straniera o di un diritto simulato.

Graziano, a suo tempo (nel 379), avrebbe invece presieduto i comizi del consolato di Ausonio, mentre conduceva una spedizione contro i barbari lungo le rive del Danubio. Quest'ultimo, nella sua *Gratiarum actio*, si chiede se essi dovessero definirsi *tributa*, dal momento che ebbero luogo *in urbe Sirmio*, o *centuriata quod in procinctu* (ossia tra le truppe in armi), ovvero *pontificalia*, come quelli che, *sine arbitrio multitudinis*, aveva praticato un tempo questo collegio sacerdotale. Ausonio, pensando forse ai *comitia curiata* presieduti in alcune occasioni dai *pontifices*⁴⁵, sostiene che l'imperatore avrebbe dialogato con Dio, agendo dunque come *pontifex maximus*, ossia come partecipe di Dio⁴⁶. Viceversa Claudiano intende in primo luogo sottolineare che, in occa-

Campo, secondo le forme prescritte e il conto dei voti non sono fatte solo per gioco secondo il costume che è invalso / né questa è una mera apparenza non conforme con la dignità di tale assemblea, né questa è splendore d'una imitazione straniera o di un diritto simulato. Già il <nostro> nativo Palatino si adorna con abiti indigeni, e, come Quirino unisce assieme la plebe e il patrio esercito, così Marte rinnova i suffragi <imperiali> del suo campo»: cfr. M. DEWAR, *Claudiano, Panegyricus de sexto consulatu Honorii Augusti. Edited with Introduction, Translation and Literacy Commentary*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 5, 63-70. Insomma Claudiano sostiene che Onorio ha ottenuto il suo sesto consolato in un'autentica elezione. Come è ovvio non si tratta di credere a questa patente esagerazione, ma di riconoscere che, ancora agli inizi del V secolo, si rispettavano – non sappiamo quanto puntualmente (occorrerebbe chiedersi come si potesse conciliare il compimento di alcuni rituali, che avrebbero imposto di attenersi alle prassi e alle regole del culto pubblico del popolo romano, con il *decorum* dei nuovi tempi cristiani): ma vd. Salvian. *De gubern. Dei* 6.2.12-13 – le formalità della convocazione dei comizi nelle elezioni consolari e, se diamo credito alle parole *Mars Augusta sui renouat suffragia campi* («Marte rinnova i suffragi augusti del suo campo») dell'investitura imperiale attraverso la cosiddetta *lex de imperio*.

⁴⁴ 9.42 *tu, Auguste uenerabilis, districtus maximo bello, adsultantibus tot milibus barbarorum, quot Danuuii ora praetexitur, comitia consulatus mei armatus exeres. tributa ista quod in urbe Sirmio geruntur, aut quod in procinctu, centuriata dicentur? an ut quondam pontificalia uocabuntur, sine arbitrio multitudinis sacerdotum tractata collegio? sic potius, sic uocentur, quae tu pontifex maximus deo participatus habuisti*. Vd., sul punto, J. RÜPKE, *Tra Giove e Cristo. Trasformazioni religiose nell'impero romano*, trad. it., Brescia, Morcelliana, 2013, p. 279.

⁴⁵ È una congettura di RÜPKE, *Tra Giove*, cit. (nt. 44), p. 279.

⁴⁶ 9.42 (...) *sic potius, sic uocentur, quae tu pontifex maximus deo participatus habuisti*. Nelle frasi seguenti (9.43) Ausonio difende il paragone con i *comitia curiata*, presieduti dai *pontifices*,

sione del VI consolato di Onorio, non si inscenò un *ius simulatum*, fondato, occorre presumere, sul principio per cui «dov'è l'imperatore là è Roma»⁴⁷, quasi che la città, ove il *princeps* soggiorna, diventi *pro tempore* e per finzione un'*altera Urbs*⁴⁸. Nel 404 la riunione dei comizi ebbe luogo, sostiene il poeta, nel pieno rispetto della tradizione e delle forme prescritte.

3. La 'rivoluzione giuridicamente permanente'

Quel che definiamo 'posizione imperatoria'⁴⁹ si conferiva al principe *per legem*⁵⁰. Non di meno è Mommsen stesso, nonostante la costante fedeltà del principato alle forme repubblicane di legittimazione del potere, a indicarci la sua contraddizione fondamentale in quanto regime. È, quest'ultimo, un punto di vista ben noto. Il principato muore con ciascun imperatore, per rinascere

rimandando alla formulazione impiegata da Graziano nella lettera di nomina, secondo la quale l'imperatore avrebbe dialogato con Dio e ne sarebbe seguita la sua decisione di scegliere proprio Ausonio. Altrove, infine, il poeta, esaltando la monocrazia imperiale, guarda con distacco alle prassi di voto nei *comitia* di tempi ormai lontani, quando ogni candidato, per ottenere la magistratura, era costretto a chiedere, adulando gli elettori, i *suffragia* delle *tribus*, delle *centuriae*, l'appoggio dell'ordine equestre e del *senatus*: *Gratiarum actio* 3.13 *Cum clarissimo uiro collega meo honore coniunctus, nuncupatione praelatus, consul ego, imperator Auguste, munere tuo non passus saepta neque campum, non suffragia, non puncta, non puncta, non loculos, qui non prensauerim manus nec salutantium confusus occursum aut sua amicis nomina non reddiderim aut aliena imposuerim: qui tribus non circumiui, centurias non adulauit, uocatis classibus non intremui, nihil cum sequestre deposui, cum distributore nil pepigi. Romanus populus, Martius campus, equester ordo, rostra, ouilia, senatus, curia, unus mihi omnia Gratianus*. Eppure nei §§ seguenti (3.14-15) Ausonio fa ancora riferimento a queste pratiche, proprie della *libera res publica* (p. es. 3.15 [...] *quos exercet ambitus: non petivi [...]*), quasi che esse fossero ancora esistenti ai suoi tempi, il che, ovviamente, è, a dir poco, inverosimile. In ogni caso il poeta intende sottolineare, citando parola per parola l'epistola imperiale che gli ha comunicato la designazione e la nomina (cfr., *infra*, i verbi *declarare* e *nuncupare*) a *consul*, che i suoi (quelli nei quali ha ottenuto il consolato) sono stati i comizi più perfetti: 9.43-44 ... *Sic enim loqueris: "cum de consulibus in annum creandis solus mecum uoluntatem, ut me nosti, atque ut facere debui, ut uelle te sciu, consilium meum ad deum rettuli. Eius auctoritati obsecutus te consulem designauit et declarauit et priorem nuncupauit". Cuius orationis ordo lucidior? Quae doctrina tam diligens propriis comitorum uerbis loqui nec uocabulis moris antiqui nomina peregrina miscere? Ualete modo classes, populi et urbanarum tribuum praerogatiuae et centuriae iure uocatae. Quae comitia pleniora unquam fuerunt quam quibus praestitit deus consilium, imperator obsequium?* Da questo contesto emerge che Graziano non si è limitato a designare (*designauit*) i nomi dei consoli, ma ha provveduto anche alla loro proclamazione formale (*et declarauit et priorem nuncupauit*), sostituendosi, dunque, in tutto e per tutto ai comizi.

⁴⁷ Herod. 1.6.5: MAROTTA, *Esercizio*, cit. (nt. 6), pp. 103 ss.

⁴⁸ MAROTTA, *Esercizio*, cit. (nt. 6), pp. 105 ss.

⁴⁹ MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, II, cit. (nt. 23), pp. 876 s.

⁵⁰ Cfr., *supra*, nt. 28.

sempre nuovo con il successore. Il regime imperiale è perciò un'autocrazia temperata dalla rivoluzione giuridicamente permanente⁵¹, nella quale trova

⁵¹ T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, II, cit. (nt. 23), pp. 1132-33. Sul punto vd. A. HEUSS, *Theodor Mommsen und die revolutionäre Struktur des römischen Kaisertums*, in ANRW II.1 (1974), pp. 77-90. Non credo sia opportuno sostituire a questa nota formula mommseniana le parole 'diritto di resistenza': così, invece, HECKETSWEILER, *La fonction du peuple*, cit. (nt. 32), pp. 101 ss. Chi volesse adoperare una nomenclatura differente, rispetto a quella mommseniana, potrebbe forse guardare, alla luce delle fonti letterarie o giuridiche, alla nozione di *bellum civile* o di *civilis dissensio* (in greco *stásis*), termini che appaiono del tutto conformi alle categorie del politico del mondo greco e romano. In effetti, come ha sottolineato (in pacata polemica con H. ARENDT, *Sulla rivoluzione*, trad. it., Milano, Edizioni di Comunità, 1983, p. 15 part.) G. AGAMBEN, *Stasis. La guerra civile come paradigma politico. Homo sacer*, II.2, Torino, Bollati-Boringhieri, 2015, pp. 9-32, 11 s. part., la guerra civile è consustanziale alla città: essa esige una pacificazione e non deve dar luogo a risentimenti, ma, allo stesso tempo, essa resta una possibilità sempre aperta, una soglia che può essere oltrepassata in qualsiasi momento. Trovo particolarmente interessanti, a tal riguardo, le considerazioni sviluppate in *Ulp. 5 opin. D. 49.15.21.1*, proprio perché il giurista sottolinea con enfasi il carattere tutto politico, per quanto estremo, della guerra civile: *In civilibus dissensionibus quamvis saepe per eas res publica laedatur, non tamen in exitium rei publicae contenditur: qui in alterutras partes discedent, vice hostium non sunt eorum, inter quos iura captivitatum aut postliminiorum fuerint. et ideo captos et venundatos posteaque manumissos placuit supervacuo repetere a principe ingenuitatem, quam nulla captivitate amiserant*. Questo passo delle *opiniones* – che forse si riconnette, direttamente o indirettamente, al contenuto di un provvedimento normativo d'età severiana – ripropone una visione della *civitas* e del conflitto interno, che a volte la travaglia, forse riconducibile a Cicerone. Due locuzioni («*civiles dissensiones*», «*non ... in exitium rei publicae contenditur*»), adoperate dal loro autore, corroborano l'attendibilità di questa tesi. Nella terza catilinaria, Cicerone rammenta tutte le lotte civili (*omnes civiles dissensiones*), dalle più lontane alle più vicine nel tempo: *Cic. Cat. 3.10.24-25 Etenim recordamini, Quirites, omnes civiles dissensiones, non solum eas quas audistis, sed eas quas vosmet ipsi meministis atque vidistis. ... Atque illae tamen omnes dissensiones erant eius modi quae non ad delendam, sed ad commutandam rem publicam pertinerent. Non illi nullam esse rem publicam, sed in ea quae esset se esse principes, neque hanc urbem conflagrare, sed se in hac urbe florere voluerunt. Atque illae tamen omnes dissensiones, quarum nulla exitium rei publicae quaesivit, eius modi fuerunt ut non reconciliatione concordiae sed internectione civium diiudicatae sint. In hoc autem uno post hominum memoriam maximo crudelissimoque bello, quale bellum nulla unquam barbaria cum sua gente gessit, quo in bello lex haec fuit a Lentulo, Catilina, Cethego, Cassio constituta, ut omnes qui salva urbe salvi esse possent in hostium numero ducerentur, ita me gessi, Quirites, ut salvi omnes conservaremini; et cum hostes vestri tantum civium superfuturum putassent, quantum infinitae caedi restitisset, tantum autem urbis, quantum flamma obire non potuisset, et urbem et civis integros incolumisque servavi*. Ma vd. anche *Cic. 2 Verr. 5.58.151-152*; *Cic. Lig. 6.19*. La prospettiva ciceroniana (per la quale le *dissensiones* avrebbero dovuto essere *reconciliatione concordiae diiudicatae*) riprende la concezione platonica della guerra interellenica, così come è stata definita da Platone in *Rep. 5. 471a*. Sul tema mi permetto di rinviare a V. MAROTTA, *Ulpiano e l'Impero*, I, Napoli, Loffredo, 2000, pp. 97-110, ove lett. È, in ogni caso, fondamentale, e non soltanto per il mondo greco tra V e IV secolo a.C., il contributo di N. LO-

applicazione la medesima regola che domina l'intero diritto, pubblico e privato, di Roma⁵²: ogni rapporto di diritto si dissolve, viene meno, nello stesso modo in cui esso è stato costituito. Sul piano giuridico il principato, al pari delle magistrature straordinarie, è per davvero – sottolinea il Mommsen – costituzionalmente ammissibile senza essere costituzionalmente necessario, né ha senso definirlo come un ordinamento facente capo al solo imperatore, proprio perché esso moriva con ciascun principe, per rinascere sempre nuovo col successore. Ne consegue che, per perpetuarsi in quanto regime, il principato deve regolarmente rigenerarsi e rilegittimarsi nelle istituzioni repubblicane⁵³. A ogni *adclamatio imperatoria*, che ha sempre, nel senso mommseniano dell'espressione, una valenza 'rivoluzionaria', fanno séguito necessariamente i decreti del senato e la *lex* o le *leges* di investitura votate dai *comitia*.

La formula 'rivoluzione giuridicamente permanente' – che ha senza dubbio l'apparenza di un ossimoro – segna visibilmente la distanza del Mommsen e dei suoi seguaci da quanti, nello studio del principato, si concentrano esclusivamente sulle prassi della comunicazione politica. Tra questi ultimi hanno riscosso – a partire dagli '90 del secolo scorso – un notevole successo alcuni scritti di Egon Flaig⁵⁴. A suo giudizio il sistema politico romano, basato sull'e-

RAUX, *La città divisa*, trad. it., Venezia, Neri Pozza, 2006, pp. 61 ss., 96 part., cui *adde* EAD., *La Guerre dans la famille*, in *Clio* 5 (1997), pp. 20 ss. Un quadro in E. STOLFI, *Stásis, pólemos e dikaios pólemos. Immagini del fenomeno bellico e nozione di "guerra giusta" nella Grecia antica*, in *Diritti in guerra. Atti del Convegno Internazionale Bellum iustum (Aosta, 5-7 dicembre 2007)*, a cura di M.A. FINO, Roma, Carocci, 2012, pp. 35 ss., ove altra lett. Sulle guerre civili, nel pensiero storico della tarda antichità, vd. B. BLECKMANN, *Bürgerkriege in der spätantiken Historiographie und in der «Historia Augusta»*, in *Historiae Augustae Colloquium Perusinum*, a cura di G. BONAMENTE, F. PASCHOUD, Bari, Edipuglia, 2002, pp. 49-64. Sul concetto di *res publica* un primo quadro in C. MOATTI, *Res publica et droit dans la Rome républicaine*, in *MEFR (Moyen Âge)* 113 (2001), pp. 811 ss., nonché EAD., *The Notion of Res publica in the Age of Caracalla*, in *Citizenship and Empire in Europe 200-1900. The Antonine Constitution after 1800 Years*, a cura di C. ANDO, Stuttgart, Steiner Verlag, 2016, pp. 63-98; con specifico riferimento a D. 49.15.21.1, in part. pp. 85-89, con un'interpretazione sensibilmente differente dalla mia.

⁵² Gai. 1 *regul.* D. 50.17.100 *Omnia, quae iure contrabuntur, contrario iure pereunt*, da coordinare con H.A. *Avid. (Cass.)* 1.4 (citato p. 39): vd. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, II, cit. (nt. 23), p. 1132.

⁵³ Nella sua ottica, che è in primo luogo descrittiva, K. LOEWENSTEIN, *The Governance of Rome*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1973, pp. 370 s., si limita a scrivere che «during the – more often than not extended – interval between the vacancy and the installation of the successor the Senate (together with the consuls) was the *de facto* government of Rome».

⁵⁴ La visione mommseniana del principato come un'autocrazia temperata dal principio della rivoluzione giuridicamente permanente è stata esplicitamente criticata da E. FLAIG, *Den Kaiser Herausfordern: Die Usurpation im römischen Reich*, Frankfurt-New York, Campus, 1992, pp. 550 ss., 561 ss. part.. La sua posizione ha ottenuto l'autorevole adesione di VEYNE, *L'empire* cit.

levazione dell'imperatore, era minato da una persistente debolezza istituzionale: l'assenza di una qualsiasi autorità che potesse eleggere o deporre un imperatore in modo vincolante per tutti. Nei primi tre secoli dell'Impero, da Augusto in poi, diventava *princeps* – secondo il Flaig – colui che era accettato dal senato, dal popolo e dai *militēs*. Ciò equivale a dire che la posizione imperatoria non si basava sulla 'legittimità' scaturente da un preciso processo decisionale, bensì sull' 'accettazione', ossia sul 'consenso' a esercitare il potere che influenti e specifici gruppi conferivano a una determinata persona; un consenso che, in un qualsiasi momento successivo, poteva venir meno. Ma in tal modo, nel formulare le proprie critiche allo *Staatsrecht* mommseniano, il Flaig confonde reciprocamente due piani – il sociologico col giuridico – da tenere ben distinti in ogni analisi storica delle strutture costituzionali di Roma antica. Inoltre la sua condanna del diritto in nome della sociologia, lungi dal farci guadagnare qualche posizione nell'indagine storica e nell'analisi dei fatti, ci interdice la possibilità di comprendere quali forme giuridiche utilizzassero le *élites* dirigenti romane per rappresentare il loro universo istituzionale.

In effetti questo particolare aspetto del principato – l'essere, come sostenne il Mommsen, un'autocrazia temperata dalla rivoluzione giuridicamente permanente – fu precisamente colto dal biografo dell'*Historia Augusta*, nelle sue rapsodiche riflessioni su due secoli di storia delle istituzioni d'età imperiale. Nella *vita Avidii (Cassii)*, egli descrive le idee politiche di questo sfortunato usurpatore⁵⁵:

1.4 *Hic ergo Cassius ex familia, ut diximus, Cassiorum, qui in C. Iulium conspiraverant, oderat tacite principatum nec ferre poterat imperatorium nomen dicebatque {nil} esse gravius nomine imperii, quod non posset e r. p. tolli nisi per alterum imperatorem.*

Discendente, per linea materna, della stirpe dei Cassii (quelli che avevano cospirato contro Cesare, ma, anche questa, è soltanto l'ennesima invenzione), Avidio Cassio avrebbe nutrito un odio segreto per il *principatus*, tanto da non poter tollerare lo stesso nome di imperatore, sostenendo che nulla è più pe-

(nt. 1), pp. 23 ss.: vd., inoltre, *infra* nt. 78. In ogni caso non condivido quel che Egon Flaig scrive in *How the Emperor Nero lost Acceptance in Rome*, in *The Emperor and Rome. Space, Representation, and Ritual*, a cura di B.C. EWALD, C.F. NOREÑA, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 275-288, in part. 277 e in ID., *A coherent model to understand the Roman Principate: 'Acceptance' instead of 'legitimacy' and the problem of usurpation*, in *Il princeps romano* (cit. nt. 2), pp. 82 s., per contestare l'idea del Mommsen, secondo il quale il principato muore con ciascun imperatore, per rinascere sempre nuovo con il successore: vd., *infra*, nt. 60 e nt. 78.

⁵⁵ Un'approfondita messa a punto sulle usurpazioni come fenomeno giuridico e politico in età tardo antica nel volume di J. SZIDAT, *Usurpator tanti nominis*, cit., in part. pp. 361-377.

sante del nome di impero, dal momento che la *res publica* non se ne sarebbe potuta liberare⁵⁶ se non per mezzo di un altro imperatore⁵⁷. Una rappresentazione perfetta – occorre riconoscerlo – della contraddizione fondamentale del principato in quanto regime⁵⁸.

Nei trenta anni successivi alla morte di Augusto, l'impianto istituzionale da lui edificato avrebbe potuto dissolversi in qualsiasi momento, per ridar pieno vigore all'antico governo consolare. È un'asserzione, quest'ultima, confortata, in primo luogo, dall'esame degli eventi seguiti, nel 41, all'assassinio di Caligola⁵⁹.

⁵⁶ Più complessa la struttura del discorso pronunciato, secondo il biografo, da Clodio Albino allorché avrebbe rifiutato il titolo di *Caesar* offertogli da Commodo: cfr. H.A. *Clod. Alb.* 13.5-10. In esso si sostiene che Roma e il suo impero erano governati meglio al tempo del predominio del senato. Significative le parole che chiudono un'orazione certamente inventata dal biografo: H.A. *Clod. Alb.* 13.10: *Senatus imperet, provincias dividat, senatus nos consules faciat* (...). E, però, in H.A. *Clod. Alb.* 14.5, si riferisce il contenuto di una lettera inviata da Commodo ai suoi prefetti del pretorio, nella quale questi, commentando il discorso di Clodio Albino, avrebbe sostenuto che (...) *qui principem unum in r. p. negat esse debere quique adserit a senatu oportere totam rem p. regi, is per senatum sibi petit imperium. Cavete igitur diligentissime; iam enim hominem scitis vobis, militibus populoque vitandum.*

⁵⁷ Ed è proprio questa, senza dubbio, la natura del principato in quanto regime. Pensare di introdurre punti di vista divergenti conduce inevitabilmente, talvolta senza neppure avvedersene, a conclusioni insensate. Penso, per esempio, a un'ipotesi di T.E.J. WIEDEMANN, *Claudius*, in *The Cambridge Ancient History*², X. *The Augustan Empire*, 43 B.C.-A.D. 69, a cura di A.K. BOWMAN, E. CHAMPLIN, A. LINTOTT, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 230 s. Questi, per definire in termini giuridici il problema della proclamazione militare di Claudio, ha proposto di comparare il meccanismo istituzionale, che ha presieduto a questa specifica presa del potere, con quelli che regolano la tutela della *possessio* nel processo interdittale. Tutti sappiamo che l'ambito delle questioni giuridiche inerenti al problema della successione imperiale appare ed è del tutto diverso da quelli che attengono al *ius privatum*: difatti, secondo le categorie del diritto pubblico romano, il potere conquistato illegalmente era al più qualificato, e sotto il profilo della legittimità, *tyrannis* come tirannide). Ma non è qui il principale ostacolo: in verità il complicato ragionamento del Wiedemann sarebbe stato considerato assurdo, alla luce delle loro categorie giuridico-costituzionali, dagli stessi Romani di età imperiale. Un riscontro, a tal riguardo, si legge, pur sempre nell'*Historia Augusta*, nella *vita Pescennii Nigri* (2.5-7). Didio Giuliano, secondo il biografo, sarebbe giunto a tal punto di pazzia da agire, nei confronti di Settimio Severo, con un *interdictum de imperio*, col quale gli intimava di averlo anticipato nella presa di possesso del principatus: (2.7) *par denique insania fuit, quod cum Severo ex interdicto de imperio egisse fertur, ut iure videretur principatum praevernisse*. Sull'*interdictum de imperio*, concepito, al pari dell'*uti possidetis* o dell'*utrubi*, come un *interdictum retinendae possessionis* (Gai. *Inst.* 4.143, 4. 148-153) cfr. l'ampio *excursus* di HONORÉ, *Law in the Crisis of Empire*, cit. (nt. 25), pp. 207-209. L'Honoré sottolinea opportunamente come l'espressione *agere ex interdicto* appaia corretta alla luce della nomenclatura invalsa nel tardo IV secolo.

⁵⁸ Vd., *supra*, nt. 2 e, *infra*, nt. 60.

⁵⁹ Tale eventualità si pose, invero per pochissime ore, all'ordine del giorno, prima che – è quanto emerge dal racconto di Flavio Giuseppe (*Ant.* 19.224-225) – una scelta opportunistica (ma comprensibile) della guardia pretoriana determinasse un differente esito della vicenda. Nel suo

Né si può negare, ripercorrendo la storia romana d'età imperiale alla ricerca d'altre testimonianze in grado di corroborare la posizione del Mommsen⁶⁰,

resoconto di questi eventi nel libro XIX delle *Antichità Giudaiche*, di tale effimero tentativo di restaurazione del regime consolare sottolineò – proprio perché ai suoi occhi esso appariva simbolo chiaro ed espressivo dell'antica forma di governo repubblicana – il fatto che i consoli avessero recuperato, in questo giorno (il 24 di gennaio), il potere di impartire la parola d'ordine alla guarnigione di Roma, un evento (egli sottolinea) che ormai non si non riproponeva da cento anni. Significativamente, il motto prescelto fu *libertas*: cfr. Ios. *Ant.* 19.186. Trasmessa al *tribunus* Cherea, il giustiziere del tiranno, questi la comunicò alle coorti urbane della guarnigione di Roma. *Libertas* è un termine che, nella lingua politica del principato, può rinviare, in quanto tale, alla tradizione istituzionale della *res publica*. A tal proposito è opportuno rivolgersi a Plin. *Pan.* 69.5-6 *tandem ergo nobilitas non obscuratur, sed illustratur a principe, tandem illos ingentium virorum nepotes, illos posteros libertatis nec terret Caesar nec pavet; quin immo festinatis honoribus amplificat atque auget et maioribus suis reddit.* Traiano non emarginava la *nobilitas* – che lo scrittore, con pittoresca e, a un primo sguardo, sorprendente espressione chiamata *illos posteros libertatis* (eredi, cioè, della repubblica) – ma la utilizzava, facendo uso della propria *indulgentia*, per il bene della *res publica*. Leggiamo Ios. *Ant.* 19.186-189 Προεληλύθει δὲ ἡ νύξ ἐπὶ μέγα, καὶ Χαιρέας δὲ σημεῖον ἦτει τοὺς ὑπάτους, οἱ δὲ ἐλευθερίαν ἔδοσαν. Ἐν θανάματι δὲ ἦν αὐτοῖς καὶ ὅμοια ἀπιστίς τὰ δρώμενα [187] ἔτει γὰρ ἑκατοστῶ, μεθ'ὃ τὴν δημοκρατίαν τὸ πρῶτον ἀφηρέθησαν, ἐπὶ τοὺς ὑπάτους σημεῖου ἢ παράδοσις οὗτοι γὰρ πρότερον ἢ τυραννηθῆναι τὴν πόλιν κύριοι τῶν στρατιωτικῶν ἦσαν. [188] Χαιρέας δὲ τὸ σημεῖον λαβὼν παρεδίδου τῶν στρατιωτῶν τοῖς πρὸς τὴν σύγκλητον συνεστηκόσιν. Ἦσαν δὲ εἰς σπεύρας τέσσαρας, οἷς τὸ ἀβασίλευτον τιμιώτερον τῆς τυραννίδος προὔκειτο. [189] Καὶ οἶδε μὲν ἀπήσαν μετὰ τῶν χιλιάρχων, ἀνεχώρει δὲ ἤδη καὶ ὁ δῆμος περιχαρῆς καὶ ἐλπίδος καὶ φρονήματος ἐπὶ τῷ κτησαμένῳ τὴν ἡγεμονίαν αὐτοῖς, οὐκέτι ἐπὶ τῷ ἐφεστηκότι. Καὶ τὰ πάντα ἦν ὁ Χαιρέας αὐτοῖς. «ora, essendo notte inoltrata, Cherea domandò ai consoli la parola d'ordine ed essi risposero “Libertà”. Il fatto parve loro meraviglioso e rimasero quasi increduli. Poiché nell'anno centesimo della sottrazione della *dēmokratía*, la parola d'ordine era ridata ai consoli. Prima che la città cadesse sotto la tirannide, erano essi che avevano il comando dei soldati. Cherea, ricevutala, la comunicò ai soldati a lato del senato: vi erano, in tutto, quattro coorti che alla tirannide anteponevano la libertà come più onorevole. Queste coorti partirono con i tribuni, e di lì a poco si ritirò anche il popolo, lieto per le speranze date e pieno di coraggio perché avevano acquisito l'autonomia e non erano più sottoposti a un padrone. Per loro Cherea era tutto». Si può individuare, nel racconto di Flavio Giuseppe, la presenza di due differenti tradizioni. In *Ant.* 19.186 lo storico ebreo ha attinto a una versione filosenatoria, per la quale almeno una parte del populus (*dēmos*), la migliore nel giudizio dei *nobiles*, s'era schierata con il *senatus* al fine di restaurare la tradizionale forma di governo consolare. Ma, in *Antiquitates* 19.227 in particolare, Flavio Giuseppe osserva, sulla scorta d'un'altra fonte (presumibilmente filopretoriana), che le opinioni del *dēmos* e della *boulē* non concordavano: mentre i *patres conscripti* coltivavano velleità di restaurazione della *libertas*, il popolo nutriva risentimento nei loro confronti, riconoscendo nei *principes* un freno all'avidità dei potenti e un rifugio per i più deboli. Si temeva, inoltre, che se Claudio non fosse stato investito del potere supremo, ne sarebbe sorta una terribile guerra civile, così come ai tempi di Pompeo. I pretoriani, dal canto loro (*Ant.* 19.224-225), ritenevano che, nel caso di resturazione della tradizionale forma di governo, il senato, nell'assumere le proprie decisioni, sarebbe rimasto, diversamente dai *principes*, per loro inaccessibile. Sul tema vd. la dettagliata ricostruzione di R. LAURENDI, *Profili costituzionali e orientamenti politici del principato di Claudio*, Reggio Calabria, Iiriti, 2012, pp. 27 ss., ove bibl.

⁶⁰ La costruzione mommseniana del principato come un'autocrazia temperata dal principio

che il senato riconobbe Galba ancor prima della morte di Nerone. E, caso senza dubbio di maggior rilievo, l'acclamazione senatoria dei due Gordiani (padre e figlio) ebbe luogo (agli inizi del 238 d.C.) quando Massimino era non soltanto ancora in vita, ma saldamente al comando d'un formidabile esercito⁶¹.

Il principato, pertanto, non è e non può essere definito un ordinamento facente capo al solo imperatore, proprio perché moriva con ciascun principe, e ogni volta ne nasceva uno nuovo. Né ha senso parlare di dissoluzione, sul piano giuridico, del *populus Romanus*⁶²: le testimonianze della continuità nel tempo delle sue prerogative politiche sono troppo numerose per accedere a questa tesi.

Attorno alla metà del III secolo Erodiano, nel riferire i contenuti del discorso che l'imperatore Marco Clodio Pupieno Massimo avrebbe rivolto (pro-

della rivoluzione giuridicamente permanente non è affatto, come vorrebbe Egon Flaig (*supra*, nt. 54), una *mythical construction*. Essa, al contrario, trova uno stabile radicamento nell'universo giuridico dei Romani, in primo luogo nelle forme costituzionali da essi adoperate per rappresentare il loro ordine costituzionale: vd., a tal riguardo, Y. THOMAS, *Mommsen et "l'Isolierung" du droit (Rome, l'Allemagne et l'État)*, estr. Paris, De Boccard, pp. 1984, 6, 13, 36-40. In argomento, con differenti punti di vista, anche M. PEACHIN, *Mommsens Princeps*, in *Theodor Mommsens Langer Schatten. Das römische Staatsrecht als bleibende Herausforderung für die Forschung*, a cura di W. NIPPEL, B. SEIDENSTICKER, Zürich-New York, Olms Verlag, 2005, pp. 161 ss.; FERRARY, *Nature et périodisation*, cit. (nt. 2), in *Il princeps romano*, cit. (nt. 2), pp. 3 ss., in part. 30-34; W. NIPPEL, *The Structure and Legacy of Mommsen's Staatsrecht*, *ibid.*, pp. 35 ss.

⁶¹ Per l'episodio di Galba cfr. Plut. *Galb.* 7, cui si potrebbe comparare quello di Settimio Severo prima della morte di Didio Giuliano (Herod. 2.12.5). Per i due Gordiani cfr. *Maxim. duo* 14 e 15. Secondo Eutrop. 10.11 Vetranione fu forzato ad abdicare: *Sed a Constantio, qui ad ultionem fraternae necis bellum civile commoverat, abrogatum est Vetranioni imperium; novo inusitatoque more consensu militum deponere insigne compulsus*. Si ricordi anche l'episodio di Vitellio che abdicò consegnando la propria spada al console. Suet. *Tib.* 24, ricorda, per l'appunto, alcune parole di Tiberio, che avrebbe espresso l'intenzione, pur senza indicare un termine preciso, di lasciare prima o poi il potere: *dum veniam ad id tempus, quo vobis aequum possit videri dare vos aliquam senectuti meae requiem*. Si vd. inoltre Herod. 2.12.1-7.

⁶² L'ipotesi interpretativa autorevolmente proposta da R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano* I, Torino, Giappichelli, 1968, pp. 217 ss., secondo la quale il *populus* cessò di essere il soggetto del potere, per rimanere, dapprima, solo come formale punto di imputazione di rapporti giuridici, e poi essere anche in ciò soppiantato dal *princeps* – non trova conforto nelle fonti. Si invoca spesso, a suo sostegno – per enfatizzare la transizione, dal *populus* al *princeps*, nella titolarità dell'ordinamento – un verso di Ovidio: *res est publica Caesar* («la *res publica* è Cesare») *Tristia* 4.4.15. Sulla visione politica di Ovidio vd. l'acuto articolo di P.M. MARTIN, *Res publica non restituta. La réponse d'Ovide: la légende de Cypus*, in *Le Principat d'Auguste. Réalités et représentations du pouvoir* (cit. nt. 2), pp. 267-279, e le osservazioni di J.-L. FERRARY, *Conclusions*, nel medesimo vol. collettaneo, 348. Cfr. anche M. CITRONI, *Autocrazia e divinità: la rappresentazione di Augusto e degli imperatori del I secolo nella letteratura contemporanea*, *Il princeps romano* (cit. nt. 2), pp. 609 ss. Pur senza approfondire i problemi attinenti alla contestualizzazione storica di questo testo, esso, in ogni caso, non può certamente significare – ma lo si è scritto (G. MANCUSO, *Forma di stato e forma di governo nell'esperienza costituzionale greco-romana*, Catania, Libreria Editrice Torre, 1995, pp. 88 ss.) – che il *populus* si è spogliato, una volta e per tutte, della propria sovranità trasferendola definitivamente al *princeps*, Cesare Augusto in questo caso, e ai suoi successori.

babilmente tra la fine di maggio e gli inizi di giugno del 238) all'esercito schierato sulla pianura ai margini di Aquileia dopo l'eliminazione di Massimino il Trace, adoperò queste inequivocabili parole:

8.7.5 (...) Οὐ γὰρ ἐνὸς ἀνδρὸς ἴδιον κτῆμα ἡ ἀρχή, ἀλλὰ κοινὸν τοῦ Ῥωμαίων δήμου ἄνωθεν, καὶ ἐν ἐκείνῃ τῇ πόλει ἡ τῆς βασιλείας ἴδρυται τύχη ἡμεῖς δὲ διοικεῖν καὶ διέπειν τὰ τῆς ἀρχῆς σὺν ὑμῖν ἐγκεχειρίσμεθα⁶³.

La fonte del potere imperiale – ed Erodiano⁶⁴, nel suo riferimento all'Urbe, tenta di conformarsi non senza difficoltà, alle nomenclature istituzionali – si rinviene in un complesso procedimento che culmina nell'investitura per iniziativa del senato e dei *comitia* popolari.

Il potere imperiale costituisce un bene comune del popolo romano⁶⁵. La stessa riflessione, sebbene sia stata forse mutuata da una fonte più antica, ripropone, a più di un secolo di distanza, anche l'*Historia Augusta*:

*Hadr. 8.3 et in contione et in senatu saepe dixit ita se rem publicam gesturum, ut sciret populi rem esse, non propriam*⁶⁶.

⁶³ «(...) Il potere infatti non è bene privato di un singolo uomo, ma dall'origine è <bene> comune del popolo romano: ed è in quella città <che> risiede il potere (vale a dire la *týchē*) imperiale (*basileía*): noi siamo soltanto (delegati) incaricati a occuparci degli affari dell'impero e ad amministrarli col vostro aiuto». Come tradurre τῆς βασιλείας τύχη? *Imperii fata?* o *imperii fortuna?* A mio giudizio, in forza di altri riscontri in Erodiano (cfr. 1.5.5), *τύχη* si può intendere nel significato di forza o d'entità che designa all'esercizio dell'*imperium*, conferendo poi il potere: cfr. in H.A. *Clod. Alb.* 13.5, questo brano di un discorso ai soldati attribuito dal biografo a Clodio Albino. Costui, in tal modo, avrebbe spiegato perché doveva rifiutare (si tratta – è ovvio – di un'invenzione) il titolo di Cesare offertogli da Commodus: *Si senatus p. R. suum illud vetus haberet imperium nec in unius potestate res tanta consisteret, non ad Vitellios, neque ad Neronem neque ad Domitianos publica fata venissent*. Per ciò che concerne l'espressione *fortuna imperii*, esempi interessanti in Tac. *Hist.* 3.49. 1 *Dum hac totius orbis nutatione fortuna imperii transit, Primus Antonius nequaquam pari innocentia post Cremonam agebat, satis factum bello ratus et cetera ex facili, seu felicitas in tali ingenio avaritiam superbiam ceteraque occulta mala patefecit*; Tac. *Hist.* 4.57.2; Plin. *ep.* 10.58.9; Plin. *Pan.* 51.2 *praeterea pater tuus usibus suis detrahebat, quae fortuna imperii dederat, tu tuis, quae pater*.

⁶⁴ Sul passo un cenno in V. NERI, *Il populus Romanus nell'Historia Augusta*, in *Historiae Augustae Colloquium Maceratense*, a cura di G. BONAMENTE, G. PACI, Bari, Edipuglia, 1995, p. 227. Una trattazione più ampia in MOATTI, *The Notion of Res publica*, cit. (nt. 51), pp. 77 s. Sebbene non prenda in esame questo testo, vd. anche P. BUONGIORNO, "Il senso della crisi". *Ritual und Legitimität der kaiserlichen Macht nach Herodian*, in *Das Recht der "Soldatenkaiser". Rechtliche Stabilität in Zeiten politischen Umbruchs?*, a cura di U. BABUSIAUX, A. KOLB, Berlin-München, De Gruyter, 2015, pp. 65-81, 77 s. part., con interessanti rilievi.

⁶⁵ Cfr., per l'appunto, le parole οὐ γὰρ ἐνὸς ἀνδρὸς ἴδιον κτῆμα ἡ ἀρχή, ἀλλὰ κοινὸν τοῦ Ῥωμαίων δήμου.

⁶⁶ Si difende l'idea che l'imperatore non è altri che un procuratore del *populus*: cfr., in ogni caso, Cic. *rep.* 1.39 *Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi*. Nella prospettiva di un

Sempre in Erodiano, nel paragrafo 4° (8.7.4), ossia in quello che precede immediatamente il passo appena preso in esame, tutto questo si coglie in termini ancor più espliciti: «... Occorre che voi (*scil.* i soldati) anche in futuro restiate fermi in questa privilegiata situazione, serbando fede ai Romani, al senato, e ai vostri imperatori, che sono stati scelti dal popolo e dal senato per la loro nobiltà, e sono giunti al trono dopo una lunga serie di attività pubbliche, come per una promozione»⁶⁷. Una riflessione, quest'ultima, nella quale si coglie plasticamente il punto nodale del conflitto che divideva l'esercito (o gran parte dell'esercito e dei suoi quadri) dalle altre parti della *res publica* (il senato e, di conseguenza, il *populus* riunito nei comizi). Alle pretese dei soldati e, in particolare, degli ufficiali superiori, per i quali (quand'anche ne avessero piena consapevolezza) la procedura di investitura dei *principes* rappresentava poco più di un mero rito, ossia solo un fantasma di legittimazione⁶⁸, e che, pertanto, avrebbero voluto designare il proprio comandante supremo⁶⁹, Pupieno Mas-

confronto con le visioni giuridico-costituzionali del biografo appare altrettanto interessante il preambolo della *vita di Caro*: H.A. *Car.* 1-2. Qui, come ha scritto R. Syme, si propone un «eloquent survey of Rome's evolution from the Kings to the Caesars»: *Ammianus and the Historia Augusta*, Oxford, Oxford University Press, 1968, p. 111. Sul punto vd. anche RATTI, *L'Histoire Auguste*, (cit. nt. 4), pp. 110 s.

⁶⁷ Χρῆ δ' ὑμᾶς καὶ τοῦ λοιποῦ διὰ παντὸς τούτων ἀπολαύειν, τὰ πιστὰ τηροῦντας Ῥωμαίοις τε καὶ συγκλήτῳ καὶ αὐτοκράτορσιν ἡμῶν, οὓς ἐξ εὐγενείας καὶ πολλῶν πράξεων {καὶ} μακρὰς διαδοχῆς ὡσπερ κατ'ἀκολουθίαν ἐπὶ τοῦτο ἀναβάντας κρίναντες ὁ δῆμος καὶ ἡ σύγκλητος ἐπέλεξαντο. Cfr. H.A. *Max et Balb.* 15.2 *Huc accedit quod multis honoribus ac potestatibus explorati sunt, cum alter bis consul et praefectus (urbis), alter <bis> consul [et praefectus] ad imperium longaeui pervenissent, amabiles senatui et populo etiam, qui Maximum iam leviter pertimescebat.*

⁶⁸ L'investitura senatoria e popolare, mediante la cosiddetta *lex de imperio*, è un puro meccanismo procedurale e rituale volto a produrre una decisione in conformità con le regole fissate dalla tradizione.

⁶⁹ Esigenza perfino comprensibile, se teniamo conto della peculiare prospettiva dei soldati. È stato acutamente osservato da C.-L. MONTESQUIEU, *Considérations sur les causes de la Grandeur des Romains et leur Décadence*, in *Oeuvres Complètes de Montesquieu*, Tome Sixième, nouvelle édition, Basle, J. Decker, 1799, pp. 153 s., che il regime imperiale, durante la cosiddetta fase dell'anarchia militare, si potrebbe qualificare come una specie di repubblica irregolare, dove la qualifica irregolare vuol significare l'assenza di un ordinamento organizzato in vere e proprie istituzioni (p. 153): «ce qu'on appelloit l'empire romain dans ce siècle-là étoit une espèce de république irrégulière, telle à peu pres que l'aristocratie d'Alger, où la milice, qui a la puissance souveraine, fait et défait un magistrat qu'on appelle le Bey: et peut-être est-ce une règle assez générale, que le gouvernement militaire est, à certains égards, plutôt républicain que monarchique». Pertanto, a chi si ponesse dal punto di vista dei rapporti fra imperatore e soldati, l'impero del III secolo potrebbe apparire una rozza forma di democrazia militare. Ma, tra III e IV secolo, anche le procedure di investitura del potere imperiale da parte dei *milites* si conformano a regole e procedure precise, assumendo una loro specifica identità rituale e istituzio-

simo contrapponeva il prestigio di una tradizione istituzionale ormai più che centenaria⁷⁰.

4. *La res publica e le sue istituzioni*

Nell'*Historia Augusta*⁷¹ la piena consapevolezza dell'autonoma esistenza della *res publica* – rispetto al *princeps* / *imperator* – è posta ancora a fondamento della peculiare visione politica del biografo⁷². Non è in questione – lo ribadisco ancora una volta – la verosimiglianza storica del suo racconto⁷³; quel che adesso rileva non è, perciò, la sua qualità come fonte storica, ma, esclusivamente, il contenuto delle sue riflessioni politico-giuridiche. La *vita Taciti*, nel suo complesso, fa immediatamente intendere perché, sul piano giuridico, la *res publica* non esista solo in quanto oggetto dei poteri del *princeps* (e perché, pertanto, non sia possibile parlare di progressiva dissoluzione del *populus*):

2.1-2 ergo, quod rarum et difficile fuit, senatus populus que Romanus perpessus est, ut imperatorem per sex menses, dum bonus quaeritur, res p. non haberet. quae illa concordia militum? quanta populo quies? quam gravis senatus auctoritas fu[er]it? nullus usquam tyrannus emerit, sub iudicio senatus et militum populi que Romani totus orbis est tem-

nale: sul tema vd. A. PABST, 'Comitia imperii': *ideelle Grundlagen des römischen Kaisertums*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1997, pp. 1-32, nonché – imprescindibile – l'articolo di NERI, *Ammiano Marcellino*, cit. (nt. 13), pp. 153-182. Vd. anche *supra*, nt. 13.

⁷⁰ Nell'*Historia Augusta*, *senatus* e *populus Romanus* appaiono ancora i pilastri della *res publica*. Ad esempio, così si sarebbe espresso Alessandro Severo rivolgendosi ai soldati che lo minacciavano: *Alex. 54.2 si enim unum hominem occideritis, non vobis deerit res p[ro]p[ri]a, non senatus, non p. R., qui me de vobis vindicet*. Cfr. A. RÖSGER, *Die Darstellung des Perserfeldzugs des Severus Alexander in der Historia Augusta*, in *BHAC* 1975/76, Bonn, Habelt Verlag, 1978, pp. 167-174 e, soprattutto, C. BERTRAND-DAGENBACH, *Histoire Auguste. Tome III 2^e partie. Vie d'Alexander Sévère*, Paris, Les Belles Lettres, 2014, pp. 159 s., con altri ragguagli.

⁷¹ Vale a dire in un'opera redatta quando, secondo la *communis opinio* romanistica, si sarebbe persa ogni sensibilità per le categorie giuridico-costituzionali ereditate dalla tradizione repubblicana. Da par suo S. MAZZARINO, *Aspetti sociali del IV secolo. Ricerche di storia Tardo-Romana*, r. Milano, Rizzoli, 2002², pp. 300 ss. part., aveva individuato, in più contesti dell'*Historia Augusta*, interpretazioni e punti di vista riconducibili a un tradizionalismo di sapore repubblicano. Anche J. BÉRANGER, *L'hérédité dynastique dans l'Historia Auguste. Procédé et tradition*, in *BHAC* 1971, Bonn, Habelt Verlag, 1974, pp. 1-20, 5 ss. part., ha colto queste peculiarità del pensiero del suo autore.

⁷² Vd., *supra*, nt. 7, per la bibliografia.

⁷³ Il redattore dell'*Historia Augusta* si trasformava, quando voleva, in un accorto falsario proprio in virtù della sua vasta cultura giuridica e antiquaria e della sua conoscenza della diplomatica degli atti ufficiali del senato: cfr., *supra*, nt. 8.

peratus; non illi principem quemquam, ut recte facerent, non tribuniciam potestatem formidabant, sed – quod est in vita optimum – se timebant.

Il senato e il popolo romano⁷⁴ sopportarono che la *res publica* rimanesse per sei mesi senza imperatore, mentre se ne cercava uno degno. Eppure – osserva il biografo – «quale concordia regnava allora tra i *milites!* Quanta pace nel popolo! Quale peso aveva l'autorità del senato!». Da nessuna parte comparve qualche tiranno, e il mondo intero fu governato dalla volontà del senato, dell'esercito e del popolo romano. Non era il timore di alcun *princeps* che li faceva operare rettamente, né li spaventava la potestà tribunizia⁷⁵, ma unicamente la migliore norma della vita, vale a dire il rispetto di se stessi.

In assenza di un'iniziativa del senato o dell'esercito i dispositivi che regolano posizione e poteri dei *principes* rimangono quiescenti. A questa riflessione del biografo deve riconnettersi ciò che si legge nell'esordio della medesima *vita*, lì dove egli rileva che quel che si verificò dopo l'assassinio di Aureliano⁷⁶ può es-

⁷⁴ Sul senato nell'*Historia Augusta* vd. J. BURIAN, *Der römische Senat in der Sicht der Historia Augusta*, in *Actes de la Fédération Internationale des Associations d'Études classiques*, II, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1984, pp. 93-96. Sulla nozione di *populus Romanus* vd., in particolare, V. NERI, *Il populus Romanus nell'Historia Augusta*, in *Historiae Augustae Colloquium Maceratense*, a cura di G. BONAMENTE, G. PACI, Bari, Edipuglia, 1995, pp. 219-267, 257 s. part.; ID., *Cives e peregrini nella Roma tardoantica: l'esaltazione dell'origo romana*, in *Identità e valori, fattori di aggregazione e fattori di crisi nell'esperienza politica antica*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2001, pp. 257-281. Qualche rilievo anche in ID., *Concetto politico e concetto ecclesiale di populus nella tarda antichità*, in *Popolo e potere nel mondo antico. Atti del Convegno internazionale Cividale del Friuli, 23-25 settembre 2004*, a cura di G. URSO, Pisa, Edizioni ETS, 2005, pp. 215-232, 215 s. part.

⁷⁵ Cfr. Cass. Dio 53.17.9 Ἡ τε ἐξουσία ἡ δημαρχικὴ καλουμένη, ἦν οἱ πάνυ ποτὲ ἀνθήσαντες ἔσχον, δίδωσί σφισι τὰ τε ἐπιγιγνόμενα ὑφ'ἐτέρου τινός, ἂν μὴ συνεπαινώσι, παύειν, καὶ μὴ θ'ὕβριζεσθαι κἂν ἄρα τι καὶ τὸ βραχυτάτον μὴ ὅτι ἔργω ἀλλὰ καὶ λόγῳ ἀδικεῖσθαι δόξωσι, καὶ ἄκριτον τὸν ποιήσαντα αὐτὸ ὡς καὶ ἐναγῆ ἀπολλύναι. «La cosiddetta potestà tribunizia, che un tempo fu attribuita solo a uomini di davvero grande influenza, dà loro la facoltà di bloccare qualsiasi iniziativa presa da un altro magistrato, nel caso in cui non l'approvino, e l'inviolabilità; inoltre, se ritengono di essere onuffesi sia pure in modo minimo, non solo a fatti ma anche a parole, <hanno il potere> di mandare a morte senza processo come empio il colpevole»: Vd. E. NOË, *Commento storico a Cassio Dione LIII*, Como, Biblioteca di Athenaeum, 1994, p. 49; FREYBURGER-GALLAND, *Aspects*, cit. (nt. 34), pp. 169, 171. Cfr. Gell. N.A. 13.12.9 *Sed quaerentibus nobis, quam ob causam tribuni, qui haberent summam coercendi potestatem, ius vocandi non habuerint – , quod tribuni plebis antiquitus creati videntur non iuri dicundo nec causis querelisque de absentibus noscendis, sed intercessionibus faciendis, quibus usus praesens fuisset, ut iniuria, quae coram fieret, arceretur; ac propterea ius abnoctandi ademptum, quoniam, ut vim fieri vetarent, adsiduitate eorum et praesentium oculis opus erat.*

⁷⁶ Per sei mesi [275 d.C.] né senato né esercito vollero designare un nuovo imperatore (vd. anche Aurel. Vict. *Caes.* 35.12 e Zon. 12.28): cfr. L. POLVERINI, *Da Aureliano a Diocleziano*, in *ANRW II. 2* (1975) pp. 1013 ss., 1020 ss. part.; F. PASCHOD, *Histoire Auguste. Tome V^{ème} 1^{ère} partie. Vies d'Aurélien et de Tacite* (cit. nt. 5), p. 256; M. CHRISTOL, *L'Empire romain du III^e*

ser posto a confronto con la vacanza di magistrati (protrattasi in un caso, secondo Livio⁷⁷, per un quadriennio) che la storia cittadina dei primi secoli registra. Ma a quel tempo, osserva il biografo, esistevano gli *interreges*⁷⁸, e non mancavano i tribuni della plebe dotati della *tribunicia potestas*, «che costituisce la *pars regalís* più importante dell'*imperium*», vale a dire della «posizione imperatoria»⁷⁹:

siècle. Histoire politique 192-325 après J.-C., Paris, Éditions Errance, 1997; sul racconto dell'*Historia Augusta*, vd. D. DEN HENGST, *Some notes on the Vita Taciti*, ora in ID., *Emperors and Historiography. Collected Essays on the Literature of the Roman Empire*, Leiden-Boston, Brill, 2010, pp. 154 ss.; F. PASCHOUD, *Les sources de la vita Taciti*, in *Historiae Augustae Colloquium Maceratense* cit. (nt. 74), pp. 269-280; J.P. CALLU, *Aurélius Victor et l'inter règne de 275*, in *Historiae Augustae Colloquium Barcinonense*, a cura di G. BONAMENTE, M. MAYER, Bari, Edipuglia, 1996, pp. 133-145; V. NERI, *L'imperatore come «miles»: Tacito, Attalo e la datazione dell'«Historia Augusta»*, in *Historiae Augustae Colloquium Perusinum*, a cura di G. BONAMENTE, F. PASCHOUD, Bari, Edipuglia, 2002, pp. 373-396; S. ESTIOT, *L'inter règne de Séverine et l'accession de l'empereur Tacite*, in *Historiae Augustae Colloquium Barcinonense*, (cit. in questa nt.), pp. 157-179; T. ZAWADZKI, *L'empereur Tacite et l'épigraphie, ibid.*, pp. 305-311.

⁷⁷ Il biografo, allorché formulava queste riflessioni, aveva probabilmente in mente un famoso brano dell'opera dello storico augusteo: Liv. 6.35.10. È appena il caso di ricordare che una nuova edizione dell'opera storica di Livio fu curata, alla fine del IV secolo, proprio da Virio Nicomaco Flaviano senior (*infra*, nt. 94): vd. RINALDI, *Pagani*, cit. (nt. 4), p. 269.

⁷⁸ H.A. Tac. 1.4. *huc accedit quod etiam sub consulibus tribunisque militaribus praediti<s> imperio consulari, si quando interregnum initum est, interreges fuerunt, nec unquam ita vacua fuit hoc nomine Romana res p., ut nullus interrex biduo saltim triduoque crearetur*. F. PASCHOUD, *Histoire Auguste. Tome V^{ème} 1^{ère} partie*, cit. (nt. 5), pp. 255 s. (256): «Il est évident que, pour "Vopiscus", les pouvoirs des rois de l'époque primitive étaient exactement identiques aux pouvoirs des empereurs de l'époque impériale» (*infra*, § 6). Ha torto, pertanto, FLAIG, *A Coerent Model*, cit. (nt. 54), 83, quando condanna l'idea mommseniana di una fondamentale continuità (dai Re agli inizi della Tarda Antichità) «of all central politico-juridical notions in Roman history». Quest'idea, lungi dall'essere una elaborazione moderna, trova un concreto radicamento nelle riflessioni costituzionali dei ceti dirigenti romani e nella loro visione del diritto. È opportuno, inoltre, osservare che, se egli ha certamente ragione (*Den Kaiser Herausfordern*, cit. [nt. 54], p. 565 e nt. 52), allorché sostiene che il principato non ha mai conosciuto, a differenza della cosiddetta repubblica, un istituto come l'*interregnum*, giunge però, in base a quest'esatto rilievo, a conclusioni infondate. Tale constatazione non soltanto non ci costringe a pensare che il principato è un'esperienza mai compiutamente definita sul piano giuridico, ma conferma, piuttosto, la giustezza della famosa asserzione del Mommsen, secondo il quale il principato è costituzionalmente ammissibile senza essere costituzionalmente necessario. Ma le costruzioni sistematiche del Mommsen sono da lungo tempo oggetto di simili critiche: spicca, tra le tante, quella di E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto* (1913), trad. it., Milano, Giuffrè, 1976, p. 41: «tutto ciò che Mommsen ci espone (...) se si esclude il contenuto di poche *leges* di diritto costituzionale, non è altro che una descrizione di ciò che, durante il periodo dell'Impero, gli organi dello stato romano hanno realmente fatto. Mommsen è pervenuto ovunque a proposizioni giuridiche generali, ma queste sono, salvo trascurabili eccezioni, un risultato della sua attività intellettuale; sono state, cioè, da lui ricavate dai fatti, ma a Roma non furono mai una regola per i fatti». Su tali questioni, *supra*, nt. 60.

⁷⁹ Cfr. Tac. *Ann.* 3.56.1 *id summi fastigi uocabulum Augustus repperit, ne regis aut dictatoris nomen adsumeret ac tamen appellatione aliqua cetera imperia praeminerent*. L'espressione *sum-*

H.A. Tac. 1.5 *video mihi posse obici curules magistratus apud maiores nostros quadriennium in re p. non fuisse, sed erant tribuni plebis cum tribunicia potestate, quae pars maxima regalis imperii est.*

Nonostante la disintegrazione del precedente regime⁸⁰, il *principatus* non fu in grado di istituire dispositivi capaci di garantire la perpetuità sul piano giuridico della suprema carica, al pari di quel che accadrà, invece, con le monarchie tardo medievali e moderne di Francia e d'Inghilterra⁸¹; né, nel nuovo ordine costituzionale definito da Augusto e dai suoi successori, si poteva far ricorso ai meccanismi («il magistrato crea il magistrato»; «*auspicia ad patres*

mum fastigium può forse essere posta a confronto con le parole pronunciate dallo stesso Augusto nella *laudatio funebris* per Agrippa: *πλεῖστον ὕψος* (P. Colon. inv. 4701 / A. Kölner Papyri VII, 6, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987, n. 249, 113-115). Secondo L. KOENEN, *Die «Laudatio funebris» des Augustus für Agrippa auf einem neuen Papyrus* (P. Colon. inv. 4701; vgl. Taf. VIIIa), in ZPE 5 (1970) 239, in esse si potrebbe cogliere un preciso riferimento alla *tribunicia potestas*, dal momento che in Tac. Ann. 3.56.1 le parole *summi fastigii vocabulum* ricorrono a proposito del conferimento di questo potere a Druso Cesare. Viceversa A. FRASCHETTI, *Roma e il principe*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 291-292, sulla base di un confronto con un maggior numero di testimonianze, interpreta queste parole in un senso molto più ampio. Vd. anche Tac. Ann. 1.2: cfr. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², IV.1, cit. (nt. 23), 474.

⁸⁰ E, dunque, della necessità del *principatus*, della quale, per esempio, Sesto Pomponio, in età antonina, era assolutamente convinto: *l. s. ench. D. 1.2.2.11 Novissime sicut ad pauciores iuris constituendi vias transisse ipsis rebus dictantibus videbatur per partes evenit, ut necesse esset rei publicae per unum consuli (nam senatus non perinde omnes provincias probe gerere poterat): igitur constituto principe datum est ei ius, ut quod constituisset ratum esset.* Si tratta del più esplicito riferimento trasmessoci dalle opere dei giuristi sulla posizione costituzionale della suprema carica istituita ai tempi di Augusto. In Pomponio domina, per così dire, una peculiare forma di 'filosofia della storia': *l. s. ench. D. 1.2.2.9 Deinde quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilium in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam rei publicae ad senatum deduxit: ita coepit senatus se interponere et quidquid constituisset observabatur, idque ius appellabatur senatus consultum ...* La *civitas* si sviluppa e vive in un orizzonte di necessità, nel vincolo di costrizioni oggettive (*ipsis rebus dictantibus* come leggiamo nel § 11). Tale necessità, rompendo gli argini dell'ordine politico esistente, determina nuovi equilibri istituzionali. Sofferamoci sul § 11 e sulle parole «*Novissime evenit*» (che pure sembrerebbero riguardarci di meno). Non è facile orientarsi tra le molte, più o meno plausibili, interpretazioni, che il loro esame potrebbe in astratto giustificare: infatti le parole «*per partes evenit*» legittimerebbero traduzioni sensibilmente differenti. Se in «*pars*» si coglie il significato di «fazione», di «parte politica», la traduzione di questa frase suonerebbe in tal modo: «avvenne che a causa delle fazioni (o dei «contrasti politici») si rendesse necessario ...». Ma un'altra soluzione è preferibile, anche alla luce di quanto, nel testo, segue subito dopo e, in particolare, della causale introdotta da «*nam – poterat*»: «infatti il senato non poteva amministrare bene tutte le province». A «*pars*», pertanto, va attribuito il senso di «incombenza», «obbligo», «dovere» (come, per esempio, in Tac. Ann. 1.12.1-2). Sul punto mi permetto di rinviare a MAROTTA, *Ulpiano I*, cit. (nt. 51), pp. 9-24.

⁸¹ MAROTTA, *Esercizio*, cit. (nt. 6), pp. 139 ss.

redeunt») che in in età repubblicana avevano garantito la perpetua trasmissione dell'*imperium* e della titolarità degli *auspicia*⁸².

5. La 'posizione imperatoria': carica unitaria o somma di poteri?

L'idea⁸³, secondo la quale gli imperatori, in particolar modo dopo Claudio, sarebbero stati titolari d'una carica unitaria e non d'una somma di poteri di contenuto disparato (*imperium proconsulare, tribunicia potestas*, poteri censorî, magistrature, pontificato massimo etc.), non mi persuade, se con questa formula si intende negare il fatto che ognuno di essi conservava la propria peculiare specificità⁸⁴.

Alla fine del IV secolo il biografo dell'*Historia Augusta* sapeva ancora individuare – proprio perché in possesso d'ampie cognizioni giuridico-antiquarie – i differenti elementi che contribuivano a comporre la titolatura dei *principes* e a costituire, perciò, la 'posizione imperatoria'. E in effetti – come attesta un episodio famoso forse inventato di sana pianta – egli giunse perfino a proporre di scorporare dagli altri i poteri censorî, per restaurare in tal modo, ma in una

⁸² È un aspetto compiutamente colto da MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³ II, cit. (nt. 23), pp. 1143 s. Vd., *supra*, nt. 78, per la posizione di E. Flaig.

⁸³ B. LEVICK, *Claudius*, New Haven-London, Yale University Press, 1990, pp. 41 s., che riferisce un punto di vista di Courtney Edward Stevens.

⁸⁴ Il fatto che, a partire dal 16 marzo del 37 d.C. (con Caligola), la posizione imperatoria sia stata accordata, come sembrerebbe, *uno actu*, non significa, però, che essa fosse, come vorrebbe FLAIG, *A Coerent Model*, cit. (nt. 54), 91, un *indivisible power*. B. PARSI, *Désignation et investiture de l'empereur romain (I^{er} et II^e siècles après J.-C.)*, Paris, Sirey, 1963, p. 85 e BÉRANGER, *Recherches*, cit. (nt. 23), 1953, pp. 55-61, 68-74 hanno, a tal riguardo, più semplicemente segnalato che la *lex* di investitura, con Caligola, accordò, verosimilmente, una somma di poteri concessi, precedentemente e, in particolare nel caso di Augusto, in differenti momenti e in differenti circostanze. Questi due aspetti, non percepibili se si seguono esclusivamente i modelli di derivazione sociologica del Flaig, appaiono, invece, perfettamente distinguibili l'uno dall'altro sul piano giuridico. In altre parole all'esistenza, quanto meno dal II secolo d.C., di una sola *lex* di investitura non consegue necessariamente l'idea dell'unitarietà della carica imperiale. Come si vedrà, perfino in epoca tardoantica si distinguevano l'uno dall'altro i differenti componenti della posizione imperatoria. Vorrei, però, evitare che si ingenerassero equivoci. Proprio per questo, a mio giudizio, occorre distinguere la 'posizione imperatoria', valutata nel suo complesso, dal *principatus*. A rigor di termini, come ha scritto MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³ II, cit. (nt. 23), p. 841, esiste, per costituire quest'ultimo, un'unica attribuzione non solo assolutamente necessaria, ma anche, allo stesso tempo, sufficiente: l'*imperium*, vale a dire il comando supremo ed esclusivo delle forze militari. In effetti basterebbe ricordare che Pescennio Nigro, benché non abbia ricevuto la *tribunicia potestas*, né l'abbia mai usurpata (tanto che non ne fece mai menzione nella propria titolatura), ha esercito i poteri propri d'ogni altro imperatore. Il principato, pertanto, dal punto di vista giuridico si identifica con l'esercizio del supremo *imperium* militare.

nuova dimensione, l'antica magistratura repubblicana⁸⁵.

Se non utilizzerò le sue controverse testimonianze come fonti per ricostruire quel che davvero avvenne nel corso del III secolo, se, in altre parole, nella mia peculiare prospettiva, ha ben poco rilievo che un episodio sia stato o meno, per esempio, integralmente inventato, non per questo occorre concludere che il loro specifico contenuto politico e costituzionale sia privo di qualsiasi valore.

E proprio a tal riguardo appare degno di nota il fatto che, secondo alcuni studiosi, o nel 393, mentre governava l'usurpatore Eugenio⁸⁶ o successivamente, dopo la battaglia del Frigido, tra il 394 e il 397, durante l'ultimo anno del regno di Teodosio o agli inizi di quello di Onorio⁸⁷, sia stata avanzata l'idea di ristabilire la *censura*⁸⁸. Chi propende per la prima ipotesi di datazione, non dubita, di solito, che candidato a ricoprirla, prima di allinearsi alla posizione di Simmaco e ammettere che i poteri censori potevano essere esercitati esclusivamente dal *princeps*, sarebbe stato il prefetto del pretorio Nicomaco Flaviano senior⁸⁹, stretto collaboratore dell'usurpatore e di Arbogaste. Si vorrebbe

⁸⁵ H.A. *Val.* 5.3-8; *Val.* 6.7-9: vd. il commento di S. RATTI, *Histoire Auguste. Tome IV 2^e partie. Vies des deux Valériens et des deux Galliens*, Paris, Les Belles Lettres, 2000, pp. 66-81.

⁸⁶ Così W. HARTKE, *Geschichte und Politik im spätantiken Rom. Untersuchungen über die Scriptores Historiae Augustae*, (1940) rist. Wiesbaden, Scientia Verlag, 1962, pp. 85-103, il quale connette questa sezione della *vita Valeriani* a due *epistulae* di Symmachus (5.9 e 4.29) e a *Carmen contra paganos* 5.63 (pp. 97 ss.); ID., *Römische Kinderkaiser. Eine Strukturanalyse römischen Denkens und Daseins*, Unveränderter Nachdruck der 1. Auflage, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972, pp. 287-293. Ma vd. già R. ELLIS, *On a Recently Discovered Latin Poem of the Fourth Century*, in *The Journal of Philology* 1.2 (1868), pp. 66-80, 75 part.

⁸⁷ È l'opinione di A. CHASTAGNOL, *La "censure" de Valérien*, in *Historiae Augustae Colloquium Maceratense*, a cura di G. BONAMENTE, G. PACI, Bari, Edipuglia, 1995, pp. 147 s., il quale ritiene che l'episodio cui fa riferimento Simmaco (*infra*, pp. 52-53) nel suo epistolario (*epp.* 5.9.1, 4.29, 4.45, 7.58) debba essere datato tra il 394 e il 396. Altrettanto sostiene CAMERON, *The Last Pagans*, cit. (nt. 4), pp. 746 s. Le vicende costantiniane possono essere poste a confronto con H.A. *Val.* 5.4, ma con estrema cautela. Costantino si spogliò di alcuni poteri che gli competevano, nominando *ensor* il fratellastro Dalmazio (333-334). Ma, nel caso di Decio e di Valeriano nel 251, tra i due non sussisteva alcun rapporto di parentela: CHASTAGNOL, *La "censure"*, cit. (in questa nt.), 143 s. Anche il Panegirico di Teodosio, scritto da Pacatus (a. 389), appare, nel quadro d'una complessiva ricostruzione della nozione di *censura* in età tardoantica, estremamente interessante. L'imperatore, secondo il retore, avrebbe esercitato una sorta di *censura* morale, nei suoi stessi confronti, limitando le spese del *palatium* e delle sue amministrazioni: Pan. Lat. 12 (2).13.2 *a te uoluiti incipere censuram et impendia palatina minuendo nec solum abundantem reiciendo sumptum, sed vix necessarium usurpando dimensum, quod natura difficillimum est, emendasti uolentes*.

⁸⁸ HARTKE, *Geschichte und Politik*, cit. (nt. 86), pp. 97 ss.; J. WITZES, *Der letzte Kampf des Heidentums in Rom*, Leiden, Brill, 1977, pp. 166 s.

⁸⁹ Sulla sua carriera vd. A. COŞKUN, *Die Karriere des Virius Nicomachus Flavianus. Mit Exkursen zu den praefecti praetorio Italiae, Africae et Illyrici 388-95*, in *Athenaeum* 92 (2004),

individuare un indizio a sostegno di tale congettura in un verso del *Carmen Contra Paganos*. L'ignoto autore di questo lungo testo poetico, rivolgendosi – si può presumere – a Nicomaco⁹⁰, lo accusò di aver ambito alla censura per spezzare le vite dei migliori:

5.63 *ambieras*⁹¹ *ensor*⁹² *meliorum laedere vitam, /hinc tua confisus possent quod facta latere, / cum canibus Megales semper circumdatus esses, / quem lasciva cohors (monstrum) comitaret ovantem.*

Se è molto probabile che il bersaglio polemico di quest'opera, composta

pp. 467-491. Per WITZES, *Der letzte Kampf*, cit. (nt. 88), p. 167, questa proposta sarebbe stata avanzata dallo stesso Nicomaco Flaviano senior. Al corrente di tale vicenda, l'autore del *Carmen* lo avrebbe chiamato *ensor* soltanto per burlarsene.

⁹⁰ L. CRACCO RUGGINI, *Il paganesimo romano tra religione e politica (384-394): per una reinterpretazione del Carmen contra Paganos*, in *Atti Acc. Naz., Memor. Cl. Sc. Morali, Stor. e Fil.* VIII, 23, 1979, pp. 4-141 (ove ampia bibl.), data questo poema al 384, proponendo, al contempo, di identificare il personaggio apostrofato al verso 63 con Vettio Agorio Pretestato: cfr. anche L. CRACCO RUGGINI, *En marge d'une mésalliance: Prétextat, Damase et le Carmen contra paganos*, in *CRAI*, 142.2 (1998), pp. 493-516. L'ipotesi della Cracco Ruggini è stata però confutata da A. FRASCHETTI, *La conversione. Da Roma pagana a Roma cristiana*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 70-74. Ripropone le idee della Cracco Ruggini anche CAMERON, *The Last Pagans*, cit. (nt. 4), 273 ss. (pp. 802-808: testo e traduzione inglese), ma senza addurre nuovi, convincenti argomenti. Vd., invece, A. COŞKUN, *Virius Nicomachus Flavianus, der Praefectus und Consul des Carmen contra Paganos*, in *Vigiliae Christianae* 58.2 (2004), pp. 152-178, il quale riprende, soprattutto a partire da riscontri fondati sulla carriera di Flaviano, l'identificazione già proposta da T. MOMMSEN, *Carmen Codicis Parisini 8084*, in *Hermes* 4 (1870) pp. 350-370. Scettico sull'identificazione di Nicomaco Flaviano senior, in quanto bersaglio polemico del *Carmen*, anche F. PASCHOUD, *On a Recent Book*, cit. (nt. 25), p. 364, ma molto critico anche nei confronti delle conclusioni di Al. Cameron. Nel lavoro di Coşkun ampia bibliografia, cui *adde* quelle consultabili in D. ROMANO, *L'ultimo pagano. Flaviano nello specchio del Carmen contra paganos*, Palermo, Palumbo, 1998, pp. 55-58 e in A. BARTALUCCI, «Contro i Pagani». *Carmen cod. Parisinus lat. 8084. Introduzione, testo critico, traduzione e commento*, Pisa, Edizioni ETS, 1998, pp. 7-17.

⁹¹ Ma ROMANO, *L'ultimo pagano*, cit., 24, 54, conserva la lezione del codice e legge *abieras*: (p. 48) «Ti eri allontanato (da Roma) per andare a troncare, giudice implacabile, le vite di migliori». BARTALUCCI, «Contro i Pagani», cit. (nt. 90), pp. 62, 76, accoglie la congettura dello Usener, vale a dire *ambieras*: (p. 63) «Giudice implacabile, ti eri adoperato per immolare la vita dei migliori».

⁹² Per S. MAZZARINO, *Il carmen 'contro i pagani' e il problema dell'era costantiniana*, in *Antico, tardoantico ed era costantiniana*, I., Bari, Dedalo, 1974, p. 426 e nt. 66, il valore di *ensor* sarebbe un altro: a suo giudizio verrebbe dato dal nesso *caedere vitam*, espressione riferibile al *ius gladii* che il prefetto avrebbe esercitato come *iudex* «capace di infliggere censura». Anche CRACCO RUGGINI, *Il paganesimo romano*, cit. (nt. 90), pp. 98 s. nt. 296, ritiene che *ensor* sia da connettere con l'attività giurisdicente del prefetto, in ironica contrapposizione alle 'risibili pratiche religiose' cui egli si sottoponeva.

probabilmente nel 394, fosse Nicomaco Flaviano senior, si può, invece, escludere che tale magistratura sia stata ripristinata effettivamente e che qualcuno, in primo luogo Nicomaco, l'abbia davvero rivestita⁹³. Non spetta a me⁹⁴, infine, valutare un'ipotesi di Stéphane Ratti⁹⁵, accolta da Jean-Michel Carrié⁹⁶, secondo la quale proprio in questo Nicomaco dovremmo individuare il redattore dell'*Historia Augusta*. Non di meno un dato appare incontrovertibile. Il biografo, chiunque egli fosse, nel redigere le *vitae* dei *principes* di II e di III secolo risentì certamente delle contingenze politiche del proprio tempo⁹⁷. Tre *epistolae*

⁹³ WITZES, *Der letzte Kampf*, cit. (nt. 88), pp. 166 s.

⁹⁴ Violerei il confine delle mie competenze disciplinari. In ogni caso è opportuno ricordare che il problema dell'identificazione del biografo della *Historia Augusta* è, da tempo, al centro degli interessi della storiografia tardoantichista. Tra le ipotesi più convincenti o più suggestive, ricorderei quella di CALLU, *Histoire Auguste. Introduction générale*, cit. (nt. 5), p. LXXIII (ma vd. già HARTKE, *Geschichte und Politik*, cit. (nt. 86), p. 164; ID., *Römische Kinderkaiser*, cit. [nt. 86], p. 413), secondo il quale il biografo dovrebbe identificarsi con Nicomaco Flaviano iunior (*praefectus urbi* nel 392-394 e nel 399-400). Altri rilievi, con ulteriori ragguagli bibliografici, in HONORÉ, *Law in the Crisis of Empire*, cit. (nt. 25), pp. 194-195. Virio Nicomaco Flaviano senior scrisse certamente degli *Annales* (forse identificabili con l'*Historia Augusta*: cfr. RATTI, *L'Histoire Auguste*, cit. [nt. 4], pp. 194-202), che dedicò a Teodosio I. In CIL 6. 1782 = ILS 2947, un'iscrizione del 431, è definito *historicus disertissimus*.

⁹⁵ Vd. RATTI, *Antiquus error*, cit. (nt. 4), pp. 185 ss., 217 ss., 239 ss., 261 ss. part. e, per un'esposizione più organica, ID., *Polémiques*, cit. (nt. 4), in part. pp. 105 ss.; ID., *L'Histoire Auguste*, cit. (nt. 4), in part. pp. 97-115. Virio Nicomaco Flaviano senior, fra le altre cose, tradusse in latino anche la *vita di Apollonio di Tiana* scritta da Filostrato in età severiana, per assicurare maggiore diffusione in Occidente a un testo ormai tradizionalmente opposto, da parte pagana, ai Vangeli cristiani: vd. RATTI, *Polémiques*, cit. (nt. 4), pp. 102, 131 s.

⁹⁶ Vd. la sua *Préface* a RATTI, *Antiquus error*, cit. (nt. 4), pp. 7-10. Sul tema, da ultimo, anche ROHRBACHER, *The Sources*, cit. (nt. 7), pp. 169-172, che riesamina anche il problema del rapporto tra gli *Annales* di Nicomachus Flavianus senior e l'*Historia Augusta*.

⁹⁷ CHASTAGNOL, *La "censure"*, cit. (nt. 87), pp. 147 s., propone di datare il dibattito, cui allude, nelle sue *epistolae*, Simmaco, alla fine del 394 o nel 395-396. Parrebbe poco verosimile, a suo giudizio, la diffusione al tempo di Onorio, da parte dell'oratore, di un discorso pronunciato durante l'usurpazione di Eugenio. Pertanto sarebbe stato o Teodosio stesso o, piuttosto, Stilicone, a nome d'Honorius, a proporre il ristabilimento della *censura*, al fine di procedere a una *lectio* e ripristinare così, dopo la disfatta del Frigido, l'organigramma dell'*album* senatoriale. Questo ragionamento non mi persuade del tutto. Simmaco, in realtà, non avrebbe avuto alcuna convenienza politica a celare un'orazione con la quale si sarebbe opposto, se l'ipotesi dello Hartke (*supra*, nt. 87) è esatta, a una proposta dell'usurpatore e di uno dei suoi più convinti collaboratori, Virio Nicomaco Flaviano senior. Anzi, la sua divulgazione avrebbe potuto apparirgli utile per ristabilire buoni rapporti con la corte imperiale d'Occidente. Congettura per congettura, è forse più probabile che Simmaco abbia divulgato queste *orationes*, con qualche anno di ritardo, per non ingenerare la convinzione che egli volesse prender le distanze dal consuocero Virio Nicomaco Flaviano senior, la cui memoria fu condannata dopo il suo suicidio seguito alla battaglia del Frigido e al conseguente crollo del regime instaurato da Arbogaste e da Eugenio. Altre valutazioni su questo specifico momento in RATTI, *L'Histoire Auguste*, cit. (nt. 4), pp. 97-115.

di Simmaco, databili tra la fine del 397 e gli inizi del 398, fanno riferimento a una sua *oratio de censura non restituenda*. E, come vedremo, appaiono rimarchevoli le coincidenze che si riscontrano tra il contenuto di un'*oratiuncula* di Simmaco (così come esso ci è riferito da quattro sue *epistulae*) e la *vita Valeriani*:

*ep. 5.9.1 Vereor eloquentiae tuae scripta nostra committere sed non minus caueo amori tuo meorum quidquam negare. Duas igitur oratiunculas nuper editas a nobis misi. Earum una ad urbanos fasces resultantem tenuit candidatum, alteri argumentum dedit iam pridem decreto senatus inprobata censura. Sed iudicium meum, cum res acta est, habitum propagavi opere largiore*⁹⁸.

Simmaco aveva inviato al prefetto del pretorio Teodoro il testo di due piccoli discorsi da poco divulgati in pubblico⁹⁹. L'uno era rivolto contro il figlio, candidatosi alla questura, di Polibio, proconsole d'Africa e amico di Sant'Ambragio; l'altro, invece, esponeva le ragioni che lo avevano indotto a opporsi al progetto di ristabilimento della *censura*; una riforma respinta, anni prima, da un decreto del senato. Simmaco, trascorso del tempo, avrebbe evidentemente deciso di sviluppare, in un'opera più ampia, le idee da lui enunciate nel dibattito che, in quell'occasione, aveva preceduto la decisione senatoria. Alla medesima vicenda alludono anche altre due epistole:

*ep. 4.29 Spero te, ut fando didici, ad uicina uenturum. Fors fuat, an uera conpererim. Ego tamen uel tradendas coram tibi a fratre nostro Mineruio duas oratiunculas meas uel mittendas in patriam fidelitati eius ingessi. Parcus esse in hac epistula debeo; illis enim quae legenda suscipies amor auarus explebitur. [2] Commoneo tamen, ne orationis unius titulo mutetur de me existimatio tua. Nam repudiata censura grauat nos principio sola argumenti inspectione, sed ubi dicta legeris, cum sententia mea in gratiam reuerteris. Hanc partem: 'quae tempestate resecata est' totius ordinis nostri antetulit auctoritas, ne sub specioso nomine fores inpotentiae ambire solitis panderentur. Plures utilitatis et honestatis adsertiones in ipso corpore orationis inuenies. De utroque opere meo iudicium tuum cura nostra desiderat. Vale*¹⁰⁰.

⁹⁸ J.-P. CALLU, *Symmaque. Correspondance. Tome II. Livres III-V*, Paris, Les Belles Lettres, 1982, p. 160 nt. 2; P. RIVOLTA TIBERGA, *Commento storico al libro V dell'epistolario di Q. Aurelio Simmaco. Introduzione, commento storico, testo, traduzione, indici*, Pisa, Giardini, 1992, pp. 106 ss., 109 ss. part., ove altri riferimenti.

⁹⁹ Cfr. anche Symm. *ep. 7.58* (Hadrianus) *Duas oratiunculas meas nuper editas ad inlustres uiros uirtutum ac litterarum praeditos sacerdotio Felicem et Mineruium misi. Harum etiam te ut amantem mei, si mediocribus ingeniis non offenderis, opto esse lectorem. Ipsi uoluminis copiam facient; ita enim studiose famam meam nutriunt, ut suffragia bonorum mihi nesciant inuidere. Vale.*

¹⁰⁰ CALLU, *Symmaque. Correspondance. Tome II*, cit. (nt. 98), pp. 111 nt. 1, 239; A. MARCO-

In questa lettera, rivolta a Protadio, si coglie, ancora una volta, un riferimento alle due piccole orazioni adesso ricordate. Il timore di Simmaco era che questa magistratura, restaurata su basi fittizie, potesse servire da copertura per qualche oscura manovra politica.

Egli aveva difeso con vigorosa coerenza le ragioni della sua opposizione al ristabilimento della *censura*:

*ep. 4.45 Fiducia mihi stili atque ingenii mei nulla est, sed tua benignitas ausus meos prouocat. Misi igitur ad eruditionem tuam duas oratiunculas nostras quarum una ad Polybii filium pertinens ex recenti negotio nata est, altera dudum, cum res in senatu agigaretur, a me parata nunc opere largiore aucta processit. Huic argumentum est repudiata censura quam tunc totius senatus fugauit auctoritas. Nolo mireris grauissimum ordinem magisterium respuisse. In oratione nostra non leues causas euitatae huius potestatis inuenies. Vale*¹⁰¹.

Simmaco spiega che oggetto del secondo discorso è il rifiuto di ripristinare la *censura*, progetto che ebbe, allora, contro di sé l'*auctoritas* dell'intero senato. Minervio, destinatario della lettera, non avrebbe dovuto stupirsi del fatto che un'assemblea così importante avesse rifiutato la restaurazione di questo *magisterium*. Nel testo del discorso iniatogli, egli avrebbe trovato ragioni di notevole peso per guardarsi da una tale *potestas*.

Il biografo dell'*Historia Augusta* – influenzato forse, dalla lettura del *de legibus* ciceroniano¹⁰² e del cosiddetto 'Discorso di Mecenate'¹⁰³ – aveva senza dubbio ben chiara la reale natura dei poteri censorî quando immaginò che Decio volesse restaurare questa carica:

H.A. Val. 6.7-9 *Sed Valeriano sententia huiusmodi fuit: "Ne, quaeso, sanctissime imperator, ad hanc me necessitatem alliges, ut ego iudicem de populo, de militibus, de senatu, de omni penitus orbe iudicibus et tribunis ac ducibus. 8 Haec sunt, <propter> quae Augustum nomen tenetis; apud vos censura desedit, non potest hoc implere privatus. Ve-*

NE, *Commento storico al libro IV dell'epistolario di Q. Aurelio Simmaco. Introduzione, commento storico, testo, traduzione, indici*, Pisa, Giardini, 1987, pp. 69 ss., 70 part.

¹⁰¹ CALLU, *Symmaque. Correspondance. Tome II*, cit. (nt. 98), pp. 126, 239; MARCONE, *Commento*, cit. (nt. 100), p. 84. Altri rilievi su questa e le altre lettere di Simmaco concernenti l'*oratiuncula de censura repudianda* in RATTI, *Histoire Auguste. Tome IV 2^e partie*, cit. (nt. 85), pp. 68 s.

¹⁰² È possibile che il biografo dell'*Historia Augusta* sia stato influenzato, nell'elaborazione di quest'episodio, dalla lettura del *de legibus* (3.3.7; 3.20.47) ciceroniano e dell'opera liviana: 4.8.2, 29.37.2-3, 40.46.8, 43.16.2.

¹⁰³ In esso si propose l'istituzione di uno *hypotimētēs* (un sottocensore) vitalizio di altissimo rango: Cass. Dio 52.21.3-5: cfr. FREYBURGER-GALLAND, *Aspects* cit. (nt. 34), p. 165; URSO, *Cassio Dione* cit. (nt. 34), p. 147 e nt. 60.

niam igitur eius honoris peto, cui vita inpar est, inpar est confidentia, cui tempora sic repugnant, ut censuram hominum natura non quaerat".

Nel 251 si sarebbe all'improvviso riscoperta la *censura* in quanto autonoma magistratura. Decio, su conforme decisione del senato¹⁰⁴, avrebbe designato *ensor* Valeriano, unanimemente considerato il migliore del supremo *ordo*. Ma il prescelto declinò l'offerta¹⁰⁵, sottolineando – così come poi sosterrà Simmaco (e lo stesso biografo per bocca di Valeriano)¹⁰⁶ – che le prerogative inerenti alla censura spettavano ai soli *Augusti*¹⁰⁷. Secondo la *vita Valeriani* tale potestà, esercitata normalmente dagli imperatori¹⁰⁸, avrebbe potuto essere, almeno

¹⁰⁴ H.A. Val. 5.4-8 *duobus Decii cons. sexto kal. Novembrium die, cum ob imperatorias literas in aede Cast[ro]rum senatus haberetur ireturque per sententias singulorum, cui deberet censura deferri (nam id Decii posuerant in senatus amplissimi potestate), ubi primum praetor edixit: 'quid vobis videtur, p. c., de censore deligendo?' atque eum, qui erat princeps tunc senatus, sententiam rogasset absente Valeriano (nam ille in procinctu cum Decio tunc agebat), omnes una voce dixerunt interrupto more dicendae sententiae: 'Valeriani vita censura est. ille de omnibus iudicet, qui est omnibus melior. Ille de senatu iudicet, qui nullum habet crimen. Ille de vita nostra sententiam ferat, cui nihil potest obici. Valerianus a prima pueritia fuit censor. Prudens senator, modestus senator, gravis senator. Amicus bonorum, inimicus tyrannorum, hostis criminum, hostis vitiorum. Hunc censorem omnes accipimus, hunc imitari omnes volumus. Primus genere, nobilis sanguine, emendatus vita, doctrina clarus, moribus singularis exemplo antiquitatis. Quae cum essent saepius dicta, addiderunt: «omnes», atque ita discussum est.*

¹⁰⁵ H.A. Val. 6.7-9 *sed Valeriano sententia huiusmodi fuit: 'ne, quaeso, sanctissime imperator, ad hanc me necessitatem alliges, ut ego iudicem de populo, de militibus, de senatu, de omni penitus orbe iudicibus et tribunis ac ducibus. Haec sunt, <propter> quae Augustum nomen tenetis; apud vos censura desedit, non potest hoc implere privatus. Veniam igitur eius honoris peto, cui vita inpar est, inpar est confidentia, cui tempora sic repugnant, ut censuram hominum natura non quaerat'.*

¹⁰⁶ E, per alcuni studiosi (S. Ratti, in particolare), dietro i nomi Giulio Capitolino, di Elio Sparziano, di Volcacio Gallicano, di Elio Lampridio, di Trebellio Pollione, di Flavio Vopisco, si sarebbe nascosto – lo ricordo nuovamente – Nicomaco Flaviano senior: ma vd., *supra*, ntt. 94, 95 e 96.

