**ORDINAMENTO [XXX, 1980]**

di Brutti Massimo

**Ordinamento giuridico (profili storici) [XXX, 1980]**

1. Il problema.

Il sintagma 'ordinamento giuridico' assume entro le dottrine contemporanee diversi significati. Può evocare implicazioni teoriche molto circoscritte, ma può anche presentarsi come equivalente della nozione di diritto oggettivo o designare una particolare branca del diritto.

In tutti i casi, mediante lo schema dell'ordinamento viene raffigurato un insieme fenomenico che si vuole intendere come unitario. Le diverse teorie spiegano le forme di questa unità e si propongono di individuarne il fondamento. Così facendo, non possono evitare una rappresentazione storica, sia pure limitata ad una schematica diacronia, con la quale si dà conto di come si formi e si unifichi l'insieme di tecniche sociali che denominiamo diritto.

Anche la storiografia vera e propria usa la categoria dell'ordinamento giuridico, per indicare un complesso unitario di schemi di regolamentazione, in condizioni determinate di spazio e di tempo. La riflessione degli storici contemporanei, avendo sempre come base e come orizzonte i fatti indagati, ha portato un proprio contributo alla teoria ed ha messo in luce come l'analisi di una formazione giuridica unitaria non possa prescindere dal considerare la struttura e l'effettività del potere che mediante tale formazione si stabilisce e si esercita.

I romanisti hanno scritto pagine significative intorno a questi temi, cercando nell'ordinamento romano e nelle sue vicende, o negli ordinamenti romani e nei loro rapporti, la rivelazione delle forze che muovono la macchina del diritto (secondo una vecchia idea di Rudolf von Jhering).

Non vi è alcuna immagine entro l'esperienza giuridica dei Romani che immediatamente corrisponda all'idea contemporanea di ordinamento e ancora meno all'una o all'altra delle sue varianti teoriche. Questo concetto può esprimere soltanto un'interpretazione dei documenti ideologici provenienti dalla cultura romana - rari per la verità - che tracciano una visione sintetica delle forme (o di alcune forme) di disciplina giuridica del vivere sociale.

Dunque la nostra indagine deve partire dalle interpretazioni con le quali la coscienza contemporanea stabilisce un nesso di continuità diretto (e troppo semplice) tra alcune nozioni generali di ius e l'immagine odierna del diritto, come prodotto dell'esperienza statuale: come insieme di tecniche impersonali che delimitano e garantiscono l'azione dei consociati.

Perciò dobbiamo rivolgerci alla storia della storiografia e ricostruire la prospettiva di ricerca nella quale si collocano i romanisti quando discutono di ordinamento giuridico, senza dimenticare che il problema ha come punto d'origine il pensiero moderno, sebbene sia delineato attraverso un gioco continuo di rinvii alle fonti.

Infine dobbiamo esaminare i documenti ideologici di cui parlavamo prima: ricostruire cioè come si formino e fin dove giungano, nel pensiero giuridico romano, le concettualizzazioni unitarie delle tecniche di regolamentazione dei comportamenti.

2. Le immagini contemporanee dell'ordinamento giuridico e l'osservazione storica interna alla scienza.

La dottrina contemporanea ha elaborato due immagini dell'ordinamento che muovono da una medesima esigenza: descrivere unitariamente dati sociali e fenomeni normativi, considerati dai giuristi come oggetti rilevanti di osservazione.

Che cosa intendiamo quando parliamo di immagini? Si tratta di un concetto che investe contemporaneamente il campo della teoria e quello dell'ideologia. Esso indica, nel discorso che stiamo per svolgere, un insieme coerente di pensieri, di riflessioni, di affermazioni, che si dispongono attorno ad un punto di vista e si riferiscono a ciò che è o dovrebbe essere l'oggetto denotato mediante l'espressione 'ordinamento giuridico'. L'immagine può essere il risultato di una descrizione, oppure la formulazione di un modello prescrittivo. Ma il più delle volte riassume in sé entrambe queste attività, perché delimita secondo un ordine determinato i segmenti di esperienza che vuol riprodurre (1).

Non si può tentare una storia del pensiero giuridico se non si ha chiara l'inevitabile arbitrarietà delle nozioni-base su cui questo viene costruito. Bisogna indagare il sistema delle scelte in cui l'arbitrarietà consiste. Lo storico, per primo, deve spiegarne gli itinerari e le finalità: deve ricostruire il terreno empirico su cui le scelte si formano (2). Ogni concetto è il risultato di una selezione ed ogni tassonomia non è altro che l'assunzione di una serie di fatti, anche eterogenei (bisogna vedere quali e perché sono stati scelti), ma pensati entro una simultaneità ed uno spazio comune dalla cultura che produce le classificazioni e che fissa con ciò il proprio territorio abituale.

La prima immagine è quella dell'ordinamento come complesso di norme. Il rappresentante più significativo delle teorie normativistiche è Hans Kelsen. Il suo apporto originale consiste nel costruire l'ordinamento come entità unitaria, non riducibile alle norme giuridiche ed alla loro empirica pluralità. I singoli precetti si inquadrano in un sistema gerarchico. La loro validità si misura in quanto essi possano essere ricondotti, più o meno mediatamente, ad una norma fondamentale sulla produzione normativa, che regge l'intero sistema.

Ogni norma, a cominciare da quelle concrete ed individuali, come la sentenza giudiziaria, rinvia, nell'àmbito della costruzione per gradi in cui consiste l'ordinamento, ad una norma superiore che la legittima. Al vertice del sistema è la Grundnorm. Essa rappresenta il fondamento ipotetico dell'ordinamento. È costruita dal giurista e presuppone un certo grado di efficacia del complesso di norme sottostanti alle quali fornisce un punto di unificazione teorica. Al tempo stesso presuppone l'effettività del potere che, nel discorso del giurista, essa legittima.

Riprendendo una riflessione di Norberto Bobbio, possiamo dire che la norma fondamentale si converte nel potere. La base della legittimità di questo è l'efficacia, considerata come un livello del diritto in movimento, la cui definizione si ispira a valori. Tale movimento «produce l'erosione parziale o totale, lenta o improvvisa, di norme o di blocchi di norme stabilite, ed è ispirato da nuove esigenze e nuovi ideali, cioè in definitiva dal mutarsi delle valutazioni individuali, di gruppo, di tutta la società circa il giusto e l'ingiusto» (3).

Ci pare che l'attenzione di Bobbio al rapporto, da lui ritenuto costante, tra validità, efficacia e giustizia (gli ideali giuridici che si affermano, anche in forma antagonistica, nell'ordinamento) sia del tutto all'interno della prospettiva kelseniana. La sua analisi contribuisce a rivelare un problema che è all'apice della dottrina pura del diritto e che incontriamo più di una volta posto in modo esplicito, quale referente concreto dell'immagine kelseniana di ordinamento: come si descrive la genesi del diritto, o la sua trasformazione; attraverso quali immagini il giurista rappresenta ed insieme legittima le discontinuità del processo storico, quando queste siano rilevanti per il suo oggetto di osservazione.

«Il significato della norma fondamentale - scrive Kelsen nella prima edizione della Reine Rechtslehre - è specialmente chiaro nel caso in cui un ordinamento giuridico non viene mutato per via legale, ma viene sostituito con un ordinamento nuovo per mezzo di una rivoluzione; analogamente l'essenza del diritto e la comunità da questo costituita si presentano nel modo più chiaro quando è posta in questione la loro esistenza» (4).

Il problema di Kelsen è utilizzare lo schema formale per rappresentare le vicende del diritto e non solo la sua condizione statica.

Le norme rappresentano certamente l'orizzonte e il dato logico che il giurista non può oltrepassare. Ma esse non sono che definizioni di modalità (forme teoriche che non corrispondono agli enunciati prescrittivi empiricamente rilevabili) con le quali si stabilisce la produzione di norme: ogni «particolare atto che le pone, atto non di pensiero, ma di volontà» (5). La Grundnorm è la forma teorica della volontà prima. Da essa se ne fanno discendere altre, sotto forma di giudizi ipotetici, in ognuno dei quali la sanzione è imputata ad un comportamento. Tali giudizi vengono costruiti attraverso una scomposizione e sistemazione degli enunciati prescrittivi che appartengono all'ordinamento. Nel rapporto tra la volontà prima della Grundnorm e quelle ulteriori si introduce così una idea di tempo.

Le formulazioni che stiamo esaminando indicano chiaramente quale sia il dato empirico da cui muove la concettualizzazione della norma fondamentale. È in realtà una situazione-limite, che mediante tale schema viene ricondotta entro il discorso giuridico. Il concetto di ordinamento unifica dati normativi e traccia una linea di sviluppo per gradi a partire da un punto di origine. Questo si trova più indietro, o meglio prima della costituzione vigente. Il riferimento temporale, che più di una volta ricorre nel discorso di Kelsen, mostra come l'indagine giuridica si converta nell'esame di processi di produzione normativa, secondo un modello diacronico. Si delinea insomma una storia molto schematica, nella quale il soggetto del divenire è rappresentato dal dover essere che regge la vita sociale: «Se ci si chiede quale sia il fondamento della costituzione..., si giunge forse a una costituzione più antica e così infine a quella storicamente originaria che fu promulgata da un singolo usurpatore o da un'assemblea formatasi in un modo qualsiasi. Questo è il presupposto fondamentale da cui parte tutta la conoscenza dell'ordinamento giuridico fondato su questa costituzione; è il presupposto per cui deve valere come norma tutto ciò che l'organo costituente, storicamente originario, ha manifestato come propria volontà». La conoscenza prende le mosse da un dato fattuale, che rimane alla periferia del discorso giuridico.

Bisogna dunque guardare agli elementi di fatto che scuotono il vecchio ordinamento, distruggono le basi dell'obbedienza e quindi tolgono ad esso efficacia. Se nuove norme intervengono, garantite da un nuovo potere, e vengono osservate dai consociati, mentre le vecchie non hanno più influenza sui comportamenti, ciò significa che vi è un ordinamento nuovo. Se invece questa sostituzione non viene ad effetto, in quanto il nuovo ordinamento istituito rimane inefficace, allora non si ha posizione del diritto, ma soltanto violazione di esso. La rivoluzione fallita viene qualificata, entro la rete normativa che non è riuscita a rompere, come reato di alto tradimento (6).

La seconda immagine dell'ordinamento giuridico è quella delineata da Santi Romano e già compiutamente espressa in un'opera del 1918. Qui il punto di partenza della concettualizzazione non è costituito dalle norme, ma dalla società, o meglio da ogni singola società nel suo stesso porsi, come organizzazione e come struttura. Il segno linguistico che definisce tali concetti nel discorso di Romano è il termine 'istituzione'.

Lo schema concettuale dell'ordinamento non può ridursi, secondo il giurista italiano, ad una serie di norme. L'esigenza di una composizione unitaria è la stessa che abbiamo già visto in Kelsen. Ma mentre questi fa dell'ordinamento un macchinario normativo, Romano attribuisce la massima importanza nella descrizione al legame società-diritto. La teoria giuridica deve comprendere in sé l'osservazione della società. A questa il diritto si ricollega necessariamente. Vi può essere una società senza norme, ma non senza diritto. Inoltre, egli afferma, il concetto di diritto deve contenere l'idea dell'ordine sociale. L'ordine sociale ricomprende in sé le norme, ma nel medesimo tempo le avanza e le supera (7).

D'altra parte, se è vero che la caratteristica essenziale del diritto è la obiettività, bisogna dire che questa non può essere circoscritta alle norme. Non possiamo fare a meno di riconoscere che l'obiettività delle norme è tutt'uno con l'obiettività del potere da cui le norme son poste. Così anche il fenomeno della sanzione non può rappresentarsi compiutamente se non si va oltre il piano normativo, se non si tiene conto dei casi in cui la forza della sanzione, pur senza essere prevista e delimitata da un precetto il quale generi un diritto soggettivo, opera in modo indiretto, come freno connaturato e necessario del potere sociale (8).

Abbiamo già notato che per Kelsen la validità delle norme coincide con la loro appartenenza all'ordinamento. Romano compie una operazione analoga, fondando il carattere giuridico dei singoli precetti sulle connessioni che essi hanno con l'istituzione di cui sono elementi (9).

Ma se guardiamo alla definizione di istituzione, ci accorgiamo subito che in essa la giuridicità medesima delle prescrizioni e dell'ordinamento nel suo complesso appare alla stregua di un dato fattuale e si risolve nella regolarità e continuità dei comportamenti. In una nota che figura nella seconda edizione de L'ordinamento giuridico, Romano sembra ammettere che la rilevazione della esistenza di una istituzione non è esente da una certa arbitrarietà e dipende dai criteri che l'osservatore assume. «Comunque - egli aggiunge in polemica con Orlando - per quanto si vogliano adottare dei criteri molto larghi nel ravvisare i caratteri dell'istituzione in certe forme molto semplici e poco sviluppate di società, non crediamo che possa giungersi sino a ravvisare il fenomeno giuridico in tutti gli 'stati di convivenza umana'». Alla luce di questa nota, diventano ancora più significativi gli enunciati della prima edizione, nei quali sono sottolineate le condizioni di obiettività e di concretezza necessarie a configurare l'ente o corpo sociale in cui s'identifica il diritto. Ne ricordiamo soltanto uno tra gli altri, dove singolarmente il termine 'obiettivo' ricorre tre volte in poco più di tre righe: «L'istituzione è il diritto obbiettivo, ed è diritto obbiettivo perché è un ente, un corpo sociale, che ha, nel mondo giuridico, un'esistenza effettiva, concreta, obbiettiva» (10).

Ma anche qui, al pari di ciò che abbiamo osservato nel discorso di Kelsen, la effettività dell'ordinamento comincia da un punto determinato. Vi è un momento in cui l'istituzione si pone quale entità unitaria, ed appare come il risultato empirico ed esteriormente visibile di un'azione ordinante. Questo momento originario è la situazione-limite che il giurista ricomprende nella sua descrizione e può riferirsi al sorgere di qualsiasi società organizzata: anche quelle che non si identifichino nell'ordinamento statuale ed anzi siano considerate da questo antigiuridiche.

Qui non vi è soltanto una teoria - simile a quella di Kelsen - della discontinuità che segna la genesi di ogni ordinamento, né vi è soltanto uno schema concettuale idoneo a descrivere le trasformazioni del diritto. Vi è anche una rappresentazione della varietà simultanea del diritto, cioè della pluralità degli ordinamenti e della loro coesistenza (11). Questa può assumere forme diverse, fino al conflitto ed alle sue estreme conseguenze, per cui un ordinamento si impone sull'altro e lo sopprime, distruggendo il potere attorno al quale esso si organizza.

Romano definisce il complesso di fenomeni che storicamente segnano la genesi di una istituzione, e che ne fondano l'esistenza giuridica, come 'instaurazione di fatto di un ordinamento'. Così suona il titolo di un suo saggio del 1901 (12). Le idee in esso sviluppate tornano, in rapida sintesi, nel volume del 1918 e saranno ancora riprese, circa trenta anni dopo, nei Principii di diritto costituzionale generale (13).

Anche qui, come nell'ipotesi della rivoluzione, proposta da Kelsen, siamo di fronte ad una vicenda storica rispetto alla quale il giurista vuole mostrare la validità euristica del concetto di ordinamento che egli propone ed utilizza. «Se si ha riguardo - scrive Romano - al momento in cui certe istituzioni sorgono e quindi comincia ad aver vita il loro ordinamento, si vede subito che questo momento non è determinato da una norma preesistente, e che quindi non è possibile ritenere che il diritto sia non un'istituzione, ma il complesso delle norme per cui essa esiste e funziona. Ciò è evidente, per esempio, per lo Stato ma non solo per lo Stato: esso esiste perché esiste, ed è ente giuridico perché esiste e dal momento in cui ha vita. La sua origine non è un procedimento regolato da norme giuridiche; è, come si è ripetutamente messo in vista, un fatto. Ora, il diritto si ha appena questo fatto è compiuto, appena si ha uno Stato effettivo, vivo e vitale; la norma invece può essere posta da esso in seguito...» (14).

È il caso di mettere in luce l'importanza che assumono il prima e il dopo nel ragionamento del giurista. Il rapporto istituzione-norme può ridursi allo schema della diacronia e farsi anch'esso oggetto di analisi storica.

A proposito di queste formulazioni dobbiamo rileggere alcune pagine scritte da Pietro Piovani nel 1953, ove si sottolinea il fatto che Santi Romano, proprio quando tratta il tema della formazione di uno Stato nuovo, si avvicini al principio kelseniano dell'effettività e ne colga l'essenza, con maggiore concretezza rispetto allo stesso Kelsen, che pure ha dato una forma teorica puntuale a tale principio (15). In realtà, secondo il giudizio di Piovani, il limite di Kelsen consisterebbe nel non superato dualismo tra effettività e norma fondamentale. Se la trasformazione del diritto e la validità del nuovo ordinamento possono ravvisarsi solo guardando ai comportamenti dei consociati, perché bisogna astrattamente presupporre la norma fondamentale? «Essa non è forse il reale punto d'incontro degli uomini che si ordinano nel nuovo ordinamento?». Nello schema di una norma generale sulla produzione normativa, che Kelsen pone in cima all'ordinamento, Piovani scorge soltanto un filosofema, non un utile strumento descrittivo (16).

Prescindendo dalla valutazione di questo autore, e dalla sua preferenza per una definizione ontologica del diritto, che richiama alla mente il pensiero di Capograssi, secondo il quale il dover essere non ha alcuna autonomia logica, ma si limita ad esplicitare una vocazione interna all'essere (17), ci sembra comunque che l'analisi di Piovani individui una differenza reale tra le formulazioni di Kelsen e quelle di Santi Romano, anche in un punto in cui le due teorie sono molto simili. Il primo postula una norma fondamentale ed un ordinamento, che figurano come dati a priori rispetto alla condotta dei singoli. Così facendo richiama la nostra attenzione sul fatto che la regolarità dei comportamenti dei consociati, vale a dire l'efficacia delle norme, non può essere totale. Fenomeni di inosservanza e di trasgressione sono di fatto inevitabili, anche quando si mantengono entro limiti tali da non mettere in dubbio l'effettività del potere e la validità dello stesso ordinamento (18). Santi Romano invece respinge l'assunzione della sfera del dover essere come oggetto isolato ed esclusivo della scienza giuridica, per assumere a punto di partenza della teoria un fatto non ancora tradotto in norme, qual è l'organizzazione. «Il diritto non può essere soltanto la norma posta dall'organizzazione sociale, come spesso si dice, ma è l'organizzazione sociale che, fra le sue altre manifestazioni, pone anche la norma» (19).

Come abbiamo visto, entrambe le immagini dell'ordinamento, nel proporre la unificazione delle tecniche giuridiche entro una forma (le norme disposte secondo lo Stufenbau per Kelsen, l'organizzazione per Santi Romano), descrivono processi piuttosto che ritrarre entità statiche. Si sviluppa così, all'interno della teoria, una embrionale osservazione storica, che pone - ci sembra - in primo piano i seguenti problemi: la genesi delle norme; il rapporto tra il potere e la regolamentazione (effettività-validità); la pluralità e la coesistenza di segmenti di disciplina giuridica che possono considerarsi ciascuno unitariamente, ma sono tra loro diversi, talvolta indifferenti o anche, secondo l'ipotesi di Romano, in conflitto.

