

2. PROCEDIMIENTOS CIVILES

2.1. Cuestiones generales

MARIO TALAMANCA

DIRITTO E PROCESSO NELL'ESPERIENZA ROMANA: UNO SGUARDO DAL PRESENTE*

Sotto il titolo da me scelto per indicare la relazione destinata ad aprire questo convegno essenzialmente possono rientrare due contesti problematici che sarebbero, e l'uno e l'altro, degni di venir approfonditi. Da una parte, una tematica — tutto situata all'interno della ricostruzione tecnico-giuridica — ampiamente presente nella nostra letteratura, alla quale ha dato più d'un classico da Bernhard Windscheid a Giovanni Pugliese, quella del rapporto dogmatico fra l'azione e il diritto soggettivo, e sul modo in cui, dal *ius civile* delle XII Tavole al *ius honorarium* ed al sistema dei *iura populi Romani* nel periodo tardo-classico, i romani esprimevano codesto rapporto, ma anche e soprattutto individuavano, in primo luogo terminologicamente, le situazioni giuridiche soggettive che in tali *iura* erano riconosciute e tutelate.

* Venendo incontro all'affettuosa richiesta dell'antico amico don Armando Torrente, pubblico qui, appena rivista in aspetti meramente formali, la stesura scritta — che aveva già, di per sà, un tono discorsivo, che si è ampiamente conservato nelle pagine che seguono — della prolusione che, per l'affetto di don Armando molto più che per i miei meriti, ho avuto l'onore di esser chiamato a svolgere al V Congresso Iberoamericano de derecho romano, tenutosi a Madrid, presso l'Universidad Rey Juan Carlos, dal 3 al 5 febbraio 2000. Nella forma in cui è stato pronunciata (ma non letta), la detta prolusione ha ripercorso fedelmente nella sostanza ed abbastanza vicino nella forma questa stesura scritta che, sicuramente un po' più ampia, affido alla stampa. Si tratta, in una *recensio* sicuramente più breve, di un ulteriore affinamento, non senza qualche aggiunta e modificazione sostanziale, dell'ordine di idee svolto, in una più ampia cornice, nella relazione introduttiva alla LI^{ème} Session de la Société pour l'histoire des droits de l'antiquité, in Crotona, il 16 settembre 1997, e pubblicato, nei relativi atti, con il titolo *Diritto e prassi nel mondo antico* (in I. PIRO [ed.], *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'Antiquité*, [Messina], 1999, 105 ss.).

Dall'altro, un argomento che va invece al di là della costruzione concettuale e dogmatica e che rappresenta, sotto ogni latitudine, un momento centrale dell'esperienza giuridica che non voglia intendersi come mero fatto culturale, vale a dire il modo in cui il diritto viene individuato e, si vorrebbe dire, fissato nel processo. Tema che, in certo qual modo si può saldare con quello per primo accennato, sotto il profilo che, sebbene l'ordinamento romano non sia un diritto giudiziale, bensì un diritto giurisprudenziale in senso stretto, il diritto anche come *regula iuris* e non come semplice massima di decisione applicata al caso sembra talora nascere dal processo più che trovarvi la sua attuazione.

È sul secondo fra i tempi indicati che concentrerò il mio interesse, proprio perché a me sembra che un paragone con la realtà romana possa essere utile, quando si tengano soprattutto presenti le differenze nei condizionamenti socio-politici prima ancora che culturali fra le due esperienze, in vista delle difficoltà in cui versa la nostra esperienza giudiziaria dove si mostra evidente il logoramento di un'impostazione fondata — secondo il modulo delle nostre esperienze codicistiche (nell'ambito delle quali il mio discorso s'incentrerà essenzialmente, salvo un breve *excursus* finale, sugli aspetti che riguardano la sfera giuridica dei privati) — si fondi esclusivamente su quella divisione dei poteri che — ormai diventata molto più un mito che una realtà — separa d'un taglio netto e, tutto sommato innaturale, la facoltà di porre le norme generali ed astratte e quella di applicarle al caso concreto.

Il modello offerto da Roma appare molto interessante, per un motivo di contrasto e per uno di convergenza. Il contrasto — e, «du côté des Romains», lo si illustrerà rapidamente nelle pagine che seguono — sta nella circostanza che l'esperienza romana rappresenta un diritto giurisprudenziale, nelle forme del «Juristenrecht», senza che ciò comporti la totale assenza, in quell'esperienza, delle fonti autoritative, eteronormative rispetto al ceto dei giuristi (quale che sia poi la fonte di legittimazione di questi ultimi come *iuris conditores*). Si è che, in definitiva, il pilastro su cui si regge il sistema e cui, comunque, vengono riportate le istanze ed i valori eventualmente espressi attraverso le fonti eteronormative, sono i giuristi e, per loro mezzo, la *scientia iuris*, che — com'è tratto essenziale di questo modello — non si limita ad interpretare le proposizioni eteronormative, poste da coloro cui spetta questo compito e di elaborarle eventualmente a sistema, ma di procedere essi stessi ad autonomi giudizi di valore, nell'ambito del complessivo quadro normativo, nel quale procedono così a filtrare le nuove esigenze della società.

La convergenza è, invece, costituita — ed è per me ovvio che, in qualsiasi senso si debba coglierne originariamente il verso, il rapporto fra questi due momenti rimane essenzialmente circolare — è nell'esperienza romana che, con valore «weltgeschichtlich», nasce per la prima volta nel mondo classico, meglio nel mondo «tout court», una *scientia iuris*, un diritto come esperienza non meramente empirica la quale — quale che sia il valore in sé considerato della giurisprudenza talmudica (fenomeno che, sotto il profilo della «Wissenschaftslehre», è assai poco studiato e non ha mai costituito, nella storia della civiltà occidentale, una vera alternativa alla *iuris prudentia* romana) — ha costituito, in un nesso logico senza soluzioni di continuità, i *cunabula* ed il modello per le forme in cui, anche nei sistemi codicistici, si attua, ormai sotto qualsiasi cielo, la vita del diritto attraverso la mediazione delle costruzioni concettuali della *scientia iuris*.

Non è questa la sede per riandare le vicende della nascita della *iuris prudentia* romana e delle ragioni che ne hanno permesso lo sviluppo, facendo del diritto — inteso nella sua manifestazione più alta, ed ormai essenziale per noi moderni, come *scientia iuris* — il retaggio più grande che il mondo romano ha lasciato a quello moderno, a fronte di quello incomparabilmente più ampio proprio della massima espressione della cultura antica che è — nei suoi picchi più rilevanti da Atene alla Magna Grecia, da Pergamo ad Alessandria — il mondo greco delle scienze e delle 'technai', oltre che della letteratura e delle belle arti. La differenza fra la *scientia iuris* romana e l'empiria dominante nelle altre culture dell'antichità e, soprattutto, in quella greca fa sorgere addirittura il dubbio dei limiti in cui, in queste ultime, si sia avuto un effettivo svolgersi di una regolamentazione giuridica — come attualmente noi l'intendiamo nella sua essenza — dei conflitti intersoggettivi. Se, infatti, il diritto è, in definitiva, un sistema per regolare i rapporti interindividuali, nel che si distingue essenzialmente dalla morale, mediante il riferimento dei singoli accadimenti che vengono ad interessare questi rapporti a modelli che, se anche non precedenti al giudizio sul caso concreto, vengono quest'ultimo creati con la specifica — ed irrinunciabile — caratteristica del poter esser applicati, ceteris paribus, a qualsiasi nuova evenienza che nel modello rientri, è evidente che in società di una certa complessità questi modelli possono correttamente funzionare, quando vengano maneggiati al di fuori della casualità che è ineludibilmente collegata all'empiria.

Per fare una similitudine forse suggestiva, in quanto si viene a collocare all'interno di quella cultura greca la quale — pur essendo la più alta del mondo antico — non ha saputo elaborare una scienza del diritto posi-

tivo, si potrebbe avvicinare l'applicazione empirica della modellistica giuridica al modo in cui nei *'Problémata'* contenuti nel *Corpus Aristotelicum*, sia in quelli che forse sono autentici sia in quelli che sicuramente non lo sono, vengono affrontate le questioni ora rilevanti dalle scienze esatte, fisiche o naturali. La relazione che si può fare fra il modo in cui nei detti *'Problémata'* vengono discussi ed impostati, spesso più che risolti, tali questioni e quello con cui esse sono state invece affrontate nel mondo occidentale a partire da sir Francis Bacon e da Galileo Galilei può essere considerato omologo al rapporto fra il modo di risolvere i problemi giuridici, pratici se non teorici, nella prassi giudiziale del mondo greco pre-romano, e quello in cui procedevano, almeno in Roma ed all'interno della società che li esprimeva, i *prudentes*.

In effetti, se nella cultura greca si viene sviluppando in relazione al processo — come forma di appianamento delle controversie — una razionalizzazione, che risulta inevitabile dandosi determinate condizioni di sviluppo sociale economico e culturale, essa si svolse all'insegna della retorica e non del diritto. Ciò è essenzialmente collegato con lo sviluppo della struttura della *'pólis'* nel V e nel IV sec. a.C, quando le condizioni sono ben differenti da quelle in cui, sempre in un ambiente cittadino, si svolgeva la famosa scena del processo nello scudo di Achille, ma anche da quelle in cui operavano i $\delta\omega\rho\sigma\phi\alpha\gamma\omicron\iota$ $\beta\alpha\sigma\iota\lambda\eta\epsilon\varsigma$ di Esiodo, con tutta probabilità di già collocati in un ambiente siffatto), ma — per rifarsi ad un esempio da noi meglio conosciuto, almeno al livello delle fonti normative — diverse altresì da quelle cui corrispondeva la legislazione di Gortina, con il carattere accentuatamente formalistico delle sue procedure giudiziarie nelle epoche più risalenti, quali si rispecchia ancora negli strati più antichi della grande iscrizione

A chiunque conosca un po' le fonti attiche sull'argomento, difficilmente può sfuggire il fatto che quanto soprattutto interessava all'*homo Atheniensis*, che però non aveva probabilmente altra scelta, era di poter contare su un giudizio di cui non fosse *a priori* determinato l'esito, e quindi di avere un «fair process», ove — eventualmente anche in rapporto a referenti meramente casuali — le parti avessero, all'inizio, una pari opportunità di vittoria, che esse avrebbero tentato di raggiungere con l'arte, diceva Hans Julius Wolff, di «überreden», non di «überzeugen» i giurati, quindi con la retorica. Ciò che i greci — e non solo gli ateniesi: si pensi ai $\xi\epsilon\nu\omicron\kappa\rho\acute{\iota}\tau\alpha\iota$ ancora vitali nell'ellenismo dell'epoca romana — temevano più di ogni altra cosa era la parzialità del giudice: e non a torto tenendo conto degli atteggiamenti della psicologia individuale e collettiva dell'epoca.

Essi rifuggivano quindi istintivamente dal giudice monocratico, che — nelle dimensioni e nella cultura delle *'póleis'* primitive — era stato pre-determinato nella persona del βασιλεύς o del l'arconte che l'avesse sostituito. E, in quest'ansia di parità di condizioni, era inevitabile la corsa — almeno in Atene (ma di quello che succedeva altrove, praticamente nulla possiamo sapere, e non ci rimane se non di supporre che, nelle altre città a costituzione democratica, il sistema attico delle giurie, indiscutibilmente seguito, non poteva arrivare, per ragioni demografiche, ai numeri correnti invece in Atene stessa) — a giurie sempre più numerose, cui si collegava ovviamente, come per le magistrature civili, il sistema di sorteggio.

Com'è fin troppo chiaro, è questa composizione dei tribunali attici a fare della retorica, dell'arte di «überreden» più che di «überzeugen», l'unica razionalizzazione possibile, tenendo conto — oltre che della composizione — anche delle modalità procedurali dei giudizi. D'altro lato, nell'esperienza occidentale la giurisprudenza — nel significato romano di dottrina ed in quello moderno, italiano e francese, del termine (vale a dire la giurisprudenza delle corti, «Rechtsprechung» tedesca) — è sempre collegata, almeno sino alla fine dell'«Ancien Régime» (ma spesso anche oltre), con strutture aristocratiche, o comunque elitarie, di governo. Questo vale in primo luogo per la giurisprudenza romana, la prima nel mondo, dove — al di là di quella istituzionale dei *pontifices* — *l'auctoritas dei prudentes* non era neppure pensabile che potesse esser posta apertamente in discussione, come accade nell'episodio narrato in [Dem.] or. 47, laddove — avendo gli ἐξηγηταί, legittimati ad emettere pareri vincolanti in materia sacrale, dato un mero consiglio sul piano del diritto — il consultante si mette a discutere con i vicini di case e gli amici sull'esattezza del consiglio stesso. In effetti, nella prassi giudiziaria delle classi elevate, l'unica cui i *prudentes* fossero e si sentissero omogenei ed in cui elettivamente operavano, di ciòsi poteva sentire un effettivo bisogno, stante le possibilità — su cui torneremo — offerte dal *ius controversum*.