¹⁰⁷ Sul tema vd., con bibl., CHASTAGNOL, *La "censure"*, cit. (nt. 87), pp. 139-150 e S. RONCATTI, *Censor legibus scribundis*, in *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 321-327. La questione della *censura* di Valeriano è stata lungamente dibattuta. Si è dubitato dell'autenticità del racconto del biografo e, in particolare, si è affacciata l'ipotesi che una delega di poteri fosse stata fatta a Valeriano da Decio, impegnato sul fronte danubiano, durante la guerra gotica (cfr. Zon. 12.20). La perdita o la studiata mancanza (cfr. RATTI, *Histoire Auguste. Tome IV 2^e partie*, cit. [nt. 85], pp. XXV ss.) della *vita* di Decio non permette di controllare se la notizia riferita da Zonara si trovasse anche nel testo del biografo: vd. A. CHASTAGNOL, *u.o.c.*, p. 141, ove bibl.

¹⁰⁸ Cass. Dio 53.18.5 *Τὴν γὰρ δὴ τιμητείαν ἔλαβον μὲν τινες καὶ τῶν αὐτοκρατόρων κατὰ τὸ ἀρχαῖον, ἔλαβε δὲ καὶ Δομιτιανὸς διὰ βίου οὐ μόντοι καὶ νῦν ἔτι τοῦτο γίγνεται τό γὰρ ἔργον αὐτῆς ἔχοντες οὔτε αἰροῦνται ἐπ'αὐτήν, οὔτε τῇ προσκλήσει αὐτῆς πλὴν ἐν ταῖς ἀπογραφαῖς χρῶνται.* «Alcuni imperatori rivestirono la *censura* secondo l'uso tradiziona-

in astratto, scorporata dai poteri normalmente conferiti al titolare della suprema carica.

Sul piano storico, non è però meno rilevante la capacità del biografo di isolare, distinguendo gli uni dagli altri, i differenti elementi che costituiscono la posizione imperatoria. Anche la *Vita Alexandri Severi* si iscrive in questo stesso orizzonte¹⁰⁹:

H.A. *Alex.* 40.7-9 *In urbe tamen semper togatus fuit et in Italiae urbibus. Praetextam et pictam togam numquam nisi consul accepit, et eam quidem, quam de Iovis templo sumptam alii quoque accipiebant aut praetores aut consules. Accepit praetextam etiam cum sacra faceret, sed loco pontificis maximi, non imperatoris.*

Alessandro Severo, a Roma e nelle città dell'*Italia*, indossava sempre la toga¹¹⁰. Al pari d'altri, pretori o consoli, egli prendeva la pretesta e la *toga picta*¹¹¹ dal tempio di Giove Ottimo Massimo – ove, per l'appunto, era conserva-

le; Domiziano invece la rivestì a vita. Questo non avviene più al giorno d'oggi; di fatto essi hanno i poteri di questa magistratura, ma non vengono eletti a essa e non usano il titolo se non nei censimenti»: vd. FREYBURGER-GALLAND, *Aspects*, cit. (nt. 34), p. 166.

¹⁰⁹ Quanto ad H.A. *Alex.* 40.7-9 e al consolato, come magistratura, e al suo rilievo politico nella visione del biografo, vd. W. ECK, *Zum Konsulat in der Historia Augusta*, in *Historiae Augustae Colloquium Genevense*, a cura di G. BONAMENTE, F. PASCHOD, Bari, Edipuglia, 1994, pp. 109 ss.

¹¹⁰ È possibile che, in tal modo, il biografo volesse sottolineare che, perfino sul piano formale, Alessandro Severo (diversamente da Gallieno: H.A. *Gall.* 16.4), nel confronto con le *provinciae*, rispettava la peculiare condizione di Roma e dell'*Italia*. Nelle testimonianze iconografiche, fin dagli inizi del IV secolo, l'imperatore cominciò spesso ad apparire *paludatus* anche in luoghi – il *forum* dell'*urbs* – nei quali avrebbe dovuto indossare la *toga*: così, per esempio, Costantino in un'immagine del suo famoso Arco. Sebbene alcuni *principes* violassero sovente certe consuetudini civili e costituzionali, nell'*Historia Augusta* si sottolinea che ben altri avrebbero dovuto essere i loro parametri di comportamento. Cfr. anche H.A. *Hadr.* 22.3. Secondo il biografo, Alessandro Severo si sarebbe proposto, al pari di Augusto (cfr. *Aen.* 1.282), di ripristinare tale consuetudine: per un confronto vd. Suet. *Aug.* 40. Sul punto BERTRAND-DAGENBACH, *Histoire Auguste. Tome III 2^e partie*, cit. (nt. 70), pp. 33, nt. 293, 134.

¹¹¹ Una toga ricamata *auro et purpura*: vd. F. COURBY, *s.v. Toga*, in *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, a cura di CH. DAREMBERG, E. SAGLIO, Paris, Hachette, 1919, pp. 349, 352. In effetti anche Claudio, nel 44 d.C., per celebrare i suoi giochi trionfali, assunse per l'occasione una sorta di potere consolare (Cass. Dio 60.23.4 [...] ὑπάτου τινα ἔξουσίαν [...]), dimostrando, in tal modo, d'esser consapevole che la sua posizione non era propriamente identica a quella d'un console. Per una più precisa definizione del significato delle parole *Praetextam – aut consules* in *Alex.* 40.7-9 vd. J. STRAUB, *Iuppiter Consul*, in *BHAC 1971*, Bonn, Habelt Verlag, 1974, pp. 165 ss., 179 s. part. Sul vestito consolare tardoantico e sull'imperatore in quanto console vd. D. CASTRIZIO, *La veste consolare nelle tipologie monetali tardoantiche e bizantine*, in *Poteri centrali e poteri periferici nella Tarda Antichità. Confronti Conflitti*. Atti Gior-

ta – soltanto se e in quanto fosse console; la pretesta¹¹², invero, anche quando celebrava i sacrifici, ma solo quale pontefice massimo e non come imperatore.

Il pontificato massimo non si confonde *tout court* con la posizione imperatoria¹¹³. E, in effetti, fino al principato congiunto di Massimo e Balbino¹¹⁴, i coreggenti (anche gli *Augusti*), Lucio Vero o i figli di Settimio Severo per esempio, non lo rivestirono¹¹⁵. Tuttavia queste parole – *loco pontificis maximi, non imperatoris* – e l'intero discorso che le precede non dimostrano soltanto la capacità del biografo di individuare, nella titolatura ufficiale, le differenti componenti del potere dei *principes* e di percepirne, allo stesso tempo, le specifiche peculiarità¹¹⁶. Si coglie, ancora una volta, la presenza di un elemento ulte-

nata di Studio (Messina, 5-6 settembre 2006), a cura di L. DI PAOLA-D. MINUTOLI, Firenze, Gonnella, 2007, pp. 67-73, in part. pp. 67-69.

¹¹² *Toga praetexta, cui limbus purpureus erat praetextus*: vd. COURBY, *s.v. Toga*, cit. (nt. 111), p. 350.

¹¹³ J. SCHEID, *I fondamenti religiosi del potere imperiale*, in *Il princeps romano*, cit. (nt. 2), pp. 185 ss., in part. pp. 197-202, ove altre esemplificazioni delle attività del *princeps* in quanto sacerdote.

¹¹⁴ H.A. *Max et Balb.* 8.1. Cfr. *CIL* 8. 10365 = *ILS* 496.

¹¹⁵ E, in effetti, Cass. Dio 53.17.8 sottolineava ancora l'indivisibilità del pontificato massimo.

¹¹⁶ È arduo individuare le fasi salienti della storia del pontificato massimo in età tardoantica. Oggetto d'una serrata discussione è, in particolare, il destino di questo sacerdozio dopo Graziano e Teodosio I. In F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², V, Napoli, Jovene, 1975, p. 532, si legge che anche Graziano, all'inizio del suo regno, si ispirò a principi di tolleranza e continuò a rivestire la carica di *pontifex maximus* secondo la tradizione dell'impero pagano. Ma nel 379 egli dimise quest'ufficio sull'esempio di Teodosio, che, nel momento dell'investitura, non l'avrebbe assunto, perché incompatibile con la fede cristiana. In effetti in *CIL* 6. 1175 = *ILS* 771 (iscrizione del 369) Graziano si fregia del titolo di *pontifex maximus*. E perfino nella seconda metà del 379 Ausonio lo apostrofa *pontifex* (*Gratiarum actio* 7.35 e 9.42). Ma il testo invocato da F. De Martino, a supporto delle proprie affermazioni (vale a dire Zos. 4.36.3-5), dice ben altro: 4.36.4-5 «Pertanto tutti gli altri imperatori si fregiarono di questo titolo; così accadde anche quando l'impero passò a Costantino (per quanto egli in materia religiosa abbia deviato dalla retta via abbracciando la fede cristiana), e poi a tutti gli altri suoi successori fino a Valentiniano e Valente. Quando dunque i pontefici (Τῶν οὖν ποντιφικῶν κατὰ τὸ σύνθηρες προσαγαγόντων Γρατιανῶ τὴν στολὴν ἀπεσεύσατο τὴν αἵτησιν, ἀθέμιτον εἶναι Χριστιανῶ τὸ σχῆμα νομίμας), secondo l'uso, portarono a Graziano la veste (<pontificale>), egli non accettò la loro richiesta, ritenendo trattarsi di un ornamento esteriore non adatto per un cristiano; e quando la veste fu restituita ai sacerdoti, si dice che il più importante per rango fra costoro dichiarasse: "se l'imperatore non vuole essere chiamato pontefice, ci sarà presto un pontefice massimo" (εἰ μὴ βούλεται ποντίφειξ ὀβασιλεὺς ὀνομάζεσθαι, τάχιστα γενήσεται ποντίφειξ μάξιμος)» (con evidente allusione al nome dell'usurpatore Massimo). Sul tema vd. M. SORDI, *Cristianesimo e paganesimo dopo Costantino*, in *L'Impero romano-cristiano. Problemi politici religiosi culturali*, a cura di M. SORDI, Roma, Coletti, 1991, pp. 126 ss.; F. VAN HAEPEREN, *Le collègue Pontifical* (3^{ème} s. a.C.-4^{ème} s. p.C.), Bruxelles-Rome, Institut Historique Belge de Rome,

riore. La storia del pontificato massimo, da Graziano in poi, è stata oggetto di interpretazioni controverse e di accese polemiche che, in questa sede, non posso ripercorrere nemmeno in minima parte. Se non è facile ricostruire gli eventi così come essi effettivamente si svolsero, si può però constatare l'esistenza di una tradizione, riferita da Zosimo, secondo la quale Graziano avrebbe rifiutato di ricevere dai membri del collegio la veste pontificale; veste che, seguendo Theodor Mommsen¹¹⁷ e non Jörg Rüpke¹¹⁸, identificarei con la *toga praetexta*, di cui parla, invero, anche l'*Historia Augusta* nel brano adesso proposto. Non si può neppure escludere che il biografo, constatato il disinteresse imperiale per questo sacerdozio, vagheggiasse, in *Alex.* 40.7-9, un compromesso tale da garantire – senza offendere il nuovo *decorum* cristiano – la sopravvivenza della tradizione. Se pontificato massimo e posizione imperatoria non devono necessariamente congiungersi, l'uno con l'altra, nella medesima persona, il primo, separato dai poteri che definiscono la suprema carica, potrebbe essere conferito anche a chi non ne sia stato investito, per perpetuare in tal modo il culto pubblico del popolo romano.

2002, pp. 167 ss.; Al. CAMERON, *The Imperial Pontifex*, in *HSCP* 103 (2007), pp. 341-384 (che ha sensibilmente modificato, rispetto a studi anteriori, la sua ricostruzione di questi eventi: *Gratian's Repudiation of the Pontifical Robe*, in *JRS* 58 [1968] pp. 96-102; vd. anche P. CHUVIN, *Cronaca degli ultimi pagani*, trad. it., Brescia, Paideia, 2012, pp. 64 s.); RÜPKE, *Tra Giove*, cit. (nt. 44), 265 ss., pp. 275-282 part.; L. CRACCO RUGGINI, «Pontifices»: un caso di osmosi linguistica, in *Pagans and Christians in the Roman Empire: The Breaking of a Dialogue (IVth-VIth Century A.D.)*. *Proceedings of the International Conference at the Monastery of Bose (October 2008)*, a cura di P. BROWN, R. LIZZI TESTA, Wien-Berlin, LIT Verlag, 2011, pp. 403-423. Secondo la studiosa (*u.o.c.*, p. 419) i successori di Graziano continuarono ad accettare il titolo di *pontifex* (probabilmente quello di *pontifex inclitus*), sia per conservatorismo rituale, sia per «scaramanzia», data la tragica fine di Graziano. Cfr., però, anche i convincenti rilievi di PASCHOUD, *On a Recent Book*, cit. (nt. 25), pp. 362-364 e di RATTI, *L'Histoire Auguste*, cit. (nt. 4), pp. 32 s. e nt. 43, ove altri riferimenti. Occorre ricordare, qualora si voglia identificare con Virio Nicomaco Flaviano senior l'autore dell'*Historia Augusta*, che egli fu cooptato fra i *pontifices maiores* (*CIL* 6. 1782).

¹¹⁷ MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, II, cit. (nt. 23), p. 880.

¹¹⁸ RÜPKE, *Tra Giove*, cit. (nt. 44), 283. VAN HAEPEREN, *Le collège Pontifical*, cit. (nt. 116), pp. 163 s., richiamando la *vita Caesaris* di Nicolao Damasceno (*FgrH* II A 90, F 127.8 s.), associa l'assegnazione della *toga virilis* con l'affiliazione a un collegio sacerdotale, fatto da lei interpretato come *nominatio*. Ma RÜPKE, *Tra Giove*, cit. (nt. 44), p. 283 nt. 70, ricordando la Tesi inedita di Wolfgang Lorenz, sottolinea che l'idea di associare l'assegnazione della *toga libera*, per mano del padre, con l'affiliazione a una lista ufficiale è greca.

6. *Principato e assetti istituzionali preaugustei: la riflessione tardoantica*

Sulla cultura giuridica del biografo sono stati scritti, in questi ultimi anni, contributi di notevole spessore: dai lavori di Tony Honoré¹¹⁹ al recente saggio di Fara Nasti¹²⁰. Che delle opere dei *iurisconsulti* egli avesse un'approfondita conoscenza è ormai più che un'ipotesi. Non di meno, per ciò che concerne lo specifico oggetto di quest'indagine, vale a dire la riflessione sulla posizione imperatoria, nei frammenti dei giuristi è rimasto ben poco. Tuttavia, nonostante la povertà della documentazione complessiva, si può senz'altro affermare che anche i giureconsulti severiani e, successivamente, Arcadio Carisio, al pari del biografo dell'*Historia Augusta*, erano consapevoli della natura sostanzialmente magistratuale dei poteri conferiti ai *principes*. Giulio Paolo¹²¹, prendendo spunto dai problemi suscitati dall'eventuale, contemporanea compresenza *in iure* del titolare del *lege agere* e di un'altra *par maiorve potestas*, compose un *tractatus* sull'*imperium* e sui principî che disciplinavano la collegialità¹²² dei magistrati. È estremamente significativo che questa discussione si svi-

¹¹⁹ HONORÉ, *Law in the Crisis of Empire*, cit. (nt. 25), pp. 195-205, ove un'interessante digressione sui giuristi nell'*Historia Augusta*. È senz'altro vero, come sottolinea l'illustre storico britannico, che, in quest'opera, si immagina, per i *iurisconsulti*, un ruolo preminente nell'amministrazione e nel governo. Ma vd. anche, *supra*, nt. 23.

¹²⁰ NASTI, *Studi sulla tradizione*, cit. (nt. 25), pp. 70 s. part., con altra bibl.

¹²¹ Paulus 16 *ad Plautium* D. 40.1.14.pr.-1: O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig 1889, I, col. 1171, nn. 1219-1223: cfr. anche MAROTTA, *L'immagine del principe*, cit. (nt. 40), in *Il princeps romano*, cit. (nt. 2), pp. 330 ss.

¹²² La collegialità dei *magistratus municipales* sembrerebbe ispirarsi, dal punto di vista funzionale, ai medesimi principî che regolano l'istituto della collegialità nella censura. In quest'ultimo caso, ciò era conseguenza del peculiare regime degli *auspicia*. Quanto conosciamo, a tal riguardo, dipende in gran parte dal racconto liviano sulle burrascose vicende che segnarono la censura di Appio Claudio Cieco. Questi, nel 312 a. C., fu eletto censore (Cic. *Cato* 6.16; *CIL* 1² 192 nr° Fest. 270 L.; Cic. *Cacl.* 15.35) assieme a C. Plauzio (Diod. 20.36.1; Frontin. *Aq.* 1.5.2-4) e, dopo le dimissioni di quest'ultimo, tenne la censura da solo (Liv. 9.29.8; 9.33.4; Frontin. *Aq.* 1.5; *Auct. de vir. ill.* 34), rifiutando di abdicare una volta trascorsi i diciotto mesi stabiliti dalla *lex Aemilia* del 443 a.C.: cfr., in particolare, Liv. 9.34.8 *an hoc dicis, Appi, non teneri Aemilia lege populum? an populum teneri, te unum exlegem esse? 9 tenuit Aemilia lex violentos illos censes C. Furium et M. Geganium, qui, quid iste magistratus in re publica mali facere posset, indicarunt, cum ira finitae potestatis Mam. Aemilium, principem aetatis suae belli domique, aerarium, fecerunt; 10 tenuit deinceps omnes censes intra centum annorum spatium; tenet C. Plautium, collegam tuum, iisdem auspiciis, eodem iure creatum ... 9.34.17 an collegam subrogabis, quem ne in demortui quidem locum subrogari fas est? ... 9.34.21 nec solus nec ultra finitum lege tempus L. Papirius censuram gessit; tamen neminem invenit, qui se postea auctorem sequeretur; omnes deinceps censes post mortem collegae se magistratu abdicarunt*. Un primo quadro in B. ALBANESE, *Publio Sempronio Sofo giurista e il regime della censura*, in *Brevi studi di diritto*

luppi nel XVI libro *ad Plautium* in una *disputatio de iure collegarum*, nella quale il giurista, affronta, a breve distanza l'uno dall'altro, problemi in apparenza tra loro molto distanti: da un canto lo specifico dispositivo congegnato per evitare che la perpetua titolarità dell'*imperium* in capo al *princeps* gli impedisse di far uso, a proprio vantaggio, dello schema negoziale della *manumissio vindicta* e degli atti di volontaria giurisdizione in genere; dall'altro le questioni della collegialità e, in particolare, di quelle concernenti i magistrati municipali. Insomma, per Paolo, il principe è pur sempre, prima d'ogni altra cosa, il titolare di poteri magistratuali.

Non è invece il caso di spendere troppe parole su di un famoso testo di Arcadio Carisio, oggetto, a suo tempo, di una definitiva esegesi di Francesco Grelle:

Arc. Char. *l.s. de off. praef. praet.* D. 1.11.1 Breviter commemorare necesse est, unde constituendi praefectorum praetorio officii origo manaverit. ad vicem magistri equitum praefectos praetorio antiquitus institutos esse a quibusdam scriptoribus traditum est. nam cum apud veteres dictatoribus ad tempus summa potestas crederetur et magistratos equitum sibi eligerent, qui adsociati participales curae ad militiae gratia secundam post eos potestatem gererent: regimentis rei publicae ad imperatores perpetuos translatis ad similitudinem magistrorum equitum praefecti praetorio a principibus electi sunt. data est plenior eis licentia ad disciplinae publicae emendationem.

Arcadio Carisio, soffermandosi sulle origini dell'ufficio dei prefetti del pretorio, ricorda che, secondo alcuni, essi furono istituiti in luogo del *magister equitum*. Difatti, mentre presso gli antichi la *summa potestas* era affidata, per un tempo determinato (*ad tempus*), ai dittatori, e questi sceglievano i propri *magistri equitum*, che, associati come partecipi dell'amministrazione e della milizia, gestivano la *secunda potestas* dopo di loro, in séguito accadde che, una volta trasferite le redini della *res publica*¹²³ a imperatori a vita (*imperatores perpetui*)¹²⁴, i prefetti del pretorio furono scelti dai principi a somiglianza dei *magistri equitum*.

Per il giurista¹²⁵ il potere imperiale (la *summa potestas*)¹²⁶ non è sostanzial-

romano 3, in ASGP 47 (2002), ora in ID., *Scritti giuridici*, a cura di G. FALCONE, IV, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 65 s.

¹²³ Cfr. H.A. *Macr.* 6.3.

¹²⁴ In CIL 10. 7501 – un'epigrafe dei primi anni di Tiberio – Augusto è chiamato *imp(erator) perp(etuus)*. Cfr. Liv. 24.8. Florus *epitom.* 4.12.65, parlando di Cesare, scrive: *hinc conversus ad pacem primum in omnia mala et in luxuriam fluens saeculum gravibus severisque legibus multis coercuit, ob haec tot facta ingentia dictator perpetuus et pater patriae.*

¹²⁵ F. GRELLE, *La forma dell'Impero*, in *Storia di Roma*. 3. *L'età tardo antica*. 1. *Crisi e trasformazioni*, Torino, Einaudi, 1993, pp. 69 ss., 74 part.; D.V. PIACENTE, *Aurelio Arcadio Carisio. Un giurista tardoantico*, Bari, Edipuglia, 2012, pp. 144 s.

mente diverso da quello dei magistrati nell'organizzazione istituzionale preaugustea¹²⁷: difatti egli assimila gli *imperatores perpetui* agli antichi dittatori, dai quali si distinguerebbero solo per la durata della loro carica. Ma riconnettere, almeno per quest'aspetto, il principato d'epoca diocleziana (o, se si accede ad altre congetture sulla biografia di Arcadio Carisio, addirittura costantiniana)¹²⁸ alle antiche magistrature repubblicane equivale a dire che, perfino per il giurista tardoantico, i poteri del principe, non diversamente da quelli dei magistrati, trovano nell'ordinamento la loro genesi formale e la loro disciplina. Continuità ma, allo stesso tempo, mutamento, proprio perché Arcadio Carisio sa bene che, con Augusto e i suoi successori, "le redini della *res publica*" erano state "trasferite a imperatori a vita", i quali, in questo compito, si sostituirono ai magistrati annui¹²⁹.

Dopo questa rassegna di fonti credo che si possa formulare soltanto una conclusione di carattere generale. Il principato, in quanto grandezza politico-giuridica, non può essere valutato esclusivamente alla luce dei meccanismi dell'organizzazione istituzionale preaugustea, ma è altrettanto vero che le riflessioni di Paolo, Arcadio Carisio e, alla fine del secolo IV, del biografo dell'*Historia Augusta* consentono di individuare – dagli esordi del nuovo regime fin oltre la cosiddetta era costantiniana – precise linee di continuità nella riflessione giuridica e politica sulla natura dei poteri imperiali¹³⁰. Del resto Cassio Dione, sebbene sapesse che Augusto aveva costituito un'autentica monocr-

¹²⁶ Cfr. Plin. *Pan.* 59.6 *nam praeter id, quod est arduum, duas easque summas potestates simul capere, tum inest utrique non nulla diversitas, cum principem quam <simillimum esse privato, consullem quam> dissimillimum deceat.*

¹²⁷ Cfr. F. PASCHOUD, *Histoire Auguste. Tome V^{ème} 1^{ère} partie. Vies d'Aurélien et de Tacite*, cit. (nt. 5), pp. 255 s. (256): *supra*, int. 71.

¹²⁸ M. MAZZA, *Giovanni Lido, De Magistratibus: sull'interpretazione delle magistrature romane nella Tarda Antichità*, in ID., *Tra Roma e Costantinopoli. Ellenismo Oriente Cristianesimo nella Tarda Antichità*, Catania, Edizioni del Prisma, 2009, pp. 234-237, ritiene – ma vd. già O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, col. 59 nt. 2 – che questo testo dovrebbe riconnettersi a una costituzione promulgata da Costantino il 1° agosto 331 (CTh. 11.30.16), che dichiarò inappellabili le sentenze emanate dai prefetti del pretorio; M. DUBUISSON-J. SCHAMP in JEAN LE LYDIEN, *Des Magistratures de l'État romain. Tome I. 1^{ère} Partie. Introduction générale*, Paris, Les Belles Lettres, 2006, pp. CXCVI s., con una sostanziale adesione alle tesi di M. Mazza. Altra bibl. in M. FELICI, *Problemi di giurisprudenza epiclassica. Il caso di Aurelio Arcadio Carisio*, Roma, Aracne, 2012, p. 28 nt. 77.

¹²⁹ Un punto di vista che coincide in gran parte anche con quello di Frontone, contemporaneo di Adriano, Antonino Pio e Marco Aurelio: Fronto *Ep. ad Verum* 2.1.13 (VAN DEN HOUT²) *Postquam res publica a magistratibus annuis ad G. Caesarem et mox ad Augustum tralata est, (...) «dopo che la res publica fu trasferita dai magistrati annui a Gaio Cesare e poi ad Augusto (...)».*

¹³⁰ Trovando decisive corrispondenze non soltanto con la ben nota dottrina ulpiana sul potere normativo degli *imperatores*, ma anche con le riflessioni del biografo dell'*Historia Augusta*: vd., *supra*, pp. 31 ss.

zia¹³¹, doveva allo stesso tempo ammettere che costui e «gli imperatori che vennero dopo di lui esercitarono legalmente (ἐν νόμῳ) il potere tribunizio assieme agli altri poteri»¹³². È proprio vero allora che la finzione repubblicana del principato fu giuridica ancor prima che politica¹³³.

¹³¹ Cass. Dio 53.17.1. Mi riferisco alle parole ἀκριβῆς μοναρχία.

¹³² Cass. Dio 53.32.6 Ἄφ'οὐ δὴ καὶ ἐκεῖνος καὶ οἱ μετ'αὐτὸν αὐτοκράτορες ἐν νόμῳ δὴ τινι τοῖς τε ἄλλοις καὶ τῇ ἐξουσίᾳ τῇ δημαρχικῇ ἐχρήσαντο τὸ γὰρ τοι ὄνομα αὐτὸ τὸ τῶν δημάρχων οὐθ' ὁ Αὐγουστος οὐτ' ἄλλος οὐδεὶς αὐτοκράτωρ ἔσχε.

¹³³ In effetti, nella definizione costituzionale dei poteri imperiali, la finzione repubblicana del principato opera – in primo luogo nelle clausole III e VIII della cosiddetta *lex de imperio Vespasiani* – attraverso *fictiones* di conformità alla legge e al *ius*. Pertanto – e in fondo non avrebbe potuto essere altrimenti – la legge di investitura postula la piena legalità dei poteri del *princeps*. Riprendo, a tal riguardo, l'osservazione di Y. THOMAS, «*Fictio legis*». *L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, ora in ID., *Les opérations du droit*, Paris, EHESS-Gallimard-Seuil, 2011, pp. 145 s. Per altro verso la casistica (I. 2.17.8; C.6.23.3 *Imp. Alexander A. Antigono* [a. 232], PS. 5.12.9a. [= Paul. 5 *sent.* D. 32.23] = LIEBS 5.17.15, PS. 4.5.3 = LIEBS 4.4.3, Dio Chrys. *or.* 3.3-4; Servius *ad Aen.* 11.206, ma vd. anche Isid. *Sent.* 3.51, 3.53) della *solutio legibus* (cfr. Ulp. 13 *ad l. Iul et Pap.* D. 1.3.31 e la cosiddetta *lex de imperio Vespasiani* [cl. VII] in M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes* [BICS. Supplement] I, London, Institute of Classical Studies, 1996, p. 549 n. 39, ll. 22-28; Cass. Dio 53.18.1, 53.28.1-2) dimostra che l'imperatore, benché sciolto dall'osservanza delle regole, doveva ritenersi obbligato a comportarsi come un semplice cittadino, sottomettendosi pertanto, in assenza di un superiore interesse pubblico, alle leggi e al *ius civile*. Questa consapevolezza emerge anche dall'*Historia Augusta*. In uno scorcio della *vita Antonini Caracalli* 10.1-3 si legge: *Interest scire quemadmodum novercam suam Iuliam uxorem duxisse dicatur. Quae cum esset pulcherrima et quasi per neglegentiam se maxima corporis parte nudasset dixissetque Antoninus "Vellem, si liceret", respondisse fertur: "si libet, licet. An nescis te imperatorem esse et leges dare, non accipere?"*. Quo audito furor inconditus ad effectum criminis roboratus est nuptiasque eas celebravit, quas, si sciret se leges dare vere, solus prohibere debuisset. L'episodio, riferito nella *vita Caracalli*, è stato certamente inventato (e, non di meno, largamente attestato dalla tradizione storiografica ostile a questo *princeps*: Eutr. 8.20.1; H.A. *Sev.* 20.2, *Geta* 7.3, Aur. Vict. *Caes.* 21.3; *Epit. de Caes.* 21.5), dal momento che Iulia Domna era madre e non matrigna di Caracalla. Le riflessioni del biografo possono essere proficuamente poste a confronto con P.S. 4.5.3 (= LIEBS 4.4.3): *eum enim qui leges facit pari maiestate legibus obtinere convenit*.

FRANCESCO ARCARIA

DA OTTAVIANO AD AUGUSTO: REPRESSIONE DEL DISSENSO E CRISI DELLA LEGALITÀ NEL PASSAGGIO DALLA REPUBBLICA AL PRINCIPATO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Oggetto dell'indagine. – 3. Il caso di Quinto Gallio. – 4. Il caso di Salvidieno Rufo. – 5. Il caso di Cornelio Gallo. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

In un articolo dal titolo *Variazioni sulla legge e sull'illegalismo*, pubblicato ormai cinquantacinque anni fa¹, Giuseppe Grosso, tentando di fornire un'esatta definizione dei concetti di 'Legalità' e 'Crisi della legalità' nell'ottica di una comparazione tra il diritto pubblico romano ed il diritto costituzionale italiano, finiva per concludere che «la legalità, esigenza di vita di una società, per essere viva ed operante, deve anzitutto rappresentare un imperativo morale per chi la deve imporre»², chiedendosi altresì «quale sarà il limite al di là del quale potremo dire che si urta contro quella coscienza della legalità che costituisce un imperativo morale e sociale» e «quali le conseguenze della obliterazione di questo limite»³ e affermando perentoriamente che la risposta a tale interrogativo «nasce dal piano stesso su cui il limite si pone: la crisi del senso di legalità, con tutto ciò che questa comporta, nei confronti della società, di cui l'esigenza di esprimersi attraverso un ordine, una legalità, è necessità elementare di vita; il trionfo dell'illegalismo, inteso come particolare atteggiamento ed *habitus* rivolto alla svalutazione della legalità»⁴, che toglie al diritto «ogni forza di presa sostanziale e diretta sulle coscienze, in quanto colpisce la

¹ In *Studi in onore di Emilio Crosa II*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 1005-1031.

² *Variazioni* (nt. 1), p. 1024.

³ *Variazioni* (nt. 1), p. 1025.

⁴ *Variazioni* (nt. 1), p. 1026.

coscienza morale del senso e del valore della legalità»⁵.

Non vi è chi non veda, quindi, quanto condivisibili siano le puntualizzazioni di uno dei più grandi esponenti della romanistica italiana del secolo scorso e, soprattutto, quanta 'modernità' vi sia nel problema della 'crisi della legalità', ciò che, del resto, era stato felicemente preconizzato dallo stesso Grosso, il quale vedeva le più gravi manifestazioni dell'illegalismo sia nell'adozione di leggi *ad personam*, in sé non deprecabili se giustificate dall'eccezionalità ma condannabili ove tale presupposto manchi costituendo così il loro abuso un'aperta violazione del valore della legalità⁶, e sia nell'emanazione di leggi retroattive, anch'esse sicuramente ammissibili ove ne ricorrano le esigenze e necessità ma censurabili in assenza di questi requisiti ed in quanto espressione di «un ripetuto legiferare con effetto puramente retroattivo»⁷.

Temi, questi, che mostrano all'interprete moderno come i problemi astratti e le questioni di principio concernenti la legalità abbiano da sempre avuto viva risonanza nell'opinione pubblica, la quale, facendosi portatrice di una coscienza giuridica evoluta, ha ritenuto in ogni epoca – per dirla ancora una volta con le parole del Grosso – «che la voce della legalità dovrebbe agire come la voce della coscienza sulle forze politiche, e che la voce della coscienza non è uno strumento di comodo per le fazioni politiche»⁸.

2. Oggetto dell'indagine

Constatato dunque il cogente imperativo, per le forze politiche ed anche sociali di ogni tempo, di esprimersi attraverso la 'legalità', l'attenzione si focalizzerà sugli ultimi decenni dell'ormai agonizzante *res publica* romana e sui primissimi anni del *novus ordo*, nei quali alcune voci del dissenso politico ed ideologico nei confronti di Ottaviano e del nuovo *status rei publicae* da lui instaurato come Augusto furono da quest'ultimo tacitate, con il determinante concorso del senato, in aperta violazione della legalità repubblicana, che divenne oggetto di una 'rottura' ben più profonda di quella che l'abile propaganda del fondatore del Principato volle far credere all'opinione pubblica del tempo.

In realtà, la *nobilitas* senatoria, lungi dal perseguire strategie unitarie, rispose alle spinte ed alle sollecitazioni provenienti da Ottaviano lacerandosi in contrapposizioni interne che determinarono il sorgere, all'interno del consesso dei

⁵ *Variazioni* (nt. 1), p. 1029.

⁶ *Variazioni* (nt. 1), p. 1026.

⁷ *Variazioni* (nt. 1), p. 1029.

⁸ *Variazioni* (nt. 1), p. 1030.

patres, di velleità politiche, spesso contrastanti, di cui si fecero vessiliferi personaggi operanti in particolare durante il quasi ventennio ricompreso tra il 43 ed il 26 a.C. e frequentemente promossi dallo stesso Ottaviano al di fuori dei tradizionali percorsi di affermazione politica in virtù delle proprie capacità militari.

Ecco allora che, nella prima fase dell'età augustea, questi *homines novi* coagularono il dissenso di una parte dell'*ordo senatorius* e dell'opinione pubblica nei confronti della spinta al rinnovamento insita nel governo del futuro Augusto.

Presero così corpo congiure ordite contro Augusto da personaggi spesso direttamente coinvolti nel suo governo e, talvolta, essi stessi *amici Augusti*, cioè espressione del selezionato e ristretto novero dei suoi più vicini collaboratori. Come è ovvio, Augusto non poteva però subire simili attacchi, diretti sia alla sua persona e sia al progetto politico-istituzionale concretizzatosi con l'instaurazione del Principato, sicché affrontò tali cospirazioni facendo ricorso a provvedimenti repressivi, di assai dubbia legalità, che garantissero la sua incolumità e disincentivassero recrudescenze eversive.

Come si vedrà, tali provvedimenti inizialmente rimasero nell'alveo dei tradizionali interventi politici di natura istituzionale, come la dichiarazione di *hostis rei publicae* e la pronuncia del *senatus consultum ultimum*, ma, seppure con gradualità, subirono successivamente una profonda trasformazione evolvendosi in senso sempre più marcatamente giudiziario e, in tal modo, persero la loro originaria connotazione di strumenti politici emergenziali ed eccezionali in favore dell'affermarsi di un vero e proprio processo criminale, la *cognitio senatus*.

3. Il caso di Quinto Gallio

Il primo episodio che viene in considerazione è quello di Quinto Gallio, pretore nel 43 a.C.⁹, la cui vicenda¹⁰, che si configura come il primo caso regi-

⁹ Sulle sue probabili origini senatorie e sulla sua carriera v. P. WILLEMS, *Le sénat de la République romaine. Sa composition et ses attributions* I, Louvain, Peeters, 1878, pp. 525 e 569; V. MÜHLL, v. «Gallius», in *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* VII.1, Stuttgart, Metzler, 1910, pp. 672-673; T.P. WISEMAN, *New Men in the Roman Senate (139 B.C.-14 A.D.)*, Oxford, Oxford University Press, 1971, pp. 132 e 233; T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic II (99 B.C.-31 B.C.)*, New York, The American Philological Association, 1984, p. 338; M.H. DETTENHOFER, «Perdita Iuventus». *Zwischen den Generationen von Caesar und Augustus*, München, Beck, 1992, p. 21. Il nostro personaggio è erroneamente qualificato come ex pretore al momento della sua pretesa congiura dal GRATTAROLA, *I cesariani dalle Idi di marzo alla costituzione del secondo triumvirato*, Torino, Tirrenia stampatori, 1990, p. 202.

¹⁰ Della quale ho già avuto modo di occuparmi in *Diritto e processo penale in età augustea. Le origini della «cognitio» criminale senatoria*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 116-123 ed in *Dal*

strato dalla storiografia di attentato contro Ottaviano, è ricordata da Svetonio ed Appiano:

Svet. Aug. 27.4: *et Quintum Gallium praetorem, in officio salutationis tabellas duplices veste tectas tenentem, suspicatus gladium occulere, nec quicquam statim, ne aliud inveniretur, ausus inquirere, paulo post per centuriones et milites raptum e tribunali servilem in modum torsit ac fatentem nihil iussit occidi prius oculis eius sua manu effossis; quem tamen scribit conloquio petito insidiatum sibi coniectumque a se in custodiam, deinde urbe interdicta dimissum naufragio vel latronum insidiis perisse.*

App. Bell. civ. 3.95.394-395: Ἐδοξε δὲ ταῖσδε ταῖς ἡμέραις Κόιντος Γάλλιος, ἀδελφὸς Μάρκου Γαλλίου συνόντος Ἀτωνίῳ, τὴν πολιτικὴν στρατηγίαν ἄρχων, αἰτῆσαι παρὰ Καίσαρος τὴν στρατηγίαν τῆς Λιβύης καὶ οὕτως ἐντυχῶν ἐπιβουλεύσαι τῷ Καίσαρι· καὶ αὐτοῦ τὴν μὲν στρατηγίαν περιεῖλον οἱ σύναρχοι, τὴν δ'οἰκίαν διήρπασεν ὁ δῆμος, ἡ δὲ βουλὴ κατεγίνωσκε θάνατον. Ὁ δὲ Καῖσαρ ἐς τὸν ἀδελφὸν ἐκέλευσε χωρεῖν, καὶ δοκεῖ νεῶς ἐπιβάς οὐδαμοῦ ἔτι φανῆναι.

Come bene è stato messo in luce in dottrina¹¹, la testimonianza di Svetonio si articola in due momenti, giacché, inizialmente (*et Quintum Gallium ... effossis*), lo storico riferisce la propria personale interpretazione dei fatti e, successivamente (*quem tamen scribit ... perisse*), riporta la versione, contrastante con la sua, accreditata da Augusto in uno scritto a sua firma (*scribit*)¹². La testimonianza di Appiano concorda, nella sostanza, con questa 'versione augustea'. Siamo dunque di fronte a due tradizioni indipendenti e contrapposte:

«*senatus consultum ultimum*» alla «*cognitio senatus*». *Forme, contenuti e volti dell'opposizione ad Augusto e repressione del dissenso tra Repubblica e Principato*, Napoli, Satura Editrice, 2016, pp. 23-42, cui adde G. CRESCI, *Profezie e congiure alla vigilia delle proscrizioni: l'affaire' di Quinto Gallio*, in «*Pignora amicitiae*». *Scritti di storia antica e storiografia offerti a Mario Mazza III*, a cura di M. CASSIA, C. GIUFFRIDA, C. MOLÈ, A. PINZONE, Acireale-Roma, Bonanno Editore, 2012, pp. 11-25.

¹¹ R.A. BAUMAN, *The «Crimen Maiestatis» in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg, Witwatersrand University Press, 1967, pp. 173-177; H. VOLKMANN, *Zur Rechtsprechung im Principat des Augustus*², München, Beck, 1969, pp. 30-33; F. ROHR VIO, *Le voci del dissenso. Ottaviano Augusto e i suoi oppositori*, Padova, Il Poligrafo, 2000, pp. 26, 61-62, 64-65, 109-110 e 112; I. COGITORE, *La légitimité dynastique d'Auguste à Neron à l'épreuve des conspirations*, Roma, École Française de Rome, 2002, pp. 48-52; G. CRESCI, *Norma e sua applicazione: il caso di Augusto in tribunale*, in *Rivista Storica dell'Antichità*, 35 (2005), pp. 293-305, pp. 297-299; F. ROHR VIO, *Contro il principe. Congiure e dissenso nella Roma di Augusto*, Bologna, Pàtron, 2011, p. 15.

¹² Da identificarsi, con ogni verosimiglianza, con il perduto *De vita sua*: BAUMAN, *The «Crimen Maiestatis»* (nt. 11), p. 174 nt. 15; VOLKMANN, *Zur Rechtsprechung*² (nt. 11), p. 30; ROHR VIO, *Le voci del dissenso* (nt. 11), p. 61 nt. 146; COGITORE, *La légitimité* (nt. 11), p. 42; ROHR VIO, *Contro il principe* (nt. 11), p. 15.

l'una attestata da Svetonio e l'altra dalla 'versione augustea' riportata dallo stesso Svetonio e da Appiano, che, proprio perché fortemente divergenti, non consentono all'interprete di giungere a conclusioni univoche e sicure in ordine ai diversi aspetti della vicenda in esame.

Così, in ordine al movente del tentato omicidio, vero o presunto, di cui si sarebbe reso colpevole Gallio nei confronti di Ottaviano, Svetonio ed Appiano presentano due differenti ricostruzioni. Svetonio, affermando che Gallio si recò presso Ottaviano per rendergli omaggio (*in officio salutationis*), attesta che il tentato omicidio avrebbe avuto luogo nel corso di una non preparata visita di ossequio. Al contrario, lo stesso Svetonio, riferendo lo scritto di Augusto, precisa poi che il pretore aveva preventivamente chiesto un colloquio ad Ottaviano (*conloquio petito*) ed Appiano puntualizza che Gallio aveva formulato a quest'ultimo richiesta del comando dell'Africa (αἰτῆσαι παρὰ Καίσαρος τὴν στρατηγίαν τῆς Λιβύης), lasciando credere che ciò fosse avvenuto durante un incontro a tal fine predisposto¹³.

¹³ Secondo il BAUMAN, *The «Crimen Maiestatis»* (nt. 11), p. 173, la richiesta del comando dell'Africa riferita da Appiano sarebbe stato l'espedito messo in atto da Gallio per potere avvicinare Ottaviano ed attuare i suoi propositi omicidi. Preferibile mi sembra però la ricostruzione della ROHR VIO, *Le voci del dissenso* (nt. 11), p. 62, secondo cui «individuare un contenuto per il colloquio tra il pretore ed Ottaviano sembra corrispondere all'indicazione di un movente per l'azione pur non premeditata di Gallio. Il tentativo di uccidere Ottaviano si giustificerebbe come reazione istintiva al diniego opposto dall'erede di Cesare alla richiesta del pretore. La precisione del racconto appiano accreditata la sua versione, compatibile del resto anche con la meno puntuale lettura 'augustea'. Il camuffamento svetoniano di un incontro programmato e organizzato per un fine ben preciso come invece estemporanea visita di ossequio pare allora configurarsi come strumentale mimetizzazione di un aspetto saliente della vicenda, penalizzante per Gallio e, al contrario, giustificatorio del perseguimento ottavianeo». Nel medesimo senso v. F. D'IPPOLITO, *Del fare diritto nel mondo romano*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 97-100, che, instaurando un ingegnoso e convincente parallelismo tra la vicenda di Gallio ed un testo di Ulpiano, D. 48.24.1, nel quale il giurista, affermando il principio che i cadaveri dei condannati a morte non dovessero essere negati ai loro parenti, specificava che «id se observasse etiam divus Augustus libro decimo de vita sua scribit», conclude che, «come per il caso di Quinto Gallio, anche in quello ricordato da Ulpiano ci troviamo davanti a una dichiarazione di Ottaviano mossa dall'intento di smentire le voci sulla sua crudeltà» (p. 99). Sul punto v. anche CRESCI, *Norma* (nt. 11), pp. 297-298. Di recente, poi, ancora la ROHR VIO, *Contro il principe* (nt. 11), pp. 18-19, ha ritenuto che un aspetto importante al fine comprendere meglio l'intera vicenda in esame sarebbe costituito dall'esatta individuazione dell'intervallo cronologico in cui si svolsero i fatti. Come suggerisce la contestualizzazione della visita di Gallio ad Ottaviano a Roma, i fatti dovettero svolgersi all'indomani della marcia su Roma compiuta da quest'ultimo nell'agosto del 43 a.C. e prima dell'autunno di quell'anno: Ottaviano, infatti, fu presente nella capitale dall'agosto alla fine di settembre del 43 a.C., quando partì per Bologna al fine di incontrare i futuri colleghi triumviri. Questa precisa collocazione temporale costituisce un elemento non secondario per l'esatta comprensione delle dinamiche della vicenda, a maggior ragione se posta in relazione, da un lato, con l'incarico magistratuale di Gallio e con le tavolette che egli portò con sé nell'incon-

Ancora, in ordine alla valutazione della veridicità, o meno, dell'imputazione di Gallio, Svetonio fa risalire l'incriminazione del pretore esclusivamente agli infondati timori di Ottaviano, il quale aveva sospettato che Gallio si fosse recato da lui tenendo nascosta una spada ed aveva perciò deciso di farlo eliminare senza perquisirlo, per paura di essere smentito (*tabellas ... effossis*). La 'versione augustea' riportata dallo stesso Svetonio e la testimonianza di Appiano attribuiscono invece a Gallio concreti propositi omicidi nei confronti di Ottaviano (*insidiatum sibi*; ἐπιβουλευῶσαι τῷ Καίσαρι).

Infine, del tutto discordanti sono le notizie che abbiamo in ordine alla fine di Gallio, dal momento che Svetonio afferma espressamente che egli fu ucciso su ordine di Ottaviano (*iussit occidi*), la 'versione augustea' che era stato rilasciato con l'intimazione di abbandonare Roma ed in seguito era morto a causa di un naufragio o di un attacco di briganti (*urbe ... perisse*) ed Appiano che, invitato da Ottaviano addirittura a raggiungere il fratello ed imbarcarsi perciò su una nave, fosse scomparso, senza che si sapesse più nulla di lui ('Ο δὲ Καῖσαρ ... φανῆναι).

La contrapposizione tra la tradizione svetoniana e quella appiana appare poi ancora più decisa e marcata in relazione all'individuazione dell'organo che provvedette alla repressione del tentato omicidio ordito da Gallio.

Infatti, a differenza della 'versione augustea', che si limita a ricordare semplicemente che Gallio era stato gettato in prigione da Ottaviano (*coniectumque a se in custodiam*), Svetonio imputa a quest'ultimo l'intera iniziativa, connotandola come una vera e propria vendetta privata messa in atto, in maniera del tutto illegale, dalla vittima mancata¹⁴, la quale aveva prima fatto trascinare

tro con Ottaviano e, dall'altro, con l'emanazione della *lex Pedia de interfectoibus Caesaris*, che puniva con l'esilio e la confisca del patrimonio quanti avessero svolto un non meglio precisato ruolo nel cesaricidio, riaprendo così la sanguinosa stagione delle lotte intestine ed epurando la classe dirigente romana. Ora, i pretori in carica dovettero sicuramente procedere all'applicazione di tale normativa. Ma ciò avvenne verosimilmente non senza contrasti interni, derivanti dal non certo basso numero (esattamente, sedici) e dall'eterogeneità dei membri del collegio pretorio, tra i quali vi erano i cesariani, gli ottavianei, gli antoniani ed anche non pochi filorepubblicani. Pertanto, se anche non si può affermare con certezza che Gallio avesse assunto la presidenza del tribunale incaricato di dare attuazione alla *lex Pedia*, appare assai verosimile che egli dovette comunque essere coinvolto nell'applicazione di tale provvedimento per le sue funzioni di pretore urbano, relazionandosi così, *obtorto collo*, con Ottaviano, che era il vero regista dell'iniziativa. Non sembra quindi azzardato concludere che il colloquio tra Gallio ed Ottaviano, al quale fanno riferimento le fonti, potesse avere riguardato proprio questi temi e che le tavolette che Gallio aveva con sé facessero riferimento appunto alla legge Pedia od ai suoi destinatari. Pertanto, un ipotizzabile dissenso di Gallio rispetto alla linea stabilita da Ottaviano poteva costituire, in un frangente tanto delicato per quest'ultimo, un motivo più che valido perché il futuro Augusto ne volesse determinare l'uscita di scena.

¹⁴ Così, giustamente, ROHR VIO, *Le voci del dissenso* (nt. 11), p. 110.

Gallio da centurioni e soldati fuori dal tribunale (*per ... tribunali*)¹⁵, poi l'aveva sottoposto a tortura come un qualunque schiavo (*servilem ... torsit*)¹⁶ ed infine, dal momento che non aveva confessato nulla (*ac ... nihil*), lo aveva fatto uccidere dopo avergli cavato gli occhi di sua mano (*iussit ... effossis*)¹⁷. Dal racconto di Svetonio sembra dunque che non possa emergere alcun dubbio in ordine al fatto che, per quanto egli colori di palese illegittimità l'azione di Ottaviano¹⁸, qualificata efficacemente dal Syme¹⁹ come «assassinio legalizzato»,

¹⁵ Circostanza, questa, che, secondo il BAUMAN, *The «Crimen Maiestatis»* (nt. 11), pp. 174-175, nell'ottica svetoniana avrebbe aggravato, più di ogni altra, l'illegittimità del trattamento disposto da Ottaviano. E, in effetti, come ha osservato la COGITORE, *La légitimité* (nt. 11), p. 9, il fatto che Gallio, presentato non a caso immediatamente da Svetonio come un pretore in carica, fosse un magistrato consente «de faire entrer l'affaire dans une catégorie juridique particulière».

¹⁶ Sul particolare rilievo che Svetonio attribuisce, nel contesto dell'atroce trattamento riservato da Ottaviano a Gallio, alla tortura v. COGITORE, *La légitimité* (nt. 11), pp. 11 nt. 29, 50 e 61; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La disciplina del «crimen maiestatis» tra tardo antico e medioevo*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, a cura di C. CASCIONE, C. MASI DORIA, Napoli, Editoriale Scientifica, 2002, pp. 361-446, p. 410; J. PÖLÖNEN, *Plebeians and Repression of Crime in the Roman Empire: From Torture of Convicts to Torture of Suspects*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 51 (2004), pp. 217-257, p. 224 nt. 11. Secondo il THOMAS, *Les procédures de la majesté. La torture et l'enquête depuis les Julio-Claudiens*, in *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire de André Magdelain*, édités par M. HUMBERT, Y. THOMAS, Paris, Editions Panthéon Assas, 1998, pp. 477-499, p. 477 nt. 1, «la scène se passe à Rome en temps ordinaire et ne peut donc être assimilée à un acte de guerre civile». Più di recente, l'ERMANN, *Die Folterung Freier im römischen Strafprozeß der Kaiserzeit bis «Antoninus Pius»*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 117 (2000), pp. 424-431, p. 425, ha ritenuto che «auch Augustus wandte die Folter sogar bei Senatoren an, distanzierte sich aber offiziell sehr deutlich von ihr».

¹⁷ Sul tema della crudeltà di Ottaviano Augusto e dei suoi risvolti giudiziari v. R.A. BAUMAN, *'Hangman, call a halt!'*, in *Hermes*, 110 (1982), pp. 102-110 e, in particolare riferimento a Quinto Gallio, p. 105.

¹⁸ Secondo la ROHR VIO, *Contro il principe* (nt. 11), pp. 20-21, la vicenda di Gallio sarebbe stata oggetto di strumentalizzazione *in rebus* da parte sia di Ottaviano sia dei suoi avversari politici e la memoria di tale vicenda avrebbe costituito l'oggetto di un dibattito *post res* animato dalla pubblicistica e, ugualmente, dalla fronda al regime augusteo. E, inverso, le fonti sembrano interessate più ad Ottaviano ed alla sua condotta che a Gallio, che, da protagonista dei fatti, viene ridimensionato alla funzione di 'spalla' ed utilizzato come indicatore della correttezza e, soprattutto, della legittimità dell'azione di Ottaviano, che rappresenta allora il vero tema centrale della condotta del futuro Augusto nelle prime fasi del suo agire politico, sicché anche la questione della colpevolezza di Gallio viene sollevata, più che per il suo significato intrinseco, come elemento di prova nella valutazione dell'operato di Ottaviano. Pertanto, la testimonianza di Svetonio, che recepisce l'interpretazione antiagustea, è costruita sulla contrapposizione tra la legittimità del comportamento di Gallio, un magistrato addirittura aggredito nell'esercizio delle sue

un processo contro Gallio vi era stato ed era stata anche pronunciata una sentenza di condanna, che, secondo quanto può dedursi dalle inequivoche parole di Svetonio (*iussit occidi*), era stata emanata dallo stesso Ottaviano.

Al contrario, Appiano descrive una sorta di reazione contro Gallio da parte degli organi supremi dello stato romano, tra i quali però non figura Ottaviano, e ciò nell'evidente ottica filottaviana di affermare tanto la completa estraneità di quest'ultimo alla condanna di Gallio e l'unanimità del consenso a lui attribuito già agli esordi della carriera quanto la regolarità della repressione del *crimen* da lui commesso²⁰. Gallio fu infatti destituito dalla carica di pretore dai suoi colleghi (καὶ ... σύναρχοι), il popolo gli saccheggiò la casa (τὴν ... δῆμος) ed il senato lo condannò a morte (ἡ δὲ βουλή κατεγίνωσκε θάνατον)²¹. Di fronte a quest'ultima chiara ed inequivocabile affermazione²², non residuano allora margini di dubbio in ordine al fatto che, a differenza di quanto ritenuto da Svetonio, Appiano individuasse nel senato l'organo che aveva

funzioni, e la violazione di ogni norma connotante peculiarmente l'azione di Ottaviano, che solo pochi giorni prima si era reso protagonista della marcia su Roma. Al contrario, la tradizione augustea, recepita da Appiano, si sviluppa sul tema della legittimità della condotta di Ottaviano: la regolarità della repressione è infatti sancita dalla colpevolezza dell'accusato, dagli autori e dalle modalità del perseguimento (al quale Ottaviano è estraneo e che si configura invece come l'insorgere degli organi costituiti, rappresentazione della *res publica*, quali i magistrati, il popolo ed il senato), dalla pena dell'esilio inflitta (divieto di rimanere a Roma ed invio presso il fratello Marco) e, infine, dall'attribuzione della morte a cause indipendenti dalla volontà di Ottaviano (un naufragio od un'aggressione di briganti).

¹⁹ *La rivoluzione romana*, traduzione di M. MANFREDI, Torino, Einaudi, 1962, p. 188.

²⁰ Così anche ROHR VIO, *Le voci del dissenso* (nt. 11), p. 110 e, da ultima, CRESCI, *Norma* (nt. 11), p. 299 e nt. 26, secondo la quale, però, la versione filottaviana di Appiano non avrebbe avuto lo scopo di mettere in rilievo un improbabile rispetto delle procedure, ciò che si evincerebbe dalla rimozione dall'ufficio di Gallio ad opera dei colleghi, modellato forse sull'*exemplum* della destituzione graccana del tribuno Ottavio e connotato peculiarmente da molteplici analogie con la rimozione dalla carica del tribuno della plebe Casca da parte del collega Tizio, bensì di far risaltare l'unanimità del consenso tributato ad Ottaviano già agli esordi della sua carriera.

²¹ Secondo la COGITORE, *La légitimité* (nt. 11), p. 28, in questa parte del testo Appiano «rend peut-être une source qui aurait mentionné toutes les réactions, au sein du Sénat comme parmi le peuple».

²² Forzate appaiono in ordine ad essa le osservazioni critiche del BAUMAN, *The «Crimen Maiestatis»* (nt. 11), pp. 176-177, secondo cui «Appian was not always clear as to the distinction between interdiction and an actual death sentence followed by voluntary exile, so that his ἡ βουλή κατεγίνωσκε θάνατον need not be taken literally», con la conseguenza che «Octavian, fortified by the *senatusconsultum*, and at large to prosecute Gallius as a result of his removal from office, may have charged him with *maiestas* 'lege Pedia', and secured a sentence of interdiction». Cfr. F. ROHR VIO, *Publio Ventidio Basso «Fautor Caesaris», tra storia e memoria*, Roma, L'«Erma» di Bretschneider, 2009, pp. 60-61.

emanato la sentenza di condanna nei confronti di Gallio²³.

Mi sembra dunque che l'evidente contraddittorietà delle testimonianze di Svetonio ed Appiano su quest'ultimo punto e, più in generale, la già rimarcata divergenza di ricostruzione di altri non secondari aspetti della vicenda ora esaminata (quali il movente, l'imputazione e la fine di Gallio), nonché l'estrema stringatezza della notizia di Appiano in ordine al tribunale senatorio, che non appare ulteriormente circostanziata (a differenza di quella di Svetonio, che, proprio nella misura in cui illustra l'articolato *iter* processuale che aveva condotto alla condanna di Gallio da parte di Ottaviano, si appalesa come più attendibile)²⁴, non consentano affatto di annoverare tale episodio tra le

²³ Secondo il MCFAYDEN, *The Rise of the «Princeps» 'Jurisdiction within the City of Rome, in Washington University Studies. Humanistic Series*, 10.2 (1923), pp. 181-264, p. 236, il senato, per lo svolgimento di tale processo, sarebbe stato presieduto da Ottaviano stesso. Ma tale ipotesi è giustamente bollata come assurda dal BALBO, *Attività giudiziaria criminale e civile nello stato romano tra la fine della repubblica e i primi anni di Ottaviano (49-29 a.C.)*, in *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, a cura di B. SANTALUCIA, Pavia, Pavia University Press, 2009, pp. 527-576, p. 567 nt. 26, «in quanto le fonti lo indicano come parte in causa».

²⁴ In favore della maggiore plausibilità della notizia di Svetonio sembra infatti militare la considerazione del BAUMAN, *The «Crimen Maiestatis»* (nt. 11), pp. 175-177, secondo cui appare altamente improbabile che un fatto così facilmente verificabile come l'arresto di un pretore avesse potuto circolare tra i contemporanei se fosse stato falso. Anche se tale autore, per superare l'inesistenza di un movente credibile dell'atto compiuto da Gallio, è costretto poi ad immaginare che quest'ultimo, in qualità di pretore, avesse presieduto la *quaestio de maiestate* istituita dalla *lex Pedia* e fosse stato perciò vicino a coloro i quali si prodigavano per un'assoluzione degli imputati, sicché il caso potrebbe avere fornito l'occasione per estendere, con il consenso del senato, questa legge, originariamente finalizzata al perseguimento dei soli uccisori di Cesare, anche a «quo quis magistratus populi Romani quive imperium potestatemve habet occidatur» (D. 48.4.1.1), cioè ad ogni cospirazione mirante ad uccidere un magistrato del popolo romano. *Contra* J. BLEICKEN, *Senatsgericht und Kaisergericht. Eine Studie zur Entwicklung des Prozessrechtes im frühen Prinzipat*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1962, p. 32 nt. 1, secondo cui, anche ammesso che il racconto di Svetonio fosse vero, l'episodio di Gallio si configurerebbe comunque come un brutale atto di potere di Ottaviano «aus jeder ordentlichen Strafjustiz heraus». Questa affermazione è però confutata dal VOLKMANN, *Zur Rechtsprechung*² (nt. 11), pp. 31-32, il quale, spiegando la menzione del tribunale senatorio in Appiano e non anche in Svetonio come una voluta omissione di quest'ultimo oppure come una mera illazione del primo e tuttavia giudicando improbabile la *coercitio* di Ottaviano di cui sembrerebbe discorrere Svetonio con l'espressione «*iussit occidi*», ha ritenuto che «von einer Gewalttat gegen Gallus kann man jedenfalls nicht sprechen, da im selben Jahre 43 Octavian nach seiner Wahl zum Konsuln das SC. ultimum erhalten hatte (Dio XLVI 47, 4). In der Anordnung der Ereignisse bei Appian fällt die Episode des Q. Gallius später als diese Ermächtigung. Wie hiernach Octavian trotz der allgemeinem ihn vom Senat zugebilligten Vollmacht sich nochmals gelegentlich eines Einzelfalles an der Senat gewandt hat, so hat auch Cicero es trotz des SC. ultimum für geratener gehalten, nochmals eine spezielle Zustimmung des Senats zur Hinrichtung der Catilinarier einzuholen».

prime affermazioni della *cognitio* criminale senatoria²⁵.

In ogni caso, l'illegale azione violenta di Ottaviano nei confronti di Gallio denota l'assoluta necessità di eliminare dalla scena politica un personaggio che stava diventando sempre più scomodo, sicché la vicenda di Gallio può essere letta come il primo episodio di un'ampia casistica del dissenso contro Ottaviano, da questi represso propagandisticamente facendo ricorso, in maniera strumentale, ad accuse di congiura finalizzate all'estromissione, apparentemente legittima, di chi era ritenuto portatore di iniziative pericolose per la politica del governo.

In questo senso, allora, il caso di Gallio ci appare come la più efficace rappresentazione ed esemplificazione degli abomini compiuti da Ottaviano in età triumvirale e, specificamente, dell'adozione da parte sua di metodi repressivi cruenti, deprecabili e tutt'altro che ortodossi, che mostrano la crudeltà dell'erede di Cesare e, soprattutto, testimoniano, come bene è stato sottolineato dalla Cresci²⁶, il «suo disprezzo nei confronti della legge: un pretore nel corso dell'espletamento del suo ufficio in tribunale (cioè il massimo dell'espressione del diritto) verrebbe inevitabilmente arrestato dai soldati (cioè il massimo dell'espressione della forza), subirebbe illegalmente la tortura e, condannato innocente e senza prove, verrebbe sbrigativamente eliminato. Il trionfo, dunque, di quel *non mos, non ius*, con cui Tacito icasticamente definiva il clima delle guerre civili».

Alla vicenda di Gallio deve dunque essere riconosciuta una forte valenza simbolica e, conseguentemente, un'importante vocazione paradigmatica, in quanto caso esemplificativo delle modalità di avvicinamento di Augusto al te-

²⁵ Come invece ritengono, a dire il vero senza particolare motivazione, il WILLEMS, *Le sénat* I (nt. 9), p. 569 e *Le sénat de la République romaine. Sa composition et ses attributions* II, Louvain, Peeters, 1883, p. 767, il BLEICKEN, *Senatsgericht* (nt. 24), p. 32, il TALBERT, *The senate of imperial Rome*, Princeton, Princeton University Press, 1984, p. 460 ed il KIENAST, «Augustus». *Prinzeps und Monarch*³, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1999, p. 168 e nt. 57, secondo il quale la testimonianza di Appiano attesterebbe l'affidamento di funzioni giurisdizionali al senato da parte di Ottaviano. Secondo il VOLKMANN, *Zur Rechtsprechung*² (nt. 11), p. 97, il senato, nel caso di Gallio, avrebbe esercitato, come contro i seguaci di Catilina, «eine halb richterliche Funktion». Invece, secondo il KUNKEL, *Über die Entstehung des Senatsgerichts*, München, Beck, 1969, pp. 12-13, «selbst wenn der Bericht des Appian zutreffen sollte, hat der Senat wohl nicht über Schuld oder Unschuld eines Angeklagten, sondern über die Bestrafung eines auf handfester Tat ergriffenen Attentäters entschieden, und die wäre eben keine im eigentlichen Sinne richterliche Entscheidung. Am besten läßt man aber diesen undurchsichtigen Fall ganz beiseite». Più recentemente, il PESCH, «De perduellione, crimine maiestatis et memoria damnata», Aachen, Shaker, 1995, pp. 227-228, reputando vera la versione dei fatti proposta da Svetonio, anziché quella 'augustea' da lui stesso riferita e quella appianea, ha ritenuto che il caso di Gallio non abbia nulla a che fare con la *cognitio* criminale senatoria.

²⁶ *Norma* (nt. 11), p. 298.

ma del dissenso e, per antitesi, dei meccanismi della valorizzazione delle congiure in ottica antiaugustea da parte della pubblicistica ostile al *princeps*²⁷.

4. *Il caso di Salvidieno Rufo*

Assai più complessa è invece la vicenda che vide coinvolto, nel 40 a.C., il *consul designatus* Salvidieno Rufo²⁸:

²⁷ Cfr. ROHR VIO, *Contro il principe* (nt. 11), pp. 21-22.

²⁸ Sulla sua estrazione sociale non elevata e sulla sua carriera di membro appartenente all'*ordo equester* – che, anteriormente alla carica di console designato per il 39 a.C. (che, però, non poté assumere in conseguenza della disgrazia politica che ne determinò la morte), lo aveva visto combattere inizialmente al fianco di Giulio Cesare (probabilmente sia nella campagna gallica e britannica che nella guerra civile, forse nel ruolo di *praefectus fabrum*, insieme a Publio Ventidio Basso) e poi di Ottaviano (prima in Campania nel 43 a.C. e, con scarso successo, contro Sesto Pompeo sullo stretto di Messina nel 42 a.C. e, in seguito, contro Fulvia e Lucio Antonio a Perugia nel 40 a.C.) – v. WILLEMS, *Le sénat* I (nt. 9), pp. 607-609 e II (nt. 25), p. 765 nt. 1; SYME, *La rivoluzione romana* (nt. 19), pp. 131 nt. 3 e 210-214; WISEMAN, *New Men* (nt. 9), pp. 167, 177, 203 e 258 (ivi altra letteratura citata); R. SZRAMKIEWICZ, *Les Gouverneurs de Province à l'Époque Augustéenne* I, Paris, Dessaint, 1975, pp. 60, 86, 229, 250, 253 e 352 e II, Paris, Dessaint, 1976, pp. 84 e 142; BROUGHTON, *The Magistrates* II (nt. 9), pp. 366, 374 e 383 e III (*Supplement*), New York, Scholars Press, 1986, p. 185; F. COSTABILE, *Salvidieno Rufo e la «legio X Frentensis» nella guerra navale fra Ottaviano e Sesto Pompeo (42-36 a.C.)*, in *Rivista Storica Calabrese*, 6 (1985), pp. 357-374 [= *Enigmi delle civiltà antiche dal Mediterraneo al Nilo* II, Reggio Calabria, Iiriti Editore, 2008, pp. 489-500]; G. POMA, «*Servi fugitivi*» e *schiavi magistrati in età triumvirale*, in *Index*, 15 (1987), pp. 149-174, p. 166; M. P. CHARLESWORTH, *La vendetta di Cesare*, in *Storia del Mondo Antico*. VII. *La crisi della repubblica romana*, traduzione di A. GALLINA ed E. LATTANZI, a cura di S. A. COOK, F.E. ADCOCK, M.P. CHARLESWORTH, Milano, Garzanti, 1988, pp. 670-702, pp. 699-702; GRATTAROLA, *I cesariani* (nt. 10), p. 31; M. SILVESTRINI, *Nuovi testi, recuperi e integrazioni*, in *Le epigrafi romane di Canosa* II, a cura di M. CHELOTTI, V. MORIZIO, M. SILVESTRINI, Bari, Edipuglia, 1990, pp. 3-36, p. 17; I. DI STEFANO MANZELLA, *Zosimo liberto di Q. Salvidieno Rufo e accenso di L. Cornificio console nel 35 a.C.*, in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, 85 (1991), pp. 175-185, p. 180 e nt. 19 (ivi altra letteratura citata); S. DEMOUGIN, *Prosopographie des chevaliers romains julio-claudiens (43 av. J.-C.-70 ap. J.-C.)*, Roma, École Française de Rome, 1992, p. 30 (ivi altra letteratura citata); P. JANNI, *Il mare degli Antichi*, Bari, Dedalo, 1996, pp. 308-309; F. REDUZZI MEROLA, «*Iudicium de iure legum*». *Senato e legge nella tarda repubblica*, Napoli, Jovene, 2001, p. 121; F. ROHR VIO, «*Ex virtute nobilitas coepit*»: percorsi di affermazione politica nell'età del secondo triumvirato, in *Atti dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti. Classe di scienze morali, lettere ed arti*, 163 (2004-2005), pp. 17-46, pp. 21-40 (ivi altra letteratura citata), secondo cui un esame comparativo del profilo di Salvidieno Rufo e di Publio Ventidio Basso, entrambi generali cesariani, «sembra suggerire il progressivo canonizzarsi, se non in termini di teorizzazione tuttavia nella prassi, di percorsi di affermazione politico-militare predisposti per i nuovi soggetti politici che vennero ad affiancarsi, e in taluni casi a sostituirsi, alla vecchia classe dirigente nella complessa fase di transizione tra

App. *Bell. civ.* 5.66.278-279: ... ὁ Ἀντώνιος ... Καίσαρι δὲ ἐνέφηνε Σαλουιδιηνόν, τὸν ἡγούμενον τῷ Καίσαρι τοῦ περὶ Ῥοδανὸν στρατοῦ, ἀπόστασιν ἰδίᾳ βουλευῶσαι καὶ οἱ περὶ τοῦδε προσπέμψαι περικαθημένω τὸ Βρεντέσιον. Καὶ ὁ μὲν τότε ἐξεῖπεν οὐ πρὸς πάντων ἐπαινούμενον, εὐφυῆς ὢν ἄρα καὶ ταχὺς ἐς εὖνοιαν ὁ δὲ Καῖσαρ αὐτίκα τὸν Σαλουιδιηνὸν ἐκάλει κατὰ σπουδῆν, ὡς ἐπὶ δὴ τι μόνου χηρῶν καὶ εὐθὺς ἐκπέμψων αὖθις ἐς τὸν στρατόν, καὶ ἐλθόντα ἔκτεινε διελέγξας καὶ τὸν ὑπ' αὐτῷ στρατόν ὡς ὑποπτον ὄντα ἔχειν ἔδωκεν Ἀντωνίῳ.

Dio Cass. 48.33.1-3: ... ὁ Καῖσαρ ... τὸν τε Ῥούφον τὸν Σαλουιδιῆνον ὡς καὶ ἐπιβουλευσάντα οἱ ἀπέκτεινε. οὗτος δὲ ἦν μὲν ἐξ ἀφανεστάτων, καὶ αὐτῷ ἡ κεφαλὴ ποιμαίοντι φλόγα ἀνέδωκεν ἐς τοσοῦτον δὲ ὑπὸ τοῦ Καίσαρος προήχθη ὥστε αὐτὸν τε ὑπατον μὴδὲ βουλευόντα ἀποδειχθῆναι ... ἀλλ' οὐδὲν γὰρ τῶν ἀνθρωπίνων βέβαιόν ἐστι, κατηγορήθη τε ἐν τῷ βουλευτηρίῳ ὑπ' αὐτοῦ τοῦ Καίσαρος, καὶ ὡς πολέμιος ἐκείνου καὶ τοῦ δήμου παντὸς ἐσφάγη, ἱερομηνία τε ἐπ' αὐτῷ ἐγένοντο, καὶ προσέτι καὶ ἡ φυλακὴ τῆς πόλεως τοῖς τρισὶν ἀνδράσι μετὰ τῆς εἰθισμένης προσθήκης, τοῦ μὴδὲν ἀπ' αὐτῆς ἀποτριβῆναι, ἐπετράπη.

Liv. *Per.* 127.3: Q. *Salvidienum consilia nefaria adversus Caesarem molitum indicio suo protraxit, isque damnatus mortem conscivit.*

Sen. *De clem.* 1.9.6: «... *Severitate nihil ad huc profecisti; Salvidienum Lepidus secutus est, Lepidum Murena, Murenam Caepio, Caepionem Egnatius, ut alios taceam, quos tantum ausos pudet ...*».

Svet. *Aug.* 66.1-2: *Amicitias neque facile admisit et constantissime retinuit, non tantum virtutes ac merita cuiusque digne prosecutus, sed vitia quoque et delicta, dum taxat*

il plurisecolare modello repubblicano e la nascente struttura imperiale» (p. 21); EAD., *Publio Ventidio Basso* (nt. 22), pp. 48-49, 57, 92-93, 166 e 169-170; EAD., *Contro il principe* (nt. 11), pp. 23-27, secondo la quale la carriera di Salvidieno Rufo fu certamente lunga, brillante ed impostata su una fedeltà mai tradita prima verso Giulio Cesare e poi verso il suo erede e maturata sicuramente grazie a capacità non comuni e, tuttavia, all'ombra, e quindi in stretta dipendenza, dei grandi uomini della *gens* Giulia; A. PÓKECZ-KOVÁCS, *Les crises politiques à la fin de la République romaine et le «senatusconsultum ultimum»* (121-40 av. J.-C.), in «*Carmina iuris*». *Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, édités par E. CHEVREAU, D. KREMER, A. LAQUERRIERE-LACROIX, Paris, De Boccard, 2012, pp. 679-692, pp. 689-690; R. MANGIAMELI, *Tra «duces» e «milites». Forme di comunicazione politica al tramonto della Repubblica*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2012, pp. 17-18, nt. 89, 19-20 e ntt. 94 e 99, 29-30, 75, 119 nt. 490 e 198-201. Sulla vicenda di Salvidieno Rufo v. H. BUCHHEIM, *Die Orientpolitik des Triumvirn M. Antonius. Ihre Voraussetzungen, Entwicklung und Zusammenhang mit den politischen Ereignissen in Italien*, Heidelberg, Winter, 1960, pp. 39-40; BAUMAN, *The «Crimen Maiestatis»* (nt. 11), pp. 177-179; VOLKMAN, *Zur Rechtsprechung*² (nt. 11), pp. 32-33; PESCH, «*De perduellione*» (nt. 25), pp. 228-230; F. ROHR VIO, *Autocensura e storiografia augustea: il caso di Salvidieno Rufo*, in *Prometheus*, 23.1 (1997), pp. 27-39; EAD., *Echi di propaganda politica in età triumvirale: Salvidieno Rufo, la fiamma, il fulmine*, in *Patavium*, 13 (1999), pp. 3-16; EAD., *Le voci del dissenso* (nt. 11), pp. 34-47, 65-68, 112-113, 124-146 e 165-166; COGITORE, *La légitimité* (nt. 11), pp. 52-55; ARCARIA, *Diritto e processo penale* (nt. 10), pp. 124-142; BALBO, *Attività giudiziaria* (nt. 23), pp. 568-570; ROHR VIO, *Contro il principe* (nt. 11), p. 23-32; ARCARIA, *Dal «senatus consultum ultimum»* (nt. 10), pp. 42-79.

modica, perpressus. Neque enim temere ex omni numero in amicitia eius afflictici reperientur praeter Salvidienum Rufum, quem ad consulatum usque, et Cornelium Gallum, quem ad praefecturam Aegypti, ex infima utrumque fortuna provexerat. Quorum alterum res novas molientem damnandum senatui tradidit, alteri ob ingratum et malivolum animum domo et provinciis suis interdixit ...

Vell. Pat. 2.76.4: *Per quae tempora Rufi Salvidieni scelestia consilia patefacta sunt. Qui natus obscurissimis initiis parum habebat summa accepisse et proximus a Cn. Pompeio ipsoque Caesare equestri ordinis consul creatus esse, nisi in id ascendisset, e quo infra se et Caesarem videret et rem publicam.*

La netta impressione che si ricava dal dettagliato racconto contenuto in tali testimonianze è che la storiografia, nel delineare la figura di Salvidieno Rufo, esplicitasse le sue umili e disonorevoli radici e, al tempo stesso, gli contestasse l'infamante e deprecabile rottura dell'*amicitia* con Ottaviano²⁹, che tanto lo aveva beneficiato³⁰, allo scopo di qualificare il personaggio e la sua stessa azione, probabilmente in maniera pretestuosa³¹, in termini negativi e screditanti³².

²⁹ Secondo il FAORO, *Sull'«origo» e sugli esordi politici di Cornelio Gallo*, in *Forum Iulii*, 31 (2007), pp. 27-38, p. 31, a fronte del merito di Augusto nell'ascesa al potere di Salvidieno Rufo e Cornelio Gallo, entrambi nati «*ex infima fortuna*», Svetonio sottolinea la loro ingratitudine nei confronti del *princeps* come causa della loro disgrazia, fornendoci così, seppure indirettamente, «un modello sociale, quello dei *Parteilgänger*, *homines novi* italici o provinciali che, grazie al livellamento di poteri accusato negli anni della guerra civile, giunsero al *fastigium* da una posizione pressoché priva della *dignitas* necessaria: *potentia sine dignitate*. Neppure Agrippa, unico fra gli *amici* della prima ora a non cadere mai in sospetto ad Ottaviano, fugge alla nozione di *ignobilitas*». Cfr. H.L. FLOWER, *The Art of Forgetting. Disgrace and Oblivion in Roman Political Culture*, Chapel Hill-North Carolina, University of North Carolina Press, 2006, p. 126.

³⁰ Il FAORO, *Sull'«origo»* (nt. 29), p. 32, rimarca giustamente la prepotente connotazione d'eccezionalità delle vicende di Salvidieno Rufo e Cornelio Gallo, il primo elevato alla massima carica repubblicana in assenza della dignità senatoriale ed il secondo ad una carica, ricoperta per primo, senza precedenti nella storia romana.

³¹ ROHR VIO, *Autocensura* (nt. 28), pp. 28-31; EAD., *Le voci del dissenso* (nt. 11), pp. 21-22, 32-35 e 57.

³² Secondo la ROHR VIO, *Le voci del dissenso* (nt. 11), p. 57, dalla lettura congiunta della frase «*Neque enim temere ex omni numero in amicitia eius afflictici reperientur, praeter Salvidienum Rufum ... et Cornelium Gallum ...*» e dell'inciso – non riportato nel testo e che chiude il secondo paragrafo di Svet. *Aug.* 66 riferendo l'atteggiamento tenuto da Augusto dopo la morte di Cornelio Gallo – «*quod sibi soli non liceret amicis, quatenus vellet, irasci*» emergerebbe il sospetto di una censura strumentale della sorte degli *amici* di Augusto caduti in disgrazia. E ciò, in quanto la presenza dell'avverbio «*temere*», «facilmente», sembra suggerire un'interpretazione della prima frase non come allusione all'assenza di altri *amici Augusti* caduti in disgrazia oltre a Salvidieno Rufo e Cornelio Gallo, bensì come riferimento alla difficoltà di reperire informazioni sugli altri *amici* di Augusto ugualmente rovinati. E tale lettura appare accreditata proprio dalla seconda frase ricondotta allo stesso Augusto, il cui rimpianto non pare però riferito a Salvidieno

La connotazione della vicenda di Salvidieno Rufo e la valutazione di tale personaggio in siffatta maniera si rinviene poi anche in riferimento, da un lato, all'individuazione del *crimen* da lui commesso e del movente che ne stava alla base e, dall'altro, al riconoscimento, o meno, della sua colpevolezza.

In ordine alla tipologia del reato di Rufo ed al suo movente, le fonti sembrano concordare nella sostanza. Seneca menziona *nominatim* Rufo nella lunga lista dei cospiratori contro Augusto³³, associandolo agli altri attentatori alla sua vita («*Salvidienum ... Egnatius*»)³⁴; Livio attesta l'organizzazione di un com-

Rufo, che l'intera testimonianza svetoniana condanna esplicitamente. L'utilizzo del plurale «*amici*» suggerisce perciò l'accostamento a Gallo anche di altri individui non espressamente nominati, la cui disgrazia sarebbe stata opportunamente oscurata. Peraltro, come è sottolineato dalla stessa autrice (p. 93), la frase augustea «*quod sibi soli non liceret amicis, quatenus vellet, irasci*», oltre a mettere in dubbio l'effettiva gravità delle accuse mosse a Gallo, sembra configurarsi come una vera e propria replica difensiva da parte di Augusto – del resto perfettamente in linea con il giudizio di totale discolpa espresso da Ovid. *Trist.* 2.445-446 in merito all'operato ottaviano: F. ROHR VIO, *Gaio Cornelio Gallo nella poesia augustea tra storia e propaganda*, in *Le poète irrévérencieux. Modèles hellénistiques et réalités romaines. Actes de la table ronde et du colloque organisés les 17 octobre 2006 et 19 et 20 octobre 2007 par l'Université Lyon 3, l'Université Lyon 2 et l'ENSLSH*, édités par B. DELIGNON, Y. ROMAN, Paris, Centre d'études et de recherches sur l'Occident romain, 2009, pp. 65-78, p. 73 – che pare quasi respingere l'accusa di avere avuto un ruolo niente affatto secondario nella vicenda dell'amico. E ciò, a differenza di Salvidieno Rufo, nei cui confronti Augusto non mostra alcun rammarico o tristezza, bensì durezza, ostentando la piena convinzione della sua colpevolezza, sicché tale sicurezza priva di esitazioni sembra confortare l'idea che la morte di Rufo fosse un sacrificio sull'altare della politica: ROHR VIO, *Contro il principe* (nt. 21), pp. 31-32 e 52. Nel medesimo senso v. P. GAGLIARDI, *Il processo di Gallo tra antichi e moderni*, in *Rheinisches Museum für Philologie*, 154 (2011), pp. 343-374, pp. 347-348, 352 e 365-368, secondo cui dal testo di Svetonio traspare la velata critica del *princeps* al senato per la durezza delle pene inflitte a Gallo, dalla quale egli sembra prendere le distanze, anche se, in realtà, sulla sincerità delle parole di Augusto e, soprattutto, delle sue lacrime possono avanzarsi non pochi dubbi. In questo contesto, particolare rilievo assume allora il termine «*amicis*», che viene adoperato per rivendicare sul piano umano e personale un legame d'affetto e di stima e marcare il rimpianto per la perdita. Infine, nella chiusa della frase, l'uso di un avverbio di quantità, quale *quatenus vellet*, opposto a *tantopere*, stigmatizza l'eccesso degli accusatori e del senato, esprimendo il rammarico per la mancanza di senso del limite, che Augusto, a differenza di ciò che era invece avvenuto per Salvidieno Rufo, rivendica al proprio comportamento, mentre ne condanna l'assenza nei *patres*.

³³ Per un accurato raffronto tra questa lista (ed altre apprestate dallo stesso Seneca) e quelle approntate da Svetonio e Tacito v. COGITORE, *La légitimité*, cit., pp. 28-33. Sul passo di Seneca v. anche BAUMAN, *The «Crimen Maiestatis»* (nt. 11), p. 182; W. KUNKEL, *Die Funktion des Konsiliums in der magistratischen Straffjustiz und im Kaisergericht II*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 85 (1968), pp. 253-329, pp. 256-257; J. SCHEID, *Les Frères Arvales. Recrutement et origine sociale sous les empereurs julio-claudiens*, Paris, Presses Universitaires de France, 1975, pp. 25-27; L. BRACCESI, *Livia*, Roma, Salerno Editrice, 2016, pp. 81-83.

³⁴ Sulle congiure e sui progetti eversivi di Lepido (30 a.C.), Cepione e Murena (23 a.C.),

plotto dalle finalità e modalità esecutive non meglio precisate (*consilia nefaria adversus Caesarem molitum*); Velleio dipinge Rufo come un uomo ossessionato dall'idea di vedere sotto di sé Ottaviano e la *res publica* (*in ... publicam*); Svetonio discorre della progettazione di un rivolgimento politico vero e proprio (*res novas molientem*)³⁵; Appiano parla di un proposito di defezione (*ἀπόστασιν ἰδίᾳ βουλευῆσαι*)³⁶; Dione imputa a Rufo un complotto contro Ottaviano (*ὡς καὶ ἐπιβουλευσαντά οἱ*). La tradizione appare dunque concorde nell'attribuire a Rufo progetti politici eversivi mossi dal proposito di sostituirsi ad Ottaviano sulla scena politica di Roma e riconducibili alla sua deprecabile brama di potere personale³⁷, sicché non vi è dubbio che l'azione ed i comportamenti messi in atto da Rufo³⁸ rientrassero nella fattispecie criminosa

Egnazio (19 a.C.) e Cinna (4 d.C.), menzionato da Seneca nel prosieguo del passo («Nunc tempta, quomodo tibi cedat clementia; ignosce L. Cinnae»), v., ampiamente e per tutti, ROHR VIO, *Contro il principe* (nt. 11), pp. 33-41, 57-69, 71-76, 101-107 e 109-111, cui adde EAD., *Strategie autocensorie e propaganda augustea: la morte di Servilia nel racconto di Velleio*, in *Temi augustei. Atti dell'incontro di studio Venezia, 5 giugno 1996*, a cura di G. CRESCI MARRONE, Amsterdam, Hakkert, 1998, pp. 93-98. In particolare, sulle cospirazioni di Egnazio e Cinna v. D.A. PHILLIPS, *The Conspiracy of «Egnatius Rufus» and the Election of Suffect «Consul» under «Augustus»*, in *Historia*, 46 (1997), pp. 103-112 e P. GRIMAL, *La conjuration de Cinna, mythe ou réalité?*, in *Mélanges offerts à Monsieur Michel Labrousse*, édités par J.-M. PAILLER, Toulouse, Pallas, 1987, pp. 49-57.

