

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Urbino Carlo Bo

Saggi



CONSTITUTIO E COSTITUZIONE

Giuseppe Giliberti

Abstract

[*Constitutio and Constitution*] The term ‘*constitutio*’, occurring for the first time in Cicero’s Republic in connection with political institutions, cannot be simply translated into ‘*constitution*’. Many scholars hold indeed that Rome was a “city without a constitution”. Nevertheless, magistrates, assemblies and the Senate were expected to operate on the basis of legal rules, produced by costumes, ‘*constitutional conventions*’ and legislation. Some of these rules were paramount principles and norms which were theoretically unchangeable. They may be considered as the real ‘*constitutional Roman law*’. But one has always to bear in mind that their interpretation was influenced by political contingency and depended on the ‘*examples*’ of the ancestors and of the major politicians of the past.

Key Words :

Constitutio, Constitution, Roman law, Cicero.

Vol. 1 (2014)





Constitutio e costituzione

Giuseppe Giliberti*

1. *Populus, civitas, Res publica*

Il verbo *constituere* – da *cum* e *statuo* – rende il concetto di ‘collocare qualcosa in una posizione stabile’¹, quindi anche fissare una sede², edificare³, convenire⁴, porre in essere una norma⁵. Si può usare per un accordo privato⁶, un trattato⁷, una legge⁸, o per l’ordinamento giuridico nel suo complesso⁹. “*Constituere rem publicam*” indica la creazione, il consolidamento o la riforma di uno stabile assetto politico-giuridico¹⁰. Una *civitas* può dirsi “*constituta*” quando sia dotata di istituzioni più o meno stabili¹¹, in grado di funzionare e creare consenso¹². Da *constituere* deriva *constitutio*, che è la forma stabile di un corpo¹³, e quindi l’ordinamento in tutte le sue accezioni, compresa quella di ordinamento giuridico vigente¹⁴. Analogo è il senso di *instituere*¹⁵. Invece, *status civitatis* – ovvero *status rei publicae* – è il risultato di quest’attività costituente, l’assetto politico-giuridico che deriva dal *constituere*¹⁶.

* Giuseppe Giliberti è professore ordinario di Fondamenti del Diritto Europeo, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Urbino Carlo Bo. Il presente contributo intende aprire una riflessione sul costituzionalismo antico e la sua influenza su quello moderno.

¹ Cfr. M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna 1994, p. 11 ss.

² Cic., *Rep.*, 1.26.41; *Att.*, 16.10.

³ Caes., *B. C.*, 1.15.

⁴ Cic., *Verr.*, 4.27.

⁵ Gai., 1.1.3: “*Lex est quod populus iubet atque constituit*”; 1.1.4: “*Senatusconsultum est quod senatus iubet atque constituit*”.

⁶ Cic., *Fin.*, 5.1.

⁷ Cic., *Amer.*, 22.

⁸ Cic., *Caec.*, 40.

⁹ Cic., *Leg.*, 1.18; D. 1.2.2.11 (Pomp. *l. s. enchir.*): “*viae iuris constituendi*”.

¹⁰ Cic., *Rep.*, 2.38.64; Nep., *Att.*, 12: “*Triumvir rei publicae constituendae*”; D.1.2.2.4 (Pomp. *l. s. enchir.*) parla di “*civitatem legibus fundare*”.

¹¹ Cic., *Leg.*, 3.5.12. “*Quae res cum sapientissime moderatissimeque constituta esset a maioribus nostris*”; *Rep.*, 2.38: “*Laudavisse mihi videris nostram rem publicam, cum ex te non de nostra, sed de omni re publica quaesisset Laelius. Nec tamen didici ex oratione tua, istam ipsam rem publicam, quam laudas, qua disciplina, quibus moribus aut legibus constituere vel conservare possimus*”.

¹² Cic., *Rep.*, 1.32.49: nella fase patrizia, la struttura politica della Repubblica (*status civitatis*) non riuscì mai a consolidarsi (*constare*), poiché discriminava i plebei.

¹³ “*Firma constitutio corporis*” (Cic., *Off.*, 3.33.117) equivale a “sana e robusta costituzione”.

¹⁴ Quintil., 7.4: “4. *Defensio longe potentissima est qua ipsum factum quod obicitur dicimus honestum esse... 5. Iustum omne continetur natura vel constitutione... 6. Constitutio est in lege, more, iudicato, pacto*”.