(1) V., su questo ordine di problemi, DI ROBILANT, Teoria e ideologia nelle dottrine della giustizia, Torino, 1964, 9 ss., 158 ss.; LUMIA, Lineamenti di teoria e ideologia del diritto, Milano, 1973, 38 ss. (sulla tematica dell'ordinamento). Cfr. ORESTANO R., Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano, in Jus, 1962, XIII, 35 ss., specialmente 38: «Il concetto di ordinamento è pur sempre un'astrazione, cioè un atto intellettivo, il risultato di una operazione del nostro pensiero, mediante la quale selezioniamo, da un complesso di situazioni, certi dati assunti come rappresentativi, ordinandoli fra loro secondo uno schema di costanza, e facendone delle coordinate di riferimento per la nostra esperienza: in ciò in nulla diverso, come struttura e funzione, da qualsiasi altro concetto elaborato dalla scienza del diritto per le sue prese di possesso della realtà e per le sue costruzioni intorno ad essa». Sostanzialmente in continuità con questo punto di vista che, come vedremo, è legato al tentativo di portare l'indagine storiografica dentro la teoria e muove da una problematizzazione del concetto giuridico di ordinamento, ci sembrano le formulazioni di TARELLO, Prospetto per la voce 'Ordinamento giuridico' di un'enciclopedia, in Politica del diritto, febbraio 1975, 73 ss., specialmente 74: «Illustrare la nozione di ordinamento non si può, a mio avviso, considerando il termine 'ordinamento' come nome di una realtà oggettiva o di una caratteristica essenziale del (di ogni) diritto (oggettivo), ma si può invece analizzando gli usi ed i fini dei parlanti in termini di 'ordinamento' e le operazioni culturali e politiche cui quel termine ha servito o è stato piegato».

(2) Cfr. ORESTANO, lc. cit., sul concetto come 'deliberato proposito' di guardare gli oggetti. Ma quali oggetti? ed a quali tratti si dà rilievo? La vicinanza del concetto di ordinamento giuridico al mondo dei fatti è stata messa in rilievo da GIANNINI M. S., Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici, in Atti del XIV Congresso internazionale di sociologia, IV, Roma, 1950, 455 ss.

(3) Cfr. BOBBIO, Sul principio di legittimità (1964), in Studi per una teoria generale del diritto, Torino, 1970, 92 s.

(4) Questa opera esce in Italia, prima ancora di essere pubblicata in lingua tedesca, con il titolo La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali, trad. it. a cura di P. TREVES, in Arch. giur. 1933, CX, 121 ss. Cfr., un anno dopo, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Wien, 1934. Vi è poi una seconda edizione della traduzione italiana: Lineamenti di dottrina pura del diritto, Torino, 1952. Il passo citato è a p. 99. Ma v. anche la 2a ed. dell'opera in lingua tedesca: Reine Rechtslehre, Wien, 1960, trad. it. a cura di M. G. LOSANO, Torino, 1966, in particolare 217 ss. Qui l'introduzione di Losano (p. XIII ss.) delinea un'utilissima storia interna del pensiero di Kelsen.

(5) Cfr. KELSEN, Lineamenti, cit., 96.

(6) KELSEN, op. cit., 99 s. Al riguardo cfr. anche ID., General Theory of Law and State (1945), trad. it. di S. COTTA e G. TREVES, Milano, 1959, 111 ss. Qui la norma fondamentale figura in tre accezioni: come formulazione (che il teorico compie) di una condizione di possibilità di tutte le proposizioni giuridiche; come assunto che esiste comunemente nella coscienza dei giuristi, quando questi considerino il diritto come sistema di norme valide; come postulato di validità della prima costituzione. Può a pieno titolo definirsi 'prima' la costituzione che si instaura in seguito ad un fatto rivoluzionario (p. 118 ss.).

(7) Cfr. Santi ROMANO, L'ordinamento giuridico, Firenze, 1918, 2a ed. 1946, rist. 1962, 18 ss., 25 ss.

(8) Santi ROMANO, op. cit., 1946, 22 ss., 86.

(9) Santi ROMANO, op. cit., 27 s.

(10) Santi ROMANO, op. cit., 355 e nt. 29 ter, 67, e già 12.

(11) Santi ROMANO, op. cit., 104 ss.

(12) Ora è in Santi ROMANO, Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale, Milano, 1969, 27 ss.

(13) Cfr. Santi ROMANO, L'ordinamento giuridico, cit., 49 ss. I Principii sono pubblicati per la prima volta nel 1946.

(14) Santi ROMANO, L'ordinamento giuridico, cit., 50-52.

(15) Cfr. PIOVANI, Il significato del principio di effettività, Milano, 1953, 47 ss., 54 s., 57 ss.

(16) Cfr. PIOVANI, op. cit., 55.

(17) Cfr., in proposito, ZACCARIA G., Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi. Contributo allo studio del rapporto tra Capograssi e l'idealismo, Padova, 1976, specialmente 113 ss.

(18) Cfr., al riguardo, CATANIA, Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico, Napoli, 1976, 92 ss.

(19) Santi ROMANO, L'ordinamento giuridico, cit., 51 s. L'organizzazione non si identifica mai con le norme; o è precedente ad esse o si verifica per effetto della loro esecuzione. Cfr. op. cit., 15.

3. Il tema dell'ordinamento negli studi romanistici.

Nella storiografia romanistica, dobbiamo distinguere diversi impieghi del sintagma 'ordinamento giuridico'. Esso indica frequentemente complessi normativi che coesistono e si succedono nelle vicende non lineari dell'esperienza romana. Talvolta denomina il diritto romano nel suo insieme, localizzandolo come entità unitaria in un arco temporale determinato, che può anche essere molto ampio. In altri casi vengono più consapevolmente utilizzate le dottrine moderne e si ricorre soprattutto allo schema della istituzione, delineato da Santi Romano, per distinguere diverse ed anche coesistenti unità. Si cerca così di inquadrare e descrivere fenomeni giuridici ed organizzativi connessi con il pluralismo che ha caratterizzato la produzione normativa e le forme di vita associata dei cives, per lunghi tratti della storia romana. Vogliamo osservare fin da ora che il pluralismo nella normazione pone problemi ben diversi dal pluralismo associativo e non è riducibile a questo. Ma, come vedremo, il tentativo di ridurre l'uno all'altro affiora più di una volta tra gli storici.

Le teorie di Santi Romano inducono a tale orientamento ed in generale esercitano una forte suggestione, poiché consentono di spingere l'analisi storico-giuridica fino alla tipizzazione di fenomeni fattuali, di strutture organizzative (caratterizzate da autorità, sottomissione, consenso, in varia misura), prive di una normazione sviluppata.

Non è possibile in queste pagine una compiuta rassegna degli studi romanistici in cui la categoria dell'ordinamento è usata come modello descrittivo e schema di qualificazione del materiale tratto dalle fonti (spesso con scarsa consapevolezza di questo suo carattere strumentale). Ci limiteremo ad esaminare alcune opere nelle quali l'uso e il significato del sintagma sono più direttamente oggetto di riflessione. Gli esempi che vedremo riguarderanno soprattutto la storiografia italiana tra gli anni 20 e gli anni 60.

Due questioni di fondo si intrecciano in questi quaranta anni. Da un lato il rapporto fra dogmatica giuridica e studio storico: si tratta di vedere come si costruisca l'oggetto di ricerca del romanista, se a partire dalle nozioni del pensiero giuridico a lui contemporaneo, che organizzano i documenti in un quadro logico e all'occorrenza empiono i vuoti, o muovendo dall'esterno del materiale giuridico, per combinare i dogmi del passato con altri dati storici, che contribuiscono ad illuminare la testimonianza delle fonti giuridiche (20). Dall'altro lato si affronta, con vis polemica, il problema del diritto giustinianeo e delle sue novità storiche rispetto alla tradizione classica (quella consegnata alla giurisprudenza severiana); si discutono gli indirizzi della critica testuale, legandoli a volta a volta ad un giudizio complessivo sulle ragioni di mutamento, o, come si dice, sui fattori di evoluzione del diritto romano, dallo ius civile, d'impronta giurisprudenziale, alla codificazione del VI secolo (21).

Anche la riflessione sull'ordinamento è attraversata da questi due filoni tematici, come ora vedremo. Il primo uso puntuale del concetto romaniano di istituzione in rapporto allo ius honorarium, ravvisabile nelle pagine di Betti, è strettamente legato ad un progetto di utilizzazione della dogmatica odierna che proietta sul diritto romano alcune caratteristiche dell'esperienza statuale contemporanea.

Santi Romano aveva sostenuto che nell'antichità l'unico ordinamento preso in considerazione dai giuristi fosse quello statuale: nessun pluralismo, quindi, nel diritto romano (22). In un saggio sulla iurisdictio del pretore (che trae origine dalla prolusione fiorentina del 1926 ed è stampato nell'anno successivo) Emilio Betti, dopo aver messo in luce nello ius honorarium la coesistenza di un'attività amministrativa (i decreta) e regolamentare (l'edictum), qualifica questo complesso giuridico come 'ordinamento interno'. È un concetto tratto dall'opera di Romano, che presuppone una diversificazione istituzionale entro un ordinamento giuridico (assunto come) generale. «Il punto di vista al quale accenniamo - scrive infatti Romano - è quello per cui, in taluni enti, di struttura molto complessa, come è specialmente, ma non certo esclusivamente lo Stato, sono da distinguersi parecchie istituzioni che, considerate assieme, ne formano poi una». Ogni potere dello Stato è una istituzione interna. Lo schema può applicarsi secondo Betti al pretore. All'autorità magistratuale corrisponde la sottomissione dei cittadini. La discrezionalità pretoria, inoltre, si autodisciplina: siamo quindi di fronte ad una organizzazione autonoma, che coinvolge la serie complessiva dei magistrati nel tempo. Questo ordinamento del resto è irrilevante per lo ius civile, poiché formalmente non lo abroga né lo modifica. È quindi anche sotto questo profilo distinto dall'ordinamento della civitas e non si riversa mai in esso (23).

Per ritrovare un uso storiografico della nozione di ordinamento così teoricamente impegnato in senso istituzionistico, dovremo aspettare gli anni del secondo dopoguerra. Dopo lo scritto bettiano, il sintagma è frequente nella letteratura romanistica, ma con accezioni più late, e condensa in sé problemi storici di non piccolo peso.

Nel 1933 Biondo Biondi dedica un capitolo del volume Prospettive romanistiche alla «stratificazione degli ordinamenti giuridici». Egli riesamina il modello storiografico prodotto dalla scuola dell'interpolazionismo, che domina gli studi di diritto romano attorno alla metà degli anni 30, in tutta l'Europa. La sua caratteristica è separare gli istituti giuridici classici da quelli giustinianei, distinguendo così due strati cronologici. In continuità con tale metodo gli sembra la storicizzazione ancora più puntuale proposta da alcuni autori, che hanno cercato di identificare la personalità e la «efficienza» dei giuristi nel movimento del diritto (24). Vengono alla mente i nomi di Pernice e di Ferrini (per molti versi lontani dall'interpolazionismo estremo), mentre, più in generale, l'attenzione alla giurisprudenza come protagonista del divenire del diritto ricorda il pensiero di Salvatore Riccobono, del quale Biondi era allievo (25).

Tuttavia - egli osserva - nel prendere in esame singoli momenti storici, la ricostruzione giuridica è solita porre sullo stesso piano i dati e le testimonianze disponibili, anche quando non trascura l'analisi dell'individuale, sistemando fonti ed istituti diversi entro categorie onnicomprensive. Perciò nella letteratura si parla spesso di un ordinamento giuridico romano, applicando lo stesso schema unificante a diverse fasi storiche, delle quali per altro si discute la delimitazione temporale, e considerando la varietà delle fonti «del tutto indifferente ai fini della dottrina degli istituti» (26).

Biondi richiama in proposito il punto di vista di Lenel e Bekker, che negavano una reale distinzione di contenuti tra ius civile e ius praetorium, ritenendo irrilevante perché esterna alla materia ed alla logica degli istituti la diversità delle forme di produzione dei due complessi normativi (27).

In effetti queste formulazioni recano in sé la traccia di un antico pregiudizio, in base al quale si dovrebbe studiare l'evoluzione del diritto privato, senza tener conto della struttura e della storia delle sue fonti.

La separazione netta tra i due campi d'indagine rinvia ai procedimenti intellettuali che ipostatizzano il diritto privato come sistema dei diritti soggettivi. Uno dei primi, lucidi esempi di unificazione e isolamento dei contenuti giuridici riferibili ai soggetti si trova nelle teorie giuridiche di Leibniz, come ha messo in luce Luigi Raggi in uno scritto del 1959 (28). Anche in seguito, nella tradizione del giusrazionalismo e nelle sistematiche dell'Ottocento, la entificazione del diritto dei soggetti uguali porterà a considerare 'storia esterna' le modalità e i fatti della sua produzione.

Lo stesso storicismo giuridico, che pure dedica una particolare attenzione alle fonti, consolida comunque il modo di pensare tradizionale, ritenendo apparente la diversità delle forme di produzione normativa e ponendo lo 'spirito del popolo' come fondamento unitario dei diversi prodotti giuridici. Ricordiamo in proposito che i primi paragrafi del Sistema di Savigny definiscono separatamente le basi del diritto generale e gli istituti entro i quali si compongono le regole giuridiche (29). Nella costruzione sistematica convergono norme che hanno un'origine diversa. Ma tale diversità riguarda solo i modi in cui il diritto si rivela e progredisce. Ciò che il fondatore della scuola storica non ammette è la disarmonia irriducibile nella vita giuridica. Questa può essere solo l'espressione di interventi legislativi avventati, ma la scienza è sempre in grado di riassorbirla e di superarla. Con una costante fiducia nella formazione spontanea del diritto privato e nella sua vocazione al sistema, che riflette un ordine dei rapporti, Savigny attenua la dicotomia fra storia esterna ed interna, in quanto ricollega l'unità del diritto privato ad una sostanziale unicità di fonte, postulando l'idea generale del Volksgeist (30).

Biondi respinge invece una simile costruzione, sostenendo, riguardo agli ordinamenti romani ed anzitutto ai complessi giuridici dello ius civile e dello ius honorarium, che il modo diverso in cui le rispettive norme vengono prodotte rende la loro disciplina non riducibile ad unità, per lo meno se si resta entro i limiti della storiografia (31).

Perché questo confronto, che può sembrare immotivato, tra le formulazioni di Biondi e il pensiero di Savigny? Non attribuiamo una particolare dignità teorica a ciò che scrive il romanista italiano. Egli in sostanza sottolinea la opposizione tra sistema giuridico di formazione scientifica e decisioni autoritative, rifacendosi ad un lavoro romanistico di Eugen Ehrlich, nel quale le determinazioni normative del pretore vengono considerate prassi e ricorre fra l'altro l'opposizione praetor-Rechtsordnung, mentre si valorizzano i testi che riducono lo ius civile all'interpretatio (32).

Tuttavia ci sembra che Biondi compia una scelta chiara, quando rigetta l'ipotesi storiografica di un processo di fusione degli ordinamenti guidato dalla giurisprudenza classica, tale da porre le premesse concettuali dell'unificazione legislativa giustinianea. L'idea di fusione, o meglio di una unità che si realizza progressivamente, è invece al centro delle riflessioni di Salvatore Riccobono. Egli l'attribuisce ai giuristi romani, soprattutto mettendo in luce, nel loro lavoro, la tendenza a costruire sintesi teoriche fra i prodotti dello ius civile e dello ius honorarium (33). In questa ricostruzione può vedersi un punto d'arrivo delle teorie storicistiche e non è casuale che Riccobono insista nel rivendicare l'identità romana del diritto classico e il peso prevalente della tradizione di Roma nei suoi successivi sviluppi, fino alla compilazione giustinianea. Così facendo, ricollega la fusione degli ordinamenti ad un fondamento spirituale unitario che ricorda la teoria del Volksgeist. Inoltre, andando alla ricerca di precedenti, egli stesso riconosce che la sua visione del diritto romano era già abbozzata nel pensiero della scuola storica tedesca. Giunge anzi a tracciare una continuità storiografica tra le formulazioni di Savigny e la polemica recente, di cui è il principale fautore, contro gli eccessi dell'interpolazionismo. A questo indirizzo della critica testuale egli rimprovera di esagerare le novità giustinianee e di non cogliere nella compilazione del VI secolo i segni di una lunga storia anteriore: l'espressione intelligente di «mutamenti che si erano prodotti da se stessi, senza l'opera di un legislatore» e derivavano da un'evoluzione verso l'unità, già ravvisabile durante l'epoca classica (34).

Dunque Biondi rifiuta di condividere l'ispirazione monistica di questa tradizione storiografica, più di una volta disegnata da Riccobono. Da un lato identifica lo ius civile nell'interpretatio prudentium, ma considera tale attività alla stregua di una tecnica per la disciplina dei casi, negandole capacità definitoria ed ambizione teorica. Dall'altro rappresenta l'editto perpetuo come «un complesso disorganico, anzi caotico, dei più svariati mezzi ed espedienti, che vanno dall'actio, che in certo senso si modella sull'agere del ius civile, alla missio in possessionem ed alla imposizione di una stipulatio» (35). Siamo nel campo dell'amministrazione: i provvedimenti pretori non sono che ordini, i quali hanno effetto giuridico in quanto emanati nel singolo caso; non presuppongono il diritto né lo applicano, ma piuttosto lo creano con l'attività decretale. La distinzione che era stata prospettata da Betti nell'àmbito dell'attività giurisdizionale, tra applicazione dello ius civile e creazione giuridica, viene qui valorizzata fino a spezzare l'unità della prassi processuale. La creazione mediante decreta è cosa irrimediabilmente diversa dall'applicazione di un diritto presupposto, che sia oggetto o risultato dell'interpretatio (36).

Perciò, secondo Biondi, neanche la pratica giurisprudenziale è in grado di unificare prodotti giuridici così distanti. La costruzione concettuale dei giuristi non supera per lui l'àmbito ristretto dei mores e dello ius civile (37). Negando l'ipotesi di una fusione guidata dall'interpretatio iuris, egli respinge contemporaneamente l'immagine della scienza come protagonista dello sviluppo del diritto: vale a dire il contributo più duraturo di Savigny alla dottrina civilistica contemporanea oltre che alla storiografia giuridica.

In realtà, la stratificazione degli ordinamenti si riduce ad un dualismo tra il sistema organico dello ius civile, sorretto dal rigore logico dell'interpretatio, e la «massa caotica e tumultuaria» degli «ordini ed imposizioni» mediante i quali l'autorità dello Stato interviene nella disciplina dei rapporti privati. È qui l'antitesi che impedisce la convergenza e l'osmosi tra le diverse forme. Da una parte stanno la spontaneità sociale e la logica giuridica; dall'altra è il comando: un complesso di decisioni arbitrarie sotto il profilo logico, ma sorrette dal potere e volte verso fini pratici di regolamentazione (38).