Il diritto, quindi, come «sistema» ordinato di massime di esperienza, di *regulae iuris* più che di norme che nella loro astrattezza sono sempre lontane dalla concretezza della prassi sociale, era qualcosa del cui funzionamento in Atene non è di certo agevole rendersi ora conto. Non era, del resto, facile che di tale funzionamento nel senso moderno del termine si rendessero conto gli stessi contemporanei, che potevano confrontarsi soltanto con le formulazioni verbali dei νόμοι cui l'ideologia democratica, quando l'ala estremista non cercava di sostituirli con gli ψηφίσματα, rendeva un più o meno formale ossequio, e che — come aveva visto con il suo sicuro in-

tuito Aristotele — non erano, come lo sono sia le norme generali ed astratte dei nostri codici sia le *regulae iuris* romane tanto modelli di valutazione dei comportamenti e dei fatti rilevanti nei rapporti interindividuali, quanto essi stessi delle *πίσταις*, e delle *πίσταις ἄτεχνοι*, argomenti quindi per cercare di convincere i giudici eliasici a votare per l'uno o per l'altro contendente.

Un'altra cultura da quella romana, sebbene in una civiltà così elevata e così presente ancora — e speriamo per molto — nella nostra. È a Roma, invece, che, se alla retorica vogliamo sostituire l'argomentazione giuridica, dobbiamo far riferimento. In Roma nacque, lo si sa e dianzi l'ho già sottolineato, *l'ars* o la *scientia iuris*, denominazioni che — al di là di distinzioni che, da differenziazioni pragmatiche di terminologie quali prevalentemente erano nel mondo greco e romano, solo i moderni hanno eretto a delimitazioni tendenzialmente invalicabili — i romani sentivano equivalenti. Ma essa nacque in un ambiente ed in condizioni ben differenti da quelle in cui è chiamata ora ad operare.

A differenza che nel mondo greco, dove — nell'ideologia politica della *'pólis'* — è essenziale la presenza dei *ῥόμοι*, ancorché, come ho dianzi detto, essi tendano a ridursi, col volgere degli anni, a semplice mezzo di convincimento dei giurati, l'esperienza romana arcaica è segnata dall'assenza, fino alle XII Tavole, di una normazione scritta, ché il *ius civile* — compiutamente delineatosi, nelle sue linee portanti, già in epoca precedente alla legislazione decemvirale — si era venuto sviluppando nell'attività rispondente del collegio pontificale calata — come mezzo d'attuazione — nelle forme del processo delle *legis actiones*. Esso era quindi un tipico diritto giurisprudenziale, in cui l'istanza cui è demandato il compito di individuare il diritto che deve regolare il caso concreto, l'interprete nel senso romano del termine (del tutto lontano dal modo in cui adesso si intende l'interpretazione della legge), applica — meglio individua per farlo applicare — e crea il diritto contemporaneamente, nel rispetto, fortemente sentito in società aristocratiche, della tradizione che impedisce il modificarsi casuale ed ingiustificato delle decisioni in paragone alle soluzioni precedentemente adottate.

Rispetto allo sviluppo storico cui si era pervenuti alla metà del V sec. a.C., le XII Tavole rappresentano soltanto una codificazione di diritto consuetudinario: più precisamente — se si vuole, e sia permesso, adoperare il termine — più un «restatement», una consolidazione di tale diritto consuetudinario che una codificazione nel senso moderno del termine, cui noi siamo avvezzi dal retaggio del giusrazionalismo illuminista e delle codificazioni borghesi. Non si tratta — ché, altrimenti, la precisazione sarebbe

inutile — di una mera questione terminologica, ch  le massime di decisione versate nella legislazione decemvirale non avevano con ci perso, agli occhi dei *pontifices* (e, con ogni probabilit , nella coscienza sociale), il loro carattere di precedenti, se si vuole di *regulae iuris*, cos  diverso — almeno potenzialmente e nella prospettiva dello sviluppo successivo — da quello degli articoli che compongono le nostre codificazioni e che sono preordinati alla costruzione, da parte dell'interprete di norme generali ed astratte. Il carattere cos  sottolineato dei versetti decemvirali, quindi, non impediva, nei limiti di una compatibilit  su cui incideva senz'altro il tradizionalismo dei *pontifices*, lo sviluppo dei valori che sottendevano le singole decisioni, e l'integrazione di quelli recepiti nelle XII Tavole stesse.

I *pontifices*, per , non hanno mai svolto un'attivit  decisoria direttamente inserita nelle forme della procedura, n  di quella *in iure*, n  di quella in iudicio: sono i *responsa pontificum* che operano nel processo civile, vincolando l'organo giudicante. Se un tale funzionamento pu  esser facilmente compreso, almeno nell'astrattezza del modello (e salvo il concreto operare dello stesso nella prassi), per quanto riguarda il *iudex privatus*, gi  vi sono maggiori perplessit , se non in linea di diritto sul piano dell'effettivit  del modello stesso, per quanto concerne, in epoca relativamente pi  recente, l'operare del tribunale centumvirale e di quello decemvirale, problema, codesto, che qui pu soltanto oggetto di un rapido ricordo. D'altro lato, resta problematico in quale maniera, soprattutto nei particolari, si svolgesse, nella fase *in iure*, il rapporto fra il magistrato giusdicente ed i *pontifices* quali *iuris interpretes*, al di fuori dell'indubbia competenza di questi ultimi per l'individuazione delle *actiones* e dei *concepta verba* che caratterizzavano i singoli *modi agendi*. E, risalendo nel tempo,   ancor pi  difficile immaginarsi, anche sul piano astratto, il reciproco atteggiarsi delle competenze dei *pontifices* e del *rex*, nel periodo anteriore alla bipartizione strutturale del processo, anche perch  si viene cos  a toccare l'ardua materia dei rapporti, anche *quoad ius*, fra lo stesso *rex*, in quanto sommo sacerdote della comunit , ed i *pontifices* stessi.

Si viene cos  a creare una situazione in cui, al livello del *ius civile* (l'unico, del resto, conosciuto in quest'epoca risalente), salvo restando il controllo sul fatto da parte dell'organo giudicante, la regola di diritto da applicare nel processo si veniva a creare al di fuori del processo stesso, ci su cui non sappiamo in quale misura incidesse l'elemento gi  accennato di variabilit , di epoca pi  recente, rappresentato dall'essere la decisione affidata al *iudex unus* od a collegi giudicanti dei *centumviri* e dei *decemviri*. Ci  avveniva in modo diverso da quanto accade anche adesso in quei tipici sistemi chiusi che sono rappresentati, a partire dalle codificazioni gius-

naturalistiche e dal razionalismo giuridico, dalle esperienze codicistiche. Ora ci dipende dall'ossequio — più o meno formale — dell'ideologia della divisione dei poteri, mentre nel mondo antico, da Atene a Roma, all'instaurarsi di forme diverse non ostava di certo, questo mito, in esso sconosciuto, come lo sarebbe, del resto, stato anche nell'«Ancien Régime».

Se non è ignoto, a Roma ricopre un ruolo del tutto marginale il legislatore che, diverso istituzionalmente dagli organi giudicanti, propone, in astratto, le proposizioni normative, che non è compito istituzionale dei giudici né di formulare né di modificare, e che i nostri legisti — come, se non ragionieri del diritto, si possono definire i giuspositivisti che non sanno vedere nulla al di fuori ed oltre il testo scritto della legge — tendono a scambiare per il diritto positivo, mentre non sono altro che una lettera muta, se non vivificata dall'opera dell'interprete, che, secondo l'ideologia dei sistemi chiusi, individua le norme generali ed astratte, ma che resta, comunque, nel quadro generale del sistema, l'unico in grado di tramutare le proposizioni normative in norme giuridiche. E, d'altro canto, sarebbe interessante — ma in prospettiva frustrante, nell'assenza presumibile di precisi spunti testuali — tema di ricerca quello di vedere se, dall'interpretazione delle *leges rogatae* e dei *senatusconsulta*, i romani credessero potersi derivare norme generali ed astratte o semplicemente, sulla base dei valori recepiti dal legislatore, soltanto dei precedenti.

Per lungo tempo, invece, e comunque per vastissimi settori dell'ordinamento i *pontifices* avevano dettato la *regulae iuris* mediante decisioni sui casi concreti, che restavano tali pur nella loro «Verallgemeinerungsfähigkeit» (come la denomina felicemente Dieter Nörr), vale a dire nella capacità di essere estese ad altri casi coincidenti con quello deciso al di là dei particolari contingenti, decisioni formulate nell'indipendenza da qualsiasi vincolo di formulazioni eteronome, che tali non erano di certo le massime di decisione che, originando dalla precedenti prassi dei *responsa pontificali*, si erano forse cristallizzate in quelle che la tradizione annalistica designa come *leges regiae*. Il modo in cui praticamente funzionasse questo sistema, soprattutto nelle «Bagatellensachen», non è facile immaginarsi, anche se forse il problema potrebbe essere, nella nostra prospettiva, ingigantito dallo spostamento — più o meno consapevole — da parte dell'interprete di esigenze anacronistiche in tempi così lontani. A meno di postulare un costante intervento dei *pontifices*, in quanto richiesti, nelle controversie giudiziali, come avrebbe fatto il *iudex privatus* a giudicare di situazioni diverse da quelle di «routine», nelle quali è facilmente ipotizzabile che egli si muovesse nell'ambito di principi universalmente riconosciuti. Il *iudex privatus* della fine della repubbli-

ca e del principato, se si trovava nell'imbarazzo di decidere e non fosse vincolato da *responsa* emessi per quello specifico caso e versati al processo, poteva cercare aiuto nelle opere letterarie prodotte, a partire dai *cunabula iuris* di Sesto Elio Peto Cato, dalla giurisprudenza laica, opere che, originariamente, erano soltanto raccolte di *responsa*, di pareri concretamente dati, dei quali Cicerone lamentava che fossero stati inseriti in tali raccolte senza omettere — accanto agli elementi decisivi per la soluzione proposta — quelli accidentali e di nessun valore al riguardo.

Non è possibile sapere se e fin dove potessero valere, a tal fine, raccolte di *responsa* dei *pontifices*, quali dovevano essere state anche le *Actiones* di Gneo Flavio (più in tema forse di giurisprudenza cautelare, negoziale e processuale, che di pareri, per chiamarli così, giudiziari), raccolte divenute più facilmente attuabile dopo la prassi del *publice de iure respondere*, inaugurata da Tiberio Coruncanio, in quel cinquantennio che separa l'inizio di tale prassi dai *cunabula* della giurisprudenza laica. Si potrebbe immaginare, da codesto punto di vista una presenza più pervasiva dei *pontifices* nella soluzione delle singole controversie, ma, va ribadito, è lecito dubitare che, in tal modo, noi non siamo sottoposti all'influsso di anacronistici paragoni con epoche in cui la realtà sociale e giuridica era ben diversa da quella delle epoche risalenti, dove i rapporti sociali erano indubbiamente assai meno complicate anche ad immaginare altri referenti di complessità.

Dal punto di vista dello storico (prescindendo dunque da qualsiasi riserva sulla consapevolezza da parte dei *iudices privati* in epoca risalente di una precisa contrapposizione fra questione di fatto, su cui essi restavano sovrani, e questione di diritto, che gli era sottratta), il giudice non collaborava in alcun modo nella fissazione del punto di diritto, non solo perché era un laico e quindi risultava, nella coscienza sociale, incompetente anche a fronte della primitiva «juristische Kunde» dei *pontifices* (che ancora non era né un'ars né una *scientia*). Ciò dipendeva anche dalla divisione dei ruoli nelle vicende processuali che glielo avrebbero comunque impedito, e soprattutto dalla circostanza che — al di fuori dei *penetralia pontificum* — non v'era, prima della legislazione decemvirale, un sistema di disposizioni normative che potesse essere aggredito direttamente da chi fosse chiamato a giudicare, come potrebbe fare — se la presunzione l'assistesse sufficientemente — un giudice laico il quale, per avventura configurabile nei nostri ordinamenti (le giurie d'assise sono guidate ed egemonizzate dai giudici togati), non riuscisse a muoversi nei meandri di una scienza giuridica, fra l'altro praticamente assente, se non a livelli infimi, su

tante branche speciali dell'ordinamento, che pur danno luogo a un «droit justiciable».

In questo quadro, che affonda decisamente le sue radici in epoca pre-decemvirale, vanno inserite, alla metà del V sec. a.C., le XII Tavole, cui però, come ho già detto, va recisamente negata — se presa alla lettera — la qualificazione, densa di antistorica anticipazione, di «codificazione». Come dicevo, in contrapposto ai νόμοι delle città greche, anzitutto a quelli di Atene, dove — in una visione ancor più marcatamente empirica di quella che poteva esser corrente nella Roma della seconda metà del V sec. a.C. — alle leggi si guardava con una visuale, tutto sommato, più vicina a quella moderna, tenendo conto dell'effettiva funzionalità del provvedimento, in quanto, e lo si è già detto, si era trattato in Roma di una consolidazione di diritto consuetudinario, di un «restatement» di precedenti, cui probabilmente in questa occasione era stata conferita un più marcato carattere di generalità almeno sul piano formale. Più che di una gattopardesca scelta politica o, meglio, tattica, volta a garantire la permanenza nei *penetralia pontificum* del monopolio del diritto (scelta per cui mancavano, con molta probabilità, i presupposti), in ciò si riflettono le idee dominanti in una società, tutto sommato ancora non particolarmente complessa.