³⁵ A proposito di tale inciso va ricordato come, a causa di una non proprio felice costruzione della frase nella quale esso è ricompreso (*Quorum alterum ... alteri*), l'accusa di cospirazione rivolta a Salvidieno Rufo sia stata talvolta – come dall'ALBANESE, *La struttura della «manumissio inter amicos»*. *Contributo alla storia dell'«amicitia» romana*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 29 (1962), pp. 5-104, p. 63 – erroneamente riferita a Cornelio Gallo: J.-P. BOUCHER, *Caius Cornélius Gallus*, Paris, Les Belles Lettres, 1966, p. 49 nt. 2; G. BARRA, *Il «crimen» di Cornelio Gallo*, in *Vichiana*, 5 (1968), pp. 49-58, p. 50 nt. 3; L.J. DALY-W.L. REITER, *The Gallus Affair and Augustus' «lex Iulia maiestatis»: a Study in Historical Chronology and Causality*, in *Studies in Latin Literature and Roman History I*, Bruxelles, Deroux, 1979, pp. 289-311, p. 305; G.E. MANZONI, «*Foroiuliensis poeta*». *Vita e poesia di Cornelio Gallo*, Milano, Vita e Pensiero, 1995, pp. 50-51 nt. 178.

³⁶ Sul significato del termine «ἀπόστασις» che compare in tale frase v. i condivisibili rilievi della ROHR VIO, *Autocensura* (nt. 28), p. 27 nt. 2; EAD., *Le voci del dissenso* (nt. 11), p. 66 nt. 165. Cfr. COGITORE, *La légitimité* (nt. 11), pp. 18 e 52.

³⁷ ROHR VIO, *Le voci del dissenso* (nt. 11), pp. 32 e nt. 52, 62 e 64-65.

³⁸ Qualificati come «cospirazione», «conspiracy» e «Verschwörung» dal BARBAGALLO, *Una misura eccezionale dei Romani. Il «senatus-consultum ultimum»* (*Studio di storia e di diritto pubblico romano*), Roma, Loescher, 1900, p. 51, dalla DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 21, dal PESCH, «*De perduellione*» (nt. 25), p. 229 e dalla COGITORE, *La légitimité* (nt. 11), pp. 18, 20, 31-32, 52-53 e 60; «Umsturzbestrebungen oder Anschlag auf Octavian» dal VOLKMANN, *Zur Rechtsprechung*² (nt. 11), p. 32; «Umsturz» dalla STROTHMANN, «*Augustus*»-Vater der «*res publica*». *Zur Funktion der drei Begriffe*

della *perduellio*³⁹ o, più probabilmente, della *maiestas*⁴⁰. E che non si trattasse di un generico tentativo di uccidere Ottaviano, bensì di un progetto politico articolato di sovversione, si desume da Appiano, il quale, illustrando i prepa-

«*restitutio-saeculum-pater patriae*» in *augusteischen Principat*, Stuttgart, Steiner, 2000, p. 82; «tentativo di sovvertimento», «congiura» e «sedizione» dal GUIZZI, *Il principato tra «res publica» e potere assoluto*, Napoli, Jovene, 1974, pp. 107, 122 nt. 87 e 211; «tentativo di defezione» dal GABBA, *Appiano e le guerre civili*, Firenze, La Nuova Italia, 1956, p. 201; «tentativo di sovversione» dal DE MARTINO, *Sugli aspetti giuridici del triumvirato*, in *Il triumvirato costituente alla fine della Repubblica romana. Scritti in onore di Mario Attilio Levi*, a cura di A. GARA, D. FORABOSCHI, Como, Edizioni New Press, 1993, p. 76; «tradimento» e «Verrat» dal GARDTHAUSEN, *Augustus und seine Zeit* I.1, Leipzig, Teubner, 1891, p. 219 e I.3, Leipzig, Teubner, 1904, p. 1236, dal LEVI, *Ottaviano capoparte. Storia politica di Roma durante le ultime lotte di supremazia II*, Firenze, La Nuova Italia, 1933, p. 39 ed *Augusto e il suo tempo*, Milano, Rusconi, 1986, p. 156, dal BUCHHEIM, *Die Orientpolitik* (nt. 28), p. 40, dal DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*² IV.1, Napoli, Jovene, 1974, p. 142, dal CHARLESWORTH, *I triumviri. Brindisi e Miseno*, in *Storia del Mondo Antico*. VII. *La crisi della repubblica romana*, traduzione di A. GALLINA ed E. LATTANZI, a cura di S.A. COOK, F.E. ADCOCK, M.P. CHARLESWORTH, Milano, Garzanti, 1988, pp. 703-742, p. 717, dal MALITZ, «*O puer qui omnia nomini debes*». *Zur Biographie Octavians bis zum Antritt seines Erbes*, in *Gymnasium*, 111 (2004), pp. 381-409, p. 399 e dalla MANGIAMELI, *Tra «duces» e «milites»* (nt. 28), p. 19; «trame rivoluzionarie» dal DI STEFANO MANZELLA, *Zosimo* (nt. 28), p. 180; «Gefahr eines Aufstands» dal KUNKEL, *Über die Entstehung* (nt. 25), p. 14 nt. 12; «alto tradimento», «haute trahison» e «Hochverrat» dal WILLEMS, *Le sénat I* (nt. 9), p. 609, dal MÜNZER, v. «*Salvidienus*», in *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* I.A.2, Stuttgart, Metzler, 1920, pp. 2019-2021, p. 2021, dal BRECHT, «*Perduellio*». *Eine Studie zu ihrer begrifflichen Abgrenzung im römischen Strafrecht bis zum Ausgang der Republik*, München, Beck, 1938, p. 249, dal FERRERO, *Grandezza e decadenza di Roma III*, Milano, Mondadori, 1946, p. 358, dal MANUWALD, «*Cassius Dio*» und «*Augustus*». *Philologische Untersuchungen zu den Büchern 45-46 des dionischen Geschichtswerkes*, Wiesbaden, Steiner, 1979, p. 220, dal KIENAST, «*Augustus*»³ (nt. 25), p. 168 e dal MARCONI, *Augusto*, Roma, Salerno Editrice, 2015, p. 53.

³⁹ Come ritiene la dottrina più risalente: BRECHT, «*Perduellio*». *Eine Studie* (nt. 38), p. 249 nt. 3 (ivi altra letteratura citata); FERRERO, *Grandezza III* (nt. 38), p. 358. *Contra*, però, BUCHHEIM, *Die Orientpolitik* (nt. 28), p. 40.

⁴⁰ Come ritiene la dottrina più recente: BAUMAN, *The «Crimen Maiestatis»* (nt. 11), pp. 178-179, che sottolinea l'analogia, resa evidente dall'uso di una uguale terminologia delle fonti in ordine alla configurazione del reato commesso, tra il processo contro Salvidieno Rufo e quello, che ebbe luogo nel 16 d.C., contro Libone Druso; B. LEVICK, «*Poena Legis Maiestatis*», in *Historia*, 28 (1979), pp. 358-379, p. 373; ROHR VIO, *Le voci del dissenso* (nt. 11), pp. 115-116 e 145. Cfr., però, in aperta critica alle osservazioni del BLEICKEN, *Senatsgericht* (nt. 24), p. 23 nt. 10, PESCH, «*De perduellione*» (nt. 25), pp. 229-230. Sul processo contro Libone Druso v., ampiamente e per tutti, R.S. ROGERS, *Criminal Trials and Criminal Legislation under Tiberius*, Middletown, The American Philological Association, 1935, pp. 12-24 e, di recente, A. MAIURI, *La giurisdizione criminale in Tacito. Aspetti letterari e implicazioni politiche*, Roma, Alpes Italia, 2012, pp. 29-35 ed A. MANNI, «*Mors omnia solvet*». *La morte del «reus» nel processo criminale romano*², Napoli, Jovene, 2013, pp. 253-256.

rativi dell'azione di Rufo, chiarisce che questa si sarebbe dovuta concretizzare in una defezione da concertare con Antonio (Σαλουιδιηνόν ... Βρεντέσιον), con il quale si sarebbe voluto dunque instaurare un'alleanza diarchica che escludesse Ottaviano.

All'interno di tale quadro, nel quale Ottaviano è uniformemente visto dalle fonti come vittima del disegno cospiratore di Salvidieno Rufo, sembrano però emergere tracce di una tradizione alternativa riguardo alla sua colpevolezza, giacché Appiano e Dione lasciano aperti degli spiragli dai quali intravedere la possibile esistenza di un 'partito innocentista'⁴¹. Il primo, pur non presentando in termini negativi Antonio – che è infatti riconosciuto come autore della denuncia contro Rufo (Καὶ ὁ μὲν τὸδε ἐξεῖπεν) – ed in maniera ostile Ottaviano⁴², ha cura tuttavia di sottolineare che l'atto delatorio di Antonio non aveva affatto incontrato l'approvazione generale. Il secondo, che aveva inizialmente menzionato l'uccisione di Rufo per ordine di Ottaviano ricorrendo al verbo «ἀποκτείνω» (ὁ Καῖσαρ ... ἀπέκτεινεν), ritorna su tale uccisione nella parte finale della sua testimonianza adoperando però il verbo «σφάζω» (ἐσφάγη), che indica precisamente il sacrificio rituale di vittime umane: Dione sembra dunque suggerire un'interpretazione dell'uccisione di Rufo non come atto dovuto di giustizia, bensì come immolazione vera e propria di un innocente, assurto appunto a vittima sacrificale⁴³.

Come bene è stato osservato⁴⁴, «le testimonianze di Appiano e Dione paiono quindi conservare traccia di una tradizione, già contemporanea ai fatti, favorevole all'accusato e contraria al perseguimento», accreditando così l'idea⁴⁵ della non colpevolezza di Salvidieno Rufo⁴⁶ e, quindi, della

⁴¹ Così lo definisce testualmente la ROHR VIO, *Le voci del dissenso* (nt. 11), pp. 32 e nt. 52, 62, 64-65, 68 e 126; EAD., *Contro il principe* (nt. 11), p. 28.

⁴² Ciò che può spiegarsi sulla base del fatto che la fonte alla quale attingeva Appiano nella redazione del quinto libro dei suoi *Bella civilia* con ogni probabilità fosse – come ha dimostrato la SORDI, *La guerra di Perugia e la fonte del l. V dei «Bella Civilia» di Appiano*, in *Latomus*, 45 (1985), pp. 301-316, pp. 315-316 – Valerio Messalla Corvino, che, dopo avere partecipato a fianco di Cassio e Bruto alla battaglia di Filippi, era passato poi ad Antonio, per partecipare infine, per conto di quest'ultimo ed a fianco di Ottaviano, alla guerra contro Sesto Pompeo, e che scrisse dei *Commentarii de bello civili*. Che la fonte di Appiano fosse comunque d'origine antoniniana è opinione anche della COGITORE, *La légitimité* (nt. 11), pp. 20 e 27-28, secondo cui Velleio Patercolo e la *Periocha* di Tito Livio, e quindi lo stesso Tito Livio, avrebbero attinto a Macrobio ed agli Atti degli Arvali.

⁴³ ROHR VIO, *Le voci del dissenso* (nt. 11), pp. 68 e nt. 173 e 112-113; EAD., *Contro il principe* (nt. 11), p. 28.

⁴⁴ ROHR VIO, *Le voci del dissenso* (nt. 11), p. 68.

⁴⁵ Avanzata con dovizia di particolari ed argomentazioni convincenti dalla ROHR VIO, *Autocensura* (nt. 28), pp. 28-31; EAD., *Le voci del dissenso* (nt. 11), pp. 126-143, 146, 165-166 e 280; EAD., *Contro il principe* (nt. 11), pp. 27-32.

strumentalità e pretestuosità delle accuse contestategli⁴⁷.

Comunque sia, un dato è certo, e cioè che la manipolazione propagandistica filottaviana della vicenda di Salvidieno Rufo complica, rendendola ancora più difficile, la soluzione del problema legato all'individuazione dell'organo che pronunciò la sua condanna a morte.

Se Livio si limita semplicemente a ricordare che Rufo fu «*damnatus*», qual-

⁴⁶ Secondo la ROHR VIO, *Contro il principe* (nt. 11), p. 29, che Salvidieno Rufo non fosse colpevole si deduce dalle circostanze della denuncia, del richiamo e del rientro di Rufo e, quindi, dalla condotta di Antonio, di Ottaviano e dello stesso Rufo. Infatti, come attestano le fonti, la denuncia di Antonio venne formulata nell'ambito degli accordi di Brindisi, che sancirono la rappacificazione tra i due colleghi triumviri dopo i dissidi che li avevano contrapposti a partire dal 42 a.C. Pertanto, in questo clima di composizione dei conflitti il gesto di Antonio sembra appalesarsi, *prima facie*, come un gesto di buona volontà. Tuttavia, nei fatti, queste fasi storiche erano connotate da un'estrema spregiudicatezza nella lotta politica da parte tanto degli ottavianei quanto degli antoniani. Ora, se Salvidieno fosse stato realmente colpevole, Antonio avrebbe tratto sicuramente maggiore vantaggio dall'acquisire alla sua causa il principale collaboratore del suo collega ed antagonista, piuttosto che dal denunciarlo. Ottaviano, da parte sua, stando a quanto ci dicono le fonti, diede credito alla delazione, sicché appare assai sospetto che egli mettesse in dubbio la fedeltà, già sperimentata, del suo braccio destro sulla base della denuncia di un collega ed avversario, nei cui confronti nutriva profonda diffidenza. Infine, la convocazione di Rufo venne effettuata in maniera repentina e, verosimilmente, senza che Antonio esibisse alcuna prova, che certamente la tradizione avrebbe altrimenti ricordato. E poiché Rufo rientrò senza indugio e senza le legioni di cui aveva assunto il comando, si deve ritenere che egli fosse a conoscenza dell'accordo di Brindisi e, dunque, dell'avvenuta ricomposizione dei contrasti tra Antonio ed Ottaviano. Alla luce di tutto ciò, si può allora immaginare che, se egli fosse stato davvero colpevole, non si sarebbe certo consegnato ad Ottaviano, ma avrebbe tentato di mettere in atto il suo piano eversivo, quantomeno come ultima carta da giocare servendosi delle legioni antoniane di cui era in procinto di assumere il comando. Il tempestivo rientro di Rufo sembra quindi avvalorare l'ipotesi dionea della sua non colpevolezza e la stessa denuncia di Antonio sembra acquistare significato unicamente nel caso di un Salvidieno innocente, la cui eliminazione avrebbe decisamente indebolito il collega ed avversario. Ecco allora che la spiegazione della condotta, apparentemente incomprensibile, di Ottaviano nella circostanza andrebbe ricercata negli esiti della morte di Rufo, i quali chiariscono meglio anche le motivazioni che spinsero Antonio alla denuncia.

⁴⁷ Proprio a riprova di ciò e, insieme, dell'avvenuta riscrittura antisalvidiana e filottaviana della vicenda di Rufo in età augustea, potrebbe allora assumere particolare significato l'aneddoto riportato nel testo di Dione, il quale racconta che un giorno, mentre egli pascolava appunto il gregge, una fiamma era scaturita dal suo capo (καὶ ... ἀνέδωκεν). Ora, come ritiene la ROHR VIO, *Echi* (nt. 28), pp. 4-8, tale episodio può essere certamente visto come *praesagium* augurale preannunciante la futura grandezza di Rufo e, quindi, come esempio dell'elaborazione, da parte sua o comunque a suo vantaggio da parte di Ottaviano, di un'articolata campagna di propaganda politica promossa attraverso particolari e diversificati canali comunicativi. E, tuttavia, sembra preferibile l'interpretazione della storiella dionea in termini contrari a Rufo proposta dalla COGITORE, *La légitimité* (nt. 11), p. 55, secondo la quale «ce prodige est aussi celui par lequel Servius Tullius, lui aussi simple berger, eut la révélation de sa grandeur future. Le parallèle implicite tendait à faire passer Salvidienus pour un aspirant à la royauté, danger à éviter».

cosa di più è dato rinvenire in Svetonio e, soprattutto, in Appiano e Dione. Svetonio, seppure in maniera lapidaria, afferma che Ottaviano «*damnandum senatui tradidit*» Salvidieno Rufo. Appiano specifica che Antonio, mentre era impegnato nell'assedio della città di Brindisi, aveva avuto da Rufo la comunicazione dei suoi progetti criminosi e che perciò li aveva prontamente rivelati ad Ottaviano (ὁ Ἀντώνιος ... Βρεντέσιον), il quale, chiamato a Roma con urgenza Rufo con un pretesto ed assicurandogli un tempestivo rientro presso le sue legioni (ὁ δὲ Καῖσαρ ... στρατόν), aveva avuto con lui un incontro a tu per tu, nel quale, dopo avergli rivelato le prove del tradimento, «ἐκτεινε» Rufo, consegnando poi ad Antonio il suo esercito ritenuto ormai inaffidabile (καὶ ... Ἀντωνίω)⁴⁸. Dione, dopo avere inizialmente ricordato che Ottaviano «ἀπέκτεινε» Rufo, nella parte finale del testo sottolinea che questi fu accusato in senato dallo stesso Ottaviano (κατηγορήθη ... Καίσαρος)⁴⁹ e fu ucciso come nemico di Ottaviano e del popolo (καὶ ... ἐσφάγη) e che il senato ordinò la celebrazione di sacrifici di ringraziamento (ἱερομνηαῖα ... ἐγένοντο) ed affidò la difesa della città ai triumviri⁵⁰ con la solita formula «che essa non subisse alcun danno» (καὶ ... ἐπετρόπη).

Sulla base di tali informazioni si ritiene in dottrina, talvolta in maniera acritica⁵¹ e talaltra argomentata⁵², che Salvidieno Rufo fosse stato condannato a

⁴⁸ Nel 40 a.C., in seguito al rinnovato accordo tra Antonio ed Ottaviano, Salvidieno Rufo venne dunque sacrificato sul tavolo delle trattative di Brindisi, allorquando Antonio, che in quel momento si trovava in una posizione di forza nel collegio triumvirale, impose al più debole collega di eliminare il suo braccio destro, all'epoca al comando delle truppe ex antoniane sul Rodano, garantendogli così in contraccambio la *cura urbis*, strumento imprescindibile per il controllo della città di Roma in fasi ancora assai turbolente: ROHR VIO, «*Ex virtute nobilitas coepit*» (nt. 28), p. 39.

⁴⁹ Sul significato del termine «βουλευτήριο», che compare in tale frase, v. M. BONNEFOND-COUDRY, *Le Sénat de la République romaine de la guerre d'Hannibal à Auguste: pratiques délibératives et prise de décision*, Roma, École Française de Rome, 1989, pp. 51-52 e M.-L. FREYBURGER-GALLAND, *Aspects du vocabulaire politique et institutionnel de Dion Cassius*, Paris, De Boccard, 1997, pp. 101-102.

⁵⁰ Sulla terminologia adoperata da Dione per indicare i triumviri v. FREYBURGER-GALLAND, *Aspects* (nt. 49), p. 124-125.

⁵¹ WILLEMS, *Le sénat* II (nt. 25), p. 767; GARDTHAUSEN, *Augustus* I.1 (nt. 38), p. 219 e I.3 (nt. 38), p. 1236; MÜNZER, v. «*Salvidienus*» (nt. 40), p. 2021; J. LENGLE, *Römisches Strafrecht bei Cicero und den Historikern*, Leipzig-Berlin, Teubner, 1934, p. 62; FERRERO, *Grandezza* III (nt. 38), p. 358; DE MARINI AVONZO, *La funzione* (nt. 38), p. 21; SYME, *La rivoluzione romana* (nt. 19), p. 221; BOUCHER, *Caius Cornélius Gallus* (nt. 35), p. 53; BARRA, *Il «crimen»* (nt. 35), p. 53; F. MILLAR, *Triumvirate and Principate*, in *The Journal of Roman Studies*, 63 (1973), pp. 50-67, p. 54; GUIZZI, *Il principato* (nt. 38), p. 107; TALBERT, *The senate* (nt. 25), p. 460; CHARLESWORTH, *I triumviri* (nt. 38), p. 717; BONNEFOND-COUDRY, *Le Sénat* (nt. 49), pp. 45 e 52; DI STEFANO MANZELLA, *Zosimo* (nt. 28), p. 180; DEMOUGIN, *Prosopographie* (nt. 28), p. 30; MARCONE, *Augusto* (nt. 38), p. 53.

morte in seguito ad un processo che si era svolto davanti al tribunale senatorio, al cui giudizio era stato sottoposto da Ottaviano, che, in quella sede, aveva provveduto ad accusarlo personalmente. A me pare invece che il caso di Rufo non possa essere ricondotto in alcun modo alla *cognitio* criminale senatoria⁵³, giacché non pochi elementi di dubbio esistono in ordine al fatto che vi sia stato un vero e proprio processo penale.

A ben vedere, infatti, nessuna delle testimonianze ora ricordate menziona lo svolgimento di un processo, del quale si sottolineano unicamente l'avvio e la fine, giacché, in riferimento al primo, Svetonio ci informa che Rufo era stato consegnato da Ottaviano al senato e Dione che egli era stato personalmente accusato dallo stesso Ottaviano in quella sede e, in relazione alla seconda, Velleio ed ancora Svetonio specificano che Rufo era stato condannato. Ora, queste informazioni sono suscettibili di essere variamente interpretate.

Se, come attestano Svetonio e Dione, è indubbio che i *patres* furono investiti della questione di Rufo da parte di Ottaviano⁵⁴, diverse perplessità sussistono invece, a mio avviso, in ordine al fatto che l'accusa contro Rufo fosse stata sostenuta dal futuro imperatore davanti al senato funzionante come tribunale e che, in quanto tale, questo avesse pronunciato nei confronti dell'accusato una sentenza di condanna a morte. Che l'assemblea senatoria non operasse in sede giurisdicente sembra infatti confermato dal prosieguo del racconto dello stesso Dione, il quale puntualizza che il senato aveva adottato tre provvedimenti: la dichiarazione di Rufo come *hostis rei publicae* e di Ottaviano, le *supplicationes* di ringraziamento per il pericolo scampato ed il *senatus consul-*

⁵² T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³ II.1, Leipzig, Hirzel, 1887, p. 124 e nt. 2; BUCHHEIM, *Die Orientpolitik* (nt. 28), pp. 39-40; BLEICKEN, *Senatsgericht* (nt. 24), pp. 23 e nt. 10 e 32; BAUMAN, *The «Crimen Maiestatis»* (nt. 11), p. 179; VOLKMANN, *Zur Rechtsprechung*² (nt. 11), pp. 32-33 e 97; E. GABBA, «*Appiani bellorum civilium liber quintus*», Firenze, La Nuova Italia, 1970, p. 111; PESCH, «*De perduellione*» (nt. 25), pp. 229-230; ROHR VIO, *Le voci del dissenso* (nt. 11), pp. 143-146; COGITORE, *La légitimité*, cit., pp. 52-55.

⁵³ Di questa opinione è anche una parte minoritaria della dottrina, che, però, non ha argomentato in alcun modo siffatto convincimento, limitandosi a richiamare acriticamente le già sintetiche conclusioni del KUNKEL, *Über die Entstehung* (nt. 25), p. 13, secondo cui il caso di Salvidieno Rufo «liegt offensichtlich in der Linie der republikanischen *hostis*-Erklärungen und hat eben darum nichts mit Kriminaljustiz zu tun»: J.S. RICHARDSON, *The Senate, the courts, and the «SC de Cn. Pisone patre»*, in *The Classical Quarterly*, 47.2 (1997), pp. 510-518, p. 514; KIENAST, «*Augustus*»³ (nt. 25), p. 168. Secondo il BAUMAN, *The «Crimen Maiestatis»* (nt. 11), p. 179, anche nel caso di Rufo, come in quello di Quinto Gallio (v., *supra*, ntt. 22 e 24), il senato si sarebbe limitato ad accertare l'applicabilità della *lex Pedia de maiestate*. Invece, secondo il DE MARTINO, *Storia*² IV.1 (nt. 38), p. 142, si sarebbe proceduto contro Rufo «con la stessa procedura impiegata nel caso di Catilina».

⁵⁴ Così anche DE MARTINO, *Sugli aspetti* (nt. 38), p. 76.

tum ultimum con il quale aveva affidato ai triumviri la difesa di Roma⁵⁵.

Di questi tre provvedimenti, occorre qui esaminare attentamente il primo, giacché, a mio avviso, proprio esso costituisce la chiave di volta che consente di rigettare l'idea che l'episodio di Rufo vada inquadrato come vicenda giudiziaria vera e propria e, conseguentemente, di affermarne la valenza esclusivamente politica.

L'equivoco nel quale mi sembra essere caduta la dottrina è giustificato dal fatto che essa abbia messo in relazione la scarna informazione di Velleio, secondo cui Rufo sarebbe stato condannato (*damnatus*), e la notizia di Svetonio, secondo la quale ciò sarebbe avvenuto ad opera del senato (*damnandum senatui tradidit*), con l'affermazione di Dione, secondo la quale Rufo sarebbe stato ucciso «ὡς πολέμιος ἐκείνου καὶ τοῦ δήμου παντὸς»: in altri termini, Rufo sarebbe stato condannato a morte dal senato come nemico del popolo e di Ottaviano.

Ora, a prescindere dalla pur significativa circostanza che Dione, utilizzando il verbo «σφάζω» (ἐσφάγη) con la già sottolineata intenzione di rimarcare il ruolo di vittima sacrificale di Rufo, non discorra affatto di condanna a morte, bensì di uccisione, a me sembra che questa conclusione non possa essere accettata perché riflette probabilmente un mutamento della natura della dichiarazione di *hostis publicus*, che, da atto meramente politico quale era stato per tutta l'età repubblicana, si era trasformato nel corso del Principato, come è attestato da D. 4.5.5pr.-1⁵⁶ e D. 48.4.11⁵⁷, in provvedimento dal contenuto sostanzialmente giudiziario⁵⁸.

⁵⁵ A proposito di tali provvedimenti, è opportuno riferire per esteso il pensiero del DE MARTINO, *Sugli aspetti* (nt. 38), p. 76: «Dione è prodigo di particolari, ma la sua narrazione è confusa ed imprecisa, come se avesse attinto a fonti differenti. Egli comincia col dire che Cesare uccise Salvieno come uno che tramava contro di lui. Poi si pone in risalto che questo personaggio di oscura origine aveva ricevuto straordinari favori ed era divenuto console senza appartenere all'ordine senatorio. Ma nulla nella vita degli uomini è stabile e così venne il momento in cui fu accusato in Senato da Cesare stesso ed ucciso come nemico suo e del popolo. Il discorso parrebbe chiuso. Invece Dione prosegue narrando che per l'accaduto ebbero luogo supplicationes (ἱερομνηαί) ed il Senato conferì ai triumviri la cura di preservare la Repubblica da qualsiasi danno, con parole che richiamano la formula tradizionale del *SC. de republica defendenda*: τοῦ μηδὲν ἀπ' αὐτῆς ἀποτριβῆναι. La successione dei fatti è illogica, in quanto il *Sc. ultimum*, che secondo alcuni studiosi è una dichiarazione di *hostis rei publicae*, ha luogo dopo che l'autore del paventato tentativo di sovversione era stato ucciso ed erano stati disposti pubblici sacrifici per ringraziare gli dei».

⁵⁶ (Paul. 11 *ad ed.*): «Amissio civitatis fit capitis deminutio, ut in aqua et igni interdictio. Qui deficient, capite minuuntur (deficere autem dicuntur, qui ab his, quorum sub imperio sunt, desistunt et in hostium numerum se conferunt: sed et hi, quos senatus hostes iudicavit vel lege lata): utique usque eo, ut civitatem amittant».

⁵⁷ (Ulp. 8 *disp.*): «Is, qui in reatu decedit, integri status decedit: extinguatur enim crimen mortalitate. nisi forte quis maiestatis reus fuit: nam hoc crimine nisi a successoribus purgetur, hereditas fisco vindicatur. plane non quisque legis Iuliae maiestatis reus est, in eadem condicio-

Si comprende allora bene perché, da un lato, Velleio discorresse di una condanna di Rufo e Svetonio specificasse che ciò era avvenuto ad opera del senato e, dall'altro, Dione affermasse che egli era stato ucciso come nemico del popolo e di Ottaviano. Tutti e tre questi autori, che scrivevano in età imperiale, avevano probabilmente ben presente l'evidenziata evoluzione della dichiarazione di *hostis rei publicae* da deliberazione politica ad atto giudiziario e, rileggendo alla luce di essa la vicenda di Rufo, potevano dunque ben dire che egli fosse stato condannato a morte come *hostis publicus*.

Per quanto a noi moderni possa sembrare strano e quasi inconcepibile⁵⁹, si può allora affermare, a mio avviso, che, nel caso di Rufo, vi era stata una sentenza, ma non anche un processo⁶⁰.

L'episodio di Salvidieno Rufo assume così, agli occhi dell'interprete, una valenza duplice e non facilmente conciliabile, giacché, in quanto storico del diritto che vede nella dichiarazione di *hostis publicus* di Rufo un atto embrionalmente giurisdizionale, egli concluderà nel senso che il senato agì in tale vicenda come tribunale e, al contrario, in quanto giurista del presente al quale sono ben noti quali e quanti siano, oltre alla sentenza, gli elementi che non possono mancare per aversi un processo penale in senso tecnico, non potrà ricondurre in alcun modo la vicenda di Rufo all'esercizio di una funzione giurisdizionale criminale da parte del senato. Opzione metodologica di fondo, quest'ultima, che non era peraltro estranea allo stesso senato repubblicano⁶¹, alcuni dei cui membri, tra i quali Lucio Pisone, proprio perché consapevoli della differenza intercorrente tra un processo vero e proprio ed una decisione

ne est, sed qui perduellionis reus est, hostili animo adversus rem publicam vel principem animatus: ceterum si quis ex alia causa legis Iuliae maiestatis reus sit, morte crimine liberatur».

⁵⁸ Sulla necessità di tenere comunque concettualmente distinte «strafrechtliche Verurteilung und Hostiserklärung» v. BRECHT, «Perduellio». *Eine Studie* (nt. 38), p. 249 nt. 3, che condivide pienamente i rilievi formulati in precedenza dal VITTINGHOFF, *Der Staatsfeind in der römischen Kaiserzeit. Untersuchungen zur «damnatio memoriae»*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1936, p. 101.

⁵⁹ U. VINCENTI, *La partecipazione del senato all'amministrazione della giustizia nei secoli III-VI d.C. (Oriente e Occidente)*, Padova, Cedam, 1992, pp. 35 e 127.

⁶⁰ Tale interpretazione è ritenuta dal BALBO, *Attività giudiziaria* (nt. 23), p. 569 «accettabile e si pone in stretta analogia con la situazione di Gallio, collimando con un quadro politico-istituzionale ormai mutato e incline a collegare – in attesa del principato – il bene della persona di Ottaviano con quello dello stato romano», anche se si potrebbe avanzare un'ulteriore ipotesi (p. 569 nt. 30), e cioè che, «stante la situazione straordinaria di guerra civile, il senato potrebbe aver ricevuto provvisoriamente le prerogative di una specifica *quaestio* relativa ad un aspetto particolare dell'imputazione di *moliri res novas*».

⁶¹ Come sottolinea il VINCENTI, *La partecipazione* (nt. 59), p. 34, che riprende alcune argomentazioni già svolte dalla DE MARINI AVONZO, *Tribunale senatorio e tribunale imperiale*, in *Labeo*, 12 (1966), pp. 259-268, p. 260.

meramente politica quale era la dichiarazione di *hostis rei publicae* di un cittadino romano⁶², solo qualche anno prima dell'episodio di Salvidieno Rufo, e più precisamente nel 43 a.C., si erano opposti fieramente alla proposta ciceroniana di dichiarare *hostis* Marco Antonio sulla base del fatto che si sarebbe dovuto chiamarlo in giudizio e, ancora, che non corrispondeva alla prassi senatoria usuale condannare qualcuno senza giudizio⁶³.

Anche alla luce di tali considerazioni, si comprende allora benissimo quanto strumentale fosse stato, in realtà, il coinvolgimento dell'assemblea dei *patres* da parte di Ottaviano, che, chiamando appunto in causa il senato, aveva inteso ribadire la correttezza formale dell'*iter* seguito e, al tempo stesso, l'interesse pubblico alla vicenda⁶⁴. Il senato⁶⁵, che pure non aveva alcun obbligo giuridico ad intervenire nella vicenda di Salvidieno Rufo e che fondatamente avrebbe potuto obiettare che la *lex Titia* riconosceva ai triumviri la facoltà di mandare a morte i loro nemici personali⁶⁶, quale sarebbe stato in questo caso Rufo per

⁶² Sul profondo significato politico della dichiarazione di *hostis publicus* nell'ultimo secolo della repubblica v., ampiamente, P. JAL, «*Hostis (publicus)*» dans la littérature latine de la fin de la République, in *Revue des Études Anciennes*, 65 (1963), pp. 53-79, pp. 60-79.

⁶³ App. *Bell. civ.* 3.50.205: «Λεύκιος δὲ Πείσων ... ὅσοι τε ἄλλοι τῶ Πείσωνι ... προσετίθεντο, καλεῖν αὐτὸν ἐς κρίσιν ἤξιον, ὡς οὐ πάτριον σφίσιν ἄκριτου καταδικάζειν ...».

⁶⁴ ROHR VIO, *Le voci del dissenso* (nt. 11), pp. 143-144. Secondo il BUCHHEIM, *Die Orientpolitik* (nt. 28), p. 40, Ottaviano, con il coinvolgimento del senato, avrebbe ottenuto «einen doppelten Vorteil: erstens wälzte er die Verantwortung für die Preisgabe des Salvidienus auf den Senat ab und zweitens demonstrierte er eine betonte Rücksichtnahme auf dessen auctoritas».

⁶⁵ Sul cui ruolo politico-istituzionale in età triumvirale v. MILLAR, *Triumvirate* (nt. 51), p. 54 e, più ampiamente, U. LAFFI, *Poteri triumvirali e organi repubblicani*, in *Il triumvirato costituyente alla fine della Repubblica romana. Scritti in onore di Mario Attilio Levi*, a cura di A. GARA, D. FORABOSCHI, Como, Edizioni New Press, 1993, pp. 37-65, pp. 47-65.

⁶⁶ Liv. *Per.* 120: «... C. Caesar pacem cum Antonio et Lepido fecit ita, ut tresviri rei publicae constituendae per quinquennium essent ipse et Lepidus et Antonius, et ut suos quisque inimicos proscriberent. In qua proscriptione plurimi equites Romani, CXXX senatorum nomina fuerunt ...»: V. FADINGER, *Die Begründung des Prinzipats. Quellenkritische und staatsrechtliche Untersuchungen zu Cassius Dio und der Parallelüberlieferung*, Berlin, Blasaditsch, 1969, pp. 31-32; MANUWALD, «*Cassius Dio*» (nt. 38), pp. 201-204; LAFFI, *Poteri* (nt. 65), p. 38; L. LABRUNA, «*Civitas misera*», Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, pp. 55-56. Peraltro, come è stato osservato dal LEVI, *Ottaviano II* (nt. 38), pp. 39-40 e nt. 2, secondo cui Salvidieno Rufo sarebbe stato condannato a morte in virtù dei pieni poteri conferiti ai triumviri e, perciò, Dione o la sua fonte sarebbero caduti in un equivoco, la facoltà di mettere a morte i propri nemici personali attribuita ai triumviri già dalla *lex Titia* sembrerebbe confutare la tesi del DESSAU, *Geschichte der römischen Kaiserzeit I*, Berlin, Weidmann, 1924, p. 23 nt. 3, il quale, mantenendosi fedele al testo dioneo, ha immaginato che l'esecuzione di Rufo fosse stata la diretta conseguenza dell'apposito *senatus consultum* votato dal senato in favore dei triumviri. Il condizionale è però d'obbligo, giacché il GABBA, «*Appiani bellorum civilium liber quintus*» (nt. 52), p. 111, ha obiet-

Ottaviano, dichiarando Rufo nemico del popolo romano e di Ottaviano assecondò dunque pienamente gli scopi propagandistici ottavianei, divenendo così corresponsabile del tragico destino di Rufo. E, del resto, che i *patres* avessero piena consapevolezza del loro ruolo di falsi garanti della legittimità della repressione dei progetti politici criminosi di Rufo e, quindi, di compartecipi delle fin troppo scoperte finalità di Ottaviano, si evince proprio dai tre provvedimenti senatori adottati⁶⁷.

Con la condanna di Rufo come nemico non solo del popolo romano, ma anche di Ottaviano, il senato, associando espressamente l'uno all'altro, operava un'evidente e consapevole forzatura della legalità costituzionale e, in particolare, della situazione politico-istituzionale del momento, connotata dalla posizione di Ottaviano come semplice triumviro⁶⁸, volta ad individuare entrambi come potenziali vittime dei progetti eversivi di Rufo integranti il *crimen maiestatis* nella configurazione che ad esso verrà data qualche decennio dopo appunto dallo stesso Ottaviano⁶⁹.

tato che «la procedura testimonia bene i limiti che i Triumviri volevano porre al proprio prepotere sugli organi tradizionali dello Stato». Secondo il DE MARTINO, *Sugli aspetti* (nt. 38), p. 77, «il racconto di Dione ha la sua importanza, ma non ci può dare la certezza sui provvedimenti adottati dal Senato, né autorizzarci alla conclusione che i triumviri si erano posti dei limiti nell'esercizio dei loro poteri. Francamente la discussione sorta intorno a questo caso, se la condanna fu emessa dal Senato o fu pronunciata in forza dei poteri assoluti dei triumviri, investe più le forme che la sostanza. Il Senato non era in grado di compiere una scelta diversa da quella voluta dai triumviri o anche dal solo Cesare con l'adesione degli altri».

⁶⁷ Benché non menzionato da nessuna delle testimonianze in nostro possesso, un quarto provvedimento potrebbe essere stato emanato dal senato, e cioè la *damnatio memoriae* di Rufo. L'ipotesi è avanzata dalla ROHR VIO, *Le voci del dissenso* (nt. 11), pp. 353-354, secondo la quale sarebbero significative tanto la circostanza che non sia stato rinvenuto alcun documento lapideo a suo nome quanto la severa censura tradata dalla letteratura in ordine al personaggio ed al suo ruolo accanto al futuro Augusto. E, invero, pur nel silenzio delle fonti ed a meno di volere vedere nella «*damnatio*» di cui discorrono Svetonio e Velleio il riferimento non tanto alla condanna di Rufo, come ritengo preferibile, quanto piuttosto ad una sua *damnatio memoriae*, tale supposizione appare plausibile anche alla luce del fatto che, tra le diverse conseguenze che comportava la dichiarazione di *hostis publicus*, delle quali la confisca dei beni del suo destinatario era certamente la più rilevante, vi era sicuramente, tanto nell'età repubblicana quanto nell'epoca imperiale, anche la *damnatio memoriae*: VITTINGHOFF, *Der Staatsfeind* (nt. 58), pp. 65-74; P. JAL, «*Hostis*» (nt. 62), p. 55 e nt. 13 (ivi altra letteratura citata). Sulla configurazione della confisca del patrimonio dell'*hostis rei publicae* come sanzione della dichiarazione senatoria v., per tutti, le diverse opinioni dell'O'BRIEN MOORE, v. «*Senatus*», in *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft VI (Supplement)*, Stuttgart, Metzler, 1935, pp. 660-800, p. 759 e dell'ORMANNI, v. «*Necessità (stato di) (Dir. rom.)*», in *Enciclopedia del Diritto* 27, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 822-847, pp. 844-845.

⁶⁸ COGITORE, *La légitimité* (nt. 11), p. 55.

⁶⁹ ROHR VIO, *Le voci del dissenso* (nt. 11), p. 145.

Con la decisione di celebrare dei sacrifici di ringraziamento⁷⁰, il senato veniva incontro all'esigenza di Ottaviano di coagulare intorno a sé, nell'euforia dello scampato pericolo, un forte consenso e su tale base legittimare nuovamente il proprio potere⁷¹.

Con l'emanazione del *senatus consultum ultimum* attributivo della difesa dell'Urbe ai triumviri si utilizzava intenzionalmente uno strumento politico che solo sulla carta riconduceva ai triumviri il controllo della città di Roma, giacché a beneficiarne era di fatto esclusivamente Ottaviano, che era rimasto in Italia, il quale, avvertendo la direzione dell'Urbe come esigenza fondamentale per l'affermazione del suo primato politico⁷², avrebbe potuto sfruttare a proprio favore, come in effetti poi fece, l'autorità assoluta sulla città.

Questi rilievi sulle precise responsabilità del senato in ordine al destino ultimo di Salvidieno Rufo non riescono tuttavia ad oscurare il fatto che il responsabile principale della sua fine fu Ottaviano, del quale, come si è visto, le fonti testimoniano non solo la pervicacia con la quale volle che si dipingesse Rufo con tratti fortemente negativi e l'ostinazione con la quale invocò l'intervento del senato⁷³ e, addirittura, sostenne l'accusa, ma anche la durezza e la crudeltà e, al tempo stesso, l'illegittimità e l'arbitrarietà con cui egli liquidò la vicenda di Rufo. Infatti, come bene è stato scritto anche in riferimento alla discordanza delle fonti circa la morte di Rufo⁷⁴, giustiziato secondo Appiano e Dione e suicidatosi secondo Livio, «testimoniare il suicidio o invece l'uccisione dei cospiratori significa dunque negare o al contrario attestare il ruolo decisivo di Ottaviano nel loro destino. La questione, tuttavia, non assume un significato importante solo nel giudizio sulle responsabilità morali del principe verso i suoi oppositori. Diversamente pare svolgere un ruolo fondamentale nella valutazione della liceità giuridica del suo operato nel loro perseguimento. Nell'ultimo secolo della repubblica *de facto* anche se non *de iure* i cittadini romani erano divenuti immuni dalla pena di morte. I reati capitali tra cui il *crimen maiestatis*, per cui vennero perseguiti i cospiratori contro Ottaviano, erano puniti con l'*aquae et igni interdictio*, che rappresentava solo nominalmente una sentenza di morte. Si consentiva infatti al reo di fuggire in esilio volontario; quest'ultimo quindi perdeva i propri diritti di cittadino e poteva venire impunemente assassinato solo se fosse rientrato a Roma. L'uccisione dei cospiratori

⁷⁰ Che l'HALKIN, *La supplication d'action de grâces chez les Romains*, Paris, Les Belles Lettres, 1953, pp. 71-72 e 112, immaginando un errore interpretativo di Dione, riferisce alla conclusione del trattato di Brindisi.

⁷¹ ROHR VIO, *Le voci del dissenso* (nt. 11), pp. 145 e 327.

⁷² ROHR VIO, *Le voci del dissenso* (nt. 11), p. 337; COGITORE, *La légitimité* (nt. 11), p. 54.

⁷³ Così anche GAGLIARDI, *Il processo di Gallo* (nt. 32), p. 367.

⁷⁴ ROHR VIO, *Le voci del dissenso* (nt. 11), pp. 115-116.

per decisione di Ottaviano rifletterebbe dunque un'estensione arbitraria da parte di quest'ultimo della sfera di competenza della legge sul tradimento e delle pene da essa comminate».

Contrariamente a quanto ritenuto dal Volkmann⁷⁵, che, reputando più affidante la notizia liviana del suicidio di Salvidieno Rufo, ha immaginato che questo fosse avvenuto durante il suo esilio conseguente al pronunciamento senatorio, deve allora ritenersi che Ottaviano non si accontentò affatto di tale supposto esilio, ma pretese l'esecuzione della condanna a morte di Rufo⁷⁶, legittimando così quella contestazione della regolarità istituzionale del suo comportamento che ben traspare dall'uso dei verbi «κτείνω» ed «ἀποκτείνω» da parte di Appiano e Dione⁷⁷.

Comunque la si pensi, è tuttavia evidente che ai danni di Salvidieno Rufo venne allestita una strumentale imputazione di congiura, che condusse alla sua accusa, persecuzione e messa a morte come cospiratore. Servendosi della pubblicistica a loro favorevole e, insieme, adottando provvedimenti repressivi mirati, Ottaviano ed Antonio ribadirono infatti la certezza della colpa di Rufo, rivendicarono la legittimità della denuncia di Antonio e dell'incriminazione da parte di Ottaviano, assicurarono correttezza formale al perseguimento di Rufo ed attribuirono ai suoi progetti il carattere di gravissima minaccia per lo stato romano. In questo senso, allora, l'accusa di cospirazione mossa a Salvidieno Rufo appare strumentale e pretestuosa al pari di quella rivolta a Quinto Gal-

⁷⁵ *Zur Rechtsprechung*² (nt. 11), p. 33.

⁷⁶ La LEVICK, «*Poena Legis Maiestatis*» (nt. 40), p. 373, ricollega l'uccisione di Salvidieno Rufo ai necessari correttivi giudiziari imposti per un periodo di emergenza.

⁷⁷ A me sembra infatti incontestabile che, dei due diversi significati di tali verbi, «condannare a morte» ed «uccidere», «giustiziare», «far morire» [F. SCHENKL-F. BRUNETTI, *Dizionario greco-italiano*, La Spezia, Fratelli Melita Editori, 1991, pp. 107 e 491, s.vv. «ἀποκτείνω» e «κτείνω»; F. MONTANARI, *Vocabolario della lingua greca*², Torino, Loescher, 2004, pp. 295-296 e 1204, s.vv. «ἀποκτείνω» e «κτείνω»; H. G. LIDDELL, R. SCOTT, *Dizionario illustrato greco-italiano*, Firenze, Le Monnier, 2004, pp. 150-151 e 745, s.vv. «ἀποκτείνω» e «κτείνω»; L. ROCCI, *Vocabolario greco-italiano*, Roma, Società Editrice Dante Alighieri, 2014, pp. 205 e 1072, s.vv. «ἀποκτείνω» e «κτείνω»], in Appiano e Dione ricorra il secondo, giacché, stante la pronuncia senatoria di condanna, entrambi gli storici, rispettivamente con le frasi «ὁ δὲ Καῖσαρ ... τὸν Σαλουιδιτηνὸν ... ἔκτεινε» e «ὁ Καῖσαρ ... τὸν τε Ρούφον τὸν Σαλουιδιτηνὸν ... ἀπέκτεινε», non avrebbero mai potuto affermare che «Ottaviano aveva condannato a morte Salvidieno Rufo». Questi rilievi – ai quali va aggiunta la considerazione che, quando intendevano fare riferimento ad una condanna a morte, gli storici, come lo stesso Appiano nel caso di Gallio esaminato nel paragrafo precedente (ἡ δὲ βουλή κατεγίνωσκε θάνατον) e Dione nel caso di Antioco II del 29 a.C. (Dio Cass. 52.43.1: «καταψηφισθέντα ἀπέκτεινε»), adoperavano non di rado una terminologia più tecnica e meno equivoca – consentono allora di rigettare l'opinione del VOLKMANN, *Zur Rechtsprechung*² (nt. 11), pp. 32-33, secondo cui «dieses ἔκτεινε Appians nicht eine reine Gewalttat Octavians bedeutet, sondern Ergebnis einer Untersuchung war, worauf schon der Zusatz διελέγξας hinweist».

lio, rappresentando così un secondo esempio delle manipolazioni operate da Ottaviano in un'ottica propagandistica che dipingeva Salvidieno, per un verso, come un pericoloso criminale, in quanto potenziale assassino dell'erede di Cesare e destabilizzatore degli equilibri costituiti, e, per altro verso, come il traditore dell'*amicus* al quale doveva buona parte dei suoi successi⁷⁸.

5. Il caso di Cornelio Gallo

Le non poche fonti⁷⁹ che illustrano la vicenda umana e politica di Gaio Cornelio Gallo ci presentano con nitidezza una figura singolare ed una personalità complessa che finiscono per far apparire questo personaggio come emblematico rappresentante del periodo di transizione tra la Repubblica ed il Principato.

Gallo riveste prima la carica di *praepositus ad exigendas pecunias* e, probabilmente, di *praefectus fabrum* nella Gallia Cisalpina, e poi, forse, quella di *triumvir agris dividundis*⁸⁰. Dopo avere forse svolto delle non meglio precisabili funzioni militari in Africa nel 31 a.C., Gallo riappare sulla scena politica ed amministrativa con la carica di *praefectus fabrum* di Ottaviano in Egitto nel 30-29 a.C., in occasione cioè della guerra alessandrina contro Cleopatra, a conclusione della quale viene nominato *praefectus Aegypti*, carica, questa, che gli verrà revocata nel 28 a.C.⁸¹ e nuovamente attribuitagli nel 27 a.C.⁸².

⁷⁸ Così, giustamente, ROHR VIO, *Contro il principe* (nt. 11), p. 31.

⁷⁹ Amm. Marc. 17.4.5; Cic. *Ad fam.* 10.31.6; 10.32.5; CIL. 3.14147⁵ = ILS. 8995; CIL. 6.882 = AE. 1964 n. 255 = AE. 1968 n. 531; Dio Cass. 51.5; 51.9-10; 51.17.1; 53.13.2; 53.23.5-7-53.24.1; Eutr. 7.7; Hieronym. *Chr. ad Ol.* 187.4 (1986) e 188.2 (1990) = Eus. *Arm.* 210; Isid. *Orig.* 6.10.5 = Svet. *Rel.* 132 (ed. Reifferscheid); Malal. 9.224; Oros. *Adv. Pag.* 6.9.13-15; Ovid. *Am.* 1.15.29-30; 3.9.61-64; *Ars am.* 3.333-334; *Rem.* 765-766; *Trist.* 2.445-446; 4.10.51-54; 5.1.17; P. Oxy. 2820; P. Qasr Ibrîm; Parten. *Nic. Am. narr.*; Philarg. *Comm. in Verg.* (ed. Hagen) pp. 14-15; Plut. *Ant.* 79; Prob. *Comm. in Verg.* (ed. Hagen) pp. 327-328; Prop. *Eleg.* 2.34.91-92; Quint. *Inst. orat.* 1.5.8; 10.1.93; Ruf. *Fest. Brev.* 13.3; Serv. *Comm. in Verg. Buc.* 6.64-73; 9.10; 10.1-2; 10.74; *Comm. in Verg. Georg.* 4.1; Strab. 17.819-820 = 17.1.52-53; Svet. *Aug.* 66; *De poet.* 19; *Gramm.* 16; Synkell. 583-584; *Verg. Buc.* 6.64-73; 10.2-10; 10.21-23; 10.72-74.

⁸⁰ ARCARIA, *Diritto e processo penale* (nt. 10), pp. 9-10 e ntt. 9-12 (ivi ampia letteratura citata); ID., «*Quod ipsi Gallo inter gravissima crimina ab Augusto obicitur*». *Augusto e la repressione del dissenso per mezzo del senato agli inizi del Principato*, Napoli, Satura Editrice, 2013, p. 12 e nt. 19 (ivi altra letteratura citata); ID., *Dal «senatus consultum ultimum»* (nt. 10), p. 87 e nt. 198 (ivi altra letteratura citata), cui *adde* F. HOFFMANN, M. MINAS-NERPPEL, S. PFEIFFER, *Die dreisprachige Stele des «C. Cornelius Gallus»*. *Übersetzung und Kommentar*, Berlin, Walter de Gruyter, 2009, p. 5.

⁸¹ ARCARIA, *Diritto e processo penale* (nt. 10), pp. 10-11 e ntt. 13-18 (ivi ampia letteratura citata); ID., «*Quod ipsi Gallo inter gravissima crimina ab Augusto obicitur*» (nt. 80), p. 12 e nt. 20

L'atteggiamento tenuto nei confronti di Augusto mise però in cattiva luce Gallo, il quale, a seguito di un processo penale senatorio in cui egli fu chiamato a rispondere di ben cinque capi di imputazione (*iniuria, maiestas, perduellio, peculatus e repetundae*)⁸³, venne condannato all'esilio ed alla confisca dei beni, misure, queste, che lo spinsero al suicidio nel 27 o, più probabilmente, nel 26 a.C.⁸⁴.

Ovviamente, in questa sede non è possibile soffermarsi sullo svolgimento di tale processo, bensì ci si può limitare a fermare l'attenzione unicamente sull'avvio del procedimento giudiziario, prendendo le mosse dall'esame congiunto di tre testimonianze che si appalesano come particolarmente importanti al fine di focalizzare il ruolo giocato da Augusto in tale vicenda:

Dio Cass. 53.23.5-6: ὁ δὲ δὴ Γάλλος Κορνήλιος καὶ ἐξέβρισεν ὑπὸ τῆς τιμῆς. πολλὰ μὲν γὰρ καὶ μάταια ἐς τὸν Αὐγουστον ἀπελήρει, πολλὰ δὲ καὶ ἐπαίτια παρέπραττε· καὶ γὰρ καὶ εἰκόνας ἑαυτοῦ ἐν ὄλῃ ὡς εἰπεῖν τῇ Αἰγύπτῳ ἔστησε, καὶ τὰ ἔργα ὅσα ἐπεποιήκει ἐς τὰς πυραμίδας ἐσέγραψε. κατηγορήθη τε οὖν ἐπ' αὐτοῖς ὑπὸ Οὐαλερίου Λάργου, ἐταίρου τέ οἱ καὶ συμβιωτοῦ ὄντος, καὶ ἠτιμώθη ὑπὸ τοῦ Αὐγούστου, ὥστε καὶ ἐν τοῖς ἔθνεσιν αὐτοῦ κωλυθῆναι διαιτᾶσθαι. γενομένου δὲ τούτου καὶ ἄλλοι αὐτῷ συχνοὶ ἐπέθεντο καὶ γραφὰς κατ'αὐτοῦ πολλὰς ἀπήνεγκαν.

(ivi altra letteratura citata); ID., *Dal «senatus consultum ultimum»* (nt. 10), p. 87 e nt. 199 (ivi altra letteratura citata), cui *adde* G.A. CECCONI, *La città e l'impero. Una storia del mondo romano dalle origini a Teodosio il Grande*, Roma, Carocci, 2009, pp. 208-209; MANGIAMELI, *Tra «duces» e «milites»* (nt. 28), pp. 270-271; MARCONE, *Augusto* (nt. 38), p. 202.

⁸² HOFFMANN, MINAS-NERPEL, PFEIFFER, *Die dreisprachige Stele* (nt. 80), pp. 5-6; M. MINAS-NERPEL, S. PFEIFFER, *Establishing Roman Rule in Egypt: The Trilingual Stela of «C. Cornelius Gallus» from «Philae»*, in *Tradition and Innovation: Egypt under Roman Rule. Proceedings of the International Conference, Hildesheim, Roemer – and Pelizaeus-Museum, 3-6 July 2008*, edited by K. LEMBKE, M. MINAS-NERPEL, S. PFEIFFER, Leiden-Boston, Brill, 2010, pp. 265-298, p. 279; ROHR VIO, *Contro il principe* (nt. 11), pp. 45-46.

⁸³ ARCARIA, *Diritto e processo penale* (nt. 11), pp. 14-80; ID., «*Quod ipsi Gallo inter gravissima crimina ab Augusto obicitur*» (nt. 80), pp. 13-132.

⁸⁴ ARCARIA, *Diritto e processo penale* (nt. 11), p. 11 e ntt. 19-21 (ivi ampia letteratura citata); ID., «*Quod ipsi Gallo inter gravissima crimina ab Augusto obicitur*» (nt. 80), p. 13 e nt. 23 (ivi altra letteratura citata); ID., *Dal «senatus consultum ultimum»* (nt. 10), p. 88 e nt. 202 (ivi altra letteratura citata), cui *adde* A. FRASCHETTI, *Augusto*, Roma-Bari, Laterza, 1998, p. 107; ID., *Roma e il principe*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. XIII; A. BALBO, *I frammenti degli oratori romani dell'età augustea e tiberiana. Parte prima. Età augustea²*, Alessandria, Edizioni dell'Orso, 2007, p. 3; FAORO, *Sull'«origo»* (nt. 29), pp. 27-28; HOFFMANN, MINAS-NERPEL, PFEIFFER, *Die dreisprachige Stele* (nt. 80), p. 6; MINAS, NERPEL, PFEIFFER, *Establishing Roman Rule* (nt. 82), p. 266; ROHR VIO, *Contro il principe* (nt. 11), pp. 43 e 110.

Svet. Aug. 66.1-2: ... *Neque enim temere ex omni numero in amicitia eius afflictis reperientur, praeter Salvidienum Rufum, quem ad consulatum usque, et Cornelium Gallum, quem ad praefecturam Aegypti, ex infima utrumque fortuna provexerat. Quorum alterum res novas molientem damnandum senatui tradidit, alteri ob ingratum et malivolum animum domo et provinciis suis interdixit. Sed Gallo quoque et accusatorum denuntiationibus et senatus consultis ad necem compulso, laudavit quidem pietatem tantopere pro se indignantium, ceterum et inlacrimavit et vicem suam conquestus est, «quod sibi soli non liceret amicis, quatenus vellet, irasci» ...*

Amm. Marc. 17.4.5: ... *Cornelius Gallus, Octaviano res tenente Romanas Aegypti procurator, exhausit civitatem plurimis interceptis, reversusque cum furtorum arcesseretur et populatae provinciae, metu nobilitatis acriter indignatae, cui negotium spectandum dederat imperator, stricto incubuit ferro ...*

Dione Cassio, dopo avere ricordato che Cornelio Gallo aveva assunto un atteggiamento arrogante proprio in seguito agli onori ricevuti (ὁ δὲ δὴ Γάλλος Κορνήλιος καὶ ἐξύβρισεν ὑπὸ τῆς τιμῆς), continua affermando che egli, da un lato, parlava a vanvera diffondendo molte sciocchezze e chiacchiere oltraggiose nei confronti di Augusto (πολλὰ μὲν γὰρ καὶ μάταια ἐς τὸν Αὐγούστον ἀπελήρει)⁸⁵ e, dall'altro, era stato autore di diversi misfatti (πολλὰ δὲ καὶ ἐπαίτια παρέπραττε), quali, ad esempio, l'erezione di proprie statue in tutto l'Egitto e l'iscrizione sulle piramidi del resoconto delle sue imprese (καὶ γὰρ καὶ εἰκόνας ἑαυτοῦ ἐν ὅλῃ ὡς εἰπεῖν τῇ Αἰγύπτῳ ἔστησε, καὶ τὰ ἔργα ὅσα ἐπεποιήκει ἐς τὰς πυραμίδας ἐσέγραψε). Lo storico prosegue poi specificando che per questi comportamenti Gallo era stato accusato da Valerio Largo (κατηγορήθη τε οὖν ἐπ' αὐτοῖς ὑπὸ Οὐαλερίου Λάργου), suo compagno e contubernale (ἐταίρου τέ οἱ καὶ συμβιωτοῦ ὄντος), ed aveva subito la *renuntiatio amicitiae* da parte di Augusto (καὶ ἠτιμώθη ὑπὸ τοῦ Αὐγούστου), con il conseguente divieto di vivere e risiedere nelle sue province (ὥστε καὶ ἐν τοῖς ἔθνεσιν αὐτοῦ κωλυθῆναι διαιτᾶσθαι). Dione puntualizza infine che, dopo questo fatto (γενομένου δὲ τούτου), vi erano stati molti altri che avevano attaccato Gallo, avanzando, per iscritto, diverse accuse nei suoi confronti (καὶ ἄλλοι αὐτῷ συχνοὶ ἐπέθεντο καὶ γραφὰς κατ'αὐτοῦ πολλὰς ἀπήνεγκαν).

A me sembra che dalla sequenza degli avvenimenti di cui al racconto dioneo emerga nitidamente che le prime accuse rivolte a Cornelio Gallo fossero circoscritte al *crimen iniuriae* e *maiestatis* e che esse, proprio nella misura in cui facevano riferimento a comportamenti criminosi lesivi in maniera diretta ed esclusiva dell'onore, della dignità, del ruolo politico e della posizione costi-

⁸⁵ Il FERRERO, *Grandezza e decadenza di Roma IV*, Milano, Mondadori, 1946, p. 51 nt. 1, traduce il termine «μάταια» con «stoltezza».

tuzionale di Augusto, avessero condotto, in un primo momento, solamente alla *renuntiatio amicitiae* da parte dell'imperatore⁸⁶, che si era determinato in tal senso non in seguito ad una propria iniziativa⁸⁷, bensì sulla scorta di puntuali accuse promosse *aliunde*⁸⁸.

Dione è poi altrettanto chiaro nello specificare che, in seguito all'avvenuta *renuntiatio amicitiae*, Cornelio Gallo era stato attaccato anche da molti altri, i quali avevano avanzato contro di lui diverse altre accuse⁸⁹: queste, non altrimenti specificate, non possono che essere, a mio avviso, quelle riguardanti la *perduellio*, il *peculatus* e le *repetundae*⁹⁰.

La sequenza degli avvenimenti della narrazione di Dione è confermata dal racconto di Svetonio, che è anch'esso assai limpido nell'informarci che le denunce degli accusatori e le pronunce senatorie erano state precedute dalla *renuntiatio amicitiae* da parte del *princeps*: «*Cornelium Gallum ... ob ingratum et malivolum animum domo et provinciis suis interdixit. Sed Gallo quoque et accusatorum denuntiationibus et senatus consultis ad necem compulso ...*».

Se le testimonianze di Dione Cassio e Svetonio appaiono dunque preziose

⁸⁶ Così anche R. DE CASTRO-CAMERO, *El «crimen maiestatis» a la luz del «senatus consultum de Cn. Pisone patre»*, Sevilla, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2000, pp. 44-45 e nt. 53, che instaura un parallelismo tra il caso di Cornelio Gallo e quello di Gneo Pisone, e, più recentemente, P. GAGLIARDI, *La stele di Cornelio Gallo a «Philaes»: qualche spunto di riflessione*, in *Historia*, 61 (2012), pp. 94-114, p. 110.

⁸⁷ Come invece ritiene la NOÈ, *Commento storico a Cassio Dione LIII*, Como, Edizioni New Press, 1994, p. 182, secondo cui saremmo di fronte ad «un'azione promossa da Augusto in qualità di patrono e amico». Cfr. K.A. RAAFLAUB, L.J. SAMONS II, *Opposition to Augustus, in Between Republic and Empire. Interpretations of Augustus and his Principate*, edited by K. A. TOHER, M. BOWERSOCK, Berkeley-Los Angeles-Oxford, University of California Press, 1990, pp. 417-454, p. 424.

⁸⁸ MANZONI, «*Foroiuliensis poeta*» (nt. 35), p. 51.

⁸⁹ Così anche DE MARINI AVONZO, *La funzione* (nt. 38), p. 22; BLEICKEN, *Senatsgericht* (nt. 24), p. 32 nt. 3; BOUCHER, *Caius Cornélius Gallus* (nt. 35), pp. 54-55; BAUMAN, *The «Crimen Maiestatis»* (nt. 11), pp. 180-181; VOLKMANN, *Zur Rechtsprechung*² (nt. 11), pp. 115-119; DALY, REITER, *The Gallus Affair* (nt. 35), pp. 301-305; G. CRESCI MARRONE, *Ecumene Augustea. Una politica per il consenso*, Roma, L'«Erma» di Bretschneider, 1993, p. 155; NOÈ, *Commento storico* (nt. 87), p. 182; MANZONI, «*Foroiuliensis poeta*» (nt. 35), pp. 51-52; ROHR VIO, *Contro il principe* (nt. 11), p. 47. Peraltro, assolutamente ingiustificata è apparsa in dottrina [RAAFLAUB-SAMONS II, *Opposition* (nt. 87), pp. 424-425] la supposizione, avanzata dallo SCHMITTHENNER, *Augustus' spanischer Feldzug und der Kampf um den Prinzipat*, in *Historia*, 11 (1962), pp. 29-85, pp. 74-75, secondo cui il senato, attraverso Gallo, avrebbe cercato di colpire Augusto.

⁹⁰ Così anche GAGLIARDI, *Il processo di Gallo* (nt. 32), pp. 362 e 364, limitatamente alle accuse di malgoverno, *peculatus* e *repetundae*. Che le accuse nei due momenti fossero diverse è opinione anche di HOFFMANN, MINAS-NERPEL, PFEIFFER, *Die dreisprachige Stele* (nt. 80), p. 9. Cfr. ROHR VIO, *Gaio Cornelio Gallo* (nt. 32), p. 67.

nell'attestare che il processo penale nei confronti di Gallo ebbe luogo solamente dopo la *renuntiatio amicitiae* da parte di Augusto⁹¹, non meno importante è un particolare che apprendiamo dal racconto di Ammiano Marcellino, il quale è esplicito nell'affermare che il senato era stato chiamato ad esaminare i comportamenti di Gallo direttamente da Augusto e che quindi proprio da quest'ultimo il tribunale senatorio traeva la legittimazione a conoscere dei *crimina* commessi dal prefetto d'Egitto: «... *Cornelius Gallus ... cum furtorum arcesseretur et populatae provinciae, metu nobilitatis acriter indignatae, cui negotium spectandum dederat imperator, stricto incubuit ferro ...*».

E, inverò, se si presta attenzione a tutte e tre le testimonianze ora richiamate, ci si accorgerà che in nessuna di esse si fa menzione di accuse portate direttamente in senato: Svetonio si limita infatti a dire che Gallo era stato spinto al suicidio tanto dalle denunce degli accusatori quanto dalle pronunce senatorie (*Gallo quoque et accusatorum denuntiationibus et senatus consultis ad necem compulso*)⁹²; Ammiano, più sinteticamente, parla di accuse rivolte a Gallo (*Cornelius Gallus ... cum furtorum arcesseretur et populatae provinciae*); Dione, infine, afferma solamente che Gallo era stato accusato inizialmente da Valerio Largo e, dopo l'avvenuta *renuntiatio amicitiae* da parte di Augusto, anche da molti altri (κατηγορήθη ... ἀπήνεγκαν).

Questi rilievi e, insieme, la notizia ammiana consentono perciò di ritenere, a mio avviso, che le diverse accuse avanzate dai *delatores* contro Gallo non erano state presentate direttamente al senato⁹³, ma erano state raccolte e con-

⁹¹ Così anche GAGLIARDI, *Il processo di Gallo* (nt. 32), p. 352, secondo cui «se dei due momenti del processo il primo fu «privato», come lascia intendere il provvedimento non ufficiale della *renuntiatio amicitiae*, se ne desume che Augusto contestò a Gallo mancanze morali più che penali, comportamenti ingrati e sleali, soprattutto in considerazione degli enormi benefici ricevuti. Di qui la sostanziale mitezza del provvedimento, che – è vero – rovinava Gallo sul piano politico e sociale ... ma non ne colpiva l'integrità né fisica né patrimoniale e gli avrebbe consentito dunque un'agiata vita privata. La natura e la moderazione del provvedimento di Augusto, peraltro, depongono in favore di una gravità non eccessiva delle colpe contestate a Gallo, tra cui non dovevano esserci veri reati. Il che spiega anche – mi pare – la vaghezza e la difficoltà delle fonti nel concretizzare questi comportamenti, non iscrivibili in fattispecie criminose e anzi forse addirittura gonfiati ad arte in un preciso disegno per rovinare il *praefectus*» (p. 359). Ma, già in precedenza, v. R. A. BAUMAN, *Impietas in principem*. *A study of treason against the Roman emperor with special reference to the first century A.D.*, München, Beck, 1974, pp. 110-111 e nt. 7.

⁹² Secondo la GAGLIARDI, *Il processo di Gallo* (nt. 32), p. 366, tale frase è chiarissima nell'attribuire all'accanimento degli accusatori ed alla pesante condanna senatoria la responsabilità morale del suicidio di Gallo. E, inverò, particolarmente efficace, in tal senso, è il participio «*compulso*», dal momento che, per il gioco fonico con il quasi omofono «*consultis*», che ne amplifica la risonanza, esso rende perfettamente l'idea della costrizione e dell'inevitabilità della morte.

⁹³ Sui *delatores* nel processo criminale senatorio v., in generale, DE MARINI AVONZO, *La*

vogliate verso l'assemblea dei *patres* da Augusto⁹⁴, che aveva espressamente incaricato quest'ultima della trattazione del processo nei confronti del prefetto d'Egitto (*negotium spectandum dederat imperator*)⁹⁵: il senato era stato dunque chiamato ad indagare sull'operato di Gallo direttamente da Augusto e, quindi, proprio dal fondatore del Principato il tribunale senatorio era stato legittimato a *cognoscere* dei *crimina* commessi dal prefetto d'Egitto.

Perciò, non vi è chi non veda come l'affidamento del giudizio al senato da parte di Augusto costituisse una 'rottura' della legalità, che si concretizzava in una grave deroga alla legislazione criminale vigente e, quindi, in un eversivo 'strappo' alla giurisdizione ordinaria, dal momento che si distoglieva l'accusato dal suo giudice naturale, cioè la *quaestio* o, meglio, ciascuna *quaestio perpetua* competente per legge a conoscere, di volta in volta, dei diversi reati commessi da Gallo.

Non è allora difficile individuare quale sia stato il vero ruolo di Augusto nella vicenda giudiziaria ed umana che coinvolse il suo ex prefetto.

Infatti, può immaginarsi che egli fin dall'inizio fosse stato coinvolto consapevolmente nella rovina di Gallo, alla quale diede avvio appunto con la *renuntiatio amicitiae*, verosimilmente in seguito ad un accordo più o meno tacito con il senato, come era già avvenuto nel caso di Salvidieno Rufo, abbandonato all'antipatia dei nemici in conseguenza di un compromesso. Così, sacrificando Gallo in un momento delicato dei suoi rapporti con il senato, Augusto dava ai *patres* l'illusione di una rivalsa politica, da loro sentita come riaffermazione di un prestigio di fatto perduto, e di una vendetta che colpiva tuttavia solamente la persona del *praefectus Aegypti*, privato di ogni peso politico e divenuto facile bersaglio degli odii, dei rancori e della volontà di vendetta del senato, ma non riusciva a toccare la sua carica e, dunque, non metteva in discussione l'assetto della nuova provincia egiziana⁹⁶.

funzione (nt. 38), pp. 79-82; J. GARCÍA CAMIÑAS, «Delator». *Una aproximación al estudio del «delator» en las fuentes romanas*, Santiago, Velograf, 1983, pp. 49-67 e 71-73; Y. RIVIÈRE, *Les délateurs sous l'Empire romain*, Roma, École Française de Rome, 2002, pp. 163-255.

⁹⁴ Ciò non deve stupire più di tanto, giacché numerose fonti attestano l'ingerenza dell'imperatore nella *receptio inter reos*: DE MARINI AVONZO, *La funzione* (nt. 38), pp. 83-86.

⁹⁵ Così anche MINAS-NERPEL, PFEIFFER, *Establishing Roman Rule* (nt. 82), p. 280 e ROHR VIO, *Contro il principe* (nt. 11), p. 52.

⁹⁶ Cfr. GAGLIARDI, *Il processo di Gallo* (nt. 32), p. 365. Secondo il MARCONE, *Augusto* (nt. 38), pp. 206-207, che il caso di Gallo possa essere stato una sorta di successo dell'opposizione politica ad Augusto, con la conseguenza che non sarebbe stato il comportamento del prefetto a determinare la sua caduta in disgrazia presso il *princeps* ma il risentimento degli esponenti di spicco dell'ordine senatorio, i quali non potevano accettare che un cavaliere ottenesse una carica di così alto prestigio, sarebbe il frutto di «speculazioni prive di sostegno nelle nostre fonti e anche di plausibilità. Resta vero, in ogni caso, che, per quanto Augusto potesse essere insoddi-

Pertanto, la notizia ammiana del deferimento del giudizio ai *patres* da parte di Augusto appare di notevole importanza perché dimostra che dei fatti esistevano interpretazioni in contrasto con quella augustea e che non solo il *princeps* aveva interesse a travisare la realtà. E, invero, l'attribuzione ad Augusto del ruolo di promotore del giudizio senatorio si oppone, a livello propagandistico, alla versione ottaviana, che, per discolpare Augusto, faceva ricadere la responsabilità sull'ostilità del senato a Gallo e sulla gravità dei suoi pronunciamenti, con la conseguente impossibilità per i *patres* di negare il peso del proprio ruolo, del quale nelle parole di Ammiano è non a caso sottolineata la portata decisiva. Ammiano stesso, però, sembra coinvolgere nella vicenda di Gallo il *princeps* più di quanto egli volesse. Infatti, laddove la ricostruzione dionea e svetoniana teneva separate le due fasi del giudizio, imputando ad Augusto solamente la *renuntiatio amicitiae*, quella senatoria tramandata da Ammiano sembra invece sottolineare la continuità e la consequenzialità degli eventi, ponendo il *princeps* all'origine anche della seconda drammatica fase del processo⁹⁷.

Quel che sembra emergere in relazione alla vicenda di Cornelio Gallo è allora «l'idea di un eccesso, di una persecuzione giudiziaria»⁹⁸ e, dunque, di un 'processo politico'.

E, invero, la vicenda giudiziaria di Gallo si iscrive nel sotterraneo braccio di ferro tra Augusto e il senato all'indomani delle cruciali sedute del gennaio 27 a.C., da cui era scaturito il *novus ordo* che aveva comportato un esautoramento dell'assemblea dei *patres*, i quali ben comprendevano la natura meramente formale di molte prerogative loro riconosciute e del rispetto ostentato dal *princeps*. Pertanto, il loro accanimento contro Gallo, che finì per assumere i contorni appunto di una persecuzione giudiziaria, si spiega in questo clima rovente, al quale si aggiungeva il risentimento del senato per la carriera e, soprattutto, per la nuova carica di *praefectus Aegypti* dell'imputato. Ecco allora che, in tale situazione, Gallo divenne facile bersaglio dell'odio del senato, sia a livello personale (in quanto *eques* salito ad un rango equiparabile a quello dei magistrati repubblicani) e sia come espressione della politica di Augusto in Egitto, e, al tempo stesso, motivo di rivalse verso il *princeps* e di riaffermazione del proprio scosso prestigio⁹⁹.

Cornelio Gallo fu dunque eliminato nel contesto della difficile definizione di un nuovo equilibrio di poteri tra il *princeps* e l'aristocrazia senatoria, part-

sfatto della sua scelta e irritato per il comportamento di Gallo, non modificò la sua decisione iniziale di affidare il governo dell'Egitto a esponenti dell'ordine equestre».

⁹⁷ Così anche GAGLIARDI, *Il processo di Gallo* (nt. 32), pp. 368-369.

⁹⁸ GAGLIARDI, *Il processo di Gallo* (nt. 32), pp. 347-348.

⁹⁹ Così GAGLIARDI, *Il processo di Gallo* (nt. 32), pp. 359-363.

ner necessario nel *novus ordo*, ma ostile a non poche soluzioni innovative escogitate per l'assetto istituzionale dello Stato da Augusto, il quale, come aveva già dimostrato la vicenda di Salvidieno Rufo, non esitò a sacrificare dei collaboratori fedeli, capaci e sperimentati sull'altare dell'ostentata aderenza al *mos maiorum*¹⁰⁰.

6. Conclusioni

Il processo contro Gallo si appalesa come una vicenda delicata per la reazione di Augusto, il quale decise di sacrificare il suo *praefectus Aegypti* per mero calcolo politico, e cioè sull'altare di quel formale e difficile compromesso tra *princeps* e *senatus* che avrebbe dovuto costituire il fondamento del *novus ordo* da lui instaurato e che, però, non celava del tutto le tensioni tra i due massimi poteri dello stato romano agli inizi del Principato, finendone anzi per costituire occasione di scontro. Ed è proprio dal conflitto tra questi due poteri agli inizi del principato augusteo che scaturisce la natura 'politica' del giudizio contro Gallo, che, iscrivendosi appunto all'interno della non sempre pacifica dialettica tra il senato ed Augusto, ci appare allora come la vittima sacrificale di interessi e giochi politici più grandi di lui e, conseguentemente, come una delle figure più affascinanti e paradigmatiche della generazione che visse il passaggio cruciale dalla Repubblica al principato augusteo.

La ricostruzione del processo subito dal primo prefetto d'Egitto contribuisce così a gettare nuova luce sull'utilizzo della repressione criminale del senato da parte di Augusto come formidabile strumento di tacitamento delle voci del dissenso politico ed ideologico nei confronti della sua persona e del *novus ordo* da lui instaurato.

In quest'ultimo senso, allora, la vicenda umana e giudiziaria di Cornelio Gallo e, prima ancora, i casi di Quinto Gallio e Salvidieno Rufo, verificatisi in un torno di anni ritenuto giustamente «un momento di transizione, in cui il rispetto formale di molti istituti venne meno»¹⁰¹, si appalesano agli occhi dell'interprete moderno come di non poco momento al fine, da un lato, di chiarire le dinamiche che determinarono la nascita e la progressiva affermazione, organizzazione e stabilizzazione del principato augusteo e, dall'altro, di lumeggiare passaggi non di rado assai delicati del dibattito che maturò all'interno della classe dirigente del *novus ordo* sull'assetto da assicurare alla *res publica restituta*.

Una fase, questa, che vide Augusto cercare di disinnescare qualsiasi recru-

¹⁰⁰ In tal senso v. ROHR VIO, *Contro il principe* (nt. 11), p. 55.

¹⁰¹ BALBO, *Attività giudiziaria* (nt. 23), p. 573.

descenza eversiva, che rivelava un forte dissenso interno in contrasto con l'immagine di *consensus universorum* accreditata dal fondatore del Principato nel corso della sua intera attività di governo, servendosi non solo del senato, ma anche della diffusione di una vulgata di regime che condizionasse l'approccio e la valutazione dell'opinione pubblica in senso decisamente sfavorevole ai suoi oppositori politici, i quali, un tempo vicini al *princeps* ed ora divenuti personaggi scomodi, in seguito a tale propaganda subirono una denigrazione della loro persona e della loro azione, privata di ogni legittimante idealità politica e presentata, invece, come strumento per soddisfare rancori od ambizioni personali.

Così, per quanto possa sembrare paradossale, il dissenso politico, che pure rappresentava una concreta minaccia per la vita e l'azione politica di Augusto, nei fatti finì per tradursi, rovesciando completamente la prospettiva dei suoi promotori, addirittura in un abile e talora decisivo strumento di governo nelle mani del *princeps* e, conseguentemente, in preziosa occasione per attuare il progressivo consolidamento del proprio potere. Infatti, il clima emergenziale che era generato dalla notizia della scoperta di congiure o complotti contro il *princeps*, vera o costruita che fosse, non faceva altro che legittimare, al cospetto di un'opinione pubblica ancora scossa dalle lunghe e sanguinose guerre civili dell'ultimo secolo della *res publica*, interventi e provvedimenti anche di radicale ridefinizione dei poteri dello stato romano, funzionali all'attuazione del progetto finale di Augusto, cioè l'instaurazione di una monarchia di fatto.

Da questo angolo prospettico, le figure di Quinto Gallio, Salvidieno Rufo e Cornelio Gallo ci appaiono dunque come «preziose chiavi interpretative»¹⁰² per comprendere meglio il delicato passaggio storico rappresentato dalla transizione dalla Repubblica al Principato. E ciò, in quanto le modalità della loro prima affermazione e successiva ascesa e poi del loro declino sembrano configurarsi come precisi tasselli di quel tortuoso percorso, connotato peculiarmen- te da un inesausto sperimentalismo, che consentì ad Augusto di traghettare l'agonizzante *res publica* verso una nuova realtà istituzionale mediante la sapiente conciliazione del necessario superamento del vecchio *status* con il formale rispetto di quel *mos maiorum* che di esso era stato da sempre fulcro e cardine.

¹⁰² Così le definisce la ROHR VIO, «*Ex virtute nobilitas coepit*» (nt. 28), p. 39.

CARLO LANZA

“CRISI DELLA LEGALITÀ” ESPERIENZA CONTEMPORANEA. *EXEMPLA ROMANI*

“Crisi della legalità”¹: il significato corrente è insidioso, si presta a letture ‘deboli’, forse ambigue. È rilevante che l’espressione abbia praticamente messo in ombra o assorbito il sintagma “crisi del diritto”².