Questo secondo modello (le decisioni contrapposte alla organicità del sistema) viene dapprima delineato per raffigurare il diritto pretorio. Ma più avanti esso si ripropone anche per un'altra formazione giuridica, ove l'elemento autoritativo è essenziale: l'insieme delle costituzioni imperiali in cui consiste l'attività innovatrice dei principi: gli ordini, non meramente interpretativi, coi quali essi aggiungono o sostituiscono, sotto l'impulso di esigenze pratiche, una legislazione nuova alle forme tradizionali del diritto. Questa legislazione imperiale che crea norme nuove non è molto diversa dall'amministrazione pretoria, sebbene le due nozioni giuridiche presupposte (legge, atto amministrativo) appaiano distanti fra loro nel pensiero giuridico moderno. Decreti magistratuali e constitutiones principum si risolvono comunque in prescrizioni particolari, che sono svincolate dal sistema dei mores, con la sua evoluzione naturale, mediata dall'interpretatio (39).

I due complessi giuridici sembrano fronteggiarsi e Biondi osserva che il diritto prodotto dai comandi del pretore o dei princìpi giunge dove lo svolgimento organico dei mores non può arrivare; risponde ad una società più evoluta ed alle sue esigenze di equità. L'unificazione non avviene entro la scienza, ma è opera del potere politico: si compie soltanto in epoca postclassica, quando tutto il diritto trae la sua efficacia dalla volontà dell'imperatore (40).

L'idea che il fondamento dell'unità debba trovarsi nelle forme assunte dal potere politico riappare qualche anno dopo, con implicazioni più complesse, nella riflessione di Pietro De Francisci.

Il saggio Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano, pubblicato nel 1947, ma scritto durante gli anni di guerra, pone al centro dell'indagine il tema della unità dell'ordinamento giuridico. Oggetto (problematico) di storiografia, ma al tempo stesso questione teorica (41). De Francisci prende le mosse dalle pagine di Biondi. Condivide con lui l'attenzione per la pluralità delle fonti del diritto nei diversi momenti della storia romana ed ammette che sia utile differenziare i complessi giuridici che queste fonti producono. Del resto, le pagine di Biondi echeggiano alcune tesi che egli aveva già enunciato nel 1923, sui limiti della dommatica come rappresentazione imperfetta e sull'inutilità storiografica dell'idea di sistema, che in generale gli pareva inconciliabile con un'analisi dei princìpi giuridici, colti nella loro realtà e complessità (42). Ora tuttavia, a più di vent'anni di distanza e dopo le polemiche sui rapporti fra dommatica e storia, gli sembra inaccettabile l'idea secondo la quale vi sarebbero stati rapporti di indifferenza tra i vari complessi o ordinamenti. Non si può dire infatti che i giuristi li abbiano considerati come entità distinte e non comunicanti. Anzi, essi si sforzano di coordinare ed armonizzare le varie norme provenienti da fonti diverse. Anche su questo punto vi è una novità nella posizione di De Francisci, rispetto ai suoi scritti degli anni 20.

Nel 1928 egli aveva respinto la tesi di un processo reale di unificazione delle fonti. Nel 1931 aveva escluso, in polemica con Riccobono, che vi fosse una fusione degli ordinamenti, guidata dalla giurisprudenza (43). Ora recupera la sostanza di quella immagine e sulla scorta di alcuni studi di Giorgio La Pira, che erano usciti intorno alla metà degli anni 30, ravvisa nell'arte sistematrice dei giuristi, a partire da Quinto Mucio e Servio, una tendenza verso l'unificazione teorica del diritto, destinata a trovare più compiuta espressione nelle opere didattiche apparse durante l'età del principato e, tra queste, nel manuale gaiano. Anche nei Digesta di Alfeno Varo e poi in quelli di Celso e Giuliano, che hanno in comune un legame più stretto ed immediato con la prassi, è frequente l'accostamento di princìpi tratti dallo ius civile e dall'editto, mentre da Papiniano in avanti comincia ad avere larghissima parte la legislazione imperiale. Sia a fini didattici sia pratici, è insomma la giurisprudenza a farsi portatrice di una volontà di unificazione (44).

De Francisci ritiene che la storia dei modi di produzione del diritto sia intimamente connessa alla storia dell'organizzazione politica e all'intrecciarsi delle sue forme tipologiche (45). Mentre compone il saggio che stiamo esaminando, egli lavora contemporaneamente all'opera Arcana imperii, nella quale i tipi della organizzazione politica vengono teoricamente analizzati seguendo la lezione di Max Weber, per essere poi misurati e discussi sulla base dell'esperienza storica delle civiltà antiche, dai grandi imperi del vicino Oriente alla Grecia, a Roma (46). In questa opera di impianto assai vasto il materiale storico è ordinato entro schemi sociologici, ai quali non solo si assegna il compito di descrivere gli aspetti estrinseci del mondo istituzionale, ma si attribuisce anche la capacità di sintetizzare i contenuti spirituali che danno l'impronta ai vari assetti organizzativi.

Se l'asse attorno a cui ruota la tipologia è sostanzialmente il potere, bisogna dire che De Francisci lo descrive come un fatto ideologico, ponendolo anzitutto in relazione all'immagine che ne viene accreditata dai suoi detentori e che appare al tempo stesso condivisa dai suoi destinatari.

Da ciò si può trarre una definizione, sia pure approssimativa, dell'indirizzo che regge la ricerca di De Francisci durante gli anni 40. Egli intende studiare le forme del potere dal punto di vista della legittimazione di questo e perciò assume come oggetto di analisi le ideologie. I due termini fondamentali su cui si articola la costruzione dei tipi sono i concetti di potestà ed ordinamento, visti nella rete complessa delle convinzioni e delle credenze antiche: due schemi euristici operanti anche nella più circoscritta proposta d'indagine che il saggio già citato del '47 delinea, sulla formazione e le vicende del diritto privato romano, dalla giurisprudenza pontificale all'opera legislativa dei compilatori giustinianei (47).

Il prevalere della potestà fonda la prima forma di organizzazione politica: quella del Führertum, dominata dall'autorità personale del capo. È in sostanza il modello weberiano del potere carismatico, che secondo De Francisci si trasforma con uno sviluppo graduale in «un ordinamento a base tradizionale, in cui... la potestà del capo e di quegli altri ausiliari o collegi, che stanno accanto a lui, trae il suo fondamento dall'autorità riconosciuta ad un complesso di princìpi e di regole risalenti, connesse con una serie di credenze, di miti, di culti» (48). Egli riconosce la possibilità di coesistenza fra questo tipo di autorità, piena ed originaria, sul gruppo generale e l'autonomia dei gruppi minori, costruita intorno ad un più circoscritto potere dei rispettivi capi. Ciò gli permette di adottare una teoria ascendente riguardo alle origini della civitas, che tiene ferma la sostanza delle tesi di Bonfante. Una volta definiti tali schemi, De Francisci sostiene che durante la fase monarchica il diritto privato romano si forma per effetto di una tensione i cui poli contrapposti sono il potere di ordinanza del re e l'interpretatio pontificale. Questa esprime l'autorità del ceto patrizio connessa all'autorità regia. Si tratta, secondo lo schema weberiano, del potere razionale che si affianca a quello carismatico (49).

Ma il rafforzamento del ceto patrizio non è che un aspetto della coesione tra i gruppi minori, di cui vengono conservati ed in qualche modo amalgamati i princìpi consuetudinari. È qui l'origine del diritto privato, che, vista dal lato del potere regio di ordinanza, può definirsi un'origine extrastatuale (50). Lo ius civile - osserva De Francisci seguendo l'impostazione di Ehrlich - coincide con l'interpretatio prudentium, vale a dire con gli istituti fondamentali elaborati in seno ai gruppi minori e poi sviluppati dalla civitas.

L'organizzazione repubblicana sembra inverare storicamente un altro modello sociologico, anch'esso tratto, con adattamenti, dalle pagine di Max Weber, nel quale è l'autorità riconosciuta di un ordinamento impersonale a fondare la potestà del capo o degli organi direttivi del gruppo (51). Affiora in queste formulazioni il presupposto di una contiguità e di una continuità tra rex e magistrati, secondo l'ipotesi mommseniana. Se il «magistrato temporaneo» eredita l'imperium del rex, egli comunque lo esercita in quanto investito di un ufficio della civitas (52). Così i princìpi fissati ed applicati attraverso la iurisdictio pretoria entrano a far parte dello stesso ordinamento impersonale da cui questa trae la propria legittimazione. Il diritto privato appare, anche a non voler trascurare la molteplicità delle sue fonti, sempre più come un prodotto di questo complesso ordinamento impersonale. Allo ius civile, di cui l'interpretatio prudentium è principale artefice, si aggiungono successive stratificazioni. Oltre i provvedimenti e le norme del pretore, vi è il diritto contenuto nelle leges, nei plebiscita e più tardi quello derivante dai senatusconsulta e dalle constitutiones principum (53).

Per tutto il periodo storico segnato dalla fine della Repubblica e dall'instaurazione del Principato, De Francisci considera applicabile lo schema dell'ordinamento impersonale, pur ipotizzando una estrema variante di esso, che consiste nella risoluzione dell'ordinamento medesimo in una «persona sovrana, nella cui volontà è l'origine del potere come della validità delle norme di diritto» (54). Ad essa corrisponde la formula di età severiana Quod principi placuit legis habet vigorem: sintesi di un movimento di unificazione del diritto parallelo al progressivo affermarsi dell'imperatore, di cui offrono testimonianza dapprima lo ius respondendi ex auctoritate principis e la codificazione dell'editto, con il conseguente arresto di ogni attività creativa del pretore; poi, più avanti, il sostituirsi delle constitutiones alle fonti tradizionali (55).

Il processo di fusione degli ordinamenti assume così una valenza diversa e meno spontanea che nella ricostruzione di Riccobono. Trova un fondamento nella forma del potere: al di fuori, quindi, della scienza.

Se volgiamo ora lo sguardo ad un altro scritto teorico di De Francisci, pubblicato nel '49 e definito da Mazzarino come l'interpretazione di Arcana imperii, troviamo in esso una critica stringente della visione istituzionale dell'ordinamento giuridico proposta da Santi Romano (56). L'idea che il primo nucleo su cui si fonda l'istituzione sia un diritto involontario è respinta e di conseguenza viene negata la stessa equazione tra l'ente o corpo sociale e l'ordinamento. Quest'ultimo infatti è concepito da De Francisci come il risultato di un atto di volontà; non può non farsi risalire ai soggetti umani o, come egli soggiunge più realisticamente, all'azione storica di «alcuni soggetti e alcune volontà più vigili e più avvedute» (57). Dunque il diritto è «l'espressione del voler essere di un corpo sociale in un determinato modo:... questo voler essere si concreta in un ordinamento concepito secondo un'opinio necessitatis, che si matura e si elabora attraverso un'esperienza» (58).

Ci sembra che l'autore condivida un obiettivo centrale della teoria kelseniana: quello di non risolvere il fenomeno giuridico nella spontaneità dei comportamenti, tenendo sempre distinto l'ordinamento, ove si radica la validità delle norme, dalla osservanza, che ne stabilisce l'efficacia e che non è mai totale anche se è necessaria, in un certo grado, all'effettività del potere ordinante. Ma in comune con le teorie normativistiche vi è qui solo la tensione tra disciplina e fatti. De Francisci aveva già sottoposto a critica, in un articolo del 1940, le tesi di Kelsen, denunciando l'astrattezza ed il formalismo che separerebbero, entro la costruzione teorica del giurista praghese, le proposizioni normative dalla vita concreta dell'organismo politico. Soltanto in questa le norme e gli istituti, secondo l'indirizzo che si definisce realistico, assumerebbero un'efficacia ed una finalità ordinante (59).

Una siffatta critica del kelsenismo sembra riprendere le posizioni di Carl Schmitt. Il giuspubblicista tedesco viene citato nel saggio del '40 ed è accolta la sua riduzione del diritto alle forme di dominio e di decisione politica che si costituiscono entro la vita concreta del popolo (60). In sede di studio storico, la prospettiva «decisionistica» che De Francisci racchiude nella categoria del «voler essere», si traduce in una tipologia del potere. L'immagine che egli traccia dell'evoluzione giuridica romana mette in primo piano l'autorità, quindi dà grande rilievo al processo di accentramento indotto dal Principato, mentre non riconosce alla scienza il ruolo di protagonista nella formazione ed unificazione degli istituti.

Abbiamo visto una spiccata sensibilità a questo genere di argomenti nelle pagine di Biondi, che contrapponeva il comando alla scienza giuridica, mentre sostanzialmente opposte ci paiono le tesi di Riccobono. Si tratta di affermazioni che sono strettamente connesse con l'indagine storica; si direbbero assai più guardinghe che quelle di Biondi e di De Francisci e, specie rispetto a quest'ultimo, più adiafore. Ma se cerchiamo di scoprire, oltre la descrizione storica, le idee che la illuminano, troviamo il primato della scienza giuridica e della sua continuità. L'unità dell'ordinamento riposa sulla scienza; questa non prescinde dal comando, ma lo trascrive, lo inquadra, lo organizza concettualmente e lo delimita. Stabilisce il tramite per cui le norme nuove diventano parte di una tradizione. È una ideologia storicistica che, nella cultura italiana degli anni 30 e 40, assume, di fronte all'apologia e all'invadenza del dominio politico (motivi caratteristici del fascismo) il senso di una riaffermata fiducia nelle categorie risalenti al pensiero giuridico ottocentesco.

(20) Su questa problematica, che permette di conoscere più da vicino le politiche culturali presenti ed operanti, con varie mediazioni, nella storiografia del diritto, v. ora la lucida ricostruzione di COSTA P., Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1978, VII, 311 ss. Qui vedi la bibliografia precedente, tra cui spicca l'ampia ricerca di DE GENNARO A., Crocianesimo e cultura giuridica italiana, Milano, 1974.

(21) Una sintesi di tali problemi, in cui è vagliato con particolare attenzione il dibattito italiano, è offerta da ORESTANO, Introduzione allo studio storico del diritto romano2, Torino, 1961, 617 ss.

(22) Cfr. Santi ROMANO, op. ult. cit., 108.

(23) Cfr. BETTI, La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano, in Studi in onore di G. Chiovenda, Padova, 1927, 67 ss., specialmente 90 ss., 92 nt. 1, 102 nt. 1, 105 nt. 4, 108 s. V. anche 125 nt. 1, ove è richiamata l'attenzione sul «continuo uso, ... fatto nel corso di questo studio, di categorie giuridiche elaborate dalla dogmatica (in particolare dalla pubblicistica) odierna». Nello stesso ordine di idee cfr., con prevalente riferimento a temi privatistici, BETTI, Diritto romano e dogmatica odierna, in Arch. giur., 1928, XCIX, 129 ss.; C, 26 ss.

(24) Cfr. BIONDI, Prospettive romanistiche, Milano, 1933, 24 ss. Si tratta di una prolusione del 1931, notevolmente ampliata.

(25) Cfr. MASCHI, Biondo Biondi (1888-1966), in Jus, 1966, XVII.

(26) BIONDI, op. cit., 25.

(27) BIONDI, op. cit., 25 s.

(28) Cfr. RAGGI, Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanistica, in BIDR, 3a sr., 1959, I, 199 ss., ora in Scritti, Milano, 1975, 73 ss.

(29) Cfr. VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Berlin, 1840-1849, trad. it. a cura di V. SCIALOJA, Sistema del diritto romano attuale, I, Torino, 1886, 40 ss.

(30) Qualche osservazione e richiami alla letteratura in BRUTTI, L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1976-1977, V-VI, 41 ss., specialmente 48 ss.

(31) Cfr. BIONDI, op. cit., 36 ss., 66 ss.

(32) Cfr. EHRLICH, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. Erster Theil. Das 'ius civile', 'ius publicum', 'ius privatum', Berlin, 1902, 101 ss., 129.

(33) Cfr. RICCOBONO, La fusione del 'ius civile' e del 'ius praetorium' in unico ordinamento, in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 1922, XVI, 503 ss.; ID., Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano, in Mélanges de droit romain dédiés à G. Cornil, Gand-Paris, 1926, 237 ss. V. anche in sintesi, ID., Lineamenti della Storia delle fonti e del diritto romano2, Milano, 1949, 44 ss., 156 ss.

(34) Cfr. RICCOBONO, Fasi e fattori, cit., 288.

(35) BIONDI, Prospettive romanistiche, cit., 40.

(36) V. supra, nt. 33.

(37) BIONDI, op. cit., 27 ss., 32 s.

(38) Cfr. BIONDI, op. cit., 68.

(39) Cfr. BIONDI, op. cit., 30 s., 40 ss., 51 ss.

(40) Cfr. BIONDI, op. cit., 64.

(41) Cfr. DE FRANCISCI, Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano, in Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione, I, Milano, 1947, 192 ss.

(42) Cfr. DE FRANCISCI, Dogmatica e storia nell'educazione giuridica, in RIFD, 1923, III, 373 ss. V., in proposito, COSTA, Emilio Betti, cit., 353 ss., 363 ss.

(43) DE FRANCISCI, Le fonti del diritto privato e il processo della loro unificazione in Roma, in Nuovi studi di diritto, economia e politica, 1927-28, I, 161 ss.; ID., Premesse storiche alla critica del Digesto, in Conferenze per il XIV Centenario delle Pandette, Milano, 1931, 1 ss.

(44) Gli scritti di Giorgio La Pira, usciti fra il '34 e il '35, sono citati da DE FRANCISCI, Idee vecchie e nuove, cit., 223 nt. 3.

(45) Cfr. DE FRANCISCI, op. ult. cit., 199 s.

(46) DE FRANCISCI, Arcana imperii, Milano, 1947-1948, rist. anastatica con saggio introduttivo di MAZZARINO S., De Francisci fra 'storicismo' e sociologia, Roma, 1970.

(47) Cfr. DE FRANCISCI, Idee vecchie e nuove, cit., 200 ss.

(48) DE FRANCISCI, op. ult. cit., 204.

(49) Cfr. DE FRANCISCI, op. ult. cit., 201 nt. 1, 205 s.

(50) DE FRANCISCI, op. ult. cit., 199.

(51) DE FRANCISCI, op. ult. cit., 201.

(52) DE FRANCISCI, op. ult. cit., 229.

(53) DE PRANCISCI, op. ult. cit., 217.

(54) DE FRANCISCI, op. ult. cit., 202.

(55) DE FRANCISCI, op. ult. cit., 227 ss.

(56) Cfr. DE FRANCISCI, Punti di orientamento per lo studio del diritto, in RISG, nuova sr., 1949, III, 69 ss. ed in Ann. Catania, 1950, IV (si tratta di una conferenza tenuta a Catania il 28 gennaio 1950). Cfr. MAZZARINO, op. cit., V ss., specialmente v.

(57) DE FRANCISCI, op. ult. cit., 77.

(58) DE FRANCISCI, op. ult. cit., 81.

(59) Cfr. DE FRANCISCI, Idee per un rinnovamento della scienza del diritto (Storia e Comparazione), in Anr. dir. comp., 1940, XV (si tratta di una conferenza letta il 12 ottobre 1938).

(60) Cfr. DE FRANCISCI, op. ult. cit., passim e specialmente 7 e nt. 1. Cfr., a questo proposito, SCHMITT C., Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg, 1934. La prima parte di questo è ora tradotta in italiano: cfr. Le categorie del 'politico', Bologna, 1972, 247 ss. Un influsso dell'antiindividualismo nazionalsocialista (ed in questo àmbito anche delle teorie schmittiane) può cogliersi in SCHÖNBAUER, Vom Gemeinschaftselement im Bau der römischen Rechtsordnung (Bericht), in ZSS. R., 1937, LVII, 539 s.; KASER, Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung, Tübingen, 1939. Si tratta di lavori nei quali il diritto romano appare come una specie di rovescio della civiltà liberale. Concetti come Rechtsordnung o Lebensordnung hanno qui una precisa funzione: inquadrano e portano in primo piano le caratteristiche ideologiche del diritto romano che gli autori intendono privilegiare.