¹⁵ Cic., *Rep.*, 2.1.4: “*institutae reipublicae... exordium*”.

¹⁶ Cic., *Leg.*, 2.16.30; D. 1.1.2 (Ulp. 1 *inst.*): “*status rei Romanae*”.

Nel *De Republica*, composto fra il 54 e il 51 a.C. sul modello della *Politeia* platonica, Cicerone parla per la prima volta di *constitutio*, riferendosi alle istituzioni, ovvero all'ordinamento politico-giuridico. Sembra voler tradurre, in questo modo, il greco *politeia*, vocabolo che indica - secondo il contesto - l'insieme dei cittadini, il diritto di cittadinanza, l'assetto politico (soprattutto quello repubblicano moderato), la costituzione¹⁷.

Cic., *Rep.*, 1.25.39: *Est igitur - inquit Africanus - res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus...*

Cicerone parte dalla celebre *definitio* della *Res publica* come “*res populi*”, attribuita all'Africano. Per popolo non s'intende un generico gruppo umano, aggregato in un modo qualsiasi, bensì una vasta popolazione, consociata sulla base di leggi condivise ed interessi comuni¹⁸. Poiché gli uomini sono dotati di una sorta di istinto sociale, ed oltretutto sono deboli, è naturale che essi tendano ad associarsi in una *res publica*. I primi due passi per la creazione di una comunità politica sono che si ponga in essere un patto sociale, e che il popolo si stabilisca in un territorio, dando vita ad un centro urbano, cioè un aggregato di case con spazi ed edifici comuni (*oppidum* oppure *urbs*), in cui risiedere. A questo punto, il popolo deve dotarsi di una stabile struttura politico-istituzionale.

Cic., *Rep.*, 1.26.41: *...Omnis ergo populus, qui est talis coetus multitudinis qualem exposui, omnis civitas, quae est constitutio populi, omnis res publica, quae ut dixi populi res est, consilio quodam regenda est, ut diuturna sit. Id autem consilium primum semper ad eam causam referendum est quae causa genuit civitatem. Deinde aut uni tribuendum est, aut delectis quibusdam, aut suscipiendum est multitudini atque omnibus.*

Per durare, ogni *populus* (che è un gruppo umano avente le caratteristiche precedentemente descritte), ogni *civitas* (che è un popolo che si è dato un assetto politico), ogni *res publica* (che, come si è detto, è la comunità politica in cui il popolo è sovrano), deve prevedere un potere di governo. Questo potere di governo supremo dev'essere sempre funzionale al principio ordinatore che ha prodotto la *civitas*. Perciò, esso va attribuito a uno solo, ad un'élite, oppure dev'essere esercitato da tutti indistintamente.

Il ragionamento non è semplice da seguire, sia perché il testo è lacunoso, sia perché generalmente *civitas*, *populus* e *res publica* vengono usati senza una rigorosa distinzione. *Populus* è spesso sinonimo di comizi centuriati, cioè di quella parte del popolo che esercita i diritti politici ed è titolare della sovranità (*summa potestas omnium rerum*)¹⁹. Il popolo si identifica anche con la comunità politica indipendente (*civitas*)²⁰ e con la *Res publica*. Nella formula censoria di convocazione della popolazione, compare

¹⁷ Si veda anche Cic., *Rep.*, 1.26.41; 1.45.69; 2.21.37; 2.31.53; TLL., s.v. *Constitutio*, col. 525 ss.; E. Forcellini, *Lexicon totius latinitatis*, s.v. *Constitutio*, Patavii 1940, p. 817. Sul pensiero politico di Cicerone, cfr. in generale L. Perelli, *Il pensiero politico di Cicerone*, Firenze 1990.

¹⁸ Si veda anche Cic., *Rep.*, 1.32.49: “*quid est enim civitas nisi iuris societas?*”. Cfr. L. Peppe, s.v. “*Popolo (Diritto romano)*”, in ED., vol. 34, Milano 1985, p. 315 ss.; G. Mancuso, *Sulla definizione ciceroniana dello Stato*, in AA.VV., *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, vol. II, Napoli 1984, p. 609 ss.

¹⁹ *Populus* originariamente indicava l'esercito, e quindi l'assemblea del popolo in armi derivante dalla riforma serviana. Cfr. F. De Martino, *Storia della Costituzione Romana*, II ed., vol. I, Napoli 1972, p. 187 ss.