¹ L’espressione è divenuta di diffusissimo impiego; studi, convegni e manifestazioni si susseguono. Di recente: *Materiali per una cultura della legalità*, a cura di G. ACOCELLA, Torino, 2014; L. FERRAJOLI, *Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità*, in *Giustizia civile*, 2014, pp. 27 ss. Una raccolta postuma di scritti di Sergio Fois è stata intitolata a *La crisi della legalità* (Milano, 2010). Scarsi appaiono i riferimenti nella nostra letteratura fino alla metà del Novecento. Fornisco qualche indicazione. N. COCO, *Sulla odierna crisi della legalità in Italia*, in *La Giustizia sociale* del primo novembre 1923 («La crisi dello Stato sarebbe dovuta allo spezzettamento della sua autorità nelle varie autorità dei sindacati, corporazioni, leghe, ecc. Il sindacalismo avrebbe ... raggiunto il suo acme di violenza extrastatale, se non antistatale. La crisi della legalità può trovare il suo rimedio nel potenziare la resistenza dello Stato contro i sindacati: ma non solamente per mezzo della forza dello Stato, ma altresì del suo prestigio e della sua autorità morale»: così la segnalazione in *La Scuola Positiva. Rivista di Diritto e Procedura Penale*, n.s., 3 (1923), pt. prima, pp. 405 s.). *Crisi della legalità*, in *La giustizia penale*, 41 (1935), p. 1469, è il titolo della recensione all’articolo di E. MENENDEZ, *La crisis de la legalidad* («Universidad de La Habana», 1934, n. 4, pp. 43 ss.). Su *La nuova Europa. Settimanale di politica e letteratura*, 1, n. 4, 31 dicembre 1944, p. 10, appare *La crisi della legalità*, di P. CALAMANDREI (in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1966, 127 ss.). Calamandrei esamina la crisi europea del precedente trentennio in termini di «“crisi di legalità” cioè considerando con occhio di giurista», e si sofferma sulle conseguenze del fascismo: «Fra le tante distruzioni di cui il passaggio della pestilenza fascista è responsabile, si dovrà annoverare anche quella, non riparabile in pochi anni, del senso della legalità ... Solo nei regimi liberi ... la legge può essere sentita dal popolo come espressione dell’interesse comune, e il rispetto della legge può entrare nelle coscienze come un dovere quasi religioso di solidarietà sociale, come consapevolezza di quella reciprocità umana che costituisce la base morale del diritto»; «Per vent’anni il fascismo ha educato i cittadini proprio a disprezzare le leggi»; «Questa ventennale istigazione all’illegalismo avrà aggravato nel fondo del popolo italiano quel senso di ostilità contro lo stato, quella mancanza di solidarietà civile che purtroppo era, anche prima del fascismo, una triste eredità lasciata agli italiani dalla secolare schiavitù». A. GIANNINI, *La crisi della legalità*, in *Doctor communis. Acta et commentationes Pontificae Aca-*

miae Romanae S. Thomae Aquinatis, 1950, n. 1, Ianuarius-Aprilis, pp. 92 ss. (in calce, p. 103, «Roma, gennaio 1948»), tratteggia un fosco dopoguerra, negli assetti sia internazionali sia interni: «Dallo scoppio del secondo conflitto mondiale assistiamo – è questo uno dei fenomeni più tristi dell'epoca attuale – ad una spaventosa crisi della legalità. Mai si è fatto tanto scempio della legge; mai vi è stato tanto diffuso disprezzo del diritto. Alle radici di questa crisi ribolle la più grave crisi del sentimento della giustizia e della concezione stessa del diritto. Poiché non solo si viola la legge – tanto dagli organi di governo, quanto, e ciò è più grave, dal giudice che ne dovrebbe essere la *viva vox* – ma addirittura ... si crea la legge per dar veste di legalità all'ingiustizia» (p. 92); «La gamma delle illegalità è percorsa tutta, dalle forme più gravi alle più leggere, con un senso di indifferenza, che diventa talvolta persino una forma di civetteria. Si sorride alla legge violata come alla birichinata ben riuscita di un fanciullo. E talvolta il sorriso è la maliziosa vendetta contro la legge stupida ed ingiusta» (pp. 100 s.). Una «crisi della legalità» è data comunque per indiscussa alla metà del Novecento. Negli *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, I, *Filosofia e teoria generale del diritto*, p. 20, G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, scrive: «Altro che crisi della legalità! Qui la vera crisi è che la vita è senza ordinamento giuridico e l'ordinamento giuridico è senza vita». *Ivi*, p. 348, S. LENER, *La certezza del diritto, il diritto naturale e il magistero della Chiesa*: «Al decadimento generale della legalità imputabile allo stesso legislatore si affianca, aggravandolo, la diffusa indisposizione dei sudditi alla ubbidienza, determinata anche da ragioni a essi proprie, economiche e politiche soprattutto. *Crisi della legalità e crisi dello Stato*: tale è la diagnosi tecnica del ... fenomeno ... facilmente osservabile in molti stati moderni». *Ivi*, pp. 482 ss., il par. «La crisi della legalità come crisi dei valori» in F.M. DOMINEDÒ, *Giurisprudenza dei valori* [= in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 48 (1950), pt. prima, pp. 393 ss.; sulla stessa rivista, 53 (1955), pt. prima, pp. 1 ss., ID., *Sulla crisi della legalità*]. E si veda l'Appendice, in *I problemi attuali della filosofia del diritto*, Atti del Convegno di Studi tenuto a Roma nei giorni 3 e 4 ottobre 1953, a cura di R. ORECCHIA, Milano, 1954, pp. 163 ss. Del 1960 il contributo di G. GROSSO, *La crisi della legalità*, ora in ID., *Tradizione e misura umana del diritto*, Milano, 1976, pp. 139 ss.; al 1954 risale *Il valore della legalità*, *ivi*, pp. 115 ss., largamente citato da G. FATELLI, *Il desiderio della legge*, Roma, 1999, p. 29 ss. C. SCHMITT, *Il problema della legalità*, in *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. MIGLIO, P. SCHIERA, Bologna, 1972, p. 285, annotava: «Nel 1829 Lamennais aveva individuato con precisione l'antitesi di legalità e legittimità. Già prima della rivoluzione del 1848 venne coniata la massima famosa: la legalità uccide, «la *légalité tue*» ... Subito dopo il 1848, il Presidente Luigi Napoleone ha rilasciato dei proclami nei quali esortava «ad uscire dalla legalità per rientrare nel diritto» («de sortir de la *légalité*, pour rentrer dans le droit»). A partire da circa il 1900, l'opposizione in Francia parla di un «pays légal», nei confronti del quale essa rappresenterebbe un «pays réel». Cfr. *ivi*, pp. 288 ss., *Abbozzo di storia del rapporto legalità e legittimità*. «La *légalité actuelle nous tue*»: la frase pronunciata da Jean-Pons-Guillaume Viennet – *Compte-rendu des Sessions Législatives. Par Édouard Bucquet, Session de 1834*, Paris, 1834, p. 172; A. CARREL, *Du mot: la légalité nous tue. [Du mot de M. Viennet: La légalité nous tue.]*, in ID., *Oeuvres*, III, Paris, 1857, p. 383 – ebbe subito vasta eco (del 1833 articoli su *La caricature*, *L'ami de la religion*, *La mode*, *L'écho de la fabrique*, *Mélanges Occitaniques*, *Revue de Paris*, *Revue des deux Mondes*). «La *légalité tue la société moderne*» dice un personaggio di Balzac in una delle ultime righe de *La Maison Nucingen*, del 1837. L'uso del termine «legalità» risale al Duecento (Bonvesin de la Riva, *De Sathana cum Virgine*, versi 19-20: «Matre de grand iustisia, matre de verità, / Sì fa contra iustisia e contra legaltà»). Nel Du Cange (III, p. 1315) alla voce *Illegalis* si legge: «Extra *Legem* positus, *Exlex*, *bannitus*, *proscriptus*, cui

Nel 1958 Luigi Raggi inseriva la “crisi della legalità” in un inventario di diverse, possibili cause della “crisi del diritto”, su cui i giuristi dibattevano: «Crisi della legalità, o dell'imperatività della norma, o dello statualismo, o della certezza, o ... della giustizia, quali punti di frattura di una preesistente situazione di equilibrio»³. Certo si può sempre risalire “per li rami” affrontando tutte le

legi ac juri stare non licet. Speculum Saxonicum lib. 2 art. 71. § 1: *Quicumque contra edictum & adversus ea fecerint, sicut Illegales & banniti judicentur*. In *Manuale vocabulorum Exoticorum, Obscurorum, Latino-Barbarorum*, Wirceburgi, 1736, p. 398: «Legalis, qui stare juri idoneus est». In JOHANNIS KAHL ALIÀS CALVINI *Magnum Lexicon juridicum*, I, Coloniae Allobrogum, 1734, p. 850: «LEGALIS scientia, est res sanctissima». Ma, ad es., in *De verb. quæ ad ius pertinent significatione libri XIX* di Brissonius, Lugduni, 1559, in *Novum Lexicon utriusque Iuris* di Hieronymus Verrutius, Lutetiæ Parisiorum, 1574, in *Lexicon iuridicum: Hoc est, Iuris civilis et canonici in schola atque foro usitatarum vocum Penus, Ex antiquis & recentioribus Iurisconsultis ac Lexicographis ...* Excudebat Iacobus Stoer, 1599, in *Manuale Juris* di Sebastianus Almers, Bremæ, 1668, in *Juris civilis Summa, seu Index copiosus ...* Auctore Stephano Daoyz, II, ed. Mediolani, 1742, in *Vocabularium Juris utriusque* di Philippus Vicat, Ex officina Bousquetiana, II, 1759, i lemmi *legalis* e *illegalis* sono ignorati. In generale, sul concetto di crisi, P.B. HELZEL, *Il recupero del binomio sovranità-autorità alla luce della tradizione giuridica*, in *Autorità e crisi dei poteri*, a cura di P.B. HELZEL, A.J. KATOLO, Padova, 2012, pp. 15 ss. Per un recente e produttivo uso della coppia legittimità/legalità, U. BECK, *Europa tedesca. La nuova geografia del potere* [2012], Roma-Bari, 2013; *ivi*, pp. 31 ss., il par. intitolato “‘Imposto dal pericolo’ contro ‘vietato dalla legge’”.

² Si veda tuttavia P. GROSSI, *Crisi del diritto oggi?*, in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2011, pp. 67 ss. (e in *Diritto e società*, n.s., 2011, pp. 37 ss.). Cfr. F. MODUGNO, *Unità della scienza giuridica? Dottrina, giurisprudenza, interpretazione*, relazione al Convegno *Unità della scienza giuridica. Problemi e prospettive*, Roma, 28 novembre 2014, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Osservatorio costituzionale*, dicembre 2014, pp. 12 ss. Grossi cita il volume *La crisi del diritto*, Padova, 1953, e ricorda: «Il vocabolo ‘crisi’, in diverse congiunzioni con diversi altri vocaboli (‘fonti’, ‘legge’, ‘scienza giuridica’), era già stato usato nella riflessione giuridica italiana degli anni Trenta e, poi, Quaranta del Novecento da parecchi dei suoi protagonisti (Cesarini Sforza, Carnelutti, Pugliatti)».

³ L. RAGGI, *In tema di crisi del diritto*, in *Scritti*, Milano, 1975, p. 103. Si veda la silloge bibliografica di L. CABOARA, *La politicità della norma giuridica e il problema della giustizia*, in *La norma giuridica. Diritto pubblico e diritto privato*, Atti del IV Congresso nazionale di filosofia del diritto, Pavia, 10-13 ottobre 1959, a cura di R. ORECCHIA, Milano, 1960, p. 107. Ad es., per A. RAVÀ, *Crisi del diritto e crisi mondiale*, in *La crisi del diritto*, cit., p. 67, se «la legge è riconosciuta come unica o fondamentale fonte del diritto, avviene che, nei momenti di rapide trasformazioni sociali, essa è così frequentemente violata da perdere autorità», determinando «quel contrasto fra la legge e il fatto, in cui alcuni vedono «la caratteristica principale della crisi del diritto». Tra i contributi, tutti di alto livello, compresi nella raccolta *La crisi del diritto*, segnalo la dettagliata e impietosa analisi di A.C. JEMOLO, *La crisi dello Stato moderno*, pp. 93 ss. (in particolare pp. 95, 103, 120, 123 s., 128, 132, 136), e CALAMANDREI, *La crisi della giustizia*, pp. 157 ss. Da menzionare, di F. CARNELUTTI, *La crisi del diritto*, in *Acta Pontificiae Academiae S. Thomae Aquinatis*, Taurini et Romae, 1946, pp. 34 ss., recante critica del positivismo giuridico e rivalutazione del diritto naturale («Certo la proprietà non è un furto; ma certo il furto è una

questioni connesse al fenomeno⁴, ma la scelta terminologica ha una sicura forza suggestiva.

Il tema è troppo attuale, troppo denso di implicazioni, perché il romanista rinunci a esorbitare dai confini temporali della sua disciplina. Chiuderò peraltro con due esempi tratti dall'età romana: Decemvirato legislativo; 'costituzione' augustea. Esempi, o meglio, *exempla*, perché il valore emblematico ne travalica la storicità. Il primo attiene alle illegalità consumate da un soggetto che cumula i poteri del legislatore, del giudice, del governante. Il secondo evidenzia i limiti della 'ingegneria costituzionale' di Augusto, costretto a preservare le istituzioni repubblicane, costretto alla legalità formale per un limite teorico dell'esperienza romana: esperienza priva della nozione astratta di Stato. La concisione non dovrà sorprendere, addicendosi al genere dell'*exemplum*.

Alla voce *Legalità* del *Dizionario di politica* Norberto Bobbio scrive: «Nel linguaggio politico per legalità s'intende un attributo e un requisito del potere, per cui si dice che un potere è legale o agisce legalmente o ha carattere della legalità, quando viene esercitato nell'ambito o in conformità delle leggi stabilite o comunque accettate»⁵. Rispetto a questa, in altre definizioni è evidente uno scarto. La voce *Principio di legalità* in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, recita: «Generalmente parlando, "legalità" significa conformità alla legge. Si dice "principio di legalità" quel principio in virtù del quale "i pubblici poteri sono soggetti alla legge", di tal che ogni loro atto deve essere conforme alla legge, a pena di invalidità»⁶. Alla voce *Legalità* in un volume Treccani leggiam-

reazione contro l'abuso della proprietà», p. 39; «Il positivismo giuridico è ... l'affermazione della sufficienza della scienza alla conoscenza del diritto. Solo perciò in quanto nega la filosofia, anche questo atteggiamento del pensiero si può dire filosofia», p. 47; «Il dogmatismo era ... il risultato naturale del positivismo come dello storicismo giuridico», p. 49; «Se avere affermato la sufficienza della dogmatica ... se non aver creduto ... al diritto naturale è un peccato, del quale stiamo scontando amaramente la pena, anch'io sono stato un peccatore», p. 51; «Senz'anima, s'intende, il diritto positivo non è mai stato. Ma noi giuristi abbiamo creduto che sia. Noi abbiamo fatto come l'anatomico, il quale, incidendo il cadavere, nega l'anima perché non la vede volar via. Così non abbiamo ucciso il diritto naturale, ma abbiamo rischiato di uccidere il diritto positivo», p. 53).

⁴ «Oggi noi dobbiamo registrare una profonda crisi della legalità sotto i diversi profili di una crisi del diritto in sé, della credibilità dell'organizzazione dello Stato e delle sue istituzioni, della cultura, della comunità civile»: così il prefetto A. TRANFAGLIA, *Principio di legalità, etica e sicurezza urbana*, al Convegno *Principio di Legalità e sicurezza – Aspetti etici, amministrativi e socio-economici*, Parma, 17 novembre 2006.

⁵ N. BOBBIO, *Legalità*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Dizionario di politica*, ed. Novara, 2014, p. 502.

⁶ R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, IX, Torino, 1994,

mo: «Comportamento conforme alle disposizioni dettate dall’ordinamento giuridico nelle diverse materie. Più specificamente, l’osservanza da parte del singolo individuo delle norme che attribuiscono diritti e prescrivono doveri. La condotta del singolo risponde quindi al *principio di legalità* quando coincide con l’esercizio di un diritto e l’adempimento di un obbligo nei modi e nelle forme stabiliti dalla legge»⁷. E, in altro testo: «La legalità è l’aderenza del pubblico potere e dei singoli cittadini alle regole»⁸.

Comunque sia, nel linguaggio politico e giuridico del presente per “crisi della legalità” s’intende il diffondersi tra i membri del corpo sociale di pur modeste trasgressioni in una quasi totale noncuranza per il disvalore di esse, così da creare un clima di disordine e malessere, che favorisce le violazioni più gravi⁹. Responsabili della “crisi della legalità” sarebbero in gran parte i citta-

p. 85. Cfr. ID., *La sintassi del diritto*, II ed., Torino, 2014, p. 137: «Il principio di legalità – presidio fondamentale dei diritti dei cittadini, nel pensiero politico moderno – è il principio di soggezione alla legge dei pubblici poteri»; in nota Guastini menziona la voce di Bobbio citata *supra*. Sul principio di legalità, segnalo il cap. “Principio di legalità e principio di effettività” in N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, pp. 10 ss., con bibliografia.

⁷ *Enciclopedia*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2009, p. 1337. Diversamente in *Enciclopedia Treccani*, V, Roma, 2010, p. 52.

⁸ D. FORESTIERI, *Coscienza collettiva e rappresentazioni sociali della legalità*, in *La legalità ambigua*, a cura di G. ACOCELLA, Torino, 2013, p. 153. G. COLOMBO, *Sulle regole*, III ed., Milano, 2010, p. 20, scrive che «l’osservanza delle leggi» è «generalmente definita con il termine “legalità”»; *ivi*, p. 21: «La parola “legalità”, da sola, indica esclusivamente l’atteggiamento dei cittadini nei confronti della legge». Da rammentare, su altro piano, F.P. CASAVOLA, *Legalità*, in *Tornare alle radici. Per la ricostruzione delle basi della democrazia*, Assisi, 2014, p. 43: «La legalità non è ... un’impossibile ottemperanza totale ai comandi di innumerevoli e in conoscibili leggi, ma un’attitudine ad esercitare virtù essenziali per il bene di tutti, proprio ed altrui». Aggiungo qui, e solo per inciso, che in dottrina si dà una tendenza a accomunare legalità e formalismo. D’obbligo citare S. SATTA, *Il formalismo nel processo* [1958], in *Il mistero del processo*, II ed., Milano, 2013, p. 86: «Non ci sarebbe bisogno di dirlo, ma gli equivoci sono sempre possibili: il formalismo non deve essere confuso con la legalità e il principio di legalità che è del tutto fuori questione, e tanto meno la critica del formalismo può essere svolta sotto il segno della vaga aspirazione a una giustizia sostanziale, in ribellione aperta o larvata alla volontà della legge».

⁹ Si veda la citata relazione di TRANFAGLIA, *Principio di legalità*. COLOMBO, *Sulle regole*, cit., p. 129, in riferimento a “Mani pulite”, ricorda: «Quando le prove e gli indizi hanno cominciato a coinvolgere persone comuni ... l’atteggiamento di molti si è ribaltato. A fronte del diffondersi della percezione di essere possibili destinatari delle future attenzioni dei pubblici ministeri, le istanze di legalità si sono sopite» (cfr., *ivi*, p. 131, e ID., *Lettera a un figlio su Mani pulite*, Milano, 2015, pp. 50 s.). E si legga questa concatenazione: «Le istituzioni non esistono senza le persone che le compongono ... gli insegnanti, i medici, gli infermieri, i giudici, i cancellieri, i procuratori ... gli impiegati dell’anagrafe ... della polizia locale. Tutti cittadini, tutti persone. E sono persone anche coloro che con le istituzioni interagiscono in altro modo: gli studenti ... gli ammalati ... le parti e gli imputati ... coloro che hanno bisogno di un certificato ... che circolano in

dini che, con le loro opinioni e il loro comportamento, non resistono, non fanno argine al dispregio sistematico della “legalità”.

Ormai si parla sovente della esigenza di “educare alla legalità”, polarizzando l’attenzione su incultura, malcostume, generico difetto di civismo. Sovente si chiama in causa la carenza di moralità, senza vedere che, così facendo, si rischia di ‘ridurre’ a legalità la moralità, col risultato di svilarla. Inconsequentemente, poi, si evoca la dimensione utilitaristica, rappresentando l’illegalità come una forma di irrazionalità rispetto allo scopo: il vantaggio immediato di perseguire, *contra legem*, interessi personali non si tradurrebbe nel tempo in proprio vero interesse¹⁰.

Sembra poi imporsi, quando si lamenta la “crisi della legalità”, l’idea che la certezza del diritto sia valore prioritario¹¹, sebbene tale convinzione appaia

auto ... Le istituzioni siamo noi, e una prima risposta riguarda il comportamento degli individui, dei singoli cittadini» (*Sulle regole*, cit., pp. 149 s.). In fine: «Ricordate il paese immaginario descritto nelle prime pagine ...? Quello dove trionfano il sotterfugio, la furbizia, la forza, la disonestà sotto l’apparenza delle leggi uguali ...? Quello dove coloro i quali si attengono alle leggi formali ... sono scavalcati ogni giorno da chi non le osserva? ... si può pensare che la cultura cambi “per ordine dell’autorità” ...? La strada non è forse quella di maturarne una opposta nella propria intimità, e poi proporla agli altri, e mostrare che si può praticare, e dimostrare ... quali sono gli svantaggi che anche ai più furbi» toccano in una società male organizzata? (*ivi*, p. 155). Significativa l’immediatezza dei comunicati ANSA: «“La crisi della legalità è innanzitutto una crisi dell’etica pubblica e privata”, ha detto il presidente del Senato» (8 novembre 2013); «Nel nostro paese assistiamo ad una grave crisi della legalità ... Oggi ... il pericolo è il disimpegno sociale, la mancanza di senso civico, i comportamenti antisociali, la scelta sempre più diffusa di farsi gli affari propri in un quadro di totale indifferenza nei confronti delle forze dell’ordine, degli insegnanti, dei genitori» (9 settembre 2009); «Crisi della legalità, intesa come crisi del diritto in sé, della credibilità dell’organizzazione dello Stato e delle sue istituzioni, nonché della cultura e della comunità civile» (10 dicembre 2007). Indubbiamente solidi i parametri coi quali CASAVOLA, *Legalità*, cit., p. 40, giustifica il richiamo alla coscienza individuale: «Le leggi sono state spesso disattese in nome di buone ragioni da far valere dinanzi ai giudici e, quando sono sopraggiunte le Costituzioni rigide sovraordinate alle leggi, esse non possono esigere obbedienza incondizionata ... A questo punto il problema della legalità esce dallo spazio dell’ordine stabilito dallo Stato nella società per dar luogo ad un imponente contenzioso dinanzi ad ogni giurisdizione. Contendono privati e privati, privati e istituzioni, istituzioni e istituzioni. Se cresce la produzione normativa, cresce in termini esponenziali quella giurisprudenziale. Il rimedio che viene prospettato è la delegificazione, che lasci più spazio alla autonomia privata e delle formazioni sociali ... si progetta ... una più generale estensione dell’area di *deregulation*, che se deve avere un senso accettabile significa assenza di regole compensata però da buon senso, solidarietà, onestà. E dunque nel suo punto di massima crisi la legalità, oltre a strategie di carattere ornamentale, sembra fare appello all’etica e alla coscienza individuale».

¹⁰ COLOMBO, *Sulle regole*, cit., p. 155 (*supra*, nota 9).

¹¹ G. TARELLO, *Sul problema della crisi del diritto*, Torino, 1957, pp. 14 ss., scrive di quanti «configurano la crisi del diritto come crisi della certezza».

ormai scossa: con l’auspicato superamento del positivismo legislativo si accetta infatti di scambiare un quantum di certezza con maggior giustizia nel caso concreto¹². Si aggiunga che insistere sulla “legalità” induce a «rendere superflua», a «eliminare» l’idea di legittimità¹³. È necessario tuttavia, assiomaticamente, scartare l’ipotesi di un uso dell’espressione come ‘strumento tattico’¹⁴.

Per i fautori della teoria istituzionale, la quale ravvisa nel diritto «un modo d’essere della realtà sociale»¹⁵, il problema “crisi della legalità” è arduo.

Tutti ricordiamo la tesi romaniana che «un ordinamento non si risolve solo in norme»: «Il diritto è anche norma, ma, oltre che norma, e, spesso, prima di essere norma, è organizzazione o corpo sociale»¹⁶; «Ogni ordinamento giuri-

¹² Ma si veda A. DE NITTO, *A proposito di certezza*, in *Il giurista e il diritto. Studi per Federico Spantigati*, a cura di A. BIXIO, G. CRIFÒ, Milano, 2010, pp. 233 ss. Ad es. *ivi*, p. 234: «Un tabù ... sorta di fantasma che si aggira, non si sa bene da quando, nelle aule universitarie o giudiziarie italiane come qualcosa di cui, nel bene e nel male, non si possa fare a meno»; p. 250: «Ci si può davvero domandare come possa ... considerarsi certo ... un oggetto così intrinsecamente mutevole o esposto al mutamento. E poi non propriamente un oggetto, ma un complesso insieme, nel quale gli oggetti (non necessariamente solo dati normativi) assumono consistenza attraverso i soggetti (legislatori, interpreti, persone comuni); gli interessi attraverso le loro qualificazioni; le cose che si vedono attraverso i punti di vista ...»; p. 251: «È probabile che l’aspettativa della certezza non possa essere soddisfatta altro che dalla capacità di gestire l’incertezza. O anche, più in generale da quella di incarnare l’esperienza del limite: le soluzioni compatibili, individualmente e socialmente tollerabili e “giuste”, dipenderanno, in ultimo, oltre che dall’intelligenza, dall’educazione, dalla sensibilità, dall’eticità condivise. E la certezza potrà consistere, secondo l’etimo [*cerno*], in un ragionevole discernimento». In tema, ampia ricognizione di GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, in *Giustizia civile*, 2014, pp. 921 ss. (p. 933, nota 27, significativo riferimento a F. Benvenuti), e in ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, pp. 51 ss. (su Benvenuti la nota 33, p. 66 s.).

¹³ SCHMITT, *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del ‘politico’*, cit., pp. 217 s.: «Rudolf Smend afferma che il liberismo, e il parlamentarismo che dal primo deriva, non possiede un *pathos* particolare, una “pretesa di validità in base ad un valore intrinseco” e perciò neanche una “forza di legittimazione peculiare”; esso non avrebbe neanche “bisogno di preoccuparsi per una legittimazione di qualsiasi tipo”. Tuttavia non va dimenticato che lo Stato legislativo parlamentare ... ha sviluppato un sistema di giustificazione di tipo particolare. La “legalità” ha qui proprio il senso e il compito di rendere superflua e di eliminare ... la legittimità». Cfr. V. RAPONE, *Del significato giusfilosofico della legalità e del suo superamento critico*, in *Materiali per una cultura della legalità*, cit., p. 109.

¹⁴ Cfr. FATELLI, *Il desiderio della legge*, cit., p. 43. Parla di «uso strumentale della legalità» G. AZZARITI, *Il principio di legalità tra Stato di diritto e Stato costituzionale*, in *Legalità e illegalità le due facce del pluralismo*, a cura di G. BERTI, nella rivista *Ritorno al diritto. I valori della convivenza*, 5 (2007), p. 113.

¹⁵ Crisafulli citato da MODUGNO, *Istituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, p. 75.

¹⁶ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, p. 56. Cfr., ad es.,

dico ... si rivela, non un complesso di norme, che ne sono piuttosto un prodotto e una derivazione, ma un ente sociale, avente una propria organizzazione»¹⁷. «Le norme non sono che una manifestazione, una delle ... varie manifestazioni» del fenomeno giuridico, «un mezzo con cui si fa valere il potere di quell'io sociale» che «è il diritto stesso»¹⁸.

Come leggiamo in un noto manuale, «la concezione istituzionale» collega «il diritto al contesto sociale e storico dal quale promana, riconoscendo che tanto la norma quanto l'ordinamento sono non già l'astratta ipostatizzazione di formule buone per qualsiasi società e per qualunque tempo, ma il prodotto di una organizzazione sociale che traduce nelle norme e nell'ordinamento le proprie finalità e le scelte che compie di fronte ai problemi che storicamente le si pongono»¹⁹.

Ricondurre il diritto alla sua «dimensione ordinativa», al suo venire «dal basso»²⁰, rende difficile teorizzare l'idea che il buon legislatore trascenda il corpo sociale di cui è espressione.

Intesa con simili caratteri, l'istituzione, «ente reale, effettivo»²¹, arriva a svolgere una funzione anche più cogente della «volontà generale». Se l'istituzione ha «una propria esistenza ed una propria vitalità e attribuisce alle norme che ne emanano una efficacia tipica, emancipandole dalla volontà di coloro che debbono ottemperarvi», se «essere» e «dover essere» vanno ricollegati «in

ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist., Milano, 1953, pp. 82 s. Su Romano, di recente, A. MUSUMECI, *Santi Romano un giurista tra due secoli*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. BIROCCHI, L. LOSCHIAVO, Roma, 2015, pp. 325 ss.

¹⁷ ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 68.

¹⁸ ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, rist. della II ed., Firenze, 1951, pp. 19 s. Da vedere M. BRUTTI, *Rileggere Orestano. Teoria e storiografia del diritto*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, n.s., 2013, n. 4, p. 7, secondo il quale «il vero elemento innovativo della teoria» romana è l'«equazione potere-diritto»: essa mette «insieme due termini eterogenei. Annulla la differenza tra un dato appartenente alla sfera dei fatti (il potere prima delle regole) ed uno collocato sul terreno del dover essere (il dato normativo)». Inoltre: «La base vera del diritto viene individuata nel mondo empirico e nei rapporti di autorità e di forza entro ogni organizzazione» (p. 8); «Come ha già messo in luce Carl Schmitt ... l'oggettività che trascende le norme non può che essere attribuita ad un'entità collettiva, ove i rapporti tra i componenti, anche quando sembrano paritari, sono comunque sottomessi ad una forza sovrastante, tale da determinare l'esistenza della comunità» (p. 9); «Ad avviso del giurista italiano, ogni aggregato sociale che dà luogo ad una istituzione deve avere in sé una forza cogente. Altrimenti l'unità non si realizza» (p. 10).

¹⁹ F. CUOCOLO, *Lezioni di diritto pubblico*, IV ed., Milano, 2006, p. 10.

²⁰ GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 17. Cfr. ID., *Ordinamento*, in *Atlante di filosofia del diritto. Selezione di voci*, Torino, 2013, pp. 167 ss., ID., *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giustizia civile*, cit., p. 931.

²¹ ROMANO, *L'ordinamento*, cit., p. 96.

una superiore unità²², se, vigendo il diritto «anzitutto nelle istituzioni, non solo sarà necessario, quando si vuole definirlo, andare oltre il dogma volontaristico ... ma occorrerà altresì risalire dalla sfera del dover essere a quella dell'essere»²³, allora l'istituzione comporterà ordinariamente una immedesima-zione dell'individuo con le regole (sì da rendere in sostanza irrilevante la distinzione kantiana tra legalità e moralità)²⁴. Ci troviamo di fronte a una sorta di necessità 'fisica' o 'naturale'²⁵.

A rigore, una “crisi della legalità” non dovrebbe in somma porsi. Se si dif-fonde, l'illegalità è un monito al (cattivo) legislatore²⁶: gli indica disaccordo tra

²² ROMANO, *Frammenti*, cit., pp. 85 s. In *Ordinamento*, cit., p. 67, Romano parla di «una superstruttura sociale da cui, non solo i ... rapporti singoli, ma prima la loro stessa posizione generica, dipendano o siano dominati».

²³ ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 70.

²⁴ «Legalità e moralità si distinguono soltanto per quanto riguarda il modo dell'obbligazione, non l'oggetto dell'obbligo. Kant stesso chiarisce ... con un esempio: se si assolve all'obbligo (giuridico) di mantenere le promesse soltanto in virtù di quest'obbligo, dunque anche se non c'è da aspettarsi alcuna coercizione, questa azione corrisponde alla morale, se invece lo si segue per qualche altro impulso (per esempio per paura, o in séguito ad una coercizione), allora l'azione corrisponde alla legalità». K. SEELMANN, *Filosofia del diritto*, Napoli, 2005, p. 103. Il riferimento è a I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Berlin, 2013, p. 17 (in *Gesammelte Schriften*, Ak., VI, p. 326).

²⁵ ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 85: «A prescindere da quelle concezioni della filosofia greca, per cui, identificando o confondendo νόμος e φύσις, la giustizia sarebbe la fisica necessità che mantiene ogni cosa nel proprio ordine e nel proprio corso, fisica necessità che governa il mondo naturale e di cui sarebbe un aspetto, si può tener presente la ... osservazione ... del Gentile, secondo la quale il diritto sarebbe la natura nel mondo della volontà. A queste intuizioni però non si è attribuita tutta l'importanza che esse hanno e non ne sono state tratte tutte le conseguenze che sarebbe stato necessario trarne». Significativa l'analogia che Romano ravvisa tra concezione greca e pensiero gentiliano al di là delle differenze. M. MANFREDI, *Antagonismo sociale e diritto borghese*, Bari, 1977, p. 182: «Quando il diritto viene ridotto alla volontà voluta e si dice che “il diritto può ben dirsi la natura nel mondo della volontà”, non ci troviamo di fronte ... ad una forma di criptonaturalismo, ma ad una forma di naturalismo falsificato. Da un lato, la natura viene ignorata nella sua autonomia e specificità; dall'altro viene presentato come natura e degradato ad astrazione il prodotto “precipitato” della volontà in atto. Astratta la natura, astratto il diritto rispetto all'unica realtà concreta che è il valore morale». N. IRTI, *Tecno-diritto*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, p. 1301, ricordata la frase di Gentile, afferma: «Intendiamo che il diritto tratta l'altrui volontà nella guisa stessa in cui la tecnica tratta la natura. Il diritto “naturizza” la volontà». G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, III ed., Firenze, 1955: «La tendenza di tutta la filosofia greca ... è di ridurre ogni θεσις a φύσις e negar valore a quella realtà che è vero prodotto dell'arte umana» (p. 57); «Ogni organismo di rapporti giuridici è come un sistema della natura, che l'attività dello spirito ha creato e che nell'attività dell'Io tornerà a riassorbirsi, come elemento d'un ulteriore ampliamento e potenziamento del regno dello spirito. E il diritto può ben dirsi la natura nel mondo della volontà» (p. 97).

²⁶ «La loi n'existe que si on la respecte: c'est certain ... L'illégalité, d'ailleurs, ne met pas la

norme e corpo sociale²⁷. Ove “crisi della legalità” si ponga, entra necessariamente in gioco la responsabilità di un legislatore che ha troppo disatteso gli intendimenti del corpo sociale al quale egli stesso appartiene, qualsiasi fossero tali intendimenti, essendo la teoria istituzionale avalutativa²⁸. Qui la patologia dell’illegalità è “crisi del legislatore”.

Legislatore che – sia chiaro – per Romano è presente e operante con norme e sanzioni; anzi, lo spazio concesso ad esse, guardando al fulcro della teoria istituzionale, può apparire financo incongruo. Al «diritto involontario», «prima pietra» dell’ordinamento, si sovrappone il «diritto volontario», per quanto, chiosa Romano, quest’ultimo «di regola non riuscirà a cancellare interamente le tracce del primo»²⁹. Esistono rami del diritto statutale «in cui l’elemento

loi sérieusement en danger, si elle reste individuelle. Devient-elle collective, elle constitue un avertissement au législateur, en lui indiquant le désaccord croissant de la société et de la loi»: J. CRUET, *La Vie du Droit et l’impuissance des lois*, Paris, 1908, pp. 333 s. Il «brillante libello» di Cruet (GROSSI, *Ripensare Gény*, in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, p. 232) è sovente ricordato in dottrina.

²⁷ Corpo, o ente sociale, «avente una propria organizzazione e, quindi, una vita che si identifica con lo spirito giuridico che l’anima e che dalla struttura dell’ente non può scindersi, così come lo spirito vitale non può scindersi dal corpo vivente se non per mera astrazione»: ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 68.

²⁸ In Romano «gli elementi essenziali del Diritto ... sono l’esistenza di una società come unità organica e la costituzione di un ordinamento sociale al di fuori e indipendentemente da ogni norma di condotta, non essendo la norma di condotta che uno strumento “accessorio” al servizio dell’organizzazione. Ogni organizzazione, per il fatto che esiste, è Diritto: lo scopo in vista del quale l’organizzazione si realizza non interessa affatto»: così S. TRENTIN, *La crisi del diritto dello stato* [1935], a cura di G. GANGEMI, Roma, 2006, p. 287, in un contesto aspramente critico verso Romano (cfr. p. 62). ROMANO, *L’ordinamento*, cit., p. 44: «Come si è detto, una società rivoluzionaria o una associazione a delinquere non costituiranno diritto per lo Stato che vogliono abbattere o di cui violano le leggi ... ma ciò non esclude che, in questi casi, non si abbiano delle istituzioni, delle organizzazioni, degli ordinamenti che, isolatamente presi e intrinsecamente considerati, siano giuridici. Viceversa non è diritto ciò e soltanto ciò che non ha un’organizzazione sociale». ID., *Frammenti*, cit., pp. 72 s. ID., *L’ordinamento*, cit., p. 124: «Un’associazione ... politica, che si proponesse il fine di rivoluzionare l’ordinamento di uno Stato non conforme ai bisogni fondamentali e ai dettami della giustizia, dovrebbe eticamente esser giudicata in modo più favorevole che lo Stato stesso, che la dichiara illecita ... Senonché tutto ciò dev’essere perfettamente indifferente pel giurista».

²⁹ ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 69: «Data l’equazione fra il concetto di istituzione e quello di ordinamento giuridico, almeno il primo nucleo, la prima pietra in cui un ente di tale natura comincia a porsi è un diritto involontario: soltanto in momenti posteriori, se non cronologicamente, in ogni caso logicamente, potrà da esso emanare un diritto volontario, che, del resto, di regola non riuscirà a cancellare interamente le tracce del primo». Per altri luoghi in cui appaiono «diritto volontario» e legge si veda ID., *L’ordinamento*, cit., pp. 27 s., 49, 60 s. («quando lo Stato effettivamente ha vita, esso è già un ordinamento di diritto, del quale fanno parte gli orga-

norma è quello che campeggia e lo si può persino ritenere – fino a un certo punto – esclusivo»³⁰.

Nel manuale di diritto pubblico prima citato, l'autore, il quale è assertore della teoria istituzionale³¹, dichiara che l'«unico punto discriminante ... per accertare la reale esistenza di un ordinamento giuridico, è quello della effettività, cioè della vigenza, delle norme da esso poste. Questo carattere, infatti, indica da un lato la capacità di un ordinamento di imporsi ai consociati e dall'altro la media osservanza delle sue norme. Come tale, può anche dirsi che l'effettività conferisce realtà e positività all'ordinamento giuridico e alle sue norme». Il termine “effettività” è qui utilizzato sia per l'ordinamento nel suo complesso sia per le singole norme: potremmo distinguere, con Bobbio, tra “effettività” come attributo dell'ordinamento e “efficacia” come attributo della norma³². Parlando di “efficacia”, veniamo a cogliere un legame determinante con la teoria normativa.

Kelsen (in uno degli stadi di sviluppo del suo pensiero)³³ scrive che «l'effi-

ni cui è affidato il potere legislativo: d'ora innanzi, avranno esistenza giuridica tali organi ed efficacia giuridica le leggi che saranno emanate da essi»), pp. 82 s., 86, 102, 123 s. («sotto la minaccia delle leggi statali, vivono spesso, nell'ombra, associazioni, la cui organizzazione si direbbe quasi analoga, in piccolo, a quella dello Stato: hanno autorità legislative ed esecutive, tribunali che dirimono controversie e puniscono, agenti che eseguono inesorabilmente le punizioni, statuti elaborati e precisi come le leggi statuali»). ID., *Frammenti*, cit., p. 138: «Non può dimenticarsi che l'ordinamento giuridico, anche se si ammette che consti esclusivamente di norme, secondo la teoria tradizionale che va sempre più sgretolandosi, non è sempre e per intero un *ius voluntarium*, ma comprende anche norme che si affermano con dei fatti, detti per l'appunto normativi, che possono essere del tutto involontari, come, per non citare che l'esempio più comune, la consuetudine» (cfr. DE NITTO, *A proposito di certezza*, cit., p. 241).

³⁰ ROMANO, *L'ordinamento*, cit., p. 97: «Non sarà superfluo ripetere che il concetto, che abbiamo formulato, del diritto obbiettivo, non vuole eliminare (tutt'altro!) quello per cui esso si configura come norma o complesso di norme ... Per limitarci al diritto statuale, ci sono rami di esso, in cui l'elemento norma ...». Cfr. S. LARICCIA, *Santi Romano: l'ordinamento giuridico, in Ritorno al diritto. I valori della convivenza*, 7 (2008), p. 87.

³¹ Pur affermando che «la concezione istituzionale non è priva di equivoci e di problemi irrisolti, a partire dallo stesso concetto di istituzione»: CUOCOLO, *Lezioni*, cit., p. 10.

³² BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 90: «Le due nozioni di effettività e di efficacia (e le rispettive parole) ... vengono di solito confuse: sarebbe bene serbare il termine di 'effettività' per l'attributo del potere quello di 'efficacia' per l'attributo della norma. Potere effettivo è il potere che riesce ad ottenere il risultato proposto; norma efficace è la norma osservata od eseguita. L'efficacia della norma dipende dall'effettività del potere, così come l'effettività del potere dipende dal fatto che le norme siano efficaci».

³³ FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Bologna, 2015, pp. 81 ss.: «Mentre negli scritti del primo Kelsen la validità di una norma, a causa della distanza invalicabile istituita tra *Sollen* e *Sein*, non è in alcun modo condizionata dalla sua efficacia e di-

cazia è una condizione della validità»: «Se la norma rimane permanentemente inefficace ... è privata della sua validità per desuetudine»³⁴. L'autore esemplifica: «Una norma giuridica ... che vieta la vendita di bevande alcoliche stabilendo che chi vende bevande alcoliche deve essere punito con la reclusione, perderebbe la sua validità se si accertasse che a causa dell'opposizione dei soggetti sottoposti alla norma essa non viene osservata o, se non osservata, neppure applicata dagli organi competenti»³⁵. In merito non del tutto condivisibile, dunque, la valutazione seguente: «L'approccio normativistico, identificando l'esistenza delle norme con la loro validità (si pensi a Kelsen) e perciò descrivendo il solo *diritto che deve essere*, tende a trascurarne, a causa di una fallacia ... 'normativistica', l'ineffettività, ossia a non vedere il *diritto che è*. Al contrario l'approccio realistico, identificando l'esistenza delle norme con la loro effettività ... e perciò descrivendo il solo *diritto che è*, tende a trascurarne, a causa di un'opposta fallacia che chiamerò 'realistica', l'invalidità, ossia a non vedere il *diritto che deve essere* ... La fallacia normativistica, frequente soprattutto tra i giuristi, induce a rappresentare il diritto solamente attraverso le norme, ignorandone il divario con ciò che di fatto accade»³⁶.

pende solamente dalla validità della norma che ne regola la produzione, nel Kelsen della *Teoria generale del diritto e dello Stato* del 1945 e della *Dottrina pura* del 1960 la tesi del carattere unicamente normativo della validità della singola norma si accompagna alla tesi della sua dipendenza dapprima dall'efficacia dell'intero ordinamento e poi, almeno "in certa misura", dalla sua stessa efficacia, per essere infine abbandonata e sostituita, negli ultimi scritti, dalla tesi secondo cui la validità delle norme ha come condizione necessaria e sufficiente la loro efficacia, dato che può venir meno per la perdita dell'efficacia e, inversamente, essere prodotta dalla sua efficacia».

³⁴ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, V ed., rist., Milano, 1974, pp. 42, 121. ID., *Teoria generale delle norme*, Torino, 1985, p. 217: «Poiché l'efficacia di una norma consiste nel fatto che essa è a grandi linee effettivamente osservata e, se non osservata, applicata a grandi linee, mentre la sua validità consiste nel fatto che essa deve essere osservata e se non osservata applicata, la validità deve essere distinta dall'efficacia della norma come un dover essere da un essere. La confusione fra le due e l'identificazione della validità con l'efficacia è fin troppo frequente nell'etica e nella giurisprudenza tradizionali. Sebbene validità ed efficacia siano totalmente diverse l'una dall'altra, esiste tuttavia tra di esse un rapporto fondamentale. L'efficacia è una condizione per la validità nella misura in cui una singola norma e un intero ordinamento normativo perdono la loro validità, cessano cioè di essere validi, se perdono la loro efficacia o la possibilità di un'efficacia». Ulteriori riferimenti in FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie*, cit., pp. 82 s., note 121, 122.

³⁵ KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 217 s.

³⁶ La frase, di FERRAJOLI, *La pragmatica della teoria del diritto*, in *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, Torino, 2004, p. 367 s., per l'autorevolezza della fonte, potrebbe alimentare opinioni convenzionali sul giurista praghese, e non adeguate. Al contrario, altra la prospettiva di Ferrajoli nel lavoro citato *supra*, nota 33. I. DI DEDDA, *Educare alla legalità. Fondamenti, problemi, prospettive d'intervento*, Milano, 2008, p. 85, scrive, senza rinvio a Kelsen: «La possibile discontinuità fra il "diritto che de-

Piuttosto che a Kelsen una simile figurazione si attaglia a concezioni anteriori. L'ideologia dell'onnipotenza del legislatore³⁷ aveva a corollario che la norma, una volta posta, fosse per ciò stesso idonea a controllare, a mutare, a innovare la società. Per il solo fatto di essere valida, secondo il nostro linguaggio, la legge era data implicitamente per efficace. Come scriveva Emerico Amari nel 1857, si credeva che «una pallina bianca o nera di più gittata dentro l'urna legislativa» potesse «mutare il corso degli eventi»³⁸.

Sebbene, secondo Kelsen, una norma giuridica cominci «ad esistere ... ancora prima di essere efficace»³⁹, nel normativismo si apre una breccia. Kelsen, afferma Bruno Leoni, «finisce ... per riferirsi ... alla condotta effettiva, cioè ad elementi del mondo del *Sein*, del mondo che studiano i sociologi o gli psicolo-

ve essere” (approccio normativistico) e il “diritto che è” (approccio realistico) non può confluire in una scelta riduzionistica che prediliga solo il primo o solo il secondo orientamento ... Un atto di “fallacia normativistica” indurrebbe ad una rappresentazione falsificante del diritto, concepito nella sua strutturale coerenza formale, ma avulso dalle pratiche di effettiva conformità o di trasgressione; al contrario, un atto di “fallacia realistica” poggierebbe erroneamente sulla mera descrizione degli accadimenti sociali, ignorando il peso dei contenuti giuridici imposti.

³⁷ «Il Potere Legislativo è l'onnipotenza umana [Le pouvoir législatif est la toute-puissance humaine]: la Legge stabilisce, conserva, cambia, modifica, perfeziona; distrugge ciò che esiste, e crea ciò che ancora non ha esistenza. La testa d'un Legislatore [d'un grand législateur] è una specie d'Olimpo, d'onde emanano quelle vaste idee, e quelle concezioni felici, che presegono alla prosperità degli uomini, e al destino degli Imperi» (*Riflessioni generali esposte dal Consigliere di Stato Portalis sul titolo preliminare del Codice Civile*, in *Motivi rapporti e discorsi per la discussione del Codice Civile di Napoleone il Grande*, I, Firenze, 1806, p. 10; *Code Civil. contenant La série des Lois qui le composent, avec leurs motifs*, Paris, 1803, p. 14; *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil, par Jean-Étienne-Marie Portalis ... publiés par le Vicomte Frédéric Portalis*, Paris, 1844, p. 152). Cfr. L. RINALDI, *Della legge in generale e del suo impero nello spazio e nel tempo*, Napoli, 1871, p. 20. Si veda DE NITTO, *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori*, Lecce, 2002, p. 112, nota 82. In tema, di recente, T. MARCI, *Codificazione artistica e figurazione giuridica. Lo spazio prospettico*, Torino, 2014, pp. 86 ss.

³⁸ *Critica di una Scienza delle legislazioni comparate*, in *Saggi di Filosofia civile tolti dagli atti dell'Accademia di filosofia Italica*, Genova, 1857, p. 223.

³⁹ Secondo Goldschmidt «il diritto come oggetto reale o è efficace oppure non esiste» («das Recht als realer Gegenstand ist wirksam; oder es existiert nicht»): W. GOLDSCHMIDT, *Beziehungen zwischen Ontologie und Logik in der Rechtswissenschaft*, ora in *Die ontologische Begründung des Rechts*, a cura di A. KAUFMANN, Darmstadt, 1965, p. 250). Di contro, KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 220 s., nota 2: «Bisogna soprattutto tener presente che una norma giuridica comincia ad esistere, cioè comincia ad essere valida ancora prima di essere efficace; soltanto dopo aver acquistato validità può diventare efficace». *Ivi*, p. 218: «Affermando che la norma perde la sua validità perdendo la sua efficacia o la possibilità di un'efficacia, l'efficacia concreta è in questo senso condizione della validità normativa; questo non vuol dire che una norma per valere debba essere efficace, poiché essa entra in vigore prima che sia efficace e può diventare efficace solo quando è entrata in vigore».

gi»⁴⁰. La società, la ‘realtà’, irrompe entro il giuridico, se si vuole in termini negativi, attraverso il rigetto di una norma statale, rigetto che la cancella dall’ordinamento. Qui, la trasgressione della legalità è di per sé transeunte: durando solo fino al momento in cui si acclari la definitiva non osservanza e non applicazione di una norma (con sua conseguente perdita di validità).

Gli organi statali hanno una speciale responsabilità: una loro inerzia può produrre la scomparsa di norme dall’ordinamento; il ripetersi e l’estendersi del fenomeno giunge a travolgere l’ordinamento nel suo complesso. In questa linea, la patologia dell’illegalità è “crisi dello Stato”.

Ma torniamo all’uso del termine “efficacia”. Va detto che, quando si parla di “efficacia”, non si può non pensare a un rapporto di causa/effetto, azione di ‘un qualcosa’ su ‘un qualcosa’⁴¹. Ora, tralasciando approfondimenti e distinzioni, sia il normativismo sia l’istituzionismo (quest’ultimo pur teorizzando sintonia col corpo sociale) prevedono atti di potere e di volontà, miranti appunto all’“efficacia”. Nondimeno, la teoria alla quale un giurista aderisca, l’intensità con cui la professi, le suggestioni di concezioni ulteriori aprono, in argomento, a un ventaglio di posizioni e di sfumature che incidono sul modo di considerare “legalità” e “crisi della legalità”.

In esperienze tramontate tutto era netto, crudamente evidente, brutale: decisiva era la forza del sovrano. Su tale scia, ma a ritroso nel tempo, possiamo ricordare quanto scriveva Benedetto Spinoza: «Alle supreme potestà compete questo diritto di comandare ciò che vogliono fintantoché hanno effettivamente [*revera*] la suprema potestà [*potestas*]: perché se la perdono, perdono insieme anche il diritto di comandare tutte le cose, il quale diritto va nelle mani di colui o di coloro che lo hanno acquistato e possono mantenerlo»⁴². E inoltre: «Ha il supremo diritto [*summum jus*], su tutti, colui che ha la suprema potestà, con la quale può costringere tutti con la forza e tenerli a freno con la paura del supremo castigo [*supplicium*] ... e manterrà questo diritto fintantoché

⁴⁰ B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto* [1959], Genova, 2003, p. 231.

⁴¹ Scrive G. PINO, *Norma giuridica*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA, Torino, 2013, p. 174, che «*efficacia* è termine poliseno nel linguaggio giuridico (inteso sia come linguaggio delle fonti, sia come linguaggio dei giuristi e dei teorici del diritto)», e che gli usi «eterogenei» di esso hanno in comune unicamente «un certo riferimento alla dimensione effettuale delle norme, agli effetti che le norme di fatto producono, o dovrebbero produrre».

⁴² B. SPINOZA, *Trattato teologico-politico*, Milano, 1999, pp. 529, 531. *Tractatus theologico-politicus*, Hamburgi, 1670, p. 180: «*Summis potestatibus ... jus, quicquid velint imperandi, tamdiu tantum competit, quamdiu revera summam habent potestatem: quod si eandem amiserint, simul etiam jus omnia imperandi amittunt, & in eum vel eos cadit, qui ipsum acquisiverunt, & retinere possunt*».

conserverà questa potenza [*potentia*] di fare ciò che vuole: altrimenti comanderà in maniera precaria, e nessuno che sia più forte di lui sarà tenuto ad ubbidirgli, se non vuole» («aliàs precariò imperabit, & nemo fortior, nisi velit, ei obtemperare tenebitur») ⁴³. Dunque, un puro e chiaro rapporto di forza, che non coinvolge, nella soggezione, la coscienza del destinatario, ma solo pretende obbedienza.

Oggi la questione appare, e a ragione, ben più articolata. È sorta, ripeto, una pluralità di distinzioni, di attenuazioni, di analisi diverse: giuridiche, filosofiche, economiche, sociologiche, antropologiche. E sarebbe erroneo porre agli antipodi, o quale unica alternativa, *hart law* e *soft law* ⁴⁴.

Secondo Giorgio Berti «la norma che scaturisce dal processo normativo è fondamentalmente una proposta o un progetto ovvero una direttiva, la quale va però saggiata e resa effettiva, e se si vuole cogente, attraverso una serie infinita di confronti e di processi attuativi» ⁴⁵. E persino un amministrativista, e

⁴³ SPINOZA, *Trattato*, cit., p. 527. *Tractatus*, cit., p. 179: «Verum quia ... jus naturale sola potentia uniuscujusque determinari, sequitur quod quantum unusquisque potentiae, quam habet, in alterum vel vi, vel sponte transfert, tantum etiam de suo jure alteri necessario cedere, & illum summum jus in omnes habere, qui summam habet potestatem, qua omnes vi cogere, & metu summi supplicii, quod omnes universaliter timent, retinere potest: quod quidem jus tamdiu tantum retinebit, quamdiu hanc potentiam quidquid velit exequendi, conservabit; aliàs precariò imperabit, & nemo fortior, nisi velit, ei obtemperare tenebitur».

⁴⁴ «Il carattere differenziale degli strumenti di *soft law* è ... l'assenza di reazione al mancato adempimento delle norme da esso poste. Dal punto di vista di queste ultime, esse si caratterizzano per non essere assistite, per lo meno in via diretta, né da sanzione né da coazione, intesa in senso specifico»: E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, pp. 8 s. L'autore rammenta August Thon (pp. 14 s.). Questi, «imperativista sì, ma non fautore della coazione» (BOBBIO, *Diritto e forza*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di T. GRECO, Torino, 2012, p. 104), nel 1878 parlò di «nude norme». A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagine di teoria generale del diritto*, II ed., Padova, 1951, trad. A. LEVI, pp. 15 s.: «Il disprezzo della nuda norma si fonda sopra un fare troppo poco conto della forza ideale, che il volere della società esercita su ognuno di coloro che ci vivono. Anche se nessuna conseguenza giuridica sia legata alla trasgressione della norma, tuttavia il solo fatto della sua esistenza è spesso praticamente d'inestimabile valore». THON, *Rechtsnorm und Subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, 1878, p. 6: «Die Geringachtung der nackten Norm beruht indessen auf einer Unterschätzung der idealen Macht, die der Wille der Gemeinschaft auf jeden in ihr Lebenden ausübt. Knüpft sich auch keine Rechtsfolge an die Uebertretung der Norm, schon die Thatsache ihres Bestehens ist oftmals praktisch unschätzbar» (cfr. C. LANZA, *Auctoritas principis*, Milano, 1996, pp. 51 ss.).

⁴⁵ G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, II ed., Padova, 1990, p. 46. Su Berti, U. ALLEGRETTI, *Il pensiero amministrativo di Giorgio Berti: l'amministrazione capovolta*, in *Legalità e illegalità*, cit., pp. 71 ss., e i testi ricordati in GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giustizia civile*, cit., p. 925, nota 8.

costituzionalista, uso a edificazioni logico-formali, rimproverato di «pronunciato logicismo»⁴⁶, come Pietro Gasparri, nella Prolusione perugina del 1954, sosteneva: il «legislatore desidera di vedere la *ideologia* che ... enuncia divenire legge vigente», «attecchire nella coscienza dei consociati», e, «anche se non se ne avvede, fa quel che può chiamarsi un vero *esperimento sociologico*». Dunque, diceva Gasparri, a un «comando» (tendente a realizzare l'ideologia), si lega una «previsione» (che stima in quale misura il comando sarà osservato), e, *ex post*, una «constatazione» (sull'effettiva osservanza, sulla reazione sociale seguita al comando).

La formula “crisi della legalità” vela complesse problematiche riguardanti il diritto e la sua scienza. Paradossalmente essa è sfruttata nel momento in cui l'imperatività della legge viene indebolita. E la suggestiva formula «legalità fluida» complica, seppure con fondamento, il tema⁴⁷; così come la consapevolezza dell'esistenza di «parecchi strati di legalità ormai sovrastanti a quella ordinaria»⁴⁸.

L'interesse a meglio definire la “legalità” è alquanto recente. E non potrebbe essere altrimenti: solo nello Stato borghese il rispetto della legge su vasta scala diventa dato irrinunciabile del nuovo ordine sociale e economico.

I lessici offrono testimonianza. La prima edizione del *Vocabolario della Crusca* (1612) include, in materia, esclusivamente il lemma *Legale* e la definizione è stringatissima: «Di legge. Lat. *legalis*»⁴⁹. Conforme la seconda edizione

⁴⁶ Così M.S. Giannini, nel Consiglio di Facoltà di Giurisprudenza, Università di Roma, sull'ordine del giorno «Chiamata alla seconda cattedra di diritto amministrativo», dicembre 1966.

⁴⁷ GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., pp. 111 s., in riferimento a Cass., S.U., 2 agosto 1994, n. 7194, scrive: «È una sentenza che non ha bisogno di commenti, che dimostra l'immersione di quei giudici nel loro tempo e che dimostra soprattutto la crisi della legge e la sua trasformazione da materia durissima e inattaccabile dal divenire storico a materia più elastica, più disponibile. Con la conseguenza di una legalità fluida». Cfr. A. ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, IV ed., Milano, 2010, p. 130, G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, p. 82.

⁴⁸ GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 96. È nota la posizione di Carl Schmitt, in diverso contesto: «Im selben Jahr [in cui O. Kirchheimer pubblicava *Legalität und Legitimität*, 1932] schrieb ... Schmitt ...: „Auf jeden Fall ist durch die Aufspaltung des Legalitätssystems in eine höhere und eine niedere Art Legalität ... doch der Gesetzgebungsstaat bis in seine organisatorischen Fundamente hinein gesprengt.“» (U.K. PREUß, *Legalität und Pluralismus. Beiträge zum Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt am Main, 1973, p. 10; cfr. I. MAUS, *Zur Ideengeschichte der Gewaltenteilung und der Funktionsweise der Justiz*, in *Demokratie in Europa und europäische Demokratien. Festschrift für H. Abromeit*, a cura di S. HITZEL-CASSAGNES, T. SCHMIDT, Wiesbaden, 2005, p. 252).

⁴⁹ I ed., p. 478. Per esempi di assenza dei lemmi *legalis* e *illegalis* in lessici giuridici si veda

(1623)⁵⁰. Nella terza (1691)⁵¹ e nella quarta (1729-1738)⁵², solo un’aggiunta: «Gr. νομικός». La quinta edizione, ma siamo al 1905, reca un ampliamento: «Di legge, Che appartiene alle leggi, Che concerne le leggi. Dal lat. legalis ... Vale altresì Che deriva, Che è prescritto, regolato, consentito, dalla legge, ed altresì Che è conforme alla legge, Legittimo»; «E in particolare, detto di giustizia, e simili, vale Che prende norma unicamente dalla legge scritta; in contrapposto della giustizia naturale, divina, ec.»⁵³.

Legalità appare nella quarta edizione del *Vocabolario*: «Astratto di Legale; Autenticazione»⁵⁴. La quinta edizione, allo stesso lemma, recita: «Astratto di Legale. L’esser legale, Qualità di ciò che è legale, o conforme alla legge»⁵⁵. Tra gli esempi testuali che corredano la voce è forse da ricordare una frase di Gino Capponi⁵⁶: «Coloro pertanto i quali pretendono che sia lecito costringere in qualche parte menomare questa libertà delle famiglie, anche col solo negare ad esse i mezzi d’esercitarla; costoro mi sembrano confondere con la legalità d’un diritto la necessità d’un fatto».

Illegale appare soltanto nella quinta edizione: «Non legale, Che è contrario alla legge scritta, agli statuti, e simili, o Che ad essi non è ben conforme»⁵⁷.

supra, nota 1.

⁵⁰ II ed., p. 476.

⁵¹ III ed., III, p. 945.

⁵² IV ed., III, p. 39.

⁵³ V ed., IX, pp. 176 s.

⁵⁴ IV ed., III, p. 39.

⁵⁵ V ed., IX, p. 177.

⁵⁶ *Scritti editi e inediti di Gino Capponi*, a cura di M. TABARRINI, I, Firenze, 1877, pp. 320 s.: «Dovrà l’educazione, in quanto ai mezzi ed al fine, essere interamente libera, ovvero dipendere in qualche parte da quell’autorità, per cui si regge lo Stato? ... Il diritto d’educare a proprio modo i propri figli, nessuna legge può toglierlo, e nessuna autorità costringerlo. Lo Stato ha obbligo di vegliare, quando egli è giusto e benefico, alla conservazione di sé medesimo: ma s’egli si arroghi di preoccupare forzatamente a questo fine le volontà e le menti della generazione avvenire, lo Stato è tirannico, perch’egli offende una legge più santa delle politiche, una legge di natura: e di necessità procedendo con gli impedimenti e co’ divieti, egli si fa corruttore, e, quanto è in lui, distruggitore di quelle forze della nazione ch’egli ha debito di mantenere ed anzi d’accrescere, a un tempo mostrandosi indegno e inabile a governarla» (segue la frase citata nel testo).

⁵⁷ V ed., VIII, pp. 45 s. (ivi, le voci *Illegalità* e *Illegalmente*). Da segnalare la voce *Illegale*, in N. TOMMASEO, B. BELLINI, *Dizionario della lingua italiana*, II, 2, Torino, 1869, p. 1284: «Contrario alla legge civile o politica; o Non ben conforme alla legge. Nel secondo senso è men grave del primo ... Adunanza illegale. – Decreti. La seconda di queste due locuz. prova che anco chi ha fatto la legge o chi se ne fa vendicatore, la può sconoscere, e dovrebbe averne pena ... Forme illegali. Questo è il senso più mite. Potrebbe l’atto essere legalissimo, e per una mancanza di formalità, non solo esser respinto per nullo, ma castigato dalla pedanteria della tirannia o dalla tirannia della

Aggiungo una citazione da altro testo: «*Legale, Legalità ...* Voci che da molti anni si riproducono frequentemente sotto la penna dei moderni scrittori»; «Siccome ogni novità di dizione accenna profonde innovazioni nel senso morale, politico e religioso, per cui la storia delle parole segna infin di conto quella del progresso o della decadenza delle condizioni sociali, così l'uso frequente delle parole *legale, legalità*, è la caratteristica di un fatto molto importante, per cui alla massima antica che il diritto prevaler deve al fatto venne sostituita l'opposta che il fatto predomina il diritto».

Non abbiamo, qui, almeno un sentore dei poli entro cui, nel 2004, Ferrajoli includeva il problema? Eppure il brano ora trascritto appartiene alla prima edizione della *Nuova enciclopedia popolare*, opera, come avvisa il frontespizio, «compilata sulle migliori in tal genere, inglesi, tedesche e francesi coll'assistenza e col consiglio di scienziati e letterati italiani», anno 1847⁵⁸.

Nella stessa enciclopedia la voce *Illegale, Illegalità (dir. civ. e pubbl.)*⁵⁹, ci fa invece cogliere una distanza rispetto al presente: «*Illegalità* si adopera specialmente per indicare le infrazioni fatte alle leggi da coloro che sono incaricati di vagliare la loro esecuzione, cioè da tutti coloro che hanno parte nel governo. Si dirà dunque meglio, che un corpo costituito ha operato illegalmente, di quello che si direbbe di uno o di parecchi individui che avessero violato la legalità. Un ministro agisce illegalmente quando esce dalla sfera dei doveri e delle attribuzioni che la legge prescrive»; «In paesi di governo rappresentativo, l'illegalità commessa da uno dei tre poteri dello Stato, che presiedono specialmente al mantenimento e all'inviolabilità della costituzione che gli ha creati, assume un carattere assai più grave, e chiamasi con parola alquanto barbara, se vogliamo, *incostituzionalità*»⁶⁰.

La materia, come dicevo, è complessa e io non mi arrischio oltre: ho solo voluto seguire qualche traccia, evidenziare qualche aporia teorica. Desidero,

pedanteria. La voce non ha es. ant., ma è sull'anal. d'illegittimo». Ivi: p. 1285, Illegalità; pp. 1785 s., Legale; p. 1786, Legalità («Sentimento della legalità, rispetto alla legge, non solo positiva, ma al dovere dell'ubbidire a una legge, dell'ubbidire con veggente coscienza, senza eccedere nella timida servilità o nello zelo arrogante. Non tutti i legali e non tutti i legislatori, né tutte le potestà legittime, hanno il sentimento della legalità; neanche tutti gli uomini onesti»).

⁵⁸ *Nuova enciclopedia popolare ovvero Dizionario generale di scienze, lettere, arti, storia, geografia, ecc. ecc. Opera compilata sulle migliori in tal genere, inglesi, tedesche e francesi coll'assistenza e col consiglio di scienziati e letterati italiani*, VIII, Torino, 1847, p. 304. L'Enciclopedia si deve all'intraprendente editrice Pomba, che di lì a poco avrebbe avviato la pubblicazione della *Giurisprudenza degli Stati Sardi*, poi *Giurisprudenza del Regno* e *Giurisprudenza Italiana*, diretta dal genovese Filippo Bettini (G.S. PENE VIDARI, *Filippo Bettini e la sua Raccolta di giurisprudenza*, in *Giuristi Liguri dell'Ottocento*, Genova, 2001, in particolare pp. 100 ss.).

⁵⁹ *Nuova enciclopedia popolare*, cit., VII, Torino, 1846, p. 112.

⁶⁰ Il vocabolo "incostituzionale" è attestato alla fine del Settecento.

nondimeno, porre un interrogativo: una inerzia nell'applicazione della legge da parte dei titolari di pubbliche funzioni – anche ai livelli meno elevati – non lede la volontà del legislatore⁶¹? E se il legislatore è espressione di un Parlamento eletto democraticamente, non finisce con il ledere la stessa democrazia⁶²?

⁶¹ «L'attività legislativa consiste nella statuizione di norme che debbono essere osservate in tutta la serie dei singoli casi che esse tendono a disciplinare»: così, linearmente, C.M. IACCARINO, *Lezioni di diritto amministrativo ... Corso per le lauree in lingue del R. Istituto Univ. Orientale*, Napoli, 1942, p. 6.

⁶² La Costituzione limita il potere del legislatore, e, scrive A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, III ed., Torino, 2012, pp. 143 s., l'istituzione della Corte costituzionale ha rappresentato un «trauma» per il Parlamento, perché «ne ha determinato la soggezione ad un altro organo ... (capace di porne nel nulla gli atti)»: ma il vulnus alla democrazia cui mi riferisco nel testo non concerne né la soggezione alla Costituzione né l'operato della Corte costituzionale. Diversa la problematica se il Giudice delle leggi viene posto a modello della Magistratura ordinaria. G. MOSCHELLA, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano, 2009, p. 162, afferma che «la Costituzione italiana riconduce il rapporto tra giudice e sovranità popolare al principio della soggezione del giudice alla legge», ma, p. 170, precisa: «L'attuale critica nei confronti della magistratura si ricollega alla ... contraddizione tra principio democratico e potere giudiziario, che presupporrebbe la necessità che quest'ultimo si adegui alla volontà delle istituzioni della rappresentanza politica e in particolare del Parlamento e dell'atto tipico espressione della volontà popolare: la legge. Sotto tale profilo, *nulla quaestio*, in quanto è la stessa Costituzione a prevedere che il giudice è soggetto alla legge (art. 101 Cost.). Quello che tuttavia va specificato per comprendere le ragioni di una contrapposizione che altrimenti non avrebbe fondamento è che l'adozione di Costituzioni rigide ha trasformato profondamente il ruolo del giudice che da esecutore fedele e passivo della volontà del legislatore ha, adesso, il compito [di] applicare la legge attraverso la realizzazione di una serie di valori fondamentali non sempre contenuti esplicitamente nella Costituzione e che espone la magistratura anche al rischio di conflitti con le istituzioni rappresentative. La previsione costituzionale del giudice soggetto soltanto alla legge lungi dal sancire “la nullità” del potere giudiziario costituisce “un fattore fondativo di indipendenza e di partecipazione al circuito della sovranità” [Borrè] in cui si sostanzia il valore costituzionale della giurisdizione». A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, in *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, a cura di R. TONIATTI, M. MAGRASSI, Milano, 2011, pp. 27 s., scrivono che la «sottoposizione del giudice alla legge ... assume una dimensione più problematica e complessa in un contesto di Costituzione rigida», e che i giudici «posti in diretto contatto con la Costituzione e con i suoi principi ad alta densità politica (oltre che con le norme sovranazionali) ... sono chiamati a prestazioni interpretative complesse, che ne fanno la *bouche du droit* (dell'intero sistema normativo, cioè) e non della semplice *loi*, così divenendo tutti, “in senso profondo e lato, ‘giudici costituzionali’ » (la citazione è da Häberle). Utile ricordare che, in un'intervista, Roberto Scarpinato ha detto: «I giudici, tra più interpretazioni possibili della legge ordinaria, devono privilegiare quella conforme alla Costituzione e, se ciò non è possibile, devono “processare la legge”, cioè sottoporla al vaglio della Consulta. La magistratura italiana quindi è una “magistratura costituzionale” e, in quanto tale, la sua fedeltà alla legge costituzionale è prioritaria rispetto a legge ordinaria» (*La Repubblica*, 11 maggio 2016, p. 9). Per la centralità della “giustizia costituzionale”, DE NITTO, *Le leggi erano ingiuste e Socrate aveva ragione. Divagazioni sul*

Inoltre, quale fulcro del rinnovamento si pone, di solito, la figura del giudice. E non è questo un quasi perfetto ribaltare la posizione illuminista? Viene alla mente un'affermazione di Portalis (da leggere scambiando i soggetti delle ipotetiche): «Noi ragioniamo come se i Legislatori fossero Dei, e i Giudici non fossero neppur uomini»⁶³. È indubbio che i rapporti tra legislatore e giudice risultino ardui, ancora di più oggi⁶⁴. Benché il problema – connesso – dell'interpretazione sia molto studiato, in particolare da costituzionalisti, nei più del superamento del positivismo legislativo sembra un dato da vivere con eccessiva naturalezza.

Alla voce *Legale, Legalità*, la quarta edizione della citata *Nuova enciclopedia popolare* reca: «Avviene non di rado che possa esservi legalità, senza che vi sia giustizia»; «È preferibile la legalità con tutti i suoi inconvenienti ad uno stato di cose che, sotto colore di favorire una giustizia più rigorosa (ma nelle presenti condizioni sociali inattuabile), lascierebbe la società nello scompiglio»⁶⁵.

la giustizia costituzionale, in *Costituzione Economia Globalizzazione. Liber amicorum in onore di C. Amirante*, Napoli, 2013, pp. 283 ss., e ID., *Consuetudine con la libertà*, in C. RUPERTO, *La Costituzione in mezzo a noi*, a cura di A. DE NITTO, Milano, 2005, pp. xxvii ss.

⁶³ *Riflessioni generali esposte dal Consigliere di Stato Portalis*, cit., p. 13. Cfr. F. DE MARINI, *I bizantini e la sacra generalitas*, in *Diritto@Storia*, 6 (2007).

⁶⁴ Tuttavia i parametri entro cui il tema è svolto risalgono, almeno per certi aspetti, al Settecento: si pensi alle *Riflessioni politiche Su l'ultima Legge del Sovrano*, di Filangieri (Napoli, 1774). Tra i contributi recenti voglio solo menzionare F. GALLO, *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Torino, 2014, con ampi e originali raffronti romanistici (e discussione di G. VERDE, *Il difficile rapporto tra il giudice e la legge*, Napoli, 2012). Segnalo poi la solida struttura, di teoria e di prassi, costruita da F. PETRILLO, *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, Torino, 2011.

⁶⁵ *Legale, Legalità (dir. ed econ.)*, in *Nuova enciclopedia popolare italiana ovvero Dizionario generale di scienze, lettere, arti, storia, geografia, ecc. ecc.*, Seconda tiratura della quinta edizione conforme alla quarta, XI, Torino, 1867, p. 463: «Strettamente parlando, dicesi legale tutto ciò che è conforme alla legge: la legalità quindi è la conformità di un atto alla legge. Ora, la legge, presa in senso assoluto, essendo la stessa giustizia, assolutamente parlando, legalità sarebbe sinonimo di giustizia. – Siccome però, guardando alle leggi positive, non sempre queste sono l'espressione fedele della giustizia assoluta, e tal fiata esse non hanno ragione di esistere in un principio assoluto, ma tendono soltanto, nel concetto del legislatore, a guarentire certi diritti o a far presumere, mediante certe formalità, l'esistenza di certe condizioni, senza che sia mestieri fornirne altrimenti la prova, – così avviene non di rado che possa esservi legalità, senza che vi sia giustizia. Questo duplice punto di vista spiega il perché taluni veggano il bene supremo nella legalità, mentre altri esclaminano coi rivoluzionari dell'89: *La légalité nous tue!* – Il vero è che, se è desiderabile cosa il veder sempre la legalità in accordo colla giustizia; nell'impossibilità tuttavia di provvedere con una legge generale a tutti i casi speciali, e nel bisogno ad un tempo di facilità, uniformità e speditezza pel corso degli affari sociali, è preferibile la legalità... – A ragione pertanto il conte Federico Sclopis nel suo libro dell'autorità giudiziaria definisce la legalità "regola uniforme di legge imposta a tutti gli atti della vita civile, che è, come si suol dire, una condizione d'esistenza dei consorzii civili". Cfr. F. SCLOPIS, *Della autorità giudiziaria*, Torino, 1842, p. 21.

Maggiormente congrua al nocciolo del dilemma l'icastica frase di Carnelutti: «Il più piccolo guadagno in linea di giustizia si paga in moneta di certezza e viceversa»⁶⁶.

Un'altra domanda: dobbiamo considerare la realizzazione dei rivoluzionari francesi semplicemente un passo indietro della storia? Forse l'interrogativa è troppo secca, ma il problema esiste. Non può non colpire che, oggi, un importante storico del diritto parli della legislazione come di una «fra le molte mitologie laiche inaugurate dalla Rivoluzione del 1789»⁶⁷, e che questa frase richiami alla memoria, in via suggestiva, l'esordio del *Saggio sul principio generatore delle costituzioni politiche*, di Joseph de Maistre: «Uno dei grandi errori di un secolo, che li professò tutti, fu di credere che una costituzione politica potesse essere scritta e creata a priori»⁶⁸.

Sempre in tema di Illuminismo è forse istruttivo citare la relazione stesa per il Sant'Uffizio su *Lo Spirito delle Leggi* di Montesquieu: «L'Autore ... parla ... colla sola scorta delle sue osservazioni, e dei suoi filosofici raziocinj, e chiamate al suo tribunale tutte quante le leggi, e le religioni del mondo, ne decide ... da giudice freddo, e indifferente»; «È questo adunque un ingegnossissimo parto di quella natural filosofia, di cui tanto si compiacciono gl'eruditi del nostro secolo, i quali si credono capaci colle sole bilance di questa di pesare il mondo intero»⁶⁹. Al presente, pur con intendimenti diversi, si usano accenti quasi si-

⁶⁶ CARNELUTTI, *La morte del diritto*, in *La crisi*, cit., p. 177. FERRAJOLI, *Antigone e Creonte*, cit., p. 31: «Oggi sono stati sconfitti, simultaneamente, sia Creonte che Antigone. E questa duplice sconfitta è dovuta alla crisi della *legalità positiva*, cioè della capacità del diritto di vincolare gli attori giuridici e le fonti di produzione normativa sia a regole formali che ne garantiscano la certezza, sia a limiti e a vincoli sostanziali capaci di garantirne la *giustizia*». Ma si vedano i citati DE NITTO, *A proposito di certezza*, e GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*.

⁶⁷ GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 7.

⁶⁸ G. DE MAISTRE, *Saggio sul principio generatore delle costituzioni politiche*, Città di Castello, 1921, cap. 1, p. 19. ID., *Essai sur le Principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, Paris, 1814, p. 1: «Une des grandes erreurs d'un siècle, qui les professa toutes, fut de croire qu'une constitution politique pouvoit être écrite et créée à priori».

⁶⁹ Gli «eruditi», sulla scorta della sola ragione, credono – a detta del recensore – di «indovinare gl'altissimi fini di quella sapienza che ... formò [il mondo] ma non riflettono essi che quest'istessa ragione restò ancor essa indebolita, e corrotta per la colpa originale di Adamo, e che giace tuttavia involta tra densissime tenebre, e in vece di ben condurci per le vie del vero gonfia le menti umane di quell'orgoglio ...»; «Questa ragione naturale ... è fiacca, incerta, e debole, né altro può farvi comprendere che la necessità di ricorrere ad un lume celeste che vi guidi ... in mezzo di queste tenebre» (Archivio della Congregazione per la dottrina della fede, *Index, Protocolli*, anni 1749-1752, ff. 331 ss.). Il decreto, privo di motivazione, che condanna il libro è del 29 novembre 1751: *ivi*, f. 365. Cfr. *ivi*, *Diari*, anni 1749-63, ff. 14, 16a. Rinvii bibliografici in M. ROSA, *Riformatori e ribelli nel '700 religioso italiano*, Bari, 1969, pp. 103 ss. Per una eco di que-

mili, quando si disapprova «un tipo di impostazione propria del periodo di massimo sviluppo delle tendenze giuspositivistiche, in cui si pensava di poter distinguere nettamente ciò che è diritto da ciò che non è diritto»⁷⁰.

Il modello pre-codicistico, talora invocato, è remoto. Esso si reggeva su una dialettica tra *ius* e *lex*, su una scienza giuridica forte, autorevole, condivisa in Europa in virtù, non foss'altro, del latino e di un linguaggio tecnico comune; scienza che assimilava, anzi, direi, celava innovazioni anche imponenti in un orbito di continuità⁷¹; scienza che, entro uno sterminato apparato di fonti,

sta concezione, B. MAGNINO, *Note sulla filosofia contemporanea*, in *Doctor communis. Acta et commentationes Pontificae Academiae Romanae S. Thomae Aquinatis*, 1948, 1, Ianuarius-Aprilis, pp. 151 s., che così caratterizza la lezione di Michele Federico Sciacca: «La filosofia ... ha creduto di costituirsi come sistema di idee chiare e distinte, come scienza, come costruzione critica dell'esperienza, come morale indipendente, come Ragione che adegua il Creato. Ma ognuna di queste visuali si è rivelata unilaterale, incompleta e insufficiente. Si è dimenticato quello che S. chiama il "senso creaturale dell'essere", quel sentirsi creature». Non è comunque da ignorare la diagnosi, di Adorno e Horkheimer, d'una "forza autodistruttiva" dell'illuminismo (inteso in senso lato come "processo di chiarificazione e 'illuminazione' razionale"), di un suo "rovesciarsi in mitologia".

⁷⁰ Trovo il riferimento in L. ASCHETTINO, D. BIFULCO, *Introduzione*, in *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, Napoli, 2006, p. 5.

⁷¹ Si pensi a Bodin, il quale enumera vocaboli ebraici, greci, romani, italiani asserendo che qualificano la "sovranità", e dichiara come di essa manchi solo la definizione, nel mentre in realtà crea il concetto [J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, I, a cura di M. ISNARDI PARENTE, Torino, 1964, p. 345. BODIN, *Les six livres de la République*, II réimpression de l'éd. de Paris 1583, Aalen, 1977, p. 122 (= ed. Paris, 1576, p. 125, ed. Paris, 1577, p. 89). IO. BODINI *De republica libri sex*, Parisiis, 1586, p. 78]. Si pensi a Grozio che, per fondare l'assunto «civilis verò iuris mater est ipsa ex consensu obligatio» (*De Iure belli ac pacis libri tres*, Parisiis, 1625, *Prolegomena*), forza volutamente la tradizione romana, insegnando: «Voluntate sufficienter significata transferri rei dominium potest» (p. 262). Si pensi, in particolare, alla concezione di "persona" che matura alla fine del Cinquecento, e di cui poi quasi si perdono le origini: tanto che ancor oggi si postula una continuità tra nozione romana e costruzione moderna. Su questo mi soffermo. HILLIGER, nel *Donellus enucleatus*, Jenæ, 1611, lib. II, caput IX, "Servitus eiusque causa & effectus", Notata, b, p. 68, cita Vulteo e scrive: «Vult. tamen in §. I. Inst. de jur. pers. & I. discept. 12. inscriptionem tit. D. de stat. hom. generaliore, et convenientiore esse, vult. Servus enim homo est, non persona, homo naturæ, persona iuris Civ. vocabulū» (= ed. Jenæ, 1617, p. 68, ed. Lugduni, 1619, p. 20, ed. Antverpiæ, 1642, p. 20. Una curiosità: il *Donellus enucleatus* fu posto all'Indice con il decreto del 5 marzo 1616, altrimenti noto per la condanna dell'eliocentrismo: reperibile ad es. in internet, <http://disf.org/testo-decreto-indice-copernicanesimo>. Su «servus ... homo est, non persona» ha richiamato, in Italia, l'attenzione R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino, 1968, p. 14). Nel 1590 Vulteo aveva scritto: «Persona autem est homo habens caput civile. Quod positum est in tribus, in libertate, in civitate, in familia» (*Jurisprudentiæ Romanæ à Justiniano compositæ libri duo*, I, Marpurgi, 1590, p. 58r; cfr. Editio nona, *ivi*, I, 1748, p. 62). E si legga VULTEII *In Institutiones iuris civilis a Iustiniano compositas Commentarius*, Marpurgi, 1598, p. 42: «Persona est homo habens caput ci-

non solo giuridiche, tratte da ogni età e luogo, coltivava l'idea di un eterno presente, con singolare mancanza di “coscienza della storicità del diritto”⁷². Una scienza di lunga durata, con le opere dei grandi autori ristampate a distanza di decenni. Si ricordino le fortunate *Institutiones* di Vinnio⁷³, ripubblicate fino a tutto il Settecento (e ancora, in Italia, in una edizione veneziana nel 1804, e in una napoletana nel 1825)⁷⁴. Si ricordi che il giurista napoletano Domenico Ausilio⁷⁵ consiglia, sullo scorcio del Seicento, all'allievo Pietro Giannone⁷⁶ la lettura di Vinnio, «celebre professore olandese, il quale, oltre le note, avea con dotti, utili ed accurati *Commentari* illustrate le *Istituzioni* di Giustiniano»⁷⁷; e il giovane Giannone legge pure, fra i «moderni scrittori», Carlo Sigonio⁷⁸, Barnaba Brissonio⁷⁹, Antonio Agostino⁸⁰, Rittersuzio⁸¹ e «al quanti altri»⁸². Si ricordi che Vico nell'autobiografia narra di aver studiato Vulteo⁸³, morto nel 1634, la cui *Jurisprudentia Romana* ebbe una dozzina di

vile»; «Homini appellatio cum appellatione personæ non est eadem»; «Homo vocabulum est naturæ; persona juris civilis. Omnis persona est homo, sed non vicissim»; «Servus igitur homo est, sed non est persona» (Editio secunda, *ivi*, 1600, p. 40; Editio quarta, *ivi*, 1613, p. 40). In tema, con riferimenti a Coing e a Orestano, TZUNG-MOU WU, “*Personne*” en droit civil français: 1804-1914, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS), Università degli studi Roma III, 2011, pp. 40 ss., cap. “Le couplet personne-homme date-t-il du XVI^e siècle?”. Si veda anche C. HATTENHAUER, „Der Mensch als solcher rechtsfähig“ – Von der Person zur Rechtsperson, in *Der Mensch als Person und Rechtsperson. Grundlage der Freiheit*, a cura di E. KLEIN, C. MENKE, Berlin, 2011, pp. 39 ss., in particolare p. 47; cfr. U. PALM, *Person im Ertragsteuerrecht*, Tübingen, 2013, pp. 265 s.

⁷² Si vedano, per quest'ultima, i profili messi in luce da ORESTANO, *Storiografia e coscienza della storicità del diritto*, in *IVRA*, 9 (1958), pp. 240 ss. (poi in ID., ‘Diritto’. *Incontri e scontri*, Bologna, 1981, pp. 339 ss.).

⁷³ 1588-1657.

⁷⁴ Una traduzione in castigliano apparve a Barcellona nel 1846-47 (e nel 1867).

⁷⁵ 1649-1717.

⁷⁶ 1676-1748.

⁷⁷ *Vita di Pietro Giannone scritta ... da lui medesimo*, in *Opere di Pietro Giannone*, a cura di S. BERTELLI, G. RICUPERATI, Milano-Napoli, 1971, p. 20.

⁷⁸ 1524-1584.

⁷⁹ 1531-1591.

⁸⁰ 1517-1586.

⁸¹ Konrad Rittershausen, 1560-1613.

⁸² *Vita di Pietro Giannone*, cit., p. 22.

⁸³ G. VICO, *Autobiografia. Poesie. Scienza Nuova*, Milano, 1963, p. 16: «Frattanto una sola volta egli si portò nella regia università degli studi, e dal suo buon genio fu menato entro la scuola di don Felice Aquadies, valoroso lettor primario di leggi, sul punto che egli dava a' suoi discepoli tal

edizioni fino al 1748. Ma non devo dire di questo a storici del diritto⁸⁴.

Passo ora, brevemente, ai due *exempla* romani.

Il primo: una precoce sfiducia nei confronti del legislatore, scolpita con vivezza nella tradizione sul Decemvirato legislativo. Federico d'Ippolito ha sfruttato il modello weberiano della "causazione adeguata"⁸⁵ proponendo «di considerare l'epoca che ha dato vita al governo decemvirale e alle Dodici Tavole come un'alternativa irrealizzata»⁸⁶. Per d'Ippolito «fu il collasso decemvirale a costituire quella 'causazione adeguata' che orientò nel modo a noi noto la società romana arcaica e contribuì a fondare il diritto romano come diritto giurisprudenziale»⁸⁷.

Le Dodici Tavole sono state qualificate una «rivoluzione giuridica»; si è scritto che, con esse, «il dominio della legge è completo», che il loro «avvento ... costituisce un fenomeno di conversione»⁸⁸. E però, a Roma, non s'è più reiterata una simile esperienza 'codificatoria'.

giudizio di Ermanno Vulteo: che questi fosse il migliore di quanti mai scrissero sulle istituzioni civili; la qual parola, riposta dal Vico in memoria, fu una delle principali cagioni di tutto il miglior ordine de' suoi studi e di quello vi profitto». Per sottolineare come la familiarità coi giuristi del passato fosse esperienza comune, è da citare il dileggio di D.-A.-F. DE SADE, *Il giudice beffato* [1787], a cura di L. TOZZI, Palermo, 2002, p. 32, ove si narra di un visionario Presidente del Parlamento di Aix, il quale «discuteva di legge con Farinacius e Cujas» (morti da quasi due secoli). Sul racconto, J.-B. JEANGÈNE VILMER, *Sade moraliste*, Genève, 2005, pp. 343 ss.

⁸⁴ Cito soltanto GROSSI, *Il punto e la linea (storia del diritto positivo nella attuale crisi delle fonti)*, in *Studi giuridici in ricordo di Giovanni Battaglini*, a cura di G. ARANGIO-RUIZ, F. SALERNO, C. FIORAVANTI, Napoli, 2013, p. 176, che, prima di giudicare severamente alcune tendenze della romanistica attuale, scrive: «Mi corre ... un brivido sulla pelle quando sento parlare di un 'medioevo giuridico prossimo futuro'».

⁸⁵ F.M. D'IPPOLITO, *Modelli storiografici fra Otto e Novecento*, Napoli, 2007, p. 35: «Come si costruisce 'logicamente' la spiegazione causale di un accadimento storico? Come si può stabilire il rapporto di causa ed effetto in modo non deterministico? È ben noto che per Weber ciò può avvenire solo attraverso la costruzione di un processo ipotetico (nel quale si procede ad eliminare uno o più elementi) che è diverso dal processo reale, e la successiva comparazione del processo ipotetico con quello realmente verificatosi. Se l'esclusione di un elemento è tale da allontanare il processo ipotetico da quello reale, allora l'elemento escluso sarà legato col processo reale nel grado più alto e imprescindibile, vale a dire di 'causazione adeguata'; al contrario, se il processo ipotetico assunto prescindendo da quell'elemento coincide con quello reale, allora l'elemento escluso è irrilevante, e verrà collocato nel grado di 'causazione accidentale'. Tutto ciò si raggiunge attraverso giudizi di 'possibilità oggettiva', ricavati da un sapere nomologico, vale a dire in base alle regole di esperienza».

⁸⁶ *Ivi*, pp. 40 s.

⁸⁷ *Ivi*, p. 45.

⁸⁸ M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale: tentativo d'interpretazione*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. HUMBERT, Pavia, 2005, pp. 48 s.