In definitiva, nel modo in cui attualmente vedo le cose (e che su questi grandi temi è sempre in istato di aggiornamento, ma spero in una direzione costantemente e con una certa coerenza seguita), le XII Tavole non fanno che evidenziare e fissare — circa un secolo prima che lo sviluppo socio-economico e politico-militare di Roma prenda lo slancio decisivo dopo la *ruina Gallica* e le guerre latine — quelle massime d'esperienza e quelle *regulae iuris*, che in sostanza si erano formati come precedenti, ma che ormai erano tanto radicati, almeno negli aspetti privatistici, nella consapevolezza sociale, da poter essere, nella loro semplicità, applicati senza necessità dell'intervento dei *pontifices* dai *iudices privati*, che non fossero colpiti da dubbi: e che — ma la riflessione, forse un po' maliziosa, rispecchia più il modo di vedere dello storico che quello di sentire dei contemporanei, potevano dunque, senza troppi pericoli, esser affidate alla pubblica conoscenza. Del resto, anche i dubbi non erano trascendentali, se si pensa a quelli che avrebbero colpito quel giudice privato che ha provocato, se effettivamente si tratta di un *responsum pontificum* (come si è voluto in dottrina, auspice fra gli altri Franz Bremer), la pronuncia del collegio sul caso — riferito da Gai 4. 11 — di colui che, per intentare un'*actio de arboribus succisis*, si fosse riferito, concretamente, alle *vites* e non alle *arbores*.

Quando, a partire dalla fine del IV sec. a.C., lo sviluppo della società romana ebbe una forte accelerazione, al di là della codificazione e al di fuo-

ri di un uso rilevante dello strumento delle *leges rogatae*, per sopperire ai bisogni della società che si andava evolvendo, anche se fino all'inizio delle guerre puniche in modo non particolarmente rapido, restavano solo, nell'ambito del *ius civile*, i *pontifices*. In questo modo, si sarebbe potuto venire a ricreare un forte monopolio di una *scientia iuris*, separata dalle comuni conoscenze, quali si erano versate nella legge delle XII Tavole: ma — coincidenza casuale o necessaria nel complessivo quadro storico — fu proprio in quel torno di tempo, quando con le guerre puniche la crescita della società e dell'economia si venne vieppiù accelerando, che Tiberio Coruncanio ruppe, con il *publice respondere*, il velo di segretezza che, di fatto, avvolgeva l'attività di consulenza dei *pontifices* e pose le fondamenta per l'inizio della giurisprudenza laica.

Nel periodo che va da Tiberio Coruncanio agli inizi della giurisprudenza laica si colloca il definitivo affermarsi, anche nei rapporti fra cittadini romani, del processo formulare, ed il sorgere del *ius honorarium*, come fenomenologia normativa se non come categoria concettuale. V'è, in ciò, nell'ambito almeno del diritto privato, cui tale attività essenzialmente si riferiva, una sicuramente profonda — ma di solito non avvertita, e non solo dagli storici moderni — novità a fronte del monopolio dei *pontifices*. A questi ultimi, infatti, non competeva soltanto, a ben guardare, l'interpretazione della legge nel senso moderno del termine, per la quale mancavano, anche nella società post-decemvirale, le condizioni, per la pratica inesistenza di *leges* al di fuori delle XII Tavole, di cui si è già indicato il ruolo che hanno svolto nell'esperienza romana, bensì competeva *l'interpretatio iuris*. Come si è fin qui varie volte accennato, erano i *pontifices* ad individuare — in perfetta autonomia a meno dell'intervento delle scarsissime *leges rogatae* (di cui bisognerebbe indagare, in base agli scarsi referenti concreti di cui disponiamo, l'impatto su tale *interpretatio iuris*) — il regime giuridico dei rapporti intersoggettivi, sulla base della natura di questi ultimi, valutata ovviamente, alla stregua delle convinzioni correnti nell'epoca in cui essi operavano, e quindi nell'ambito di uno — storicamente identificato — giusnaturalismo immanente (e non di una concezione trascendente, e tutto sommato mistificante, del diritto naturale stesso). Ciò avveniva nell'ambito delle precedenti decisioni (da cui era impensabile, più che vietato, che uscissero), che si sarebbero poi sostanziate, nel pieno fiorire nella giurisprudenza laica, in una fitta griglia concettuale, che assicurava la stabilità del sistema in modo molto più adeguato, e soprattutto molto più flessibile, di quanto non facciano gli automatismi dello *stare decisis* (e qui, come ho in varie sedi avvertito, sta un elemento di profonda differenziazione fra il diritto giurisprudenziale romano in og-

ni sua epoca, ed il «common law» come diritto giudiziale, a tutto vantaggio, secondo il mio modo di vedere, del primo).

I *pontifices* non svolgevano, cosù, le funzioni di un legislatore moderno, perché non ponevano norme generali ed astratte, ma lo sostituivano in un ruolo indispensabile in una società che si modifici. L'ingresso del pretore con il processo formulare, l'editto pretorio ed il *ius honorarium* potrebbe, da distante, sembrare un momento di forte innovazione, dato il ruolo che, al di là della prognosi che si potesse fare nel momento iniziale di tale attività, il pretore ed il *ius honorarium* vennero ad assumere. In tal modo, rispetto ai pontifices trovavano ingresso nel processo nomopoietico in materia di rapporti privatistici gli organi laici della *res publica*, in un periodo in cui si stava probabilmente tale carattere: e, del resto, stante la compenetrazione nella città primitiva degli aspetti che in una visuale differenziante si sarebbero distinti gli uni dagli altri come religioso-sacrali e come laici una differenziazione da parte dell'interprete sarebbe fuor di luogo per un periodo risalente. E, d'altro lato, è notorio come l'intervento del pretore avrebbe avuto un'importanza incomparabile a fronte della marginalità delle *leges rogatae*, di coloritura sempre marcatamente pubblicistica.

Il dato era di notevole novità. Le regole di condotta invece di essere create, od individuate che dir si voglia, dai *pontifices* venivano così poste, in via eteronoma, dal pretore. E, d'altro canto, l'attività del pretore si svolgeva indipendentemente da qualsiasi — non che intervento — contatto con i *pontifices*, gli unici — ed istituzionalmente autorizzati — *interpretes iuris* della *civitas*, i quali, lo si può tranquillamente ipotizzare, erano totalmente indifferenti nei confronti della *iurisdictio* formulare, in cui si svolgeva in termini così innovativi l'attività giurisdizionale del pretore, dapprima nella *iurisdictio peregrina* e poi anche in quella *urbana*. Ma v'è di più, ché l'editto del pretore ed il *ius honorarium* si andarono formando ed individuando, per un periodo abbastanza lungo, in sostanziale indipendenza anche dall'intervento dei giuristi laici. Anche i primi *prudentes* appaiono, a quel poco che delle loro *sententiae* residua nella nostra documentazione, sostanzialmente disinteressati del *ius honorarium*: ciò dura per tutto il II sec. a.C ed ancora, più o meno profondamente, con Quinto Mucio, e quindi durante i primi cento anni della giurisprudenza laica. Questo fenomeno è strettamente collegato alla circostanza che il processo formulare era sorto — e di ciò continuo ad essere convinto — nell'ambito della *iurisdictio peregrina*: ed è noto che, fino al 212 d.C. ed alla *constitutio Antoniniana* (che faceva venir meno il presupposto per qualsiasi interessamento), i giuristi romani non sono mai se non marginalmente atten-

ti ai rapporti con gli stranieri: si veda l'episodico interesse per il problema della trasmissibilità ereditaria della garanzia nel caso dell'*heres peregrini fideipromissoris* di cui parla, Gai. 3. 120: al che corrisponde il disinteresse per i *iura peregrinorum*, se non per fini vagamente comparatistici, come accade talora nelle *Institutiones* di Gaio o come, nel § 120 dianzi accennato, necessario referente per l'applicazione della normativa romana.

Ma se l'inizio del processo formulare si collocava nell'ambito che sarebbe risultato sempre sostanzialmente estraneo agli interessi dei *prudentes*, come la regolamentazione dei rapporti fra romani e stranieri (e fra stranieri), le nuove forme della giurisdizione pretoria si estesero rapidamente, già prima della fine del III sec. a.C., ai rapporti *inter cives*, dove vennero a soddisfare quelle esigenze cui l'*interpretatio iuris* dei *pontifices* e della prima giurisprudenza laica non riuscivano a venir incontro: e la sostanziale lontananza dei giuristi da questo sottosistema così rilevante nei *iura populi Romani* già nel corso del II sec. a.C. può non poco sorprendere.

Non è qui possibile riprendere, *ex novo*, questa tematica, in ordine alla quale vorrei solo sottolineare taluni aspetti. L'intervento del pretore portava un ragguardevole momento di eterogeneità nell'ordinamento privatistico, in quanto, come si è già detto, era il magistrato ad individuare sia le fattispecie rilevanti sul piano del diritto (dato particolarmente importante nell'ambito del sistema contrattuale romano, che — anche nella *iurisdictio* pretoria — sarebbe rimasto, più o meno formalmente, un sistema tipico in senso forte, sino a Giustiniano ed oltre) sia la disciplina da dare ad esse. Non è senza qualche suggestione, al proposito, il dubbio se, per avventura, la disattenzione che per un lungo periodo di tempo ha contrassegnato l'atteggiamento della prime generazioni di *prudentes* verso il *ius honorarium* non sia dovuta anche a questo timore di avventurarsi in un campo in cui il giurista non poteva esercitare in libertà più o meno completa il suo compito di «Rechtsfindung», anche se continuo a ritenere decisivi altri fattori che, altra volta, ho cercato di enucleare e principali fra tutti, nonché fra di loro connessi, la collocazione sociale dei *prudentes* all'interno della *nobilitas* senatoria (si tenga presente il rango consolare quasi sempre da essi raggiunto nel corso del II sec. a.C.) e la qualità dei clienti, di coloro che chiedevano la consulenza dei giuristi, e che provenivano o dall'interno di tale classe o dai ceti da quest'ultima egemonizzati, ed erano quindi abbastanza lontani dal tipo di interessi cui, prevalentemente, si rivolgeva l'attività normativa del pretore, quando non fosse soltanto *iuris civilis adiuvandi vel corrigendi causa*.

A parte le considerazioni dianzi fatte, rimane aperto il problema del

modo in cui, per un periodo abbastanza lungo sino alla prima metà del I sec. a.C., i *iudices privati*, ivi compresi i *recuperatores*, si fossero comportati, nella fase *in iudicio*, rispetto alle questioni concernenti la disciplina giuridica delle fattispecie che dovevano giudicare sulla base di *actiones honorariae*. Bisogna, infatti, partire dalla constatazione che le *formulae delle actiones in factum* e di quella di buona fede (onorarie anch'esse alle origini) non erano certamente autosufficienti. I *pontifices*, lo si è detto, non si occupavano di questa branca del diritto, né v'erano, d'altro lato, *prudentes* laici che lo potessero fare, in quanto — a prescindere dalla valutazione del disinteresse dimostrato per circa un secolo nei confronti del *ius honorarium* — essi sarebbero stati presenti sulla scena della società e dei tribunali romani non prima del periodo a cavaliere tra la fine del III e l'inizio del II sec. a.C, allorché la *iurisdictio* pretoria si esercitava, sulla base dell'*imperium*, nelle forme del processo formulare da almeno un secolo e con ogni probabilità anche di più, e nella seconda metà del III sec. a.C. in modo non irrilevante anche fra *cives*.

Si può pensare ad un incontrollato dominio dell'empiria, facilitato anche dalla circostanza che sia nelle *formulae in factum conceptae* sia in quelle munite di un *oportere ex fide bona* (che facevano senz'altro riferimento, anche in epoca più avanzata, a criteri rilevanti anzitutto dalla morale sociale e dalla correttezza degli affari, e quindi metagiuridici, assunti come tali nella sfera del diritto), e quindi lontani, per il momento, dai tecnicismi della *scientia iuris* (ma si porrebbe, in questa ottica, il problema di che cosa succedesse per le *formulae ficticiae*, le quali rinviavano a situazioni soggettive protette dal *ius civile*). La regolamentazione dei casi, probabilmente ancor non profondamente complessificati, sarebbe così potuta avvenire sulla base delle comuni conoscenze e delle generali aspettative, sul piano — si direbbe in modo che potrebbe forse apparire un po' troppo «pointiert» — di un'amichevole composizione, in via di fatto più che di diritto: e, quindi, sulla base dell'empiria più che della *scientia iuris*.