²⁰ Cic., *De har. resp.*, 6.11: “*populus Romanus, cuius est summa potestas omnium rerum*”; *Rep.*, 6.3: “*concilia coetusque hominum iure sociati, quae civitates appellantur*”.

l'espressione "*populo Romano Quiritium rei publicae populi Romani*"²¹, che sembra esprimere *ad abundantiam* lo stesso concetto. Quest'equivalenza ("*populus Romanus Quiritium*", alternato a "*res publica Quiritium*") appare altrettanto evidente nella formula pontificale della *devotio*²².

Verosimilmente, l'espressione *res publica*²³ fu intesa, in origine, per indicare il patrimonio pubblico²⁴ e, per metonimia, il popolo stesso, soprattutto se organizzato in comunità politica libera (quindi 'repubblicana'). Più avanti, Cicerone dirà enfaticamente che un popolo che disponga della pienezza dell'*ius suum* e sia "padrone delle leggi, dei giudizi, della guerra, della pace, dei trattati, di disporre della vita di ciascuno, del denaro", è propriamente una *res publica*²⁵.

Nel brano in esame vengono colti tre diversi aspetti di una comunità politica libera: la società di cittadini (*populus*)²⁶; la città indipendente e sovrana (*civitas*)²⁷, equivalente della greca *polis*; la repubblica popolare (*res publica*). Nel pensiero politico classico, la teoria delle forme di governo - non distinte dalle forme di Stato²⁸ - doveva in primo luogo rispondere ad un semplice quesito: "chi esercita il potere in ultima istanza"? Monarchia, aristocrazia e democrazia, insieme con le loro combinazioni e le varianti degenerate (tirannide, oligarchia e governo della plebe)²⁹, erano le diverse forme (*status civitatis*) che poteva assumere una comunità politica³⁰. A Roma c'era una *constitutio populi* basata sui valori primari della *libertas* e dell'eguaglianza giuridica (*iura paria*, sancita dalle XII Tavole con la formula "*privilegia ne inroganto*" di Tab. 9.1). Ma la libertà dei Romani era combinata con il riconoscimento della diversa *dignitas* di ciascuno. Mentre l'uguaglianza era pressoché completa nell'ambito privatistico, la partecipazione politica era graduata in proporzione all'autorevolezza sociale, cioè alla consistenza patrimoniale e alle qualità personali proprie o degli antenati³¹. Perciò, la *Res publica* non si poteva considerare una democrazia (*civitas popularis... in qua in populo sunt omnia*)³², e la libertà era un'*aequa libertas*.

²¹ Varr., *L. Lat.*, 6.86; cfr. F. De Martino, *Storia della Costituzione Romana*, vol. I, cit., p. 494 s.

²² Liv., 8.9.4.

²³ Anche *Res Romana*: Verg., *Aen.*, 6.858; Liv., 6.41.8.

²⁴ Ancora i giuristi classici stentavano a concettualizzare sia le cose collettive (le *universitates* dei giustiniane) che le persone giuridiche. Cfr. A. Dell'Oro, *Le cose collettive nel diritto romano*, Milano 1963, p. 197 ss.; R. Orestano, *Il problema delle "persone giuridiche" in diritto romano*, Torino 1968, p. 111 ss.

²⁵ Cic., *Rep.*, 1.32.48.

²⁶ Gli "*universi cives*" di Gai 1.3.

²⁷ Cfr. P. Catalano, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974, p. 155 ss.

²⁸ Cfr. G. Mancuso, *Forma di stato e forma di governo nell'esperienza costituzionale greco-romana*, Catania 1995, p. 36 ss.; U. Rescigno, s. v. "*Forme di Stato e Forme di governo: I) Diritto costituzionale*", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. 14, Roma 1989, p. 4. In una comunità organica come quella romana, non è concepibile la moderna divisione fra società civile e Stato. Non esiste una radicale distinzione fra governanti e governati (perché, almeno in linea di principio, il popolo esercita direttamente un potere di governo). Per questo, invece di Stato, è forse preferibile usare espressioni come 'comunità politica indipendente', o simili. Ma neanche ritengo scandaloso parlare di 'Stato sovrano', pur con gli opportuni *caveat*.

²⁹ Platone ritiene rette solo la monarchia e l'aristocrazia, considerate varianti di un'unica forma di governo: Plat., *Rep.*, 4.445 d5; 5.