Pomponio ci dice l'essenziale⁸⁹. All'inizio proprio i Decemviri sono chiamati a correggere e interpretare le norme da loro stessi redatte; ma, in seguito, persona e funzione del legislatore sono cancellate. Le Dodici Tavole si stagliano come monumento isolato e irripetibile: *fons omnis publici privatique ... iuris*, per Livio⁹⁰; *finis aequi iuris*, per Tacito⁹¹. Il richiamo al mondo greco contribuisce a marcare la singolarità dell'evento, quasi che quella del legislatore fosse una figura d'importazione, di cui valersi una tantum. La legge, cristallizzata secondo Pomponio su lastre d'avorio (si noti, materiale esotico), è di per sé sterile, ma fa da *humus* ad altro: al diritto dei giuristi.

Perché tutto questo? Ancora Pomponio ci narra l'essenziale quando torna a parlare del Decemvirato⁹². Ho detto “ci narra l'essenziale”, sebbene il giurista si dilunghi sul caso di Virginia, e introduca dettagli truci, all'apparenza marginali: il coltello afferrato dal banco del macellaio; Virginio coperto di sangue. Particolari inattesi in un testo giuridico, essi dilatano pateticamente l'importanza dell'evento. Evento che, ad onta del finale cruento, si potrebbe ridurre a una condotta illecita pur grave ma di rilevanza ordinaria (il tentativo

⁸⁹ D. 1.2.2.4-5: ... *placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus: quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi: datumque est eis ius eo anno in civitate summum, uti leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur neque provocatio ab eis sicut a reliquis magistratibus fieret. qui ipsi animadverterunt aliquid deesse istis primis legibus ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt: et ita ex accedenti appellatae sunt leges duodecim tabularum. quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris Hermodorum quendam Ephesium exultantem in Italia quidam rettulerunt.*

⁹⁰ Liv. 3.34.

⁹¹ Tac. ann. 3.27.

⁹² D. 1.2.2.24: *et cum placuisset leges quoque ferri, latum est ad populum, uti omnes magistratu se abdicarent, quo decemviri constituti anno uno cum magistratum prorogarent sibi et cum iniuriose tractarent neque vellent deinceps sufficere magistratibus, ut ipsi et factio sua perpetuo rem publicam occupatam retineret: nimia atque aspera dominatione eo rem perduxerant, ut exercitus a re publica secederet. initium fuisse secessionis dicitur Verginius quidam, qui cum animadvertisset Appium Claudium contra ius, quod ipse ex vetere iure in duodecim tabulas transtulerat, vindicias filiae suae a se abdisse et secundum eum, qui in servitum ab eo suppositus petierat, dixisse captumque amore virginis omne fas ac nefas miscuisse: indignatus, quod vetustissima iuris observantia in persona filiae suae defecisset (utpote cum Brutus, qui primus Romae consul fuit, vindicias secundum libertatem dixisset in persona Vindicis Vitelliorum servi, qui prodicionis coniurationem indicio suo detexerat) et castitatem filiae vitae quoque eius praeferendam putaret, arrepto cultro de taberna lanionis filiam interfecit in hoc scilicet, ut morte virginis contumeliam stupri arceret, ac protinus recens a caede madenteque adhuc filiae cruore ad commilitones confugit. qui universi de Alcido, ubi tunc belli gerendi causa legiones erant, relictis ducibus pristinis signa in Aventinum transtulerunt, omnisque plebs urbana mox eodem se contulit, populique consensu partim in carcere necati. ita rursus res publica suum statum recepit.*

di Appio Claudio di impossessarsi di Virginia), e invece dà inizio alla fine del Decemvirato legislativo. E se Virginio «honestissimo filiae parricidio Romam a decem tyrannis liberavit»⁹³, egli la liberò soprattutto dai legislatori. Rende esemplare il caso che un legislatore, investito del potere supremo, non tanto compia un gesto di sbrigativa violenza per impadronirsi di una giovane, asseriva invece il diritto a suoi fini inscenando un processo, violi norme da lui stesso confermate. A parte la tirannide e le tirannie decemvirali, che in Pomponio rimangono quasi sullo sfondo, su questo è fatta convergere l'attenzione del lettore. L'episodio e il suo esito testimoniano di una problematica di legalità, di osservanza e di applicazione della legge. Potremmo dire che la plebe, dopo aver bramato un 'codice', scopre, raggiunto l'obiettivo, che la giustizia è lungi dall'esserle assicurata. Indulgendo a un paradosso diremmo che la nostra scienza del diritto ha elaborato in due secoli quanto la plebe romana sembra aver colto per esperienza in due anni scarsi. La tradizione ha costruito una vicenda esemplare, e a questa, sia detto per inciso, è funzionale anche la contraddizione tra un Decemvirato giusto e uno malvagio.

Secondo *exemplum*, su Augusto. Scrive Velleio che, finite dopo un ventennio *bella civilia, sepulta externa, revocata pax*, furono restituite *vis legibus, iudiciis auctoritas, senatui maiestas*, e *l'imperium magistratuum fu ad primum redactum modum*. Venne *prisca illa et antiqua rei publicae forma revocata*. E *rediit cultus agris, sacris honos, securitas hominibus, certa cuique rerum suarum possessio; leges emendatae utiliter, latae salubriter; senatus sine asperitate nec sine severitate lectus*⁹⁴. Più avanti lo storico cita i *rei publicae membra*, in riferimento al territorio provinciale (2.90.1).

Si sbaglierebbe a giudicare il brano soltanto un servile sfoggio retorico, sovrabbondante e disordinato nell'agglomerare vari elementi: leggi, tribunali, senato, magistrature, attività economica (nel suo fattore base, l'agricoltura), religione, sicurezza pubblica, tutela della proprietà (e, poi, territorio). Noi sto-

⁹³ VICO, *Opere giuridiche. Il diritto universale*, a cura di P. CRISTOFOLINI, Firenze, 1974, p. 699.

⁹⁴ Vell. 2.89.3-6: *finita vicesimo anno bella civilia, sepulta externa, revocata pax, sopitus ubique armorum furor, restituta vis legibus, iudiciis auctoritas, senatui maiestas, imperium magistratuum ad primum redactum modum, tantummodo octo praetoribus adlecti duo. prisca illa et antiqua rei publicae forma revocata. rediit cultus agris, sacris honos, securitas hominibus, certa cuique rerum suarum possessio; leges emendatae utiliter, latae salubriter; senatus sine asperitate nec sine severitate lectus. principes viri triumphisque et amplissimis honoribus functi adhortatu principis ad ornandam urbem inlecti sunt. consulatus tantummodo usque ad undecimum quin continuaret Caesar, cum saepe obnitens repugnasset, impetrare non potuit: nam dictaturam quam pertinaciter ei deferebat populus, tam constanter repulit. bella sub imperatore gesta pacatusque victoriis terrarum orbis et tot extra Italiam domique opera omne aevi sui spatium impensurum in id solum opus scriptorem fatigarent: nos memores professionis universam imaginem principatus eius oculis animisque subiecimus.*

rici potremmo sceverare nell’elenco riferimenti a ‘Stato’, ‘Governò’, ‘Costituzione’, rimanendo *prima facie* perplessi sull’utilità della fonte. Che è invece importante.

Il passo di Velleio assolve a una duplice compito. Con l’avvento del *princeps*, il ritorno alla piena efficienza degli ‘organi’ dell’antica *res publica*⁹⁵ vale a fondare la ‘costituzionalità’ del regime. Nel contempo, la conservazione di detti ‘organi’ vale di per sé a garantire l’identità e la continuità dello ‘Stato’. Nell’esperienza romana – e continuo a usare, per immediatezza, terminologia e concetti nostri – abolire organismi istituzionali consolidati avrebbe significato mettere in gioco stabilità e riconoscibilità dello ‘Stato’: se, sul piano funzionale, questi potevano col tempo venir modificati e indeboliti, o «andare in disuso»⁹⁶, sul piano strutturale una loro soppressione, ripeto, avrebbe significato travolgere lo ‘Stato’ stesso. Insomma, l’identità della *res publica* è verificata non attraverso un’astrazione (il nostro Stato-persona), ma attraverso la ‘materialità’ dei suoi elementi, in una combinazione inestricabile, come appunto testimonia la fonte⁹⁷. I Romani erano necessitati a procedere così: diversamente da noi⁹⁸. Di qui una loro attitudine alla conservazione proverbiale tra gli storici, e sovente interpretata in chiave psicologica, antropologica.

Tacito. Questi, in *Annali* 1.2, conferma l’impostazione di Velleio quando dichiara che Augusto riuscì a *insurgere paulatim, munia senatus magistratuum legum in se trahere*. La *res publica* è identificata citando le sue costituenti apicali: senato, magistrature, assemblee. Il principe non cancella le istituzioni tradizionali. La continuità dell’ordinamento, concretizzata attraverso la presenza di quelle vestigia, permette a Tacito di spingere senza ostacoli lo sguardo all’indietro, verso l’antica *res publica*, e assumere quest’ultima a paradigma: di qui la matrice più feconda, il punto prospettico, l’ispirazione della severa storiografia tacitiana.

⁹⁵ Questo è l’elemento più strettamente ‘propagandistico’, al quale s’è attribuito rilievo saliente.

⁹⁶ F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, a cura di V. ARANGIO-RUIZ, Firenze, 1946, p. 75, nel cap. intitolato “Tradizione”.

⁹⁷ Curioso che, nel 1955, una scrittrice e giornalista austriaca cogliesse negli italiani questa inclinazione: «Lo Stato deve presentarsi in forma ... concreta» (I. BACHMANN, *Quel che ho visto e udito a Roma*, Macerata, 2002, p. 85).

⁹⁸ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l’État spécialement d’après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, II, Paris, 1922, pp. 493 s.: «D’autre part, le changement de Constitution, fût-il radical et intégral, n’implique, ni un renouvellement de la personne juridique État, ni davantage une modification essentielle dans la collectivité qui trouve en l’État sa personnification. Par le changement de Constitution, il n’est pas substitué une individualité étatique nouvelle à un État ancien». *Ivi*, p. 494, nota 7: «C’est ainsi que M. Hauriou, *Principes de droit public*, 1^{re} éd., p. 120 et s., fait remarquer que la Révolution de 1789 elle-même n’a point ‘renouvelé’, ni ‘interrompu’, la personnalité juridique de l’État français». Sull’autore, É. MAULIN, *La théorie de l’État de Carré de Malberg*, Paris, 2015.

La 'finzione', la 'messinscena' della repubblica dev'essere stata una ferita aperta in seno al principato, fomento di rancori, di velleità, di sospetti, di paure, di violenze.

Mantenere le strutture repubblicane fu, tuttavia, una necessità. Al di fuori di una nozione astratta di Stato, a Roma, ribadisco, l'ordinamento non poteva garantirsi riconoscibilità se non attraverso il permanere delle componenti organizzative di esso. La sopravvivenza dei vecchi 'organi' era sì deputata a legittimare Augusto, ma anche a conservare l'identità dello 'Stato'. Una forzatura, quasi neppure concepibile, avrebbe avuto effetti incalcolabili.

Il deficit di astrazione dei Romani concedeva a un riformatore esigui margini di 'ingegneria istituzionale'⁹⁹. E infatti Augusto lascia tutto più o meno intatto, e istituzionalizza, incarnandola, la nuova figura del *princeps*.

⁹⁹ Altra difficoltà reca la mancanza, a Roma, di una 'costituzione'. Essa non attenua le resistenze a mutamenti drastici, causando reazioni confrontabili, di massima, con quelle degli ordinamenti a costituzione non scritta. Afferma ROMANO, *Gli ordinamenti costituzionali e le loro trasformazioni*, in *Acta Pontificiae Academiae S. Thomae Aquinatis*, Taurini et Romae, 1946, p. 65: «Esattamente ... è stato osservato che le costituzioni non scritte oppongono agli innovatori e ai rivoluzionari la resistenza lunga e continuata delle barricate mentre una costituzione scritta è come una fortezza che, ove si penetri in qualche punto, è destinata a essere smantellata».

MASSIMO MECCARELLI

PENSARE LA LEGGE NEL TEMPO DELL'AUTONOMIA DEL DIRITTO. ESPERIENZE MEDIEVALI E MODERNE

SOMMARIO: 1. L'ambito della legalità in età medievale e moderna: determinazione dell'oggetto. – 1.1. La dimensione costituzionale delle città nel tardo medioevo: l'interazione tra autonomia politica e giuridica. – 1.2. Lo statuto e lo *ius commune*. – 2. Prospettive di senso in età moderna: l'affrancamento dall'autonomia del diritto di stampo medievale. – 3. Lo spazio della legge tra volontarismo e *systema* nelle dottrine a progettualità radicale. – 3.1. Nuove costruzioni per il concetto di legge. – 3.2. L'autonomia del diritto dall'*ordo* al *systema*. – 3.3. Per una storia delle prospettive di senso originanti le nuove concezioni della legalità. – 4. Lo spazio della legge tra teologia e giustizia nelle dottrine a progettualità inclusiva. – 4.1. La legge come strumento per un recupero dell'ordine giusto. – 4.2. L'autonomia del diritto nel quadro del nuovo rapporto tra scienza giuridica e teologica. – 5. Lo spazio della legge nelle dottrine a vocazione realistica. – 6. L'età moderna come tempo di costruzioni diverse dello spazio della legge. Prospettive metodologiche.

1. *L'ambito della legalità in età medievale e moderna: determinazione dell'oggetto*

Per quanto lo storico debba saper differenziare il vocabolario per descrivere le diverse maturità di tempi, vi sono termini capaci di attraversare le esperienze giuridiche, ai quali è difficile rinunciare. “*Legalità*” mi pare una di questi. La sua plausibilità come strumento d'indagine in prospettiva storico-giuridica deriva dal fatto che lo sfumato profilo tecnico che ne qualifica il contenuto, permette di riempirla di significati differenti, in relazione alle diverse fasi storiche; inoltre, facendo gioco sulla polisemia del termine, è possibile evidenziare peculiarità e discontinuità nel modo di concepirla. Un simile approccio analitico, però, espone al rischio di anacronismi e dunque pone l'onere di una serie di scelte delimitative e definitorie dell'oggetto. È anzitutto da qui che intendo prendere le mosse.

Mi propongo di considerare “legalità” per le sue valenze giuridiche, come termine che indica una condizione di conformità alla legge. *L'ambito della legalità*, inteso come *spazio della legge*, si riferisce per ciò a uno specifico tipo di

normatività, quella che trae il suo contenuto, il suo carattere vincolante, la sua legittimità, dall'esercizio di un potere politico.

Ho inoltre optato per osservare questo spazio dal punto di vista delle *declinazioni di pensiero*, piuttosto che da quello dei *sistemi normativi*.

La ragione si spiega con la terza opzione delimitativa, che viene posta in evidenza anche nel titolo: studiare la relazione della legalità con l'*autonomia del diritto*. Uso il lemma "autonomia" in chiave metalinguistica, per fare riferimento a un ambito della produzione giuridica, nel quale le regole si formano come esito di pratiche di auto-organizzazione, senza che vengano interessati e mobilitati i poteri politici che la società esprime.

L'idea di una simile costruzione dell'oggetto deriva dall'opportunità di cercare un angolo di osservazione nuovo del problema e, a mio avviso, più capace di inserirsi, con apporti originali, nel dibattito attuale in tema di produzione del diritto.

L'approccio più sperimentato in storiografia è consistito nell'analizzare la questione a partire dalla coppia concettuale *ius proprium – ius commune*¹. Si tratta indubbiamente di uno schema di grande impatto ricostruttivo, che però è stato già verificato nelle sue potenzialità analitiche. Su ciò avrei ben poco da aggiungere rispetto a quanto d'importante è stato già scritto. M'interessa però farvi cenno per considerare il tipo di approccio al problema, che, a mio avviso, gli corrisponde: esso consiste nel porre il problema della produzione del diritto, come un problema di rapporti tra fonti del diritto. Si tratta di individuare i *luoghi* della produzione del diritto, spiegarne il sistema di relazioni e in ultima analisi di descrivere una configurazione capace di *rappresentare la statica* di quell'ordine giuridico.

Penso che oggi sia possibile e opportuno considerare il problema da un diverso punto di vista, anche alla luce delle nuove conoscenze maturate sugli ordinamenti giuridici medievali e moderni. Si tratta a mio avviso di accantonare il problema delle *fonti* e porre a centro quello degli *ambiti* della produzione del diritto, guardando al *momento dinamico*, al farsi dell'ordine giuridico. È questo un approccio che si concentra sui *processi* della produzione e, pur senza rinunciare a un interesse per i profili sistematici, mette da parte il problema del Sistema.

È qui che emerge il rilievo dell'*autonomia del diritto* per uno studio dello spazio della legge. Questo, in effetti, com'è stato mostrato², è il principale ambi-

¹ L'imprinting originario viene dalle fondamentali pagine di F. CALASSO, *Medio evo del diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 409-502. Per una ponderazione storiografica si veda da ultimo P. COSTA, "Così lontano, così vicino": *Il comune medievale e la sua autonomia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 43 (2014), pp. 754-757.

² Per tutti P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 50 ss.

to della produzione del diritto che ci si pone all'attenzione, quando pensiamo alla multiforme realtà giuridica medievale. Non possiamo del resto trascurare il fatto che, nel tempo di *ius commune*, il diritto abbia una natura anzitutto giurisprudenziale, per cui i processi decisionali che danno fondamento alla produzione del diritto, privilegiano il momento ermeneutico del riconoscimento, piuttosto che il momento potestativo dell'espressione di una volontà.

Per tali ragioni mi pare che per parlare dello spazio della legge – di un diritto, cioè, prodotto attraverso l'esercizio di un potere politico – in età di *ius commune*, risulti imprescindibile spiegare il modo con cui esso si è posto in relazione all'autonomia del diritto, cioè quell'ambito di produzione del diritto in atto, già prima dell'esercizio del potere politico.

1.1. *La dimensione costituzionale delle città nel tardo medioevo: l'interazione tra autonomia politica e giuridica*

La centralità dell'autonomia del diritto per il nostro problema non mette in secondo piano l'altro polo fondamentale del nostro discorso, che guarda alla legge come specifico tipo di normatività connesso all'esercizio di un potere politico. Al contrario, soprattutto con riferimento alla fase medievale, ci induce a guardare allo spazio della legge prendendo in considerazione l'ambito dell'*autonomia politica*.

Con tale espressione, intendo riferirmi a una configurazione costituzionale nella quale la produzione del diritto è la conseguenza della rivendicazione e dell'affermazione di uno spazio politico. Non intendo però impiegare il lemma per definire la condizione relazionale tra spazi politici; piuttosto sono interessato, per adottare un efficace neologismo proposto di recente da Pietro Costa, alla "suità" dello spazio politico³. "Autonomia politica" mi pare possa aiutarci a comprendere «dall'interno l'identità politico-giuridica» di questi ordinamenti⁴, soprattutto se considerata come polo dialettico rispetto ad autonomia del diritto.

"Autonomia politica" indica, per la mia prospettiva, un tipo specifico di spazio della legge, quello che più di altri ci permette di superare la sua rappresentazione statica. Infatti, autonomia politica non collega solo astrattamente la legge

³ COSTA, "Così lontano, così vicino" (nt. 1), pp. 764-782, in partic. pp. 781-782. L'accurata ricostruzione di Costa ci mostra che nel lungo itinerario che ne ha visto l'impiego, il lemma "autonomia" compone un triangolo semiotico con "ordinamento particolare" e "ordinamento universale" oscillando tra i poli «dell'autonomia indipendenza» e dell'autonomia *self-government*». Sono oscillazioni che si sono riflesse nella storiografia e in una certa misura derivano dall'originaria vincolanza del termine "autonomia" a «quell'*Erwartungshorizont* che ne aveva predeterminato e indirizzato l'impiego nel corso del *nation-building* e dello *state-building*», p. 766.

⁴ COSTA, "Così lontano, così vicino" (nt. 1), cit., pp. 767 ss.

all'esercizio del potere; essa la mette in rapporto ad un esercizio di potere programmaticamente impiegato per cambiare e/o fondare degli ordinamenti.

Cerchiamo dunque ora di concentrare l'analisi sull'interazione tra le due sfere di autonomia: quella giuridica e quella politica.

Diciamo anzitutto che nel mondo medievale l'autonomia del diritto si compone di tre profili. Vi è quello *socio-politico*, nel quale è possibile osservare il diritto come un prodotto immediato delle dinamiche sociali. Vi è poi un profilo che potremmo definire *epistemologico*; esso ci mostra un'attività di mediazione tra realtà e diritto, che viene svolta attraverso l'*interpretatio* del giurista. Si tratta di un'attività autosufficiente e creativa, ma che conserva sempre un carattere ermeneutico, essendo volta al riconoscimento di una dimensione giuridica oggettiva. C'è poi il profilo *sistematico* dell'autonomia del diritto; esso consiste nell'indicare la presenza di un campo di relazioni non formalmente predeterminato tra ambiti coesistenti di produzione del diritto.

L'autonomia politica invece scaturisce dalla tanto vitale quanto conflittuale vita politica nelle città, che tende a manifestarsi attraverso emanazioni di leggi fondamentali, gli Statuti⁵. È uno spazio della legge, dunque, nel quale il nesso tra produzione del diritto ed esercizio del potere politico, ci si propone nel suo valore di *piano di azione*. Esso non nasce contrastando il fenomeno dell'autonomia del diritto; semmai intende con esso combinarsi; conserva la matrice consuetudinaria e interroga la giurisprudenza dei dottori, rinviando, nelle sue norme, a figure giuridiche e categorie che trovano la loro sede definitoria nello *ius commune*.

⁵ Della vasta bibliografia in materia si vedano in particolare M. SBRICCOLI, *L'Interpretazione dello Statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età medievale*, Milano, 1969, pp. 17-47; ID., *Legislation, justice and political power in italian cities 1200-1400*, (1997) ora in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 47-72; *Statuti città territori in Italia e Germania tra Medioevo ed Età moderna*, a cura di G. CHITTOLINI, D. WILLOWEIT, Bologna, il Mulino, 1991; *Dal dedalo statutario*, numero monografico di *Archivio storico ticinese*, 118, 1995; V. PIERGIOVANNI, *Lo statuto: lo specchio normativo delle identità cittadine* (1995), in ID. *Norme, scienza e pratica giuridica tra Genova e l'Occidente Medievale e Moderno*, Genova, Società ligure di storia patria, 2012, pp. 317-327; *Statuti, regimi signorili e statuti nel tardo medioevo*, a cura di R. DONDARINI, G.M. VARANINI, M. VENTICELLI, Bologna, Patron, 2003; C. STORTI STORCHI, *Scritti sugli statuti lombardi*, Milano, Giuffrè, 2007; *Gli inizi del diritto pubblico*, a cura di G. DILCHER, D. QUAGLIONI, Bologna, il Mulino, Berlin, Duncker & Humblot, 2007-2008, 2 voll.; *Splitski Statut iz 1312. godine: povijest i pravo*, edited by Ž. RADIĆ, M. TROGRLIĆ, M. MECCARELLI, L. STEINDORFF, Split, Književni Kurg, 2015, ivi in particolare i saggi di TH. SIMON, *Die Bedeutung der "Statuten" in der europäischen Gesetzgebungsgeschichte*, pp. 31-40; M. MECCARELLI, *The Autonomy of Law and the Statutes of the Cities in the Legal Order of the Late Middle Ages*, pp. 41-52; G. ORTALLI, *Split: Statutes and their long-term force. Between legal Weight and Political Value*, pp. 113-128; C. STORTI, *The Lombard Statutes of the 14th Century*, pp. 565-573; N. SARTI, *Politica e tradizione normativa cittadina: il paradigma statutario bolognese nel basso medioevo*, pp. 575-584.

La scienza giuridica dal suo canto non riconosceva alle norme poste dall'autorità politica una speciale valenza ordinante. È stato a più riprese studiato il concetto di *lex* nella dottrina di *ius commune* e – pur nella diversità delle interpretazioni – mi pare che emerga un tratto tipico: il fatto che *lex* sia vista come uno strumento che serve a *dire* il diritto, piuttosto che a crearlo.

Non è tanto l'atto di volontà a risaltare, quanto piuttosto la sua attinenza all'*aequitas*⁶, il fatto di essere uno strumento con cui si interpreta l'*aequitas*⁷, per cui, come spiegava Tommaso D'Aquino (è un passo noto ma sempre molto esplicativo) la *lex* è sì promulgata «ab eo qui curam communitatis habet», ma resta una «quaedam rationis ordinatio ad bonum commune»⁸. Tale riferimento alla *ratio*, nella cultura giuridica medievale d'impronta aristotelico-tomista, rinvia a un paradigma epistemico di tipo argomentativo, per cui l'*interpretatio* è un esercizio pratico-valutativo, che consiste nel cogliere (*intelligere*) la natura delle cose⁹, tramite un confronto di opinioni sulla realtà; è capace di rivelare solo verità relative (*verisimiles*) e non di cogliere principi di giustizia invariabili. Insomma, com'è stato osservato, il fatto che *lex* sia uno strumento di attuazione dell'*aequitas* «es un elemento basico de su concepto»¹⁰.

In una simile concezione dei processi di produzione del diritto, qualsiasi fattore di mediazione tra diritto e realtà finisce per assumere un carattere necessariamente ermeneutico: la produzione del diritto è vista e consiste comunque in un'attività di riconoscimento di una dimensione giuridica oggettivamente data.

I giuristi riflettono con tale atteggiamento pre-comprensivo sul problema della legge: non si trattava per loro tanto di risolvere un problema di concorrenza e di gerarchia tra fonti del diritto, quanto piuttosto di stabilire il senso di una co-estensione di ambiti di produzione del diritto, per comprendere l'*ordo iuris*.

È in conformità a queste premesse che viene svolta la teoria della *potestas*

⁶ Cfr. fra gli altri J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepcion de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de estudios consitucionales, 1992, pp. 267 ss.; GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 175-182; C. STORTI STORCHI, *Intorno ai Costituti pisani della legge e dell'uso*, Napoli, Liguori, 1998, pp. 34-44; E. CORTESE, *Lex, aequitas, utrumque ius nella prima civilistica*, (1989), in ID., *Scritti*, Spoleto, Centro italiano di studi sull'alto medioevo, 1999, pp. 1041-1043; D. QUAGLIONI, *La giustizia nel medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 33-42.

⁷ ALBERICO DA ROSCIATE, *Dictionarium iuris, tam civilis, quam canonici*, Lugduni, 1548, voce *Lex*.

⁸ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae, Prima Secundae*, Madrid, 1985, q. 90, art. 4. Cfr. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale* (nt. 2), pp. 138-144.

⁹ *Ivi*, pp. 13-17.

¹⁰ VALLEJO, *Ruda equidad* (nt. 6), p. 267.

statuendi, cioè dello strumento attraverso il quale l'autonomia politica prende visibilità nel campo giuridico.

L'emanazione di uno Statuto cittadino, più che un momento effettivamente originante, è un *momento di attestazione* della condizione politica raggiunta da una comunità. Esso ha un indubbio *valore simbolico*, cui si riconnettono conseguenze giuridiche importanti: avere *iurisdictio*, con essa un certo profilo istituzionale e un certo standard di rapporti con altri soggetti politici (altre città, signori locali, fino ad arrivare all'Imperatore o al Papa; ma ciò rileva ovviamente anche rispetto a eventuali soggetti politici all'interno alla città)¹¹.

Anche il riferimento alla *iurisdictio* come formato giuridico del potere politico cittadino, mi pare sia rivelatore del *condizionamento ermeneutico* nel pensare la legge, a cui sto facendo riferimento. Con *iurisdictio*¹² il paradigma del potere pubblico è l'atto del giudicare, un'attività di riconoscimento dell'ordine giuridico, piuttosto che di sua creazione.

Imbrigliato nel concetto di *iurisdictio* il potere politico è destinato a rapportarsi con il fenomeno giuridico, senza mai poter vantare su di esso un primato. Di contro proprio quel diritto, che si svolge in regime di autonomia dal potere politico, funge da *base di legittimazione* per l'autonomia politica. Si pensi alla rilevanza delle consuetudini scritte negli statuti¹³. La legge trae legittimità dall'appropriarsi delle consuetudini. In un certo senso lo statuto è legge fondamentale, perché sa tenere insieme il diritto che *appartiene alla storia della città*, il diritto prodotto dalla sua costituzione materiale.

Lo Statuto sostiene e promuove la condizione di autonomia politica, nella misura in cui riesce a *comprendere* la complessità dell'organizzazione cittadina. Attraverso una siffatta legge fondamentale, capace di una messa in forma della rete di rapporti alla base della coesione sociale nella città, ciascun corpo della società può riconoscersi nella città.

La *potestas statuendi* per altro non è un potere esclusivo delle istituzioni cittadine; all'interno di una città, molteplici sono i soggetti collettivi che, essendo portatori di uno spazio di autonomia politica, possono darsi propri statuti.

Sono questi brevi e sommari cenni per un tema già noto. Quanto basta per mostrare come, per valutare le ricadute "costituzionali" di uno statuto, ci si debba spostare sul terreno della giurisprudenza, dove sono definite le regole

¹¹ G. CHITTOLINI, *A proposito di statuti copiatucci, ius proprium e autonomia. Qualche nota sulle statuizioni delle comunità non urbane nel tardo medioevo lombardo*, in *Dal dedalo statutario* (nt. 5), pp. 176-190; SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto* (nt. 5), pp. 17-48.

¹² P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere nella giuspubblicistica medievale* (1969), Milano, Giuffrè, 2002; GROSSI, *L'ordine giuridico medievale* (nt. 2), pp. 130-135.

¹³ STORTI STORCHI, *Intorno ai Costituti pisani* (nt. 5); CHITTOLINI, *A proposito di statuti copiatucci* (nt. 11), pp. 187 ss.

fondamentali della *iurisdictio*, della *potestas statuendi* e delle istituzioni che la possono esercitare.

Già questo è, a mio avviso, un primo esempio di come la dottrina, nel compiere una sintesi sull'autonomia del diritto, opera a pieno titolo nel definire la dimensione costituzionale propria di un'autonomia politica. Vediamone altri.

1.2. *Lo statuto e lo ius commune*

Ragioniamo allora sul rapporto che s'instaura tra statuto e *ius commune*, inteso quest'ultimo come l'ambito di produzione di quel diritto giurisprudenziale, che costituisce la dimensione universale dell'ordine giuridico.

Lo Statuto, infatti, è un apparato di norme non autosufficiente, che funziona grazie ad una combinazione con altri ambiti giuridici¹⁴. Uno Statuto rinvia inevitabilmente allo *ius commune*.

Ciò vuol dire che *ius proprium* e *ius commune* s'implicano reciprocamente; ma in che modo?

Il problema di una loro sistemazione gerarchia mi pare estraneo al modo con cui in quel tempo veniva osservata tale interazione. Non va dimenticato che, come è stato spiegato¹⁵, parliamo di fonti di natura molto diversa: mentre il diritto particolare si esprime in specifiche e puntuali norme, il diritto universale è scienza.

Occorre tenere presente quest'aspetto, perché ci indica che l'effettività stessa dello statuto dipende dalla sua *simbiosi* con il diritto comune. Se osserviamo tale interazione più da vicino, lo possiamo verificare. Molte delle norme statutarie si rendono operative nel momento in cui il loro contenuto si arricchisce della *funzionalità di dispositivi* definiti e regolati attraverso il diritto comune.

Si pensi, a titolo di esempio, all'interazione tra norma statutaria e *ius commune* proprio sul terreno della *regolazione della potestas statuendi*.

Dicevamo che lo statuto afferma la condizione di autonomia politica; chie-

¹⁴ Chiarissime sono su questo le pagine di P. CARONI, *Statutum et silentium. Viaggio nell'entourage silenzioso del diritto statutario*, in *Dal dedalo statutario* (nt. 5), pp. 129-160, dove spiega che lo statuto, affinché le sue norme acquisiscano completezza, «rinvia, interpella altre fonti», ha bisogno di «entourage referente». Senza di ciò le norme dello statuto restano «indecifrabili». Si vedano inoltre PIERGIOVANNI, *Lo statuto* (nt. 5), pp. 319-320; SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto* (nt. 5), pp. 149 ss.

¹⁵ P. COSTA, 'Ius commune', 'ius proprium', 'interpretatio doctorum': ipotesi per una discussione, in *El dret comu i Catalunya*, ediccion de A. IGLESIA FERREIRÓS, Barcelona, Fundació Noguera, 1995, pp. 29-42. Si veda anche U. SANTARELLI, *Ius commune e iura propria. Strumenti teorici per l'analisi di un sistema*, ora in ID., *Ubi societas ibi ius. Scritti di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 524-527.

diamoci ora quali sono i meccanismi giuridici predisposti per conservarla. Ciò avviene in due modi: tramite meccanismi che rendono *flessibili* le regole statutarie e attraverso la *rifirma* degli statuti. In entrambe le ipotesi l'aggiornamento dello Statuto si ottiene attribuendo alcune istituzioni del Comune un potere discrezionale ad hoc: un potere di *arbitrium*. Nel primo caso la dottrina parla di *arbitrium super iam statuta*, nel secondo di *arbitrium reformandi statuta*, *arbitrium statuendi* e *arbitrium condendi statuta*¹⁶.

Arbitrium, come è noto, indica un *potere di discernimento*, ancorato a parametri di orientamento esterni che lo vincolano. Esso ha le proprietà della *voluntas iustificata*. *Arbitrium* è percepito come attività teleologicamente orientata attraverso parametri di riferimento come l'*aequitas*, la *iustitia*, la *ratio*.

Si tratta di un potere soggettivo chiamato a svolgere una funzione di concretizzazione dell'ordinamento giuridico; tuttavia è saldamente vincolato alla prospettiva ermeneutica e giurisdizionale del riconoscimento di cui parlavo sopra.

Richiamo questo profilo poiché m'interessa mettere in rilievo che è un dispositivo preso dallo *ius commune* – le cui regole di funzionamento sono cioè fissate dalla dottrina – a essere impiegato per tale attività di sostegno dell'autonomia politica.

Un siffatto rapporto simbiotico tra autonomia politica e autonomia del diritto, oltre che nella materia della *postestas statuendi*, assume a mio avviso rilievo anche su altri terreni strategici per la tenuta degli equilibri esterni e interni alla comunità politica. Anche su tali oggetti gli statuti richiamano, nelle loro norme, i dispositivi di *ius commune*: per fare due esempi penso all'*arbitrium officialis* nell'attività di amministrazione o a figure come la *repraesalia* nel campo del *facere iustitiam*.

Riguardo al primo è da evidenziare la rilevanza del dispositivo *arbitrium* per mettere in funzione l'attività di controllo della pace sociale (il c.d. *arbitrium super bono et pacifico statu civitatis*), per attività di amministrazione in settori strategici o sensibili delle attività produttive (*arbitrium super abundantia*), regolare la materia della riscossione dei tributi (*arbitrium ut pecunia veniat in communi*) o per configurare determinati incarichi amministrativi (*arbitrium eligendi*), ecc.

Riguardo al secondo esempio sopra menzionato va osservato anzitutto che

¹⁶ Su questo, anche per un'indicazione delle fonti, si permetta di rinviare a quanto scritto in M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di ius commune*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 347-359 e anche, per quanto si accenna *infra* in tema di *arbitrium*, si vedano Ivi, pp. 3-360; più di recente si vedano ID., *The Autonomy of Law* (nt. 5), in particolare pp. 45-51 e M. VALLERANI, *L'arbitrium negli statuti cittadini del Trecento. Note comparative*, in *Tecniche di potere nel tardo medioevo. Regimi comunali e signorie in Italia*, a cura di M. VALLERANI, Roma, Viella editore, 2010, pp. 117-148.

l'esercizio controllato delle pratiche di ritorsione ha rivestito un rilievo strategico per la tenuta dell'autonomia politica di una città¹⁷. La *repraesalia* – in un ambito socio politico nel quale la *publica utilitas* ancora percepita secondo un paradigma comunitario – non è solo una reazione autorizzata a un torto subito, ma è insieme anche uno vero e proprio strumento di regolazione del rilievo pubblico dei conflitti. La materia è, infatti, oggetto di regolazione negli Statuti¹⁸ e anche qui si può rilevare la connessione implicita con la giurisprudenza dei *doctores*¹⁹.

Il respiro del saggio mi concede margini solo per dei cenni esemplificativi. Essi però già permettono, a mio avviso, di costatare che, per il funzionamento dello Statuto sono decisive le figure giurisprudenziali messe a fuoco dalla dottrina. Il nesso con la giurisprudenza ascrive le norme statutarie in un *quadro sistemico* di altre regole e principi dell'ordinamento, che essa trae dal fertile terreno dell'autonomia del diritto. Qui la *legge fondamentale* (prodotta dall'autonomia politica) dipende da un *diritto giurisprudenziale sui fondamenti* (prodotto dall'autonomia del diritto).

Si può anche aggiungere che, per converso, lo *ius commune* ha ragion d'essere, solo nella misura in cui gli Statuti si propongano come lo strumento per dare concretezza pratica ai dispositivi teorici elaborati in dottrina. I *doctores* non avrebbero immaginato così le loro figure se non avessero trovato nello statuto una destinazione d'uso. L'esistenza del fenomeno statuario e del conseguente tessuto istituzionale, dunque, è a sua volta, una condizione di pensabilità di quelle figure giurisprudenziali.

Potremmo dire in sintesi che l'autonomia politica si avvale dell'autonomia del diritto e viceversa. È grazie a una sinergia tra due poli delle dinamiche sociali, solo apparentemente di segno opposto, che si dispiega lo spazio della legge nell'età medievale.

¹⁷ Cfr. M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata e giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale* (2001), ora in ID., *Storia del diritto penale* (nt. 5), pp. 1223-1245; M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, il Mulino, 2005; *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du moyen âge*, sous la direction de J. CHIFFOLEAU, C. GAUVARD, A. ZORZI, Rome, Ecole française de Rome, 2007.

¹⁸ Ad esempio fra altri: *Statutum potestatis comunis Pistorii* (1296), lib. III De extraordinariis, cap. LXXVIII De personis habentibus represalliam contra comune Pistorii, cap. CXLII De represalliis concedendis, (ristampa dell'edizione a cura di L. ZDEKAUER, Mediolani, 1888, in *Statuti pistoiesi del secolo XIII* a cura di R. NELLI, G. PINTO, Pistoia, Società pistoiese di storia patria, 2002; *Statuta et leges civitatis Spalati, Statutum vetus* (1312), lib. VI De extraordinariis statutorum, cap. VI-XII De represalliis (ristampa dell'edizione a cura di J.J. HANEL, Zagabriae, 1878, in *Statuta civitatis Spalati*, edited by A. CVITANIĆ, Split, 1998); *Statuto di Piacenza del 1323*, lib. IV rub. De represalliis XXXVII-XXXVIII (edizione a cura di E. FUGAZZA, Pavia, 2012).

¹⁹ Per tutti BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus de repraesaliis*, in *Bartoli interpretum iuris civilis coryphaei*, in *Institutiones et Authententicas, commentaria, eiusdem Tractatus*, Basileae, 1562.

2. Prospettive di senso in età moderna: l'affrancamento dall'autonomia del diritto di stampo medievale

Volgiamo ora lo sguardo alla seconda fase del nostro percorso: l'età moderna. La schematicità del mio procedere non darà conto di sfumature pur rilevanti dell'evoluzione del problema. Qui però mi pare utile orientare il nostro discorso proprio sui profili di discontinuità.

Con l'età moderna siamo già in una fase di scoperta del potere ordinante della legge; vorrei però provare a ricostruire questo momento non tanto nelle sue *valenze fondazionali* rispetto al futuro principio di legalità, quanto piuttosto nei suoi *profili emancipatori* rispetto alla fenomenologia medievale. È un'angolazione che mi pare più appropriata, considerate le premesse – osservare gli ambiti di produzione del diritto, guardare alla legge nel suo momento dinamico – da cui ha preso le mosse questa mia analisi.

Alla base vi sono due processi storici ben noti: l'ascesa della legge arricchita da un'inedita *valenza volontaristica*; una ridefinizione degli equilibri socio-politici intorno a due ordini di grandezza: l'*individuo* e lo *Stato*. I due connessi processi hanno fatto sì che il diritto diventasse un prodotto mediato dal momento politico e la decisione sul diritto un atto di governo piuttosto che un atto di giustizia.

Meno studiato è invece un terzo processo emancipatorio: quello della metamorfosi – o se vogliamo dello *snaturamento* – del concetto di autonomia del diritto.

Se è vero che la modernità ha avviato e in parte prodotto una trasformazione profonda da un punto di vista ordinamentale, l'idea di un'autonomia del giuridico non è scomparsa, ma è stata proposta sotto prospettive di senso diverse.

La mia ipotesi è che, osservandole lungo questa linea, possiamo cogliere altri caratteri dello spazio della legge rispetto a quelli che ci mostrano l'età moderna come momento preparatorio della *legalità* ottocentesca.

Occorre a tal proposito svolgere un'analisi articolata delle diverse esperienze moderne di autonomia del diritto e comunque sondare quel complesso momento storico, per cogliere le diverse percezioni che sono state proposte. Qui vorrei limitarmi a uno schizzo schematico su come impostare un'indagine siffatta.

Vorrei considerare tre contesti del pensiero giuridico dei secoli XVI-XVIII, con vocazioni programmatiche diverse: quello delle dottrine fondate su una progettualità *radicale*; quello delle dottrine fondate su una progettualità *inclusiva*; quello delle dottrine fondate su una progettualità *realistica*.

Il primo è caratterizzato dalla ricerca di premesse e fondamenti completamente nuovi, rispetto a quelli impiegati dal pensiero giuridico medievale; in particolare intenderei considerare i giusnaturalismi.

Il secondo contesto è orientato allo svolgimento di un programma modernizzatore non meno ambizioso, ma attraverso un impiego di categorie e fondamenti messi a disposizione dalla tradizione; un impiego innovativo in modo da inglobare nell'ordine giuridico dato, i nuovi fenomeni socio-politici. Per tale secondo itinerario penso in particolare alla seconda scolastica.

Il terzo non pretende di fornire una proposta alternativa di tipo generale sui caratteri dell'ordine giuridico, ma produce ugualmente un'azione innovativa dando riconoscimento e sostegno alle tendenze in atto nel diritto praticato. Qui farò riferimento in particolare alla criminalistica cinquecentesca.

3. *Lo spazio della legge tra volontarismo e systema nelle dottrine a progettualità radicale*

3.1. *Nuove costruzioni per il concetto di legge*

Il principale luogo di emancipazione dall'autonomia del diritto in età moderna è indubbiamente da identificarsi nei giusnaturalismi. E ciò è dovuto proprio alla loro inclinazione programmatica *radicale*, a partire dalla domanda sui fondamenti dell'ordine giuridico.

La sequenza *stato di natura – contratto sociale – diritti individuali*, conduce la legge del sovrano a distinguersi nella realtà multi-normativa, come ambito della produzione del diritto dotato di un *quid pluris*, sia sul piano della legittimazione e che della funzione: qui la legge si giustifica da un punto di vista logico e sistematico come fonte di produzione del diritto, in modo autosufficiente e immediato, cioè senza presupporre l'interazione con gli altri ambiti di produzione del diritto. Tale legge inoltre si distingue come lo strumento più efficace nella costruzione della tutela giuridica nell'inedita e innovativa forma della tutela dei diritti.

Questa intuizione circa le potenzialità di un ripensamento della legalità in chiave volontaristica è portata a estreme conseguenze in alcuni approcci, quelli maggiormente segnati dalla radicalità della proposta (come nel caso di Hobbes) e/o dalla maturazione di un passaggio di discontinuità, quasi un cambiamento di fase (come nel caso di Rousseau).

Partiamo da quest'ultimo che ci offre un punto di sintesi, direi conclusivo rispetto alla cronologia che ci siamo proposti di percorrere.

Colpisce ma non sorprende il fatto che il discorso di Rousseau sulla legge prenda avvio da una giustapposizione tra *loi de la nature* e *loi de l'Etat*. Si tratta di due oggetti diversi e distinti, ci spiega²⁰, per cui il definire il primo non

²⁰ J.J. ROUSSEAU, *Du Contrat social, ou Principes du droit politique*, Amsterdam, 1762, livre

serve a spiegare il secondo. Una volta chiarito che il concetto di legge è pensabile solo nell'*Etat civil*, dunque, la legge è definita a partire dalla *volonté générale* come suo contenuto e dal carattere *toujours général* del suo oggetto²¹.

Il problema qui non è tanto lo stabilire il rapporto della legge con la dimensione della giustizia universale e quindi individuare le forme e i modi del riconoscimento di questa premessa. Qui il problema è piuttosto il chiarire i meccanismi che rendono possibile, tramite la legge, l'espressione e l'esercizio della volontà generale. Si tratta di dare al corpo politico, formato con il contratto sociale, «le mouvement et la volonté par la législation»²², essendo le leggi «les conditions de l'association civile»²³.

Insieme al giustificare il vincolo della legge con la volontà generale, diventa dunque importante per Rousseau stabilire *come* il corpo politico possa fare le leggi, che enunciano la volontà generale. La questione della legge si trasforma, si pone nei termini di un problema di definizione dei caratteri del legislatore e dei sistemi di legislazione: un problema di *lois politiques*²⁴, cioè di architettura costituzionale.

Da quanto abbiamo, seppur rapidamente, osservato, possiamo concludere che la questione della legge, nel pensiero di Rousseau, cessa di porsi come problema anzitutto ermeneutico. Essa appare oramai slegata dall'autonomia del diritto.

Chiediamoci allora come ciò sia stato possibile. Se facciamo un passo indietro nel secolo precedente, possiamo trovare una risposta nel Leviathan di Thomas Hobbes.

È rilevante ricordare, infatti, che il discorso sulla legge che il filosofo inglese ci propone, prende le mosse proprio da un ripensamento della relazione tra *ius* e *lex*.

Ius – qui Hobbes fa ricorso a uno slittamento semantico che gli permette di operare una risignificazione del concetto – viene fatto corrispondere a *right* inteso come condizione di libertà («liberty to do, or to forbear»); *lex*, resa come *law*, diventa un'*obligation* (che «determineth and bindeth» una condizione di libertà)²⁵.

II, chapitre VI, pp. 75-76: «Quand on aura dit ce que c'est qu'une loi de la nature on n'en saura pas mieus ce que c'est qu'une loi de l'Etat».

²¹ *Ivi*, pp. 76-77.

²² *Ivi*, pp. 75-76.

²³ *Ivi*, pp. 79.

²⁴ Intese come quelle relative alla «action du corps entier agissant sur lui-même, c'est-à-dire le rapport du tout au tout, ou du Souverain à l'Etat». *Ivi*, chapitre XII p. 117. Non a caso la trattazione che segue nel libro III riguarda Distinzione tra *puissance législative* ed *exécutive*, la nozione di *gouvernement* e altre questioni riconducibili agli assetti costituzionali.

²⁵ TH. HOBBS, *Leviathan, or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth, Eccle-*

Lex non è più, dunque, uno strumento che, insieme con altri, attua un'*aequitas* di cui lo *ius* è espressione. *Lex* come *law* serve a definire le forme possibili dello *ius* inteso come *right* e cioè condizione di libertà (in un contesto nel quale la libertà è stata trasferita al Sovrano tramite il contratto sociale per ottenere la sicurezza). La legge non attua qualcosa che già è dato, seppure in potenza (l'*aequitas*, la *iustitia*), essa determina e costituisce un contenuto normativo *ex novo*. Infatti «the definition of injustice is non other than the not Performance of Covenant»; e tal condizione si può configurare solo in presenza di un «coercive Power» nato dal contratto sociale; prima «nothing is Unjust»²⁶. In questo senso Hobbes reinterpreta la massima «Justice is the constant Will of giving to every man his own»: essa non rinvia a un contenuto preesistente e indisponibile, che occorre comprendere; al contrario il suo contenuto può configurarsi solo dopo l'instaurazione del *Common-wealth* e la costituzione di un «Civill power, sufficient to compell men» al rispetto del contratto²⁷.

È dunque un carattere precettivo a essere posto in risalto in questa nuova concezione della legge. Un'*obligation* si diceva, ma più precisamente, spiega Hobbes, è un'obbligazione che deriva da un *command* posto dall'autorità («the Person commanding, which is *Persona Civitatis*, the Person of the Commonwealth», per mezzo del suo «Representative, (that is the Sovereign)») ed è esclusivamente tale autorità che può fare le leggi e che con le sue leggi distingue il giusto dall'ingiusto²⁸. È per questo che nel cuore della legge pulsa la volontà del Sovrano («the Will of the Representative») ²⁹.

È nota la costruzione che consente a Hobbes di fondare la legge in senso volontaristico. Ci è però parso utile ricordarla, perché tale ragionamento si chiude con una riflessione – avente a oggetto «some foolish opinions of Lawyers concerning the making of Lawes» – sulla quale vale la pena soffermare la nostra attenzione, poiché ci riporta al problema dell'autonomia del diritto.

Hobbes, nello spiegarci che l'autorità della legge dipende dalla volontà del legislatore aggiunge, infatti, che sono sorprendenti le opinioni esposte nei trat-

sasticall and Civill, London, 1651, (text Edited by A.R. WALLER, Cambridge, University Press, 1904), part I, chapter 14, p. 86.

²⁶ *Ivi*, chapter 15, pp. 97-98.

²⁷ *Ivi*, chapter 15, pp. 98. Del resto è l'esistenza di questo *civil power* che rende pensabile, distinto dalla *moltitudo*, il *populus* capace di esprimere una volontà e che *in omni civitate regnat*. Cfr. D. LUONGO, *Consensus Gentium. Criteri di legittimazione dell'ordine giuridico moderno*, Napoli, Arte tipografica editrice, 2008, pp. 619-620; G. AGAMBEN, *Stasis. La guerra civile come paradigma politico*, Torino, Bollati Boringhieri, 2015, pp. 50-61.

²⁸ HOBBS, *Leviathan* (nt. 25), part II, chapter 26, p. 189.

²⁹ «All Lawes, written and unwritten, have their Authority, and force, from the Will of the Commonwealth; that is to say, from the Will of the Representative; which in a Monarchy is the Monarch, and in other Commonwealths the Sovereign Assembly». *Ivi*, p. 192.

tati dei giuristi «making the Legislative Power depend on private men, or subordinate Judges»³⁰.

Quando riconosce che la legge non può essere mai contro la ragione, Hobbes ha dunque idee molto chiare su cosa si debba intendere al riguardo: questa ragione non corrisponde certo «any private Reason» e neanche a una «artificial perfection of Reason, gotten by long study, observation and experience». La ragione della legge, insomma, «is not that *Juris prudentia*», ma, come Egli esplicitamente dice, *l'intenzione del legislatore* («the Reason of this our Artificiall Man the Common-wealth, and his Command, that maketh law»). Quindi conclude Hobbes in ogni Corte di giustizia è il sovrano che giudica e il giudice subordinato «ought to have regard to the reason, which moved his Sovereign to make such Law»³¹. Hobbes dissocia, così, la *ratio legis* dalla *juris prudentia* mettendola in relazione con l'intenzione del legislatore.

Ho voluto soffermarmi su questo passaggio, perché mi pare che dimostri come il problema della distrazione della legge in senso volontaristico e quello dello snaturamento dell'autonomia del diritto, siano questioni collegate in tale itinerario di pensiero; e qui non solo sul piano logico ma anche su quello delle strategie discorsive impiegate.

3.2. *L'autonomia del diritto dall'ordo al systema*

In costruzioni come quella proposta in Hobbes l'unico spazio che resta per l'autonomia del diritto è nel perimetro dell'interpretazione della volontà del legislatore. L'autonomia del diritto non viene eliminata, piuttosto viene messa in una nuova prospettiva di senso.

A questo proposito occorre ricordare che i secoli dell'età moderna offrono spazio anche allo svolgimento di itinerari teorici impegnati anche sul terreno della revisione del metodo con cui svolgere la giurisprudenza, con lo scopo di ottenere un affrancamento dalla «unità universalistica, ma oggettivizzante e pluralistica dello *ius commune*»³², sostituendo il paradigma dell'*ordo* con quello di *systema*.

³⁰ *Ivi*, p. 192. Del resto già all'inizio del chapter 26, p. 189, quando definisce il concetto, Hobbes ha cura di precisare che la sua idea di *civil law* è diversa da quella dei giuristi che la intendono come «the antient Law of Rome»; quest'ultima infatti riguarda «the knowledge of particular Lawes belongeth to them, that profess the study of the Lawes of their severall Countries». E questo non corrisponde alla «Civill law in generall», cioè al concetto di legge che vincola gli uomini membri di un *commonwealth*. Insomma: lo *ius commune* è espressione di una esperienza particolare, non spiega il fondamento e le caratteristiche del concetto di legge.

³¹ *Ivi*, part II, chapter 26, p. 193. Si veda anche LUONGO, *Consensus Gentium* (nt. 27), pp. 628-630.

³² P. CAPPELLINI, *Storie dei concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 243-246.

Posta in questa prospettiva l'attività costruttiva del giurista, dal punto di vista epistemologico non risponde più a una *ratio* che riconosce l'ordine a partire dalla realtà fenomenica. La ragione è nell'uomo, non nelle cose e l'ordine semmai lo si ricava, *sicut mathematici*³³, astraendo. Questo nuovo modo di teorizzare³⁴ procede da premesse assiomatiche, si svolge come un'attività logico-deduttiva, orientata alla dimostrazione di verità. Non si attinge più al farsi della storia dai fatti sociali, per costruire e giustificare l'ordine, ma a premesse astoriche e predeterminate (ad esempio, per restare ai giusnaturalisti: gli individui come protagonisti del problema della tutela dei diritti, i caratteri dello stato di natura, i diritti naturali, ecc.).

In tal modo la giurisprudenza cambia funzione poiché tende all'ipostatizzazione di regole e schemi ordinanti razionalmente individuati e poi alla sussunzione della realtà in essi. Mentre la nuova autonomia del diritto si riduce nel formato del *cogito* cartesiano, la legge ne occupa lo spazio lasciato libero.

Questa mi pare possa essere considerata una tendenza di lungo periodo. Nel secolo XIX, infatti – con l'affermazione dell'idea savignana di un diritto romano attuale e il suo perfezionamento nell'edificazione concettuale della pandettistica – possiamo vedere la più compiuta riconfigurazione³⁵. Qui, come ha spiegato Paolo Cappellini, è concepita come una «radicale autonomia immanentistica del giuridico rispetto a ogni possibile 'fuori'»³⁶.

È la prospettiva di senso di un'autonomia del diritto intesa come sapere puro; un sapere autoreferenziale. Un perfezionamento per certi versi ma an-

³³ Faccio qui riferimento al noto passo di U. GROZIO, *De iure belli ac pacis, libri tres, in quibus jus naturae et gentium, item juris publici praecipua explicantur*, Parisiis, 1625, Prolegomena, post medium e ante finem: «Primum mihi cura haec fuit, ut eorum quae ad ius naturae pertinent probationes referrem ad notiones quasdam tam certas ut eas nemo negare possit, nisi sibi vim inferat [...] "Vere enim profiteor, sicut mathematici figuras a corporibus semotas considerant, ita me in iure tractando ab omni singulari facto abduxisse animum».

³⁴ Su questo si vedano le efficaci pagine di A.M. HESPANHA, *A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milénio*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 307-358 in partic. pp. 307-314; G. TARRELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, il Mulino, 1976, pp. 133-190; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2013, pp. 493 ss.

³⁵ Fra gli altri cfr. P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, Milano, Giuffrè, 1984, 2 voll.; J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Hannover, Juristischen Studiengesellschaft Hannover, 1988, in particolare pp. 56 ss.; C. VANO, "Il nostro autentico Gaio". *Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli, Editoriale scientifica, 2000; H.-P., HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die "Begriffsjurisprudenz"*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2004; TH. HENKEL, *Begriffsjurisprudenz und Billigkeit. Zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G.F. Puchta*, Köln, Wien, Böhlau, 2004; J. RÜCKERT, *Savigny-Studien*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2011; HESPANHA, *A Cultura Jurídica Europeia* (nt. 34), pp. 410-451; ID., *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, São Paulo, Annablume, 2013, pp. 223 ss.

³⁶ CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici* (nt. 32), p. 247.

che un confinamento: qui l'autonomia del diritto perde il legame con il motore dei fatti sociali, che la rendeva un *ambito nomopoietico*, e si rende ed è immaginabile solo come *momento nomofilattico*. La parabola va di pari passo con l'affermazione del primato della legge e dell'incardinamento intorno ad un paradigma gerarchico delle *fonti* del diritto. In questo quadro lo stesso diritto giurisprudenziale – si pensi al successo ottocentesco della *cassation* – è stato ridotto a momento d'implementazione (se non di mera applicazione) del diritto positivo. Qui, anche quando mostra di poter guadagnare margini di autonomia dalle opzioni del legislatore, la giurisprudenza in realtà svolge ed esaurisce la sua funzione in un ambito nomofilattico. Pur con gli opportuni scostamenti dalla *voluntas legislatoris*, essa continua a sostenere le opzioni ideologiche di fondo alla base delle scelte normative del potere politico³⁷.

3.3. *Per una storia delle prospettive di senso originanti le nuove concezioni della legalità*

A conclusione di questa ricognizione riguardo agli orientamenti dottrinali radicali, va aggiunto però che la parabola che dall'età moderna porta al XIX secolo e che fa riferimento al quadro generale di un mutamento epistemologico (dall'*ordo* al *Systema*) e sistematico (la scoperta del volontarismo e del conseguente capacità ordinante della legge), conosce a sua volta declinazioni molto diverse nel corso di questi secoli. Sarebbe per questo interessante studiare più in profondità gli approcci che in età moderna si distinguono per una progettualità radicale.

Si pensi ad autori come Montesquieu. Anche per Montesquieu, come abbiamo visto in Rousseau, ragionare sulla legge equivale a ragionare sugli assetti costituzionali che la producono, ed è sua la nota riflessione circa il carattere meramente meccanico dell'interpretazione della legge da parte del giudice³⁸, in una forma di governo nella quale la *puissance législative* esprime la *volonté*

³⁷ Per un maggiore approfondimento si permetta il rinvio a M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 40 (2011), pp. 721-745.

³⁸ CH. L. DE MONTESQUIEU, *L'esprit de lois* (1748), Paris, 1864, livre XI, chapitre VI. Ci riferiamo ovviamente al noto capitolo nel quale l'Autore francese spiega che i giudici della nazione sono solo «la bouche qui prononce les paroles de la loi, d'êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur» (p. 134). Certo, come sappiamo, le soluzioni previste da Montesquieu in merito sono diverse in base alla forma di governo: «dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi»; invece «dans les États monarchiques, il y a une loi: et là où elle est précise, le juge la suit; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit»; è però solamente nello Stato dispotico, dove «il n'y a point des lois», che il giudice è libero (livre VI, chapitre III, p 66).

*générale de l'État*³⁹. Tutto ciò evidenzia appieno il potenziale radicale della sua costruzione (attestata del resto dalla fortuna postuma che il suo pensiero ha avuto). Eppure, qui non mi pare che il riferimento al carattere volontaristico della legge, svolga⁴⁰ la medesima funzione "costitutiva" che è possibile cogliere nel pensiero di Hobbes o di Rousseau.

Un secondo esempio (tenendo conto del salto cronologico che lo divide dal primo e delle diverse impostazioni di fondo), è rappresentato dal pensiero di Grozio, nel quale pure l'approccio al problema complessivo della legge mi pare sensibilmente diverso dagli esempi che abbiamo sopra menzionato. L'attitudine radicale dell'approccio di Grozio in materia di *lex* si evince per alcune scelte di fondo⁴¹. Anzitutto la definizione di *ius*, per il quale indica tre significati: *ius pro attributo actionis*; *ius pro qualitate (facultas, aptitudo)*; *ius pro lex* (che si distingue in *ius naturale* e *ius voluntarium*). Le prime due declinazioni aprono al campo dei diritti individuali; mentre nella terza lo *ius*, considerato in quanto regola, viene fatto coincidere con *lex*. La legge inoltre è posta in tensione con un vincolo oggettivo, che però non è più tanto rappresentato dalla *iustitia*, quanto piuttosto dalla *ratio* (intesa come «regula actuum moralium obligans ad id quod rectum est»⁴². La concezione del *ius naturale* è quella di un diritto immutabile (n. X)⁴³. Questi sono tutti profili che posizionano pienamente la dottrina di Grozio tra gli orientamenti che abbiamo indicato come radicali. Eppure anche qui l'argomento volontaristico in sé, seppure viene contemplato⁴⁴, appare però meno rilevante nella costruzione di un pur innovativo concetto di *lex* e di *ius*⁴⁵.

Simili osservazioni le possiamo fare anche se, invece di considerare singoli Autori, prendiamo in considerazione gli ambiti di edificazione giuridica sui quali operano le dottrine innovative di cui parliamo.

³⁹ *Ivi*, livre XI, chapitre n. VI, p. 130.

⁴⁰ La sua resta comunque una concezione che, in premessa, considera le leggi nel loro *esprit*, come «les rapports nécessaire qui dérivent de la nature des choses». *Ivi*, livre I, chapitre I, p. 3, cioè come risultato di un ethos sociale condizionato da fattori empirico-naturalistici. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica* (nt. 34), pp. 262-265; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 399-400; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, Giuffrè, 2005, vol. 2, pp. 119-122.

⁴¹ GROZIO, *De iure belli ac pacis* (nota 33), liber I, caput I.

⁴² *Ivi*, n. IX «Diximus autem, ad rectum obligans, non simpliciter ad iustum, quia ius hac notione non ad solius iustitiae, qualem exposuimus, sed et ad aliarum virtutum materiam pertinet. Attamen ab hoc iure, quod rectum est laxius iustum dicitur».

⁴³ *Ivi*, n. X. Cfr. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* (nt. 40), p. 171.

⁴⁴ GROZIO, *De iure belli ac pacis* (nt. 33), caput I, n. XIV *Ius* «civile est quod a potestate civili proficiscitur. Potestas civilis est quae civitatis praeest. Est autem Civitas coetus perfectus liberorum hominum, iuris fruendi et communis utilitatis causa sociatus».

⁴⁵ In questo senso anche LUONGO, *Consensus Gentium* (nt. 27), pp. 593 ss.

Si pensi, per restare al terreno su cui si svolge il moderno pensare la legge di Grozio, al complesso fenomeno di differenziazione delle regole e principi per un diritto internazionale, che si attua a partire dall'età moderna⁴⁶. Esso prende forma indubbiamente dallo svolgimento di un pensiero innovativo nel senso radicale che qui abbiamo considerato. Al contempo però ha avuto bisogno di compiersi anche attraverso reimpieghi di categorie esistenti, e in particolare, si pensi allo *ius gentium* o alla stessa *consuetudo*, proprio quelle che veicolavano le dinamiche di autonomia del diritto.

Insomma, con tali esempi vogliamo ricordare che, tra chi professa tali dottrine si praticano approcci diversi. Ciò è dovuto alla differente fase temporale nella quale tali dottrine vengono professate, e in particolare dalla *diversa funzione* che il discorso progettuale svolge nel contesto dato.

A me sembra che la radicalità della linea programmatica di cui stiamo parlando, si qualifichi (e debba dunque essere compresa) anche in relazione alle proprie specifiche condizioni di attuabilità. Mi pare inoltre che – senza nulla togliere al rilievo delle analisi sul *main stream*, che nei secoli si viene configurando, fino a dare forma alla concezione ottocentesca della legge – su ciò l'analisi storico-giuridica si possa applicare con dei margini di originalità. E questo si potrebbe fare a partire da un cambio di prospettiva, che ponga maggiore attenzione alle pur indubbie valenze *operative* di queste dottrine, piuttosto che

⁴⁶ Su tali origini del diritto internazionale la storiografia dedica una certa attenzione. Si vedano fra gli altri P. SCHIERA, *La Pace di Westfalia fra due "tempi storici": alle origini del costituzionalismo moderno*, in *Scienza & Politica*, 12, 22 (2000), pp. 33-45; I. BIROCCHI, *Juan Ginés Sepúlveda internazionalista moderno? Una discussione sulle origini della scienza moderna del diritto internazionale*, in AA.VV., *A Ennio Cortese*, Roma, il Cigno, 2001, pp. 81-116; S. BEAULAC, *Emer de Vattel and the Externalization of Sovereignty*, in *Journal of the History of International Law*, 5 (2003), pp. 237-292; S. LAGHMANI, *Histoire du droit des gens. Du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, Paris, Pedone, 2003; T. CHRISTOV, *Liberal Internationalism Revisited: Grotius, Vattel and the International Order of States*, in *The European Legacy*, 10, 6 (2006), pp. 561-584; L. SCUCCIMARRA, *I confini del mondo. Storia del cosmopolitismo dall'Antichità al Settecento*, Bologna, Il Mulino, 2006; nella rivista *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38 (2009), si vedano i saggi di A.A. CASSI, *Lo ius in bello nella dottrina giusinternazionalistica moderna. Annotazioni di metodo e itinerari d'indagine*, pp. 1141-1168; F. MANCUSO, *Le Droit des gens come apice dello jus publicum europaeum? Nemico, guerra, legittimità nel pensiero di Emer de Vattel*, pp. 1277-1310; S. PIETROPAOLI, *Jus ad bellum e jus in bello. La vicenda teorica di una «grande dicotomia» del diritto internazionale*, pp. 1169-1213; si vedano inoltre, più di recente, G. GOZZI, *Diritti e civiltà. Storia e filosofia del diritto internazionale*, Bologna, il Mulino, 2011; R. LESAFFER, *Peace treaties and the formation of international law*, in *The Oxford handbook of the history of international law*, edited by B. FASSBENDER, A. PETERS, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 71-94; E. FIOCCHI MALASPINA, *Per i trecento anni dalla nascita di Emer de Vattel (1714-2014)*, in *Historia et ius*, 6 (2014), paper 13; E. GENTA, *Elements of European Public Law (jus inter principes) in the XVIII century*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, LXXXVI (2014), pp. 291-302.

considerarle prevalentemente per la loro portata *strategica* rispetto al futuro.

Si tratterebbe cioè di svolgere un'analisi più attenta alle *prospettive di senso originanti* tali nuove teorie e a verificarne le possibilità di applicazione immediata in quel momento storico. In tale prospettiva sarebbe possibile forse vedere più da vicino – e vederlo come *processo*, piuttosto che come *proiezione* – il farsi dello spazio della legge.

4. *Lo spazio della legge tra teologia e giustizia nelle dottrine a progettualità inclusiva*

4.1. *La legge come strumento per un recupero dell'ordine giusto*

Veniamo ora al secondo ambito di analisi, quello che abbiamo sopra indicato come l'ambito della *progettualità inclusiva* della Seconda scolastica. A tale riguardo va tenuto presente che qui la modernizzazione dei dispositivi e delle categorie giuridiche serve a un recupero; si tratta cioè di promuovere il valore ordinante della *Respublica Christiana*, in situazioni in cui non è più (l'Europa), o non è ancora (le Americhe). Qui la domanda sui nuovi fondamenti non è elusa, ma è pensabile solo in relazione a tale necessario vincolo di continuità con la tradizione⁴⁷.

Per questo l'elemento caratterizzante tale progettualità, – non ci interessa qui le “influenze” o “anticipazioni” rispetto a teorie sviluppate in contesti o fasi diverse (ad esempio quelle portatrici della progettualità che abbiamo indicato come radicale) – è rappresentato anzitutto dalle modalità di reimpiego di categorie e assetti medievali.

Nelle concezioni tardo scolastiche, c'è ancora spazio per immaginare un diritto svincolato dalla mediazione politica e nella quale il diritto si mostra capace di corrispondere in via immediata alla dimensione costituzionale materiale dell'ordinamento.

Con questo non voglio negare che anche qui si ripensino rapporti tra diritto e politica, riconoscendo un potenziale nomopoietico nel volontarismo giuridico. Se però osserviamo da vicino i concetti chiave impiegati per dare strutturazione sistematica a tali rapporti, è evidente che non c'è il ribaltamento riscontrabile in altre declinazioni del pensiero giuridico moderno.

La nozione di *lex* qui mantiene ancora forte l'ancoraggio a una dimensione oggettiva. Pur nella diversità di approcci è significativo il rilievo dato alla *rationalitas*, per cui non è legittimo *legiferare sine ratione*⁴⁸ (ma in senso tomi-

⁴⁷ Così anche P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 115.

⁴⁸ Ad esempio FRANCISO DE VITORIA, *Relectio de potestate civili*, in ID., *Relectiones theolo-*

stico, cioè rinviando a una razionalità, che va compresa nella realtà delle cose, prima che svolta dall'uomo). Ribadire il vincolo con la ragione del resto qui serve a ribadire che la legge è espressione d'intelletto piuttosto che di volontà⁴⁹. Oppure, ancora più esplicitamente, è significativa l'attenzione rivolta al rapporto *ius-iustitia*, sulla base del quale «lex iniusta non est lex»⁵⁰. Si pensi ancora all'ancoraggio della potestà legislativa di *princeps* o *rex* alla *communis utilitas reipublicae*⁵¹; si pensi al *mos patrium*⁵² o alla *consuetudo*⁵³ sopraggiunta, che prevalgono sulla *lex*.

Significativo è poi riscontrare come, al fine di dare concretezza a tale fondazione oggettiva della *lex*, resti confermato un ruolo della giurisprudenza nei

gicae XII in duos tomos divisae, Lugduni, 1557, to. I, n. 22; LUIS DE MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure*, Coloniae Agrippinae-Moguntiae, 1614, Tractatus V, disputatio 68, n. 2; FRANCISCO SUAREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Lugduni, 1613, lib., caput XX, n. 11, e liber VI, caput IX, n. 5; JUAN DE MARIANA, *De rege et regis institutione*, Toleti, 1599, liber I, caput II, pp. 23-24.

⁴⁹ FRANCISCO DE VITORIA, *De lege. Commentarium in primam secundae QQ. 90-108*, Salamanca, 1533-34 (Trascrizione y notas del texto latino de J. BARRIENTOS GARCIA y S. LANGELLA, Salamanca, 2010), quaestio 90, articulus I, pp. 88-93. Tale aspetto è evidenziato anche dall'analisi di S. LANGELLA, *Estudio introductorio. Francisco de Vitoria y su comentario al De legibus*, Ivi, p. 35.

⁵⁰ SUAREZ, *Tractatus de legibus* (nt. 48), liber III, caput XIX, n. 11. «Ius est objectum iustitiae» ricordava DOMINGO DE SOTO, *Tractatus de iustitia et iure*, Lugduni, 1582, liber III, quaestio I, articulus I, fol. 67b-68a. Si vedano M. SCATTOLA, *Naturrecht als Rechtstheorie: Die Systematisierung der 'res scholastica' in der Naturrechtslehre des Domingo de Soto*, in *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur spanischen Spätscholastik*, herausgegeben von F. GRUNERT, K. SEELMANN Tübingen, Niemeyer, 2001, pp. 30-34; S. LANGELLA, *El príncipe y la ley en Francisco de Vitoria*, in *Ciencia tomista*, 141, 2 (2014), pp. 265-267.

⁵¹ VITORIA, *Relectio de potestate civili* (nt. 48), nn. 16-23; ID., *De lege* (nt. 49), q. 90, art. II, pp. 92-95; BARTOLOMÈ DE LAS CASAS, *De regia potestate* (1571), ora in *Obras completas*, to. 12, Madrid, 1990, IX, 1, p. 84. Cfr. V. LAVENIA, *L'infamia e il perdono. Tributi, pene e confessione nella teologia morale della prima età moderna*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 280; R. GARCIA PEREZ, *Ante leyes que reyes. Cultura jurídica y constitucion política en a edad moderna*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 409-416; TH. DUVE, ¿“La mayor burla del mundo”? *Francisco de Vitoria y el dominium del Papa sobre los bienes de los pobres*, in *Ley y dominio en Francisco de Vitoria*, ed. J. CRUZ CRUZ, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2008, pp. 103-105; S. LANGELLA, *El príncipe y la ley* (nt. 49), pp. 259-262.

⁵² MARIANA, *De rege et regis institutione* (nt. 48), cap. IX, p. 101. Cfr. F. TOMAS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución*, in *Anuario de Historia del derecho Español*, 65 (1995), pp. 31 ss.; H.E. BRAUN, *Juan de Mariana and Early Modern Spanish Political Thought*, Aldershot-Burlington, Ashgate, 2007, pp. 43 ss.

⁵³ VITORIA, *De lege* (nt. 49), q. 97, articulus III, pp. 160-163; FERNANDO VAZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiae usu frequentium*, Francofurti ad Moenum, 1599, liber I, caput III, nn. 1-2.

processi di creazione/applicazione del diritto. Si pensi a Molina il quale assimila il giudice al *medicus instructus*: egli si conforma ai precetti ma valuta ogni volta la loro adeguatezza alle circostanze, e, ove appaiano nocivi, si discosta da essi⁵⁴.

Eventuali aperture al volontarismo, come fulcro dell'attività di legiferazione, continuano ad inserirsi entro un complesso di bilanciamenti, che servono a radicare la volontà politica nel contesto di un ordine che è ad essa indisponibile.

Consideriamo la dottrina di Francisco Suarez – certamente attenta al registro volontaristico⁵⁵ –, con riferimento al tema dell'interpretazione autentica, cioè di quella forma d'interpretazione formulata per autorità di chi esercita la potestà del *condere legem*. L'idea d'interpretazione autentica rinvenibile in Suarez è ancora priva di quei caratteri capaci di snaturare l'autonomia del diritto; essa non impone il criterio dell'autorità politica in sostituzione di quello (che vale nell'*interpretatio* di *ius commune*) dell'autorevolezza scientifica, come sarebbe accaduto nella posizione del problema in Hobbes. Infatti, per Suarez il tratto funzionale dell'interpretazione autentica consiste in una capacità di «interpretari sensum, in quo lex recipienda est, et observanda»⁵⁶. Più che un chiarimento autoritativo della legge è un modo che ha il Principe per aggiornarla «ad bonum commune»⁵⁷. Non è dunque *strumento* di certezza, ma di *adeguatezza* (e al contempo di adeguamento). È un concetto, in ultima analisi, che riflette l'impronta concettuale dell'*interpretatio*. Del resto permane nella dottrina di Suarez l'*interpretatio ex usu sumpta*, il rilievo della *consuetudo* come *optima legum interpretis* e il riconoscimento della centralità dell'interpretazione dottrinale⁵⁸.

⁵⁴ MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure* (nt. 48), Tractatus V, disputatio 68, n. 2e: «Sicut medicus instructus peritia artis accedere debet ad curandum infirmum, attamen simul uti debet prudentia [...] ita iudex, legum peritia instructus accedere debet ad iudicandum, caeterum utendo simul prudentia, ut pro qualitate circumstantiarum concurrentium moderamen interdum adhibeat dispositionibus universalibus legum, interdumque illa omnino omittat ...».

⁵⁵ Cfr. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne* (nt. 34), p. 355 ss.; M. BASTIT, *La naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, Paris, PUF, 1990, pp. 307-359; J.F. COURTINE, *Nature et empire de la loi. Etudes suarézienne*, Paris, Vrin, 1999, pp. 106-114 e 143-148; F. MIGLIORINO, *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Milano, Bollati Boringhieri, 2008, p. 94.

⁵⁶ SUAREZ, *Tractatus de legibus* (nt. 48), liber VI, caput I, n. 2. Del resto, spiega Suarez, «lex non procedit a persona, nisi habente potestatem, et lex semper pendet ab eadem potestate, in quacumque persona sit; ergo qui in eadem potestate succedit semper potest praedecessorum leges interpretari».

⁵⁷ Per Suarez, *ivi*, liber III, caput XX, nn. 2-3, *interpretatio authentica* consiste in una «nuda declaratio sensus prioris legis», è piuttosto un intervento che induce «mutatio etiam aliqua, vel addendo, vel minuendo». Si veda quanto già osservato in MECCARELLI, *Arbitrium* (nt. 16), pp. 48-49.

⁵⁸ SUAREZ, *Tractatus de legibus* (nt. 48), liber VI, caput I, nn. 4-6. L'interpretazione dottrina-

Il dato non sorprende se consideriamo accanto a tale profilo *sistematico* (sto riprendendo in considerazione qui la struttura tripartita dell'autonomia del diritto medievale per riscontrarne le variazioni) anche quello *socio-politico* del problema.

Qui persiste l'orizzonte pluralistico che fa riferimento alla categoria della *iurisdictio*, per descrivere il paesaggio dei poteri politici. Il ragionamento dei nostri teologi sui processi di manifestazione del diritto non sembra riconducibile a un principio ordinate di tipo monistico. L'orizzonte geopolitico di riferimento è universalistico⁵⁹ e pensato secondo un paradigma giurisdizionale⁶⁰.

Si consideri a com'è posto in Vitoria il problema della titolarità dei diritti per le popolazioni native americane. In realtà il suo riferirsi a diritti individuali di portata universale, attraverso un ripensamento del concetto di *dominium*⁶¹, si svolge in un circuito argomentativo volto a promuovere un ordine giuridico come espressione di un'oggettività teologicamente fondata e storicamente imprescindibile: qui l'*autonomia del diritto*, non si astrae dalla realtà, è concepita ancora in una prospettiva complessa e *sintonica* con le dinamiche sociali o politiche.

Se è vero che su diversi punti chiave i tardo-scolastici adottano paradigmi

le «magnam inducit probabilitatem» [n. 6] e permette di evitare ingiustizie e iniquità «seu aliam absurditatem in ipsa lege» [*Ivi*, caput V, n. 3]. Riguardo all'*interpretatio legis* in Suarez si vedano anche R. SCHNEPF, *Francisco Suarez über die Veränderbarkeit von Gesetzen durch Interpretation*, in GRUNERT, SEELMANN, *Die Ordnung der Praxis* (nt. 51), pp. 91-99 e 105 ss. e, nello stesso volume, E.G. VALDÉS, *Die Wörter des Gesetzes und ihre Auslegung. Einige Thesen von Francisco Suarez*, pp. 118-119; P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 26-27 e pp. 53-55; O. BACH, *Juridische Hermeneutik. Francisco Suarez zur Auslegung und Veränderung der menschlichen Gesetze*, in "Auctoritas omnium legum". *Francisco Suarez De legibus zwischen Theologie, Philosophie und Jurisprudenz*, herausgegeben von O. BACH, N. BRIESKORN, G. STIENING, Stuttgart-Bad Cannstatt, fromann-holzboog, 2013, pp. 267-309 e, nello stesso volume, R. SCHNEPF, *Suarez über das Gewohnheitsrecht*, pp. 311-331.

⁵⁹ Sulla proiezione del pensiero tardo scolastico nel contesto americano si veda ora TH. DUVE, *Salamanca in Amerika*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, GA, 132 (2015), pp. 118-151.

⁶⁰ In proposito mi permetto di rinviare a quanto osservato in M. MECCARELLI, *La nuova dimensione geopolitica e gli strumenti giuridici della tradizione: approcci al tema del ius belli e del ius communicationis nella seconda scolastica*, in «Ius gentium, ius communicationis, ius belli». *Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, a cura di L. LACCHÈ, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 52-72.

⁶¹ Cfr. P. COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in *Il lato oscuro dei diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, a cura di M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014; COSTA, *Civitas*, cit., pp. 111-114; P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della seconda scolastica*, in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, a cura di P. GROSSI, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 117-222.

che, come nel caso dei giusnaturalisti, mettono in discussione il fondamento storicistico del diritto, sarebbe però inesatto sostenere che con ciò si attui una riduzione del campo di azione (e una semplificazione di senso) dell'autonomia del diritto. Lo si nota considerando il problema dal versante del mutamento *epistemologico* (il terzo profilo che caratterizzava l'autonomia del diritto medievale). La tarda scolastica, infatti, rinnova il rapporto tra diritto, teologia e politica, ma in una direzione nella quale la *scientia iuris* continua a rivestire una funzione costitutiva per la costruzione del nuovo ordine giuridico.

4.2. *L'autonomia del diritto nel quadro del nuovo rapporto tra scienza giuridica e teologica*

La vera novità è costituita al rapporto della scienza giuridica con la teologia. Qui sono i teologi a scrivere i trattati giuridici. Il fenomeno si colloca nel quadro di una nuova centralità della teologia⁶², riconosciuta, al posto della scienza giuridica, come scienza necessaria per risolvere i problemi economici, politici, giuridici, sociali che attraversano la realtà dell'epoca.

Efficace in proposito mi pare il noto passo della *Relectio de indiis*, dove Vitoria afferma la centralità della scienza *in rebus dubiis* e il carattere vincolante dell'opinione dei *sapientes*⁶³. È una posizione teorica che ha una doppia valenza: serve a ribadire che su questi temi la politica non può rivendicare non solo un suo primato ma anche una sua autonomia; serve, però, anche a stabilire quali *sapientes* sono chiamati a pronunciarsi su questi temi. Essi non possono essere anzitutto i giureconsulti; ci vuole una perizia diversa, spiega Vitoria, perché su questi temi entrano in gioco *leges divinas*. I *sapientes* al centro della

⁶² Cfr. B. CLAVERO, *Antidora. Antropologia cattolica de la economia moderna*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 59 ss.; J. BELDA PLANS, *La Escuela de Salamanca y la renovacion de la teologia en el siglo XVI*, Madrid, Biblioteca de autores cristianos, 2000; P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, il Mulino, 2000, p. 340; J. BARRIENTOS GARCÍA, *Los tratados "De legibus" y "De iustitia et iure" en la escuela de Salamanca de los siglos XVI y XVII*, in *Salamanca, revista de estudios*, 47 (2001), p. 373; BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* (nt. 40), p. 277; C. GALLI, *Introduzione* in FRANCISCO DE VITORIA, *De iure belli*, a cura di C. GALLI, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. VI; BACH, BRIESKORN, STIENING, *"Auctoritas omnium legum"* (nt. 58).

⁶³ FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de indiis* (1538), edicion critica Madrid 1967, Pars I, Sectio prima, nn. 5-7, pp. 9-10: «In rebus dubiis quilibet tenetur consulere illos ad quos spectat haec docere; alias non est tutus in conscientia, sive illa dubia sint [de re] in se licita sive illicita». Quindi «si post consultationem rei dubiae diffinitivum sit a sapientibus illud esse illicitum, quilibet tenetur sequi sententiam illorum et contrarium faciens non excusatur, etiamsi alias illud esset licitum». Viceversa «si post consultationem rei dubiae diffinitum sit a sapientibus illud esse licitum, qui sequitur sententiam illorum est tutus, etiamsi alias esset illicitum».

scena devono essere dunque i teologi⁶⁴. Si tratta di un atteggiamento metodologico espresso, seppur con toni e accenti diversi, anche da altri; ad esempio Bartolomè de Las Casas⁶⁵, Domingo de Soto⁶⁶, Francisco Suarez⁶⁷.

Il pensiero giuridico perde qui il carattere dell'autosufficienza⁶⁸, ma non a favore del volontarismo. In questo nuovo quadro epistemologico, che attribuisce un ruolo di primo piano alla teologia, la dimensione giuridica dello *ius commune* fondata sulla *scientia iuris*, costituisce ancora un punto di riferimento essenziale per l'elaborazione della diagnosi 'pre-giuridica' svolta dai nostri teologi⁶⁹, così come per lo svolgimento delle loro teorizzazioni in campo giuridico.

Significativa al riguardo è la precisazione di Luis de Molina che, da teologo, ribadisce la necessità di argomentare *sub specie iuris* quando si tratta di affrontare questioni che attengono ai principi di giustizia come nel caso del *bellum iustum*⁷⁰. Seppure questo possa indicare un atteggiamento di Molina più

⁶⁴ *Ivi*, n. 8, p. 11: «haec determinatio non spectat ad iurisconsultos, vel saltem non ad solos illos, quia cum illi barbari, ut satim dicam, non essent subiecti iuri humano, res illorum non sunt examinandae per leges humanas, sed divinas, quarum *iuristae non sunt satis periti, ut per se possint huiusmodi quaestiones diffinire*. Et cum agatur de foro conscientiae, hoc spectat ad sacerdotes, id est, ad Ecclesiam, diffinire. Unde (Deut 17, [18]), praecipitur regi, ut accipiat exemplar legis de manu sacerdotis. Nec satis scio an unquam ad disputationem et determinationem huius quaestionis vocati fuerint theologi qui digne audiri de tanta re possent». Per una illustrazione dei caratteri del sapere teologico nel pensiero di Vitoria e in particolare per le sue relazioni con la scienza giuridica si veda S. LANGELLA, *La ciencia teológica de Francisco de Vitoria y la Summa theologiae de Santo Tomás de Aquino en el siglo XVI a la luz de textos inéditos*, Salamanca, San Esteban, 2013, in partic. pp. 71-93.

⁶⁵ Si veda L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della Conquista. Strategie di controllo delle indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004, pp. 31-32.

⁶⁶ DOMINGO DE SOTO, *Tractatus de iustitia et de iure*, Lugduni, 1582, Proemium, n. 5. Si veda in proposito TH. DUVE, *La teoría de la restitución en Domingo de Soto: Su significación para la historia del derecho privado moderno*, in *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto*, ed. J. CRUZ CRUZ, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2007, pp. 189 ss.

⁶⁷ BACH, *Juridische Hermeneutik* (nt. 58), pp. 278-286.

⁶⁸ QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo* (nt. 6), pp. 93 ss.