4. Visione istituzionale e storiografia.

Un legame assai stretto fra lavoro storiografico e teoria generale del diritto si trova nelle indagini che Giuseppe Grosso ha dedicato, fin dai primi anni del dopoguerra, alla tematica dell'ordinamento.

In un corso del 1948, poi ampliato e ripubblicato nel '67, egli propone un ripensamento delle vicende storiche del diritto romano e dei diversi complessi giuridici che si formano lungo il suo sviluppo, stabilendo una puntuale comparazione fra i dati storici e la teoria istituzionale degli ordinamenti. Questa anzi dal confronto risulterebbe avvalorata (61).

Se guardiamo più da vicino i punti d'arrivo dell'indagine, ci accorgiamo che il rapporto fra dogma e storia è impostato qui con flessibilità molto maggiore di quanto non sia nel pensiero bettiano, ed anche con un certo margine di vaghezza, legittimato dalla non piena riducibilità del concreto storico ai concetti giuridici (moderni) di cui si serve la storiografia. Su questa sfasatura l'autore insiste più volte. Tuttavia vi sono schemi meno adatti e più adatti ad una comparazione con le vicende del diritto romano. Confrontare l'esperienza del passato con la visione istituzionale, tracciata da Santi Romano, significa contribuire a verificarne la validità teorica, rendendo al tempo stesso più elastici i concetti.

Grosso respinge il normativismo come dottrina troppo unilaterale e inadatta allo studio romanistico. Nella seconda edizione del corso, più esplicitamente egli critica le tesi kelseniane, secondo le quali il potere costituente si fonderebbe sulla Grundnorm. Risalendo al vertice del sistema - sostiene - non troviamo una norma, ma l'organizzazione. Su di essa si fondano le sanzioni e soltanto in base ad essa è possibile che il potere discrezionale del magistrato crei nuovo diritto (62).

Muovendo dalla teoria istituzionale, l'autore ridefinisce lo ius civile «come espressione giuridica della stessa struttura sociale, come la spontaneità stessa dell'ordine sociale espresso in organizzazione giuridica» (63). Sembra che l'immagine di un diritto non volontario, spontaneo e coincidente col porsi della società, quale emerge dalle pagine di Santi Romano, sia qui sovrapposta all'impostazione storiografica di Biondi. Ciò vale per lo ius civile, mentre non sembra che Grosso condivida la rappresentazione dello ius praetorium come insieme caotico di provvedimenti e comandi particolari.

Tutto il dibattito sulla stratificazione, sull'avvicinamento o sulla fusione degli ordinamenti viene un po' a fatica ricondotto entro la teoria pluralistica che è un corollario della visione istituzionale del diritto. La maggiore difficoltà si incontra nel definire il rapporto tra ius civile e ius honorarium come coesistenza tra ordinamenti giuridici in senso istituzionale. Vi è sicuramente in questa visione una ripresa delle tesi bettiane, che riconducevano l'editto al modello dell'attività regolamentare, individuando nello ius praetorium un'espressione di autonomia del magistrato preposto alla iurisdictio. Manca però la puntuale coincidenza tra lo schema moderno e le forme giuridiche romane. Per giungere a questa Betti ricorreva al concetto di ordinamento interno, che non viene più utilizzato, dopo di lui, nella descrizione del diritto pretorio (64).

Grosso parla, a tale proposito, di una «pluralità di sistemi che fanno capo a un principio ordinatore e ad una fonte diversa». Lo ius civile è, come si è visto, «espressione giuridica della struttura sociale»; lo ius honorarium «fa centro nell'imperium del pretore, attraverso la iurisdictio di questo» (65). È assente qui una chiara distinzione tra l'esame formale del diritto e l'analisi dei suoi contenuti, quali si ricavano dalle fattispecie regolate e dalle figure concettuali degli istituti. Sembra che l'autore alluda a diversi aspetti di una medesima organizzazione, tra i quali si stabilisce una dialettica, che la giurisprudenza progressivamente riduce ad unità. Non vi è particolare attenzione al tema dell'autorità politica come centro unificatore del diritto, che invece era essenziale per De Francisci.

Altre antitesi contribuiscono a sviluppare una dialettica interna, un pluralismo del diritto romano, che tende comunque a ricomporsi in una visione unitaria. Così l'antitesi tra ius e leges, che oppone alla spontanea disciplina dei rapporti tra i cives le norme relative all'organizzazione della civitas; così la dicotomia tra ius civile e ius gentium, illustrata da Gaio o la tricotomia ius naturale-ius gentium-ius civile, di cui parla Ulpiano. L'indagine su questi dati concreti problematizza ed arricchisce, secondo il pensiero di Grosso, la teoria generale, anche quando i suoi schemi non coincidono immediatamente con la realtà storica del diritto romano (66).

Proprio una coincidenza immediata si riscontra nella descrizione dei rapporti tra la civitas e le comunità minori (familiae e gentes) anteriori alla sua formazione. Qui la molteplicità di istituzioni è visibile, mentre non si scorge in modo chiaro nelle antitesi ius-lex, ius civile-ius honorarium, ius civile-ius gentium. Eppure l'autore non rinuncia al tentativo di legare e rendere omogenei i due tipi di pluralismo. Nel primo caso, enti associativi che hanno ognuno un'organizzazione autonoma e sono in diversa misura rilevanti l'uno per l'altro. Lo stesso ius civile ha origine da tali rapporti. Nel secondo caso, prodotti normativi che presentano differenze di origine o di contenuto (67).

Base associativa e unità della normazione sono aspetti individuanti sui quali si sofferma anche Antonio Guarino, nelle tre edizioni del suo corso dal titolo L'ordinamento giuridico romano (68). Questo autore descrive le vicende del diritto privato romano a partire dal suo nucleo più antico, che è lo ius Quiritium, definito come ordinamento giuridico dei patrizi nella fase latino-sabina ed in buona parte della successiva fase etrusco-latina della civitas. Tale categoria comprenderebbe i rapporti giuridici assoluti, derivanti dal frazionamento e dall'evoluzione dell'antichissimo mancipium, mentre invece non includerebbe le obligationes (69). Allo ius Quiritium, il cui declino è posto nel VI secolo a.C., sarebbe seguito durante il V e nei primi decenni del IV il vetus ius legitimum: «legiferazione unilaterale 'ottriata' dai patrizi ai plebei, di cui l'esponente più insigne e famoso si ebbe nelle XII tabulae». Dopo di esso, intorno alla metà del IV secolo, sarebbe sorto lo ius civile Romanorum, comprensivo dei patrizi e dei plebei. Qui il fondamento personale degli ordinamenti è chiaramente individuato (70). I successivi complessi giuridici, come le leges publicae, o il diritto creato nella prassi dei pretori, o infine quello che scaturisce dalle costituzioni imperiali, sarebbero forme di integrazione dello ius civile. Appare in esse sfumata e non rilevante la base associativa, che era invece aspetto essenziale nella definizione dei tre diritti più antichi (71).

Sotto il profilo teorico, Guarino trae precise conseguenze dalla materia analizzata. Egli nega l'identificazione tra ius ed istituzione, fin dall'inizio delle sue indagini. L'ordinamento giuridico gli sembra concepito dai Romani «sempre e soltanto come ordinamento strutturato di norme, cioè di comandi generali ed astratti rivolti... ai consociati» (72).

In qualche caso l'impiego di schemi normativistici riecheggia formulazioni kelseniane (anche se non rigorosamente) e suggerisce risposte alle domande storiografiche che l'autore incontra sul suo cammino. Ricordiamo per esempio le obiezioni mosse all'ipotesi di De Francisci, secondo la quale ius sarebbe stato, in età primitiva, nient'altro che la pronuncia del rex. «Ius non poté divenire - osserva Guarino - la decisione autoritativa del capo della comunità prima che si fosse formato il concetto di ius come ordinamento giuridico, cioè come ordinamento umano legittimante il ius dicere del capo...» (73). La conclusione è anch'essa, in realtà, un postulato teorico: «Tralasciamo di esaminare la questione se il ius dicere si limitasse alla mera dichiarazione di diritto o avesse valore costitutivo, implicando determinazioni nuove dei rapporti intersubbiettivi. È certo, però, che, anche in questo caso, dovette esservi, alla base dei poteri di decisione del capo, una norma consuetudinaria di ius, che lo autorizzasse, in quanto capo, a stabilire discrezionalmente il regolamento da imporre alle parti» (74).

Il nesso tra ordinamento e potestà è necessario, oltre che alla legittimazione della potestà, al porsi medesimo dell'ordinamento. In ultima istanza, lo ius consiste in una norma (consuetudinaria) sulla produzione normativa, che autorizza il rex ad esercitare la sua attività sanzionatoria.

La prolusione romana di Riccardo Orestano, del 1961, ed il volume su I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica offrono una diversa considerazione dell'intreccio fra norma e strutture associative, in particolare nell'età più antica (75). Come aveva già fatto Grosso, anche Orestano utilizza gli schemi descrittivi elaborati da Santi Romano, ma vi è un capovolgimento del rapporto fra studio storico e teoria, rispetto a gran parte delle formulazioni precedenti.

Alla persuasione che l'indagine romanistica debba contribuire alla teoria individuando, sul proprio terreno, concetti esemplari di ordinamento si sostituisce il proposito di impiegare gli schemi dell'istituzionismo non come specchio esaustivo di una realtà già naturalmente ordinata, ma per selezionare e mettere in luce l'esistenza e la varietà di strutture associative rilevanti nella storia giuridica romana. Questo procedimento selettivo non ne esclude altri, costruisce uno dei possibili discorsi da svolgere, muovendo dalle fonti di conoscenza del diritto romano e commisurando a queste ogni inquadramento concettuale. La teoria dell'ordinamento, assunta in una prospettiva 'operazionale', può inoltre servire per scorgere le modalità di fatto, non stabilite previamente da una regola o da un comando, con le quali si instaura la convivenza organizzata e si pongono i presupposti della stessa attività normativa (76).

Il punto di vista scelto induce subito a scartare alcuni usi storiografici impossibili dello schema 'ordinamento giuridico'. Anzitutto quelli che si riferiscono al binomio ius civile-ius honorarium, ma anche altri, relativi a dicotomie come ius-lex, ius publicum-ius privatum. Si tratta non di diverse organizzazioni, tali da raccogliere gruppi distinti, ma piuttosto di complessi normativi «che insistevano sulla medesima base personale, concernendo ciascuno e tutti l'intero gruppo». Nel caso dello ius gentium, la base personale è facilmente riscontrabile, anche se assai estesa, ed è diversa da quella dello ius civile, ma non rivela una concreta struttura organizzativa: possiamo parlare di un insieme di princìpi e norme, non di una istituzione (77).

Ci sembra che Orestano attribuisca particolare rilievo ad un punto della teoria di Santi Romano: l'anteriorità della istituzione rispetto ai precetti (78). L'indagine su questi investe il loro porsi storico, la loro origine. Per capire meglio quale sia l'itinerario della ricerca, dobbiamo ricordare una pagina di Romano, ove è affrontato il problema del diritto internazionale, come pietra di paragone della teoria. Vi ricorrono alcuni enunciati che sono, con evidenza, congeniali alla meditazione di Orestano. Dal confronto, la prospettiva 'operazionale' che questo romanista delinea appare in continuità con alcuni propositi di fondo dell'istituzionismo.

«La definizione del diritto - scrive Santi Romano - deve essere data in modo che vi si possa comprendere quel che, non soltanto per tradizione scientifica, ma per sentimento comune, e soprattutto, per pratica costante, e non mai smentita, viene considerato tale. Altrimenti essa è arbitraria: non la realtà si deve - dal giurista - subordinare al concetto, ma questo a quella» (79).

Tralasciamo ora di analizzare il legame tra queste osservazioni e il progetto di politica culturale che esprimono. Ad una prima osservazione, si può cogliere qui, come in altri luoghi della stessa opera, l'auspicio di un adeguamento della dommatica, tale da farla camminare di pari passo coi nuovi rapporti tra gli Stati e con le nuove forme dell'organizzazione sociale interna. Ma questo obiettivo non è peculiare di Santi Romano e non si traduce soltanto in una più acuta consapevolezza della strumentalità e della relatività dei concetti. Basta pensare alla profonda tensione verso il ristabilirsi di una continuità tra diritto romano e scienza odierna che sorreggerà gli studi bettiani, ove la sollecitudine per un superamento delle forme liberali 'ottocentesche' della società e dello Stato è più volte manifesta. Qui i dogmi sono tutt'altro che vicariali; sono sempre immanenti al divenire storico, che li illumina e li svolge.

Caratteristica in ciò che scrive Santi Romano è invece la possibilità di una opposizione del sentimento comune e della pratica costante alla tradizione scientifica. Qui l'istituzionismo mostra il suo aspetto più innovatore, legato alla percezione dei mutamenti sociali in corso nei primi decenni del secolo. Su uno sfondo ideologico sostanzialmente conservatore, la teoria giuridica si apre alla formalizzazione di dati che sono ben lontani dai precetti e possono richiedere approcci analitici tradizionalmente sconosciuti alla scienza del diritto. Non è niente di più che una vocazione, un suggerimento senza sviluppi, anche se potenzialmente utile alla descrizione del diritto vigente come alla storiografia. Romano si limita a postulare la riferibilità dei più vari contenuti ad una forma che rappresenta la condizione essenziale del discorso giuridico. Questa è - già lo sappiamo - l'organizzazione. Come si vede a proposito del diritto internazionale, essa si risolve nell'immagine ideale di una comunità, una 'interstruttura' più o meno complessa, che unisce agenti individuali o collettivi. Al suo interno si stabiliscono «collegamenti di autorità e di forza». Essa non può coincidere con lo schema (privatistico) del rapporto tra gli individui. A questo sfuggono, infatti, le manifestazioni di potere e di soggezione, sovente messe in luce da Romano, che costituiscono ciò che abbiamo chiamato 'interstruttura' della organizzazione: ordinamento o organismo, istituzione o comunità. Anche quando gli agenti che compongono tale entità sono in condizione paritaria e di reciproca indipendenza, essi appaiono comunque sottomessi ad «un potere non soggettivo, impersonale, che è quello stesso che permette e determina l'esistenza della comunità» (80).

Passiamo ora all'indagine di Orestano. Egli comincia con lo scartare ogni determinazione preliminare «di cosa si abbia ad intendere per normativo» (81). Tabula rasa quindi rispetto al problema dei precetti; il che significa una presa di distanze dall'esperienza statuale, un rifiuto dell'equazione tra norma e legge generale ed astratta. Anzi, se norma è guida dei comportamenti, bisogna superare la considerazione di questa come espressione di una volontà cosciente. Molti aspetti dell'organizzazione di un gruppo nascono dai fatti (da complessi equilibri di forza) e non sono consapevolmente progettati.

La distinzione tra fatti normativi, situazioni normative, fatti di produzione normativa si sviluppa in stretto rapporto con la ricognizione storiografica e la presuppone logicamente.

Nella categoria dei fatti normativi l'autore fa rientrare la formazione stessa dell'ordinamento giuridico romano: il processo di coalescenza dei gruppi minori e il costituirsi degli elementi fondamentali dell'organizzazione, come il rex, l'exercitus, il senatus, le curiae, i collegi sacerdotali ed altri ancora. Ai fatti si attribuisce un posto definito entro la teoria istituzionale. Essi fondano o modificano l'ordinamento, stabilendo una disciplina di comportamenti, i cui criteri ('norme') sono desumibili a posteriori (82).

Spesso i singoli eventi si inquadrano entro contesti più ampi, ove si ha la ripetizione di comportamenti sorretta da un'ideologia, tale da trasformare i comportamenti medesimi in modelli, la riproduzione in osservanza. Interviene a designare queste vicende il concetto di situazione normativa, cui fanno capo tutti i fenomeni di genesi consuetudinaria del diritto. In questi la condotta individuale è stabilmente accompagnata dall'assenso della comunità o delle forze sociali prevalenti (83).

Nella categoria dei fatti di produzione normativa sono infine comprese le qualificazioni di liceità o illiceità dei comportamenti, operate con riferimenti agli schemi dello ius e del fas e connesse all'accertamento della volontà divina. La prima produzione normativa consiste nelle pronunce del rex e in quelle degli esperti. Più avanti essa viene attuata in modi sempre più consapevoli ed intenzionali: dalla disciplina del caso singolo si giunge a formulare in modo esplicito criteri più generali di guida dei comportamenti. Il prototipo di tale attività è rappresentato dalle leges publicae, che vengono analizzate in rapporto alle forze sociali: al loro porsi, al dominio dell'una sull'altra o all'equilibrio instabile che raggiungono. Qui la categoria dell'ordinamento giuridico e l'articolazione fatto-norma si mostrano utili per una saldatura tra storia giuridica e storia sociale (84).

Come valutare nel suo complesso questa indagine? A noi pare che essa allontani qualsiasi illusione di un rispecchiamento della realtà sociale entro gli schemi ordinamentali; che sottolinei il carattere di 'punto di vista' proprio dell'istituzionismo; che infine non vada alla ricerca di una concezione dell'ordinamento giuridico nel pensiero romano. Se la teoria è un complesso di strumenti, è facile tener presente che essa è soltanto moderna e che in ogni applicazione conserva un'inevitabile arbitrarietà. Le sue condizioni di uso non sono date naturalmente; è l'utente a fissarle.

Ma l'aspetto che si segnala di più nella ricerca sui fatti di normazione non è l'uso sorvegliato di schemi euristici che prendono le mosse dall'opera di Santi Romano. È piuttosto l'ingresso della narrazione storica nella teoria, che produce fra l'altro un apparato concettuale per definire la genesi dei precetti, anche in esperienze diverse da quella studiata. Si delinea un'analisi dei rapporti fra ordinamento, norme espresse e norme desumibili da comportamenti uniformi, condotta coi mezzi di una storiografia sensibile al particolare, e capace di arricchire la stessa prospettiva istituzionale.

(61) Cfr. GROSSO G., Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano, Torino, 1948; 2a ed. ampliata, 1967. Ma v. anche il saggio dallo stesso titolo, in Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto (Verona, 27, 28, 29 settembre 1948), II, Milano, 1951, 1 ss.

(62) Cfr. GROSSO, op. cit.1, 4 ss.; 2a ed., 3 ss.

(63) GROSSO, op. cit.2, 9.

(64) GROSSO, op. cit.2, 32. Qui si sovrappongono pluralismo associativo e normativo.

(65) GROSSO, op. cit.2, 72. Reminiscenze bettiane sull'attività pretoria come attività discrezionale e sull'editto come regolamento si possono cogliere a p. 18 della 2a ed.

(66) GROSSO, op. cit.2.

(67) GROSSO, op. cit.2.

(68) Cfr. GUARINO A., L'ordinamento giuridico romano, t. 1, Napoli, 1949; 2a ed. riveduta e completata, 1956; 3a ed. riveduta con appendice di saggi, 1959.

(69) GUARINO, op. cit.3, 283.

(70) GUARINO, op. cit.3, 94.

(71) GUARINO, lc. ult. cit.

(72) GUARINO, op. cit.3, 288.