Ad ogni modo, si trattò di un fenomeno transitorio: una volta superata la crisi della repubblica, durante la quale ebbe momenti di sbandamento — benché non ci sia stata, di certo, quella dura lotta fra retorica e giurisprudenza che sembra voler ipotizzare Bruce Frier — anche la collocazione dei giuristi, i quali rimasero pur sempre coinvolti, in un modo nell'altro, nell'apparato di governo, anche se in modi differenti da quelli della tradizione repubblicana (si pensi al diverso ruolo svolto da Q. Mucio Scevola e, in tono minore, da Servio Sulpicio Rufo in contrapposto a quello avuto da Ofilio o da Trebazio Testa). D'altro lato, se, nell'acuirsi della crisi, non sappiamo fin dove si potesse trovare tempo e spazio per le controversie di na-

tura privatistica e non siamo molto informati sui modi in cui si svolgesse l'amministrazione della giustizia, già negli ultimi 20 anni del I sec. a.C., con la restaurazione augustea, si fissò definitivamente il quadro in cui ebbe ad operare la giurisprudenza del principato che, dal punto di vista che qui interessa, rappresenta il momento della lunga vicenda del diritto romano che meglio conosciamo, in virtù dello specchio rappresentato dalle opere dei giuristi classici (che non si può escludere sia talvolta deformante).

In effetti, l'appropriazione del *ius honorarium* era cominciata già al momento iniziale della crisi della giurisprudenza, se crisi vi fu. A partire da Franz Bremer si tende ad identificare con Servio Sulpicio Rufo il momento della «Wendung» che portò i *prudentes* ad occuparsi del *ius honorarium* allo stesso modo e con la medesima intensità mostrati nell'elaborazione del *ius civile*. Probabilmente, a stare soprattutto alle *inscriptiones* del Digesto, sembrerebbe che la svolta sia da attribuire più ad Alfeno (per gli altri *auditores Servii* il materiale posseduto, molto più scarso e tutto indiretto, impediscono una più precisa valutazione): ma tutti sappiamo quanto sia difficile, nelle opere attribuite direttamente ad Alfeno (fra l'altro assai scarsamente citato dalla giurisprudenza posteriore), sceverare quanto vi sia del maestro, quanto del discepolo.

Che cosa comportò, sul piano dei rapporti fra diritto sostanziale e processo, codesto avvenimento? Se è vero che, prima di Servio, si dovrebbe pensare che, nella fase *in iudicio*, il *iudex privatus* fosse raramente assistito dai lumi dei *prudentes*, sia sotto forma di responsa rilasciati per lo specifico caso da decidere, sia mediante la possibilità di consultare le opere letterarie prodotte dalla giurisprudenza, l'interessamento dei giuristi anche per il *ius honorarium* comportò che il giudice privato, in tesi un laico, si trovasse, in linea di principio, vincolato dai responsa e dalle *sententiae prudentium* anche su questo campo (e, con referenti solo parzialmente diversi, lo stesso si deve ripetere per il *ius extraordinarium*, inteso il termine nel senso riccoboniano). Il problema — per me, però, un problema, in linea tendenziale, solo apparente — sarebbe di vedere se la metodologia dei giuristi variasse a seconda che essi passassero dal *ius civile* al *ius honorarium*: vale a dire da un contesto dove — anche a prescindere dalle considerazioni che su di esse si sono fatte — le XII Tavole costituivano, comunque, un referente eteronormativo ormai troppo lontano ad un altro, in cui il testo dell'editto era presente ed aveva tutti i requisiti per essere valutato come un siffatto referente. al di là della impostazione degli interpreti moderni che vi scorgono un atto con il pretore procedeva alla autoregolamentazione del proprio potere (ciò che in sé non è del tutto ingiustificato, almeno sotto il profilo della forma espressiva).

Qui bisogna riprendere le mosse dall'interno del *ius civile*. Come ho più volte pubblicamente detto e talora rapidamente scritto, dai miei abbastanza lunghi anni di studio ho ricavato personalmente l'impressione che, in primo luogo, sarebbe almeno oggetto interessante di studio, quali che ne possano essere i risultati, il vedere se ed in quale misura l'*interpretatio iuris* si atteggiasse in modo diverso a seconda che avesse o meno, nell'ambito del *ius civile*, a sottofondo, se non ad oggetto, una *lex rogata* e, nel periodo imperiale, anche un *senatusconsultum*. Se non alle leggi istitutive delle *quaestiones perpetuae* (dove esiste un altro — e maggiore — fattore di disomogeneità, vale a dire il fatto che non si riferiscono al processo privato), basti pensare, come possibile campo d'indagine, alla grande legislazione augustea, ma anche alle altre poche *leges* repubblicane, le quali hanno avuto, fra l'altro, pur se di rilevante interesse, un contenuto molto limitato (si pensi, ad es., alla *lex Voconia* e, ampiamente trattata alla *lex Falcidia*), nonché ai più o meno importanti senatoconsulti in materia privatistica del periodo imperiale.

Un dato è certo: nelle fonti, *leges* e *senatusconsulta* sono sottoposti — qualsiasi sia poi il modo in cui i giuristi concretamente operano nei loro confronti — ad un procedimento di interpretazione che è diverso dall'*interpretatio iuris* romana, avvicinandosi alla moderna interpretazione della legge o, meglio, ne costituisce il prodromo. È proprio rispetto a questi atti normativi che emergono nelle fonti i principi che — con tutte le modificazioni che si vogliano — si perpetuano, attraverso una tradizione bimillenaria, in quelli che ancora reggono l'interpretazione degli atti normativi. Se il ricorso a questo modo di procedere è privo di qualsiasi significato nell'*interpretatio iuris* relativa a materie che non si fondano su un provvedimento legislativo, esso risulta praticamente inevitabile in presenza di *leges* e *senatusconsulta*. Si pone allora il problema — già accennato — di vedere in quale modo, da una parte, l'elaborazione del *ius controversum* avvenisse in modo differenziato se dovesse partire da un atto normativo sottoposto ad una siffatta procedura interpretativa; e, dall'altra, se il dover essere i detti provvedimenti normativi inseriti l'appunto nel *ius controversum* di per sé non producesse — nonostante gli analoghi punti di partenza — un atteggiarsi di tale procedura diverso da quanto non accada oggi per l'interpretazione della legge.

Quanto si è detto per *leges* e *senatusconsulta* potrebbe rappresentare un punto di partenza per impostare un analogo discorso in relazione ai *verba edicti*: il che sarebbe, d'altronde, del tutto ovvio, se i giuristi avessero sentito anche l'editto del pretore come una fonte di diritto eteronoma. Il quadro complessivo, invece, qui muta radicalmente, perché si può fare,

con relativa sicurezza, una constatazione che va in senso opposto: se i *verba edicti* dianzi ricordati sono, indubbiamente, utilizzati dai giuristi come «items» in quel commento lemmatico, nel quale praticamente si esaurivano le opere *ad Edictum*, essi non vengono sottoposti dai giuristi ad un'interpretazione come quella cui si è accennato per le *leges* ed i *senatusconsulta*: né soprattutto — l'osservazione ci tornerà utile fra un momento — si pongono il problema di confrontare la *sententia* ed i *verba edicti*.

Quali sono le conseguenze che vanno tratte da queste brevi, sommarie e provvisorie considerazioni? Per riassumere un pensiero altrove formulato in modo più circostanziato, io direi che nell'editto i giuristi vedevano un'indicazione di valori normativi, naturalmente insiti nei rapporti sociali, rispetto ai quali essi sentivano — al di là dei *verba edicti* — quella stessa legittimazione a muoversi liberamente in un sistema aperto, in cui, per quanto riguarda il *ius civile*, i *prudentes* stessi erano i legittimi successori dei *pontifices*. *L'aequitas praetoris*, che i giuristi ricordano come fondamento della normazione proposta dal magistrato, non da altro è rappresentata che dai giudizi di valori coesi alla disciplina insita o prefigurata nella struttura sociale dei rapporti regolati. La disciplina pretoria non era il risultato dell'esercizio di un'incondizionata volontà normativa del magistrato, ma la traduzione nelle prescrizioni edittali dei valori che il pretore aveva colto — con un intervento, si potrebbe dire, meramente dichiarativo — nella struttura socio-economica dei rapporti interindividuali. Ed è anche in questa convinzione che il pretore trovava la sua legittimazione sostanziale per procedere alla regolamentazione dei conflitti d'interessi interindividuali.

Ma dal punto di vista dal quale è stato finora impostato il discorso, l'importante è di vedere se ed in qual modo i responsa o comunque l'attività dei *prudentes* potessero influire, oltre che sul giudice che rimaneva tutto sommato un laico (il che stava alla base dell'inesistenza di una giurisprudenza, vale a dire di una dottrina delle corti), sull'attività giurisdicente del magistrato, in cui si coniugavano strettamente, talora non differenziandosi come nelle *actiones in factum* (nel senso di azioni decretali), l'aspetto normativo e quello giurisdizionale (che erano invece sufficientemente distinguibili nel caso dei mezzi edittali, siano essi pretori o civili).

Si deve al proposito partire dall'ovvia constatazione che, a differenza dei giudici privati, il pretore aveva un potere istituzionale come organo che applicava, da una parte, ma dall'altra era anche chiamato a creare le regole di diritto, e non solo, come avveniva nei mezzi decretali, mediante una decisione nel caso concreto, eventualmente «verallgemeinerungsfähig», bensì anche in astratto, come avveniva nei mezzi edittali.

Nell'emanazione per l'appunto della normativa edittale, l'intervento dei *prudentes* poteva svolgersi soltanto al livello dei rapporti personali con i singoli magistrati, sia per l'introduzione delle singole clausole ed azioni sia per la modificazione delle stesse: e qui, in ordine al *ius civile*, si potrebbe aprire — frustrante per l'assenza di fonti — una prospettiva di ricerca per quanto concerne la riduzione in termini formulari delle pretese di diritto civile, sia quelle tutelate nel sistema delle *legis actiones*, sia quelle rilevanti del nuovo *ius civile*. In siffatto contesto, trattandosi in realtà di aspetti marcatamente tecnici (di cui il quadro complessivo era, per l'appunto, dato dal *ius civile*, il che valeva soprattutto per quello più antico), il ruolo dei giuristi può agli occhi dei moderni, ed avrebbe potuto a quelli degli antichi, apparire indispensabile; ma in effetti l'adeguamento è stato spesso, almeno per quanto concerne le *intentiones in ius conceptae*, raggiunto, per le antiche *actiones civiles*, in modo, sembra, abbastanza facile se non addirittura meccanico, versando nella struttura della *formula l'actio* del processo legale,

La mia impressione è che, con un'impostazione spesso molto generica, si siano un po' troppo accentuati gli effetti dell'influsso dei *prudentes* (i *pontifices* qui non rilevano). In effetti, se — come sembra relativamente certo — non è stato pretore giurisdizionale, Aquilio Gallo ha fatto introdurre le *formulae de dolo* come giurista ed amico del pretore, e non le ha introdotto in quanto pretore egli stesso. Giuristi più o meno famosi possono, d'altronde, essere stati pretori ed essersi serviti della carica per introdurre i mezzi giudiziari che noi sappiamo, o crediamo, indicati con il loro nome. Ciò può esser avvenuto, ad es., con il *iudicium Cascellianum*, ché il giurista, sicuramente questore, può aver progredito sino alla pretura, pur se ebbe a rifiutare il consolato offertogli da Augusto. Questa attività non è stata, però, particolarmente intensa, od almeno non risulta tale allo stato delle fonti; d'altro lato, tenendo conto in questo caso del carattere generale del mezzo proposto, non v'era qui nulla di analogo al *respondere de iure* (anche, eventualmente, *honorario*): il giurista si inseriva dall'esterno in un processo normativo, di cui non era titolare, restando d'altronde competente in ordine all'interpretazione della normativa così scaturita, ché, su ciò, nessuno sembra abbia avuto dubbi a Roma.

È su questo piano che, in modo articolato (su cui praticamente nulla ci dicono le fonti, onde il tutto risulta lasciato alla nostra fantasia), si può impostare una discussione, distinguendo il modo di operare dell'*interpretatio iuris* in senso stretto, riservata «en principe» ai giuristi stessi, fra diritto civile e diritto pretorio, fra mezzi edittali e decretali. All'infuori dei discorsi, sostanzialmente generici, correnti in dottrina sulla «collaborazione»

fra giuristi e pretore, a mia conoscenza (che può esser senz'altro lacunosa) il problema non è mai stato specificamente aggredito, forse per la mancanza di spunti testuali, all'apparenza totale.