⁶⁹ GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica* (nt. 61), pp. 117-118; P. CAPPELLINI, *Sulla formazione del moderno concetto di 'dottrina generale del diritto'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 10 (1981), pp. 336-337; K. SEELMANN, *Teologia e giurisprudenza alle soglie della modernità. La nascita del moderno diritto naturale nella tarda scolastica iberica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna*, XXIX, 2 (1999), pp. 283 ss.

⁷⁰ MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure* (nt. 48), *Tractatus II*, disputatio 98: «Licet bellum iniustum cum charitate quadam ex parte pugnet [...] multo tamen magis cum iustitia pugnat et tam iustum quam iniustum bellum ex principiis iustitiae longe maiori ex parte, quam ex principiis charitatis, expendendum examinandumque est».

prudente circa il primato della teologia rispetto alle tesi di Vitoria⁷¹, a me pare interessante questa posizione soprattutto poiché sembra affermare l'irrinunciabilità dell'argomento giuridico per affrontare problemi *in materia de iustitia*, anche quando i *sapientes* che se ne occupano non sono giuristi.

Possiamo dire, per concludere, che tale nuova teologia, che sceglie di operare con gli strumenti dello *ius commune*, conferma il primato del diritto, ma, contemporaneamente, acquisisce il controllo delle premesse sull'elaborazione degli schemi giuridici⁷². In questo sta a mio avviso il punto di sintesi innovativo di questo secondo itinerario di pensiero sulla legge e sull'autonomia del diritto.

5. Lo spazio della legge nelle dottrine a vocazione realistica

Il terzo contesto dottrinale al quale vorrei riferirmi riguarda ambiti del pensiero giuridico moderno che non si occupano di elaborare teorie sui fondamenti, ma lavorano sui terreni del diritto praticato. Esse però, pur restando nel solco dello *ius commune*, intercettano e valorizzano alcune tendenze in atto nel campo socio-politico (da qui la cifra *realistica* di tali approcci) con riflessi apprezzabili sul nostro problema. Possiamo incontrare esempi interessanti sul terreno del diritto penale. Su questo fronte, infatti, l'età moderna costituisce una nuova fase, che accompagna un ridefinirsi dei caratteri e delle funzioni della giustizia criminale.

La trasformazione del penale interessa il nostro tema per due suoi profili: la crescente attività legislativa di tipo ordinante che lo accompagna; l'affermarsi di uno spazio dottrinale specifico per il problema penale, quello delle *Practicae criminales*. È in questo quadro che prende visibilità teorica, in alcune trattazioni dottrinali e in particolare qui ci soffermiamo su quella di Tiberio Deciani⁷³, il principio che *lex delictum facit*⁷⁴. Si tratta di prevedere un'inedita saldatura tra legge e diritto penale, che si riflette sulle sue funzioni e sui suoi caratteri, innovandoli.

⁷¹ Cfr. A.A. CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 389.

⁷² Si appropria, cioè, di quel momento di «diagnosi conoscitiva della realtà sociale» di cui parla GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica* (nt. 61), p. 209.

⁷³ Per un profilo di questo importante giurista rinviamo a *Tiberio Deciani (1509-1582): alle origini del pensiero giuridico moderno*, a cura di M. CAVINA, Udine, Forum, 2004 e M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la parte generale* di diritto penale, Milano, Giuffrè, 2006.

⁷⁴ M. SBRICCOLI, *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico* (2004), ora in ID., *Storia del diritto penale*, cit., pp. 225-260.

Tradizionalmente era il *facere iustitiam* a costituire l'ambito di attuazione del penale, in forza della concezione giurisdizionale del potere di origine medievale a cui si è accennato in precedenza, che voleva il *princeps* come *iudex*. Se leggiamo però il trattato di Deciani, riscontriamo una novità: il momento della legiferazione viene combinato *in via diretta* con la titolarità del potere di punire, con la conseguenza che esso ne definisce il perimetro, prima ancora del momento del *facere iustitiam*⁷⁵.

Gli studi di Sbriccoli hanno mostrato che tale diversa configurazione rende possibile una nuova funzione della giustizia criminale: la tutela dei poteri egemoni all'interno dei nascenti Stati moderni. La legge penale prevede il delitto, per combattere coloro che non rispettano l'autorità politica. L'infrazione politica, il *crimen laesae maiestatis*, viene elevata a formato penale del crimine⁷⁶.

È uno sviluppo importante nella concezione di caratteri e compiti della giustizia criminale. Essa appariva, in origine, pensata piuttosto per sostituirsi alla vendetta, come strumento di soluzione dei conflitti e dunque orientata a contrastare le violazioni della pace sociale. Ora accanto alla salvaguardia di un *bonum commune*, inteso come equilibrio tra gruppi corpi sociali (*super bono et pacifico statu civitatis*), la giustizia criminale si fa carico anche di difendere il *princeps*, nel quale si concentra la prospettiva di senso della *Respublica*, dai suoi nemici (*ne crimina remaneant impunita*)⁷⁷.

Non entro in questa pur interessante vicenda, che dà forma al diritto penale moderno; mi serve averla ricordata per illustrare il nostro problema. È, infatti, a tale complicazione del quadro che l'enunciazione del principio che *lex delictum facit* risponde.

Tale nuovo spazio della legge, in particolare, segnala almeno tre cambiamenti in relazione a quello dell'autonomia del diritto. Uno è relativo ai *modi di produzione* del diritto. Qui il Principe si vede riconosciuto il ruolo di colui che determina lo spazio del diritto penale, in quanto legislatore. L'altro è relativo

⁷⁵ «Lex igitur peccatum et delictum indicat, dicitur quasi noster paedagogus ad cognoscenda crimina» TIBERIO DECIANI, *Tractatus criminalis*, Venetiis, 1590, lib. II, cap. V, n. 3. E ancora: «Delictum est factum hominis, vel dictum aut scriptum, dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum [...] ut etiam denotaretur nullum esse posse delictum, quod lege aliqua non sit prohibitum» (lib. II, cap. III, n. 2).

⁷⁶ Su questo rinviamo agli scritti di M. SBRICCOLI, *Crimen Laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974 e ai saggi pubblicati in ID., *Storia del diritto penale*, cit., nella sezione *L'affermazione e i caratteri del penale egemonico*, pp. 131-278.

⁷⁷ È noto a questo proposito lo schema euristico ideato da SBRICCOLI, *Giustizia negoziata* (nt. 17), che colloca il penale dell'età moderna tra *giustizia negoziata* e *giustizia egemonica*; la prima rivolta a garantire la composizione della lite e la soddisfazione della vittima, la seconda a punire la disobbedienza alla legge del principe.

ai *contenuti* del diritto: la legge qui è pensata come strumento per determinarli, con un grado di libertà che prima il legislatore non aveva. Una terza novità riguarda la *dottrina*: fedele al suo compito, consistente nel cogliere e ordinare i dati della realtà, essa finisce per contribuire a un'edificazione della nascente nuova dimensione del penale egemonico, dandole visibilità a tenuta, cogliendone la stretta connessione con la dimensione costituzionale materiale⁷⁸.

La tradizionale vocazione realistica della dottrina, portava dunque a individuare, con *lex delictum facit.*, un principio che implicava inevitabilmente uno spostamento d'asse, poiché *l'edificazione dottrinale iniziava a saldarsi con l'azione legislativa*. Anche in questo caso l'autonomia del diritto di stampo medievale conosceva un superamento.

Tuttavia non scompariva. Il nuovo spazio della legge non era portatore di un'alternativa sistematica. Al contrario restava coerente con la persistenza del quadro giurisprudenziale.

Volendo restare a Deciani, si può, infatti, rilevare come, pur nella nuova configurazione concettuale, resti confermato il quadro di una legge che attua *l'aequitas* e la *iustitia*⁷⁹ (come la dottrina penalistica più autorevole di *ius commune* in questo stesso periodo continua a ripetere⁸⁰; la legge, indica il crimine,

⁷⁸ Una conferma di questa tendenza, come è stato messo in evidenza, sta in alcune grandi leggi generali (si pensi alla *Constitutio Criminalis Carolina* e alle *Ordonnance criminelle*) nelle quali possiamo rintracciare una vera e propria trasfusione dei principi dottrinali messi a punto nelle *Practicae criminales*. Si vedano di M. SBRICCOLI nel volume *Storia del diritto penale* (nt. 5), i saggi: *Giustizia criminale* (2002), pp. 13-21; *L'Inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale*, pp. 145-151, *La Benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna* (2003), pp. 190-200; si veda anche P. CIPOLLA, *La giustizia della spada. Origini e ideologia dell'Ordonnance Criminelle*, 1670, Roma, Aracne, 2011.

⁷⁹ «Leges enim ad id inventae, ut aequum ab iniquo, licitum ab illicito separent» scrive ancora DECIANI, *Tractatus criminalis* (nt. 75), to. I, lib. II, cap. V, n. 2. Inoltre riguardo al problema se «lex prior esse delicto, et sic causa delicti, vel et contra, delictum prius lege et causa legis», Egli mantiene l'idea che la legge è già costitutiva del delitto solo se si tratta di una fonte di diritto naturale (*ivi*, nn.4-8). È ribadito anche il vincolo del legislatore a *ratio naturalis et aequitas*, *ivi*, lib. II, cap. IX. È una linea che si riflette sulla interpretazione del principio *quod princip placuit., legis haber vigorem*, rispetto al quale si ribadisce esplicitamente il vincolo a *iustitia* ed *aequitas* «quia ab ipsa iustitia potestas dependet» (Lib. II, cap. XXX n. 5).

⁸⁰ Ne è un esempio JACOPO MENOCHIO, *De arbitrariis iudicium. Quaestionibus et causis*, Florentiae, 1571, liber II, c. 82, nn. 11-12, quando nel valutare che «minus quoque credendum est, illos prudentes legulatores vouisse aliquid statuere, quod sine ratione et publico commodo esset» ricorda che «lex nihil aliud sit quam recte a numine Deorum tracta ratio». Analogamente si può mezionare BENEDICT CARPZOV, *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium*, Wittenberg, 1670, che ribadisce il principio che la *identitas rationis idem ius facit* (pars I: quaestio 37, n. 33; quaestio 42, n. 47; quaestio 49, n. 50) e ricorda che *ius municipale, ius statutarium, ius saxonicum* devono essere interpretati *ex iure communi* o che *secundum iura communia intelligi debere* (pars I, quaestio 20, n. 37; pars 2, quaestio 59, n. 26; quaestio 65, n. 36).

ma al contempo il legislatore è visto come un *pedagogus*⁸¹. Sappiamo che questa idea, messa nella prospettiva radicale del pensiero illuministico, è associata a una definitiva opzione per il volontarismo, come strumento che realizza la missione illuminante di un'élite⁸². Qui invece essa è combinata con l'idea di *aequitas*. Il legislatore di Deciani ancora attua un ordine giusto preesistente e indisponibile alla sua legge.

Per valutare l'originale prospettiva di senso della legalità espressa in tale orizzonte realistico, occorre tener presente il vincolo precomprensivo che l'idea del *facere iustitiam* costituisce rispetto ai caratteri dei fattori ordinanti i sistemi penali. Come ho avuto modo di scrivere⁸³, nell'esperienza giuridica europea, che si snoda a partire dal basso medioevo, si possono rintracciare due grandi approcci, il cui punto di differenziazione è rappresentato dalla scoperta della legge come dispositivo ordinante. Nel tempo dello *ius commune* la domanda di giustizia scaturisce da un'organizzazione socio-politica pluralistica e dunque è attraversata da campi di tensione; qui il diritto è lo strumento della *determinazione della giustizia*. Nel tempo della legalità penale invece i campi di tensione della giustizia restano sottratti alla dimensione giurisprudenziale poiché vengono assorbiti nel momento della decisione politica, che produce legge "giusta"; il diritto pertanto si riduce a mero strumento di *amministrazione della giustizia*.

A me pare che questa dottrina si approcci in modo innovativo alla *lex* per mettere a fuoco profili emergenti nella domanda di giustizia (*l'interest rei publicae*), ma al contempo concependo i fattori ordinanti il diritto penale, ancora come strumenti per attuare una dinamica di *determinazione* della giustizia.

Lex delictum facit è pensato in funzione di un quadro socio-politico in cui le esigenze comunitarie convivono accanto alle nuove esigenze statali. Ad esso corrisponde un quadro sistematico fondato sulla azione di campi di tensione strutturanti; relativi alla finalità della giustizia (negoziata/egemonica), alla strutturazione del procedimento (*accusatio/inquisitio*) e alla natura delle regole (*ordinarium/extraordinarium*)⁸⁴. Si tratta di campi di tensione la cui dinamica non è controllata da un principio monistico come potrebbe essere il primato della legge. Al contrario è svolgendosi in uno spazio pluralistico di autonomia del diritto, che tale complessità trova e sempre rinnova la sua sintesi, determinando di volta in volta la giustizia.

⁸¹ DECIANI, *Tractatus criminalis* (nt. 75), liber II, caput V, n. 3. Vedi *supra*, nota 76.

⁸² Cfr. CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, (nt. 40), pp. 71-78 e 102-111.

⁸³ M. MECCARELLI, *Dimensions of Justice and Ordering Factors in Criminal Law from the Middle Ages till Juridical Modernity*, in *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, edited by G. MARTYN, A. MUSSON, H. PIHLA-JAMÄKI, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, pp. 49-67.

⁸⁴ Si veda su questo, più ampiamente, *ivi*, pp. 51-57.

Insomma: la scoperta del *quid pluris* della legalità e la sua messa in opera, dal nostro punto di vista, sono svolte per confermare – nel nuovo contesto dell'emergere dello Stato moderno – quell'ordine fondato sull'autonomia del diritto. Non corrispondono a una tendenza a rendere possibile una diversa configurazione sistematica. Qui mi pare si debba cogliere la specificità e l'originalità della concezione della legalità proposta da tale dottrina.

6. *L'età moderna come tempo di costruzioni diverse dello spazio della legge. Prospettive metodologiche*

Cerchiamo ora di ricavare qualche ragionamento conclusivo di carattere storiografico e metodologico.

Le prospettive che ho percorso, seppur rapidamente, ci mostrano tre costruzioni diverse dello spazio della legge, che corrispondono a differenti processi di decostruzione e snaturamento dell'autonomia del diritto. Ripensiamo ai tre esempi analizzati. Il primo ne compromette le basi arricchendo la legge di un *quid pluris*; il secondo gli sottrae il controllo del rapporto tra realtà e diritto, mettendola sotto la tutela di un sapere altro come la teologia; il terzo, seppure non intenda mettere in discussione il regime dell'autonomia del diritto, svolge, enfatizza e potenzia dinamiche che possono rendersi competitive rispetto a esso.

Non si tratta, inoltre, d'itinerari, seppure diversi, però convergenti verso un risultato unitario. L'affermazione dello spazio della legge va considerato come fenomeno complesso, che dà vita a diverse declinazioni di pensiero ed esperienze, risponde a problemi e finalità molteplici, s'inquadra in progetti di segno diverso, conduce a soluzioni e realizzazioni differenti.

Questo non vuol dire negare che si tratti di un fenomeno storico riconoscibile come tratto caratteristico di una certa maturità di tempi o che alcuni dei profili che costituiranno il successo della formula in età contemporanea sono già individuabili in quella moderna. È evidente ad esempio che l'intuizione, rinvenibile in alcune teorizzazioni, di rifondare l'ordine giuridico in chiave monistica – incardinandolo su un unico principio fondamentale a partire dal quale risolvere e organizzare il carattere multiforme e disaggregato dei fenomeni giuridici – conduce a configurare la legge come un potente fattore di riduzione sistematica.

È anche vero, però, che, alla luce di quanto abbiamo visto, ciò non può essere indicato come un dato originario e soprattutto non sembra rappresentare un vincolo di destinazione necessario dell'esperienza moderna della legalità.

Se poi teniamo presente che i tre esempi non esauriscono la varietà di approcci al problema della legalità e dell'autonomia del diritto, dobbiamo concludere che tale articolazione del problema corrisponde a un ambito di svol-

gimento della legalità che rivendica, storiograficamente parlando, una sua specifica riconoscibilità.

Resta certo plausibile il cercare nelle esperienze di legalità dell'età moderna, i segnali embrionali di una trasformazione propria di un'epoca successiva. È possibile però, e forse anche opportuno – superando una certa precomprensione del tempo storico⁸⁵ – interrogare diversamente quei secoli, cercando un cambiamento di approccio, che richiami la nostra attenzione sulla *valenza situazionale* di quelle dottrine, piuttosto che sul loro *valore anticipatorio*. La nostra attenzione potrebbe, con profitto, maggiormente soffermarsi sulla funzione dei discorsi sulla legge in relazione alla fase.

Mi chiedo cioè se oggi non si renda opportuno fare una storia dei *limiti originari* delle idee, piuttosto che una storia della loro *emersione*. Intendo con ciò suggerire la possibilità di un approccio analitico, attento ai *vincoli di sussistenza teorica dei concetti*, cioè ai profili di precomprensione, che stanno alla base della concettualizzazione delle idee, alla loro messa in forma. A me pare che un simile approccio possa aggiungere qualcosa al progresso delle conoscenze che, con i nostri studi storico giuridici, possiamo conseguire.

Tale posizionamento analitico avrebbe il vantaggio di consentire analisi più complesse di quella esperienza della legalità, ma non solo; vi sono altri rilevanti temi (ad esempio le forme di tutela giuridica e della giustizia, gli spazi giuridici⁸⁶ che si presterebbero a uno svolgimento di questa storia del diritto.

Inoltre esso sosterebbe un più generale posizionamento del sapere storico giuridico in relazione alle altre produzioni di sapere nel campo delle scienze giuridiche e delle scienze sociali e umanistiche. Risulterebbe utile, dunque, anche in una prospettiva d'interazione disciplinare.

Spesso si richiama l'attenzione all'esigenza di un dialogo della storia del diritto con le altre scienze giuridiche. Su questo terreno si sono fatte già diverse esperienze significative, grazie all'angolazione critica che la storia giuridica ha saputo assumere da qualche decennio. Demitologizzare le categorie giuridiche permette di comprendere meglio i problemi del diritto post moderno. A ben vedere però, oggi, tale angolazione critica si è fatta strada in molti campi delle scienze giuridiche, non è una sensibilità esclusiva che differenzia la storia del diritto. Ho l'impressione, dunque, che il dialogo interdisciplinare oggi, ci chie-

⁸⁵ COSTA, "Così lontano così vicino", cit., pp. 766-782, lo rileva con riferimento al tema dello Stato e dell'autonomia politica.

⁸⁶ Per maggiori indicazioni a questo proposito si permetta un rinvio a M. MECCARELLI, *La protezione giuridica come tutela dei diritti: riduzioni moderne del problema della dimensione giuridica della giustizia*, in *Giornale di storia costituzionale*, 27, I (2014), pp. 67-79; ID., *The Assumed Space: Pre-reflective Spatiality and Doctrinal Configurations in Juridical Experience*, in *Rechtsgeschichte*, 23 (2015), pp. 241-252.

da qualcosa di più: un coinvolgimento anche nella realizzazione di obiettivi costruttivi. Come siamo attrezzati metodologicamente per partecipare a questo dialogo? Possiamo farlo senza tradire il compito della storicizzazione delle esperienze? A me pare di sì. Una prospettiva come quella qui suggerita – in cui spiegare le figure giuridiche nella loro relazione con i profili di precomprensione – può consentirci un'interazione anche sul piano della costruzione, senza rinunciare al nostro specifico, che resta necessariamente quello di produrre un sapere critico.

Non pretendo in questa sede di fornire una risposta esaustiva a tali domande, finirei per uscire dal tema che mi ero proposto di trattare. Mi pare però rilevante evidenziare, in chiusura (e riprendendo il ragionamento da cui ho preso le mosse), come lo studio di temi come la “legalità”, quei temi individuati cioè con una terminologia metalinguistica, capaci di attraversare le fasi storiche e ai quali è difficile rinunciare, interroghi lo storico del diritto con riferimento al suo statuto disciplinare e metodologico; sono domande di senso che la storia e l'attualità ci rivolgono e alle quali penso sia opportuno, storiograficamente, rispondere.

PAOLO ALVAZZI DEL FRATE

LEGALITÀ E RIVOLUZIONE NEL SETTECENTO RAZIONALISTA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Legalità: i significati del termine. – 3. Legalità e crisi: tradizione e ragione. – 4. Valore simbolico del concetto di legalità. – 5. Razionalismo e Individualismo. – 6. L'invenzione del potere costituente. – 7. Il precedente inglese. – 8. Volontarismo e potere costituente. – 9. Considerazioni.

1. *Premessa*

Vorrei innanzitutto rivolgere un grazie di cuore al direttivo della Società italiana di Storia del Diritto, e in particolare al Presidente Claudia Storti, per l'invito a intervenire a questo convegno genovese. È per me un grande onore prendere la parola in questa occasione e svolgere qualche considerazione intorno a un tema così affascinante e difficile.

Legalità e crisi delle legalità: è il bellissimo titolo scelto per questo convegno. Un tema, ho detto, affascinante e difficile, perché nel cuore delle vicende delle società umane di ogni epoca. Questioni permanenti, delicate e, soprattutto, irrisolvibili, legate come sono alla definizione del *giusto* e dell'*ingiusto*, definizione che, a sua volta, non può che derivare dalla cultura e dalle sensibilità della società in una determinata epoca.

Il periodo storico che tratterò in questo breve intervento sarà il Settecento, il secolo dei Lumi, del culto della ragione e dell'esasperato razionalismo. L'epoca – per usare le parole di Pietro Costa – che corrisponde a un “imponente processo di ridefinizione del lessico politico-giuridico”, fenomeno che aveva preso avvio già nell'Europa seicentesca¹.

Su questi temi si sono interrogati i più grandi giuristi: per questo le mie non saranno che semplici considerazioni “artigianali”, senza alcuna ambizione di originalità. Attraverso alcuni riferimenti, inevitabilmente frammentari, cer-

¹ P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. COSTA, D. ZOLO, Milano, 2006, p. 94.

cherò di descrivere il clima culturale dell'epoca – così radicale, entusiasta e ingenuo – nel quale si costruì quella nozione rigida di legalità, strumento di mutamento profondo di consuetudini e assetti sociali cristallizzati nel tempo. In tale prospettiva, la teorizzazione e l'esercizio di un effettivo *potere costituente*, in occasione delle Rivoluzioni americana e francese, appaiono meritevoli di particolare attenzione.

2. *Legalità: i significati del termine*

Legalità ha diversi significati. Ci riferiamo, ad esempio, a) al “principio di legalità”, quale principio penalistico; b) alla legalità come “riserva di legge”; c) infine, in generale e in senso lato, alla legalità semplicemente come “rispetto delle norme giuridiche”.

A volte il termine, per la sua vaghezza, rischia di perdere di precisione scientifica. Mi propongo, in questa sede, di riflettere soprattutto sul tema della legalità nel suo significato più ampio, ossia come certezza e rispetto delle regole giuridiche. Tale prospettiva lega evidentemente i due concetti di *legalità* e di *certezza del diritto*.

“Stato di diritto”, “certezza del diritto” e “legalità” hanno dunque nessi evidenti e profondi.

Resta l'annosa questione del rapporto tra *legalità* e *legittimità*, tema sul quale si è scritto moltissimo. Sebbene negli ordinamenti contemporanei la distinzione si stia affievolendo, i due termini mantengono significati concettualmente diversi. La *legittimità* riguarda il fondamento del potere e dello *ius statuendi*, ossia la possibilità di creare regole giuridiche, mentre per *legalità* si intende, in senso giuridico più stretto, la conformità degli atti alla norma giuridica². Con l'affermazione dello Stato di diritto e del positivismo giuridico, la distinzione tra i due termini è divenuta meno netta e meno importante anche se ancora sussiste e, ovviamente, ragionare sul fondamento del potere, e dunque sulla sua *legittimità*, è sempre indispensabile. Al riguardo basta ricordare le considerazioni di Max Weber e di Otto Kirchheimer, considerazioni riprese da Carl Schmitt nel celebre saggio *Legalità e legittimità*³ del 1932. Kirchhei-

² Si veda, ad esempio, N. BOBBIO, *Sul principio di legittimità*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970 (rist. a cura di T. GRECO, Torino, 2012, pp. 64-77).

³ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922 (trad. it. *Economia e società*, 2 vv., 3 ed., Milano 1974); O. KIRCHHEIMER, *Legalität und Legitimität* (1932), in *Politik und Verfassung*, Frankfurt a.M., 1964 (trad. it. in *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Bari, 1982); C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität* (1932) e *Das Problem der Legalität* (1950), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, 1958 (trad. it. in *Le categorie del politico*, Bologna, 1972).

mer sosteneva che “la legittimità della democrazia parlamentare *consiste ormai soltanto nella sua legalità*”⁴ e Schmitt parlava di “trasformazione del diritto in legalità”, trasformazione operata dall’affermazione generalizzata del positivismo giuridico⁵.

3. *Legalità e crisi: tradizione e ragione*

Il concetto di *legalità*, come suggerito dal titolo stesso del convegno, si collega immediatamente con il concetto della sua *crisi*.

In un dato momento storico certamente esiste “una legalità” ma, tuttavia, se ne può creare un’altra. Il passaggio da una legalità all’altra si realizza attraverso la “crisi” della prima e l’affermazione della seconda: l’affermazione dunque di una *nuova legalità*.

Cosa legittima questo passaggio? Cosa giustifica la creazione di nuove regole e di una nuova legalità? Nuova legalità vuol dire nuovi valori, condivisione di nuove regole, di principi e di idee fondanti di un nuovo ordine. È cosa ovvia, ma sempre rilevante e delicatissima, il capire che cosa giustifichi e legittimi questa trasformazione, questo passaggio da un ordinamento all’altro.

Legalità e rivoluzione, continuità e trasformazione. Sono i temi sui quali ci interroghiamo in questo convegno. Sono i temi che accompagnano, da sempre, la storia giuridica dell’uomo.

Il tema del fondamento della regola giuridica e dell’ordinamento nel suo complesso si può affrontare innanzitutto considerando l’importanza della *tradizione*. La continuità, la ripetizione *ab immemorabili* dei comportamenti: sono convinto che anche nella temperie contemporanea, dominata dal positivismo e dal monopolio normativo della legge, l’importanza della tradizione sia ancora grandissima.

Tradizione vuol dire *consuetudine*, ossia qualcosa che ci accompagna, che costruiamo nel tempo e che trasmettiamo da una generazione all’altra. La consuetudine è rassicurante, la conosciamo e a lei ci affidiamo. Fa parte della nostra esperienza personale l’idea del “si fa così”, “si è sempre fatto così e si farà sempre così”. Ebbene, questo è un collante fortissimo per la comunità, per le generazioni e le epoche storiche. La tradizione: il diritto – lo sappiamo bene – è stato a lungo *essenzialmente tradizione*.

Certamente la tradizione si può anche mettere in discussione. È evidente che il XVI e il XVII secolo abbiano diffuso l’idea della possibilità di una riforma e di un cambiamento. Si può quindi ritenere che la *crisi della tradizione*

⁴ Cit. in C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., p. 218.

⁵ C. SCHMITT, *Il problema della legalità*, cit., p. 287.

rappresenti la *causa della crisi* dell'adesione a un sistema di regole giuridiche e dunque della crisi di *una legalità*.

4. *Valore simbolico del concetto di legalità*

Il forte valore simbolico ed emotivo del concetto di legalità appare di tutta evidenza. Esiste un *mito della legalità*, collegato a quello che è stato definito da François Génys nel 1899, *le fétichisme de la loi écrite et codifiée*⁶. Lo stesso Génys denunciava “le culte *supersticieux* de la volonté législative”⁷. Negli stessi anni Piero Calamandrei, parlava di “*cieco feticismo* per la *onnipotenza* della Legge, per la illimitata autorità del potere legislativo”⁸.

Il principio di legalità – considerato da Jacques Chevallier come *une véritable police interne de l'ordre juridique* – “est fondé sur une représentation idéalisée de la Loi qui par sa puissance évocatrice propre et les résonances qu'elle suscite présente tous les aspects d'un authentique *mythe*: dotée d'une série d'attributs éminents, qui la mettent d'emblée hors d'atteintes de la Raison critique, la Loi fait l'objet d'un investissement affectif particulièrement fort [...] le mythe de la loi sert de principe fondateur et de point d'appui à tout un *système symbolique*, caractérisé par la fétichisation du droit et la déréalisation du phénomène du pouvoir”⁹.

Ebbene questo mito della legalità si è costruito e rafforzato *proprio* nel XVIII secolo, attraverso la riflessione delle dottrine illuministiche.

5. *Razionalismo e Individualismo*

Appare fuori discussione che la Riforma protestante abbia inferto un *vulnus* decisivo all'idea di tradizione, di continuità e d'immobilità del diritto. Il Cinquecento diede vita a una serie di principi nuovi e a movimenti culturali che si svilupparono nel Seicento razionalista e scienziata e, ancor più, nel Settecento illuminista. Alla fine dell'universalismo della Chiesa di Roma corrispose un rilevante fenomeno di relativizzazione generale del diritto. La crisi del diritto canonico, nella cultura dell'*utrumque ius*, portò inevitabilmente con sé

⁶ F. GENYS, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), 2 ed., I, Paris, 1919, p. 70.

⁷ *Ibid.*, p. 126.

⁸ P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, in *Id.*, *Opere giuridiche*, VI, Napoli, 1976, p. 401.

⁹ J. CHEVALLIER, *La dimension symbolique du principe de légalité*, in *Figures de la légalité*, a cura di CH. A. MORAND, Paris, 1992, pp. 55 e 57.

anche quella degli ordinamenti secolari. Diritto canonico e diritto romano apparvero spesso simboli di un passato da superare.

Razionalismo vuol dire supporre che la regola giuridica, anziché fondarsi sulla tradizione e sulla ripetizione dei comportamenti, possa e debba fondarsi sulla sola *ragione*. Che essa debba essere una regola appunto razionale, una regola pensata, progettata e formalizzata. E quindi una *regola scritta*.

Dunque, una regola scritta e un *diritto legislativo*. Tutto ciò grazie alla evoluzione delle scienze naturali che proprio nel '600 conoscono un significativo sviluppo. Scienze che elaborano *leggi di carattere stabile e verificabile*, ossia leggi universali. Leggi scientifiche che sono il modello dei giuristi razionalisti non solo del Seicento ma anche del Settecento. Al riguardo è sufficiente ricordare i nomi di Grozio e Pufendorf, di Leibniz e Wolff, di Domat e Pothier per comprendere l'influenza dello spirito scientifico, di quel *mos geometricus* che dominava nel XVII secolo, quando si considerò che la matematica e la geometria fossero le "scienze guida, in quanto depositarie di metodi di conoscenza sicuri, 'puri' e utilizzabili in tutti i campi"¹⁰.

Sappiamo bene che la diffusione del razionalismo giuridico non fu omogenea. Nel senso che in alcune culture, compresa la nostra, il successo del razionalismo fu più limitato. In altre realtà, tale diffusione avvenne più facilmente e in modo irreversibile¹¹.

La diffusione del razionalismo si accompagnò a quella dell'individualismo. Si trattò di un radicale rovesciamento di prospettiva: alla concezione organica della società, si sostituì una visione che poneva al centro dell'ordinamento l'individuo astratto e artificiale, quel *soggetto unico di diritto* vero protagonista della costruzione illuminista. Se tradizionalmente l'uomo si caratterizzava essenzialmente per la sua appartenenza a una comunità – dalla corporazione, al comune, al Regno, fino alla universale *Communitas fidelium* – l'epoca moderna vide la teorizzazione di un soggetto di diritto nuovo e tendenzialmente indipendente dalla comunità di appartenenza, appunto l'*individuo*. Come osserva Marcel Waline, l'individualismo giuridico si definisce quale teoria "qui voit dans l'individu la cause finale de tout le Droit et de l'Etat même"¹².

Lo spostamento dell'attenzione dalla *comunità* all'*individuo* corrispose quindi a una prima, ma evidente, secolarizzazione del diritto. Lo stesso diritto naturale, nei teorici del XVII e XVIII secolo, assunse una fisionomia razionalistica e individualistica "per l'enfasi posta, per la prima volta in maniera chiara,

¹⁰ M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, I, Milano, 2008, p. 343.

¹¹ Al riguardo fondamentali sono gli studi di G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, e I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine: fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002.

¹² M. WALINE *L'individualisme et le droit*, 2 ed., Paris, 1949 (rist. anast., Paris, 2007), p. 415.

sul momento soggettivo del diritto naturale e sulla capacità della ragione umana di conoscere direttamente ed immediatamente i contenuti per poterlo esercitare nella vita concreta”¹³. Mettere in discussione l'autorità del Papa indusse a discutere *tout court* il ruolo della religione.

6. *L'invenzione del potere costituente*

Schematicamente si può affermare che il *potere costituente* fu “inventato” nel Settecento. Certamente si possono rinvenire – come è stato fatto – alcune precedenti teorizzazioni “costituzionali”, così come è evidente che profonde trasformazioni degli ordinamenti si siano ripetutamente verificate nella storia. Tuttavia, alla piena e lucida consapevolezza della disponibilità del potere di *costituire giuridicamente* una nuova società, si pervenne soltanto nel tardo Settecento.

Ciò significa che fino ad allora non si considerava possibile creare *ab imis* un sistema di “regole giuridiche fondamentali”, ossia di *regole costituzionali*. Ciò perché era preponderante l'autorità della tradizione.

Il *momento costituente*, ossia l'idea di poter riscrivere “a tavolino” le leggi fondamentali, fu dunque il prodotto dell'avvento del razionalismo giuridico, dell'idea che la regola giuridica possa essere frutto della ragione e non più solo della tradizione.

I due fenomeni, l'emergere di una concezione giuridica razionalistica e individualistica e l'invenzione del “potere costituente”, si possono collegare. Se carattere generale dell'età moderna è il progressivo affermarsi di razionalismo e individualismo, è proprio il Settecento a conoscerne una compiuta teorizzazione. Ci riferiamo, evidentemente, al pensiero liberale. L'individualismo, contro le organizzazioni sociali tradizionali, le corporazioni, le libere associazioni e i ceti, frammenta e atomizza la società. Al riguardo sarà emblematica la celebre “legge Le Chapelier” del 1791, che impose lo scioglimento di tutte le corporazioni e associazioni di mestiere, in ossequio alla più rigorosa applicazione delle dottrine individualistiche del liberalismo e del liberismo economico.

Giusnaturalismo, Contrattualismo, Individualismo e Razionalismo furono dunque aspetti – più o meno radicali – di un unico percorso di demolizione dell'Antico Regime e di costruzione di ordinamenti interamente nuovi.

¹³ M. CARVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari, 2012, p. 108.

7. *Il precedente inglese*

Il potere costituente si manifestò soprattutto nelle due grandi rivoluzioni atlantiche degli ultimi decenni del Settecento: quella americana e quella francese.

Già un secolo prima l'ordinamento inglese aveva conosciuto la rivoluzione, la guerra civile e la crisi generalizzata dell'ordinamento costituzionale. La soluzione inglese alla crisi seicentesca fu però del tutto originale, perché basata sulla riaffermazione del diritto vigente. Non si esercitò allora un *potere costituente* in quanto si intese confermare la vigenza delle norme costituzionali già in vigore in Inghilterra sin dalla Magna Carta, un complesso di norme ribadite via via nei secoli con la prassi della *confirmatio cartarum*.

Le rivoluzioni inglesi in realtà non comportarono, se non in apparenza, una rottura della legalità. Non si realizzò un *momento costituente*, così come nessuno ritenne di esser legittimato a esercitare un potere costituente, ma si confermò la fedeltà alla tradizione e il *legame inscindibile del diritto con la storia*. La vicenda di Oliver Cromwell, proprio perché episodio circoscritto, rappresentò un'eccezione nell'ambito di una evoluzione saldamente storicistica.

La cultura costituzionale inglese – come ha ben dimostrato Maurizio Fioravanti – è profondamente *storicistica*: ancora i diritti di libertà e la vigenza delle leggi fondamentali alla storia e dalla storia non si vuole mai allontanare¹⁴.

È una legalità che si riafferma anche attraverso la sua crisi, grazie alla continuità, alla reinterpretazione di principi e istituti e alla fedeltà alla storia e alla tradizione.

8. *Volontarismo e potere costituente*

Fu l'affermazione di una *concezione volontaristica* del diritto e della costituzione a consentire la genesi del *potere costituente* nel XVIII secolo. L'ordinamento costituzionale iniziò a essere considerato sempre più come il prodotto di un *atto di potere* capace di innovare il sistema legale previgente e di modificarlo. Di pari passo, si sviluppò la “consapevolezza del fatto che l'organizzazione della società politica [potesse] essere artificialmente trasformata attraverso l'esercizio del terribile e precedentemente sconosciuto potere costituente”¹⁵. La costituzione – osservava nel 1789 Joseph-Emmanuel Sieyès, cui si deve la prima compiuta riflessione sul potere costituente – *n'est pas l'ouvrage du*

¹⁴ M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, III ed., Torino 2014.

¹⁵ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, p. 223.

pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant”¹⁶. Un potere, quello costituente, così definito da Carl Schmitt:

il potere costituente è una volontà politica il cui potere o autorità è in grado di prendere la decisione concreta fondamentale sulla specie e la forma della propria esistenza politica, ossia di stabilire complessivamente l'esistenza dell'unità politica. Dalle decisioni di questa volontà si fa discendere la volontà di ogni ulteriore disciplina legislativa costituzionale¹⁷.

Con la locuzione “potere costituente” intendiamo riferirci a “un potere di fatto, teso all'instaurazione di un nuovo ordine costituzionale”¹⁸. Si tratta dunque del potere di stabilire un nuovo ordinamento attraverso un atto, consapevole e solenne, derivante in genere da un evento traumatico – quale una rivoluzione o un colpo di stato – più o meno organizzato e non necessariamente violento. Fondamentali nel concetto di potere costituente sono il *carattere extralegale* dello stesso e la *novità* dell'ordinamento generato dal processo costituente. Il potere costituente si definisce per opposizione al *potere costituito* perché l'esercizio di quest'ultimo si esplica attraverso un processo avente carattere legale il cui esito è quello di apportare all'ordinamento modifiche che rappresentano una *revisione costituzionale*. Come ha recentemente osservato Riccardo Guastini, “il mutamento legale della costituzione è esercizio di un potere costituito, il suo mutamento illegale è esercizio di potere costituente”¹⁹.

È evidente che mutamenti di regime, violenti o pacifici, si siano sempre verificati nella storia. Che si trattasse di congiure di palazzo o di insurrezioni popolari, i mutamenti di potere fanno parte della normalità delle vicende politiche umane. Si trattava però di lotte per la conquista del potere fondate sulla forza, che non necessitavano in alcun modo di una legittimazione formale.

La novità del potere costituente affermatosi nel XVIII secolo consiste appunto nella consapevole e solenne motivazione politica che si riteneva dovesse accompagnare l'*instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale*. Secondo l'orientamento che andava affermandosi, l'edificazione di un nuovo ordinamento necessita di una giustificazione nei confronti della opinione pubblica

¹⁶ E.-J. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers état?* (1789), Paris, 2002, p. 53.

¹⁷ C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), trad. it., *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, pp. 109-110.

¹⁸ A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002, p. VIII. Riccardo Guastini lo definisce “il potere di instaurare una prima costituzione”, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, Milano, 2010, p. 189.

¹⁹ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, cit., p. 193.

e non può più fondarsi esclusivamente sulla forza.

Se appare impossibile individuare storicamente e con certezza le prime manifestazioni di un *potere costituente*, si può ragionevolmente considerare che un suo compiuto e consapevole esercizio fu quello svolto dai rivoluzionari americani e francesi negli ultimi decenni del XVIII secolo.

Nel costituzionalismo americano si trovano infatti tutti i caratteri tipici del potere costituente: contrattualismo, giusnaturalismo e diritto di resistenza. È sufficiente ricordare le parole della *Dichiarazione di indipendenza* del 4 luglio 1776 secondo le quali, quando il governo neghi i diritti naturali, “it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness”²⁰.

Gli stessi principi ispirarono i rivoluzionari francesi che – oltre alla libertà, la proprietà e la sicurezza – considerarono la *resistenza all’oppressione* compresa tra i “diritti naturali e imprescrittibili dell’uomo” (art. 3 della *Dichiarazione dei diritti* del 1789). L’enunciazione più esplicita del potere costituente fu quella prevista dall’art. 28 della *Dichiarazione dei diritti* del 1793, secondo il quale “un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria costituzione. Una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future”. Il costituente del 1793 non si limitò a prevedere il diritto di resistenza (art. 33) ma persino, con l’art. 35, il diritto all’insurrezione: “quando il governo viola i diritti del popolo, l’insurrezione è per il popolo e per ciascuna parte del popolo il più sacro dei diritti e il più indispensabile dei doveri”. Da notare che il mutato clima politico suggerì al costituente del 1795 di non contemplare il diritto di resistenza e il potere costituente nel testo costituzionale²¹.

Fu così che assemblee legislative variamente denominate (*Continental Congress* nel 1776, *Constitutional Convention* nel 1787, *Assemblée Nationale Constituante* nel 1789, *Convention Nationale* nel 1793 e nel 1795), iniziarono a redigere nuovi testi costituzionali. Anche i criteri di individuazione dei componenti delle assemblee furono assai eterogenei: in alcuni casi furono scelti tra

²⁰ Anche la *Dichiarazione dei Diritti dello Stato della Virginia* del 12 giugno 1776 enunciava lo stesso principio nella sez. 3: “when any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community has an indubitable, inalienable, and indefeasible right to reform, alter, or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal”.

²¹ Né i testi costituzionali napoleonici, né tantomeno quelli successivi contemplarono più il diritto di resistenza o il potere costituente. Nel panorama costituzionale odierno, la Costituzione della Repubblica federale tedesca enuncia il diritto di resistenza all’art. 20, co. 4: “Tutti i Tedeschi hanno diritto di resistere a chiunque tenti di rovesciare questo ordinamento, qualora non vi sia altro rimedio possibile”.

mite sistemi elettivi, in altri attraverso la nomina da parte di altri organi (governi o assemblee legislative).

Da allora, innumerevoli assemblee costituenti si assunsero il compito di definire nuove leggi fondamentali, ispirate ai più diversi principi e dagli esiti disparati²².

9. Considerazioni

Nel quadro della generale critica della tradizione e in ossequio alle dottrine contrattualistiche e giusnaturalistiche, si fece strada progressivamente l'idea di poter modificare il "patto fondamentale", ossia l'accordo costitutivo di un ordinamento giuridico, per ristabilire il rispetto di principi e diritti considerati naturali e imprescindibili. Qualora il "potere" avesse violato tali valori, sarebbe stato ritenuto illegittimo e ai sudditi sarebbe stata riconosciuta la possibilità di opporsi ad esso attraverso l'esercizio di un vero e proprio *diritto di resistenza*. Contrattualismo, giusnaturalismo e diritto di resistenza rappresentano dunque il fondamento teorico del potere costituente.

L'invenzione del potere costituente non appartiene all'esperienza inglese, ma a quella americana e a quella francese. Le due vicende, quella americana e quella francese, accomunate dalla volontà di ricostruzione e di rottura di uno *status quo* per la fondazione di una nuova legalità, sono tuttavia molto diverse.

Quando i coloni americani decisero di proclamare l'indipendenza lo fecero riaffermando la loro fedeltà alla tradizione inglese. In tal caso, la rottura della legalità non costituì una *tabula rasa*. Gli americani non avevano l'intenzione di tutto ricostruire. La cultura politico-giuridica dominante s'ispirò a un conservatorismo pragmatico, tendente ad ancorare a pochi e rigidi principi tutto l'edificio costituzionale.

Come ha ben osservato Raimond Carré de Malberg nel celebre volume sulla *Loi expression de la volonté générale*, la legge ordinaria americana non ha la stessa forza di quella francese perché non è investita di quella sacralità che essa ha in Francia proprio perché non rappresenta l'espressione della volontà generale. Il momento costituente americano nasce e poi muore con la redazione della costituzione. In America, soltanto la Costituzione è considerata come opera della volontà generale, mentre le leggi ordinarie "ne sont plus l'œuvre du peuple, mais une création de la Législature, c'est-à-dire l'œuvre d'une autorité simplement constituée, exerçant sa compétence en vertu d'une délégation".

²² Si possono ricordare tra le assemblee costituenti elettive quelle francesi del 1848, del 1871, del 1946, quelle tedesche di Francoforte del 1848 e di Weimar del 1919; in Italia, oltre alla Costituente repubblicana del 1946, quella della Repubblica romana del 1849.

tion faite par le peuple dans la Constitution”²³. Dunque il potere legislativo e quello costituente nella cultura americana appaiono come entità ben distinte. Insomma il potere costituente si esercita una volta per tutte. La normazione ordinaria è invece un'altra cosa.

Il panorama francese è completamente diverso. Quando nel 1789 nasce l'Assemblea nazionale costituente si intende fare *tabula rasa*; del passato non si vuole salvare nulla. Il costituente vuole pervenire alla costruzione di una società e di un ordinamento completamente nuovi. Una *palingenesi* che è del tutto assente nella cultura americana.

Si realizzano una serie di atti profondamente demolitori dell'*Ancien Régime*: tra gli altri appaiono fondamentali la legge del 4 agosto 1789 sull'abolizione dei privilegi, la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 26 agosto 1789, la *Costituzione civile del clero* del 12 luglio 1790, la *legge sull'ordinamento giudiziario* del 16 agosto 1790 e l'emanazione della Costituzione del 3 settembre 1791.

Quella che potremmo definire come una sorta di *ossessione legislativa* investe la legalità e rappresenta un *leitmotiv* nella Dichiarazione del 1789. È sufficiente ricordare l'enunciazione, agli artt. 4 e 5, dei *principi di legalità* e di *riserva di legge* in materia penale, mentre all'art. 6, troviamo la celebre definizione della legge quale “espressione della volontà generale”.

A differenza della situazione americana, in Francia il legislativo rappresenta la *sovranità*, detiene e continua ad esercitare il *potere costituente*. Ciò spiega il ruolo di assoluta preminenza assicurato al Parlamento francese, rispetto agli altri poteri dello Stato dalle costituzioni rivoluzionarie. Nella concezione rivoluzionaria, i due poteri, legislativo e costituente, non risultano distinti, confusi come sono nell'esercizio della *volontà generale*.

Significativo al riguardo è l'art. 28 della Costituzione del 24 giugno 1793 secondo il quale “Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures”.

La legge, in quanto espressione della volontà generale rappresenta una volontà illimitata e infallibile. L'influenza evidentissima della filosofia rousseauiana attribuisce al legislatore un carattere virtuoso e onnipotente. Come sosteneva Rousseau, “la volonté générale est toujours droite et tend toujours à l'intérêt public”²⁴.

Per la Francia si può forse parlare – utilizzando un linguaggio suggestivo – di “costituente permanente”.

²³ R. CARRE DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, 1931, p. 109 (rist. anast., Paris, 1984).

²⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, II/3.

Le conseguenze di tali diverse concezioni tra le due esperienze costituzionali furono considerevoli. La cultura americana ha inteso salvaguardare un patto costituzionale molto semplice, allo scopo di consentire un'ampia autonomia alla società civile e alla sua libera articolazione in corpi intermedi e organizzazioni private. Ciò ha garantito stabilità e una progressiva evoluzione del sistema, affidata alla legislazione ordinaria, federale e statale e, soprattutto, alla giurisprudenza. Il testo costituzionale del 1787 è rimasto pressoché invariato dato il limitato numero di interventi di riforma: ventisette in oltre 220 anni di vigenza.

Al contrario, la vicenda francese ha evidenziato la necessità di riscrivere continuamente le regole costituzionali. Ciò spiega quella *ossessione costituente* – è il titolo di un volume di Roberto Martucci²⁵ – caratteristica della storia costituzionale francese e il susseguirsi vorticoso tra il 1789 e il 1958 di ben 15 costituzioni. Sappiamo che è persino difficile contare esattamente i testi costituzionali in vigore in Francia in quell'arco di tempo.

Nell'Ottocento – periodo del quale tratteranno gli amici Bernardo Sordi e Luigi Lacchè – l'affermazione del monopolio normativo della legge e del positivismo giuridico e la diffusione generalizzata dei codici d'ispirazione napoleonica contribuirono a rafforzare il mito della legalità che – s'è detto – ebbe origine nel Settecento razionalista. L'influenza di tale costruzione dottrinarica e dei suoi effetti simbolici ed emotivi fu grandissima e non può considerarsi esaurita ancor oggi.

²⁵ R. MARTUCCI, *L'ossessione costituente. Forme di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna, 2001.

BERNARDO SORDI

LEGGE E AMMINISTRAZIONE: INCONTRI E SCONTRI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Legalità-potere. – 3. Legalità-garanzia. – 4. Legalità-sistema. – 5. La legalità novecentesca.

1. *Premessa*

Le legalità e le crisi della legalità. È molto accorta questa intitolazione al plurale del nostro convegno.

Se il principio di legalità deve essere inteso “quale norma di riconoscimento del diritto vigente” e quale “criterio esclusivo di identificazione del diritto valido”¹, avremmo una estrema difficoltà ad uscire non solo dal recinto della modernità, ma addirittura da una sua declinazione specifica, lo Stato di diritto europeo continentale.

Ancora due corifei della modernità, come Bodin e Domat, continuano ad utilizzare come categoria fondativa del proprio universo giuridico la distinzione tra diritto e legge² e tra leggi immutabili e leggi arbitrarie, che niente altro sono se non “quelle che stabiliscono coloro che hanno il potere di fare delle leggi”³.

Il legicentrismo, visto dalla sponda dell’ancien régime, è ancora un traguardo lontano.

La legalità, nell’accezione appena ricordata del teorico generale, non può quindi che essere storicamente situata. Non può essere la comoda invariante

¹ Uso la definizione di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 29-30.

² J. BODIN, *I sei libri sullo Stato*, traduzione italiana a cura di Margherita Isnardi Parente, vol. I, Torino, Utet, 1988², L.I, cap. VIII, p. 395: “diritto e legge sono due cose ben diverse tra loro: il diritto riguarda l’equità e la legge comporta comando: essa non è altro che il comando del sovrano nell’esercizio del suo potere”.

³ J. DOMAT, *Traité des loix*, in *Les Loix civiles dans leur ordre naturel, Le Droit Public et Legum Delectus*, Paris, Durand, 1777, vol. I, cap. XI, pp. XII ss.

che attraversa indenne il susseguirsi delle esperienze giuridiche. La legalità, che abbraccia e monopolizza la totalità delle espressioni del diritto, non è predicabile prima della frattura rivoluzionaria.

Non solo. La legalità, anche all'indomani di quella frattura, non è acquisita una volta per sempre, né si declina nello stesso modo e con gli stessi contenuti nei diversi rami del diritto; la legalità resta plurale e plurali rimangono le sue crisi. Incessante il suo movimento.

Così, nell'universo civilistico, sin dall'impianto napoleonico, l'assolutismo giuridico media la rigida presa di possesso sulle fonti del diritto, con l'intangibilità di proprietà e contratto, con il valore materialmente costituzionale dello statuto civilistico. La stessa, celeberrima, lettera del primo comma dell'art. 1134 del Code civil – *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* – è un vero capolavoro normativo, nella sua capacità di tenere insieme il primato, indiscutibile, della legge (che la proposizione normativa ripete per ben due volte) ed il primato, altrettanto indiscutibile, dell'autonomia privata, di quel contratto finalmente liberato dal giogo della tipicità.

Ma anche l'universo civilistico, il più saldo per quasi l'intero corso del secolo giuridico, è tutt'altro che immobile. Già nel 1899, Géný si scaglia contro «ce fétichisme de la loi écrite et codifiée» che tende «à réduire la science à un rôle purement mécanique»⁴. Di fronte alla «législation proprement dite», «manifestement impuissante à suivre d'un pas égal et sûr l'évolution incessante des nécessités juridiques», occorre ormai che il giurista si doti di «une Méthode, à la fois large et souple, dont il appartient à la science seule de définir les procédés et des fixer le lois»⁵.

Anche nel sistema codificato, “derrière l'enveloppe formelle du texte légal”, i giuristi scoprono presto un reticolo di “sources moins formelles et plus plastiques”⁶, che contornano la legge e rendono plurale il tessuto normativo dell'ordine giuridico.

Tanto che, nel 1902, Adhémar Esmein, nel saggio che apre il primo numero della *Revue trimestrielle de droit civil* – non esita a proclamare che è la giurisprudence “la véritable expression du droit civil”, “la loi réelle et positive”⁷.

⁴ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899. Citiamo dalla ristampa della seconda edizione (1919), Paris, L.G.D.J., 1954, n.35, vol.I, p. 70; n. 36, vol. I, p. 72.

⁵ *Ibid.*, *Introduction*, n. 3, vol. I, p. 7.

⁶ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, 1922, n. 8, p. 27. Una problematica rilettura, in P. GROSSI, *Pagina introduttiva (Ripensare Géný)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20 (1991), *François Géný e la scienza giuridica del Novecento*, pp. 1 ss.

⁷ A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, I (1902), p. 12.

La semplicità tanto rapidamente costruita altrettanto rapidamente si perde.

Il penale, dal suo canto, forte della lunga incubazione settecentesca del modello illuministico e del principio di legalità⁸, trova già a poche settimane dalla Bastiglia, una compiuta formulazione normativa nell'art. 8 della dichiarazione dei diritti: "la legge deve stabilire soltanto pene strettamente ed evidentemente necessarie e nessuno può essere punito se non in virtù di una legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto, e legalmente applicata". Praticamente quella stessa formulazione che, al culmine di un percorso storico pur assai travagliato⁹, passando per le carte ottocentesche (art. 4 Carta francese del 1814 e del 1830; art. 26 Statuto albertino), ritroviamo poco meno di due secoli più tardi nei testi costituzionali del secondo Novecento, dalla nostra costituzione repubblicana (art. 25), alla dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 (art. 11), alla convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (art. 7), sino alla Carta dei diritti (art. 49).

Nulla di tutto questo avviene invece nel mondo nuovo dell'amministrazione moderna.

La storia della legalità amministrativa sarà assai poco storia di proclamazioni del legislatore costituzionale¹⁰: costituente assai parco, anche nel corso del XX secolo, a definire "les bases constitutionnelles du droit administratif"¹¹. La nostra stessa costituzione repubblicana, povera di enunciati sull'amministrazione, conferma che solo una leggera veste costituzionale avvolge il nostro principio.

⁸ Una stretta legalità che già era stata sancita nei §§ 1, 13, 19 della *Giuseppina* del 1787 (*Co-dice generale sopra i delitti e le pene*). Una puntuale contestualizzazione in A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, tomo 2, Milano, Giuffrè, 2005, p. 292 ss.

⁹ M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale dell'Italia unita*, ora in ID., *Scritti di storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 522 ss.; L. LACCHÈ, *La penalistica costituzionale e il 'liberalismo giuridico'*. *Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in *Quaderni fiorentini*, 36 (2007), pp. 623 e ss. Imprescindibile il contributo del dibattito attuale della penalistica. Si vedano, almeno: F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, *ibid.*, spec. p. 1285 e pp. 1321-23; G. FIANDACA, *Il diritto penale fra legge e giudice*, Padova, Cedam, 2002; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004.

¹⁰ Fanno parziale eccezione alcune costituzioni del Novecento: la costituzione austriaca del 1920 (art. 18); il *Grundgesetz* tedesco (art. 20); la costituzione spagnola del 1978 (art. 9).

¹¹ G. VEDEL, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, in *Conseil d'Etat. Etudes et documents*, 8 (1954), pp. 21 ss. Più recentemente, T. GINSBURG, *Written Constitutions and administrative State: on the constitutional character of administrative law*, in S.R. ACKERMAN, P. LINDSETH (eds.), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, UK-Northampton, Mass., Elgar, 2010, pp. 117-127.

Quella della legalità amministrativa è, del resto, solo in parte una storia normativa; è invece prevalentemente una storia concettuale, secondo un percorso che è scandito, tra il tornante di fine Settecento ed il presente, da una innumerevole serie di incontri e scontri.

Di questo percorso, cerco di isolare, in modo molto schematico¹² ed in rapida successione, almeno tre grandi tappe sette-ottocentesche, prima di dare un fuggievole sguardo al Novecento ed uno ancora più rapido al presente. Definirei, rispettivamente, queste tre tappe: *legalità-potere*; *legalità-garanzia*; *legalità-sistema*.

2. *Legalità-potere*

Questa prima tappa coincide con lo stesso momento rivoluzionario. La proclamazione della legge come espressione della volontà generale traccia le coordinate di una legalità che scandisce per intero i rapporti tra i poteri e le funzioni. Il primato della legge è assoluto. Le funzioni di *legis executio* (che infatti d'ora in poi si diranno subordinate) sono sottomesse alla *legis latio* della volontà generale. Lo rivela bene la costituzione del 1791: “non vi è in Francia autorità superiore a quella della legge. Il re regna soltanto in funzione di essa, e solo in nome della legge può esigere l'ubbidienza” (art. 3, tit. III, cap. II, sez. I).

Quello che ancora manca, invece, è una specifica proiezione individuale, sul piano delle garanzie, di un principio di legalità che proprio per questo possa dirsi amministrativo. Intanto, l'amministrazione, come soggetto dotato di potestà imperative, è ancora, in buona parte, di là da venire. È così la stessa nozione di *acte administratif*, nella sua accezione tipicamente ottocentesca di atto d'impero. Nella *Déclaration* del 1789, l'amministrazione continua infatti ad essere vista come semplice esecuzione ‘materiale’ del dettato legale, con il compito precipuo di percepire e gestire il “contributo comune”, offrendo il necessario rendiconto (artt. 13, 14, 15). Altro non sembra necessario al Costituente per un potere che ancora non è avvertito come tale.

Nella Dichiarazione, ancora dominata dal mito dell'amministrazione come attività materiale e dal primato di una legge che ancora si crede possa auto-esserguirsi attraverso la società dei cittadini attivi, chiamati a svolgere in prima persona le funzioni pubbliche, una specifica legalità amministrativa – intesa come necessaria delimitazione legislativa delle potestà amministrative a tutela

¹² Per una trattazione più approfondita si rinvia a L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001; SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Diritto amministrativo*, XVI (2008), pp. 1-28, da cui sono tratte gran parte delle considerazioni svolte nel testo.

dei diritti e degli interessi individuali – non viene dunque proclamata.

Da un lato, è assorbita e confusa nel rigido legicentrismo rivoluzionario: in uno Stato legislativo, fondato sulla separazione dei poteri, nessun potere può scavalcare una legge che esprime per definizione la *volonté générale*.

Dall'altro lato, malgrado la Dichiarazione abbia già affidato alla legge il compito di preservare libertà e proprietà (artt. 4, 17), non riesce tuttavia ad esprimere i contenuti garantistici propri del parallelo principio penale, dal momento che la costruzione del potere amministrativo e delle relative garanzie si è appena avviata, in modo progressivo ma frammentario, ed il suo contenuto è quindi ancora assolutamente indeterminato.

Corre dunque una differenza fondamentale tra giustizia e amministrazione: se il presupposto di un necessario fondamento legale per l'esercizio del potere pubblico è già compiutamente acquisito per la funzione giudiziaria, secondo un modello sillogistico che la rapida scelta per la codificazione è destinata ulteriormente ad enfatizzare, questo deve ancora dispiegarsi nella sua sostanza amministrativa.

Sul versante amministrativo la legalità, pressata da una rigida ideologia separatista, stenta ad incrociare il piano della tutela. Il principale controllo di legalità è, in questo momento, di tipo interno. Ma gli stessi poteri di annullamento e sospensione scontano la radicata diffidenza dell'Assemblea verso l'esecutivo ed impediscono persino il formarsi di una gerarchia amministrativa.

Sarà la completa divaricazione tra giustizia e amministrazione a coniare, tra la Rivoluzione ed il primo Ottocento, i tratti tipicamente amministrativi di una *legis executio* del tutto difforme da quella giudiziaria: fermo l'indiscutibile primato della legge, la persistente diffidenza verso il giudiziario accompagnerà l'addensarsi sull'amministrazione di generali potestà imperative ed insieme lo sviluppo dei primi nuclei del contenzioso.

3. Legalità-garanzia

La seconda tappa coincide con i primi fondamenti dello Stato di diritto. È il pensiero liberale, all'inizio dell'Ottocento, a spingere per una ridefinizione degli strumenti di tutela. La pericolosa deriva della sovranità, drammaticamente svelata dal Terrore, ha dissolto l'armonia prestabilita tra sovranità e diritti. Le dichiarazioni dei diritti non sono più sufficienti. "Occorrono delle garanzie positive", proclama Benjamin Constant nel 1815. "Un'autorità non è legittima che nei suoi limiti"¹³.

¹³ B. CONSTANT, *Principes de politique* [1815], in ID., *Œuvres*, a cura di A. ROULIN, Paris, Gallimard, 1957, p. 1198. ID., *Cours de politique constitutionnelle*, Bruxelles, Hauman, 1837³, p. 110.

Il principio di legalità ruota in funzione di garanzia dei diritti individuali ed inizia a prendere forma teorica in un ordine giuridico interamente statalizzato: proprio alla legge, strumento essenziale di quel potere che si cerca faticosamente di arginare, si affida la principale garanzia dei diritti.

Il problema dei limiti, ovviamente, non è nuovo. Nuova è invece la mediazione tra poteri e libertà; nuove le tecniche di limitazione dell'autorità. Le garanzie che si invocano all'inizio dell'Ottocento sono diversissime da quelle, materiali e sostanziali, tipiche dell'ordine antico. I diritti hanno abbandonato la loro intrinseca disuguaglianza ed il loro storico particolarismo; non preesistono più allo Stato; convivono con la sovranità, con una sovranità impersonata dalla centralità della legge. Il diritto si identifica nella legge e la legge diventa la principale garanzia dei diritti.

Un valore nuovo, formale, di conformità alla legge – la legalità, appunto – inizia a predicarsi dei poteri pubblici. Da questo momento, è una fonte legale il presupposto necessario di ogni manifestazione dell'autorità. Il nuovo tempio dello Stato di diritto poggia sull'architrave della legalità: un architrave che già sostiene per intero la giurisdizione e che s'inizia ora a costruire anche per l'amministrazione.

Non si tratta di una battaglia scontata. Incontri e scontri s'intrecciano continuamente. Il problema di come garantire la legalità dell'amministrazione è un problema che la stessa Rivoluzione ha lasciato sostanzialmente aperto e che la costruzione napoleonica dello Stato a pubblica amministrazione ha sensibilmente acuito.

L'Ottocento ha infatti drasticamente ridimensionato il legicentrismo rivoluzionario della volontà generale ed archiviato l'ideale di un'auto-amministrazione della società. La separazione tra giustizia e amministrazione si è tradotta in una generale immunità dal sindacato giurisdizionale. L'amministrazione non è più composta di cittadini attivi; si è fatta soggetto, si è burocratizzata, statalizzata; ha riscoperto i moduli commissariali degli antichi intendenti. Definitivamente separata dalla giustizia, ha conquistato una generale potestà di comando ed insieme una solidissima centralità istituzionale, tanto da presentarsi tra i poteri pubblici come la vera 'essenza dello Stato'.

L'amministrazione rivendica libertà ed autonomia; la sua azione 'incessante' si svolge in un panorama normativo presidiato da poche leggi e che si dimostrerà del tutto refrattario ad ogni possibilità di codificazione. Il campo dell'"amministrazione pura" si erge per definizione come un grande spazio di potere lontano dalla copertura normativa della legge e resistente al controllo giurisdizionale.

Anche nella cultura giuridica francese, che invariabilmente declina l'amministrazione come «*exécution des lois*», questa appare come "*puissance exécu-*

tive en action», come «l'action vitale du gouvernement»¹⁴. A livello definitivo, la sottomissione alla legge è fuori questione, ma «l'intérêt public serait compromis par une législation soupçonneuse qui, garrottant l'administration, lui refuserait la liberté de se mouvoir»¹⁵. Come interprete diretto dell'interesse generale, nel gestire il “domaine immense” che ha conquistato, «l'administration a besoin d'air et d'espace; la liberté est sa vie»¹⁶.

È l'Ottocento, dunque, a scoprire l'amministrazione come potere ed insieme come campo da giuridicizzare, in cui affermare l'imperatività della legge e, subito appresso, lo spazio per un sindacato di tipo giurisdizionale: a fare, in una parola, della legalità amministrativa una questione di garanzia. Come si dirà a più riprese ed in diversi contesti nazionali, da Barthold Georg Niebuhr a Rudolf von Gneist a Silvio Spaventa, sino oltreatlantico a Woodrow Wilson: “la libertà oggi deve cercarsi non tanto nella costituzione e nelle leggi politiche quanto nell'amministrazione e nelle leggi amministrative”.

È un'affermazione significativa. Da un lato, conferma che non ci sarà spazio, per tutto il secolo, per garanzie nei confronti della legge. Dall'altro, rivela che ove più forte ed incisiva è stata la costruzione del potere – come nell'universo amministrativo –, lì è più avvertita ed urgente la necessità di apprestare delle garanzie efficaci per i diritti. Giustizia e legalità nell'amministrazione – “quello che i tedeschi chiamano *Rechtsstaat*”, come sintetizza a Bergamo, nel maggio del 1880, Silvio Spaventa – diventano le bandiere del secolo.

Bandiere sotto i cui vessilli si fissano anche alcuni celebri pilastri normativi, dall'art. 5 dell'All.E del 20 marzo 1865 – sulla disapplicazione degli atti amministrativi non conformi alla legge – alla triade dei vizi azionabili di fronte alla IV sezione, fissata nel 1889, sino all'art. 11 dello *Staatsgrundgesetz* austriaco del 1867 sul fondamento legislativo di ordini e regolamenti.

La legalità-potere, lentamente, è divenuta legalità-garanzia.

4. Legalità-sistema

La terza tappa coincide con la definitiva fondazione del regime amministrativo.

La legalità-garanzia conserva per gran parte dell'Ottocento una proiezione puntiforme. Solo un un *droit privatif*, un *droit acquis*, un ‘diritto civile e politico’ legittima l'attivarsi di un controllo di tipo giurisdizionale: la copertura della legge abbraccia solo qualche piccolo scoglio nel mare dell'amministrazione

¹⁴ L.-M.-A. MACAREL, *Cours de droit administratif*, Paris, Thorel, 1848², vol. I, p. 11.

¹⁵ A.-F.-A. VIVIEN, *Etudes administratives*, Paris, Guillaumin, 1852², t. I, p. 12.

¹⁶ *Ibid.*, p. 122.

pura. Anche il controllo che si attiva in suo nome segue le forme e non la sostanza dell'agire amministrativo. Il contenzioso francese, lo stesso sindacato del giudice ordinario della nostra legge abolitiva del contenzioso nel 1865, si ispirano a questa logica.

Ma la legalità non è immobile, né vive della sola dimensione concettuale.

Lo Stato di diritto sta conquistando in gran parte dell'Europa continentale una sua effettività istituzionale. Il definitivo radicarsi di compiuti sistemi di giustizia amministrativa ha un notevole effetto di impulso: la legalità sta divenendo sempre più legittimità amministrativa. La vicenda è evidentissima in Francia, tra Secondo Impero e Terza Repubblica, con il notevole successo del ricorso per eccesso di potere, ma è altrettanto strategica sia in Italia, sia nei paesi di lingua tedesca.

Nessun sentiero costituzionale accompagna il consolidarsi delle garanzie sul terreno amministrativo; anche l'individualizzazione è modesta: basterebbe ricordare la querelle francese sul carattere soggettivo od oggettivo del ricorso per eccesso di potere o la stessa nascita dell'interesse legittimo in Italia. La legalità sta però ampliando il proprio ombrello: lo fa dall'interno dell'organizzazione amministrativa, mettendo ulteriormente a punto la garanzia tutta oggettiva, tipica del processo da ricorso, contro la "véritable illégalité".

Povera, almeno ai nostri occhi, di forti valori costituzionali, questa declinazione ottocentesca del principio di legalità intreccia sempre di più i suoi destini con quelli della specialità amministrativa. Lo fa sul terreno giurisprudenziale; lo fa sul terreno dogmatico. È in questo momento che il principio di legalità, nelle mani di giuristi alla ricerca di una vera parte generale del diritto amministrativo, rivela una formidabile 'funzione ordinativa'.

È il momento della grande elaborazione continentale dei principi del diritto amministrativo; il momento dell'apoteosi della specialità: è il provvedimento, che con la sua carica di imperatività dichiara ciò che è diritto nel caso concreto, a rendere giustiziabile la pretesa ad un'amministrazione secondo la legge, a un'amministrazione legittima.

Il principio di legalità, nel diritto amministrativo, non costituisce quindi la proiezione vittoriosa di un parlamento irresistibilmente lanciato alla conquista degli spazi tipici della discrezionalità amministrativa. È la stessa impalcatura della legittimità, pernio indefettibile della specialità-garanzia tipica del modello continentale, che trova – quasi paradossalmente – i suoi artefici principali e le sue fonti lontano dal legislatore.

Sono in primo luogo i giuristi, nella loro doppia articolazione di *doctrine jurisprudentielle* e di *doctrine enseignante*¹⁷, a modellare i principi generali di un'amministrazione secondo la legge.

¹⁷ Secondo una celebre distinzione di J. RIVERO, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, in *Conseil d'Etat. Etudes et documents*, 9 (1955), p. 35.

Proprio “le pouvoir des docteurs” contribuisce a definire in concreto i connotati essenziali dell’*Etat de droit*: “sans cette capitalisation des doctrines”, notava già Pierre Legendre, “le droit administratif serait resté une pratique de l’administration, plus ou moins incontrôlable et incontrôlée”¹⁸. Lo Stato di diritto, nel modello continentale conserva una inequivocabile matrice dottrinale¹⁹.

5. La legalità novecentesca

Il Novecento apre scenari nuovi, inediti, anche per il nostro principio. Con l’avvento delle costituzioni democratiche, il legislatore costituzionale inizia a dare diretta veste normativa al principio di legalità. È il caso, già ricordato, dell’art. 18 della costituzione austriaca del 1920, che sulla scorta della Scuola di Vienna, proclama: “L’amministrazione statale nel suo complesso può essere esercitata soltanto in base alle leggi”. Il principio di legalità amministrativa, per la prima volta, diventa espressione di potere costituente ed asse portante di una repubblica che si definisce “democratica” ed in cui “il diritto deriva dal popolo” (art. 1): una riserva totale di legge copre per intero l’esercizio della funzione. Formule connotative, come si è visto, destinate ad essere riprese nel secondo dopoguerra, e che sia pur con una certa lentezza hanno dimostrato di possedere un’onda lunga, spingendo verso la codificazione del procedimento²⁰ e del processo amministrativo, verso il venir meno della collateralità tra giudice e amministrazione, aprendo anche il giudizio amministrativo alle regole del giusto processo, smussando così definitivamente i residui autoritari del regime amministrativo ottocentesco.

Il lungo Novecento non può essere, comunque, in alcun modo abbreviato. I sentieri della democrazia dell’amministrazione s’interrompono continuamente. Uno scenario avvincente sarebbe quello offerto dal *Doppelstaat*. Ma non c’è il tempo di fare un’incursione sugli incontri e scontri che avvulpano legalità e totalitarismi. Mi limito a ricordare che sarà l’esperienza drammatica del periodo tra le due guerre a scuotere, per la prima volta, la fiducia sinora incrollabile nel valore della legalità, innescando un turbamento senza precedenti nella coscienza dei giuristi e mettendo a nudo certe tautologie ottocentesche.

¹⁸ P. LEGENDRE, *La facture historique des systèmes. Notations pour une histoire comparative du droit administratif français*, in *Revue international de droit comparé*, 23 (1971), p. 26.

¹⁹ Abbiamo sviluppato questi temi in *Sur la valeur normative de la doctrine juridique dans le système administratif*, in *Droits*, 60 (2014), pp. 169 ss.

²⁰ Così l’art. 1, comma 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241: “l’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ...”.

Lo rivela – siamo nell’agosto del 1943 – un sacerdote della legalità come Piero Calamandrei: “noi soli insieme alla magistratura abbiamo vissuto questo tormento delle leggi che si sbriciolano come cartapesta tarlata tra le mani di chi voleva servirsene”²¹; mentre nella prefazione a Beccaria, scritta nell’inverno 1943/44, nel rifugio di Collicello Umbro, scrive un’altra frase che lascia il segno: “nello stampo della legalità si può colare oro o piombo”²². Un pericolo che il secondo Novecento ha saputo evitare ampliando anche alla legge il campo della giustiziabilità²³.

Abbreviate, forzosamente, le tappe novecentesche, mi limito a dare un rapidissimo sguardo finale al presente.

L’architave della legalità scandiva un preciso nesso tra autorità e libertà; presupponeva un legislatore a fare da arbitro esclusivo del confronto; una raffigurazione delle fonti del diritto, parimenti semplificata nella drastica equiparazione di diritto e legge; una sostanziale alterità di giustizia e amministrazione; un modello essenzialmente impugnatorio e cassatorio di giustizia amministrativa.

Nella realtà dell’universo amministrativo ottocentesco, come si è visto, gli equilibri effettivi non avevano del tutto corrisposto al modello: l’assolutismo giuridico era riuscito a penetrare molto relativamente e l’amministrazione era rimasta una terra senza codice.

Ferme le grandi coordinate rivoluzionario-napoleoniche, il regime amministrativo si era definito attraverso una forte interazione di giurisprudenza e dottrina, cui il legislatore – confinato ad alcune grandi leggi di organizzazione amministrativa – era rimasto sostanzialmente estraneo.

Le tre tappe che abbiamo individuato – *legalità-potere*; *legalità-garanzia*; *legalità-sistema* – hanno lasciato tracce profonde nell’ordinamento. Nessuna di queste è stata definitivamente superata; ogni tappa è ancora riconoscibile.

I tratti, netti, ottocenteschi, sono però ormai sfumati, alle nostre spalle.

Si è più disponibili a riconoscere, di nuovo, una crescente discrasia tra legge e diritto, il ritorno ai principii generali di genesi non legislativa (anche in forza della penetrazione di un diritto europeo con indelebile trama giurisprudenziale); a disancorare la legalità dallo stretto abbraccio con la legge e a considerarla come regola di diritto: di un diritto sempre più plurale e multinormativo, contrassegnato dunque anche da una rinnovata ‘incertezza’²⁴.

²¹ P. CALAMANDREI, *Gli avvocati e la libertà*, in *Corriere della sera*, 25 agosto 1943, ora in ID., *Opere giuridiche*, vol. II, Napoli, Morano, 1966, p. 419.

²² P. CALAMANDREI, *Prefazione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura dello stesso Piero Calamandrei, Firenze, Le Monnier, 1945, p. 92.

²³ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008.

²⁴ P. GROSSI, *Sulla odierna ‘incertezza’ del diritto*, in *Giustizia civile*, 2014, fasc. 4, pp. 921 ss.

La legalità non è più un pilastro, ma come dicono efficacemente i filosofi del diritto, è divenuta un “tessuto”²⁵: elastico, sfrangiato, aperto più all’osmosi che alla separazione delle funzioni; immerso in una *Rechtsfindung* di taglio tipicamente ermeneutico.

L’amministrazione è stata configurata come esecuzione di legge rispondendo all’imperativo di unitarietà del comando dello Stato ed alle esigenze di garanzia individuale, che ho cercato di ripercorrere. Proprio perché scavato nel solco illuministico-rivoluzionario per il quale “la liberté ... a pour sauvegarde la loi” (Dichiarazione 1793, art. 6), il principio di legalità non ha però potuto fare a meno di parlare sempre anche il ‘linguaggio del potere’.

Oggi, in un contesto di contrazione della specialità amministrativa, di ri-espansione del diritto comune, di trasformazione e pluralizzazione dei modelli processuali, di un diritto sempre più plurale e multinormativo, il quadro è divenuto più articolato.

Lo rivela bene l’art. 41 della Carta dei diritti dell’Unione europea, intitolato al diritto ad una buona amministrazione²⁶.

La legalità non può essere più il metro esclusivo dell’agire amministrativo. All’antico diritto pubblico soggettivo alla legittimità degli atti amministrativi, si affianca un diritto ad una buona amministrazione e ad un trattamento equo ed imparziale, che si specifica attraverso diritti di *hearing, access, giving reasons*, che evocano più la giustizialità che la legalità dell’amministrazione e che riscopre *l’officina delle cose*, la materialità originaria tipica dell’amministrare.

Di certo, emerge la necessità di progettare secondo altri termini ed altri equilibri il grande frutto ottocentesco dell’amministrazione di garanzia.

Ed anche questo è il segno del mondo di ieri, di una semplicità rapidamente creata ed altrettanto rapidamente perduta.

²⁵ Secondo la felice immagine di M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 420.

²⁶ Su questa “forme de protection procédurale”, si veda la convincente analisi di L. AZOULAI, *Le principe de bonne administration*, in *Droit administratif européen* (dir. J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE), Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 493 e ss. Mentre un inquadramento problematico della *démocratie d’impartialité* è in P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, pp. 139 ss.

LUIGI LACCHÈ

«ALZATE L'ARCHITRAVE, CARPENTIERI».
I LIVELLI DELLA LEGALITÀ PENALE
E LE “CRISI” TRA OTTO E NOVECENTO¹

SOMMARIO: 1. Una possibile allegoria. – 2. Le crisi e le legalità. – 3. Come un Giano bifronte. – 4. Rappresentare uno stile di pensiero: Francesco Carrara. – 5. Se il codice regna ma non governa. – 6. A mo' di epilogo.

1. *Una possibile allegoria*

La misteriosa esortazione evocata dal titolo del mio intervento richiama il centoundicesimo frammento della poetessa greca Saffo: «Alzate l'architrave, carpentieri. Lo sposo, simile ad Ares sopraggiunge, il più alto fra tutti gli uomini». In realtà la citazione è, se posso dire, di “seconda mano” perché la prendo da J.D. Salinger che ha così intitolato il racconto nel quale il suo *alter ego*, lo scrittore Buddy Glass, narra le peripezie tragicomiche innescate dal mancato matrimonio del fratello Seymour.

L'immagine di Saffo/Salinger mi ha fornito, mentre stavo riflettendo sul tema della relazione, l'ipotesi di partenza per una possibile allegoria. I carpentieri, “esperti costruttori”, qui rappresentano quelle diverse generazioni di ideologi e giuristi della tradizione continentale esortati, dal XVII secolo in avanti, a fondare e sostenere, grazie al possente architrave – la legge-potenza del sovrano politico, il principio di legalità – il nuovo edificio della modernità giuridica. Lo sposo che, nel frammento di Saffo è Ares dio della guerra, evoca per noi la figura possente dello Stato-Leviatano, l'uomo-macchina, artificiale, formato da tanti uomini, necessariamente «il più alto fra tutti gli uomini».

Questa allegoria consente di ragionare, introduttivamente, su due campi semantici che, a mio avviso, possono delimitare il nostro tema, altrimenti scon-

¹ Conservo i caratteri della relazione orale con l'aggiunta di un apparato bibliografico essenziale.

finato. Il primo campo è appunto quello dominato, a partire dall'illuminismo penale, da immagini "architettoniche": la legge/legalità come baluardo, fortezza, mura di cinta, cittadella, pietra d'angolo e soprattutto *architrave*. Il principio di legalità/architrave è, di volta in volta, tutto questo: un insieme composto da realtà storiche, figure retoriche e capienti mitologie². Secondo questa narrazione i nostri carpentieri, giuristi e legislatori, hanno costruito un grande edificio (lo Stato di diritto come Stato legislativo) fondato sulla riserva di legge e sulla divisione dei poteri, in grado, nel penale, di far fruttificare i principi di tassatività e irretroattività, compiendo l'incrocio determinante con il principio di uguaglianza formale³.

Il secondo "campo semantico" definisce e contiene la riflessione e il dibattito (relativamente) recenti sul tema della crisi (al singolare e al plurale). Crisi della centralità della legalità penale nella dimensione post-moderna del diritto contemporaneo. Ma se il primo campo semantico è quello, come abbiamo detto, della *costruzione*, ovvero dell'atto che innalza l'architrave, il secondo lo è, anche per contrasto, della *de-costruzione*. Tale processo riguarda il principio di legalità nella sua più ampia fenomenologia ma quando la "crisi" investe pienamente anche la forma più "forte" e assolutizzata di legalità, quella penale appunto, allora la *de-costruzione* non pone solo il problema della crisi di singoli aspetti ma appare piuttosto essere portatrice di una nuova domanda di *sensu* posta ad una realtà dei fatti sempre più articolata e, per certi versi, inquietante⁴.

Il dibattito sulla crisi del principio di legalità penale, e in particolare della riserva di legge, evoca fenomeni complessi: pensiamo all'indebolimento della funzione democratico-rappresentativa del Parlamento e al peso sempre più grande delle fonti normative di derivazione "esecutiva". La formula "diritto penale giurisprudenziale" riflette invece l'espansione e la crescente legittimazione del potere normativo giudiziale: esso gioca un ruolo rilevante nel "governo" del particolarismo giuridico e co-determina – o determina *ex novo* – la *regula iuris* e quindi il diritto effettivamente applicato. Lo sfaldamento del momento politico-legislativo, la parcellizzazione "specialistica" del diritto penale "classico" registrano le trasformazioni di società sempre più incerte nel riconoscere, in forma generale e astratta, principi, culture e valori sufficientemente omogenei⁵. Sembra così sempre più presente il modello del giudice

² Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007.

³ T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 9-10.

⁴ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un 'principio' fondamentale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, *Principio di legalità e diritto penale* (per Mario Sbriccoli), 36 (2007), t. II, pp. 1279-1280.

⁵ F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Rivista italiana di diritto e procedura pena-*

“Mercurio”⁶, ovvero di un giudice “post-moderno” chiamato a dare “risposte” in un ordinamento policentrico e multilivello nel quale il diritto si differenzia e si flessibilizza. E se la legalità diventa *una nessuna e centomila*⁷, la sua crisi sembra a taluni poter investire l'intero paradigma giuridico che l'ha generata. Il diritto penale “precarizzato”, “flessibilizzato”, sempre più stretto tra fonti sub-legislative e pressioni che provengono dall'alto, dal piano europeo e internazionale, evoca il tema del cambiamento e della “risemantizzazione”, e introduce alla discussione serrata su possibili nuovi paradigmi e «equivalenti funzionali»⁸, che non possono non interrogare metodo e compiti della stessa scienza penale⁹. Il diritto penale appare, oggettivamente, più incerto e meno efficace¹⁰. Senza parlare, infine, della possibile elencazione di una serie di luoghi emblematici della “crisi” che tocca lo statuto dei diritti di libertà¹¹.

Il dibattito sulla crisi – al di là delle diverse diagnosi, posizioni e proposte

le, 2001, pp. 1193-1200; G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, Cedam, 2002, pp. 3-19; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004; PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni*, cit.; G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, 36 (2007), t. II, pp. 1247-1277; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 91; PADOVANI, *Jus non scriptum*, cit.

⁶ Ci riferiamo alla fortunata modellistica idealtipica proposta da FRANÇOIS OST, in particolare in *Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur*, in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, a cura di P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 1983; *Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge*, in *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, a cura di P. BOURETZ, Paris, Editions Esprit, 1991, pp. 241-272.

⁷ Così M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 371.

⁸ Cfr. G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, Monduzzi, 2005; M.P. IADICICCO, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell'ordinamento interno e comunitario*, Torino, Giappichelli, 2006. Si veda l'interessante dibattito, sollecitato da F. GIUNTA, *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Criminalia*, 2011, con interventi di FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit., pp. 79-98; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, pp. 99-124; C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (Considerazione in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, pp. 125-137.

⁹ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011.

¹⁰ Così SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, cit.

¹¹ Per un quadro complessivo v. *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO, Milano, Giuffrè, 2008.

di “soluzione” – fa vedere processi di de-costruzione che non condannano *a priori* l’edificio “pericolante” e l’architrave innalzato dagli operosi carpentieri. È la molteplicità dei soggetti coinvolti a richiedere, rispetto al passato, un approccio pluralistico capace di sollecitare letture che vadano oltre le mitologie del monopolio politico-normativo. Si richiedono probabilmente anche approcci più innovativi in un sistema in via di forte trasformazione nel quale la logica della gerarchia e della certezza legislativa hanno perso vigore a tutto vantaggio di altri paradigmi.

2. *Le crisi e le legalità*

Tuttavia l’utilizzo, in senso prevalentemente negativo, della parola crisi rischia di alimentare ambiguità ed equivoci. In realtà essa contiene sia l’idea della rottura decisiva e perturbante di un equilibrio consolidato sia l’idea, fortemente “costruttiva”, di trasformazione, di cambiamento, insiti in ogni forma di evoluzione storica. Nel dibattito evocato si ha talvolta l’impressione che, anche solo implicitamente, prevalga alla fine una storia che potremmo definire a tre tempi: il primo tempo delle origini ideologiche e dell’impianto del principio di legalità (la “posa” dell’architrave”); il secondo del radicamento, del consolidamento e, per certi versi, del suo trionfo nello Stato legislativo tra Otto e Novecento; infine il terzo, e per il momento ultimo tempo: la Grande Crisi, l’indebolimento decisivo dell’architrave nel contesto odierno.