(73) GUARINO, op. cit.2, 78; 2a ed., 49; 3a ed., 67; mentre nella 3a ed., 22 s., compare una critica a Kelsen.

(74) GUARINO, op. cit.3, 67.

(75) Cfr. ORESTANO, Concetto di ordinamento giuridico, cit., specialmente 41 ss.; ID., I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica, Torino, 1967.

(76) Richiama l'attenzione sul quadro 'operazionale' dell'indagine e della riflessione di Orestano COSTA, Emilio Betti, cit., 388 ss.

(77) ORESTANO, I fatti di normazione, cit., 13 ss. Questi spunti critici sono già nella prolusione romana.

(78) V. supra, nt. 15 e testo corrispondente. Anche nella teoria kelseniana vi è un'analoga anteriorità della norma fondamentale rispetto alle altre.

(79) Santi ROMANO, L'ordinamento giuridico, cit., 52 ss.

(80) Cfr. Santi ROMANO, L'ordinamento giuridico, cit., 12, 14 s., 20, 25 s., 42 ss., 55, 57. Sul significato politico-culturale dell'impostazione romaniana, cfr. CASSESE, Ipotesi sulla formazione de 'L'ordinamento giuridico' di Santi Romano, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1972, I, 243 ss.; ed ora, con speciale attenzione alle componenti autoritarie del suo pensiero, LANARO, Nazione e lavoro. Saggio sulla cultura borghese in Italia. 1870-1925, Venezia, 1979, 234 ss.

(81) Cfr. ORESTANO, op. ult. cit., 7 ss.

(82) ORESTANO, op. ult. cit., 35 ss., 69 s.

(83) ORESTANO, op. ult. cit., 134 ss., specialmente 145, 148.

(84) ORESTANO, op. ult. cit., 166, 176.

5. La rappresentazione unitaria di complessi giuridici nel pensiero romano.

Nella cultura dei Romani manca qualsiasi equivalente dello schema 'ordinamento giuridico', così come è delineato dalle teorie contemporanee e dalla storiografia. Non potrebbe essere altrimenti, tanto sono storicamente determinate e circoscritte le dottrine nelle quali il sintagma diventa significante e giustifica la sua autonomia rispetto a nozioni quali quella di diritto, di ordine dei rapporti, di sistema giuridico.

Lo stesso termine ordo, che si avvicina di più alla nostra locuzione, ha, nel linguaggio giuridico romano, significati diversi e tutti lontani dalle immagini moderne. In primo luogo, esso indica una serie, o una successione, in cui il posto che occupano i singoli elementi ha un rilievo giuridico (ad esempio, l'ordine nella successione ereditaria). In secondo luogo, può riferirsi ad un insieme di persone, considerato ora come una semplice categoria, ora come un gruppo organizzato, ora come un collegio, con funzioni e prerogative giuridiche. In terzo luogo, designa la disposizione esteriore di un testo normativo o giurisprudenziale. In quarto luogo, denomina procedure, di solito giudiziarie, ma anche negoziali, diverse tra loro nella struttura, anche se il più delle volte è riferito ai giudizi cognitori dei magistrati imperiali. In quinto luogo (ma si tratta di impieghi sporadici), indica princìpi, riconducibili alle leges o alla natura (85).

D'altro canto gli storici comprendono nei discorsi sull'ordinamento problemi non omogenei, ai quali corrispondono, entro l'esperienza romana, vicende ed elaborazioni concettuali distanti tra loro. Basta ripensare alla problematica dell' 'ordinamento' plebeo, al rapporto fra i gruppi minori e la civitas (86), all'immagine dello ius honorarium e del cosiddetto ius extraordinarium come 'ordinamenti' (87); alla qualificazione del Principato come 'nuovo ordinamento' (88), o della politeia repubblicana come 'ordinamento impersonale' (89).

Ci sembra che dalla complessità di questi riferimenti emerga l'esigenza di una operazione di terapia linguistica. È bene non parlare di un unico ordinamento giuridico romano, che sarebbe davvero un'astrazione troppo indeterminata, anche se connessa ad una periodizzazione. È opportuno, anche quando si usi la locuzione al plurale, ancorarla ad una definizione più circostanziata dei complessi giuridici che designa, distinguendo tipi diversi di complessi: organizzativi o normativi (questo è un problema che abbiamo già visto esaminando la storiografia); sincronici o diacronici.

Se vogliamo rifarci al pensiero giuridico romano, per cercare in esso un terreno di comparazione con le immagini moderne e con la loro ricerca di unità, dobbiamo analizzare come questo pensiero entifichi i propri oggetti e se stesso; quali modelli di unificazione delle forme di disciplina giuridica esso proponga.

Non è possibile in queste pagine una trattazione compiuta delle ipostasi giuridiche elaborate dalla cultura romana.

Ci limiteremo quindi ad alcuni sondaggi.

Un documento significativo di come la giurisprudenza guardi se stessa e l'insieme dello ius è nel lungo brano che ci è giunto del Liber singularis enchiridii di Sesto Pomponio (90). Esso contiene un profilo storico della origine e delle vicende del diritto fino all'età adrianea. Necessarium itaque nobis videtur ipsius iuris originem atque processum demonstrare: questo è l'esordio. Il giurista muove dalla comunità più antica, priva di un diritto certo e regolata dal potere regio, esamina le forme di organizzazione della Repubblica, la concentrazione del potere normativo nelle mani del princeps. Poi esamina lo sviluppo della pratica giurisprudenziale e della letteratura che ordina e rende conoscibili i prodotti dell'interpretatio (91). Si può dire che venga qui unificata una lunga successione di eventi e che si metta in luce il ruolo di protagonista della giurisprudenza nello sviluppo del diritto. Potremmo anche definire il liber Enchiridii una storia dell'ordinamento (ma lo schema sarebbe assai poco individuante). È un testo non privo di disarmonie, ritoccato dai compilatori e forse già sottoposto a manipolazioni riassuntive durante l'epoca postclassica, ma unico nel suo genere. L'autore è impegnato a dimostrare la continuità del processo attraverso il quale si è formato il diritto imperiale, la solidarietà e la costanza del lavoro dei giuristi.

Siamo in una fase di integrazione della giurisprudenza nell'apparato imperiale e su questo sfondo politico va considerata l'affermazione della continuità. Si rafforza tra gli Antonini e i Severi la tendenza dei giuristi a tesaurizzare il passato, a ricomporre ed utilizzare il materiale prodotto dall'interpretatio iuris, senza tener conto delle distanze temporali, né in molti casi dell'avvenuto mutamento dei meccanismi organizzativi. Pomponio traduce questa ideologia in una narrazione a struttura diacronica. Trattando delle XII Tavole e dell'interpretazione che ne discende, egli propone un'immagine unitaria dello ius civile. «His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet) ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem necessariam esse disputationem fori. haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, sed communi nomine appellatur ius civile» (92).

La forma incerta del testo fa pensare che esso sia stato rimaneggiato e soprattutto nella prima parte abbreviato. Tuttavia i concetti richiamati corrispondono all'idea - di cui non mancano testimonianze - che la giurisprudenza guidi l'applicazione del diritto. Il riferimento a dispute nel foro, anche se espresso con una terminologia di origine tardo-repubblicana, descrive probabilmente una realtà contemporanea alle XII Tavole. La discussione fra le parti doveva riguardare la corrispondenza o l'inadeguatezza, rispetto ai rapporti concreti, dei formulari dettati dai pontifices, l'uso che ne veniva fatto, gli adattamenti ai quali erano sottoposti. Ma il problema che questo paragrafo di Pomponio solleva, pur senza chiarirne a fondo i termini, è quello dei rapporti fra la prassi giudiziaria (la disputatio fori) e il diritto creato dai giuristi (ius quod sine scripto venit compositum a prudentibus). Vi è nella stesura attuale del testo una sovrapposizione pura e semplice, piuttosto che un nesso articolato tra i due concetti. Ambedue dovevano rientrare, in origine, nel discorso di Pomponio, ma il riassunto di questa parte dell'esposizione porta a raffigurare il momento del dibattito processuale come un'appendice della formazione giurisprudenziale del diritto.

In realtà il procedimento in iure dei giudizi privati, sia nel sistema più antico delle legis actiones sia in quello meno formalistico dell'agere per formulas, segnato dall'attività creativa del magistrato (il punto d'incontro, trascurato da Biondi, fra diritto civile e pretorio) (93), è il terreno principale su cui si sviluppa il lavoro interpretativo. Nel processo si esibisce l'auctoritas degli esperti (prudentes), che ha fino a tutto il III secolo a.C. forti implicazioni religiose, ma che in seguito tenderà progressivamente a coincidere con la doctrina dei giuristi e con il prestigio sociale che essa sa ottenere, per divenire poi, dopo Augusto, sempre più un elemento del sistema di potere imperiale. Lo stesso frammento di Pomponio, nel definire la giurisprudenza più antica, monopolizzata dal collegio religioso dei pontefici, ma già descritta (secondo un principio di continuità) con riferimento ad oggetti e a profili funzionali identici a quelli dell'interpretatio laica, distingue due campi d'intervento degli esperti: le actiones, cioè la composizione di formulari processuali con cui i privati svolgevano le loro controversie, e la scientia interpretandi, che è l'attività intellettuale volta a stabilire e sviluppare regole di comportamento desunte dai mores e dalle norme legislative (94).

Nel passo di Pomponio vi è insomma una divisione del materiale giuridico in tre parti, che finiscono col convergere. Prima vengono le XII Tavole. Poi la scienza giuridica che su di esse si sviluppa; questa si intreccia con i meccanismi giudiziari, poiché nella risoluzione delle controversie opera concretamente e compone diritto. Infine le azioni, i cui modelli sono creati e custoditi dalla stessa giurisprudenza. Dunque tre complessi giuridici, dei quali uno è capace di assumere entro di sé gli altri. Visto sotto questo profilo, il concetto di interpretatio si identifica con quello di ius civile.

Fino agli ultimi decenni del II secolo a.C., la giurisprudenza aveva considerato suo compito essenziale il commento alle norme decemvirali. Esse rimangono per lungo tempo inizio dello ius civile ed oggetto principale dell'interpretazione (95). Livio vede in esse la fons omnis publici privatique iuris e Pomponio vi fa consistere la fondazione della civitas (96). Già nei Tripertita di Sesto Elio vi era un'analoga visione unitaria del diritto, che la prima parte dell'Enchiridion sembra ripercorrere fedelmente (97). Più avanti, nei paragrafi in cui tratta dei giuristi, Pomponio afferma che l'opera di Sesto Elio veluti cunabula iuris continet (98).

L'espressione può intendersi alla lettera. Nel libro dei Tripertita vi sarebbe stata la culla del diritto e più precisamente il punto d'origine della giurisprudenza. Ma guardando la trattazione di Pomponio nel suo complesso, non sembra che egli faccia coincidere la nascita del diritto con i Tripertita. Piuttosto afferma che questi contengono (non sono) la prima infanzia dello ius. Ora, l'aspetto infantile e originario, cioè più lontano dal presente, che è nei Tripertita, riguarda proprio l'oggetto fondamentale intorno a cui ruotava l'interpretatio: le norme che componevano le XII Tavole. Infatti, come ricorda Pomponio, ad ogni enunciato di queste seguiva nei Tripertita l'interpretatio e poi lo schema o gli schemi di azione che si potevano far discendere dalla norma decemvirale. Nulla era tralasciato. Ma interpretare secondo un disegno così compiuto un testo legislativo vecchio ormai di due secoli e mezzo implicava adattamenti e forzature, talvolta perfino la difficoltà a comprendere i precetti antichi (99).

Sesto Elio aveva a che fare con un diritto che era ad un tempo reliquia del passato e norma per il presente. La sua opera aveva come punti di riferimento fondamentali da un lato la legislazione decemvirale, dall'altro i problemi di interpretazione e di tecnica giudiziaria che il suo tempo e la crescita della civitas gli sottoponevano. La sua visione del diritto era tesa tra questi due poli. Doveva essere una visione tradizionalistica, per la quale due secoli e mezzo di storia (dalla redazione delle XII Tavole al periodo in cui egli scriveva) gli apparivano stretti in una vicenda unitaria: un processo senza discontinuità, il cui soggetto era la civitas (100). È ciò che ritroviamo in Pomponio, ma già un grande costruttore di diritto giurisprudenziale come Labeone ispira il proprio studium ad un'analoga fiducia nell'accumulazione del sapere (101). Finora dunque abbiamo visto un procedimento di unificazione diacronica. Si tratta di uno schema assai significativo e ricorrente nel lavoro della giurisprudenza, fino all'età severiana. Di solito esso è presupposto nella pratica. Pomponio ha il merito di esplicitarlo.

Esaminiamo adesso tre procedimenti di unificazione sincronica, che appartengono alla giurisprudenza del Principato e definiscono insieme modi di produzione della disciplina giuridica antichi e più recenti, rapidamente accennando, in qualche punto, alla loro storia.

Cominciamo con le Istituzioni di Gaio (102). Nei paragrafi del proemio è anzitutto distinto il diritto proprio del popolo romano da quello che appartiene a tutti gli uomini, è fondato sulla ratio naturalis e si identifica concretamente con istituti comuni ai Romani e ad altre popolazioni. Il fondamento naturale di questi ci appare indotto dalla loro costanza entro regioni diverse (103). Ma il diritto del popolo o della civitas è a sua volta costituito da complessi particolari, che il giurista studia come il prodotto di attività, legate in vario modo all'organizzazione del potere.

Il termine ius indica l'insieme di leges e mores che reggono la vita di un popolo determinato (104).

Nel seguito della classificazione manca ogni ulteriore riferimento ai mores, che erano invece menzionati nel primo paragrafo. Della iniziale dicotomia leges-mores è il primo termine ad assumere un valore paradigmatico.

Le diverse sfere normative vengono denominate Iura populi romani: categorie risultanti dalla partizione dello ius. L'appellativo al plurale indica i complessi giuridici derivanti dai singoli atti di produzione. Nel novero di questi atti il giurista pone alcune figure proprie dell'ordinamento repubblicano ed altre più attuali. Incomincia dalla legge, che delinea rievocando ancora il modello dello iussum populi. Subito dopo definisce il plebiscito, anche questo come uno iussum proveniente soltanto dalla plebe. In passato i patrizi si sottraevano ad esso. Dopo la lex Hortensia però - ricorda Gaio - tutto il popolo è tenuto all'osservanza dei plebisciti. Essi quindi sono stati equiparati alle leges con un preciso atto normativo. Il senatusconsultum è ordine del senato e anch'esso è posto sullo stesso piano della legge. Qui si ribadisce - pur citando dubbi giurisprudenziali in proposito - la diretta funzione di lex che questo atto ha acquisito durante l'Impero. Accanto agli schemi di origine repubblicana vi sono le costituzioni imperiali.

Dopo una sommaria esemplificazione che ricorda le sentenze dei principi, le ordinanze generali e le istruzioni vincolanti rivolte ai magistrati, Gaio afferma con decisione che la constitutio principis è come la legge. L'imperatore assume infatti i propri poteri sulla base di una lex de imperio e ciò basta a motivare la riduzione di questo precetto nuovo al modello repubblicano: Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit. Nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.

Anche gli editti producono diritto: amplissimum ius, sottolinea il giurista, soprattutto nella normazione del pretore urbano e di quello peregrino. Infine i responsi dei giuristi, che costituiscono diritto in quanto ad essi sia permessa un'attività creativa. La concordanza delle opinioni giurisprudenziali, sorrette dall'autorità nuova che è loro attribuita dal princeps, le porta allo stesso livello di normatività proprio delle costituzioni imperiali, degli editti, delle leggi. Rispetto alla divisio iuris, che il giurista affronta subito dopo e che riguarda i contenuti del diritto (personae, res, actiones), questi primi paragrafi offrono una rappresentazione formale della disciplina giuridica dei comportamenti. Le sfere normative appaiono enumerate distintamente, eppure connesse dall'insistente riferimento ad un modello concettuale che fornisce a più riprese la ragione ultima della loro capacità di creare diritto. È il modello della lex (105).

Non vorremmo cedere ora a suggestioni kelseniane, ma è certamente delineata nell'esposizione di Gaio una rete di attribuzioni di potere normativo, che fanno capo per vie diverse alla lex e che giustificano l'equiparazione ad essa di altre norme. I plebisciti hanno assunto valore legislativo in base ad una lex. Il principe trae il suo imperium da una lex. L'opinione non controversa dei giuristi legis vicem optinet: sembra una circostanza di fatto, ma è rilevata e quindi anche prescritta dall'imperatore Adriano. Solo per i senatoconsulti e per gli editti è direttamente il giurista a rilevare la formazione di ius. Ma per i primi è chiaramente affermata, come una conquista del dibattito giuridico, l'assimilazione alle leggi.

La figura della lex rappresenta nel discorso gaiano un denominatore comune al complesso delle tecniche di regolamentazione, o almeno alla maggior parte di esse. Lo iussum populi sembra comunque il luogo ideale a cui possono ricondursi tutte le forme di ius civile.

In più punti emerge l'idea di continuità come schema sottostante al ragionamento giuridico. Prendiamo l'esame della constitutio principis. Il giurista ricorre ad un espediente del tutto formale per unificare la normazione imperiale, che esemplifica in modo non esaustivo, e per spiegare la sua influenza preponderante. Egli propone come attuale la lex, ormai di fatto caduta in desuetudine da più di mezzo secolo. Uno schema del passato insomma, che viene conservato come paradigma e base per sostenere le forme nuove prodotte dal presente.

Il procedimento di legittimazione seguito per definire la constitutio principis non è esclusivo di Gaio. Anche Ulpiano adotterà il medesimo ordine di idee, dichiarando che l'origine del potere imperiale è da ricercare nel populus Romanus e nella sua volontà espressa attraverso la lex de imperio. D'altro canto egli affermerà che il principe è sciolto dalle leggi (106).

Anche nell'età dei Severi vi è una continuità teorica rispetto allo schema repubblicano dello iussum populi, ma contemporaneamente questo viene esteso, per trasfigurare l'assetto autocratico del tardo Principato nell'immagine di un patto universale. Le due definizioni di lex che troviamo in Papiniano e Marciano, tramandate dal Digesto, mirano ad una descrizione unitaria ed apologetica del mondo istituzionale tardoclassico. Specialmente il testo di Marciano, che cita Demostene e Crisippo, evoca un complesso di valori etici, facendolo coincidere con un'idea della norma giuridica destinata a trovare realizzazione nelle costituzioni imperiali (107).

Papiniano in un frammento dei libri definitionum sembra ripercorrere la classificazione gaiana delle attività che creano diritto (108). Ma nell'unificazione sincronica di questo giurista è presente una partizione che non aveva grande rilievo nel proemio gaiano. Da un lato stanno le leggi, i plebisciti, i senatoconsulti, le norme imperiali, indicate per sineddoche con l'appellativo di decreta; infine l'auctoritas prudentium. Dall'altro lato sta l'attività dei pretori. Si costruisce così la coppia opposizionale ius civile-ius praetorium (o honorarium). «Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia a propter utilitatem publicam quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum».