Il punto di maggior interesse è rappresentato dai mezzi decretali. In astratto, nella prospettiva di Gai. 1. 27, l'interprete moderno, incline alla dogmatica, potrebbe vedere lo spunto per impostare un problema di gerarchia di fonti. Ma sarebbe, con ogni probabilità, un'impostazione anacronistica (ché, anche nel contrasto fra *ius civile* e *ius honorarium* non v'è gerarchia, ma incomunicabilità di fonti). A parte ciò, in base ad una certa consuetudine col Digesto (ma, qualsiasi ne possano essere gli esiti una specifica indagine andrebbe al proposito fatta), non mi sovviene che, a proposito di tali mezzi, vengano usati, nelle fonti, modi di esprimersi che — a parte la discutibile differenza di significato fra *actionem dare e competere*, del resto qui irrilevante— mostrino, nel modo di esprimersi dei giuristi, un differente approccio nel caso debba giudicarsi dell'esperibilità di un'azione edittale ed in quello che debba valutarsi l'opportunità, se non la necessità, della concessione di un'azione decretale. D'altro lato, tenendo presenti sia la valenza, d'anzì accennata, degli interventi normativi del pretore (anch'essi fondati, secondo la concezione dei romani, in quella disciplina immanente nei rapporti interindividuali, che si trattava soltanto di evidenziare), sia la circostanza che i giuristi, i quali, alla pari del pretore, provenivano da un certo di governo non percorso da sostanziali tensioni, s'ispiravano — nel *iura condere* all'interno del sistema aperto del *ius controversum* — all'ideologia ed ai parametri concreti che stavano a base dell'attività propria del magistrato giudicante, non è difficile arrivare alla conclusione che i *prudentes* stessi potessero, in linea di massima, contare sull'accoglimento dei loro pareri da parte del pretore, senza che questo significasse una subordinazione istituzionale del pretore stesso ai giuristi. Ma si deve anche tener presente che la possibilità di un conflitto palese era ridotta ai minimi termini dal fatto che era molto facile che nel *ius controversum* il magistrato giudicante trovasse una copertura scientifica per qualsiasi soluzione volesse seguire. Il venir meno, poi, delle possibili situazioni di conflitto fa sì che, con molta probabilità, i contemporanei non si siano mai posti problemi del genere, onde non sappiamo che cosa hanno pensato, né è legittimo immaginarsi, noi, che cosa avrebbero potuto pensare al proposito.

Diversa la situazione per le azioni edittali, e soprattutto per le azioni civili. È vero che la *datio actionis* era irreversibile, una volta che fosse avvenuta la *litis contestatio*, ma ciò non significava che, nel decidere la causa, il giudice privato dovesse attenersi all'opinione seguita dal pretore, ché, dove il magistrato avesse seguito una delle opinioni correnti nel *ius*

controversum, il giudice stesso poteva adottarne un'altra. Quando, come in un passo del Digesto (Ulp. 11 ad ed. D. 4. 4. 7. 8), si coglie un rimprovero del giurista alla prassi pretoria troppo facile a concedere l'*in integrum restitutio ob aetatem*, si trattava di un caso in cui la critica concerneva la discrezionalità con cui il pretore poteva concedere l'*in integrum restitutio ob aetatem*, un aspetto ai confini tra la valutazione in linea di fatto e quella sul piano del diritto, esercitando la quale discrezionalità il pretore non invadeva di certo, al di là di qualsiasi problema di legittimazione, le competenze da sempre esercitate dai *prudentes*.

Per quanto, per larghi versi ipotetico, il quadro che si è così fatto mostra chiaramente come — se nel processo si procedeva senz'altro a quella che Chiovenda chiamava l'attribuzione del bene della vita in controversia — non fosse di certo in esso che, in ossequio al motto di don Álvaro («derecho es lo que prueban los jueces»), si venisse ad individuare il diritto (e, in un sistema aperto, a crearlo: si pensi ad un diritto giudiziale come il «common law» inglese), anche come punto di riferimento generale (passando, quindi, dalla decisione nel caso concreto a quella che, sulla base del precedente, sarebbe prevedibilmente presa, dandosi gli identici, od analoghi, presupposti).

A parte gli interventi eteronomi, più o meno compiutamente e facilmente metabolizzati — e resi inoffensivi — dai *prudentes* nella loro iuris scientia, spettava a questi ultimi l'individuazione e la creazione delle *regulae iuris*, che poi i giudici avrebbero applicato nei singoli processi, in ampia discrezionalità, condizionata ovviamente sia dal complessivo sociopolitico e ideologico, nonché dall'articolata armatura dogmatica sovrastutturata alle decisioni pratiche assunte dai giuristi, ma intimamente connessa con le stesse.

Non è questa la sede per cercare, al proposito, di precisare dettagli: mancano ancora analisi specificamente avviate in questa direzione, e di cui si può anche disperare che diano copiosi frutti, ma neppure esser sicuri del contrario. Possono, quindi, farsi soltanto alcune precisazioni che, pur necessitando anch'esse di ampie verifiche, vanno comunque proposte, anzitutto per cercare di legittimare una certa coerenza dell'ipotesi — qui ed altrove — da me, sempre «skizzenhaft», perseguita, e poi perché hanno, in astratto (come momento di riflessione), una certa importanza per lo storico del diritto che sia, come dovrebbe essere, anche giurista, e voglia, in quanto tale, riflettere, nel presente, sulla sua collocazione, e sulla sua utilità, nel contesto sociale.

Una premessa: quanto si è detto, e quanto si verrà dicendo, privilegia senz'altro il mondo da cui, in linea di massima, provenivano i *prudentes*

(o, se l'estrazione socio-culturale fosse diversa, a cui essi necessariamente si omologavano: se i romani possono avere avuto un «console sovversivo», non hanno mai visto, di certo, un «giurista sovversivo»): mondo entro cui e per cui operavano. L'attività dei giuristi si rivolgeva, di norma, alle situazioni socio-economiche, e quindi ai processi, che riguardavano la classe dominante e, eventualmente, i ceti che, da questa egemonizzati, ne dividevano l'ideologia e gli interessi (ed è perciò che, senza troppo arrossire, i *prudentes* potevano proclamarsi *sacerdotes* del *ius* come *ars boni et aequi*): la risoluzione dei conflitti di classe non passava attraverso il diritto o vi passava soltanto contingentemente. In ogni caso, non attraverso il diritto che noi conosciamo dalle opere dei *prudentes*, che, in questo campo, è l'unico a costituire il vero retaggio di Roma al mondo moderno.

Ciò trovava, d'altronde, corrispondenza nel fatto che, sino alla metà del II sec. d.C., la realtà provinciale era, nelle sue caratteristiche fondamentali, praticamente ignorata dai giuristi, attenti soprattutto alla prassi metropolitana, e che, se nell'opera soprattutto di Q. Cervidio Scevola compaiono — talora in forma di «griechische Tatbestände» — i segni delle *consultationes* provenienti dalle province, queste *consultationes* riguardavano essenzialmente le «obere Schichten» romanizzate all'insegna dello schema della doppia cittadinanza, le quali fra l'altro, rivolgendosi ad un giurista romano, optavano senza possibilità di equivoci (né di alternative) per l'applicazione dell'ordinamento romano.

Ciò lascia, senz'altro, aperto il problema di come realmente si svolgesse l'amministrazione della giustizia nelle circoscrizioni locali dell'Italia (dove — a parte la competenza difficilmente determinabile prima dei *consulares* e dopo dei *iuridici* — aveva uno specifico rilievo la concentrazione delle grosse cause presso la giurisdizione del pretore urbano in Roma) e nelle province, per le quali siamo informati soprattutto per quanto concerne la prassi egiziana, dove la presenza dei *cives Romani* era, anche al livello delle «obere Schichten», molto più limitata che altrove. Le testimonianze che abbiamo, su cui del resto incide la casualità della conservazione del materiale, dove i provvedimenti di merito (le sentenze che attribuiscono direttamente il bene della vita) sono abbastanza rare, riguardano dunque, soprattutto la prassi dei sudditi provinciali, i *peregrini nullius civitatis* che abitavano la *χώρα* egiziana, e quindi i *iura peregrinorum* nonché il diritto provinciale, vale a dire settori dell'esperienza giuridica tendenzialmente estranei all'attenzione dei giuristi. Ed è molto significativo che in questi contesti emerga una «giurisprudenza delle corti», quale si evince dalla frequente citazione dei precedenti a partire dal prefetto, il vicerè, fino all'espistratego.

Tenendo conto di ciò, ed in base alle considerazioni dianzi fatte, ci si deve domandare come si atteggiasse la «*Rechtsfindung*» nella dialettica fra giuristi e giudici. Qui appresso, propongo, ne sono perfettamente consapevole, un modello, con tutti i possibili rischi di astrazione, ma — al di là della percezione sensoriale e di una incontrollabile mistica — l'uomo conosce soltanto per modelli astratti.

V'è, anzitutto, da ribadire che l'indiscussa competenza all'individuazione della *regula iuris*, almeno nei confronti del giudice privato, spettava soltanto ai giuristi (sia direttamente, con un *responsum* dato nel caso concreto, sia attraverso le opere): e non disomogenea a tale competenza — anche se è fornito della massima *auctoritas* — si pone l'intervento diretto del *princeps*, mediante i suoi *rescripta*, nonché le *epistulae*, ed i suoi *decreta*, mentre le *constitutiones generales* rimangono sostanzialmente all'esterno dei rapporti privatistici. Accanto a ciò, come dato fondamentale, è da tener presente che l'ordinamento romano non è soltanto un sistema aperto (come quello — giudiziale — del «*common law*»), bensì è anche un *ius controversum*, caratteristica che si è venuta sviluppando nel passaggio fra la giurisprudenza pontificale, sicuramente unitaria — almeno nella sincronia — nel suo istituzionale riferimento al collegio dei *pontifices* a quella laica, nell'ambito della quale, in base alla loro *auctoritas*, i *prudentes* operavano sempre individualmente. Come ha felicemente detto Dieter Nörr, nel suo saggio sulla «*Rechtskritik*» (sul quale, d'altronde, non ho mancato di far presenti i miei dubbi, soprattutto relativi all'impostazione), il *ius controversum* dei romani è contemporaneamente «*unstabil*» ed «*überstabil*», perché ognuna delle *sententiae prudentium* — per quanto divergenti fra di loro — viene considerata come diritto vigente, e quindi applicabile dal giudice, e perché, *e contrario*, il diritto che prende vigore nel caso concreto è soltanto quello contingentemente seguito dal giudice.

Indubbiamente, lo stesso si può dire anche di un sistema di *interpretationes controversae*, quale s'invera negli attuali ordinamenti codicistici, in quanto fra le varie *interpretationes* correnti nell'ambito dell'ordine giudiziario, cui spetta istituzionalmente di fissare le massime di decisione vigenti nell'ordinamento, solo in concreto si verrà a sapere quella effettivamente seguita: il che è vero anche se, com'è universalmente diffuso, si abbia una corte suprema regolatrice del diritto ed incaricata della nomofilia (sistema rispetto al quale l'esperienza italiana fino agli anni '20 con le sue cinque corti di cassazione era, tutto sommato, un *monstrum*), non foss'altro per i dissensi che nutriti si manifestano anche all'interno del supremo organo regolatore. Ma v'è fra una tale esperienza ed il *ius controversum* romano un tratto fondamentale diverso: nei sistemi codicis-

tici, ma anche nel «common law» anglosassone, v'è una sola *interpretatio* ed una sola *regula iuris* che va, nella sincronia, considerata come vigente o, se si vuole, come quella applicabile (pur se solo in via poziore, come soluzione più probabile), mentre nel *ius controversum* tutte le *sententiae prudentium* sono, nonostante la loro disparità, diritto vigente, ed applicando l'una o l'altra — per quanto fra di loro contrastanti — il *iudex privatus* applica sempre e correttamente il diritto. Non v'è una *sententia* «più eguale» delle altre.

Al proposito, sarebbe d'altronde necessario di tener conto almeno di una circostanza che potrebbe sfumare l'incisività del modello, il quale, ovviamente, prende a partito la fisiologia, non la patologia del fenomeno: si pensi alla circostanza che, per sua essenziale natura, bastava che la sentenza — etimologicamente, come ha ben sottolineato a suo tempo Biondi, il *parere* — del *iudex privatus* si limitasse a rispondere positivamente ad una delle due alternative formalmente o sostanzialmente contenute nel *iudicium*: *absolvere* o *condemnare* in funzione del *parere* o *non parere*. Essa non doveva contenere necessariamente, né in realtà di fatto la conteneva se non assai raramente, un qualche accenno di motivazione. Ed il tentativo di trovare qualcosa del genere, o comunque una qualche circostanziazione del provvedimento, fatto di recente dall'amico Matteo Marrone mi sembra che fornisca i migliori argomenti per restare nel solco dell'opinione tradizionale.

In un quadro come questo, è ovvio che rimanessero nell'ombra i motivi del *parere* o *non parere* seguito dal giudice, in un ambito del resto più vasto che quello della motivazione in diritto, perché coinvolge anche il giudizio di fatto. Ed è perciò che ho dianzi accennato come si debba guardare alla fisiologia del rapporto che presuppone un giudice che in buona fede cerchi di assolvere correttamente al suo *officium*. Non abbiamo però ragionevoli motivi di credere che ciò non avvenisse nella maggior parte dei casi: dovevano essere una minoranza i processi scandalosi, frequenti invece nei *iudicia publica*, che, come tutti i processi criminali hanno una valenza anzitutto politica. Dovevano essere rari, estremamente rari, i casi come quello di Paride, il liberto di Domizia (dove l'atteggiamento del giudice fu scorretto, però, sul piano del giudizio di fatto) e quelli che rientravano nella fattispecie — non sempre corrispondente ad un atteggiamento doloso — del *iudex qui litem suam fecit*. E, del resto, le parti sceglievano, in linea di massima, esse stesse i giudici.