Mi pare di poter dire che gli organizzatori di questo Convegno parlando di crisi e di legalità, entrambe declinate al plurale, abbiano voluto suggerire un approccio più articolato. Del resto l’uso di un concetto tipicamente polisemico come crisi pone non pochi problemi. Per dirla con Deleuze, si tratta di un «concetto-baule»¹² «in quanto abbraccia il senso di altri concetti e racchiude una molteplicità di significati...»¹³. Se c’è un autore che ha posto il problema del rapporto tra il concetto di crisi, la semantica dei tempi storici e l’avvento della modernità, questi è senza dubbio Reinhart Koselleck. Nella prospettiva della *Begriffsgeschichte* crisi è concetto ubiquo, elastico, ambigualmente “epocale”. «Riferita al tempo storico, la semantica del concetto di crisi si può dunque suddividere in quattro possibilità caratteristiche...»¹⁴. In uno dei suoi contributi dedicati al concetto di crisi, Koselleck riporta le parole di un gior-

¹² G. DELEUZE, *Logica del senso*, Milano, Feltrinelli, 1975.

¹³ C. COLLOCA, *La polisemia del concetto di crisi: società, culture, scenari urbani*, in *SocietàMutamentoPolitica*, ISSN 2038-3150, vol. 1, n. 2, p. 19.

¹⁴ Sulle quali R. KOSELLECK, *Crisi. Per un lessico della modernità*, introduzione e cura di G. IMBRIANO, S. RODESCHINI, *Postfazione* di A. ZANINI, Verona, Ombre corte, 2012, p. 51.

nale francese del 1840, per confermarne il valore, pur generico, di lunga durata: «Oggi, chi apre un giornale si imbatte spesso nella parola “crisi”: Essa indica insicurezza, sofferenza e incertezza, e allude a un futuro ignoto, i cui presupposti non si lasciano chiarire a sufficienza»¹⁵.

Il principio di legalità è, a ben vedere, uno dei figli prediletti dell'intreccio post-illuministico di critica e crisi che ridetermina l'articolazione dialettica del rapporto Stato/società, come ci ha mostrato il citato Reinhart Koselleck a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso¹⁶. Il nuovo architrave dell'ordine giuridico (derivato dell'ordine politico ma fondamentale per lo sviluppo e il consolidamento di quest'ultimo) viene innalzato nel contesto di complessi processi di trasformazione che avranno bisogno di un lungo periodo per mostrare tutti i possibili effetti. È stato osservato giustamente che

[...] non appare, in effetti, proficuo indulgere in nostalgiche mitizzazioni, rievocative di una presunta 'Arcadia' o 'age d'or' della legalità penale, idealizzando quello che appare, invero, un percorso di affermazione particolarmente tormentato, nel quale, sul piano dell'essere, lo spazio dell'illegalità supera da sempre lo spazio della legalità [...] In questo senso, quale categoria storica del diritto penale, il principio di stretta legalità – oltre che delle cangianti dinamiche socio-economiche – risente inevitabilmente delle criticità politico-istituzionali e dei modelli di diritto che si intrecciano a livello di ordinamento nazionale, europeo, e internazionale¹⁷.

Il principio di legalità e il suo reticolato di corollari non è dunque come il *monolito* caduto sulla terra nel film visionario di Stanley Kubrick *Odissea nello spazio*. La “storia a tre tempi” (*origo, progressus & finis*) è uno schema narrativo, che può risultare di qualche utilità solo se ricondotto ad un approccio storico capace di cogliere la *complessità* genetica, identitaria, della legalità e del tema, incompressibile, sotto ogni riguardo, della garanzia della libertà. Una storia che rischia di diventare “filosofia” mentre mai è stata realmente “lineare” e “progressiva”, essendo la legalità penale moderna sottoposta *ab origine*, e in forme cangianti, ad ambivalenze e strappi, tensioni e contraddizioni. La crisi si associa a diversi “modelli semantici”. La “crisi” odierna è una delle manifestazioni di un cammino più lungo e complicato. E tale consapevolezza può tornare utile, a nostro avviso, per leggere più in profondità anche le vicende dell'oggi e forse per sostenere meglio l'obiettivo, oggi come in passato, della migliore difesa possibile del principio di legalità sostanziale, guardando al futuro.

¹⁵ R. KOSELLECK, *Crisi*, in *Il vocabolario della modernità. Progresso, crisi, utopia e altre storie di concetti*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 95.

¹⁶ R. KOSELLECK, *Critica illuminista e crisi della società borghese*, Bologna, Il Mulino, 1972 (1959).

¹⁷ GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'?*, cit., pp. 99-100.

3. Come un Giano bifronte

L'emersione prima e l'affermazione poi del principio di legalità costituiscono senza dubbio il più potente fattore di strutturazione del nuovo sistema penale: è la grande conquista del *penale dei moderni* attorno alla quale stabilire e far vivere il *diritto penale dei principi*. Ma questa conquista dovrà coesistere, sin dal principio, con profonde ambiguità. Mario Sbriccoli ha osservato che

principio di legalità e moderna garanzia sono storicamente inseparabili. Il principio di legalità altro non è che l'originaria e massima forma di garanzia del penale liberale, dalla quale discendono quasi tutte le altre (prime fra tutte il divieto di analogia e la irretroattività delle norme, che di quel principio sono coerenti espressioni). Fuori dall'ordine di idee della moderna garanzia la (moderna) legalità non ha senso. C'è quindi da dubitare che si possa parlare di principio di legalità là dove tutti concordiamo che non avrebbe senso parlare di garanzie dei cittadini¹⁸.

La legge-garanzia è come il Palladio degli antichi: se il talismano viene preso, la città, come nel caso di Troia, è destinata a perire. La legge-garanzia è quindi l'architrave innalzata sulla crisi dell'ordine giuridico "antico" rapidamente derubricato sotto i titoli ormai "infamanti" dell'arbitrio e dell'incertezza. Il "regno delle legge" infatti definisce come arbitrario tutto ciò che non si conforma alla nuova razionalità della legge penale. È su questa soglia che il diritto penale liberale troverà, nell'arco di un secolo, tutto il suo spazio e i suoi nuovi confini¹⁹. Ma la legge – come ha messo bene in luce Pietro Costa²⁰ – non è solo garanzia, anzi è prima di tutto *potenza*, forma tipica e ordinante del potere sovrano (appunto "legalizzato"): come garanzia è limite (nel senso del costituzionalismo liberale), ma come *potenza* diventa uno strumento per riassolutizzare il diritto. La legge appare la soluzione ma può anche divenire il problema. E questa ambivalenza originaria non lascerà indenni le vicende otto-novecentesche dello Stato liberale di diritto.

Il volto di questo Giano bifronte²¹, però, non esaurisce qui il suo orizzonte

¹⁸ M. SBRICCOLI, *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in ID., *Scritti di storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, t. I, p. 242, nt. 37.

¹⁹ Cfr. M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della legalità penale tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 36 (2007), t. I, pp. 745-746.

²⁰ P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *ibidem*, pp. 12 ss.

²¹ Sul "volto di Giano" dei concetti moderni v. R. KOSELLECK, *Einleitung*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexicon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, a cura di O. BRUNNER, W. CONZE, R. KOSELLECK, Stuttgart, Klett-Cotta, 1972, vol. I, p. XV.

di possibilità. Più precisamente potremmo parlare di una *struttura antropologica* che fonda e poi orienta l'*ordine giuridico liberale*. Intestatarario di tale ordine – che mette le proprie radici tra XVII e XVIII secolo – è la figura del soggetto di diritto, razionale, libero, proprietario²². La sua è una *libertà proprietaria*²³, la cui misura è l'*avere*, ormai distanziato da *status* predeterminati a livello cetuale. La *proprietà di sé* è la stella polare della forma giuridica e dello strumento politico. È *autonomia, calcolo, ragione*: è *misura* di quel fascio di diritti e doveri che formano la semantica giuridica e politica della proprietà. A ben vedere la *libertà proprietaria* è più del classico e fondamentale binomio *liberty and property* perché ne intende cogliere la densità dell'intreccio. Non è la libertà più la proprietà: è la libertà *piena* che *vive* attraverso la proprietà che, a sua volta, può essere graduata per intensità e pregnanza. La *libertà proprietaria* sarà la forza vitale del XIX secolo; il binomio libertà/uguaglianza è il programma di un futuro annunciato ma ancora difficile da raggiungere. Tutte le libertà di “prima generazione” sono più efficienti, funzionano *appieno*, se collegate alla proprietà. L'eguaglianza è funzionale alla libertà proprietaria, ma non può regolare la sfera pubblica dove operano i meccanismi ben delimitati del governo rappresentativo. Insomma, la libertà proprietaria è *liberale* ma non *democratica*.

Questa dimensione ha una forza progrediente, modernizzatrice, civilizzatrice, ordinante sul piano del garantismo dei diritti e delle libertà (astrattamente per tutti) del soggetto ma, al tempo stesso, teme tutto ciò che eccede la *misura* e ridetermina differenze cogenti sul piano concreto. Jeremy Bentham ha colto, con la consueta lucidità, questa ambivalenza: che succede quando il soggetto non è “razionale”, né proprietario, né realmente libero ed autonomo?²⁴ Come può godere della *libertà dei moderni* che Benjamin Constant vuole “coniugare” con quella degli antichi? E la *legalità penale* è davvero un bene universale? Fino a che punto può valere la legge-garanzia? Non bisognerà allora praticare un diverso governo dei soggetti?²⁵ Queste domande ci mostrano l'ampiezza di una *struttura governamentale* che definirei *costituzionale*, chiave per leggere la *realtà* della legalità penale nel secolo lungo dell'ordine giuridico liberale²⁶. La produzione di libertà (anzitutto quella economica) crea spazi da

²² Sull'antropologia del liberalismo classico rimane fondamentale P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, Giuffrè, 1974.

²³ Ho sviluppato questo concetto in *Il nome della “libertà”. Tre dimensioni nel secolo della Costituzione*, in *Un secolo per la Costituzione (1848-1948). Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano*, a cura di F. BAMBI, Firenze, Accademia della Crusca, 2012, pp. 30-39.

²⁴ Lo sottolinea COSTA, *Pagina introduttiva*, cit., pp. 11-12.

²⁵ Cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2. L'età delle Rivoluzioni*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 214 ss.

²⁶ Per alcune considerazioni U. ALLEGRETTI, *Dissenso, opposizione politica, disordine sociale*:

sottoporre all'arte liberale di governo restituita in termini di garanzia di sicurezza²⁷. La *libertà proprietaria* – tipica dell'*homo oeconomicus* – vive tra questi due poli: libertà e sicurezza, sulla scorta di un nuovo sistema di pratiche e di forme liberali. L'ordine giuridico liberale riflette un'idea di sovranità e uno stile di pensiero che hanno a che fare con la razionalità del governo di soggetti²⁸ dotati di autonomia morale e piena capacità decisionale e che esclude, in tutto o in parte, le non-soggettività o soggettività *altre* da sottoporre a dispositivi disciplinari²⁹. Tutto l'Ottocento è il grande campo di attuazione e ridefinizione problematica del “progetto giuridico” liberale³⁰.

4. Rappresentare uno stile di pensiero: Francesco Carrara

Se dovessi scegliere un autore capace di rappresentare, nella sua grandezza e complessità, questo “stile di pensiero”, non esiterei a indicare Francesco Carrara, in grado, come nessun altro, di afferrare il senso delle ambivalenze della legalità penale, discesa sulla terra dall'Olimpo delle Dichiarazioni costituzionali. La scienza del «giure penale», scienza “filosofica” *costruttrice*, è chiamata, potrei dire “alla toscana”, ad esercitare sino in fondo la sua *vocazione costituzionale*. Essa alimenta e rafforza la *penalistica civile*. La certezza del diritto e il principio di legalità non possono che essere elementi essenziali dell'impostazione carrariana. Molto però dipende dalla conformità del magistero legislativo ai principi della legge giuridica. Carrara sa che la legge, nel passaggio dall'empireo della ragione assoluta alla materialità terrestre, assume su di sé tutte

le risposte dello Stato liberale, in *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, Einaudi, 1997, pp. 730 ss.

²⁷ Cfr. in particolare M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, Feltrinelli, 2005, pp. 67-68. Su governamentalità, biopolitica e liberalismo cfr. S. CHIGNOLA (a cura di), *Governare la vita: un seminario sui corsi di Michel Foucault al Collège de France (1977-1979)*, Verona, Ombre Corte, 2006; AA.VV., *Lessico di biopolitica*, Roma, Manifestolibri, 2006.

²⁸ V. in particolare B. HINDESS, *The Liberal Government of Unfreedom*, in *Alternatives: Global, Local, Political*, Apr-Jun, 2001, Vol. 26, 2, pp. 93-112. Nell'ambito di una letteratura ormai vastissima rinvio a G. BURCHELL, C. GORDON, P. MILLER (eds), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality with two lectures by and an interview with Michel Foucault*, London, Harvester/Wheatsheaf, 1991; A. BARRY, T. OSBORNE, N. ROSE (eds.), *Foucault and Political Reason: Liberalism, Neo-liberalism and Rationalities of Government*, Chicago, University of Chicago Press, 1996.

²⁹ P. COSTA, «Classi pericolose» e «razze inferiori»: la sovranità e le sue strategie di assoggettamento, in a cura di F. BENIGNO, L. SCUCCIMARRA, *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*, Roma, Viella, 2007, pp. 239-257.

³⁰ COSTA, *Il progetto giuridico*, cit.

i rischi della finitezza umana, tanto più quando il legislatore è solo un povero *leguleio*. Tuttavia, che sia giusto o ingiusto, buono o cattivo, il divieto “positivo” è pur sempre un fatto giuridico che risponde al bisogno di certezza e di legalità. Il principio di legalità non è solo un assioma perfetto nel cielo della legge naturale, ma esso agisce nella dimensione esistenziale della *polis*³¹.

Di conseguenza, Carrara non nasconde il “vizio occulto” della legalità penale *in action*: il principio di legalità è un fattore (positivo) di *rigidità*: è l’architrate, il fattore ordinante. Proprio per questo bisogna saper distinguere il “penale” applicato sulla scorta di atti eccezionali o di occasione, figli di circostanze passeggera e di movimenti di paura o di sdegno. La sede della legalità, il codice, non può essere edificata avendo quale sua misura lo stato di emergenza e il principio di *eccezione*, perché ciò discredita la giustizia penale³².

Ma la civiltà odierna – osserva – più non tollera la parola *eccezione* nel giure penale. *Eccezione* significa *deviamento dalle regole assolute di giustizia*: e questo è tale concetto che non può rendersi accettabile per nessuno argomento di supposta utilità, o di vedute politiche o di odio speciale contro certi reati. Ciò che è giusto deve osservarsi nei piccoli falli come nei grandi senza defletterne mai: ed ora poi il massimo degli assurdi deflettere, quando trattavasi d’irrogare gravi supplizi, da quei precetti che religiosamente si osservavano dove trattavasi di più leggiere gastighi³³.

Il problema non risiede per Carrara nelle situazioni eccezionali in quanto tali. Esse infatti non risparmiano nessun paese e possono legittimare misure altrettanto eccezionali e transitorie³⁴. La questione vera è un’altra, ovvero che «è gravissimo errore ed imperdonabile quello di ordinare i codici penali sulle norme di simili anomalie»³⁵. Non bisogna confondere i diversi piani. Le leggi eccezionali non possono essere escluse dall’orizzonte di governo, ma devono «sussistere il meno possibile»³⁶ perché «Quando il codice di una Nazione tro-

³¹ Si rinvia, per più ampi riferimenti, a L. LACCHÈ, *La penalistica costituzionale e il «liberalismo giuridico»*. *Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in *Quaderni fiorentini*, 36 (2007), t. I, pp. 668 ss.

³² «Guai se un codice penale si foggia sul dagherrotipo delle *leggi di occasione*: ogni principio di giustizia sarà conculcato da siffatto codice» (*Programma*, Parte speciale, vol. VII, II ed., Lucca, 1871, § 3939, p. 637). Carrara riprende una frase di August Geyer (come si può vedere in *Confronti storici* (1875), in *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, Giachetti, 1884, vol. VI, p. 388).

³³ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa*, Parte generale, quarta edizione con aggiunte, Lucca, Tipografia Giusti, 1871, § 638, pp. 415-416.

³⁴ Su questo aspetto v. M. SBRICCOLI, *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 444 ss.

³⁵ F. CARRARA, *I discorsi di apertura*, cap. I, *Psicologia*, in *Opuscoli*, cit., vol. IV, pp. 70, 229.

³⁶ «A tal fine è necessario che un nuovo codice penale lasci sussistere il meno possibile di

vasi sommerso fra una selva selvaggia irta e forte di leggi speciali (scrise non ha guari Corne nel suo aureo libro sulla riforma penale) il codice punitivo *regna ma non governa*. Sentenza elegante non meno che vera»³⁷. Infatti, attuare un principio sbagliato e ingiusto per mezzo di leggi eccezionali è un male grave ma limitato. Ma esso diventa addirittura funesto quando l'autorità sociale lo proclama solennemente in un codice. Questo modo di procedere perverte la coscienza pubblica perché fa ritenere consono alla ragione giuridica ciò che invece è solo «un provvedimento empirico che si accetta per le transitorie condizioni dei tempi»³⁸. Carrara è troppo realista per non riconoscere che

al tempo stesso è vanità sperare che la scienza subordini a precetti giuridici assoluti le misure ed i provvedimenti che in circostanze di turbamenti eccezionali saranno sempre praticamente guidati dalla sola *paura*, la quale fra tutti i sentimenti è quello che meno ragiona³⁹.

5. *Se il codice regna ma non governa*

Diviene allora fondamentale tener fuori dallo spazio *universale* del codice, ovvero della ragione penale “naturale”, ogni forma di *specialità*. Mario Sbriccoli, ragionando su quello che ha chiamato il doppio livello di legalità⁴⁰, parlava di una logica di “affiancamento”. Io andrei oltre osservando che abbiamo di fronte una struttura mentale, antropologica e tecnico-operativa – uno *stile di pensiero*, appunto – che informa l'ordine penale liberale⁴¹. I *livelli di legalità* rappresentano quindi la dimensione penale della costituzione materiale dello Stato liberale.

leggi eccezionali; e che il meno possibile supraggiungano leggi eccezionali, le quali vengano a far corona al codice esistente. Altrimenti ne seguono deplorabili inconvenienti, e il generale discredito della giustizia penale» (CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa*, Parte generale, cit., p. 415).

³⁷ *Ivi*.

³⁸ F. CARRARA, *Codicizzazione (Studii legislativi)* (Pisa 2 novembre 1869), in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, Giusti, 1870, vol. II, p. 225.

³⁹ CARRARA, *Programma*, Parte speciale, vol. VII, cit., § 3939, p. 637.

⁴⁰ M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in ID., *Scritti di storia del diritto penale e della giustizia*, cit., t. I, p. 524; ID., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in ID., *Scritti di storia del diritto penale e della giustizia*, cit., t. I, pp. 596-597, 647, 654-655.

⁴¹ Per alcuni riferimenti v. L. LACCHÈ, M. STRONATI, *Beyond the statute law: an introduction*, in *Beyond the statute law: the “grey” government of criminal justice systems. History and Theory in the modern age*, ed. by L. LACCHÈ, M. STRONATI, Macerata, Edizioni Università di Macerata – eum, 2011, pp. 13-14.

Per leggere la vicenda storica della legalità penale tra Otto e Novecento in Italia, quindi, occorre riprendere la suggestione di Carrara quando parla del codice che regna ma non governa. Questo è il nodo fondamentale del “problema penale liberale”, un nodo consustanziale, potremmo dire, che ci aiuta a capire meglio anche le traiettorie e le vicende personali di singoli autori. Non è tanto la coesistenza, in singoli autori, di pagine “liberali” e pagine “autoritarie”, quanto soprattutto il problema dello *statuto costituzionale della libertà e dello Stato* che attraversa la cultura liberale. Le tensioni e i poli dialettici stanno dentro l'*ordine giuridico*, non sono “momenti” esterni che si rivelano solo in fasi critiche della storia nazionale (come ovviamente accade).

Si può dire allora che esistono livelli, zone, situazioni rispetto ai quali il principio di stretta legalità penale “regna ma non governa”⁴². Nel 1990, in un volume dedicato alla questione del carcere preventivo nello Stato liberale, parlavo de *La giustizia per i galantuomini*⁴³ per porre l'attenzione sull'aporia originaria del pensiero e della pratica liberale determinata dal campo di tensione ordine/libertà, tra il garantismo retorico della legge e i meccanismi di effettivo funzionamento del sistema penale incentrati su alcune relazioni funzionali. Il sistema è tutt'altro che compatto e unitario. Il principio di legalità – al di là di alcune mitologie della purezza – non può non risentire del conflitto concretissimo tra libertà ed uguaglianza che è il principale legato delle rivoluzioni costituzionali. A ben vedere, il nostro orizzonte ideologico e culturale è ancora ben piantato in quella aporia originaria. La legalità penale *astratta* ha come punto di riferimento, per tutto il XIX secolo, la figura del “galantuomo”, soggetto di diritto, razionale, libero, autonomo, Ma la legalità penale *concreta* è segnata, inevitabilmente, da differenziazioni e quindi da “livelli” tanto più ci si allontana dalla figura prototipale e ci si inoltra nel terreno di chi non è proprietario, non è “indipendente”, appartiene alle classi subalterne e potenzialmente “pericolose”. Il diritto penale liberale cerca di blindare nel codice lo spirito progressivo della tutela giuridica che sta a cuore ad un liberale autentico come Francesco Carrara, ma il dato di realtà è quello della differenziazione. Se eccezione ci deve essere, che stia “fuori”, non “inquinare” il *codice governante*. Ciò porta ad “accettare” che il codice rispecchi la “penalistica civile” e che il *diritto penale speciale* rimanga “fuori” dall'ordine.

Questa consapevolezza, in realtà, prende atto della trasformazione (anche economica) dei sistemi penali nella crisi dell'ordine giuridico della tradizione

⁴² Carrara trae questa espressione dalla cultura politica e costituzionale del liberalismo francese: ho sottolineato le assonanze tra il pensiero liberale di Carrara e la cultura politica dei dottrinari in LACCHÈ, *La penalistica costituzionale e il «liberalismo giuridico»*, cit., p. 690.

⁴³ L. LACCHÈ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano, Giuffrè, 1990.

dello *ius commune*. Qui tocchiamo con mano un altro problema cruciale che si può infatti comprendere solo guardando all'indietro, ovvero alle logiche di funzionamento dell'ordine penale *antico* che proprio la "posa" dell'architrave (anzitutto a livello ideologico) – il principio di legalità, appunto – ha trasformato in negativo – sottoposto «all'alta corte di giustizia della ragione...»⁴⁴ – cioè in paradigma *escludente* dell'eccezione.

La legalità è, come si diceva sopra, "soluzione" rispetto al cambio di paradigma (legalità vs. arbitrario) ma anche un potenziale problema (legalità vs. regimi speciali). La legalità moderna presuppone il primato del politico che concepisce l'eccezione come decisione sulle regole. Massimo Meccarelli, nell'intervento che mi ha preceduto, ha accennato al fatto che nei sistemi di antico regime la coppia *ordinario/straordinario* produce, insieme, organicamente, quindi secondo una logica sistemica di compatibilità e di *inclusione*, un complessivo *ordine giuridico*. Non di rado lo spazio dell'*extraordinarium* dà vita ad un "laboratorio", legittimo e fecondo, utile per elaborare nuove categorie e cercare di risolvere questioni nuove che la peculiarissima *antropologia* di quell'*ordo* fa sorgere⁴⁵.

L'ingresso nel regno della legge cambia il rapporto *ordo/extra-ordinem*. Il principio di legalità forma l'architrave del nuovo edificio proprio allo scopo di escludere l'*extra-ordinem* che, come l'araba fenice, risorgerà sotto altra forma, come luogo del diritto/non-diritto, zona strutturalmente "grigia" sottoposta alle logiche dell'emergenza, dei "fatti occasionali", di decisioni congiunturali e transitorie. Il principio di legalità è naturalmente rigido e perciò ogni territorio che non può essere governato dal codice diventa *zona di eccezione* e ambito per un penale che, spesso, non è "legale" perché è soprattutto provvedimento, misura⁴⁶. Con un "paradosso" importante: il "governo" dell'eccezione, della deroga, del sistema differenziato e strutturato per livelli "serve" (avrei la tenta-

⁴⁴ KOSELLECK, *Critica illuminista e crisi della società borghese*, cit., p. 12.

⁴⁵ Su questo tema rinvio a M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998; ID., *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica*, in *Quaderni storici*, 44 (2009), 2, pp. 501 ss.; ID., *Fuori dalla società: emergenza politica, espansione del sistema penale e regimi della legalità nel tardo Ottocento. Una comparazione tra Italia e Francia*, in *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane. Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. COLAO, L. LACCHÈ, C. STORTI, C. VALSECCHI, Macerata, eum – edizioni università di Macerata, 2011, pp. 465-475.

⁴⁶ Nello Stato di polizia l'ambito del regolamentare opera però in un sistema, nel quale «non esiste alcuna differenza di natura, di origine, di validità, e di conseguenza, neppure alcuna differenza di effetti tra le prescrizioni generali e permanenti della potenza pubblica – ciò che in generale potremmo chiamare la legge ...» e i provvedimenti occasionali e specifici (FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 142).

zione di far dire a Carrara) per “salvare” la ragione giuridica e lo spazio legalitario del codice. Si chiede al “nemico” di “salvare” l’ordine penale liberale, di tenere fuori dalla cittadella i “barbari” che avanzano. L’esito sta nella pluralizzazione di regimi differenziati del governo penale, con effetti di retroazione e di “stabilizzazione” sul sistema complessivamente inteso. Il binomio regola/eccezione è, per necessità, destinato a diventare un “carattere permanente”. È così che il “sistema” ritrova quei margini di *flessibilizzazione* che la *rigidità* del regno della legge voleva addirittura cancellare. Il graduale processo di eterogeneizzazione della società monoclasse di stampo borghese mette in crisi l’*ordine penale liberale* sempre più costruito attorno a valori e interessi privilegiati che nel paradigma dell’*ordine pubblico* trovano il naturale approdo.

Ogni volta che non si può investire l’*ordine penale liberale* (il *codice che governa*), si deve ricorrere a *rimedi* “occasionalmente” destinati a diventare “regola dell’eccezione”⁴⁷ (laddove il “codice regna” soltanto). In questa sede non è certo possibile affrontare la casistica, ma sono noti e ben studiati alcuni di questi fenomeni: la legge Pica e le misure per la repressione del brigantaggio post-unitario; il contrasto, dalla metà degli anni ’70 dell’Ottocento, a molteplici situazioni di dissenso politico; le vicende legate alla c.d. “crisi di fine secolo”, con un vero e proprio dispositivo di repressione contro le forme di lotta politica e socio-economica.

Si dirà che questi fenomeni sono “governati” da leggi speciali e che quindi almeno il rispetto del principio di legalità formale è fatto salvo. Non bisogna però dimenticare che è nel regime dei pieni poteri e attraverso il ricorso allo stato d’assedio fittizio o politico che si inquadrano molte delle vicende sopra accennate.

Negli ultimi anni i temi dell’emergenza, della necessità e dell’eccezione – al centro del dibattito politico mondiale e in un privilegiato corpo a corpo con Carl Schmitt – sono stati oggetto di studi e controversie⁴⁸, non sempre giovando all’analisi storica dei fenomeni⁴⁹. Ciò che interessa, alla luce delle considerazioni di Carrara e più in generale del diritto penale, è la risemantizzazione

⁴⁷ Su queste dinamiche v. *Le regole dell’eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, a cura di M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, Macerata, eum – edizioni Università di Macerata, 2011.

⁴⁸ Penso, per esempio, alle opere di G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, Einaudi, 2003; D. DYZENHAUS, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; F. SAINT-BONNET, *L’état d’exception*, Paris, Puf, 2001. Cfr. D. SAUNDERS, *Antisecurity Personae: from David Dyzenhaus’s Human Rights Lawyer to Giorgio Agamben’s Illuminato*, in A. YEATMAN, M. ZOLKOS (eds.), *State, Security, and Subject Formation*, London, Bloomsbury Publishing, 2010, pp. 61-74.

⁴⁹ Da segnalare invece F. BENIGNO, L. SUCCIMARRA (a cura di), *Il governo dell’emergenza. Poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*, cit.

ne dei regimi d'eccezione nella logica dell'ordine giuridico liberale. I giuristi cercano di reindirizzare ogni situazione potenzialmente anomica verso la strada del "diritto". Tale attività – anche se di mera legittimazione *ex-post* – contiene sempre una qualche dimensione utopica che consenta di guardare al non-diritto *ex parte iuris*.

Un primo "capitolo" di cui qui si può solo offrire il "titolo" evoca il tema della "costituzionalità" dello stato d'assedio politico o fittizio in Italia. Tra le due situazioni "pure", la condizione di pace e lo stato di guerra, si viene a creare una situazione giuridica originale, lo stato d'assedio politico o fittizio fondato, appunto, sul "come se". Grazie alla finzione giuridica vediamo sorgere istituti di origine militare ripensati e adattati alla sfera civile. È proprio un diritto-soglia – il diritto militare (tradizionalmente negletto) – a diventare una matrice fondamentale per ri-pensare il diritto in tempo di eccezione⁵⁰.

Nella storia dello Stato liberale il problema della divaricazione tra sistema costituzionale e sotto-sistema penale ordinario è segnato dalle fragilità dello Statuto albertino e del più generale impianto costituzionale che si riverbera sui principi di stretta legalità e di stretta giurisdizionalità. Il *codice penale regna ma non governa* in tutti quelle situazioni e "zone" nelle quali prevale la regola – così ben colta da Santi Romano⁵¹ al principio del nuovo secolo – *Necessitas non habet legem*. La legge formale potrà anche "sanare" il *vulnus* al principio di legalità ma il rapporto tra penale ordinario e penale eccezionale non segna solo la misura della crisi perché è esso stesso, per qualità del fenomeno, densità politica, ripetizione nel tempo, un elemento strutturale del sistema penale *tout court*. Tanto da far pensare che qui la *crisi* non è sinonimo di un momento specifico e delimitato di rottura di equilibri ma è piuttosto una dimensione organica, di sistema, volta a "salvare" formalmente l'impianto del sistema codicistico operando al contempo sul lato della *flessibilizzazione* della risposta repressiva e preventiva.

Questo rapporto si trascina dietro anche alcuni paradigmi di prevenzione *praeter delictum* basati sulla pericolosità del soggetto e su presupposti di mero sospetto contribuendo alla progressiva costruzione della figura dell'*homo criminalis*, ancora prima della riflessione condotta dalla Scuola positiva che ne amplierà fondamenti e orizzonti⁵². La governamentalità liberale – nella tipica

⁵⁰ V. il bel lavoro di A. SIMONIN, *Le déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité, 1791-1958*, Paris, Grasset, 2008. Cfr. G. CALAFAT, *Droit pénal et états d'exception. Entretien avec Anne Simonin*, in *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 20, 1 (2011), *Politiques de l'exception*, pp. 177-197.

⁵¹ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico*, I (1909), ora in *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 287-310.

⁵² D. PETRINI, *Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, cit., pp. 906-908.

forma del doppio livello di legalità – ha trovato qui uno degli spazi di maggiore radicamento e di intervento operativo.

In questo contesto possiamo “isolare”, solo per “titoli”, alcuni tratti tipizzanti⁵³. Il primo, strutturale, si basa – per motivi di “economia”, funzionalità e relativa efficacia – su strategie e pratiche di aggiramento del principio di stretta legalità. I poteri di polizia e le misure di prevenzione seguono, attraverso le leggi di pubblica sicurezza o altre disposizioni speciali, filiere di “amministrativizzazione”⁵⁴ (con blandi controlli giurisdizionali) che, tra infrazione e implementazione, conducono, rapidamente, all’irrogazione di sanzioni penali o “parapenali”⁵⁵. Un secondo tratto definisce una sorta di “regola generale” che consiste nella “regolarizzazione” o “standardizzazione” di misure e provvedimenti in origine “provvisori” e *ad hoc* (l’eccezione diventa regola al ripetersi di determinate condizioni). Le violazioni delle leggi di pubblica sicurezza e dei relativi provvedimenti amministrativi producono spazi nei quali la prevenzione dell’allarme sociale e della pericolosità sfumano, superando la retorica della riserva di legge. E, come è stato giustamente osservato⁵⁶, il confine tra il diritto penale “classico” e il diritto penale amministrativo diventa problematico⁵⁷ e lasco.

Un altro tratto da evidenziare descrive la seguente dinamica: gli istituti preventivi fanno il loro ingresso nel sistema penale italiano avendo come “movente” una situazione emergenziale, quantomeno provvisoria. Tale meccanismo, inoltre, si porta dietro anche la tecnica dell’estensione da una ad un’altra categoria di soggetti pericolosi e sospettati, dal criminale comune al politico o viceversa⁵⁸. La legge Galvagno del 1852 è prototipale nel prevenire e reprimere lo status e le attività di vagabondi, oziosi e sospetti per il furto campestre. La legge del 1 febbraio 1854 e la legge di pubblica sicurezza Rattazzi del 1859 (poi modello per quella del 1865) stabilizzano e in parte modificano le misure preventive. Il domicilio coatto – collegato al reato di brigantaggio – fu introdotto formalmente nel 1863 (benché non fosse sconosciuto, con altri nomi,

⁵³ Per una ricostruzione sintetica v. L. MARTONE, *Le forme giuridiche dell'emergenza penale nelle scelte dei governi del Regno d'Italia*, in ID., *Aspetti del sistema penale liberale e fascista tra leggi speciali e garanzie processuali*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 3 ss.

⁵⁴ «... ed il potere preventivo di stampo assolutista potè varcare i cancelli dello Stato liberale ed esservi accolto come potestà amministrativa» (G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 225).

⁵⁵ Su questa filiera v. M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le ‘zone grigie’ della legalità penale tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 36 (2007), t. I, pp. 743-799.

⁵⁶ *Ivi*.

⁵⁷ T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni fra storia e politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 421 ss.

⁵⁸ PETRINI, *Il sistema di prevenzione personale*, cit., p. 902.

agli stati preunitari⁵⁹), in via temporanea, dalla Legge Pica per poi diventare «il modello delle misure di prevenzione del regno d'Italia ...» applicabile a oziosi e vagabondi, manutengoli, camorristi, “sospetti” per furti di campagna, pascolo abusivo⁶⁰. La legge 4 maggio del 1866 applica la misura del domicilio coatto a coloro che minacciano l'Unità italiana. La legge del 6 luglio 1871 estende tale misura anche ai diffamati per crimini o delitti contro le persone o la proprietà. La legge 3 luglio 1875 n. 294, rivolta alla criminalità mafiosa e con durata annuale, potenzia i poteri per l'ammonizione (che avevano avuto un ampio sviluppo nel regno sabauda), la perquisizione e l'arresto di soggetti falsi e reticenti, attribuendo al ministro degli Interni la competenza per l'invio al domicilio coatto, finendo col «rendere – come ebbe a dire Francesco Crispi critico verso Giuseppe Pisanelli – amministrativo un provvedimento che alcune Corti di cassazione ritengono essere giudiziario, e tutti sanno che i provvedimenti amministrativi mancano non solo di garanzia, ma di quei rimedi legali, che possono temperare la durezza della pena»⁶¹. Ma il Crispi del 1875 è lo stesso uomo politico che, come Presidente del Consiglio, vorrà (insieme al Parlamento) difendere e rafforzare nel 1888 misure, già sperimentate, destinate a diventare permanenti e a trovare definitiva sistematizzazione nella legge di pubblica sicurezza⁶².

Lo Stato amministrativo di polizia del XIX secolo riesce a perpetuare, pur in un contesto diverso, dimensioni governamentali che vengono da più lontano, diventando la struttura *forte* della concezione statalistica dei diritti individuali

⁵⁹ In realtà è da sottolineare come i sistemi di prevenzione personale dell'Ottocento hanno i loro antesignani in un percorso storico di lungo periodo che muove dall'età moderna. Alcune considerazioni in *ibidem*, pp. 894-898.

⁶⁰ MARTONE, *Le forme giuridiche dell'emergenza penale*, cit., p. 6; AMATO, *Individuo e autorità*, cit., pp. 237 ss.; P. BARILE (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Vicenza, Neri Pozza Editore, 1967; I. MEREU, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia “liberale” (1852-1894)*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 197-212; G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 269 ss.; J.A. DAVIS, *Legge e ordine. Autorità e conflitti dal 1790 al 1900*, Milano, F. Angeli, 1989; J.R. BACH, *Liberty and Order. The Theory and Practice of Italian Public Security Policy. 1848 to the Crisis of 1890s*, London, Garland Publishing, 1991; C. GUARNIERI, *L'ordine pubblico e la giustizia penale*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, a cura di R. ROMANELLI, Roma, Donzelli, 1995, pp. 373 ss.; A. FIORI, *Mendicanti, oziosi e vagabondi nella legislazione italiana (1859-1915)*, in *Clio*, XXXIII, n. 1, 1997, p. 128. Sulla proroga e sulla legge Peruzzi del 1864 cfr. P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Napoli, Jovene, 2001, pp. 119 ss. Per una sintesi efficace PETRINI, *Il sistema di prevenzione personale*, cit., pp. 904-905.

⁶¹ Cit. da MARTONE, *Le forme giuridiche dell'emergenza penale*, cit., p. 14.

⁶² Per una approfondita disamina v. L. MARTONE, *La difesa dell'Ordine. Il dibattito parlamentare del 1888 sulla legge di pubblica sicurezza*, in ID., *Aspetti del sistema penale liberale e fascista*, cit., pp. 31-112.

(diritti pubblici subiettivi)⁶³. Certe torsioni dello statualismo liberale potenziano il polo dell'assoggettamento dell'individuo allo Stato/amministrazione. La dimensione del conflitto sociale che attraversa l'Italia (e altri paesi europei) tra Otto e Novecento e il problema del disciplinamento delle dinamiche pluralistiche enfatizzano il problema. La tutela dell'ordine, l'amministrativizzazione delle libertà, le zone grigie che ne derivano (tanto più con il ricorso a strumenti come lo stato d'assedio e a provvedimenti di emergenza) aprono varchi importanti e l'argine dell'autolimitazione non è sempre in grado di tenere il sistema in equilibrio e di garantire le libertà come autentico dominio dell'individuo⁶⁴.

La crisi di fine secolo⁶⁵ con le leggi “anti-anarchiche” del 1894 (che estesero ulteriormente l'uso delle misure preventive verso coloro che minacciavano gli ordinamenti statali), il ricorso allo stato d'assedio e alla giustizia militare, l'intervento di pubblica sicurezza sulle libertà costituzionali fu un vero tornante della storia italiana. Nel febbraio 1899 il tenente generale e senatore del Regno Luigi Pelloux⁶⁶ presentò un disegno di legge contenente quelli che Umberto Levra ha chiamato i «provvedimenti cosacchi»⁶⁷, ovvero un ulteriore *corpus* di interventi repressivi⁶⁸ che “codificavano”, rendendole “permanenti”, le misure emergenziali che in maniera più o meno “temporanea”, erano stati adottate, sin dal 1894⁶⁹, da Crispi, Di Rudinì⁷⁰ e dallo stesso Pelloux (con validità sino al 30 giugno 1899) per contrastare le gravi “emergenze” dell'ordine pubblico: le proteste sociali, lo spettro del sovversivismo, l'anarchia, l'antago-

⁶³ Per una prospettiva di analisi comparata v. P. COSTA, D. ZOLA (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002.

⁶⁴ Sul punto L. LACCHÈ, *Il nome della “libertà”. Tre dimensioni nel secolo della Costituzione*, in *Un secolo per la Costituzione (1848-1948). Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano*, a cura di F. BAMBI, Firenze, Accademia della Crusca, 2012, pp. 29-50.

⁶⁵ Sulle diverse interpretazioni e sulla complessiva discussione storiografica più recente rinvio a G. GUZZALOCA, *Fine secolo. Gli intellettuali italiani e inglesi e la crisi tra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 94 ss.

⁶⁶ Cfr. U. LEVRA, *Il colpo di stato della borghesia. La crisi politica di fine secolo in Italia, 1896/1900*, Milano, Feltrinelli, 1975, pp. 233 ss.

⁶⁷ *Ivi*, p. 299; ID., *Il Parlamento nella crisi di fine secolo*, in *Storia d'Italia, Annali 17, Il Parlamento*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, Einaudi, 2001, p. 181.

⁶⁸ F. COLAO, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento tra «giustizia penale eccezionale» e «repressione necessaria e legale ... nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale»*, in *Quaderni fiorentini*, 36 (2007), t. I, pp. 699-742.

⁶⁹ A. BOLDETTI, *La repressione in Italia: il caso del 1894*, in *Rivista di storia contemporanea*, VI, 1977, pp. 496-513; G. BERTI, *La sovversione anarchica in Italia e la risposta giudiziaria dello Stato (1874-1900)*, in *Quaderni fiorentini*, 38 (2009), I, pp. 594 ss.

⁷⁰ M. BELARDINELLI, *Un esperimento liberal-conservatore: i governi di Rudinì (1896-1898)*, Roma, Editrice Elia, 1976.

nismo politico-sindacale. Le più importanti libertà pubbliche (stampa, riunione, associazione) e i diritti dei lavoratori in alcuni settori strategici (ferrovie, poste, telegrafi) venivano fortemente limitati e ricondotti prevalentemente alla discrezionalità dell'esecutivo. Con questo intervento Pelloux modificava ulteriormente le basi programmatiche del suo governo e ritornava sulla strada più marcatamente "repressiva"⁷¹.

Il progetto di legge tenne a battesimo il fenomeno dell'ostruzionismo parlamentare⁷². Per superare tali resistenze il governo ricorse al decreto-legge liberticida del 22 giugno – in vigore dal 20 luglio – che sarà l'oggetto della celebre sentenza della prima sezione della Corte di cassazione emessa il 20 febbraio 1900. Era una sentenza che "declassava" il decreto del 22 giugno a mero disegno di legge non discusso né approvato dal Parlamento, decaduto inesorabilmente dopo la chiusura anticipata della sessione, privo pertanto di efficacia giuridica e illegittimo nella sua applicazione dopo il 20 luglio 1899⁷³. Studi recenti⁷⁴ hanno confermato l'importanza di questa sentenza per l'esito della crisi: risultato non improvvisato nato da una comunanza di intenti tra alcuni alti magistrati di Cassazione (Tancredi Canonico, Luigi Lucchini) legati a Giolitti e Zanardelli e la politica, non certo esente da errori e contraddizioni, della Sinistra costituzionale per una difesa dei principi liberali legati alle libertà pubbliche e alle garanzie giuridiche⁷⁵.

Di fronte a tutto questo non si può certo dire che la "penalistica" liberale, nelle sue diverse articolazioni, restasse a guardare. La revoca del decreto sulla

⁷¹ LEVRA, *Il colpo di stato della borghesia*, cit., pp. 237 ss. e soprattutto M. DOGLIO, *Pelloux, il ministero dell'interno e la crisi di fine secolo*, in *Nuova rivista storica*, LXI, 3-4 (1977), pp. 307-332.

⁷² Rinvio a L. LACCHÈ, *La lotta per il regolamento: libertà politiche, forma di governo e ostruzionismo parlamentare. Dalle riforme Bonghi al regolamento Villa del 1900*, in *I regolamenti parlamentari nei momenti di "svolta" della storia costituzionale italiana*, numero monografico del *Giornale di storia costituzionale*, 15, I (2008), pp. 31-51.

⁷³ M. MECCARELLI, *La questione dei decreti-legge tra dimensione fattuale e teorica: la sentenza della Corte di Cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 riguardo al R.D. 22 giugno 1899 n. 227*, in *Historia constitucional*, rivista elettronica, www.historiaconstitucional.com, 6, 2005, pp. 263-283; ID., *Fuori dalla società*, cit., pp. 468 ss.

⁷⁴ R. CAMBRIA, *Alle origini del Ministero Zanardelli-Giolitti. L'ordine e la libertà*, in *Nuova Rivista Storica*, LXXIII, 1-2 (1989), I parte, pp. 67-132; LXXIII, 5-6 (1989), II parte, pp. 609-656; LXXIV, 1-2 (1990), III parte, pp. 25-100; M. MALATESTA, *Introduzione*, a *La morte del re e la crisi di fine secolo*, in *Cheiron*, a. XVIII, n. 35-36 (2001), pp. 43-83; P. CARUSI, *I governi Pelloux, Sonnino e le elezioni del giugno 1900*, in *Rassegna storica del Risorgimento*, XC, 3 (2003), pp. 415-441.

⁷⁵ M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., t. II, pp. 848 ss.; ID., *Il diritto penale liberale. La "Rivista penale" di Luigi Lucchini (1874-1900)*, *ivi*, pp. 932 ss., 973-980 (sulla sentenza della Cassazione, pp. 939-940); ID., *Il problema penale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., t. I, pp. 671-677.

pubblica sicurezza e la stampa sembrò poter chiudere la “crisi di fine secolo” e aprire una nuova duratura stagione di cambiamenti capaci di affermare in Italia un regime più solido di diritti e di libertà.

6. *A mo' di epilogo*

Ma, come sappiamo, così non fu. Qui bisognerebbe aprire un altro “capitolo” fondamentale, ovvero quello del rapporto tra l’assetto dell’ordinamento penale dello Stato liberale e la vicenda delle sue trasformazioni durante l’età fascista⁷⁶. Non potendolo fare, vorrei concludere con alcune osservazioni di Piero Calamandrei, utili per cogliere la “fine” di una vicenda ma anche l’apertura di un nuovo quadro storico e concettuale.

Come è noto, il giurista fiorentino, dagli inizi degli anni 1940, iniziò un confronto difficile con quello che era stato il tema della sua vita di studioso, la legalità⁷⁷. Il suo, come per altri, fu un itinerario inevitabilmente tormentato⁷⁸, ben testimoniato dagli scritti di allora⁷⁹, rimasti poi in parte inediti o impiegati frammentariamente all’interno di altri lavori⁸⁰. La «travagliata apologia della legge» di Calamandrei poggiava ancora su una salda “fede nel diritto” che doveva fare i conti con l’allontanamento – basti solo pensare alle orribili leggi razziali – della legge “uguale per tutti” dai canoni di giustizia e di razionalità. Nonostante tutto però il diritto formale sembrava essere l’unico baluardo, pur così indebolito, contro il regno dell’arbitrio e della tirannia. Nel gennaio del 1940, pochi giorni dopo aver tenuto presso la FUCI di Firenze la conferenza *Fede nel diritto*, annotava nel suo Diario, non senza inquietudine, alcune domande:

⁷⁶ Mi limito a segnalare G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Quaderni fiorentini*, 36 (2007), t. II, pp. 983-1005; A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 169 ss.

⁷⁷ P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana, 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 142; ID., *Lungo l’itinerario di Piero Calamandrei*, ora in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, II, Milano, Giuffrè, 2014, p. 37.

⁷⁸ Ben colto, nella sua complessità, da A. GALANTE GARRONE, *Introduzione a P. CALAMANDREI, Diario 1939-1945*, a cura di G. AGOSTI, Firenze, La Nuova Italia, 1982, vol. I, 1939-1941, 27 gennaio 1940, pp. CXXIV ss. «Nel suo pensiero il concetto stesso di legalità era venuto modificandosi, si era arricchito e complicato di altri elementi, non senza qualche oscillazione di giudizio, e aveva finito per cedere il passo ad altri problemi, come quello della giustizia sostanziale delle leggi. Ma è significativo che il tema della legalità, della certezza del diritto come garanzia di libertà, fosse ancora uno dei problemi che più lo assillavano nelle meditazioni di Colcello» (p. CXXXIX).

⁷⁹ La conferenza *Fede nel diritto* è stata pubblicata nel 2008 a cura di S. CALAMANDREI, con saggi di G. ALPA, P. RESCIGNO, G. ZAGREBELSKY, Roma-Bari, Laterza.

⁸⁰ Vedi G. ZAGREBELSKY, *Una travagliata apologia della legge*, in *Fede nel diritto*, cit., pp. 4-5.

Ma siamo poi nel vero a difender la legalità? È proprio vero che per poter riprendere il cammino verso la “giustizia sociale” occorre prima ricostruire lo strumento della legalità e della libertà? Siamo noi i precursori dell’avvenire, o siamo i conservatori di un passato in dissoluzione?⁸¹.

Affiorano dubbi⁸², si intravedono crepe ma il principio di legalità e la certezza del diritto sono passati al vaglio della rigida ideologia giuridica post-illuministica con esito ancora essenzialmente formalistico. Nella entusiastica recensione del 1942 al fortunato libro di Flavio Lopez de Oñate, il giurista fiorentino esalta quel «qualcosa di inviolabile e di sacro»⁸³ che le leggi hanno in sé. La certezza della legge, razionale, generale, astratta, prevedibile, è il baluardo contro l’arbitrio e il giurista ha il compito di difenderne l’alto messaggio. Di fronte alla legge che ripugna il giurista non può attuare il “sabotaggio”.

Questa azione sovvertitrice delle leggi, che può avere la sua moralità e la sua funzione storica, non è la moralità del giurista; il quale, anche quando il contenuto della legge gli fa orrore, sa che nel rispettarla e nel farla rispettare quale essa è, anche se iniqua, si riafferma quell’ideale di uguaglianza e di reciprocità umana che vivifica e riscalda l’apparente rigidezza del sistema della legalità⁸⁴.

Le leggi razziali del 1938 – comunque le si volesse definire – ponevano gravi interrogativi⁸⁵. Tra l’ottobre del 1943 e il giugno 1944, nel rifugio di Colcello in Umbria, Calamandrei progetta di scrivere un libro sulla legalità. L’opera non vedrà la luce, ma in *La crisi della legalità*, pubblicato nel dicembre del 1944⁸⁶, il Nostro mette a confronto nazionalsocialismo e fascismo di

⁸¹ CALAMANDREI, *Diario 1939-1945*, cit., vol. I, 1939-1941, 27 gennaio 1940, p. 129.

⁸² Anche sul piano esistenziale nel rifugio di Colcello, su cui v. S. LUZZATTO, *Introduzione* a P. CALAMANDREI, *Uomini e città della Resistenza*, prefazione di C.A. CIAMPI, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. XIII ss.

⁸³ *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, Napoli, Morano, 1968, vol. I, p. 508. Basta leggere, in contrappunto, solo la conferenza messicana del 1952 su *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, *ibidem*, pp. 646 ss., per cogliere la profonda trasformazione del paradigma “sillogistico” nel pensiero di Calamandrei.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 511.

⁸⁵ Sul complesso itinerario di Calamandrei v. GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., pp. 142 ss.; ID., *Lungo l’itinerario di Piero Calamandrei*, cit., p. 41.

⁸⁶ Nel settimanale di politica e letteratura *La nuova Europa* diretto da Guido de Ruggiero e Luigi Salvatorelli, 4, 31 dicembre 1944, ora in *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, con un saggio introduttivo di P. BARILE, Firenze, Vallecchi, 1995, pp. 15-27. Calamandrei tornò sul tema anche nel 1945 in una conversazione alla Radio di Firenze, trascritta e pubblicata

fronte alla comune distruzione dei meccanismi dello Stato rappresentativo sottolineando che «... i metodi sono stati diversi: il nazismo, con aperta e conseguenzialità improntitudine, ha distrutto la legalità; il fascismo, nella sua pacchiana pretesa di machiavellismo, ha preferito *falsificarla*»⁸⁷. Il regime fascista, “falsificatore della legalità”, è stato dunque un regime a doppio fondo, un regime dell'*illegalismo di Stato*⁸⁸. Nel 1944 Calamandrei, già nominato Rettore nel luglio del 1943, riprenderà a Firenze l'attività didattica con un corso di diritto costituzionale, partendo proprio dagli *Appunti sul concetto di legalità*⁸⁹.

Una parte ulteriore di questi materiali, inediti, è stata pubblicata nel 2013⁹⁰. Nella sezione intitolata *Libertà e legalità*⁹¹ il professore fiorentino pone come strategico il tema della rigidità costituzionale per svelare l'inadeguatezza della legge suprema e per non ricadere, scrive, in

[...] quello che, attraverso la Costituzione flessibile, è avvenuto in Italia durante il fascismo: dalla marcia su Roma fino alle leggi razziali, si sono avute nel periodo fascista una serie di leggi che gradualmente hanno soppresso i diritti di libertà e l'uguaglianza dei cittadini. I costituzionalisti di tutto questo non hanno potuto scandalizzarsi, perché hanno insegnato costantemente che nel nostro sistema lo Statuto è una legge come tutte le altre, che si può modificare come qualsiasi altra legge...⁹².

L'illegalità come regime lo porta ora a dire che

Durante il ventennio fascista la legalità non è stata rispettata né nel primo senso né nel secondo. Il regime si può qualificare come il regime dell'illegalismo, sia in quanto i modi con cui sono state formulate le leggi sono stati tali da screditare ogni serietà e da far venire meno ogni consenso, sia in quanto le leggi nella loro applicazione sono state

in P. CALAMANDREI, *Questo era il fascismo*, venti conferenze alla Radio di Firenze, Firenze, L'Impronta, 1945, pp. 35-40. Un passo è citato in P. CALAMANDREI, *Costituzione e leggi di Antigone. Scritti e discorsi politici*, Firenze, La Nuova Italia, 1996, p. 3.

⁸⁷ P. CALAMANDREI, *La crisi della legalità*, in *Costruire la democrazia*, cit., p. 20. Riprenderà questa distinzione nel 1948: *La funzione parlamentare sotto il fascismo*, in *Scritti e discorsi politici*, vol. II. *Discorsi parlamentari e di politica costituzionale*, Firenze, La Nuova Italia, 1966, in particolare pp. 327-332.

⁸⁸ E. FRAENKEL introdusse nel 1941 (*The dual State*) la teoria, riferita però alla Germania nazionalsocialista, del doppio Stato: *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Torino, Einaudi, 1983.

⁸⁹ In *Opere giuridiche*, Morano, Napoli, 1968, vol. III, pp. 51-126.

⁹⁰ P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, Nota editoriale di S. CALAMANDREI, Roma-Bari, Laterza, 2013.

⁹¹ Ora pubblicate nel volumetto *Non c'è libertà senza legalità*, cit.

⁹² *Ivi*, p. 30.

trasgredite, beffate, raggirate. Il ventennio fascista segna in maniera paradigmatica questo progressivo indebolirsi, sgretolarsi, fiaccarsi del senso di legalità, dell'autorità della legge⁹³.

Negli anni seguenti questa maturazione avrà modo di dispiegarsi appieno nel Calamandrei⁹⁴ costituente e uomo politico, pubblicista, avvocato⁹⁵. Formidabile, addirittura, l'arringa da lui pronunciata il 30 marzo 1956 davanti al Tribunale penale di Palermo nella difesa di Danilo Dolci. Per cogliere la novità assoluta della Costituzione e dei suoi valori, Calamandrei si rivolge ai giudici la cui funzione – in un'epoca di profonde trasformazioni sociali, economiche, politiche – «meglio che quella di difendere una legalità decrepita, è quella di creare gradualmente la nuova legalità promessa dalla Costituzione»⁹⁶.

Nei primi anni Quaranta la visione di Calamandrei – e con lui di altri liberali – è reattiva verso le più gravi derive della giustizia sovietica e nazista, ma essa lo è di meno – segnata com'è ancora dalla cultura del formalismo legalistico – nei confronti del *vizio occulto* del principio di legalità che il fascismo aveva ricevuto, come utile eredità, dallo Stato liberale. Rimanevano ancora fuori i temi *strutturali* che avevano caratterizzato, nel bene e nel male, la storia italiana dallo Stato liberale allo Stato fascista. Proprio questo passaggio non veniva messo sotto la lente di ingrandimento⁹⁷ e l'enfatizzazione del fascismo come regime del raggirio, dell'illegalismo, delle leggi a doppio fondo mostrava i fenomeni più pronunciati, pacchiani, ma non l'intero quadro.

⁹³ *Ivi*, p. 46.

⁹⁴ Su giustizia sostanziale e complessità del giudizio in Calamandrei v. N. TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande Maestro*, a cura di P. BARILE, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 101-128.

⁹⁵ GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, cit., pp. 43 ss.; ZAGREBELSKY, *Una travagliata apologia della legge*, cit., pp. 20-23.

⁹⁶ In D. DOLCI, *Processo all'articolo 4*, postfazione di P. BENEDEUCE, Palermo, Sellerio, 2011, p. 308. Poche settimane dopo, il 23 aprile, Piero Calamandrei partecipò alla prima udienza della Corte costituzionale come capofila di un gruppo di professori e di avvocati chiamati a difendere, in altro modo, la Costituzione. Della formidabile squadra facevano parte Giuliano Vassalli, Achille Battaglia, Federico Comandini, Costantino Mortati, Vezio Crisafulli, Massimo Severo Giannini, Francesco Mazzei. Ce lo ricorda G. VASSALLI, *Testimonianza*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 11, I (2006), pp. 56-58.

⁹⁷ Su questo aspetto rinvio a M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., t. II, pp. 1001-1034; L. LACCHÈ, «Sistemare il terreno e sgombrare le macerie». *Gli anni della "costituzione provvisoria": alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947)*, in L. GARLATI (a cura di), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 271-304.

Talune questioni legate alla governamentalità liberale, ai livelli di legalità, alle zone grigie, agli ambiti di differenziazione del sistema penale, alle emergenze, all'inconscio inquisitorio, non sarebbero infatti cadute, da sole, con la fine del fascismo. Una parte di questa eredità vischiosa sarebbe passata – come “tratto permanente”⁹⁸ – alla nuova fase democratica e costituzionale dello Stato italiano e malgrado il progressivo innalzamento dell'architrave al livello della Costituzione e lo sforzo pluridecennale dei “carpentieri”, la legalità penale non avrebbe allontanato da sé il tema costruttivo/decostruttivo della crisi.

Ma qui ci dobbiamo arrestare perché, come si suol dire, «questa è un'altra storia».

⁹⁸ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., t. I, pp. 649 ss.; ID., *Il problema penale*, *ivi*, pp. 695 ss.

MAURO BARBERIS *

UN'ALTRA LEGALITÀ ESISTE. BREVE STORIA DEL PRECEDENTE GIUDIZIALE

«Precedent is a Jewish mother. You don't have to do what it tells you, but it makes you to feel terrible about non doing it» (Stephen Sedley)

SOMMARIO: 1. Una definizione preliminare. – 2. L'emersione di DPG. – 3. DPG: formulazioni dottrinali. – 4. DPG: emersioni istituzionali. – 5. Le estensioni statunitensi di DPG. – 6. Critiche utilitariste. – 7. Critiche giusrealiste. – 8. Critiche postmoderniste. – 9. Trasfigurazioni. – 10. Morali della storia.

C'è un modo di pensare comune, oggi screditato nelle scienze naturali ma ancora prevalente nel diritto: questa provincia della cultura dove le notizie dalla capitale arrivano sempre tardi. Friedrich Hayek lo chiama costruttivismo (*constructivism*)¹: denominazione infelice, perché comunemente usata per una dottrina piuttosto diversa, cioè la metaetica sostenuta paradigmaticamente da John Rawls. Qui chiamerò questo modo di pensare *creazionismo*: ma avvertendo subito il lettore che *de te fabula narratur*.

Nella tradizione giuridica occidentale, infatti, almeno a partire dalla codificazione, se non dal diritto romano imperiale, si tratta di un'autentica *received view*: un senso comune condiviso, credo, anche dalla maggioranza dei miei lettori. Nulla di strano, del resto. Quanto si chiama senso comune, infatti, spesso è solo quel che resta di teorie scientifiche superate².

Chiamerò *creazionismo giuridico*, allora, la teoria del diritto oggi più diffusa: un mix di positivismo e di realismo giuridico (continentale)³, che concepì

* Ordinario di Filosofia del diritto presso il IUSLIT di Trieste, barberis@units.it.

¹ Cfr. F. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, London, Routledge, 1982.

² Cfr. A. GARGANI, *Il sapere senza fondamenti. La condotta intellettuale come strutturazione dell'esperienza comune*, Torino, Einaudi, 1975.

³ Si parla qui del positivismo giuridico chiamato da Norberto Bobbio e Carlos Nino *teorico*:

sce il diritto come legislazione, l'interpretazione come parassitaria di questa, e il *common law* come un'eccentricità inglese, tipo la caccia alla volpe⁴.

Invece, il diritto anglo-americano, con la sua dottrina del precedente giudiziale (d'ora in poi DPG) e la sua propria legalità (il *rule of law*), rappresenta un controesempio inaggrabile al creazionismo giuridico: qualcosa che i giuristi continentali dovrebbero tenere in conto non solo per costruire teorie più generali, ma per capire qualcosa di più su se stessi. Questa breve storia di DPG si snoda in quattro tappe: la lunga incubazione nella pratica, la formulazione della dottrina fra Sette e Ottocento, la caduta fra Otto e Novecento, le trasfigurazioni contemporanee.

1. Una definizione preliminare

Sul precedente c'è una letteratura immensa, dottrinale, storica e comparatistica; molto minori, invece, i contributi teorici. E si capisce. Il tema era estraneo non solo alla *allgemeine Rechtslehre* continentale ma anche alla *general jurisprudence* utilitarista: il cui principale obiettivo non era studiare il *common law* bensì eliminarlo, sostituendolo con la codificazione⁵.

Persino oggi, le uniche eccezioni a questa vera e propria perdita del problema (ted. *Problemsverlust*) sembrano teorie costruite a partire da dati storici e comparatistici, come la classica teoria delle fonti di Alf Ross (cfr. questa stessa sezione *in fine*), oppure affermazioni relativamente isolate di teorici anglo-americani. Si pensi solo al *hapax legomenon* di Joseph Raz secondo cui si può perfettamente concepire un diritto senza legislazione, ma non uno senza giurisdizione⁶.

In effetti, se si persegue una teoria del diritto certo non universale, ma più generale della *received view* – una teoria non più basata sulla legislazione e dunque non creazionista⁷ – precedente e DPG non si possono più ignorare.

non del giuspositivismo *ideologico*, divenuto impresentabile dopo Auschwitz, né del giuspositivismo *metodoogico*, forse ancora sostenibile per la teoria del diritto ma certo non per la dottrina.

⁴ Per “common law” si possono intendere tre cose diverse, a seconda degli antonimi dell'espressione: per opposizione a “civil law”, la cultura o la famiglia dei sistemi giuridici anglo-americani; per opposizione a “statute law”, i precedenti giudiziari più DPG, come vedremo; per opposizione a “equity”, la parte del diritto giudiziale inglese unificata con l'*equity* dai *Judicature acts* (1873-1875).

⁵ In base alla lettura classica fornita da G.J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon, 1986.

⁶ Cfr. J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 105: «the existence of norm-creating institutions though characteristic of modern legal systems is not a necessary feature of all legal systems, but [...] the existence of certain types of norms-applying institutions is».

⁷ Una teoria *universale* del diritto dovrebbe dar conto del diritto in senso latissimo (feno-

Né si può ridurre il *common law* a *judge made law* o, peggio, a legislazione giudiziale: che è poi la strategia di immunizzazione contro le obiezioni dei *common lawyers* inaugurata da Thomas Hobbes e poi impiegata sistematicamente da Jeremy Bentham⁸.

Non foss'altro per indicare le tappe principali della storia di DPG, tuttavia, occorre prima fornire una definizione teorica del precedente, per quanto generica e provvisoria. Impresa apparentemente disperata, perché per fornirla si dovrebbero prima definire tutte le nozioni usate nel *definiens* del *definiendum*: ciò che produrrebbe una sorta di regresso all'infinito.

Se questo contributo si proponesse solo obiettivi teorici, in effetti, sarei costretto ad analizzare una buona dozzina di nozioni nei termini delle quali il precedente viene normalmente definito: pratica, consuetudine, convenzione, regola, principio, dottrina, argomento, ragione, interpretazione, applicazione, giurisprudenza, stile⁹ ... Qui, invece, potrò solo fare due cose molto diverse.

Intanto, assumerò che la nozione di precedente sia primitiva, e comunque non meno fondamentale di tutte quelle appena menzionate: le quali, comunque, concorrono a delimitare il suo campo semantico. Poi, adottando la distinzione chiarificatrice di John Gardner fra *statute law*, *customary law* e *case law*¹⁰, offrirò una definizione teorica del precedente, e quindi anche di DPG.

Un precedente giudiziale è la decisione di un caso concreto da parte di un giudice, invocata da un altro giudice come ragione per decidere un caso ulteriore¹¹. Nel *common law* ciò avviene in base alla *doctrine* giudiziale dello *stare*

meni come l'*halakha* ebraico, la *shari'a* islamica, il *viavara* indù, il *fa* cinese, ecc.) finendo peraltro per risultare disperatamente astratta, proprio come le definizioni del diritto in senso ampio fornite dalla *jurisprudence* e dalla *allgemeine Rechtslehre* positiviste. Una teoria semplicemente (più) *generale* di quella ricevuta, invece, può concentrarsi sul diritto in senso stretto e parlare di istituzioni come famiglia, testamento, proprietà, contratto, responsabilità civile e penale, comuni a *civil law* e *common law*. Su tutto questo, cfr. almeno H. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*, Cambridge, Cambridge U. P., 1983; P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford, Oxford U.P., 2000; M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2008, cap. 2.

⁸ Cfr., classicamente, A.W.B. SIMPSON, *The Common Law and Legal Theory*, in ID., (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second series, Oxford, Oxford U. P., 1973, p. 86: sarebbe «merely misleading» parlare di legislazione giudiziale. Sul punto la teoria di Bentham, se non tutta la linea di pensiero che inizia con Hobbes, viene eccezionalmente criticata da Austin, che almeno aveva praticato il *common law* come avvocato, come vedremo più avanti.

⁹ E ancora non basterebbe, perché a un livello filosofico più profondo il tema del precedente è connesso a concetti anche più astratti, fra i quali: identità, differenza, contraddizione, ripetizione, reciprocità, aspettative tanto conoscitive quanto normative (*ex facto oritur ius*), l'idea wittgensteiniana di seguire una regola, la teoria di Hayek della *primacy of abstract*, eccetera eccetera.

¹⁰ Cfr. J. GARDNER, *Some Types of Law* in D.E. EDLIN (a cura di), *Common Law Theory*, Cambridge, Cambridge U.P., 2007, pp. 51-77.

¹¹ Si tratta di definizione teorico-generale, valida tanto per il *common law* quanto per il *civil*

decisis (e *quieta non movere*, e *mota quietare*), non vigente nel *civil law*: dove invece invocare un precedente, ma anche un'intera giurisprudenza, non basta per motivare una decisione giudiziale¹².

Eppure, nel diritto continentale la giurisprudenza è persino più decisiva – benché solo come complemento, e non come alternativa alla legislazione – per l'interpretazione della legge: questa sarebbe gravemente indeterminata senza qualcosa come una *jurisprudence constante*. Nei termini della distinzione di Gardner, allora, *common law* e *civil law* potrebbero distinguersi così.

Il *common law* è solo un insieme di decisioni giudiziali concrete (*case law*) più la consuetudine (*customary law*) di seguirle (di seguirne almeno una): una consuetudine (ossia una pratica, più la convinzione di doverla seguire) certo antica, ma dichiarata vincolante solo nel diciannovesimo secolo, come risposta alla sfida della codificazione continentale. Il *common law*, dunque, è un mix di *case law* e di *customary law*, di decisioni giudiziali prodotte intenzionalmente più i loro effetti non intenzionali.

Il *civil law*, e anche lo *statute law* inglese e nordamericano, per contro, è sì *legislative law*, prodotto intenzionalmente come il *case law*, ma presenta un aspetto non intenzionale che lo collega alle altre forme di diritto: l'interpretazione. La legge è interpretata, semplificando molto, più seguendo la giurisprudenza che l'intenzione del legislatore; la stessa *statutory interpretation* di *common law* produce interpretazioni che diventano a loro volta precedenti.

Si potrebbe riassumere tutto ciò combinando la classica teoria delle fonti di Alf Ross con l'idea di Ronald Dworkin che i giudici siano la capitale dell'impero del diritto¹³: per non parlare della già menzionata osservazione di Raz che può darsi diritto senza legislazione, ma non senza giurisdizione. In Occidente, i giudici hanno sempre agito con l'intenzione prevalente di rendere giustizia fra le parti: eppure, o forse proprio per questo, hanno sempre prodotto diritto, in modo più o meno non intenzionale.

Il diritto prodotto dai giudici con l'intenzione di rendere giustizia è stato

law, più precisa di quella fornita da L. MORAL SORIANO, *Il precedente giudiziale*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 17 («toda decisión judicial anterior relevante para la solución de casos futuros»), e che cerca di catturare l'essenziale del modello fornito da P. CHIASSONI, *The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction*, in *On the Philosophy of Precedent*, ed. by T. BUSTAMANTE, C. BERNAL PULIDO, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2012, pp. 13-33.

¹² Il precedente è unico ed esemplato sul fatto concreto, la giurisprudenza è plurima e formata da decisioni coerenti fra loro (*jurisprudence constante*) o più o meno incoerenti: cfr. M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, pp. 709 ss. Sulla differenza essenziale fra *common law* e *civil law* – il fatto che nel secondo non si possa motivare una decisione solo in base a un precedente – cfr. almeno M. TROPER, *La forza dei precedenti e gli effetti perversi nel diritto*, in *Ragion pratica*, 6, 1996, pp. 65 e 73.

¹³ Cfr. A. ROSS, *On Law and Justice* (1952), London, Stevens, 1958, e R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard U.P., 1986.

progressivamente limitato da materiali giuridici che i giuristi contemporanei chiamano fonti del diritto: consuetudini, ragione o tradizione, diritto naturale, legislazione, costituzione, trattati internazionali ... Fra tali materiali, peraltro, il precedente gioca un ruolo centrale.

2. *L'emersione di DPG*

Quando si ripete, circa il *common law*, il vecchio *topos* di Friedrich Savigny secondo cui il diritto nasce dalle consuetudini, si dimentica che queste giocano un doppio ruolo. Uno è genetico, e viene affrontato in questa sezione: il *common law* origina da consuetudini selezionate come giuridiche dai giudici. Un altro ruolo è giustificativo, e verrà trattato nelle sezioni seguenti: la stessa DPG è solo una consuetudine, prodotta ma non creata dai giudici, che è poi la ragione per cui *non* si tratta di legislazione giudiziale.

DPG, in particolare, presenta due tratti caratteristici delle consuetudini: quanto al *contenuto*, seguire precedenti comincia come una mera pratica che poi si trasforma lentamente in vincolante; quanto alla *forma*, i precedenti, e la stessa DPG, hanno formulazione dichiarativa (non canonica), e non costitutiva (canonica)¹⁴.

Il primo ruolo delle consuetudini, genetico, consistette nel fornire ai giudici lo stesso diritto da applicare, anche grazie all'istituto della giuria, depositaria delle consuetudini della comunità. Secondo la sua dottrina classica, sulla quale tornerò nella prossima sezione, il *common law* sarebbe appunto l'insieme coerente delle consuetudini inglesi generali: ossia non locali, bensì proprie di tutto il Regno d'Inghilterra.

Di fatto, i giudici dei re normanni, originariamente itineranti, raccolsero le consuetudini inglesi con il contributo decisivo delle *juries* locali. Erano i giurati, come *peer* dei litiganti o dell'accusato, che conoscevano le consuetudini locali, di origine sassone, danese o celtica. I giurati, non i giudici, conoscevano il fatto concreto, vero nucleo del processo di *common law* e forse di qualsiasi processo, e gli applicavano il diritto¹⁵. I giudici, invece, potevano non avere alcuna formazione giuridica, e la loro funzione principale era conferire alla decisione il sigillo dell'autorità sovrana.

¹⁴ Cfr., paradigmaticamente, R. CROSS, *Precedent in English Law* (1968), Oxford, Clarendon, 1977, p. 33.

¹⁵ Come si dirà più avanti, vi sono decisioni giudiziali formate solo dalla ricostruzione del fatto, e la cui motivazione, la *ratio decidendi*, dev'essere inferita dagli stessi fatti: cfr. G. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence* (part I), in *Oxford University Common Law Journal*, 2/2, 2002, p. 159.

Quando i giudici si trasferirono a Westminster, così, si era già formato un *corpus* di decisioni chiamato *common law*. Secoli dopo, John Austin scriverà che le consuetudini divengono giuridiche proprio in virtù della loro applicazione giudiziale¹⁶. In realtà, furono le giurie prima e poi le corti a raccogliere e selezionare le consuetudini, trasformandole in giuridiche.

In una società ancora agricola e in una cultura prevalentemente orale, le *customs* avevano a che fare soprattutto con la proprietà terriera: la stessa istituzione da cui origina il *ius* romano e tutto il diritto occidentale. Le decisioni venivano sommariamente registrate da studenti di diritto, più per imparare il mestiere di avvocato che per conservarle: gli *Yearbooks* successivi riportavano solo esempi del diritto in vigore, documentazione scritta di un diritto non scritto.

Il *common law* era e resta, in effetti, un diritto particolaristico – ossia, al contempo, casistico e olistico – con tutti i rischi di arbitrio che ciò comporta¹⁷. Le decisioni *uti singulae* sono sempre *ad hoc*, intenzionalmente orientate alla soluzione del caso: eppure, non sono isolate l'una dall'altra. Al contrario, esse formano, *uti universae*, un tutto che dovrebbe essere coerente: benché tale coerenza, come dice Raz del sistema giuridico in generale, non possa essere totale ma solo parziale.

Persino perseguire questo modesto ideale, tuttavia, avrebbe continuato a essere una chimera sinché seguire i precedenti rimase una mera pratica, giustificata solo dall'autorità del passato e spiegata dalla comodità di riferirsi a decisioni già adottate da altri. Di fatto, non vi sono troppi dubbi che, per mezzo millennio, il *common law* fu mero *case law*, senza DPG.

La situazione non era troppo differente sul Continente, nello stesso periodo. Pure in Francia si applicavano *coutumes* e persino leggi, quando regolavano specificamente il caso, e almeno sinché le stesse *coutumes* non furono messe per iscritto e così trasformate in fonti soggette alla legge. Non è del tutto infondata, dunque, l'analogia tracciata da Gino Gorla fra *common law* e *ius commune*¹⁸: benché occulti due grandi differenze.

Primo, il *ius commune* in vigore nel sud della Francia discendeva dal diritto romano ed era stato riformulato da giuristi universitari: non era autoctono né prodotto dai giudici. Secondo, la tradizione romano-imperiale, le dottrine della sovranità e forse ancor più la menzionata redazione per iscritto delle *coutu-*

¹⁶ Cfr. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), London, Weidenfeld and Nicolson, 1954, pp. 30-32.

¹⁷ Sul particolarismo etico in campo giuridico, cfr. H. BOUVIER, *Particularismo y derecho. Un abordaje post-positivista en el ambito practico*, Madrid, Marcial Pons, 2012, in campo politico M. CUONO, *Decidere caso per caso. Figure del potere arbitrario*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

¹⁸ Cfr. almeno, sin dal titolo, i saggi raccolti in G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981.

mes produssero la concezione legislativa del diritto chiamata, in questo lavoro, creazionismo giuridico. Come un dio ha creato il mondo così il legislatore crea il diritto: persino quando questo ha origini chiaramente consuetudinarie.

3. DPG: formulazioni dottrinali

La parola “dottrina” presenta almeno tre significati, dal più generico al più specifico. In un *primo* senso, etimologico, “dottrina” indica qualsiasi discorso abbastanza articolato e ordinato da permetterne l’insegnamento (lat. *docere*); *dottrina* per antonomasia, nel diritto continentale, è ovviamente la dogmatica o scienza giuridica, sviluppata soprattutto nelle università.

In un *secondo* senso, d’altra parte, “dottrina” indica tesi dogmatiche o postulati politici come la separazione dei poteri, la tipicità dell’illecito o lo Stato di diritto: ossia dottrine formulate dai giuristi non tanto per conoscere il diritto quanto per inferirne norme¹⁹. In un *terzo* senso, infine, “dottrina”, calco dell’inglese “doctrine”, indica massime, principi e standard enunciati dai giudici di *common law* nelle loro decisioni.

DPG è una *doctrine* appunto in questo terzo significato, giudiziale e non dottrinale. La sua adozione ufficiale da parte delle corti inglesi, tuttavia, fu preceduta da una lunga tradizione dottrinale in entrambi gli altri due significati di “dottrina”, benché con le peculiarità della cultura di *common law*. In particolare, questa tradizione si sviluppò fuori dalle Università (Oxford e Cambridge), ed essenzialmente a opera di giudici.

Per inciso, questa tradizione si intreccia, se non si identifica, con l’altra tradizione che, a partire dal ventesimo secolo, si chiama retrospettivamente *constitutionalism*. In assenza di costituzione scritta, e di fronte a *Bills* o dichiarazioni dei diritti con forza di legge ordinaria, quindi sempre revocabili dal Parlamento, il *common law* gioca anche un ruolo costituzionale: garantire gli immemorabili *rights* degli inglesi²⁰.

Lo sviluppo di una dottrina (nel primo senso) di *common law*, che risale almeno all’opera di Henry Bracton, accelera di fronte ai tentativi, già evidenti in epoca Tudor e perseguiti dichiaratamente dalla dinastia scozzese degli

¹⁹ Questo il senso nel quale usa la locuzione “tesi dogmatiche” R. GUASTINI, *Distinguendo ancora*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 36-38.

²⁰ Tutto ciò è già chiaro in M. HALE, *The History of the Common Law of England* (1713), ed. by C.M. GRAY, Chicago, University of Chicago Press, 1971, pp. 30: «[the common law is] the complection and the constitution of English Commonwealth». Ma tutto ciò è ancora ovvio in A. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), London, MacMillan, 1915: la classica teorizzazione, al contempo, delle dottrine (nel secondo senso) della *sovereignty of Parliament* e del *rule of law*.

Stuart, di applicare anche in Inghilterra le dottrine (nel secondo senso) della sovranità elaborate dai legisti al servizio del re di Francia. Fu la reazione dei *common lawyers* schierati con il Parlamento nella contesa che lo oppose a Giacomo I a coagulare la cosiddetta dottrina classica del *common law*²¹.

Incidentalmente, si potrebbe aggiungere che solo chi ignorasse il ruolo ausiliario e rimediabile giocato dallo *statute law* rispetto al *common law* nella tradizione britannica potrebbe considerare strana questa alleanza fra *common lawyers* e parlamentari. Di fatto, a quei tempi, la legislazione era ancora percepita più come una prerogativa del monarca che come un atto del Parlamento.

Reagendo alle teorizzazioni assolutiste dello stesso Giacomo I, il cui presupposto era già una concezione creazionista del diritto come legislazione, autori abbastanza differenti fra loro come Edward Coke, John Selden e Matthew Hale espressero la dottrina classica del *common law* usando due ingredienti, entrambi tradizionali, anti-legislativi e solo apparentemente antinomici: consuetudini e ragione²².

Sono abbastanza conosciute, almeno dal *Dialogue between a Philosopher and a Student* (1681) di Hobbes, le teorizzazioni di Coke sulla *artificial reason* dei *common lawyers*, in opposizione alla *natural reason* del sovrano e dei suoi funzionari. Meno conosciuta è la terza posizione di Hale: si dovrebbe confidare in un'altra *natural reason*, quella di casuisti, docenti, filosofi morali e dei politici ispirati da costoro²³.

Torniamo alla consuetudine, ma avvertendo che, nella dottrina classica del *common law*, il giudice la formula in riferimento al caso concreto. Alla consuetudine si riferisce la famosa sezione 39 della *Magna Charta* (1215), che proibisce di privare i sudditi del re d'Inghilterra di «libertatibus vel liberis consuetudinibus suis». Si pensi anche al titolo dell'opera di Bracton *De legibus et consuetudinibus Angliae* (s. d., ma prima del 1235).

²¹ Cfr. G. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence* (part I), in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 2, 2002, pp. 155-180 e ID., *Classical Common Law Jurisprudence* (part II), in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 3, 2003, pp. 1-28.

²² Come già dice Coke nel famoso *Calvin's Case* (1608), in caso di silenzio della legge il caso si considera regolato *moribus et consuetudinibus*, e in assenza pure di queste dalla *ratio*. In effetti, era comune la idea che la funzione era usare consuetudini e precedenti solo dopo aver filtrato entrambi per mezzo della ragione. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence* (part I), cit., n. 21, p. 176, osserva che «Common law jurisprudence was built on two complementary and interdependent notions: custom and reason». Ricordo appena che la teoria delle fonti di Ross assimila *custom e reason* – prima tappa nell'evoluzione dei materiali giuridici che limitano la *discretion* del giudice – sotto il concetto di tradizione.

²³ In effetti, nelle sue *Reflexions of the Chief Justice Hale on Mr Hobbes Dialogue of the Law* (postumo, 1835), Hale osserva che si deve confidare nella *natural reason* «of casuists, schoolmen, moral philosophers' and political actors trained by them» (W. HOLDSWORTH, *A History of English Law* (1903-1966), Methuen, London, 1956, vol. 5, p. 503).

A partire da tale titolo si può analogamente ipotizzare che la *lex terrae*, la *law of the land* degli inglesi, fosse rappresentata da leggi e consuetudini: espressione che suonerà ancora come un'endiadi in Hale, secoli dopo. Il *common law*, per la sua continuità storica, è sempre lo stesso diritto, come la nave di Teseo è sempre la stessa nave nonostante il cambiamento delle sue parti, ma presenta due forme: una scritta, la legge, l'altra non scritta, la consuetudine²⁴.

Si può ben immaginare che i giudici, in assenza di qualsiasi obbligo di motivazione, abbiano detto di applicare un diritto preesistente alle loro decisioni: il *common law*, consistente appunto nelle leggi regie e nelle consuetudini inglesi. Tuttavia, e di fatto, lo stesso diritto non scritto viene formulato verbalmente solo nel processo, a fronte di un caso controverso.

Proprio per questo Austin dirà che le consuetudini appartengono alla morale positiva – la sua grande invenzione teorica – sinché i sudditi le rispettano tacitamente, mentre appartengono al diritto positivo quando vengono applicate al caso concreto e conseguentemente formulate verbalmente dalle corti. Solo in relazione al caso giudiziale, in effetti, una mera consuetudine sociale si trasforma in norma giuridica: quella strana norma giuridica che è il precedente.

Comunque sia, la dottrina dello *stare decisis*, quasi assente nelle formulazioni giudiziali e nelle loro estensioni dottrinali del secolo XVII, emerge faticosamente nei due maggiori autori del secolo successivo, naturalmente entrambi giudici. Il *primo* giudice deve la sua fama quasi esclusivamente al fatto di essere stato anche il primo docente universitario di diritto inglese in Inghilterra: William Blackstone.

Egli stabilisce per un secolo l'ortodossia giuridica affermando che «it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation». Un corollario dell'ortodossia, peraltro, era che il precedente dovesse essere seguito salvo fosse «manifestly unjust and absurd»; per inciso, che la decisione ingiusta e/o assurda non fosse «bad law, but that was no law»²⁵ diverrà due secoli dopo, in pagine notissime ma un po' *parochial* di Herbert Hart, il paradigma del giusnaturalismo di tutti i tempi e tutti i luoghi.

Il *secondo* giudice fu William Murray, primo Earl of Mansfield, il magistrato di maggiore autorità del diciottesimo secolo: l'oracolo giuridico di cui il

²⁴ Cfr. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence* (part. I), cit. n. 21, p. 174, dove si cita il seguente passaggio della *History of Common Law of England* (1713, ma scritta dopo la restaurazione degli Stuart) di Hale: gli stessi *Acts of Parliament* sarebbero «as it were incorporated thereinto, and become a part of common law».

²⁵ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon, 1765-1769, vol. I, p. 67: la tesi su cui è esemplata la definizione del giusnaturalismo in termini di connessione necessaria fra diritto e morale resa da Hart, e che solo per questo fa ancora correre fiumi d'inchiostro.

giovane Bentham non perdeva un'udienza, mentre di Blackstone seguì sì e no tre lezioni, sufficienti a considerarlo un pomposo idiota, e comunque la sua bestia nera dal *Comment on the Commentaries* (iniziato nel 1777) in avanti.

Mansfield scrisse esattamente che «precedent, though it be the evidence of law, is not law itself, much less the whole of the law»²⁶. Fu lo stesso Mansfield a sostenere che il *common law* «does not consist in particular cases, but in general principles, which run through the cases, and govern the decisions of them»²⁷. E fu sempre Mansfield, infine, che introdusse la cruciale ma controversa distinzione fra *ratio decidendi* e *obiter dictum*, sulla quale dovrò tornare ancora.

4. DPG: emersioni istituzionali

La dottrina dello *stare decisis*, sinché formulata nel secolo XVIII da Blackstone e Mansfield²⁸, non era ancora istituzionalizzata, ossia formulata e accettata dalle istituzioni giudiziali supreme del Regno Unito. I giudici itineranti dei re normanni si erano stabiliti dall'inizio del secolo XIV a Westminster, il *sancta sanctorum* di tutti i poteri inglesi.