È significativo che la genesi del diritto pretorio sia connessa all'applicazione dello ius civile. Ritroviamo il terreno unitario sul quale si misura il lavoro giurisprudenziale. La giurisdizione come punto d'incontro di diverse sfere normative. Ma l'attività d'interpretazione, di integrazione e correzione dello ius civile attraverso l'edictum non si sviluppa più con la creazione di schemi nuovi, nel tempo in cui Papiniano scrive. È un fatto del passato. Dopo il consolidamento dell'editto, il giurista ha davanti agli occhi due complessi normativi, di cui lo ius praetorium è certo la sfera più statica: non soggetta cioè ad un'evoluzione autonoma, che parta dal suo interno, se è vero che il diritto si muove ormai per impulso prevalente dell'imperatore.

Paolo da ultimo propone un modello di unificazione sincronica (109). Egli adotta una tripartizione che, a differenza di quanto faceva Gaio, non considera come entità autonoma ed unitaria lo ius gentium. Al suo posto come categoria più generale vediamo il diritto naturale, non fondato su una rilevazione di istituti comunemente accolti da tutti i popoli, ma su un giudizio di valore. Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaqua civitate utile est, ut est ius civile. L'unità dello ius civile non deriva dalla considerazione simultanea di fatti relativi alla sua origine. Esso è definito in rapporto ad una funzione: l'utilità dei cives: di tutti, o anche soltanto della maggioranza. Lo ius honorarium non è colto nella sintesi edittale, ma è visto piuttosto come l'insieme dei decreta. Sembra che il giurista richiami l'apprezzamento libero dei casi, in negativo, considerando il rischio di decreti iniqui, che comunque non inficia la normatività dello ius dicere.

Proprio in un periodo che vede ormai scontata la cristallizzazione dell'edictum, il giurista pone al centro dello schema descrittivo l'attività decretale: praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. Qui il procedimento di unificazione sincronica appare chiaramente riferito ad una prassi, che si qualifica ius in quanto fondata più o meno direttamente, più o meno fedelmente, su princìpi normativi. In quanto - per usare termini più astratti - è in rapporto con un dover essere, che non si limita ora alle statuizioni dell'editto, ma comprende princìpi di più recente formazione giurisprudenziale ed imperiale.

In definitiva, l'attività magistratuale concreta appare subordinata all'illud quod praetorem facere convenit. Saremmo quasi tentati di dire: all'ordinamento.

(85) Cfr. la partizione di significati proposta da DIRKSEN, Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum, Berolini, 1837, 668 (1. Series continua insequentium personarum vel rerum. 2. Ratio, forma, tenor. 3. Gradus, locus. 4. Consortium, collegium, corpus. 5. Collegium senatus, item decurionum); e cfr. HEUMANNS, Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts9, neue Bearbeitung von G. SECKEL, Jena, 1907, 397 s.

Su ordo come successione cfr. D. 29, 4, 6 pr. (Ulp.); D. 50, 1, 13 (Papin.); D. 16, 3, 7, 3 (Ulp.); D. 36, 4, 5, 3 (Ulp.); D. 38, 4, 5, 2 (Ulp.); D. 50, 4, 14, 5 (Call.). Come insieme di persone, cfr. D. 3, 1, 1, pr.-1 (Ulp.); D. 27, 1, 44, 3 (Tryph.); D. 14, 6, 9, 2 (Ulp.); D. 50, 2, 2 (Ulp.). Come disposizione esteriore di un testo, cfr. D. 1, 2, 2, 2 (Pompon.); Coll. 4, 2, 1 (Paul.); D. 41, 3, 4 pr. (Paul.); D. 1, 5, 2 (Hermog.). Come procedura, cfr. Gai. 4, 161; D. 42, 5, 12 pr. (Paul.); D. 1, 16, 4, 4 (Ulp.); D. 16, 1, 2, 1 (Ulp.); D. 21, 1, 25, 10 (Ulp.); D. 40, 12, 27, 1 (Ulp.); D. 50, 13, 2 (Ulp.); C. 8, 46 (47), 4 (Valerianus et Gallienus); C. 7, 16, 1 (Antoninus); C. 3, 13, 2 (Diocletianus et Maximianus). Come insieme di princìpi (leges o natura), cfr. D. 16, 3, 31 pr. (Tryph.); D. 28, 2, 28, 1 (Tryph.). Ad ordo come procedura possono ricondursi D. 23, 4, 27 (Papin.), e C. 7, 53, 7 (Antoninus), ove figura l'espressione ordo rei gestae.

(86) Cfr. in proposito DELL'ORO, La formazione dello stato patrizio-plebeo, Milano, 1950; ORESTANO, I fatti di normazione, cit., 254 ss.; ed inoltre FREZZA, La costituzione cittadina di Roma ed il problema degli ordinamenti giuridici preesistenti, in Scritti in onore di Contardo Ferrini, cit., 275 ss.; GROSSO, Problemi generali del diritto, cit., 1a ed., 23 ss., 153 ss.; 2a ed., 33 ss., 147 ss.; LUZZATTO, Le organizzazioni preciviche e lo stato, Modena, 1948; GUARINO, L'ordinamento giuridico, cit., 1a ed., 35 ss.; 2a ed., 54 ss.; 3a ed., 72 ss.; DE FRANCISCI, La formazione della comunità politica romana primitiva, in Conferenze romanistiche, Milano, 1960 (cfr. anche SDHI, 1956, XXII, 1 ss.); LUZZATTO, Rilievi critici in tema di organizzazioni preciviche, in Studi in onore di A. Cicu, I, Milano, 1951; VOLTERRA, Ancora sul problema della 'familia' romana, in RISG, 3a sr., 1952-1953, VI, 402 ss.; GROSSO, Problemi di origine e costruzione giuridica, in Studi in onore di V. Arangio-Ruiz, I, Napoli, 1953; ID., Sostanza di una polemica, in RISG, 1954, VII, 473 ss.; VOLTERRA, Risposta a 'Sostanza di una polemica', ivi, 1955-1956, VIII, 615 ss.; DE FRANCISCI, Primordia civitatis, Roma, 1959, 126 ss.; ORESTANO, op. ult. cit., 42 ss.

(87) V. supra, nt. 40 e testo corrispondente.

(88) Così ORESTANO, Il 'problema delle persone giuridiche' in diritto romano, Torino, 1968, 217 ss.

(89) Usando il termine politeía, pensiamo allo schema polibiano di rappresentazione della Repubblica. È DE FRANCISCI (Idee vecchie e nuove, cit., 201), a qualificare l'organizzazione repubblicana come un ordinamento impersonale.

(90) D. 1, 2, 2.

(91) Su questo testo occorre tenere presenti i saggi di BRETONE, dai quali è nato in anni recenti un filone originale ed utile di ricerche. Essi sono ora raccolti nel volume Tecniche e ideologie dei giuristi romani, Napoli, 1971, specialmente 109 ss., 161 ss., 181 ss.

(92) D. 1, 2, 2, 5. Cfr. SCHULZ, History of Roman Legal Science, Oxford, 1946, 2a ed. 1953, trad. it. a cura di G. NOCERA, Storia della giurisprudenza romana, Firenze, 1968, 43 e nt. 2.

(93) V. supra, nt. 28 e 37.

(94) D. 1, 2, 2, 6: «Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas sollemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones. et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: leges duodecim tabularum: ex his fluere coepit ius civile; ex isdem legis actiones compositae sunt. omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant...». Cfr. PUGLIESE G., Il processo civile romano, I. Le 'legis actiones', Roma, 1961-1962, 8 ss.

(95) Un passo del de legibus di Cicerone offre un quadro sintetico degli oggetti dell'interpretazione nell'ultimo secolo della Repubblica. Cic., leg., 1, 17: «... Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas?». Sono indicati due prodotti normativi ai quali si indirizza la conoscenza giuridica: quello della legislazione decemvirale, prediletto dai giuristi più antichi, e quello più attuale dell'editto. Secondo Cicerone l'unificazione scientifica è possibile solo uscendo dalla tecnica, per trattare il diritto attraverso idee generali, che lo fondano sulla natura e lo apparentano strettamente con l'etica.

Dal de officiis traiamo invece una testimonianza del rapporto che l'interpretatio contemporanea a Cicerone stabilisce con le XII Tavole. Il passo mostra anche chiaramente come i giuristi innovino rispetto alle norme decemvirali e come per ius civile si intenda il complesso della loro attività interpretativa. Off. 3, 65: «Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta. Quidquid enim est in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere». Cicerone racconta di un principio nuovo, creato dai giuristi, che si aggiunge alla tradizione delle XII Tavole. Possiamo sintetizzarlo così: se nella vendita di un fondo e nella successiva mancipatio non venivano rese manifeste dal venditore situazioni afferenti all'oggetto dell'operazione la cui ignoranza potesse provocare un danno al compratore, questi disponeva, a danno avvenuto, di un'actio ex empto. Per comprendere come funzionasse, entro il principio fissato dalla giurisprudenza, questa rilevanza del 'non detto', che appare assai vicina a quella del dolo nel contesto ciceroniano, è utile esaminare un passo di Pomponio, proveniente dai Libri ad Quintum Mucium. La fattispecie e il rimedio giuridico vi sono rappresentati con maggior precisione. D. 18, 1, 66, 1 (Pompon. 31 ad Q. Mucium): «Si cum servitus venditis praediis deberetur nec commemoraverit venditor, sed sciens esse reticuerit et ob id per ignorantiam rei emptor non utendo per statutum tempus eam servitutem amiserit, quidam recte putant venditorem teneri ex empto ob dolum». Cfr. al riguardo RICCOBONO, La 'voluntas' nella prassi giudiziaria guidata dai Pontefici, in Festschrift F. Schulz, I, Weimar, 1951, 302 ss., specialmente 306, il quale riferisce all'età repubblicana la sostanza del testo di Pomponio. Perciò i quidam di cui si parla sarebbero gli stessi iurisconsulti ricordati da Cicerone. La loro opinione è ius civile. V. anche STEIN, Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law, London, 1958, 7 ss., 11 s.

(96) Cfr. Liv. 3, 34, 5-7: «... Eas leges habiturum populum Romanum, quas consensus omnium non iussis latas magis quam tulisse videri posset. Cum ad rumores hominum de unoquoque legum capite editos satis correctae viderentur, centuriatis comitiis decem tabularum leges perlatae sunt, quae nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo fons omnis publici privatique est iuris. Vulgatur deinde rumor duas deesse tabulas, quibus adiectis absolvi posset velut corpus omnis Romani iuris...». Accanto alla immagine della fonte, riferita alle XII Tavole, ricorrono nel testo altre due metafore: il 'cumulo' delle leggi e il 'corpo' del diritto. Si tratta di procedimenti di unificazione contratti in un semplice segno linguistico. Nel primo si denota un insieme non ordinato (possiamo ricordare qui l'idea della 'stratificazione' suggerita dagli storici contemporanei). Da questo disordine trae spunto la tendenza codificatoria attestata da Suet., Iul. 44, 2. «... ius civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros...». Sul passo e sulla esigenza di ordine nel materiale normativo, avvertita da Giulio Cesare, cfr. SCHULZ F., Prinzipien des römischen Rechts, München, 1934, trad. it. a cura di V. ARANGIO-RUIZ, I principii del diritto romano, Firenze, 1946, 7 s. e nt. 12. Ma l'istanza di semplificazione è più generale nell'ultimo periodo della Repubblica. Sorregge il programma scientifico ciceroniano e lo stesso uso della dialettica nel lavoro teorico dei giuristi, da Quinto Mucio in avanti. Cfr. SCHIAVONE, Nascita della giurisprudenza, Bari, 1976, 101 ss.

La metafora del corpus, che Livio usa e che è destinata ad avere grande fortuna entro la coscienza giuridica europea, indica invece un insieme ordinato. Nel linguaggio moderno la troviamo sia entro il costruttivismo dell'Ottocento, che applica procedimenti di unificazione (più o meno complessi: l'uso di una metafora è tra i più semplici) ai contenuti della disciplina giuridica, sia in rapporto alla teoria dell'ordinamento giuridico, in particolare sul versante dell'istituzionismo, dove il campo dell'unificazione è quello delle tecniche, non dei contenuti.

Anche in un altro passo liviano si usa il termine corpus come schema unificante. Liv. 1, 8, 1. «Rebus divinis rite perpetratis vocataque ad concilium multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat, iura dedit...». Nei due impieghi ora indicati, lo stesso termine riferito da Livio prima ad un complesso di enunciati normativi, poi ad un insieme organizzato di individui. In questo secondo significato v. anche D. 1, 2, 2, 25-26 (Pompon., sing. Enchiridii), ove i patres e la plebs sono qualificati come distinti corpora. Che il linguaggio giuridico e comune dei Romani denotasse mediante il termine corpora aggregati di uomini liberi e non liberi è messo in luce da ORESTANO, Il 'problema delle persone giuridiche', cit., 135 s. e nt. 64.

Riguardo alla definizione che Pomponio dà delle XII Tavole, cfr. D. 1, 2, 2, 4.

(97) Cfr., al riguardo, BRETONE, Tecniche e ideologie, cit., 126 ss.

(98) D. 1, 2, 2, 38. Cfr. SCHULZ, Storia della giurisprudenza, cit., 27, 68 s.

(99) Cfr. BRETONE, op. cit., 6 s. e nt. 5; SCHIAVONE, op. cit., 77 s.

(100) Su Sesto Elio cfr. D'IPPOLITO, I giuristi e la città, Napoli, 1978, 51 ss. Un contemporaneo di Sesto Elio, Catone il censore, esprimeva una rappresentazione che ha qualche punto di contatto con questa, definendo come risultato di una continuità di eventi l'assetto organizzativo raggiunto dalla civitas. La teoria catoniana, tramandata da Cicerone, ruotava intorno ad un esame dello status nostrae civitatis: una locuzione che si potrebbe tradurre col termine 'ordinamento', intendendolo latamente, come il definiens di una unità strutturata (nella quale peraltro l'usus sembra più importante delle leggi). Cfr. Cic. rep. 2, 2: «Is dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod... nostra autem res publica non unius esset ingenio, nec una hominis vita, sed aliquot constituta saeculis et aetatibus. Nam neque ullum ingenium tantum extitisse dicebat, ut quem res nulla fugeret, quisquam aliquando fuisset, neque cuncta ingenia conlata in unum tantum posse uno tempore providere, ut omnia complecterentur sine rerum usu ac vetustate».

Dal testo emergono due punti di vista significativi. Anzitutto, La vetustà, come risultato di un processo storico unitario, che produce istituti mediante l'uso, è un valore. In secondo luogo, lo status civitatis nostrae viene considerato in modo positivo nella misura in cui è completo ed abbraccia tutti gli aspetti dell'esperienza e tutte le forme politiche. Cfr. in proposito LA PENNA, Potere politico ed egemonia culturale in Roma antica, in Atti del Convegno perugino «Il latino nelle facoltà umanistiche», Roma, 1974, 39 ss., specialmente 46 s., ora in Aspetti del pensiero storico latino, Torino, 1978, 12 ss.

(101) Cfr. su questo punto BRETONE, op. cit., 21 ss.; SCHIAVONE, Studi sulle logiche dei giuristi romani, Napoli, 1971, 46 ss., 102 nt. 116; ed ora BRETONE, Il 'diritto antico' nella polemica antiaugustea, in Quaderni di storia, 1978, VIII, 273 ss.

(102) Gai 1, 1-7.

(103) Nel concetto di ius gentium, fondato da Gaio su una comunanza di forme giuridiche, che funziona come spia della naturalis ratio, vi è un'eco di formulazioni stoiche. È da tener presente la singolare somiglianza tra la definizione gaiana ed un passo di Filone Alessandrino, ove appare l'immagine del cosmo come città, che ha un'unica costituzione, cui si aggiungono le leggi dei singoli popoli. Qui la ragione naturale è indicata come fondamento dei comandi e dei divieti generali. Cfr. Phil. de Joseph, VI. V. ora, sulle idealità stoiche che reggono il discorso gaiano, WAGNER H., Studium zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius. 'Ius gentium' und 'ius naturale' in ihrem Verhältnis zum 'ius civile', Zutphen, 1978, 5 ss., 74 ss., 99 ss., 104 ss.

(104) Cfr. KASER, Zum 'ius' -Begriff der Römer, in Acta iuridica, 1977. Essays in honour of B. Beinart, II, Cape Town, 1979, 63 ss.

(105) V. su questo punto BRETONE, Tecniche, cit., 31 ss. V. anche WAGNER, op. cit., 180 ss., sulla distinzione tra diritto civile, riconducibile al potere costituente del popolo, e diritto onorario, proprio dei magistrati, che, a differenza del princeps, non avrebbero una diretta legittimazione democratica.

(106) Cfr. D. 1, 4, 1, pr. 1 (Ulp. 1 institutionum): «Quod principi placuit legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem 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». Dunque il termine constitutio è messo in secondo piano rispetto a lex, che sembra più comprensivo e più netto sotto il profilo dell'efficacia, a cui si riferisce il paragrafo 2. Sul fondamento del potere imperiale, che poggia qui sul populus ed è in formale continuità coi princìpi repubblicani, cfr. ORESTANO, Il 'problema delle persone giuridiche', cit., 230 ss. Il principio per cui l'imperatore è sciolto dalle leggi è invece enunciato in D. 1, 3, 31 (Ulp. 13 ad legem Iuliam et Papiam). Cfr. anche Scriptores historiae Augustae, Spart. Carac. 10, 2. Questi testi possono essere letti (e lo sono stati: si vedano specialmente le pagine di DE FRANCISCI che abbiamo preso in esame supra, § 3) alla luce dello schema dicotomico potere-ordinamento. Vi è una costituzione di Alessandro Severo che si presta ancora di più ad una simile lettura, poiché in essa compare la coppia (di cui per altro si esclude il carattere opposizionale) leges-imperium. C. 6, 23, 3 (Imp. Alexander A. Antigono): «Ex imperfecto testamento nec imperatorem hereditatem vindicare saepe constitutum est. licet enim lex imperii sollemnibus iuris imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium imperii est, ut legibus vivere» (a. 232). Lo stesso termine leges si trova in un passo di Callistrato, ad indicare un insieme unitario di norme (di cui l'appellativo non individua la portata tecnica) capaci di offrire garanzie ai singoli. D. 48, 19, 28, 7 (Call. 6 de cognitionibus): «... cum enim leges omnibus hominibus aequaliter securitatem tribuant, merito visum est in iniuriam potius alterius quam sui defensionis gratia ad statuas vel imagines principum confugere...». Su questo testo cfr. BONINI, I 'libri de cognitionibus' di Callistrato, Milano, 1964, 142 ss.; BRUTTI, La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana, II, Milano, 1973, 541 ss.

(107) Cfr. D. 1, 3, 1 (Papin. 1 definitionum) e D. 1, 3, 2 (Marcian. 1 institutionum).

(108) D. 1, 1, 7, pr. - 1 (Papin. 2 definitionum). Su questo testo si fonda la trattazione di BETTI (La creazione del diritto, cit.) che abbiamo visto supra, nt. 24. Cfr. MAGDELAIN, Les actions civiles, Paris, 1954, 1 s., 63 ss.

(109) D. 1, 1, 11 (Paul. 14 ad Sabinum). Cfr. SCHMIDLIN, Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie, Wien, 1970, 182 ss.

LETTERATURA.