Qui, dal punto di vista moderno (che, con qualche fatica, sembrerebbe potersi anche adattare al *ius controversum* classico), sembrerebbe cadersi in un'aporia. Il giudice privato doveva scegliere fra *sententiae* che poteva-

no essere, anche al livello dei *responsa* esibiti in giudizio, diametralmente opposte (il che era spesso, comunque, inevitabile nei *iudicia stricti iuris*, con l'alternativa fra il riconoscere o meno, ad es., il *dare oportere* delle parti: più ampio spazio alla graduazione delle *sententiae* da adibire nel caso concreto era offerto dall'*intentio incerta* al *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, nei *iudicia bonae fidei*), per non parlare delle *sententiae* che, alla stregua di precedenti, egli poteva trovare nella più o meno vasta letteratura che avesse a sua disposizione (ma, nel modello, il *iudex privatus* è essenzialmente l'organo giudicante della prassi metropolitana, dove, se avesse voluto, le biblioteche non sarebbero mancate). Ma egli era un laico che, *in thesi*, non sapeva nulla di diritto (al di là degli scarsi esempi risalenti alla prassi repubblicana, il giurista che fungesse da *iudex privatus* non è praticamente accertato in epoca imperiale): che cosa poteva, allora, fare?

L'aporia è, per noi, apparentemente insolubile, se non a prezzo di affidare ad un incompetente un giudizio tecnico. Ma è che, tutto induce a pensarlo, la scelta compiuta dal *iudex privatus* fra le *sententiae prudentium* non avveniva sul piano tecnico-giuridico. Un indizio lontano, molto lontano nel tempo, in tal senso viene dalla legge delle citazioni, in un periodo, fra l'altro, in cui — nella *cognitio extra ordinem* le sentenze erano tendenzialmente motivate, ciò che affondava le sue radici già nell'epoca tardo-classica, in cui il fenomeno si sviluppa, a mio avviso, soprattutto in funzione della possibilità dell'appello, più connaturata a questo tipo di processo, che a quello formulare: disgraziatamente, non abbiamo esempi per ciò, se non in pieno periodo bizantino postgiustiniano, allorché le condizioni erano profondamente diverse. In quest'epoca, fra l'altro, il giudice non era più un privato, né — a prescindere dalla circostanza che avesse o meno fatto i suoi studi di diritto (il che, all'infuori dei grandi tribunali metropolitani e delle prefetture, doveva probabilmente essere non troppo frequente, ed era decisamente da escludere ai più bassi livelli) — si poteva continuare a considerarlo, già per il suo inserimento in una precisa carriera burocratica (anche se non a ciò esclusivamente indirizzata) — un laico. E si deve tener conto che nei tribunali doveva applicarsi anche, ed in certi casi precipuamente, la normativa contenuta nelle costituzioni imperiali che regolavano campi del diritto completamente sconosciuti ai giuristi classici, anzi in quei tempi inesistenti: e tralascio il problema del temperamento fra le *constitutiones generales*, formulate come norme generali ed astratte, ed i *iura*, formulati come precedenti, sui quali esse andassero eventualmente ad interagire.

Non insisto, ché qui non servirebbe, sul fatto che il sistema introdotto con CTh. 1. 4. 3 da Valentiniano III appaia ai nostri occhi del tutto insod-

disfacente, in quanto basato su un criterio meccanicistico, oltre che completamente aleatorio nella contingenza del ritrovamento delle *sententiae prudentium*: quello che qui importa di sottolineare è che esso non poteva di certo seguire ad una tradizione in cui il giudice dovesse, in linea di diritto, motivare la sua scelta fra Papiniano o Modestino, fra Ulpiano o Paolo (per limitarmi ai giuristi rispondenti compresi nella detta legge). Esso corrisponde ad una prassi pregressa in cui il giudice era libero di scegliere a suo gradimento fra le *sententiae prudentium* (a parte il problema dell'incidenza dei *rescripta principum*). Una prassi del genere non poteva essersi instaurata solo nel periodo postclassico, quando, del resto, i giudici cessarono definitivamente di essere dei privati, e doveva risalire al periodo classico, anzitutto ai *iudices privati* del processo formulare, ma anche ai magistrati ed ai funzionari che giudicavano nella *cognitio*.

Ma — se la valutazione tecnico-giuridica è esclusa — su quale base si fondava, allora, il giudice? Indubbiamente, e qui in un certo senso attenuo alcune rigidità di una precedente presa di posizione, v'erano degli aspetti in cui il giudice poteva aver più o meno sentore di un'opinione dominante, cui poteva ritenere d'esser tenuto a conformarsi. Potrebbe, ad es., apparire difficile seguire, alla fine del II sec. d.C., l'opinione che dalla permuta nascessero, *sic et simpliciter*, le *actiones empti et venditi*, solo perché nella letteratura giuridica si rinveniva un'opinione in tal senso dei giuristi sabiniani, che si può fondatamente ritenere non essere mai stata accolta almeno a livello dell'esercizio della *iurisdictio* pretoria: in una situazione del genere, sarebbe stato necessario che vi fosse un giurista che desse, in tal senso, uno specifico *responsum* sul caso concreto: ma, per rimanere all'esempio fatto, chi si sarebbe potuto trovare, nel periodo suddetto, che desse un parere siffatto? Ove, però, non si dessero situazioni del genere, era praticamente inevitabile che, più o meno consapevolmente che ciò accadesse, il giudice si facesse guidare dall'*aequitas* contingente del caso concreto, di cui, di certo, i giuristi non potevano, né in definitiva volevano, rendersi di volta in volta conto: si pensi alle condizioni personali delle parti, per fare un esempio, l'impossibilità soggettiva, ma oggettivamente irrilevante, del debitore di adempiere ad un'obbligazione, la quale può indurre il giudice a scegliere una *sententia* che riconosca, a monte del problema dell'inadempimento, l'inesistenza dell'obbligazione stessa. E, del resto, questo modo di procedere del giudice privato era omologo, entro certi limiti, a quello seguito dai *prudentes*, quando, nel sistema aperto del *ius controversum*, procedevano sulla base di parametri politico-legislativi.

Il modello che si è cosù, nelle grandi linee, tratteggiato per l'operatività di una giustizia civile non è tale che possa ovunque funzionare: esso

nasce, infatti, in base a determinati presupposti, difficilmente realizzabili all'infuori dell'esperienza romana in epoca repubblicana, e che più o meno fedelmente si conservano nel principato (ma, per l'inerzia, un sistema — una volta instaurato — può durare, più o meno a lungo, anche quando i presupposti per la sua nascita siano già da tempo superati). Tale sistema riguardava poi la prassi metropolitana, dove si attuava all'interno di una più o meno ristretta «élite» sociale, percorsa — al di là dei contrasti individuali d'interesse — da un forte senso di solidarietà, e quindi in sostanza in un'aristocrazia (anche se non è vero il contrario, vale a dire che sia sufficiente l'esistenza di un siffatto «background», perché il sistema s'inverni).

L'impostazione aristocratica rileva, poi, specificamente su alcuni aspetti, probabilmente non coscientemente voluti ma coesenziali al modello. Molto importante era, da codesto punto di vista, il consenso sociale all'interno del ceto interessato — che sarà nel principato tendenzialmente formalizzato più che totalmente sostituito dall'intervento del princeps attraverso la concessione del *ius respondendi* — nell'individuazione di coloro che erano legittimati, come *iuris prudentes*, a *iura condere*, vale a dire a formulare, nell'ambito del *ius controversum*, i modelli di valutazione che debbono, eventualmente in modo alternativo, esser adottati dal giudice. Tale consenso riguarda, del resto, anche coloro che erano chiamati a giudicare in fatto ed a scegliere, in diritto, fra le *sententiae prudentium*. Al consenso sociale, che si materializzava a partire dalla fine della repubblica, nell'iscrizione nell'*album iudicum*: poteva sostituirsi, e ben lo si comprende, la scelta comune dei soggetti interessati; ma se le parti non si trovassero d'accordo sulla scelta dovevano accettare di essere giudicati da un *iudex privatus*, sorteggiato fra coloro che, iscritti a tale *album* godevano però del consenso del ceto di governo (e prima del funzionamento dell'*album*, non sappiamo come si superasse l'«impasse» delle parti che non riuscivano a mettersi d'accordo sul nome del *iudex* stesso).

Un siffatto funzionamento presuppone, dunque, un controllo sociale possibile soltanto allorché si eserciti in un ambito ristretto ed una sostanziale solidarietà — e quindi l'assenza di tensioni insanabili — l'interno del ceto cui il sistema si riferisce (si pensi, per un contrasto, alle giurie delle *quaestiones* nel gioco delle rivalità fra senatori e cavalieri). Sul piano oggettivo, ciò si correla, poi, alla necessità che la quantità di affari giudiziari sia notevolmente limitata: nella Roma del principato (per non risalire a quella repubblicana, dove i rapporti numerici sono ancora più favorevoli), per le cause importanti (ma, *ratione materiae*, anche in affari che, seppur di notevole interesse oggettivo, hanno una non imponente ricaduta economica), il pretore urbano è praticamente l'unico organo giurisdizionale

competente per tutta l'Italia (le competenze del *praefectus urbi* non incidono così profondamente sul primo grado di giurisdizione, e le giurisdizioni dei vari pretori speciali alleviano sì il lavoro del pretore urbano, ma, dall'angolo visuale qui prescelto, non in modo decisivo). Anche a far riferimento al disbrigo di pratiche che, a partire dalla metà del II sec. d.C., possono ritenersi rilevare della giurisdizione dei *consulares* e dei *iuridici*, basterebbe — ai livelli dell'attuale litigiosità, almeno di quella italiana — la sola attività giudiziaria relativa all'*Urbs Roma* a paralizzare l'attività del pretore giurisdicente.

Ciò non dipendeva soltanto dalla ristretta base sociale cui effettivamente era solidale il modello descritto e nella quale erano inseriti, per nascita o cooptazione, i *prudentes*: Al proposito, bisogna tener altresì conto della circostanza che, al livello applicativo, tale base si accresceva almeno dei ceti egemonizzati, a voler prescindere dalle possibili contingenti estensioni del modello stesso. Il tasso di litigiosità doveva, quindi, essere limitato, il che è sicuramente coerente con la minore complessità dell'organizzazione sociale ed economica, ma è ancor più strettamente collegato con la solidarietà del gruppo (nonché col predominio dell'«élite» dominante sui ceti subalterni, che potevano aspirare a partecipare del modello qui discusso): e ciò rendeva più facile la composizione dei conflitti in una fase, se non addirittura pregiuridica, almeno pregiudiziarica.

A questo punto, si può tentare di dare una valutazione complessiva della funzionalità del processo privato, nell'ambito almeno della procedura per *formulas*, anche se sono convinto che la sintesi corra sempre il pericolo di essere storicamente deformante. Dal punto di vista dell'organo che giudicava in concreto, in fatto e in diritto, della controversia, il processo romano tendeva ad assicurare alle parti di essere giudicate da una persona di comune fiducia (dove — al di là delle indebite pressioni dell'uno sull'altro contendente — i privati interessati potevano soltanto *de se queri*, ove quella fiducia si fosse dimostrata mal riposta); o, nel caso non si trovasse un accordo per ciò, da una persona che godeva la fiducia dei ceti dominanti (cui, in definitiva, il processo stesso era tendenzialmente indirizzato), fiducia personalizzata e di cui — in quanto doveva essere permanente — il controllo era continuo (onde non si poteva pensare a scelte irrettabili e dipendenti da fatti burocratici).

Al di là di tali aspetti, e proprio perché l'organo giudicante era in definitiva subordinato soltanto alla volontà delle parti, non era una caratteristica essenziale dell'organizzazione del giudizio la garanzia che, per quanto possibile, nel giudizio stesso si raggiungesse, in relazione all'accertamento del fatto, una — sempre aleatoria, se non nell'illusione degli

sciocchi o del volgo — «verità» o, sul piano del diritto, l'esatta soluzione giuridica, categoria che, fra l'altro, non poteva avere ingresso nel sistema romano caratterizzato dal *ius controversum*. È solo attraverso l'organizzazione — sempre più burocratizzata — dell'impero, sotto l'influsso delle spinte ideologiche (si pensi soltanto all'ingombrante presenza del *princeps*, quale simbolo, oltre che senz'altro fattore, di una pace e di una tranquillità sociali, di cui era divenuto urgente il bisogno dopo le vicende della crisi della repubblica) e delle necessità pratiche che si manifestavano in un contesto che stava cambiando, anche e soprattutto sotto il profilo della strutturazione della società) che si modifica, più o meno profondamente, l'approccio al processo. Anche dopo l'estensione dell'istituto dell'appello ai processi formulari, estensione avvenuta abbastanza per tempo (e sicuramente generalizzata nella prima metà del II sec. d.C.), non vengono però di certo meno, per la nota vischiosità dei fenomeni sociogiuridici, le caratteristiche essenziali dell'organizzazione del diritto e della giustizia che si rispecchiavano nelle strutture fondamentali del processo formulare, ché, anzi, se ne può rilevare l'ultrattività fino al tardoantico.