A Westminster tenevano udienza le tre grandi corti di *common law*, King's Bench, Common Pleas e Exchequer, con competenze rispettivamente penali, civili e fiscali: per tacere della Chancery, che andrà trasformandosi in corte di *Equity*, e della stessa House of Lords, composta da nobilotti di campagna perfettamente digiuni di diritto, e perciò priva dell'autorità di ultima istanza che acquisterà solo nel diciannovesimo secolo.

Almeno a partire da Hobbes la tradizione giuspositivista ha perpetrato un'autentica falsificazione storica del *common law*, presentandolo come legislazione delegata del sovrano: mentre i *common lawyers* lo concepivano come l'autentica costituzione non scritta del paese, come tale suscettibili di limitare anche il monarca, quantomeno nella *iurisdictio* benché non nel *gubernaculum* (cfr. *supra*, 4).

²⁶ In *Jones vs Randall* (1774), cit. in D. LIEBERMAN, *The Province of Legislation Determined*, Cambridge, Cambridge U.P., 1989, p. 126.

²⁷ In *Rust vs Cooper* (1777), sempre citato da LIEBERMAN, *The Province of Legislation Determined*, cit., n. 26, p. 126 n. 61. Questa idea sarà ripresa da Hayek, come vedremo a suo tempo.

²⁸ Come scrive POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence* (part II), cit., n. 21, p. 12, «*Stare decisis* was not a doctrine of common law before the 18th century». Cfr. anche A.W. B. SIMPSON, *The Common Law and Legal Theory*, cit., n. 8, e riassuntivamente D. FREDA, «Una dispotica creazione». *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento*, Torino, Giappichelli, 2012.

Questa pretesa delegazione – l'azione o l'atto intenzionali con cui il re delega i giudici a legiferare in sua vece – è una tipica finzione creazionista: una delle tante tipiche del diritto e della politica inglesi. La cosiddetta delegazione dovrebbe più esattamente chiamarsi *dislocazione* non intenzionale del potere di giudicare, solo nominalmente conferito al monarca: esattamente come lo stesso potere di legiferare passerà dallo stesso monarca al Parlamento, al riparo dell'altra finzione del *King-in-Parliament*.

Soffermiamoci un attimo su tale delegazione del potere di giudicare, come esempio paradigmatico di effetto non intenzionale dell'azione umana intenzionale: il vero motore dell'evoluzione del *common law*. Di fatto, i re inglesi non delegarono proprio nessuno a legiferare in loro vece: meno che mai giudici, i quali *non* erano neppure funzionari dello Stato ma ex avvocati, dunque esponenti di quella che si chiamerà la società civile.

Più semplicemente, i re inglesi assentirono tacitamente a che il loro potere giudiziale fosse di fatto esercitato dai giudici: la delegazione del potere giudiziario fu l'effetto non intenzionale o di composizione, direbbe Karl Menger, della astensione dei primi e dell'attività dei secondi. Con la sua abituale chiarezza, Austin lo ammette in questo modo, facendo giustizia delle falsificazioni e gettando luce sul rapporto fra consuetudine e precedente.

The opinion of the part which abhors judge-made law springs from their inadequate conception of the nature of commands. As well as other significations of desire, a command is express or tacit. If the desire be signified by words (written or spoken), the command is express. If the desire is signified by conduct [...] the command is tacit. Now when customs are turned into legal rules by decisions of subject judges, the legal rules which emerge from the customs are *tacit* commands of the sovereign legislature. The State, which is able to abolish, permits its ministers to enforce them: and it, therefore, signifies its pleasure, by that its voluntary acquiescence, 'that they shall serve as a law to the governed'²⁹.

Questa metacritica austiniana – critica della critica del *common law* già formulata da Bentham prima dell'emersione di DPG³⁰ – esprime la stessa direzione di evoluzione del diritto inglese che porta all'istituzionalizzazione del principio dello *stare decisis*. Tale istituzionalizzazione dipende da molte con-

²⁹ Così J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, cit. n. 16, p. 32: il bersaglio della critica, benché non nominato, è chiaramente Bentham. Per la distinzione fra delegazione (intenzionale) e dislocazione (non intenzionale) mi permetto di rinviare a M. BARBERIS, *Stato costituzionale*, Modena, Mucchi, 2012, p. 36.

³⁰ Lo sottolinea N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge U. P., 2008, pp. 17-18.

dizioni: esogene (in particolare, la codificazione del diritto continentale) ma soprattutto endogene.

Fra le seconde, occorre ricordare almeno la pubblicazione dei testi delle sentenze in *Law reports* molto più affidabili degli *Yearbooks*³¹, e l'assunzione da parte della sezione giuridica della House of Lords, ora formata da giuristi, del ruolo di tribunale di ultima istanza³². Del resto, DPG riflette un'idea di certezza del diritto analoga a quelle che stavano dietro le codificazioni prusiana, francese e austriaca. La subordinazione inglese del giudice al precedente, cioè, assolve una funzione simile alla subordinazione continentale del giudice alla legge.

La trasformazione della pratica dello *stare decisis* in un'autentica consuetudine giudiziale, vincolante per giudici inferiori e posteriori, si conclude solo nella seconda metà del secolo XIX, fra le decisioni della stessa House of Lords conosciute come *Beamish vs Beamish* (1861) e *London tramways* (1898). La prima decisione recita:

The Law laid down as your *ratio decidendi*, being clearly binding on all inferior tribunals, and on all the rest of the Queen's subjects, if it were not considered as equally binding on your Lordships, this House would be arrogating itself the right of altering the law, and legislating by its own separate authority.

Come sempre, in una cultura fondamentalmente tradizionalista come quella di *common law*, il mutamento è camuffato da conferma della tradizione: in questo caso, di conferma della pratica condivisa dello *stare decisis*.

Nel frattempo, i *Judicature Acts* (1873-1875) fecero della House of Lords – più esattamente del suo Appellate Committee, formato dal Lord Chancellor e da altri dodici Law Lords, che tradizionalmente non partecipano alla funzione legislativa – il tribunale di ultima istanza d'Inghilterra, Scozia e Irlanda del Nord. È appunto in questo ruolo che la Corte detta la seconda decisione, *London Tramways Co v. London County Council* (1898), il cui passaggio più noto, formulato da Lord Halsbury, suona così:

a decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and [...] it is impossible to raise that question again as if it was *res integra* and could be reargued, and so the House be asked to reverse its own decision.

³¹ Cfr. FREDA, «Una dispotica creazione», cit., pp. 53-78.

³² Cfr. R. STEVENS, *Law and Politics: the House of Lords as a Judicial Body, 1800-1976*, London, Weidenfeld and Nicholson, 1979, e in particolare J. EVANS, *Change in Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century*, in L. GOLDSTEIN (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon, 1987, pp. 48-51.

That is a principle which has been, I believe, without any real decision to the contrary, established now for some centuries.

Questa decisione, ritenuta nella storia del *common law* costitutiva di DPG, è formulata come dichiarativa dell'osservanza di una pratica che era andata trasformandosi in consuetudine. Se assumiamo *London Tramways* come formulazione ufficiale di DPG, in effetti, essa presenta due tratti tipicamente consuetudinari: formulazione dichiarativa e carattere non intenzionale. L'intenzione dei giudici, se mai ve ne fu una, non era stabilire DPG, anche se questo fu il risultato, ma semmai scoraggiare gli avvocati dal risollevarne di nuovo questioni di diritto già decise dalla Corte³³.

Giunti a questo punto, gli studiosi del *common law* ripetono invariabilmente che *London Tramways* fu *overruled* o addirittura abrogata – come se fosse stata una legge – dal sin troppo famoso *Practice Statement* della House of Lords nel 1966, formulato nei termini seguenti:

Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases [...] Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case, and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.

Tuttavia, è ingenuo prendere così sul serio le formulazioni di DPG fornite dalle Loro eccellenze, come fossero altrettanti atti legislativi. La Corte non può abrogare nulla, per la buona ragione che – con tutto il rispetto per Hobbes, Bentham e il resto del creazionismo giuridico – i giudici non legiferano per definizione³⁴. Di fatto, dopo il *Practice statement*, la House of Lords e le corti superiori istituite da riforme successive³⁵, hanno continuato a seguire i loro precedenti né più né meno di prima.

³³ Così J.H. LANGBEIN, *Modern Jurisprudence in the House of Lords: the Passing of London Tramways*, in *Cornell Law Review*, 53, 1968, pp. 807-813 e in particolare p. 810 (benché in termini non di *intention* ma di *incidence*): «The real incidence of the rule was preventive: it served throughout the twentieth century to deter the bringing of litigation that would have required the overturning of a previous decision».

³⁴ Qui, la buona domanda fu formulata lo stesso anno, sin dal titolo, da N. MACCORMICK: *Can Stare Decisis be Abolished?*, in *Juridical Review*, 1966, pp. 197-213.

³⁵ Cfr. almeno V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. I, *Testo e materiali per un confronto civil law-common law*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 294-301.

Come spiegare questo mistero? Forse così. Adottando la distinzione di Gardner fra *statute law*, *customary law* e *case law*, DPG è solo la formulazione dichiarativa di una consuetudine giudiziale generale: sicché il *common law* si riduce a un insieme di decisioni concrete (*case law*) più la formulazione dichiarativa della consuetudine giudiziale di seguirle.

Prima di tutto, infatti, DPG manca di una formulazione canonica, proprio come le consuetudini. La *adjudication* di *common law*, in effetti, è orientata più ai fatti del caso che al testo del precedente; anche l'applicazione del diritto continentale, d'altra parte, dipende più dai fatti del caso che dal testo della legge e dalla sua interpretazione. In realtà *tutto* il diritto dipende dalla sussunzione del caso: che questa avvenga in base alla legge, al precedente o a entrambi.

La stessa interpretazione della legge dipende, in ultima istanza, da un insieme di precedenti, detto giurisprudenza. Va appena aggiunto che i precedenti non sono più vincolanti delle consuetudini: dopotutto, la forza vincolante, proprietà definitoria di entrambi, dipende solo dalla pratica. Seguire un precedente non è qualcosa di più pretenzioso che seguire una regola. Alla domanda se un precedente vincoli i suoi applicatori si può solo rispondere: aspetta e spera.

5. *Le estensioni statunitensi di DPG*

Il *common law*, esportato dall'Inghilterra al Nuovo mondo negli anni della colonizzazione britannica del Nordamerica, ebbe almeno tre estensioni: la prima, dalle corti inglesi a quelle degli Stati Uniti; la seconda, dal diritto civile o penale al diritto costituzionale; la terza, dal diritto costituzionale all'internazionale e/o dell'Unione Europea. Questi processi di costituzionalizzazione, internazionalizzazione e giudizializzazione corrispondono a un'estensione dello stesso concetto di diritto occidentale (o senz'altra qualifica, o in senso stretto).

Detto altrimenti, il significato del termine "diritto" e degli altri che ne costituiscono traduzioni nelle altre lingue occidentali si è esteso dal proprio nucleo originario – il diritto privato-penale – al diritto pubblico, costituzionale e internazionale³⁶. Per inciso, l'ultima fase di questi processi corrisponde al passaggio da un paradigma giuridico legislativo e creazionista a uno giudiziale ed evolucionista.

La *prima* estensione vede il passaggio da un *common law* inglese più vincolato al precedente e alla sua tradizionale versione retrospettiva, a un *common law* statunitense più frammentato, con giurisdizioni diverse fra Stato federale e Stati federati, e con una massa di precedenti già meno vincolanti per la loro

³⁶ Su tutto ciò, mi permetto di rinviare a M. BARBERIS, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bologna, Il Mulino, 2008.

stessa esorbitante quantità. Tramite il *prospective overruling* si realizzerà, qui sì, una sorta di legislazione giudiziale quasi inconcepibile in Inghilterra.

Tale legislazione giudiziale fu caratterizzata, in particolare, da un'abrogazione del precedente solo *pro futuro* davvero simile all'abrogazione della legge. Grazie al contributo di movimenti come Sociological jurisprudence, Legal realism, Legal process, Law and Economics, Critical Legal Studies, la DPG nordamericana si apre al perseguimento intenzionale, da parte del giudice, di una politica del diritto che ne fa una sorta di co-legislatore, sia pure sempre a partire dal caso concreto.

La seconda estensione del *common law* dipende dal doppio livello di legalità tradizionalmente assente nel Regno Unito della *sovereignty of Parliament*. Il doppio livello, imposto già dalla struttura federale della costituzione, emerge con *Marbury vs Madison* (1803), insieme con il controllo di legittimità costituzionale delle leggi.

In realtà, vi sono molte differenze fra 1) giudici di prima istanza, con casi di *routine* o *easy*, per i quali il vincolo del precedente è più stretto; 2) *Courts of Appeal*, alle quali arrivano solo i casi controversi o *hard*, per i quali il vincolo del precedente si allenta; 3) Corte suprema, competente per il *judicial review* e oscillante fra decisioni politiche, dipendenti dalla maggioranza prodotta dalle nomine presidenziale, e pochi super-precedenti difficili da *overrule* come lo stesso *Marbury* e *Roe vs. Wade* (1973)³⁷.

La terza estensione del *common law* riguarda lo sviluppo di un vero e proprio diritto internazionale, formato da fonti-materiali tradizionali – consuetudini e trattati – ma anche da una giurisprudenza delle corti internazionali che combina *civil law* e *common law*. Anche qui il precedente gioca un ruolo fondamentale, pur in assenza di una DPG ufficiale e in forme non giudiziali, rappresentate da decisioni di autorità statali, internazionali e transnazionali, anche private o del terzo settore³⁸.

Si pensi solo alla giurisprudenza sui diritti umani, evolutasi interpretando dichiarazioni dei diritti inevitabilmente assai astratte e letteralmente molto simili fra loro, nonché – perché no? – al fenomeno del *comparativism*, l'uso transnazionale di fonti-materiali a rigore meramente nazionali, come le decisioni di Corti costituzionali interne³⁹.

Tutti questi processi chiariscono almeno che non si può certo parlare di una DPG condivisa da tutti questi soggetti eterogenei, ma solo di processi globali

³⁷ Cfr. M.J. GEHRARDT, *The Power of Precedent* (1996), Oxford, Oxford U.P., 2008.

³⁸ Cfr. M. SHAHABUDDEN, *Precedent in the World Court*, Cambridge, Cambridge U.P., 2007.

³⁹ Cfr., rispettivamente, M. BARBERIS, *Los derechos humanos como adquisición evolutiva*, in *Doxa*, 36, 2013, pp. 25-40, e D. CANALE, *Comparative Reasoning in Legal Adjudication*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 28, 2015, pp. 1-23.

ampi, frammentati e in rapida evoluzione. Per comprendere questi processi e le loro difficoltà, credo sia indispensabile occuparsi delle critiche e persino delle apologie che il precedente ha ricevuto tradizionalmente e riceve tuttora: critiche che hanno finito per risultare molto più note della stessa DPG.

Eppure, le stesse critiche, insieme con le apologie, permettono d'intendere il ruolo centrale che il precedente può giocare in una teoria del diritto molto più generale della *received view* positivista-realista: beninteso, a condizione di avere sempre ben chiari il pregiudizio creazionista e l'ideologia conservatrice che affliggono, rispettivamente, le critiche e le apologie di DPG.

6. Critiche utilitariste

Le critiche utilitariste furono rivolte, non contro DPG, non ancora stabilita giudizialmente, ma contro lo stesso *common law*: con un'incomprensione tanto radicale da risultare inspiegabile se non se ne ricostruiscono i presupposti concettuali e ideologici. S'è già detto che, da studente, il giovane Bentham non assistè a più di tre lezioni di Blackstone, mentre frequentò assiduamente le udienze di Lord Mansfield: che non era solo l'oracolo del *common law*.

Agli occhi di Bentham, Mansfield era il maggior rappresentante della tendenza a riformare il diritto inglese per via giudiziale e non legislativa. In effetti, sarebbe occorsa una fiducia ancor maggiore di quella nutrita da Bentham verso la ragione umana individuale, specie la propria, per sperare in buone riforme da parte dei Parlamenti, di allora e di oggi. Non solo egli confidava solo nel Codificatore, ma credo pensasse anche lui che il Parlamento è l'ultimo posto dove dovrebbero farsi le leggi.

Le critiche rivolte dal giovane Bentham a Blackstone sono note, anche perché consegnate al *Comment on the Commentaries*, scritto già nel secolo diciottesimo ma pubblicato nel 1828, in vita dell'autore. Meno conosciuta è la critica affidata a un manoscritto giovanile il cui titolo, *Law Common and Statute*, oppone *common law* a *statute law* ma soprattutto inverte l'aggettivo "common" con il sostantivo "law", connotando il *common law* come una forma di legislazione creata dai giudici senza averne il potere.

Il manoscritto formula DPG anticipando di un secolo la *doctrine* formulata dalla House of Lords in *London Tramways* (1898), con in più un'inferenza che essa non ne avrebbe mai tratto. In base alla formulazione, il giudice dovrebbe *stare decisis* persino, se non soprattutto, quando il precedente è ingiusto o assurdo: perché – questa l'inferenza – la riforma dovrebbe essere monopolio del legislatore, se non si vuole minare la certezza del diritto⁴⁰.

⁴⁰ Cfr. ancora POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit. n. 5, pp. 192-197, e il

Più conosciuta è la dottrina posteriore di Bentham secondo cui il *common law* dovrebbe essere sostituito – non da *statutes* parlamentari se possibile ancora peggiori dei precedenti, bensì – da un codice redatto da un uomo solo, preferibilmente lo stesso Bentham. Entrambe le versioni della sua critica, peraltro, presuppongono la stessa ostilità ideologica contro il *common law*, e prim'ancora una vera fallacia concettuale, che chiamo creazionismo giuridico. Ostilità e fallacia si trovano compendiate nel famoso passo seguente.

It is the judges [...] that make the common law. Do you know how they make it? Just as a man makes law for his dog. When your dog does any thing yo want to break him of, you wait till he does it, and the beat it him for it [...] What way then has any man of coming at this dog-law? Only by watching [Judges'] proceedings: by observing in what *cases* they have hanged a man, in what *cases* they have sent them to jail, in what *cases* they have seized their goods, and so forth⁴¹.

C'è qui, ovviamente, una chiara ostilità ideologica contro il *common law* e pure contro la sua riforma per via giudiziale, che sarebbe altrettanto retroattiva. Più rovinosa, però, è la fallacia concettuale, che non permette all'autore, sin dall'inizio, di capire ciò di cui parla. Di fronte al *common law*, infatti, Bentham si sente obbligato a chiedere: chi lo ha fatto?

E la sua risposta, a questo punto, può essere solo un'altra domanda, stavolta retorica: «If not [made] by a Judge, by whom then was it made? For laws do not make themselves»⁴². Gerald Postema lo chiama errore categoriale⁴³, Friedrich Hayek fallacia costruttivista. Io lo chiamo creazionismo: l'idea infantile che vi siano solo cose fabbricate da un creatore, come un dio per il mondo e il legislatore per il diritto, e che non ve ne siano, invece, che si fanno da sé, che semplicemente emergono.

Bentham manca della nozione di effetti non intenzionali dell'azione umana: nozione tematizzata dall'Illuminismo scozzese, poi applicata al mondo fisico da Charles Darwin, e comunque indispensabile per capire consuetudini e precedenti, le due fonti-materiali tipiche del *common law*. Si pensi solo alla critica benthamiana del carattere non attuale (*actual*) ma meramente inferenziale (*infe-*

più recente F. FERRARO, *Il giudice utilitarista: flessibilità e tutela delle aspettative nel pensiero giuridico di Jeremy Bentham*, Pisa, Ets, 2011.

⁴¹ Così J. BENTHAM, *Truth versus Ashburst: or Law as It is, Contrasted with What it is Said to Be* (1792), London, Moses, 1923, pp. 11-12.

⁴² Così lo stesso autore in *J. Bentham "Legislator of the World": Writings on Codification, Law and Education*, ed. by P. SCHOFIELD, J. HARRIS, Oxford, Clarendon, 1998, pp. 124-126.

⁴³ Di *category mistake* parla appunto POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence* (part 1), cit., n. 21, p. 166, sottolineando la circostanza storica che «Classical common law judges did not regard themselves as 'making' law».

rential) della consuetudine, del precedente e dunque dello stesso *common law*.

Scrive infatti Bentham: «Though statute laws are “actual”, Common Law rules are “inferential” [norms] as shall appear to be just the expression of judicial practice in like cases». Il *common law*, dunque, «exists not in any certain form of words: the acts it is founded on are acts of authority: but the words in which they are expressed are yours, are mine, are anyone's»⁴⁴.

Detto altrimenti, mentre la legislazione ha una formulazione canonica, la cui conoscenza può essere condivisa da legislatore e cittadini, il *common law* non ce l'ha. In ogni momento, la sua formulazione in termini di norme generali-e-astratte può solo essere *inferita* dalle azioni individuali degli stessi cittadini (nel caso delle consuetudini) o dagli atti di decisione da parte dei giudici (nel caso dei precedenti).

Il *common law*, insomma, sarebbe solo una finzione, come lo stesso Bentham conclude nel *Comment*: «As a System of general rules, the Common Law is a thing merely imaginary»⁴⁵. Càpita spesso anche ai giusrealisti scandinavi di affermare che non esista qualcosa che, per chiunque altro, pacificamente esiste. Quando ciò succede, però, l'onere della prova dovrebbe essere a carico di chi nega l'esistenza dell'esistente: sennò, resta il sospetto che l'utilitarista inglese, o il giusrealista scandinavo, non sappia di cosa sta parlando.

Ovvio che il *common law* viene inferito a partire da azioni o atti particolari-e-concreti, e non da enunciati che esprimono significati generali-e-astratti: si tratta di quei principi decisionali, o *rationes decidendi*, di cui parlava Mansfield, e di cui parlerà Hayek. Temo che Bentham sarebbe disposto a considerare esistente il *common law* solo se esso fosse scritto in termini generali-e-astratti, naturalmente su pezzi di carta.

Peccato solo che questo non sia più *common law*, bensì legislazione: il solo tipo di diritto che lui, e tutto il creazionismo giuridico, sono in grado di concepire. In termini di effetti non intenzionali, gli atti dei giudici sono sì intenzionali, come gli atti dei legislatori, ma il diritto che producono gli uni e gli altri sfortunatamente non lo è. Nel *common law*, giudici successivi usano gli atti di giudici anteriori attribuendo loro sensi che gli autori originari non avrebbero mai immaginato.

Tutto questo è relativamente semplice, ma evidentemente non lo è abbastanza per quel *terrible simplificateur* che è Bentham. Del resto, non è che i giuspositivisti otto-novecenteschi, per non parlare dei giusrealisti scandinavi, ci abbiano capito molto di più. Ho già insistito abbastanza sulle ragioni con-

⁴⁴ Così il manoscritto UC lxix, 68 conservato alla London Library dell'University College, cit. in POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., p. 288.

⁴⁵ J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, ed. by H.L.A. HART, D. BURNS, Oxford, Oxford U.P., 1977, p. 119.

cettuali – essenzialmente, il creazionismo giuridico e/o l'ignoranza degli effetti non intenzionali – di questa incomprensione; qui vorrei aggiungere qualche parola sulle ragioni ideologiche.

Accecati dall'ostilità nei confronti dei sinistri interessi dei giuristi, i creazionisti non capiscono che il *common law* sarà anche difeso dai giuristi conservatori e, oggi, da liberisti reazionari, ma resta più efficiente – benché ci voglia poco – della legislazione parlamentare. Produco solo un testimone poco sospettabile di sinistri interessi, essendo, dicono, un pessimo avvocato: quell'Austin che, sul punto, prende eccezionalmente le distanze dal venerato maestro Bentham.

That part of the law of every country which was made by judges is far better made than that part which consists of statutes enacted by the legislative. Notwithstanding my great admiration for Mr. Bentham, I cannot but think that, instead of blaming judges for having legislated, he should blame them for the timid, narrow, and piecemeal manner in which they have legislated⁴⁶.

Non si dovrebbe dimenticare, in effetti, che lo stesso Bentham non propone affatto di sostituire il *common law* con uno *statute law* che poteva considerarsi già allora, non dico oggi, tecnicamente ben peggiore del diritto giudiziale: si pensi solo alla rozza, classista e terroristica legislazione penale prodotta nel secolo XIX dal Parlamento inglese. Detto a onore di Bentham, va ricordato che egli propone la codificazione di tutto il diritto, penale, civile e costituzionale, non la sua legificazione.

Infatti, egli confida tanto poco nella razionalità del legislatore parlamentare – che è poi il miserevole personale politico del suo tempo, né migliore né peggiore del nostro – da riservare la codificazione a un altro soggetto. Quest'altro soggetto è il Codificatore. Personaggio che sarebbe non meno fittizio, improbabile, e mitico del Legislatore se, dietro questa ennesima replica del Dio Creatore non facesse capolino lui stesso: Jeremy Bentham, in arte *Legislator of the World*.

7. Critiche giusrealiste

Trapiantati dalla colonizzazione inglese nell'humus nordamericano, *common law* e DPG acquisirono tratti diversi: *judicial review of legislation*, con fissazione di precedenti più vincolanti anche per il legislatore; federalismo, con una pluralità di giurisdizioni federali e statali che producono una massa di

⁴⁶ Così AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., n. 16, p. 191.

precedenti comparativamente meno vincolanti dei pochi inglesi; maggiore libertà del giudice, soprattutto in appello, ed emersione progressiva di un *prospective overruling* con effetti simili all'abrogazione della legge.

Da questo punto di vista, le critiche dei giusrealisti al *case method* introdotto a Harvard da Christopher Langdell, nonché le obiezioni alla dottrina classica del *common law*, già ridicolizzata da Bentham e Austin, non fanno che confermare i tratti distintivi del *common law* negli Stati Uniti. L'*adjudication* nordamericana, in particolare, rende ancora più vaghe le già problematiche dicotomie inglesi⁴⁷.

Si pensi solo alla pretesa distinzione qualitativa fra precedente vincolante angloamericano e precedente persuasivo continentale: distinzione che in Nordamerica non solo si riduce a meramente quantitativa – tutti i precedenti vincolanti possono rivelarsi più o meno persuasivi – ma occulta un fatto anche più fondamentale. In modi diversi ma convergenti fra *common law* e *civil law*, anche l'interpretazione della legge finisce per dipendere dal precedente.

Ciò è del tutto evidente nel mondo di *common law*. Qui – benché, come per il precedente in generale, non stia scritto da nessuna parte, ma si tratti solo di una pratica consuetudinaria – anche le decisioni giudiziali applicative di leggi divengono precedenti. Detto altrimenti, legislazione e precedente non sono alternativi, come si pensa di solito, ma complementari: il precedente rafforza il vincolo del giudice alla legge, non lo sostituisce.

Ma la dipendenza dell'interpretazione dal precedente, a ben vedere, non è meno evidente nel mondo di *civil law*. Qui, certo, il riferimento ai precedenti è meramente eventuale e, anche ove esplicitato, alternativo a una miriade di argomenti interpretativi: in particolare, ai quattro dell'articolo 12 delle Preleggi italiane, fra i quali il primo è pur sempre l'argomento psicologico, o dell'intenzione del legislatore.

Di più, come s'è detto, la differenza fra sistemi continentali e anglo-americani consiste nel fatto che nei primi invocare un precedente o un'intera giurisprudenza non basta ad assolvere all'obbligo di motivazione. Eppure, o forse proprio per questo, specie dove esiste e funziona una Corte di Cassazione, il riferimento alla *jurisprudence constante* dei giudici superiori o a maggior ragione supremi rappresenta di gran lunga l'argomento più persuasivo.

Non chiarisce granché, a questo proposito, l'etichetta di *scepticism* appiccicata da Hart al giusrealismo statunitense al fine di criticarlo. Di fatto, il *rule-scepticism* di Karl Llewellyn, e forse persino il *fact-scepticism* di Jerome Frank, di fronte al funzionamento effettivo del *common law* nordamericano non

⁴⁷ Su tutto ciò esiste ormai un'imponente letteratura. Personalmente consiglio M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York, Oxford U.P., 1992.

paiono tanto scettici quanto appunto realisti e, se è per questo, neppure tanto interpretativi, ossia relativi a testi, quanto applicativi, relativi a fatti.

Per i *common lawyers*, in effetti, la *statutory interpretation* e lo stesso uso (della formulazione non canonica) dei precedenti appaiono per più versi subordinati alla sussunzione dei fatti nella norma. Di più, persino nella teoria del diritto continentale l'interpretazione sembra un tema sopravvalutato, rispetto alla ricostruzione e qualificazione dei fatti: e sopravvalutato a causa della distorsione teorica prodotta dal modello del sillogismo giudiziale.

Di fatto, l'ultimo Llewellyn, quello di *The Common Law Tradition* (1960), spesso non sembra scettico per nulla. Al contrario, egli scrive pagine sorprendenti sulle relazioni fra DPG e *rule of law*: specie quando parla del *grand style* di giudici come l'inglese Mansfield o l'americano John Marshall⁴⁸. Costoro, secondo lui, riescono a soddisfare *stare decisis* e *rule of law* benché, o forse proprio perché, adottano un approccio *prospective*, ossia quasi dichiaratamente legislativo.

Tale approccio non cerca solo di rendere giustizia alle parti – che è il compito perseguito non psicologicamente ma istituzionalmente da tutti i giudici – ma anche di farsi carico delle conseguenze future delle decisioni: proprio come dovrebbero fare dei veri legislatori, così allargando l'area di intenzionalità dell'*adjudication* a scapito dell'area di non intenzionalità. Niente di scettico o di *Wertfrei*, comunque: scetticismo e neutralità valutativa sono piuttosto aspetti dei giusrealismi continentali.

Di scetticismo, al contrario, ma stavolta nel nobile senso dello scetticismo filosofico di Hume, si può invece parlare a proposito della discussione sul livello di universalizzazione della *ratio decidendi* da parte dei giudici futuri. Già discusso da giusrealisti storici come Hermann Oliphant e Felix Salten Cohen⁴⁹, il tema è ripreso da Julius Stone, giurista inglese trapiantato a Harvard e Sidney e principale mentore del mio maestro, Giovanni Tarello.

Utilizzando come esempio la celeberrima decisione della House of Lords *Donoghue vs Stevenson* (1932), *leading case* della responsabilità del produttore, Stone mostra come il caso della lumaca nella bottiglia di *ginger beer* potesse sussumersi sotto norme astratte differenti a seconda dei livelli di astrazione adottati: dal mero contenuto della bevanda sino a qualsiasi prodotto difettoso, come poi di fatto avvenne⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. K.N. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, Little, Brown & C., Boston-Toronto, 1960, p. 38: «Such rule have a fair chance to get the same results out of very different judges, and so in truth to hit close to the ancient target of "law and not men"».

⁴⁹ Cfr. in particolare la discussione fra H. OLIPHANT, *The Return to the Stare Decisis*, in *American Bar Association Journal*, 14, 1928, pp. 71-88, e F.S. COHEN, *Transcendental Nonsense and Functional Approach*, in *Columbia Law Review*, 35, 1935, pp. 809-849.

⁵⁰ Cfr. già J. STONE, *The Function and Province of Law*, Sidney, Associated General Publica-

Come già nella discussione fra i giusrealisti, tuttavia, la soluzione scettica fornita da Stone apre la strada a una obiezione meno scettica e forse più realista: quella individuata da Neil MacCormick nella sua opera maggiore, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978, 1994). Anche il livello di astrazione della sussunzione dei fatti di causa, per lui, può essere oggetto di *stare decisis*. Di fatto, è stato il livello di astrazione scelto a maggioranza dai giudici di *Donoghue vs. Stevenson* a stabilire la responsabilità del produttore per qualsiasi prodotto difettoso, e non solo per bottiglie di *ginger beer*⁵¹.

Ma questo mostra, di nuovo, l'essenziale contingenza del precedente e di quella sua versione di poco più astratta che è il wittgensteiniano seguire una regola. Che una consuetudine o un precedente vengano seguiti, s'è detto, è un fatto contingente, benché, con il senno di poi, più o meno probabile. Nel mercato, ad esempio, potrebbe non esservi mai stata alcuna responsabilità del produttore: benché questo sia oggi un aspetto perfettamente familiare, quasi-naturale, del nostro paesaggio giuridico.

8. Critiche postmoderniste

Di vero e proprio scetticismo interpretativo, filosofico e forse cosmico, si può invece parlare – non per i giusrealisti statunitensi, ma – per l'atteggiamento tenuto nei confronti di DPG da parte dei movimenti postmoderni nordamericani, nati dall'incontro con la filosofia post-strutturalista continentale di epigoni del giusrealismo come i *Critical legal studies*⁵². Non vale neppure la pena soffermarsi sulla loro idea che DPG sarebbe solo un'ideologia per occultare le preferenze politiche dei giudici.

Questa idea, che fa sorridere gli intellettuali occidentali passati dalla cruna del Sessantotto, appare troppo generica persino se applicata alla Corte suprema nordamericana: i cui *justices* sono nominati dal Presidente degli Stati Uniti in base a criteri dichiaratamente politici. Certo che i giudici obbediscono a preferenze *lato sensu* politiche: tanto *lato sensu*, peraltro, da convertire la constatazione in un banale truismo ossia un'ovvietà incapace di spiegare alcunché.

Occorre soffermarsi un attimo, invece, su alcune analisi davvero scettiche di DPG formulate nel (vasto) ambito del cosiddetto Bielefeld Kreis, una dira-

tions, 1947, pp. 187-188, e poi ID., *Legal System and Lawyer's Reasoning*, Stevens, London, 1964, pp. 269-270.

⁵¹ Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford, 1978, pp. 117-118.

⁵² Cfr. G. MINDA, *Postmodern Legal Movementa. Law and Jurisprudence at the Century's End*, New York University Press, New York, 1995.

mazione della teoria classica del ragionamento giuridico. Penso in particolare al saggio di Jeffrey Marshall *Trentatré cose che si possono fare con i precedenti*: trentatré cose alle quali, apparentemente, manca solo bollire il té. Ma se si trattava di una provocazione, bene, allora non funziona neppure come provocazione.

Già il menzionato Llewellyn di *The Common Law Tradition*, infatti, enumerava sessantaquattro modi di usare il precedente⁵³: trucco retorico analogo a quello dei suoi *followers* postmoderni, ma almeno allora nuovo e comunque funzionale a un'analisi costruttiva di DPG, utile ai giuristi per fare meglio il loro lavoro. Nel caso di Marshall, invece, la retorica scettica serve solo a un sin troppo facile *succés di scandale*, che fa rimpiangere non solo il giusrealismo ma persino la retorica tradizionalista.

La retorica postmodernista funziona così. Prima si elencano cose che si possono fare con i precedenti: applicarli (*applying*), sbarazzarsene (*jettisoning*), ridurli a *obiter dicta* (*dictum-ising*), superarli (*overruling*), dissociarli (*distinguishing*), inventarseli *ex nihilo* (*napping*), rispolverarli se troppo antichi (*witenagemot-ing*), e così avanti. Come se la lista non fosse sufficiente, Marshall si sente autorizzato a concludere con una frase ironica: «È questo che ci autorizza a dire che il *common law* ha un solido e chiaro sistema di precedenti vincolanti»⁵⁴.

Bravo. Ma che il precedente si segue quando si segue lo aveva già detto prima e meglio Richard Wasserstrom⁵⁵, e può essere generalizzato al fenomeno del seguire una regola – è vincolante la regola? Aspetta e spera – e comunque non spiega la cosa più importante. Perché i paesi del Commonwealth, anche quelli più avanti nella sfida della contemporaneità, come si dice, il loro sistema di *common law* se lo tengono stretto? Solo per i sinistri interessi dei *common lawyers* o, se è per questo, dei capitalisti anglosassoni?

9. Trasfigurazioni

Proprio quando, sotto i colpi di una critica secolare, DPG sembrava ormai una specie di fiaba, è apparsa una lunga serie di apologie o trasfigurazioni: quattro almeno, che qui posso solo elencare⁵⁶. La *prima* è *ermeneutica*: è stato

⁵³ K.N. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition*, cit., n. 47, pp. 14, n. 9, 77-91.

⁵⁴ Così J. MARSHALL, *Trentatré cose che si possono fare con i precedenti. Un dizionario di common law*, in *Ragion pratica*, 6, 1996, p. 34.

⁵⁵ R.A. WASSERSTROM, *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford (Cal.), Stanford U.P., 1961, p. 46: «The precedents ought always be followed except when they should not».

⁵⁶ Per maggiori dettagli mi permetto di rinviare al mio ormai invecchiato M. BARBERIS, *L'evoluzione nel diritto*, Torino, Giappichelli, 1996.

guardando al *common law*, infatti, che il maggior esponente dell'ermeneutica giuridica, Joseph Esser, ha recuperato il tema dei principi, poi posto al centro della teoria del diritto, più continentale che angloamericana in realtà, da Dworkin e Robert Alexy⁵⁷.

La *seconda* trasfigurazione o apologia di DPG è *sociologica*, ispirata da una lunga tradizione evolucionistica nelle scienze sociali; il primo Niklas Luhmann, in particolare, fornisce un modello tripartito del funzionamento del diritto dove il precedente, o meglio la giurisprudenza, fornisce il termine intermedio fra legislazione e dottrina⁵⁸.

La *terza* trasfigurazione o apologia di DPG è dovuta al movimento chiamato *Law and Economics*, o *Economic analysis of law*, ma non si tratta di fenomeno esclusivamente accademico; al contrario, i giuristi articolano un'idea largamente diffusa fra i *common lawyers*. L'idea è che il *common law* possiede non solo virtù come stabilità, resistenza a cambiamenti affrettati e convergenza con il senso comune dei cittadini.

Il *common law*, per i giuristi, possiederebbe anche la virtù economica dell'efficienza nella distribuzione delle risorse; questo anzi spiegherebbe perché il capitalismo si sia sviluppato prima e di più in paesi di *common law*⁵⁹. Seguendo per una volta Dworkin, però, ho dubbi circa il fatto che l'efficienza possa considerarsi un valore ultimo, non subordinato ad altri valori. Ma credo però che l'efficienza economica sia comunque una ragione da bilanciare con altre per valutare se il *common law* sia meglio o peggio della legislazione.

La *quarta* trasfigurazione, sulla quale occorre soffermarsi di più – perché esprime le ragioni profonde di tutte le altre, critica del creazionismo compresa – può dirsi *evoluzionista*, e si deve a eredi dell'Illuminismo scozzese più o meno vicini alla Scuola austriaca di economia: dal fondatore, il già menzionato Menger, sino a seguaci della scuola molto diversi fra loro, come Bruno Leoni, lo

⁵⁷ Cfr. G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, e il numero dedicato a tale libro dalla *Rivista di filosofia del diritto*, 2015, con il mio *Da che parte sta il formalismo? Fra ermeneutica e realismo giuridico*.

⁵⁸ N. LUHMANN, *Soziologie des Rechts*, GmbH, Reinbek bei Hamburg, 1977, e ancor più ID. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1981.

⁵⁹ Quest'idea di efficienza è paradigmaticamente espressa da R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Little, Bown & C., Boston, 1977, benché i contributi migliori al dibattito vengano da P.H. RUBIN, *Why is the Common Law Efficient?*, in *Journal of Legal Studies*, 6, 1977, pp. 51-63; G.L. PRIEST, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, in *Journal of Legal Studies*, 6, 1977, pp. 65-72; J.C. GOODMAN, *An Economic Theory of the Evolution of Common Law*, in *Journal of Legal Studies*, 1978, 7, pp. 393-406. Questo è solo il punto di partenza di una letteratura che meriterebbe un lavoro a parte, ma il cui approccio è sempre più specificamente evolucionistico.

stesso Hayek, David Friedman, Robert Nozick, gli anarco-capitalisti, e molti altri.

Tutti questi autori elaborano una filosofia sociale ed etica (morale, politica, economica, giuridica ...) che, benché più normativa che conoscitiva, fornisce la chiave concettuale per intendere non solo il *common law*, ma la stessa interpretazione della legge. Questa chiave concettuale è l'idea, cui ho già fatto appello più volte in questo lavoro, di effetti non intenzionali dell'azione umana intenzionale⁶⁰.

Quest'idea passa dalla dottrina classica del *common law* e dalla filosofia morale scozzese alla teoria economica di Smith e all'evoluzionismo biologico di Darwin (non all'opposto), e può riassumersi così. Gli umani compiono azioni *uti singulae* con certe intenzioni (per la definizione stessa di "azione"), e tali azioni individuali producono, *uti universae*, istituzioni quali linguaggio, mercato, diritto, Stato, scienza ...

Istituzioni siffatte sono altrettanti effetti non intenzionali – non necessariamente attesi o sperati da qualcuno degli attori che le compiono – di azioni individuali: effetti in sé né buoni (come crede Hayek del mercato)⁶¹ né cattivi (come, per fare un solo esempio, l'inquinamento ambientale). Si tratta solo di fatti, da studiare empiricamente e poi da valutare eticamente.

Nel caso del precedente, i giudici angloamericani producono decisioni per adempiere alla loro funzione di far giustizia fra le parti. Talora lo fanno senza neppure formulare uno straccio di *ratio decidendi*, che allora dovrà inferirsi direttamente dai fatti di causa: ulteriore conferma che sono i fatti, non le norme, gli unici ingredienti necessari di una decisione giudiziale. Giudici successivi useranno tale decisione, formulata oppure no, come base per produrre decisioni successive, e poi ancora ulteriori, e così all'infinito.

Così si è evoluto il *common law*, senza progetti da parte di qualcuno; così dicono che continui a evolversi tuttora. Ma così si evolve anche l'interpretazione e applicazione delle leggi, prodotte da politici che spesso non hanno la più pallida idea di come giudici e amministratori le interpreteranno e applicheranno. In entrambi i casi, vale quel che recita il Talmud: due cose disse Dio, tre ne abbiamo udite, questa è la potenza di Dio.

⁶⁰ Sull'idea di Karl Popper che l'obiettivo principale delle scienze sociali teoriche sia studiare gli effetti non intenzionali o di composizione delle azioni umane intenzionali, cfr. almeno R. BOUDON, *Effets pervers et ordre social*, Puf, Paris, 1977, p. 5. Per idee analoghe, cfr. R. BIN, *A discrezione del giuridice. Ordine e disordine. Una prospettiva "quantistica"*, Angeli, Milano, 2013.

⁶¹ E come io stesso sono lungi dal credere: cfr. M. BARBERIS, *Capitalismo e liberta. La grande truffa del secolo breve*, in *Teoria politica*, 2014, 4, pp. 191-203.

10. *Morali della storia*

Da questa breve storia, qui, si possono estrarre solo due morali: una teorica e una pratica. La morale teorica, o conoscitiva, è la seguente. È possibile costruire una teoria giusrealista più generale di quella corrente perché basata non più sulla legislazione, ma sul precedente di *common law* e sulla giurisprudenza di *civil law*. Questa teoria potrebbe dissipare il mistero lasciato dal giusrealismo: come mai, benché «yesterday's easy case may be today's hard case»⁶², il diritto nel suo insieme non venga travolto dall'incertezza.

Tale teoria del diritto, forse, fornirebbe il massimo contributo alla pratica che può fornire una teoria: una cornice concettuale entro la quale produrre ricerche empiriche, sociologiche, economiche, politiche, e anche strettamente giuridiche, che sarebbero più utili ai giuristi dell'attuale *jurisprudence* analitica. Entro tale cornice, i giuristi parteciperebbero più consapevolmente di quanto facciano ora alla produzione del diritto.

La morale *pratica*, o normativa, non è tanto invitare giudici, giuristi e tutti gli operatori del diritto a prendere più sul serio il precedente o la giurisprudenza – cosa che fanno già, pure troppo – né, meno che mai, chiedere al legislatore di adottare DPG: consuetudine giudiziale che, come tale, non può imporsi per legge. Al contrario, ai nostri riformatori in servizio permanente effettivo bisognerebbe chiedere un'altra cosa.

I nostri riformatori compulsivi, forse, dovrebbero solo smettere di pensare che la certezza del diritto possa ottenersi con sempre nuova legislazione e a scapito della giurisdizione: semmai, la si ottiene con la cooperazione e lo stesso conflitto fra legislatore e giudici. Quanto si può fare, insomma, non è solo redigere leggi e codici migliori, ma proporre riforme istituzionali ispirate a una cultura del precedente e della sua specifica legalità: il *rule of law*⁶³.

⁶² Così K.S. ABRAHAM, *Three Fallacies of Interpretation: A Comment on Precedent and Judicial Decision*, in *Arizona Law Review*, 23, 1981, pp. 771-773, specie p. 772. Ho sbizzato i contorni di tale teoria in M. BARBERIS, *For a Truly Realistic Theory of Law* (2016), in <https://revues.org/3624>.

⁶³ Cfr. almeno *Il rule of law: l'ideale della legalità*, a cura di G. PINO, V. VILLA, Bologna, Il Mulino, 2016.

INDICE DEI NOMI

A

ABRAHAM K.S., 232
ACKERMAN S.R., 173
ACOCCELLA G., 99, 103
ADAMS J.N., 23
ADCOCK F.E., 73, 78
ADORNO T.W., 120
ADRIANO (IMPERATORE), 27, 28, 43, 53, 56, 61
AGAMBEN G., 37, 139, 195
AGOSTI G., 201
AGOSTINO A., 121
AGRIPPA MARCO VIPSANIO, 48, 75
AINIS M., 14, 15
ALBANESE B., 59, 77
ALBERICO DA ROSCIATE, 131
ALBISETTI A., 114
ALESSANDRO SEVERO (IMPERATORE), 26, 45, 56
ALEXY R., 230
ALLEGRETTI U., 113, 189
ALPA G., 201
ALVAZZI DEL FRATE P., XIV, XVI, XXIV, XXV, 148
AMARI E., 111
AMATO G., 197, 198
AMBROGIO (SANTO), 53
AMMIANO MARCELLINO, 21, 23, 24, 34, 89, 91, 93
ANCO MARZIO, 9
ANDO C., 38
ANTIOCO II, 88
ANTONINO PIO (IMPERATORE), 26, 27, 28, 61
APPIANO DI ALESSANDRIA, 67, 68, 70, 71, 72, 77, 78, 79, 81, 88
APPIO CLAUDIO CIECO, 59
AQUADIES F., 121

ARANGIO-RUIZ G., 122
ARANGIO-RUIZ V., 125
ARBOGASTE, 50, 52
ARCADIO CARISIO, 59, 60, 61
ARCARIA F., XVIII, 74, 89, 90
ARENDRT H., 37
ARMITAGE D., XXIX
ASCARELLI T., 5
ASCHETTINO L., 120
AUBY J.-B., 181
AUFIDIO TITO, 25
AUGUSTO, vedi OTTAVIANO AUGUSTO
AURELIANO (IMPERATORE), 23, 46
AURELIO VITTORE SESTO, 24, 46, 62
AUSILIO D., 121
AUSONIO DECIMO MAGNO, 35, 36, 57
AUSTIN J., 209, 212, 215, 217, 225, 226
AVIDIO CASSIO GAIO, 23, 24, 28, 39, 31
AZOULAI L., 181
AZZARITI G., 105

B

BABUSIAUX U., 43
BACCARI M.P., 30, 31
BACH J.R., 198
BACH O., 148, 149, 150
BALBINO (IMPERATORE), 26, 27, 28, 30, 44, 57
BALBO A., 71, 74, 83, 90, 96
BALZAC H. DE, 100
BAMBI F., 199
BARB A.A., 22
BARBAGALLO C., 77
BARBERIS M., XXVIII, XXIX, 209, 217, 220, 221, 229, 231

- BARILE P., 198, 202, 204
 BARNES T.D., 23
 BARONE ADESI G., 29
 BARRA G., 77, 81
 BARRIENTOS GARCÍA J., 146, 149
 BARRY A., 190
 BARSOTTI V., 219
 BARTALUCCI A., 51
 BARTOLO DA SASSOFERRATO, 135
 BASTIT M., 147
 BATTAGLIA A., 204
 BAUMAN R.A., 28, 66, 67, 69, 70, 71, 74, 76,
 78, 82, 92
 BEAULAC S., 144
 BECCARIA C., 3, 180
 BECK U., 101
 BEHREND O., 11
 BELARDINELLI M., 199
 BELDA PLANS J., 149
 BELLINI B., 115
 BENEDETTI G., 3, 114
 BENEDUCE P., 204
 BENIGNO F., 190, 195
 BENTHAM J., XXIX, 209, 216, 217, 219, 222,
 223, 224, 225, 226
 BENVENUTI F., 105
 BÉRANGER J., 24, 27, 45, 49
 BERMAN H., 209
 BERNAL PULIDO C., 210
 BERNARDI A., 185
 BERNARDINI P., XVI
 BERTELLI S., 121
 BERTI G., 105, 113, 199
 BERTRAND-DAGENBACH C., 45, 56
 BETTI E., 27
 BETTINI F., 116
 BIFULCO D., 120
 BIFULCO R., 2
 BIN R., 231
 BIROCCHI I., XVI, 106, 144, 149, 163
 BIXIO A., 105
 BLACKSTONE W., XXIX, 215, 216, 222
 BLECKMANN B., 38
 BLEICKEN J., 32, 71, 72, 78, 82, 92, 93
 BLOCH H., 22
 BOBBIO N., 102, 109, 113, 160, 207
 BODIN J., 120, 171
 BOLDETTI A., 199
 BONAMENTE G., 23, 24, 28, 29, 38, 43, 46,
 47, 50, 56
 BONNEFOND-COUDRY M., 81
 BONVESIN DE LA RIVA, 100
 BORDONE F., 24
 BOUCHER J.-P., 77, 81, 92
 BOUDON R., 231
 BOURETZ P., 185
 BOUVIER H., 212
 BOWERSOCK G., 22
 BOWMAN A.K., 40
 BRACCESI L., 76
 BRACTON H., 213, 214
 BRANDT H., 29
 BRAUN H.E., 146
 BRECHT C.H., 78, 83
 BRIESKORN N., 148, 149
 BRISSONIO B., 121
 BROUGHTON T.R.S., 73
 BROWN P., 22, 58
 BRUNELLI G., XXVIII
 BRUNETTI F., 88
 BRUNNER O., 188
 BRUTO MARCO GIUNIO, 79
 BRUTTI M., 106
 BUCHHEIM H., 74, 78, 82, 85
 BUONGIORNO P., 26, 43
 BURCHELL G., 190
 BURDEAU F., 21
 BURIAN J., 46
 BURNS D., 224
 BUSNELLI F.D., 4
 BUSTAMANTE T., 210
- C**
- CABOARA L., 101
 CAGGIA F., 2
 CAIO SERVILIO CASCA, 70
 CALAFAT G., 196
 CALAMANDREI P., XVI, XXVII, 3, 4, 5, 13,
 99, 101, 162, 180, 201, 202, 203, 204
 CALAMANDREI S., 201, 203

- CALASSO F., 128
 CALIGOLA (IMPERATORE), 40, 49
 CALLU J.-P., 22, 29, 47, 52, 53, 54
 CALVINO G., 101
 CAMBRIA R., 200
 CAMERON AL., 22, 23, 29, 50, 51, 58
 CAMURRI R., XXV
 CANALE D., 221
 CANDIDO TIBERIO GIULIO, 27
 CANONICO T., 200
 CANULEIO CAIO, 11, 12, 15, 16, 17
 CAPANNA A., XVIII
 CAPOGRASSI G., 100
 CAPPELLETTI M., 3, 13, 202
 CAPPELLINI P., 141, 150
 CAPPONI G., 115
 CARACALLA (IMPERATORE), 26, 28, 30, 62
 CARAVALE M., 164
 CARNELUTTI F., 20, 101, 119
 CARONI P., 133
 CARPZOV BENEDICT, 153
 CARRARA F., 190, 191, 192, 193, 195
 CARRÉ DE MALBERG R., 125, 168, 169
 CARREL A., 100
 CARRIÉ, J.-M., 2
 CARUSI P., 200
 CASAVOLA F.P., 103, 104
 CASCIONE C., 30, 31, 69
 CASSI A.A., 144, 151
 CASSIA M., 66
 CASSIO DIONE LUCIO, XVII, 8, 26, 27, 32, 33, 34, 46, 54, 55, 56, 57, 61, 62, 77, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 93
 CASSIO LONGINO GAIO, 37, 39, 79
 CASTRIZIO D., 56
 CATILINA LUCIO SERGIO, 37, 82
 CAVANNA A., XXII, 154, 173
 CAVINA M., 151
 CAZZETTA G., XXVIII
 CECCONI G.A., 90
 CELOTTO A., 2
 CEPIONE FANNIO, 76
 CESARE GAIO GIULIO, 24, 27, 28, 39, 42, 60, 61, 73, 89
 CESARINI SFORZA W., 101
 CETEGO GAIO CORNELIO, 37
 CHAMPLIN E., 40
 CHARBONNIER N., 21
 CHARLESWORTH M.P., 73, 78, 81
 CHASTAGNOL A., 50, 52, 55
 CHELOTTI M., 73
 CHEREA, 41
 CHEVALLIER J., 162
 CHEVREAU E., 74
 CHIASSONI P., 210
 CHIFFOLEAU J., 135
 CHIGNOLA S., 190
 CHITTOLINI G., 130, 132
 CHRISTOL M., 46
 CHRISTOV T., 144
 CHUVIN P., 58
 CIAMPI C.A., 202
 CICERONE MARCO TULLIO, 2, 8, 9, 10, 32, 37, 43, 59, 89
 CICU A., 166
 CIPOLLA P., 153
 CITRONI M., 42
 CLAUDIANO CLAUDIO, 34, 35
 CLAUDIO (IMPERATORE), 26, 40, 41, 49, 56
 CLAVERO B., 149
 CLEOPATRA, 89
 CLODIO ALBINO DECIMO, 30, 40, 43
 COCO N., 99
 COGITORE I., 66, 67, 70, 74, 76, 77, 79, 80, 82, 86, 87
 COHEN F.S., 227
 COING H., 121
 COKE E., 214
 COLAO F., XVI, XXVII, 194, 199
 COLLOCA C., 186
 COLOMBO G., 103
 COMANDINO F., 204
 COMANDUCCI P., 110
 COMMODO (IMPERATORE), 28, 40, 43
 CONSTANT B., 175, 189
 CONZE W., 188
 COOK S.A., 73, 78
 CORNELIO CINNA, 77
 CORNELIO GALLO, XVIII, 63, 75, 76, 77, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97
 CORSO G., 198
 CORTESE E., 144

COSKUN A., 50, 51
 COSTA P., XIV, 128, 129, 132, 145, 148,
 156, 159, 188, 189, 190, 199
 COSTABILE F., 27, 73
 COSTANTINO (IMPERATORE), 25, 50, 56, 57, 61
 COURBY F., 56, 57
 COURCELLE P., 22
 COURTINE J.F., 147
 CRACCO RUGGINI L., 51, 58
 CRASSO MARCO LICINIO, 9
 CRAWFORD M.H., 16, 62
 CRESCI G., 66, 67, 77, 92
 CRESCI MARRONE G., vedi CRESCI G.
 CRIFÒ G., 105
 CRISAFULLI V., 105, 204
 CRISCUOLO U., 22
 CRISPI F., 198, 199
 CRISTOFOLINI P., 124
 CROMWELL O., 165
 CROSS R., 211
 CRUET J., 108
 CRUZ CRUZ J., 146, 150
 CUJAS J., 122
 CUOCOLO F., 106, 109
 CUONO M., 212
 CURIAZIO, 16
 CVITANIĆ A., 135

D

D'ATENA A., 117
 D'IPPOLITO F.M., 67, 122
 DALLA ROSA A., 25
 DALMAZIO, 50
 DALY L.J., 77
 DAREMBERG CH., 56
 DARWIN C., 223, 231
 DAVIS J.A., 198
 DE GIOVANNI L., 22
 DE KERCHOVE M. VAN, 185
 DE LAS CASAS BARTOLOMÉ, 146, 150
 DE MAISTRE J., 119
 DE MARIANA JUAN, 146
 DE MARINI AVONZO F., 77, 81, 83, 92, 93,
 94, 118

DE MARTINO F., 15, 27, 48, 57, 78, 82, 83, 86
 DE NITTO A., 105, 109, 111, 117, 118, 119
 DE RUGGIERO G., 202
 DECIANI TIBERIO, 152, 154
 DELEUZE G., 186
 DELIGNON B., 76
 DEMOUGIN S., 73, 81
 DEN HENGST D., 47
 DESNIER J.-L., 21
 DESSAU H., 23, 85
 DETTENHOFER M.H., 65
 DEWAR M., 35
 DI DEDDA I., 110
 DI GIOVINE A., 117
 DI PAOLA L., 57
 DI RUDINÌ A., 199
 DI STEFANO MANZELLA I., 73, 78, 81
 DICEY A., 213
 DIDIO GIULIANO MARCO (IMPERATORE), 24,
 26, 27, 28, 30, 40, 42
 DILCHER G.G., 130
 DILIBERTO O., 14
 DIONE CRISOSTOMO, 62
 DOGLIANI M., 165
 DOGLIO M., 200
 DOLCI D., 204
 DOLCINI E., 197
 DOMAT J., 163, 171
 DOMINEDÒ F.M., 100
 DOMIZIANO (IMPERATORE), 30, 43
 DONDARINI R. 130
 DONELLO U., 120
 DONINI M., 173, 185
 DUBUISSON M., 61
 DUCOS M., 6, 8
 DUTEIL DE LA ROCHERE J., 181
 DUVE TH., 146, 148, 150
 DUXBURY N., 217
 DWORKIN R., 210, 230
 DYZENHAUS D., 195

E

EDLIN D.E., 209
 EGNAZIO MARCO RUFO, 77

EHRlich E., 47
 ELIO SEIANO LUCIO, 26
 ELIOGABALO, vedi MARCO AURELIO
 ELLIS E., 50
 ERMANN H., 69
 ERODIANO, 26, 32, 42, 43, 44
 ERODOTO, 42
 ESMEIN A., 172
 ESSER J., 230
 ESTIOT S., 47
 EUGENIO FLAVIO, 50, 52
 EUSEBIO DI CESAREA, 23, 89
 EUTROPIO, 24, 42, 62, 89
 EVANS J., 218
 EWALD B.C., 39

F

FADINGER V., 85
 FALCONE G., 60
 FAORO D., 75
 FARINACCI PROSPERO, 122
 FASSBENDER B., 144
 FATELLI G., 100, 105
 FAUSTINA ANNIA GALERIA, 26
 FAVORINO, 9
 FELICE, 53
 FELICI M., 61
 FERRAJOLI L., 99, 109, 110, 116, 119, 171
 FERRANTE R., XXIII
 FERRARESE M.R., 15, 20
 FERRARI V., 14, 19, 20
 FERRARO F., 223
 FERRARY J.-L., 21, 25, 27, 31, 42
 FERRERO G., 78, 81, 91
 FESTO RUFO, 89
 FIANDACA G., 173, 185
 FILANGIERI G., 118
 FILARGO, 89
 FILOSTRATO LICIO FLAVIO, 52
 FINO M.A., 38
 FIOCCHI MALASPINA E., 144
 FIORAVANTI C., 122
 FIORAVANTI M., 165
 FIORI A., 198

FLAIG E., 38, 39, 42, 47, 49
 FLAVIO GIUSEPPE TITO, 40, 41
 FLAVIO VOPISCO, 23, 28, 55
 FLOWER H.L., 75
 FOIS S., XV, 99
 FORABOSCHI D., 78, 85
 FORESTIERI D., 103
 FOUCAULT M., 190, 194
 FRAKES R.M., 29
 FRANK J., 226
 FRANKEL E., 203
 FRASCHETTI A., 48, 51, 90
 FREDA D., 216, 218
 FREYBURGER-GALLAND M.-L., 21, 32, 33,
 34, 46, 54, 56, 81
 FRONTINO SESTO GIULIO, 59
 FRONTONE MARCO CORNELIO, 61
 FUGAZZA E., 135
 FÜNDLING J., 29

G

GABBA E., 78, 82, 85
 GAGLIARDI P., 76, 87, 92, 93, 94, 95
 GAIO, 11, 15, 30, 31, 38
 GALANTE GARRONE A., 201
 GALATI L., 204
 GALBA SERVIO SULPICIO, 42
 GALLI C., 149
 GALLIENO PUBLIO LICINIO EGNAZIO, 56
 GALLINA A., 73, 78
 GALLO F., 118
 GALVAGNO G.F., 197
 GANGEMI G., 108
 GARA A., 78, 85
 GARCIA CAMIÑAS J., 94
 GARCIA PEREZ R., 146
 GARDNER J., 209, 220
 GARDTHAUSEN V.E., 78, 81
 GARGANI A., 185, 187, 207
 GASPARRI P., 114
 GASTI F., 24
 GAUDEMET J., 24
 GAUVARD C., 135
 GEHRARDT M.J., 221

- GELLIO AULO, 9, 46
 GENTA E., 144
 GENTILE G., 107
 GENTILE S., XVI
 GENUZIO, 16
 GÉNY F., 162, 172
 GERARD P., 185
 GERMANICO GIULIO CESARE, 25, 48
 GETA PUBLIO SETTIMIO (IMPERATORE), 62
 GIACOMO I STUART, 214
 GIANNINI A., 99
 GIANNINI M.S., 18, 114, 204
 GIANNONE P., 121
 GINSBURG T., 173
 GINZBURG C., 25
 GIOLITTI G., 200
 GIUFFRIDA C., 66
 GIULIANO L' APOSTATA (IMPERATORE), 23
 GIULIO CAPITOLINO, 28, 55
 GIUNTA F., 185
 GIUNTI P., XVI, XVII, XX
 GIUSTINIANO (IMPERATORE), 121
 GLENN P., 209
 GNEIST VON R., 177
 GOLDSCHMIDT W., 111
 GOLDSTEIN L., 218
 GOODMAN J.C., 230
 GORDIANO III (IMPERATORE), 30
 GORDON C., 190
 GORLA G., 212
 GOZZI G., 144
 GRATTAROLA P., 65, 73
 GRAY C.M., 213
 GRAZIANO FLAVIO (IMPERATORE), 35, 36, 57, 58
 GRECO T., 113, 160
 GRELE F., 60
 GRIMAL P., 77
 GROSSI P., XV, XVI, XXII, 15, 20, 101, 105, 106, 108, 113, 114, 119, 122, 128, 131, 132, 148, 150, 151, 172, 180, 184, 201, 202, 204
 GROSSO C. F., 185
 GROSSO G., XVIII, 63, 64, 100
 GROZIO UGO, XXIII, 141, 143, 163
 GRUNERT F., 146, 148
 GUARNIERI C., 198
 GUASTINI R., 102, 110, 166, 213
 GUAZZALOCA G., 199
 GUIDI J., XXIX
 GUIZZI F., 78, 81
- H**
- HÄBERLE P., 117
 HAFERKAMP H.-P., 141
 HALE M., 213, 214, 215
 HALKIN L., 87
 HALSBURY (EARL OF), 218
 HAMMOND M., 33
 HANEL J.J., 135
 HARENDT H., XVI
 HARRIS J., 223
 HART H., 215, 224, 226
 HARTKE W., 50, 52
 HASSAN R., 14
 HATTENHAUER C., 121
 HAURIUO M., 125
 HAYEK F., 207, 209, 216, 223, 224, 231
 HECKETSWEILLER L., 31, 37
 HEIM H., 29
 HELLEGOUARC'H J., 24
 HELZEL P.B., 101
 HENKEL TH., 141
 HESPANHA A.M., 141
 HEUSS A., 37
 HILLIGER O., 120
 HINDESS B., 190
 HITZEL-CASSAGNES S., 114
 HOBBS THOMAS, XXIII, 137, 138, 139, 140, 147, 209, 214, 216, 219
 HOFFMANN F., 89, 90, 92
 HOLDSWORTH W., 214
 HOLLARD V., 33
 HONORÉ T., 28, 29, 40, 52, 59
 HORKHEIMER M., 120
 HORWITZ M.J., 226
 HUMBERT M., 21, 69, 122
 HURLET F., 21

I

IACCARINO C.M., 117
 IADICICCO M.P., 185
 IGLESIA FERREIRÓS A., 133
 IMBRIANO G., 186
 INSOLERA G., 185
 IRTI N., 18, 19, 20, 107
 ISIDORO DI SIVIGLIA, 89
 ISNARDI PARENTE M., 120, 171

J

JACOBY F., 23
 JAL P., 85, 86
 JANNI P., 73
 JEANGENE VILMER J.B., 122
 JEMOLO A.C., 1, 2, 3, 4, 101
 JONES A.H.M., 22, 26, 27

K

KANT I., 107
 KARLOWA O., 27
 KATOLO A.J., 101
 KAUFMANN A., 111
 KELSEN H., 3, 109, 110, 111
 KIENAST D., 72, 78, 82
 KIRCHHEIMER O., 160
 KLEIN E., 121
 KOENEN L., 48
 KOLB F., 25, 43
 KOLKOS M., 195
 KOSELLECK R., 186, 187, 188, 194
 KREMER D., 74
 KUBRIK S., 187
 KUNKEL W., 72, 76, 78, 82

L

LA PIRA G., 2
 LABRUNA L., 30, 31, 85

LACCHÈ L., XV, XVI, XXVI, XXVII, 148,
 170, 173, 189, 191, 192, 193, 199, 200, 204
 LAFFI U., 85
 LAGHMANI S., 144
 LAMPRIDIO ELIO, 28, 55
 LANGBEIN J.H., 219
 LANGDELL C., 226
 LANGELLA S., 146, 150
 LANZA C., XIV, XIX, XXIV, 113
 LAQUERRIERE-LACROIX A., 74
 LARICCIA S., 109
 LATTANZI E., 73, 78
 LAURENDI R., 25, 41
 LAVENIA V., 146
 LE LYDIEN J., 61
 LEGENDRE P., 179
 LEIBNIZ GOTTFRIED WILHELM, 163
 LENEL O., 59, 61
 LENER S., 100
 LENGLE J., 81
 LENTULO PUBLIO CORNELIO, 37
 LEONI B., 111, 112, 230
 LEPIDO MARCO EMILIO, 76, 85
 LESAFFER R., 144
 LEVI A., 113
 LEVI M.A., 78, 85
 LEVICK B.M., 49, 78, 88
 LEVRA U., 199, 200
 LIBONE DRUSO, 78
 LICANDRO O., 27
 LIDDELL H.G., 88
 LIEBERMAN D., 216
 LIEBS B., 29, 62
 LINDSETH P., 173
 LINTOTT A., 40
 LIPARI N., 103
 LIZZI TESTA R., 22, 58
 LLEWELLYN K., 226, 227, 229
 LOEWENSTEIN K., 38
 LONGO M., XV
 LOPEZ DE OÑATE F., 202
 LORAUX N., 37
 LORENZ W., 58
 LOSCHIAVO L., XVI, 106
 LOVOTTI F., 24

LUCCHINI L., 200
 LUCIO PISONE CALPURNIO CESONINO, 84
 LUCREZI F., 31
 LUHMANN N., 230
 LUIGI NAPOLEONE, 100
 LUONGO D., 139, 140, 143
 LUZZATI C., XIV
 LUZZATTO S., 202

M

MACAREL L.-M.-A., 177
 MACCORMICK N., 219, 228
 MACRINO MARCO OPELLO (IMPERATORE),
 26, 27, 28, 29, 60
 MACROBIO AMBROGIO TEODOSIO, 79
 MAGNINO B., 120
 MAGRASSI M., 117
 MAIURI A., 78
 MALATESTA M., 200
 MALITZ J., 78
 MANCUSO F., 144
 MANCUSO G., 42
 MANFREDI M., 70, 107
 MANGIAMELI R., 74, 90
 MANN A., 78
 MANNINO V., 31
 MANNORI L., XXV, 174
 MANSFIELD (EARL OF), vedi MURRAY W.
 MANTOVANI D., 30
 MANUWALD B., 78, 85
 MANZONI G.E., 77
 MARCI T., 111
 MARCO ANTONIO, 24, 26, 28, 79, 80, 81, 85,
 88
 MARCO AURELIO (IMPERATORE), 26, 27, 28, 61
 MARCO CLODIO PUPIENO MASSIMO (IMPE-
 RATORE), 42, 44
 MARCONE A.A., 53, 54, 78, 90, 94
 MARINUCCI G., 197
 MAROTTA V., XVII, XVIII, 23, 25, 26, 31,
 32, 34, 36, 37, 48, 59
 MARRIOTT M., 23
 MARROU H.-I., 22
 MARSHALL JE., 229
 MARSHALL JO., 227
 MARTIN P.M., 42
 MARTONE L., 197, 198
 MARTUCCI R., 170
 MARTYN G., XXIV, 154
 MASI DORIA C., 69
 MASSIMINO IL TRACE (IMPERATORE), 30, 42, 43
 MASSIMO MAGNO CLEMENTE, 26, 27, 28, 30,
 44, 57
 MASTROMARINO A., 117
 MASTROROSA I., 10
 MATTEI U., 15
 MATTEUCCI N., 102
 MAULIN È., 125
 MAUS I., 114
 MAYER M., 47
 MAZZA M., 61
 MAZZARINO S., 45, 51
 MAZZI F., 204
 MCFAYDEN D., 71
 MECCARELLI M., XIII, XIV, XV, XXII,
 XXV, XXVII, 130, 134, 142, 147, 148,
 154, 156, 194, 195, 200
 MEISSNER B., 23
 MENENDEZ E., 99
 MENGER K., 217
 MENGONI L., 166
 MENICONI A., 201
 MENKE C., 121
 MENOCHIO JACOPO, 153
 MEREU I., 198
 MESSINEO F., 166
 MICHEL A., 6
 MIGLIO G., 100
 MIGLIORINO F., 147
 MILAZZO F., 31
 MILLAR F., 81, 85
 MILLER P., 190
 MINAS-NERPEL M., 89, 90, 92, 94
 MINDA G., 228
 MINEO B., 21
 MINERVIO, 53, 54
 MINUTOLI D., 57
 MOATTI C., 38, 43

MODESTINO ERENNIO, 34
 MODUGNO F., 101, 105
 MOLÉ C., 66
 MOLINA LUIS DE, 146, 147, 150
 MOMIGLIANO A., 22
 MOMMSEN T., 21, 27, 30, 36, 37, 38, 39, 41,
 47, 49, 51, 58, 82
 MONTANARI F., 88
 MONTESQUIEU CH.-L. DE SECONDAT (BA-
 RONE DI), XXIII, 44, 119, 142
 MORAL SORIANO L., 210
 MORAND C.A., 162
 MORIZIO V., 73
 MORO A., 2
 MORTATI C., 204
 MOSCHELLA G., 117
 MOSTACCI E., 113
 MÜHLL V., 65
 MÜNZER F., 78, 81
 MURATORI L.A., XXII
 MURENA LICINIO, 76
 MURRAY W. (EARL OF MANSFIELD), XXIX,
 215, 216, 222, 224, 227
 MUSSON A., XXIV, 154
 MUSUMECI A., 106

N

NASTI F., 29, 59
 NELLI R., 135
 NEPPI MODONA G., 201
 NERI V., 25, 43, 45, 46, 47
 NERONE (IMPERATORE), 26, 42, 43
 NERVA MARCO COCCEIO (IMPERATORE), 33
 NICOLAO DAMASCENO, 58
 NICOMACO FLAVIANO VIRIO IUNIOR, 52
 NICOMACO FLAVIANO VIRIO SENIOR, 23, 28,
 29, 47, 50, 51, 52, 55, 58
 NIEBUHR B.G., 177
 NINO C., 207
 NIPPEL W., 42
 NOÉ E., 47, 90
 NOREÑA C.F., 39
 NUMA POMPILIO, 9
 NUZZO L., 150

O

O'BRIEN MOORE, 86
 OLIPHANT H., 227
 OLIVETTI M., 2
 ONORIO FLAVIO (IMPERATORE), 35, 36, 50,
 52
 ORAZIO, 14
 ORECCHIA R., 100, 101
 ORESTANO R., 42, 120, 121
 ORMANNI A., 86
 ORNAGHI L., 1
 OROSIO PAOLO, 24, 89
 ORTALLI G., 130
 ORTEGA Y GASSET J., 18
 OSBORNE T., 190
 OST F., 185
 OTTAVIANO AUGUSTO (IMPERATORE), XVIII,
 XIX, 7, 22, 26, 27, 39, 40, 42, 48, 49, 56,
 60, 61, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72,
 73, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84,
 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95,
 96, 97, 126
 OTTAVIO MARCO, 70
 OVIDIO PUBLIO NASONE, 42, 89

P

PABST A., 45
 PACATO DREPANIO, 50
 PACE A., 166
 PACI G., 23, 43, 46, 50
 PADOA SCHIOPPA A., XX, XXI, XXII
 PADOVANI T., 184, 185, 197
 PAILLER J.-M., 77
 PALAZZO F., 173, 184, 185
 PALCHETTI P., 148, 195
 PALM U., 121
 PANI M., 26, 31
 PAOLO GIULIO, 59, 61, 62
 PARSİ B., 49
 PARTENIO DI NICEA, 89
 PASCHOUD F., 22, 23, 24, 30, 38, 46, 47, 51,
 56, 58, 61
 PASQUINO G., 102

PASSANITI P., 2
 PASTORE B., 185
 PATERCOLO MARCO VELLEIO, 77, 79, 83, 86,
 124, 125
 PEACHIN M., 42
 PECENNIO NIGRO GAIO, 30, 49
 PELLOUX L., 199, 200
 PENE VIDARI G.S., 116
 PEPPE L., 31
 PERTINACE PUBLIO ELIO, 24, 28, 30
 PESCH A., 72, 74, 77, 78, 82, 84
 PETERS A., 144
 PETRILLO F., 118
 PETRINI D., 196, 197, 198
 PFEIFFER S., 89, 90, 92, 94
 PHILLIPS D.A., 77
 PIACENTE D.V., 60
 PICA G., 197, 198
 PIERGIOVANNI V., 130, 133
 PIETROPAOLI S., 144
 PIFFERI M., XXVII, XXVIII, 188, 197
 PIHLAJAMÄKI H., XXIV, 154
 PINO G., 112, 232
 PINTO G., 135
 PINZONE A., 66
 PISONE GNEO CALPURNIO, 92
 PLATONE, 37
 PLAUZIO C., 59
 PLINIO IL GIOVANE, 34, 41, 43, 61
 PLUTARCO, 89
 PÓKECZ-KOVÁČZ A., 74
 POLIBIO, 53, 54
 POLLIONE GAIO ASINIO, 23
 PÖLÖNEN J., 69
 POLVERINI L., 46
 POMA G., 73
 POMPEO MAGNO GNEO, 7, 41
 POMPONIO SESTO, XIX, XX, 31, 48, 123
 POPPER K., 231
 PORTALIS J.-E.-M., 118
 PORTINARO P.P., XIII
 POSNER R., 230
 POSTEMA G.J., 208, 211, 214, 215, 216, 222,
 223, 224
 POTHIER R.-J., 163

PRETESTATO VETTIO AGORIO, 51
 PREUß U.K., 114
 PRIEST G.L., 230
 PRIMO MARCO ANTONIO, 43
 PROBO MARCO VALERIO, 24, 26, 28
 PROCOPIO, 89
 PRODI P., 149
 PROTADIO, 54
 PROTO PISANI A., 18
 PUBLIO VENTILIO BASSO, 73
 PUFENDORF SAMUEL, 163
 PUGIOTTO A., 185
 PUGLIATTI S., 101

Q

QUADRATO AULIO GIULIO, 27
 QUAGLIONI D., 131, 150
 QUINTILIANO MARCO FABIO, 89
 QUINTO GALLIO, XVIII, 63, 65, 67, 68, 69,
 70, 71, 72, 82, 83, 88, 96, 97

R

RAAFLAUB K.A., 92
 RACHIS, XX
 RADIĆ Ž., 130
 RAGGI L., 101
 RAPONE V., 105
 RATTI S., 22, 24, 29, 44, 50, 52, 54, 55, 58
 RATTIZZI F., 197
 RAVÀ A., 101
 RAWLS J., 207
 RAZ J., 208, 210, 212
 REDUZZI MEROLA F., 73
 REITER W.L., 77
 RESCIGNO P., 201
 RICHARDSON J.S., 82
 RICUPERATI G., 121
 RINALDI G., 22, 47
 RINALDI L., 111
 RITTERSHAUSEN K., 121
 RIVERO J., 178
 RIVOLTA TIBERGA P., 53

- ROCCI L., 88
 ROCKER N., 204
 RODESCHINI S., 186
 RODOTÀ S., 4, 16, 19
 ROGERS R.S., 78,
 ROHR VIO F., 66, 67, 68, 69, 70, 73, 74, 75,
 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 85, 86, 87, 89,
 90, 92, 96, 97
 ROHRBACHER D., 23, 52
 ROMAN Y., 76
 ROMANELLI R., 198
 ROMANO D., 51
 ROMANO S., 20, 105, 106, 107, 108, 126, 196
 ROMOLO, 9
 RONCATI S., 55
 ROSA M., 119
 ROSANVALLON P., 181
 ROSE N., 190
 ROSEN K., 23
 RÖSGER A., 45
 ROSS A., 208, 210
 ROSSI P., 14
 ROTARI, XX
 ROTONDI G., 15, 16
 ROULIN A., 175
 ROUSSEAU J.-J., XXIII, XXV, 137, 138, 142,
 169
 RUBUN P.H., 230
 RÜCKERT J., 141
 RUPERTO C., 118
 RÜPKE J., 35, 58
- S**
- SADE D.A.F. DE, 122
 SAINT-BONNET F., 195
 SALERNO F., 122
 SALINGER J.D., 183
 SALLUSTIO GAIUS CRISPO, 8
 SALVATORELLI L., 202
 SALVIANO DI MARSIGLIA, 35
 SALVIDIENO RUFO QUINTO SALVIO, XVIII,
 63, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82,
 83, 84, 85, 87, 88, 89, 91, 94, 96, 97
 SAMONS L.J., 92
 SANSONE B., 23
 SANTALUCIA B., 71
 SANTARELLI U., 133
 SANTUCCI G., 15
 SARTI N., 130
 SATTA S., 103
 SAUNDERS D., 195
 SAVIGNY K.F. VON, 211
 SBRICCOLI M., XV, XVI, XXII, XXIV, XXVI,
 130, 133, 135, 151, 152, 153, 173, 188,
 191, 192, 200, 204, 205
 SCARPINATO R., 117
 SCATTOLA M., 146
 SCHEID J., 21, 57
 SCHEID J., 76
 SCHENKL F., 88
 SCHIAVELLO A., 112
 SCHIAVONE A., 19
 SCHIERA P., 100, 144
 SCHMIDT T., 114
 SCHMITT C., 100, 105, 106, 114, 160, 161,
 166, 195
 SCHMITTHENNER W., 92
 SCHNEPF R., 148
 SCHOFIELD P., 223
 SCHULZ F., 125
 SCIACCA M.F., 120
 SCLOPIS F., 118
 SCOTT R., 88
 SUCCIMARRA L., 144, 190, 195
 SEELMANN K., 107, 146, 148, 150
 SEIDENSTICKER B., 42
 SELDEN J., 214
 SENECA LUCIO ANNEO, 31, 76, 77
 SERVIO TULLIO, 9
 SERVIO, 62
 SEVERO LUCIO SETTIMIO (IMPERATORE), 28,
 30, 40, 62
 SGUBBI F., 184, 185
 SHAHABUDDEEN M., 221
 SHAMP J., 61
 SIEYÈS J.-E., 165, 166
 SIGONIO C., 121
 SILVESTRINI M., 73
 SIMMACO QUINTO AURELIO, 50, 52, 53, 54, 55
 SIMON TH., 130

SIMONIN A., 196
 SIMPSON A.W.B., 209, 216
 SIVAN H., 23
 SLUZEWSKA Z., 11
 SMEND R., 105
 SMITH A., 231
 SOLIDORO MARUOTTI L., 69
 SORDI B., XVI, XXV, XXVI, 170, 174
 SORDI M., 57, 79
 SOTIS C., 148, 195
 SOTO DOMINGO DE, 146, 150
 SPARZIANO ELIO, 28, 55
 SPAVENTA S., 177
 SPINOZA BARUCH, 112, 113
 STEVENS R., 218
 STIENING G., 148, 149
 STILICONE FLAVIO, 52
 STOLFI E., 5, 38
 STOLLEIS M., 163
 STONE J., 227
 STORTI C., XX, XXVII, 130, 131, 132, 159, 194
 STORTI STORCHI C., vedi STORTI C.
 STRABONE, 69
 STRAUB J., 29, 56
 STRONATI M., 192
 STROTHMANN M., 77
 SUAREZ FRANCISCO, 146, 147, 150
 SUSKI R., 23
 SVETONIO, 42, 56, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 91, 75, 76, 82, 83, 86, 89, 92, 93
 SYME R., 6, 44, 69, 73, 81
 SZIDAT J., 21, 25, 39
 SZRAMKIEWICZ R., 73

T

TABARRINI M., 115
 TACITO PUBLIO CORNELIO, XVII, 6, 7, 8, 9, 14, 15, 17, 18, 24, 25, 26, 27, 28, 34, 43, 47, 48, 76, 123, 125
 TALAMANCA M., 29
 TALBERT R.J.A., 6, 72, 81
 TANTILLO I., 25
 TARELLO G., 104, 141, 163, 227

TARQUINIO, 8, 9
 TARUFFO M., 210
 TEODORO, 53
 TEODOSIO I (IMPERATORE), 50, 52, 57
 THOMAS Y., 42, 62, 69
 THOMPSON E.A., 22
 THON A., 113
 TIBERIO (IMPERATORE), 25, 26, 42, 60
 TITO LIVIO, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 47, 59, 60, 79, 80, 87, 123
 TOGLIATTI P., 2
 TOMAS Y VALIENTE F., 146
 TOMMASEO N., 115
 TOMMASO D'AQUINO, 131
 TONDO S., 25
 TONIATTI R., 117
 TOZZI L., 122
 TRAIANO (IMPERATORE), 33, 34, 41
 TRAIANO (IMPERATORE), 50, 54, 55
 TRANFAGLIA A., 102, 103
 TREBELLIO POLLIONE, 23, 28, 55
 TRENIN S., 108
 TROGLIĆ M., 130
 TRONCONE P., 198
 TROPER M., 210
 TULLO OSTILIO, 9

U

ULPIANO DOMIZIO ENEO, 30, 31, 37, 62, 67
 URBANIK J., 11
 URSO G., 32, 46, 54
 USENER H., 51

V

VALDÉS E.G., 148
 VALENTE FLAVIO GIULIO (IMPERATORE), 57
 VALENTINIANO II (IMPERATORE), 21, 57
 VALERIANO (IMPERATORE), 50, 54, 55
 VALERIO LARGO, 91, 93
 VALERIO MASSIMO, 25
 VALERIO MESSALLA CORVINO, 79
 VALLEJO J., 131

VALLERANI M., 134, 135
 VALSECCHI C., XXVII, 194
 VAN DEN HOUT M., 61
 VAN HAEPEREN F., 57, 58
 VANO C., 141
 VARANINI G.M., 130
 VARANO V., 219
 VASQUEZ DE MENCHACA FERNANDO, 146
 VASSALLI F., XVI, 3
 VASSALLI G., 204
 VEDEL G., 173
 VENTICELLI M., 130
 VERDE G., 118
 VETRANIONE, 42
 VEYNE P., 21, 34, 38
 VICO G.B., 121, 124
 VIENNET J.P.G., 100
 VILLA V., 112, 232
 VILLEY M., 141, 147
 VINCENTI U., 15, 84
 VINNIO A., 121
 VIOLANTE L., XV, 190, 199
 VIRGILIO PUBLIO MARONE, 89
 VITELLIO AULO, 26, 42
 VITORIA FRANCISCO DE, 145, 146, 148, 149
 VITTINGHOFF F., 84, 86
 VIVIEN A.-F.-A., 177
 VOGLIOTTI M., 181
 VOGLIOTTI M., 185
 VOGT J., 22
 VOLCACIO GALLICANO, 28, 55
 VOLKMANN H., 71, 72, 74, 77, 82, 88, 92
 VOLTERRA E., 16, 29
 VULTEIO E., 120, 121

W

WALINE M., 163
 WASSERSTROM R., 229

WEBER M., 122, 160
 WENDELL HOLMES O., 272
 WENGER L., 20, 101, 116
 WHITMAN R., 238
 WICKERT L., 21
 WIEACKER F., 19, 20, 110, 183, 187, 191, 197
 WIEDEMANN T.E.J., 40
 WILHELM W., 228
 WILLEMS P., 27, 65, 72, 73, 78, 81
 WILLOWEIT D., 130
 WILSON W., 177
 WINDSCHEID B., 9-11, 41, 117, 118, 232, 304
 WISEMAN T.P., 65, 73
 WITZES J., 50, 51, 52
 WŁASSAK M., 118
 WOLF J.G., 187
 WOLFF C., 163
 WU T.-M., XX, 121
 WUNDERLICH A., 278

Y

YEATMAN A., 195

Z

ZACCARIA G., 230
 ZAGREBELSKY G., XVI, 180, 201, 204
 ZAMORANI P., 16
 ZANARDELLI G., 200
 ZANINI A., 186
 ZAWADZKI T., 47
 ZDEKAUER L., 135
 ZOLO D., 159, 199
 ZOPPINI A., 2
 ZORZI A., 135
 ZOSIMO, 57, 58

Finito di stampare nel mese di dicembre 2016
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