EHRLICH Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. Erster Theil. Das 'ius civile', 'ius publicum', 'ius privatum', Berlin, 1902;

RICCOBONO Dal diritto romano classico al diritto moderno, Palermo, 1915-17, specialmente 588 ss., ora in Scritti di diritto romano, II, Palermo, 1964, 368 ss.;

ID. La fusione del 'ius civile' e del 'ius praetorium' in unico ordinamento, in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Festschrift Zitelmann, 1922, XVI, 503 ss.;

ID. Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano, in Mélanges de droit romain dédiés à G. Cornil, Gand-Paris, 1926, 237 ss.;

BETTI La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano, in Studi in onore di G. Chiovenda, Padova, 1927, 67 ss.;

BIONDI Prospettive romanistiche, Milano, 1933;

BETTI Diritto romano, I, pt. g., Padova, 1935, specialmente 28 ss., 55 ss.;

SCHÖNBAUER Vom Gemeinschaftselement im Bau der römischen Rechtsordnung, in CONRAD e DULCKEIT, Bericht über den 5. Deutschen Rechtshistorikertag in Tübingen vom 12-15 Oktober 1936, in ZSS.R., 1937, LVII, 534 ss., specialmente 539-40;

KASER Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung, Tübingen, 1939;

GROSSO G. Premesse generali al corso di diritto romano, Torino, 1940, 2a ed., 1946, 3a ed. 1954, 4a ed. 1960;

CALASSO I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico, Firenze, 1945, 2a ed. 1950, 3a ed., Milano, 1957, specialmente 83 ss.;

DE FRANCISCI Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano, in Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione, I, Milano, 1947, 192 ss.;

FREZZA La costituzione cittadina di Roma ed il problema degli ordinamenti giuridici preesistenti, ivi, 275 ss.;

CALASSO Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale, Milano, 1948, 2a ed., 1949;

GROSSO G. Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano, Torino, 1948, 2a ed., 1967;

LUZZATTO G. I. Le organizzazioni preciviche e lo stato, Modena, 1948.

DE FRANCISCI Recensione a GROSSO, Problemi generali, cit., in SDHI, 1949, XV, 280 ss.;

ID. Punti di orientamento per lo studio del diritto, in RISG, 1949, LXXXVI, 69 ss.;

GUARINO A. L'ordinamento giuridico romano, t. 1, Napoli, 1949, 2a ed. 1956, 3a ed. 1959;

WIEACKER Vom römischen Staat als Rechtsordnung, Freiburg in Breisgau, 1949;

DELL'ORO La formazione dello stato patrizio-plebeo, Milano, 1950;

GROSSO G. Problemi e visuali del romanista, in Jus, 1950, I, 321 ss., ora in 'L'Europa e il diritto romano'. Studi in memoria di P. Koschaker, I, Milano, 1954, 493 ss.;

GUARINO A. Recensione a GROSSO, Problemi generali, cit., in Arch. giur., 1950, CXXXVIII, 78 ss., ora in Le origini quiritarie, Napoli, 1973, 211 ss.;

COLI Regnum, in SDHI, 1951, XVII, 1 ss., ora in Scritti di diritto romano, I, Milano, 1973, 321 ss.;

GROSSO G. Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano, in Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto (Verona, 27-29 settembre 1948), II, Milano, 1951, 1 ss.;

LUZZATTO G. I. Rilievi critici in tema di organizzazioni preciviche, in Studi in onore di A. Cicu, I, Milano, 1951, 457 ss.;

BETTI Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla 'familia' romana arcaica, in SDHI, 1952, XVIII, 241 ss.;

GUARINO A. Il concetto dell'ordinamento giuridico alla luce dell'esperienza romana, in Arch. giur., 1952, CXLII, 3 ss., ora in Le origini quiritarie, cit., 283 ss.;

VOLTERRA Ancora sul problema della 'familia' romana, in RISG, 1952-53, LXXXIX, 402 ss.;

GROSSO G. Problemi di origine e costruzione giuridica, in Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento, I, Napoli, s.d. (ma 1953), 33 ss.;

VOCI Esame delle tesi del Bonfante sulla famiglia romana arcaica, ivi, 101 ss.;

PARADISI Impostazione dogmatica e ricostruzione storica del diritto internazionale più antico, in Atti del Congresso internazionale, cit., IV, 1953, 3 ss.;

CALASSO Medio evo del diritto, I. Le fonti, Milano, 1954, specialmente 391 ss., 409 ss., 453 ss.;

GROSSO G. Sostanza di una polemica, in RISG, 1954, XC, 473 ss.

Von LÜBTOW, Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht, Frankfurt am Main, 1955;

VOLTERRA Risposta a «Sostanza di una polemica», in RISG, 1955-1956, XCI, 615 ss.;

COLI Stati-città e unioni etniche nella preistoria greca e italica, in Studi in onore di P. De Francisci, IV, Milano, 1956, 505 ss., ora in Scritti, cit., II, 541 ss.;

DE FRANCISCI La comunità sociale e politica romana primitiva, in SDHI, 1956, XXII, 1 ss., ora in Conferenze romanistiche, Milano, 1960, 67 ss.;

PARADISI Due aspetti fondamentali nella formazione del diritto internazionale antico, in Ann. stor. dir., 1957, I, 169 ss.;

DE FRANCISCI Primordia civitatis, Roma, 1959, 126 ss.;

FREZZA A proposito della riedizione delle 'Opere' di Pietro Bonfante, in SDHI, 1959, XXV, 371 ss.;

KASER La famiglia romana arcaica, in Conferenze romanistiche, cit., 37 ss.;

MASCHI La critica del diritto nell'àmbito degli ordinamenti giuridici romani, in Studi in onore di B. Biondi, II, Milano, 1961, 707 ss.;

LUZZATTO G. I. Il passaggio dall'ordinamento gentilizio alla monarchia in Roma e l'influenza dell'ordinamento delle 'gentes' nella costituzione romana durante la monarchia e la prima repubblica, in Atti del Convegno internazionale 'Dalla tribù allo stato' (Accademia dei Lincei), Roma, 1962, 193 ss.;

ORESTANO R. Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano, in Jus, 1962, XIII, 35 ss.;

ID. «Gens», in Nss.D.I., VII, 1965, 782 ss.;

ID. I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica, Torino, 1967;

FERENCZY E. Die 'Grundgesetze' der römischen Republik, in 'Sein und Werden im Recht'. Festgabe für U. von Lübtow, Berlin, 1970, 267 ss.;

CATALANO La divisione del potere in Roma (a proposito di Polibio e di Catone), in Studi in onore di G. Grosso, VI, Torino, 1974, 665 ss.;

SERRAO Classi, partiti e legge nella repubblica romana, Pisa, 1974;

BLEICKEN 'Lex Publica'. Gesetz und Recht in der römischen Republik, Berlin-New York, 1975, specialmente 324-518;

FERENCZY E. From the Patrician State to the Patricio-plebeian State, Budapest, 1976;

TALAMANCA M. Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici, in Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero a cura di G. G. ARCHI, Milano, 1976, 95 ss.;

CAPOGROSSI COLOGNESI Storia delle istituzioni romane arcaiche, Roma, 1978;

GUARINO A. La democrazia romana, Napoli, 1979, specialmente 23 ss.;

KASER Zum 'ius' -Begriff der Römer, in Acta iuridica 1977. Essays in honour of B. Beinart, II, Cape Town, 1979, 63 ss.

NOTE

(1) V., su questo ordine di problemi, DI ROBILANT, Teoria e ideologia nelle dottrine della giustizia, Torino, 1964, 9 ss., 158 ss.; LUMIA, Lineamenti di teoria e ideologia del diritto, Milano, 1973, 38 ss. (sulla tematica dell'ordinamento). Cfr. ORESTANO R., Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano, in Jus, 1962, XIII, 35 ss., specialmente 38: «Il concetto di ordinamento è pur sempre un'astrazione, cioè un atto intellettivo, il risultato di una operazione del nostro pensiero, mediante la quale selezioniamo, da un complesso di situazioni, certi dati assunti come rappresentativi, ordinandoli fra loro secondo uno schema di costanza, e facendone delle coordinate di riferimento per la nostra esperienza: in ciò in nulla diverso, come struttura e funzione, da qualsiasi altro concetto elaborato dalla scienza del diritto per le sue prese di possesso della realtà e per le sue costruzioni intorno ad essa». Sostanzialmente in continuità con questo punto di vista che, come vedremo, è legato al tentativo di portare l'indagine storiografica dentro la teoria e muove da una problematizzazione del concetto giuridico di ordinamento, ci sembrano le formulazioni di TARELLO, Prospetto per la voce 'Ordinamento giuridico' di un'enciclopedia, in Politica del diritto, febbraio 1975, 73 ss., specialmente 74: «Illustrare la nozione di ordinamento non si può, a mio avviso, considerando il termine 'ordinamento' come nome di una realtà oggettiva o di una caratteristica essenziale del (di ogni) diritto (oggettivo), ma si può invece analizzando gli usi ed i fini dei parlanti in termini di 'ordinamento' e le operazioni culturali e politiche cui quel termine ha servito o è stato piegato».

(2) Cfr. ORESTANO, lc. cit., sul concetto come 'deliberato proposito' di guardare gli oggetti. Ma quali oggetti? ed a quali tratti si dà rilievo? La vicinanza del concetto di ordinamento giuridico al mondo dei fatti è stata messa in rilievo da GIANNINI M. S., Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici, in Atti del XIV Congresso internazionale di sociologia, IV, Roma, 1950, 455 ss.

(3) Cfr. BOBBIO, Sul principio di legittimità (1964), in Studi per una teoria generale del diritto, Torino, 1970, 92 s.

(4) Questa opera esce in Italia, prima ancora di essere pubblicata in lingua tedesca, con il titolo La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali, trad. it. a cura di P. TREVES, in Arch. giur. 1933, CX, 121 ss. Cfr., un anno dopo, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Wien, 1934. Vi è poi una seconda edizione della traduzione italiana: Lineamenti di dottrina pura del diritto, Torino, 1952. Il passo citato è a p. 99. Ma v. anche la 2a ed. dell'opera in lingua tedesca: Reine Rechtslehre, Wien, 1960, trad. it. a cura di M. G. LOSANO, Torino, 1966, in particolare 217 ss. Qui l'introduzione di Losano (p. XIII ss.) delinea un'utilissima storia interna del pensiero di Kelsen.

(5) Cfr. KELSEN, Lineamenti, cit., 96.

(6) KELSEN, op. cit., 99 s. Al riguardo cfr. anche ID., General Theory of Law and State (1945), trad. it. di S. COTTA e G. TREVES, Milano, 1959, 111 ss. Qui la norma fondamentale figura in tre accezioni: come formulazione (che il teorico compie) di una condizione di possibilità di tutte le proposizioni giuridiche; come assunto che esiste comunemente nella coscienza dei giuristi, quando questi considerino il diritto come sistema di norme valide; come postulato di validità della prima costituzione. Può a pieno titolo definirsi 'prima' la costituzione che si instaura in seguito ad un fatto rivoluzionario (p. 118 ss.).

(7) Cfr. Santi ROMANO, L'ordinamento giuridico, Firenze, 1918, 2a ed. 1946, rist. 1962, 18 ss., 25 ss.

(8) Santi ROMANO, op. cit., 1946, 22 ss., 86.

(9) Santi ROMANO, op. cit., 27 s.

(10) Santi ROMANO, op. cit., 355 e nt. 29 ter, 67, e già 12.

(11) Santi ROMANO, op. cit., 104 ss.

(12) Ora è in Santi ROMANO, Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale, Milano, 1969, 27 ss.

(13) Cfr. Santi ROMANO, L'ordinamento giuridico, cit., 49 ss. I Principii sono pubblicati per la prima volta nel 1946.

(14) Santi ROMANO, L'ordinamento giuridico, cit., 50-52.

(15) Cfr. PIOVANI, Il significato del principio di effettività, Milano, 1953, 47 ss., 54 s., 57 ss.

(16) Cfr. PIOVANI, op. cit., 55.

(17) Cfr., in proposito, ZACCARIA G., Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi. Contributo allo studio del rapporto tra Capograssi e l'idealismo, Padova, 1976, specialmente 113 ss.

(18) Cfr., al riguardo, CATANIA, Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico, Napoli, 1976, 92 ss.

(19) Santi ROMANO, L'ordinamento giuridico, cit., 51 s. L'organizzazione non si identifica mai con le norme; o è precedente ad esse o si verifica per effetto della loro esecuzione. Cfr. op. cit., 15.

(20) Su questa problematica, che permette di conoscere più da vicino le politiche culturali presenti ed operanti, con varie mediazioni, nella storiografia del diritto, v. ora la lucida ricostruzione di COSTA P., Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1978, VII, 311 ss. Qui vedi la bibliografia precedente, tra cui spicca l'ampia ricerca di DE GENNARO A., Crocianesimo e cultura giuridica italiana, Milano, 1974.

(21) Una sintesi di tali problemi, in cui è vagliato con particolare attenzione il dibattito italiano, è offerta da ORESTANO, Introduzione allo studio storico del diritto romano2, Torino, 1961, 617 ss.

(22) Cfr. Santi ROMANO, op. ult. cit., 108.

(23) Cfr. BETTI, La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano, in Studi in onore di G. Chiovenda, Padova, 1927, 67 ss., specialmente 90 ss., 92 nt. 1, 102 nt. 1, 105 nt. 4, 108 s. V. anche 125 nt. 1, ove è richiamata l'attenzione sul «continuo uso, ... fatto nel corso di questo studio, di categorie giuridiche elaborate dalla dogmatica (in particolare dalla pubblicistica) odierna». Nello stesso ordine di idee cfr., con prevalente riferimento a temi privatistici, BETTI, Diritto romano e dogmatica odierna, in Arch. giur., 1928, XCIX, 129 ss.; C, 26 ss.

(24) Cfr. BIONDI, Prospettive romanistiche, Milano, 1933, 24 ss. Si tratta di una prolusione del 1931, notevolmente ampliata.

(25) Cfr. MASCHI, Biondo Biondi (1888-1966), in Jus, 1966, XVII.

(26) BIONDI, op. cit., 25.

(27) BIONDI, op. cit., 25 s.

(28) Cfr. RAGGI, Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanistica, in BIDR, 3a sr., 1959, I, 199 ss., ora in Scritti, Milano, 1975, 73 ss.

(29) Cfr. VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Berlin, 1840-1849, trad. it. a cura di V. SCIALOJA, Sistema del diritto romano attuale, I, Torino, 1886, 40 ss.

(30) Qualche osservazione e richiami alla letteratura in BRUTTI, L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1976-1977, V-VI, 41 ss., specialmente 48 ss.

(31) Cfr. BIONDI, op. cit., 36 ss., 66 ss.

(32) Cfr. EHRLICH, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. Erster Theil. Das 'ius civile', 'ius publicum', 'ius privatum', Berlin, 1902, 101 ss., 129.

(33) Cfr. RICCOBONO, La fusione del 'ius civile' e del 'ius praetorium' in unico ordinamento, in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 1922, XVI, 503 ss.; ID., Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano, in Mélanges de droit romain dédiés à G. Cornil, Gand-Paris, 1926, 237 ss. V. anche in sintesi, ID., Lineamenti della Storia delle fonti e del diritto romano2, Milano, 1949, 44 ss., 156 ss.

(34) Cfr. RICCOBONO, Fasi e fattori, cit., 288.

(35) BIONDI, Prospettive romanistiche, cit., 40.

(36) V. supra, nt. 33.

(37) BIONDI, op. cit., 27 ss., 32 s.

(38) Cfr. BIONDI, op. cit., 68.

(39) Cfr. BIONDI, op. cit., 30 s., 40 ss., 51 ss.

(40) Cfr. BIONDI, op. cit., 64.

(41) Cfr. DE FRANCISCI, Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano, in Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione, I, Milano, 1947, 192 ss.

(42) Cfr. DE FRANCISCI, Dogmatica e storia nell'educazione giuridica, in RIFD, 1923, III, 373 ss. V., in proposito, COSTA, Emilio Betti, cit., 353 ss., 363 ss.

(43) DE FRANCISCI, Le fonti del diritto privato e il processo della loro unificazione in Roma, in Nuovi studi di diritto, economia e politica, 1927-28, I, 161 ss.; ID., Premesse storiche alla critica del Digesto, in Conferenze per il XIV Centenario delle Pandette, Milano, 1931, 1 ss.

(44) Gli scritti di Giorgio La Pira, usciti fra il '34 e il '35, sono citati da DE FRANCISCI, Idee vecchie e nuove, cit., 223 nt. 3.

(45) Cfr. DE FRANCISCI, op. ult. cit., 199 s.

(46) DE FRANCISCI, Arcana imperii, Milano, 1947-1948, rist. anastatica con saggio introduttivo di MAZZARINO S., De Francisci fra 'storicismo' e sociologia, Roma, 1970.

(47) Cfr. DE FRANCISCI, Idee vecchie e nuove, cit., 200 ss.

(48) DE FRANCISCI, op. ult. cit., 204.

(49) Cfr. DE FRANCISCI, op. ult. cit., 201 nt. 1, 205 s.

(50) DE FRANCISCI, op. ult. cit., 199.

(51) DE FRANCISCI, op. ult. cit., 201.

(52) DE FRANCISCI, op. ult. cit., 229.

(53) DE PRANCISCI, op. ult. cit., 217.

(54) DE FRANCISCI, op. ult. cit., 202.

(55) DE FRANCISCI, op. ult. cit., 227 ss.

(56) Cfr. DE FRANCISCI, Punti di orientamento per lo studio del diritto, in RISG, nuova sr., 1949, III, 69 ss. ed in Ann. Catania, 1950, IV (si tratta di una conferenza tenuta a Catania il 28 gennaio 1950). Cfr. MAZZARINO, op. cit., V ss., specialmente v.

(57) DE FRANCISCI, op. ult. cit., 77.

(58) DE FRANCISCI, op. ult. cit., 81.

(59) Cfr. DE FRANCISCI, Idee per un rinnovamento della scienza del diritto (Storia e Comparazione), in Anr. dir. comp., 1940, XV (si tratta di una conferenza letta il 12 ottobre 1938).

(60) Cfr. DE FRANCISCI, op. ult. cit., passim e specialmente 7 e nt. 1. Cfr., a questo proposito, SCHMITT C., Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg, 1934. La prima parte di questo è ora tradotta in italiano: cfr. Le categorie del 'politico', Bologna, 1972, 247 ss. Un influsso dell'antiindividualismo nazionalsocialista (ed in questo àmbito anche delle teorie schmittiane) può cogliersi in SCHÖNBAUER, Vom Gemeinschaftselement im Bau der römischen Rechtsordnung (Bericht), in ZSS. R., 1937, LVII, 539 s.; KASER, Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung, Tübingen, 1939. Si tratta di lavori nei quali il diritto romano appare come una specie di rovescio della civiltà liberale. Concetti come Rechtsordnung o Lebensordnung hanno qui una precisa funzione: inquadrano e portano in primo piano le caratteristiche ideologiche del diritto romano che gli autori intendono privilegiare.

(61) Cfr. GROSSO G., Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano, Torino, 1948; 2a ed. ampliata, 1967. Ma v. anche il saggio dallo stesso titolo, in Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto (Verona, 27, 28, 29 settembre 1948), II, Milano, 1951, 1 ss.

(62) Cfr. GROSSO, op. cit.1, 4 ss.; 2a ed., 3 ss.

(63) GROSSO, op. cit.2, 9.

(64) GROSSO, op. cit.2, 32. Qui si sovrappongono pluralismo associativo e normativo.

(65) GROSSO, op. cit.2, 72. Reminiscenze bettiane sull'attività pretoria come attività discrezionale e sull'editto come regolamento si possono cogliere a p. 18 della 2a ed.