Il diritto applicato nel processo non era creato dal giudice, che, al massimo, sceglieva fra le varie *sententiae* individuate dai *prudentes*, in astratto od in concreto, nell'ambito del *ius controversum*. Da questo punto di vista, i giuristi offrivano — per i casi che potevano apparire dubbi (e che, talora, lo diventavano, entrando a far parte del *ius controversum* stesso, proprio perché un giurista avanzava soluzioni innovative che venivano a coesistere ed a confliggere con quelle precedentemente recepite) — un quadro di soluzioni alternative anche e soprattutto al livello della portata pratica (né il giudice era evidentemente interessato alla diversa motivazione teorica di un identico risultato pratico: del resto, alla pari delle *sententiae iudicum*, almeno i *responsa prudentium* non davano normalmente spazio a motivazioni), entro le quali era lasciato al giudice privato di scegliere.

Su questa situazione, a parte la rilevanza di fenomeni che non sappiamo quanto fossero marginali e fin dove diversamente strutturati (mi riferisco al tribunale dei *decemviri litibus iudicandis* e soprattutto dei *centumviri*), viene indubbiamente ad incidere, agli inizi del principato, la formazione della *cognitio extra ordinem*. Questo processo fu, senz'altro rapido, anche se nella realtà metropolitana rimase tendenzialmente marginale: e non è possibile, al di là dei cenni già fatti, aprire qui il discorso sulla giurisdizione provinciale *inter cives Romanos*, dove rapidamente degenerò il modello — non si sa fin quanto e fin dove diffuso nelle province stesse — del processo formulare.

Nella *cognitio* di primo grado il *munus iudicandi* era affidato a magistrati inseriti nel *cursus honorum* della costituzione repubblicana ed eventualmente a funzionari imperiali. E, rispetto ai problemi qui discussi, da tali *cognitiones* bisogna tener separata la giurisdizione d'appello esercitata personalmente dal *princeps*, che funzionava, con molta probabilità, in modo diverso da quella affidata a funzionari in base ad una delega del *princeps* stesso, tenendo conto di quanto si dice già in Gai. 1. 5 sul fatto che mai si pose in dubbio, per le decisioni dell'imperatore, *quin legis vicem optineat*. Si tratta qui di un' *'aúxesiš'* tanto evidente quanto sopravvalutata dai normativisti che ancora fra di noi allignano, ma sicuramente, nell'ambito del *ius controversum* (dove l'imperatore interagiva con i suoi provvedimenti particolari, dalle *epistulae* ai *rescripta* ed ai *decreta*), il *princeps* stesso come organo giudicante era altresì competente a fissare, nonché a creare, il diritto vigente: quella competenza, che egli rafforzava nei *prudentes* tramite il *ius respondendi ex auctoritate principis*. Ciò che è difficile riconoscere anche ai più elevati tra i funzionari cui poteva essere delegato il *munus iudicandi* in sede di appello, a partire dal *praefectus praetorio*.

Nella *cognitio extra ordinem* v'era il problema del rapporto del giudice — magistrato o funzionario che fosse, ma comunque investito del *munus iudicandi* dall'imperatore — con il *ius controversum* dei giuristi, e soprattutto la possibilità che si creasse, ad es. per il *praetor fideicommissarius o liberalium causarum*, una dottrina delle corti: il che, del resto, ha una ricaduta — pur nella diversità dei presupposti — anche sulla tematica della giurisdizione provinciale.

Anche qui, le fonti dirette mancano, e si dovrebbe — nei limiti in cui ciò sia praticabile e produttivo — cercare delle attestazioni in via indiretta. A me sembra che, ad un primo approccio, possano evidenziarsi almeno due fatti: non risulta, allo stato delle fonti, che si sia venuta creando, nei casi di *cognitio extra ordinem* urbana, una giurisprudenza delle corti, favorita dalla circostanza della posizione autoritativa dell'organo giudicante (l'*auctoritas rei iudicatae* si svolge soltanto al livello degli effetti attributivi od accertativi della sentenza; e l'*auctoritas rerum similiter iudicatarum* è solo un *'tópos'* dei retori, che non trova ingresso nei giuristi). È significativa al proposito la differenza il fenomeno che si è già accennato avvenire nelle province per quanto concerne il diritto provinciale e, ancor più, i *iura peregrinorum*, mentre — ma il materiale è molto più scarso — nulla di simile sappiamo in relazione ai *iura populi Romani*, quali erano praticati nella prassi metropolitana. Da questo punto di vista, il non formarsi di una giurisprudenza delle corti nella *cognitio* urbana induce a ri-

tenere che lo scenario vi si configurasse in modo tendenzialmente uniforme a quanto avveniva nel processo formulare: e ciò viene, sotto un certo profilo, confermato dal fatto che, anche dopo la scomparsa dei giuristi individualmente operanti, continua ad essere assente una giurisprudenza delle corti in Roma. Questa constatazione e la circostanza che si prosegue, nella seconda metà del III sec. d.C. e per tutto il tardo antico nell'utilizzazione delle opere dei giuristi (che sarebbero in prosieguo di tempo divenute i *iura*, la cui utilizzazione sarebbe stata regolata dalla legge delle citazioni) mostrano come non si fosse venuta a creare in alcun modo una prassi di citare come precedenti le sentenze dei vari organi giudicanti delle *cognitiones* metropolitane, e quindi una giurisprudenza delle corti.

Sotto un diverso profilo, ma qui si dovrebbe procedere ad una più puntuale analisi (anche in comparazione con i modi di esprimersi della cancelleria imperiale), non sembra che le formule con cui i giuristi esprimono le loro *sententiae* presentino delle variazioni a seconda che essi si presentino come i *iuris conditores* operanti, all'interno dei *iura populi Romani*, nell'ambito del processo formulare o diano pareri che debbano essere fatti valere in materie e/o presso giudici della *cognitio extra ordinem*: nel che sarebbe ulteriormente interessante prospettarsi la possibilità di una variazione ulteriore, in funzione dell'eventualità che, su materie regolare dal *ius civile* e dal *ius honorarium*, il *responsum* dovesse — o potesse eventualmente anche — essere prodotto in giudizi che si svolgessero nelle forme della *cognitio*: si pensi, all'interno dell'opera di Q. Cervidio Scevola, ai *responsa* che riguardano cittadini romani residenti in provincia, dove, alla fine del II sec. d.C., il processo formulare doveva essere soltanto un lontano ricordo.

In sostanza, nelle *cognitiones*, perdurava il modello che era nato nel rapporto tendenzialmente trilatero — dopo la bipartizione strutturale del processo, sicuramente predecemvirale — fra *pontifices*, magistrati e *iudices privati*, modello che avrebbe continuato a funzionare, quando i prudentes laici vennero a sostituirsi ai *pontifices*, e che sarebbe rimasto in opera anche nel tardo antico, ed ancora quando, con la legge delle citazioni, le *sententiae* dei giuristi — come tribunale dei morti — vincolavano ancora, a fronte di un' indefinita possibilità di scelte, i giudici, ormai organi autoritativi dello stato, nei limiti in cui tali *sententiae* dal giudice stesso fossero conosciute (e poi in quelli ulteriori fissati dal provvedimento di Valentiniano III).

Non ho finora parlato del diritto e del processo criminale, che — pur di attualità così scottante, almeno nel mio paese (l'unico che conosco abbastanza per poterne parlare) — rappresentano un argomento a sé stante, cui

qui si può soltanto accennare. Nella categoria della repressione criminale ovviamente riconduco — secondo una vecchia tradizione — il procedimento giudiziario di natura pubblicistica che riguarda, in qualsiasi modo ciò accada, la repressione di atti illeciti particolarmente gravi — secondo la valutazione del momento — mediante l'imposizione di una sanzione pecuniariamente o fisicamente afflittiva (a prescindere dalle *poenae existimationis*). Può, al proposito, colpire come sia poco profilato, nel periodo repubblicano almeno sino alle *leges Corneliae* che definitivamente regolarono le *quaestiones perpetuae*, l'aspetto del processo criminale, ed anche lo stesso diritto criminale sostanziale, dopo che, a partire dalle XII Tavole — ma forse anche prima — si cominciò a distinguere, in modo progressivamente sempre più netto, fra quelli che sarebbero diventati i *delicta* e quelli che invece avrebbero costituito i *crimina*.

Su questo dato influisce sicuramente la circostanza che, nel diritto repubblicano e per lungo tempo anche nel periodo imperiale, una serie di illeciti che — secondo il modo di vedere di noi moderni, a parte le «depenalizzazioni» che qua e là attualmente fioriscono — rilevano del processo penale, come processo pubblico, rientravano invece, a cominciare dal furto, fra i *delicta* del diritto privato quali fonti di *obligationes ex delicto*, fatte valere nelle forme dal processo privato prima nelle procedura delle *legis actiones* e poi nell'*agere per concepta verba*, e da codesto punto di vista erano sottoposti ad una disciplina completamente tecnicizzata dal punto di vista della sistematica giuridica.

Sotto quest'ultimo profilo, quanto più colpisce è la scarsa «giuridicizzazione» di un contesto, come quello del diritto e del processo criminale che, nell'omologa fenomenologia dei nostri tempi, è, almeno sulla carta o nelle intenzioni più o meno sincere del legislatore (e impregiudicati i comportamenti dei giudici), caratterizzato — si può dire in tutti i paesi civili — dal grado più di elevato di «giuridicizzazione», a garanzia sostanziale e processuale degli imputati. Nel sistema, invece, che s'instaura con le *leges de provocatione*, la garanzia «processuale», quella dell'autorizzazione del comizio alla sanzione inflitta dal magistrato, dipende soltanto dall'iniziativa di colui che si sente colpito dalla sanzione che gli vorrebbe infliggere il magistrato stesso, e può concretamente andare incontro a non irrilevanti difficoltà di attuazione, sul piano sociale e politico, cui, su quello del diritto, non si riusciva o si aveva interesse a non ovviare. D'altro canto, a fronte di una sostanziale atipicità degli illeciti criminali (e della conseguente discrezionalità del magistrato procedente: *perduellio*, diceva Theodor Mommsen, è quello che i tribuni riescono a convincere i comizi che sia *perduellio*), l'organo giudicante, il comizio, è un organo squisitamente politi-

co, alla pari di quello che, in quanto magistrato (nel senso romano del termine), ha la legittimazione ad accusare che gli spetta in conversione di un originario autonomo potere d'infliggere la sanzione.

In definitiva il diritto ed il processo criminale si situano al di fuori di quello che per i romani è praticamente il *ius civile*, come *ius dei cives* o della *civitas*, il quale s'identifica con la disciplina dei rapporti privatistici, nei quali ultimi rientrano, come ho detto poc'anzi, anche le figure dei *delicta privata*, dirette a sanzionare illeciti che — almeno al livello delle denominazione delle relative azioni private (*actiones poenales*) — i romani stessi definivano penali. Quali che siano state le successive vicende semantiche, la *poena* è anzitutto riscatto dalla vendetta privata, la radice ultima di tutto il diritto penale — in senso moderno — che riguarda gli interessi dei privati, come la tutela della comunità politicamente organizzata sta alla base delle norme sanzionatrici che, per i romani, rientravano nei *crimina*, la cui punizione rappresentava uno scopo altamente politico, strettamente connesse con una valutazione che può esser fatta per l'appunto soltanto in sede politica.

Nell'evoluzione storica che porta ad una instaurare un processo criminale, la cui struttura è più o meno incisivamente separata dalla generale organizzazione dello stato, non s'innova decisamente però sulla caratterizzazione politica del processo criminale sia sotto il profilo della disponibilità dell'accusa, sia sotto quello della natura dell'organo giudicante. In definitiva, le giurie quali si affermano nelle *quaestiones* sono, come tutti gli organi giudicanti del genere, soltanto rappresentanti di chi detenga il potere, sia il popolo sovrano, il δῆμος ὁ τῶν Ἀθηναίων (che signore dei tribunali, diceva Aristotele, era signore dello stato), sia un più ristretto ceto oligarchico, come avveniva in Roma, dove — al di là di vicende legate ad una contingente lotta per il potere, che passava anche attraverso il controllo dei tribunali criminali — le *quaestiones* composte da senatori e/o cavalieri non facevano altro che rappresentare, talora in modo partigiano e fazioso, le classi politicamente dominanti, che del resto avevano la maggioranza nei *comitiva centuriata* competenti, secondo le più antiche forme procedurali, a giudicare, se necessario, de *capite civis*.

Quanto colpisce nel sistema delle *quaestiones perpetuae* è l'adozione del modello democratico, in astratto almeno, dei giudizi ad accusa popolare, tipico dell'Atene del V e del IV sec. a.C. Quali che ne fossero le ragioni, bisogna sottolineare, dal nostro punto di vista, come l'accusa — quando non fosse meramente privata (e sul punto giocano senz'altro le origini del processo delle *quaestiones*, che riguardavano una fattispecie, le *repetundae*, in cui si perseguiva sostanzialmente una restaurazione patrimoniale) —

restasse un fatto rilevante in definitiva dal contesto socio-politico, anche se di esso l'organizzazione della comunità in quanto tale si disinteressava. Nulla è di più lontano dal mondo romano, e da quello antico in generale, dello squallido *idolum fori* dell'obbligatorietà dell'azione penale, di cui tanto ipocritamente ci si fa scudo in certe discussioni correnti nel mondo politico e giudiziario dell'Italia di oggi.