³⁰ Arist., *Polit.*, 1279-1279b. La formulazione più risalente e completa è il "discorso tripolitico" di Erodoto (3.80-82), dove si vantano i pregi delle varie forme di governo.

³¹ Cfr. U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari 2009, p. 7 ss.

³² Cic., *Rep.*, 1.26.42.

2. Costituzione?

Molti autorevoli studiosi negano che si possa parlare di Costituzione romana in senso prescrittivo, cioè come complesso di norme pubblicistiche fondamentali³³. Roma antica sarebbe “uno Stato senza Costituzione”³⁴. Il concetto di *constitutio reipublicae*, ovvero *constitutio populi*, si riferirebbe alla costituzione materiale, o semplicemente all’ordine politico fattuale, non normativo³⁵. La Costituzione in senso prescrittivo sarebbe, invece, indissolubilmente legata alla vicenda dello Stato moderno, e quindi all’autonomia del politico, alla sovranità³⁶, allo Stato-ordinamento, allo Stato-persona (concetti che non trovano riscontro nella giurisprudenza romana, almeno fino all’età dei Severi), per non parlare poi della tutela dei diritti fondamentali. Non a caso, nel sistema delle fonti giuridiche non veniva mai citato nulla di superiore alla *lex*³⁷. Come potevano i Romani avere una costituzione, se persino la tarda giurisprudenza classica aveva difficoltà a concettualizzare l’*ius publicum*, nel senso che quest’espressione avrebbe assunto nelle *Institutiones* di Ulpiano?³⁸

All’opposto, secondo McIlwain, il concetto romano di *constitutio* era proprio ‘moderno’³⁹, cioè corrispondeva a una Costituzione, benché flessibile e non scritta⁴⁰...

³³ Il concetto antico di *constitutio rei publicae* sarebbe tradizionalistico-descrittivo. Cfr., ad esempio, P. Cerami, *Potere e ordinamento nell’esperienza costituzionale romana*, Torino 1996, p. 59: “Non riteniamo di potere aderire ad un siffatto orientamento. Anzi, siamo convinti che le strutture costituzionali romane siano riportabili, pur nella varietà degli assetti e delle caratteristiche, soltanto allo schema generico della costituzione in senso funzionale-strutturale”; Id., *Costituzione e interpretazione dei principi costituzionali nel sistema istituzionale della libera res publica*, in L. Labruna (dir.), *Tradizione romanistica e Costituzione*, t. I, Napoli 2006, p. 633 ss.; G. Mancuso, *Forma di stato*, cit., p. 45 ss.; G. Rebuffa, *Costituzioni e costituzionalismi*, Torino 1990, p. 9 ss.

³⁴ Cfr. E. Gabba, *La Costituzione a Roma* (1989), in L. Pick (cur.), *Lezioni al Collegio Nuovo di Emilio Gabba*, Pavia 2005, p. 43 ss.

³⁵ Per P. Cerami, *Potere e ordinamento*, cit., p. 169 ss., che, come abbiamo visto, sostiene l’esclusiva fattualità della costituzione romana, “il coordinamento fra i vari poteri costituzionali, in mancanza di una rigorosa ed astratta disciplina normativa dei rispettivi rapporti, si attua concretamente e dinamicamente nella misura in cui ciascun potere riesce ad opporsi o ritiene di doversi adeguare agli altri poteri, al fine di realizzare l’*utilitas communis rei publicae*”.

³⁶ Cfr. A. Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in Id. (cur.), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Roma-Bari 1997, p. 13.

³⁷ Cic., *Top.* 5.28 elenca: leggi, plebisciti, sentenze, interpretazione giurisprudenziale, editti dei magistrati giudicanti, costume, equità.

³⁸ D. 1.1.1.2 (Ulp. 1 *inst.*): “Il diritto pubblico attiene alla costituzione romana (*ad statum rei Romanae spectat*), quello privato all’utilità degli individui: alcune cose infatti sono di interesse pubblico, altre di interesse privato. Il pubblico consiste nei riti sacri, nei sacerdoti e nelle magistrature”. *Publicum* era riferito in linea di principio letteralmente a ciò che era del popolo, e che da esso era direttamente controllato mediante le assemblee politiche. Ancora in pieno Impero, i giuristi, essenzialmente cultori del diritto privato, stentavano a riconoscere un carattere pubblicistico alle norme dell’ordinamento imperiale. Il processo di entificazione dello Stato fece un sostanziale passo avanti con Marciano, che propose il concetto di *universitas* nel senso astratto di ente unitario, distinto dai singoli che lo compongono: cfr. D. 1.8.6.1 (Marcian. 3 *inst.*); D. 3.4.7.1 (Ulp. 10 *ad ed.*). Fino alla giurisprudenza tardo-classica, la comunità politica era stata intesa, più come un ente collettivo, formato dagli *universi cives*, che come un astratto ente pubblico. Cfr. P. Cerami, G. Purpura, *Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, Torino 2007, p. 25 ss.