(66) GROSSO, op. cit.2.

(67) GROSSO, op. cit.2.

(68) Cfr. GUARINO A., L'ordinamento giuridico romano, t. 1, Napoli, 1949; 2a ed. riveduta e completata, 1956; 3a ed. riveduta con appendice di saggi, 1959.

(69) GUARINO, op. cit.3, 283.

(70) GUARINO, op. cit.3, 94.

(71) GUARINO, lc. ult. cit.

(72) GUARINO, op. cit.3, 288.

(73) GUARINO, op. cit.2, 78; 2a ed., 49; 3a ed., 67; mentre nella 3a ed., 22 s., compare una critica a Kelsen.

(74) GUARINO, op. cit.3, 67.

(75) Cfr. ORESTANO, Concetto di ordinamento giuridico, cit., specialmente 41 ss.; ID., I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica, Torino, 1967.

(76) Richiama l'attenzione sul quadro 'operazionale' dell'indagine e della riflessione di Orestano COSTA, Emilio Betti, cit., 388 ss.

(77) ORESTANO, I fatti di normazione, cit., 13 ss. Questi spunti critici sono già nella prolusione romana.

(78) V. supra, nt. 15 e testo corrispondente. Anche nella teoria kelseniana vi è un'analoga anteriorità della norma fondamentale rispetto alle altre.

(79) Santi ROMANO, L'ordinamento giuridico, cit., 52 ss.

(80) Cfr. Santi ROMANO, L'ordinamento giuridico, cit., 12, 14 s., 20, 25 s., 42 ss., 55, 57. Sul significato politico-culturale dell'impostazione romaniana, cfr. CASSESE, Ipotesi sulla formazione de 'L'ordinamento giuridico' di Santi Romano, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1972, I, 243 ss.; ed ora, con speciale attenzione alle componenti autoritarie del suo pensiero, LANARO, Nazione e lavoro. Saggio sulla cultura borghese in Italia. 1870-1925, Venezia, 1979, 234 ss.

(81) Cfr. ORESTANO, op. ult. cit., 7 ss.

(82) ORESTANO, op. ult. cit., 35 ss., 69 s.

(83) ORESTANO, op. ult. cit., 134 ss., specialmente 145, 148.

(84) ORESTANO, op. ult. cit., 166, 176.

(85) Cfr. la partizione di significati proposta da DIRKSEN, Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum, Berolini, 1837, 668 (1. Series continua insequentium personarum vel rerum. 2. Ratio, forma, tenor. 3. Gradus, locus. 4. Consortium, collegium, corpus. 5. Collegium senatus, item decurionum); e cfr. HEUMANNS, Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts9, neue Bearbeitung von G. SECKEL, Jena, 1907, 397 s.

Su ordo come successione cfr. D. 29, 4, 6 pr. (Ulp.); D. 50, 1, 13 (Papin.); D. 16, 3, 7, 3 (Ulp.); D. 36, 4, 5, 3 (Ulp.); D. 38, 4, 5, 2 (Ulp.); D. 50, 4, 14, 5 (Call.). Come insieme di persone, cfr. D. 3, 1, 1, pr.-1 (Ulp.); D. 27, 1, 44, 3 (Tryph.); D. 14, 6, 9, 2 (Ulp.); D. 50, 2, 2 (Ulp.). Come disposizione esteriore di un testo, cfr. D. 1, 2, 2, 2 (Pompon.); Coll. 4, 2, 1 (Paul.); D. 41, 3, 4 pr. (Paul.); D. 1, 5, 2 (Hermog.). Come procedura, cfr. Gai. 4, 161; D. 42, 5, 12 pr. (Paul.); D. 1, 16, 4, 4 (Ulp.); D. 16, 1, 2, 1 (Ulp.); D. 21, 1, 25, 10 (Ulp.); D. 40, 12, 27, 1 (Ulp.); D. 50, 13, 2 (Ulp.); C. 8, 46 (47), 4 (Valerianus et Gallienus); C. 7, 16, 1 (Antoninus); C. 3, 13, 2 (Diocletianus et Maximianus). Come insieme di princìpi (leges o natura), cfr. D. 16, 3, 31 pr. (Tryph.); D. 28, 2, 28, 1 (Tryph.). Ad ordo come procedura possono ricondursi D. 23, 4, 27 (Papin.), e C. 7, 53, 7 (Antoninus), ove figura l'espressione ordo rei gestae.

(86) Cfr. in proposito DELL'ORO, La formazione dello stato patrizio-plebeo, Milano, 1950; ORESTANO, I fatti di normazione, cit., 254 ss.; ed inoltre FREZZA, La costituzione cittadina di Roma ed il problema degli ordinamenti giuridici preesistenti, in Scritti in onore di Contardo Ferrini, cit., 275 ss.; GROSSO, Problemi generali del diritto, cit., 1a ed., 23 ss., 153 ss.; 2a ed., 33 ss., 147 ss.; LUZZATTO, Le organizzazioni preciviche e lo stato, Modena, 1948; GUARINO, L'ordinamento giuridico, cit., 1a ed., 35 ss.; 2a ed., 54 ss.; 3a ed., 72 ss.; DE FRANCISCI, La formazione della comunità politica romana primitiva, in Conferenze romanistiche, Milano, 1960 (cfr. anche SDHI, 1956, XXII, 1 ss.); LUZZATTO, Rilievi critici in tema di organizzazioni preciviche, in Studi in onore di A. Cicu, I, Milano, 1951; VOLTERRA, Ancora sul problema della 'familia' romana, in RISG, 3a sr., 1952-1953, VI, 402 ss.; GROSSO, Problemi di origine e costruzione giuridica, in Studi in onore di V. Arangio-Ruiz, I, Napoli, 1953; ID., Sostanza di una polemica, in RISG, 1954, VII, 473 ss.; VOLTERRA, Risposta a 'Sostanza di una polemica', ivi, 1955-1956, VIII, 615 ss.; DE FRANCISCI, Primordia civitatis, Roma, 1959, 126 ss.; ORESTANO, op. ult. cit., 42 ss.

(87) V. supra, nt. 40 e testo corrispondente.

(88) Così ORESTANO, Il 'problema delle persone giuridiche' in diritto romano, Torino, 1968, 217 ss.

(89) Usando il termine politeía, pensiamo allo schema polibiano di rappresentazione della Repubblica. È DE FRANCISCI (Idee vecchie e nuove, cit., 201), a qualificare l'organizzazione repubblicana come un ordinamento impersonale.

(90) D. 1, 2, 2.

(91) Su questo testo occorre tenere presenti i saggi di BRETONE, dai quali è nato in anni recenti un filone originale ed utile di ricerche. Essi sono ora raccolti nel volume Tecniche e ideologie dei giuristi romani, Napoli, 1971, specialmente 109 ss., 161 ss., 181 ss.

(92) D. 1, 2, 2, 5. Cfr. SCHULZ, History of Roman Legal Science, Oxford, 1946, 2a ed. 1953, trad. it. a cura di G. NOCERA, Storia della giurisprudenza romana, Firenze, 1968, 43 e nt. 2.

(93) V. supra, nt. 28 e 37.

(94) D. 1, 2, 2, 6: «Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas sollemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones. et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: leges duodecim tabularum: ex his fluere coepit ius civile; ex isdem legis actiones compositae sunt. omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant...». Cfr. PUGLIESE G., Il processo civile romano, I. Le 'legis actiones', Roma, 1961-1962, 8 ss.

(95) Un passo del de legibus di Cicerone offre un quadro sintetico degli oggetti dell'interpretazione nell'ultimo secolo della Repubblica. Cic., leg., 1, 17: «... Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas?». Sono indicati due prodotti normativi ai quali si indirizza la conoscenza giuridica: quello della legislazione decemvirale, prediletto dai giuristi più antichi, e quello più attuale dell'editto. Secondo Cicerone l'unificazione scientifica è possibile solo uscendo dalla tecnica, per trattare il diritto attraverso idee generali, che lo fondano sulla natura e lo apparentano strettamente con l'etica.

Dal de officiis traiamo invece una testimonianza del rapporto che l'interpretatio contemporanea a Cicerone stabilisce con le XII Tavole. Il passo mostra anche chiaramente come i giuristi innovino rispetto alle norme decemvirali e come per ius civile si intenda il complesso della loro attività interpretativa. Off. 3, 65: «Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta. Quidquid enim est in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere». Cicerone racconta di un principio nuovo, creato dai giuristi, che si aggiunge alla tradizione delle XII Tavole. Possiamo sintetizzarlo così: se nella vendita di un fondo e nella successiva mancipatio non venivano rese manifeste dal venditore situazioni afferenti all'oggetto dell'operazione la cui ignoranza potesse provocare un danno al compratore, questi disponeva, a danno avvenuto, di un'actio ex empto. Per comprendere come funzionasse, entro il principio fissato dalla giurisprudenza, questa rilevanza del 'non detto', che appare assai vicina a quella del dolo nel contesto ciceroniano, è utile esaminare un passo di Pomponio, proveniente dai Libri ad Quintum Mucium. La fattispecie e il rimedio giuridico vi sono rappresentati con maggior precisione. D. 18, 1, 66, 1 (Pompon. 31 ad Q. Mucium): «Si cum servitus venditis praediis deberetur nec commemoraverit venditor, sed sciens esse reticuerit et ob id per ignorantiam rei emptor non utendo per statutum tempus eam servitutem amiserit, quidam recte putant venditorem teneri ex empto ob dolum». Cfr. al riguardo RICCOBONO, La 'voluntas' nella prassi giudiziaria guidata dai Pontefici, in Festschrift F. Schulz, I, Weimar, 1951, 302 ss., specialmente 306, il quale riferisce all'età repubblicana la sostanza del testo di Pomponio. Perciò i quidam di cui si parla sarebbero gli stessi iurisconsulti ricordati da Cicerone. La loro opinione è ius civile. V. anche STEIN, Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law, London, 1958, 7 ss., 11 s.

(96) Cfr. Liv. 3, 34, 5-7: «... Eas leges habiturum populum Romanum, quas consensus omnium non iussis latas magis quam tulisse videri posset. Cum ad rumores hominum de unoquoque legum capite editos satis correctae viderentur, centuriatis comitiis decem tabularum leges perlatae sunt, quae nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo fons omnis publici privatique est iuris. Vulgatur deinde rumor duas deesse tabulas, quibus adiectis absolvi posset velut corpus omnis Romani iuris...». Accanto alla immagine della fonte, riferita alle XII Tavole, ricorrono nel testo altre due metafore: il 'cumulo' delle leggi e il 'corpo' del diritto. Si tratta di procedimenti di unificazione contratti in un semplice segno linguistico. Nel primo si denota un insieme non ordinato (possiamo ricordare qui l'idea della 'stratificazione' suggerita dagli storici contemporanei). Da questo disordine trae spunto la tendenza codificatoria attestata da Suet., Iul. 44, 2. «... ius civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros...». Sul passo e sulla esigenza di ordine nel materiale normativo, avvertita da Giulio Cesare, cfr. SCHULZ F., Prinzipien des römischen Rechts, München, 1934, trad. it. a cura di V. ARANGIO-RUIZ, I principii del diritto romano, Firenze, 1946, 7 s. e nt. 12. Ma l'istanza di semplificazione è più generale nell'ultimo periodo della Repubblica. Sorregge il programma scientifico ciceroniano e lo stesso uso della dialettica nel lavoro teorico dei giuristi, da Quinto Mucio in avanti. Cfr. SCHIAVONE, Nascita della giurisprudenza, Bari, 1976, 101 ss.

La metafora del corpus, che Livio usa e che è destinata ad avere grande fortuna entro la coscienza giuridica europea, indica invece un insieme ordinato. Nel linguaggio moderno la troviamo sia entro il costruttivismo dell'Ottocento, che applica procedimenti di unificazione (più o meno complessi: l'uso di una metafora è tra i più semplici) ai contenuti della disciplina giuridica, sia in rapporto alla teoria dell'ordinamento giuridico, in particolare sul versante dell'istituzionismo, dove il campo dell'unificazione è quello delle tecniche, non dei contenuti.

Anche in un altro passo liviano si usa il termine corpus come schema unificante. Liv. 1, 8, 1. «Rebus divinis rite perpetratis vocataque ad concilium multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat, iura dedit...». Nei due impieghi ora indicati, lo stesso termine riferito da Livio prima ad un complesso di enunciati normativi, poi ad un insieme organizzato di individui. In questo secondo significato v. anche D. 1, 2, 2, 25-26 (Pompon., sing. Enchiridii), ove i patres e la plebs sono qualificati come distinti corpora. Che il linguaggio giuridico e comune dei Romani denotasse mediante il termine corpora aggregati di uomini liberi e non liberi è messo in luce da ORESTANO, Il 'problema delle persone giuridiche', cit., 135 s. e nt. 64.

Riguardo alla definizione che Pomponio dà delle XII Tavole, cfr. D. 1, 2, 2, 4.

(97) Cfr., al riguardo, BRETONE, Tecniche e ideologie, cit., 126 ss.

(98) D. 1, 2, 2, 38. Cfr. SCHULZ, Storia della giurisprudenza, cit., 27, 68 s.

(99) Cfr. BRETONE, op. cit., 6 s. e nt. 5; SCHIAVONE, op. cit., 77 s.

(100) Su Sesto Elio cfr. D'IPPOLITO, I giuristi e la città, Napoli, 1978, 51 ss. Un contemporaneo di Sesto Elio, Catone il censore, esprimeva una rappresentazione che ha qualche punto di contatto con questa, definendo come risultato di una continuità di eventi l'assetto organizzativo raggiunto dalla civitas. La teoria catoniana, tramandata da Cicerone, ruotava intorno ad un esame dello status nostrae civitatis: una locuzione che si potrebbe tradurre col termine 'ordinamento', intendendolo latamente, come il definiens di una unità strutturata (nella quale peraltro l'usus sembra più importante delle leggi). Cfr. Cic. rep. 2, 2: «Is dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod... nostra autem res publica non unius esset ingenio, nec una hominis vita, sed aliquot constituta saeculis et aetatibus. Nam neque ullum ingenium tantum extitisse dicebat, ut quem res nulla fugeret, quisquam aliquando fuisset, neque cuncta ingenia conlata in unum tantum posse uno tempore providere, ut omnia complecterentur sine rerum usu ac vetustate».

Dal testo emergono due punti di vista significativi. Anzitutto, La vetustà, come risultato di un processo storico unitario, che produce istituti mediante l'uso, è un valore. In secondo luogo, lo status civitatis nostrae viene considerato in modo positivo nella misura in cui è completo ed abbraccia tutti gli aspetti dell'esperienza e tutte le forme politiche. Cfr. in proposito LA PENNA, Potere politico ed egemonia culturale in Roma antica, in Atti del Convegno perugino «Il latino nelle facoltà umanistiche», Roma, 1974, 39 ss., specialmente 46 s., ora in Aspetti del pensiero storico latino, Torino, 1978, 12 ss.

(101) Cfr. su questo punto BRETONE, op. cit., 21 ss.; SCHIAVONE, Studi sulle logiche dei giuristi romani, Napoli, 1971, 46 ss., 102 nt. 116; ed ora BRETONE, Il 'diritto antico' nella polemica antiaugustea, in Quaderni di storia, 1978, VIII, 273 ss.

(102) Gai 1, 1-7.

(103) Nel concetto di ius gentium, fondato da Gaio su una comunanza di forme giuridiche, che funziona come spia della naturalis ratio, vi è un'eco di formulazioni stoiche. È da tener presente la singolare somiglianza tra la definizione gaiana ed un passo di Filone Alessandrino, ove appare l'immagine del cosmo come città, che ha un'unica costituzione, cui si aggiungono le leggi dei singoli popoli. Qui la ragione naturale è indicata come fondamento dei comandi e dei divieti generali. Cfr. Phil. de Joseph, VI. V. ora, sulle idealità stoiche che reggono il discorso gaiano, WAGNER H., Studium zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius. 'Ius gentium' und 'ius naturale' in ihrem Verhältnis zum 'ius civile', Zutphen, 1978, 5 ss., 74 ss., 99 ss., 104 ss.

(104) Cfr. KASER, Zum 'ius' -Begriff der Römer, in Acta iuridica, 1977. Essays in honour of B. Beinart, II, Cape Town, 1979, 63 ss.

(105) V. su questo punto BRETONE, Tecniche, cit., 31 ss. V. anche WAGNER, op. cit., 180 ss., sulla distinzione tra diritto civile, riconducibile al potere costituente del popolo, e diritto onorario, proprio dei magistrati, che, a differenza del princeps, non avrebbero una diretta legittimazione democratica.

(106) Cfr. D. 1, 4, 1, pr. 1 (Ulp. 1 institutionum): «Quod principi placuit legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem 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». Dunque il termine constitutio è messo in secondo piano rispetto a lex, che sembra più comprensivo e più netto sotto il profilo dell'efficacia, a cui si riferisce il paragrafo 2. Sul fondamento del potere imperiale, che poggia qui sul populus ed è in formale continuità coi princìpi repubblicani, cfr. ORESTANO, Il 'problema delle persone giuridiche', cit., 230 ss. Il principio per cui l'imperatore è sciolto dalle leggi è invece enunciato in D. 1, 3, 31 (Ulp. 13 ad legem Iuliam et Papiam). Cfr. anche Scriptores historiae Augustae, Spart. Carac. 10, 2. Questi testi possono essere letti (e lo sono stati: si vedano specialmente le pagine di DE FRANCISCI che abbiamo preso in esame supra, § 3) alla luce dello schema dicotomico potere-ordinamento. Vi è una costituzione di Alessandro Severo che si presta ancora di più ad una simile lettura, poiché in essa compare la coppia (di cui per altro si esclude il carattere opposizionale) leges-imperium. C. 6, 23, 3 (Imp. Alexander A. Antigono): «Ex imperfecto testamento nec imperatorem hereditatem vindicare saepe constitutum est. licet enim lex imperii sollemnibus iuris imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium imperii est, ut legibus vivere» (a. 232). Lo stesso termine leges si trova in un passo di Callistrato, ad indicare un insieme unitario di norme (di cui l'appellativo non individua la portata tecnica) capaci di offrire garanzie ai singoli. D. 48, 19, 28, 7 (Call. 6 de cognitionibus): «... cum enim leges omnibus hominibus aequaliter securitatem tribuant, merito visum est in iniuriam potius alterius quam sui defensionis gratia ad statuas vel imagines principum confugere...». Su questo testo cfr. BONINI, I 'libri de cognitionibus' di Callistrato, Milano, 1964, 142 ss.; BRUTTI, La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana, II, Milano, 1973, 541 ss.

(107) Cfr. D. 1, 3, 1 (Papin. 1 definitionum) e D. 1, 3, 2 (Marcian. 1 institutionum).

(108) D. 1, 1, 7, pr. - 1 (Papin. 2 definitionum). Su questo testo si fonda la trattazione di BETTI (La creazione del diritto, cit.) che abbiamo visto supra, nt. 24. Cfr. MAGDELAIN, Les actions civiles, Paris, 1954, 1 s., 63 ss.

(109) D. 1, 1, 11 (Paul. 14 ad Sabinum). Cfr. SCHMIDLIN, Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie, Wien, 1970, 182 ss.

**Utente:** lumsa0946 LUMSA - www.iusexplorer.it - 23.10.2019

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.