Per concludere: il mondo romano non ha mai conosciuto, come tutto il mondo antico, se non una concezione della repressione criminale, tutto sommato, finalizzata — in un modo o nell'altro — a fini politici, sia che la legittimazione ad accusare fosse attribuita agli organi dello stato, che l'esercitano dove e quando l'avessero ritenuto più opportuno, sia che fosse addirittura rimessa alla sensibilità della coscienza sociale, rappresentata dal *quivis de populo* o dal βουλόμενος, sotto la quale sensibilità si può nascondere ogni cosa.

Se, da un certo punto di vista, il diritto criminale può essere considerato, a fronte dell'illimitato potere repressivo degli organi dello stato (si pensi alla *coercitio* del magistrato romano, anche se corretta dal *ius provocationis*), una garanzia per i consociati, come accadeva nella rigorosa «legalità» delle fattispecie criminose nel sistema delle *quaestiones perpetuae*, bisogna tener presente che — possa o meno piacere alle nostre ideologie — il processo criminale altro non è che un *instrumentum regni*. È un nefasto effetto della commistione fra il diritto ed una morale, fra l'altro, assolutista, che connota essenzialmente ogni religione monoteista nell'integrità del modello (commistione introdotta nella nostra cultura dal cristianesimo, che ha contribuito a farla perpetuare sino ai nostri giorni) una concezione che attribuisca una funzione retributiva al diritto penale, se concepita come valore essenziale ed a sé stante (che, almeno nel mio paese, giustifica, sotto un diverso profilo, l'ipocrisia dell'obbligatorietà dell'azione penale), e non come un modo — valido ad una stregua astratta alla pari di altri, come, ad es., la vendetta — per placare il turbamento sociale.

Nel mondo romano, per fortuna, di queste concezioni e di queste ipocrisie non si faceva troppo sfoggio, forse perché non sarebbero state neppure comprese o sarebbero, addirittura, risultate controproducenti. Al di là delle considerazioni che forse un po' «hors-d'oeuvre», che si sono fatte, perché vengono spontanee allo storico non disattento alle miserie del presente, ci si deve porre il problema di che cosa possa aver rappresentato l'indubbia «Beschäftigung» dei giuristi romani, almeno a partire dal primo principato, con la legislazione criminale, non solo nelle forme dell'*ordo iudiciorum publicorum*, dove la contiguità con l'*ordo iudiciorum privatorum* poteva fornirne uno spunto (si pensi soltanto alla comunanza di disposi-

zioni fra le due *leges Iuliae iudiciariae*, sul piano del «Prozeßrecht», se non dell'«Aktionenrecht», del resto tendenzialmente estraneo all'una ed all'altra), ma anche della *cognitio extra ordinem*.

Come potevano, però, influire sul concreto modo di operare delle *quaestiones* e della *cognitio* i pareri dei giuristi? Stante il modo di funzionamento delle *quaestiones*, un concreto influsso sembrerebbe in esse più difficile, anche nel funzionamento fisiologico della procedura. Anche a tenere nel debito conto la circostanza che i membri della *quaestio* erano tratti dall'*album iudicium*, donde — nel caso di mancato accordo — erano altresì sorteggiati i *iudices privati* nell'*ordo iudiciorum privatorum*, e che quindi si trattava delle medesime persone che, in quest'ultima veste, erano i destinatari dei *responsa* ed i fruitori delle *sententiae prudentium*, la diversa struttura del processo rendeva senz'altro meno facilmente operante nei *iudicia publica* la competenza dei giuristi all'individuazione del diritto vigente: ammesso che, alla pari dei *iudices privati*, le giurie delle *quaestiones* fossero, istituzionalmente (ma di una normativa espressa al proposito si può legittimamente dubitare) o nella consapevolezza sociale e nell'ideologia che la sottendeva, tenuti a seguire i *responsa* — se non le *sententiae — prudentium*.

A dir il vero, non risultano neppure — se non mi ricordo male (ma bisognerebbe procedere ad una più accurata, e finalizzata, ricerca al proposito) — tracce di attività *rispondente*, sollecitata dall'accusato o dall'accusatore, di giuristi muniti o meno di *ius respondendi* in relazione ad un processo che si dovesse svolgere dinanzi ad una *quaestio* (ma anche davanti ad un organo monocratico, competente *extra ordinem* in materia criminale, mentre non mancano le attestazioni per l'intervento, in via casistica, del *princeps*, soprattutto in forma di *epistulae* dirette agli organi giudiziari competenti per la repressione criminale. In definitiva, l'impressione che si può ricavare da un primo approccio, tutto da approfondire, a codesta tematica è che, nei processi dinanzi alle *quaestiones* (come forse anche per le cause ereditarie giudicate dai *centumviri*, benché la singola *hasta* contasse solo di dieci giudici), valessero di più le ragioni che potevano esser portate sul piano della retorica e della sensibilità dei giudici sul piano dell'etica, individuale e sociale, non che — ancora più importanti — su quello della politica, per non parlare dalle considerazioni di carattere personale, o di classe (si pensi ai processi *de repetundis*), che, con forza senz'altro molto minore di quanto non accadesse in Atene, dovevano avere il loro peso pur davanti ai collegi romani giudicanti in materia criminale. I ragionamenti di tipo tecnico-giuridico, che i retori potevano prendere a prestito dai giuristi, erano qui, con tutte le

differenze dovute alla diversità dello scenario complessivo, più a livello delle *πίσταις ἄτεχνοι* di Aristotele, che della valenza che essi avevano nel luogo dal quale venivano presi.

Ma, nell'impero, le giurie delle *quaestiones*, l'*ordo iudiciorum publicorum*, ebbero a subire, a favore della *cognitio*, un declino molto più rapido di quanto non accadesse con le forme dell'*ordo iudiciorum privatorum*. Dinanzi al magistrato o funzionario (e tralascio qui i processi senatori, da cui sarebbe in un certo senso metodologicamente scorretto trarre illazioni generalizzanti per il carattere squisitamente politico della repressione criminale, e quindi al di fuori del diritto almeno com'è inteso all'interno dei rapporti privatistici), con una sorta di chiasmo (dato che si potrebbe pensare che alla *cognitio* del periodo imperiale, coesa al potere che diventava sempre più assoluto del *princeps*, fosse connaturale una maggiore discrezionalità dell'organo giudicante), l'avvento della *cognitio* stessa creava le condizioni per una più incisiva presenza del ragionamento giuridico nelle *rationes decidendi* a base dei provvedimenti presi nella giurisdizione criminale. E, d'altro lato, è proprio nel rapporto gerarchico tra i singoli funzionari (e, si direbbe, in via di gerarchia impropria anche i magistrati giudicanti *extra ordinem*) e l'imperatore che si può trovare una delle radici della tecnicizzazione delle *rationes decidendi*, ché — a seguire le *sententiae prudentium* — i giudicanti potevano, se del caso, meglio difendersi da accuse di aver arbitrariamente esercitato il loro potere di repressione criminale.

Lasciando da parte, perché praticamente inconoscibile, la prassi concreta, di cui non abbiamo tracce consistenti, se non in procedure dal rilevante «output» politico, il quale, a prescindere dalla rilevabilità di motivi tecnico-giuridici, affetta altresì quegli atti processuali, di sempre dubbia attendibilità, che sono gli *acta martyrum*, a stare alle opere dei giuristi sembrerebbe che i fattori tendenti ad una «giuridicizzazione» abbiano avuto qualche influenza, almeno al di fuori dei processi politici, dove è addirittura la proponibilità di considerazioni tecnico-giuridiche ad essere praticamente in discussione. D'altro canto, in prevalenza noi possiamo venire a conoscenza, in questi casi, soltanto del modo in cui i giuristi si ponevano di fronte alle fattispecie criminalmente rilevanti: ed un punto che si dovrebbe, forse, valutare al proposito è in quali limiti si avesse, al proposito, un *ius controversum*. Al proposito, si porrebbe, d'altronde, il problema di quale fosse lo scopo perseguito dai giuristi tardo-classici con le loro trattazioni sui *crimina* e sui *iudicia publica*, soprattutto nel rapporto con la concreta prassi della repressione criminale: tenendo, ad es., conto del fatto che il *De officio proconsulis* di Ulpiano, dove a questa materia è fatto tanto spazio, è stato definito una sorta di manuale per il governatore

provinciale, quale prospettiva potevano avere gli autori di simili opere rispetto alla concreta prassi dei singoli funzionari? Manca, del resto, una specifica analisi, più o meno sofisticata, per vedere se, eventualmente, dalle opere dei *prudentes* si possa ricavare qualcosa in merito al concreto andamento della prassi della giurisdizione criminale. Il fatto si è che, tendenzialmente, nel mondo romano manca l'idea che il giudice elabori autonomamente il diritto, mentre è solidamente diffusa quella che, sovrano nel giudicare del fatto, in punto di diritto egli debba, di norma, seguire l'opinione dei giuristi al proposito, anche nell'alternativa fra le *sententiae* formulate nel *ius controversum*, a meno che, come nel processo delle *quaestiones*, la decisione dipendesse dalla votazione di un gremio di giudicanti tanto numeroso da impedire che gli stessi si sentissero individualmente responsabili della sentenza adottata dal collettivo.

Dal tardo antico ad oggi, molto tempo è passato, ed ancora di più dall' $\alpha\kappa\mu\eta$ del processo formulare, in cui, per quanto riguarda gli aspetti privatistici qui privilegiati, il modello del rapporto fra giurista e giudice che si è qui descritto ha raggiunto i suoi fastigi più alti. Riandare gli sviluppi nell'età di mezzo, nella quale si sono maturati — con le differenze, non fondamentali, di volta in volta rilevanti — i presupposti per l'amministrazione della giustizia com'è attualmente praticato nell'Europa continentale, nei paesi di tradizione romanistica, non è questo il luogo neppure per accennare.

Il modello romano era solidale ad una struttura profondamente aristocratica della società, in cui, all'interno del ceto dominante, nel cui seno era sorta la *scientia iuris* come particolare modo di essere del diritto, che ne contrassegnava profondamente anche l'applicazione. Nell'aristocrazia romana erano sicuramente vitali, fra i tre valori assunti a simbolo della rivoluzione liberale nel 1789, l'«égalité» e, sotto un certo profilo, anche la «liberté» (su cui andava ad incidere senz'altro, nel principato, il potere imperiale, che non ha mai tentato, però, di sovvertirla, pur ponendole i limiti necessari alla diversa ideologia che ispirava il modello dello stato assoluto), valori che del resto connotano tutte le aristocrazie della storia. Nei modi in cui sorge nell'età repubblicana il diritto come *scientia iuris* è strettamente collegato, anzi condizionato da questi valori, che trovavano la loro completa '*entelecheía*' in siffatti contesti, dove le ridotte dimensioni del ceto sociale ne favorivano l'omogeneità, *humus* essenziale per la loro esistenza.

Il problema politico che si è cominciato a porre con la rivoluzione liberale, e che non è stato finora risolto, è quello del modo in cui questi valori possano funzionare in una società egualitaria e di massa, modello che è

divenuto prevalente, dopo che gli sviluppi cominciati nella Francia del 1789 hanno portato ad estenderli, dapprima con molta prudenza, a nuovi ceti sociali. Ed è un problema che riguarda non soltanto la politica, ma il diritto, se la vicenda romana per l'innanzi rapidamente tratteggiata può darci qualche ammonimento.

Il diritto ed il processo come modulo per risolvere i conflitti interindividuali e sociali all'interno di una società sta passando — ed io parlo, come ho già detto, soprattutto per l'Italia — un momento di particolare crisi, stretto tra forme che risalgono ad origini, rispetto alle quali, si è avuta una profonda eterogenesi di funzione ed il pericolo di scadere in un ottuso ed inefficiente legalismo, che sarebbe assai triste doversi riconoscere come unico modo d'intendere il diritto stesso in società sempre più complesse e percorse fra l'altro da irrisolte tensioni, e dove, al di là dei proclami, prevale comunque un'impostazione egoistica che, memore solo dei diritti e mai dei doveri, funge — con molti altri — da moltiplicatore dei conflitti sociali che vengono poi portati all'attenzione dei giudici, i quali, partendo dalla divisione delle funzioni e/o dei poteri dello stato moderno, tendono, almeno in Italia, ad affermare, nella società e nello stato, una repubblica dei giudici (per dirla con Aristotele, la corporazione dei giudici, signora dei tribunali, è signora dello stato): dopo quella dei filosofi o dei teologi, la repubblica dei giudici, privi di qualsiasi legittimazione politica e sottratti — nel sistema italiano, che privilegia un controllo meramente corporativo — a qualsiasi genere di responsabilità, è la peggiore tra le forme di stato immaginabili.

La storia di un modello non può, di certo, farcene scoprire di nuovi, ma può istruirci sui limiti dello stesso e sulle ragioni delle disfunzioni cui esso va ora incontro, può in definitiva impedire nuovi errori. È indubbio che si tratta di un campo dove l'umanità è confrontata da una grande sfida, che affaticherà per non poco tempo le generazioni avvenire, e di cui, per il momento, non è facile prevedere l'esito, se non si vuole cedere al pessimismo, come di sua natura sarebbe portato a fare chi vi parla.