³⁹ Cfr. Ch. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno* (1940), trad. it. Bologna 1990, p. 49 ss.

⁴⁰ Cfr. F. De Martino, *Le idee costituzionali dell’antichità classica*, in L. Labruna (dir.), *Tradizione romanistica*, cit., t. II, p. 1998 ss.; A. Guarino, *Forma e materia della costituzione romana*, in L. Labruna (dir.), *Tradizione romanistica*, cit., t. I, p. 400 ss.

come, del resto, in Inghilterra, patria del costituzionalismo⁴¹. Semmai, era il greco *politeia* ad avere un significato ‘antico’, puramente descrittivo, non essendo riferibile ad alcuna concezione dei limiti del potere. Proprio per questa ‘modernità’, il costituzionalismo romano poté essere la fonte di ispirazione teorica di quello moderno e del suo esito più coerente, cioè la formulazione di costituzioni scritte, improntate a principi pubblicistici liberali⁴². La *libertas* romana fu – come la “libertà degli Inglesi” – un *exemplum* di come si può limitare l’esercizio del potere di governo, allo scopo di dotare gli individui di una sfera di diritti fondamentali⁴³. Per questo, i moderni ripresero l’accezione antica del termine ‘costituzione’, dandole di nuovo il senso antico.

McIlwain, in buona sostanza, ha ragione. In effetti, in età repubblicana le cariche erano attribuite e le decisioni politiche venivano prese sulla base di precise procedure. Circolavano regolamenti e istruzioni pratiche ad uso dei magistrati, opera di antiquari come Varrone⁴⁴, o di veri *prudentes* del diritto pubblico. Venivano composti manuali giuspubblicistici, come i *Libri magistratum* di Sempronio Tuditano (console nel 129) e i *Libri de potestatibus* di Congo Graccano⁴⁵, schierati rispettivamente con gli ottimati e i *populares*. Cicerone, nel libro II del *De Republica*, tracciava le linee di una vera e propria “storia costituzionale romana”⁴⁶. Nel *De Legibus* proponeva una riforma costituzionale, volta a contenere le rivendicazioni dei *populares*, e si scandalizzava per il fatto che i “*publica iura, quae sunt propria civitatis atque imperii*”⁴⁷ fossero così poco conosciuti dai magistrati (“*quid de iure populi Romani?*”).

Si potrebbe notare che nemmeno l’esperienza politica greca era così ‘antica’, se non altro perché non mancavano le carte costituzionali. È significativo che nella *Politica* di Aristotele si legga che la *politeia* definisce “l’assetto delle cariche pubbliche, la loro

⁴¹ In questo senso, si può dire che la Gran Bretagna manchi di una Costituzione (formale), nonostante esistano documenti che esprimono alcuni principi fondamentali dello Stato, come la *Magna Charta*, o il *Bill of Rights* del 1689. Nel Medioevo il termine *constitutio* venne usato nel senso di legge scritta (le *Constitutiones Melphitanae* di Federico II), o di statuto o atto di fondazione (ad esempio le *Constitutiones Cluniacenses* dell’XI secolo). Nel XVII secolo, *constitutio* (ovvero *constitution*) si usava in Inghilterra, come in Francia, nel senso di *lex fundamentalis*. Nel corso della Rivoluzione puritana, si sentì l’esigenza di un documento scritto che definisse i fondamenti del nuovo Stato. Cromwell, che effettivamente emanò una costituzione nel 1653, la chiamò “*Instrument of Government*”. Cfr. N. Matteucci, *Antologia dei costituzionalisti inglesi*, Bologna 1962, p. 6 ss.

⁴² Cfr. N. Matteucci, s.v. *Costituzionalismo*, in N. Bobbio e AA. (cur.), *Dizionario di politica*, Torino 1990, p. 249 ss. G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, III ed., Roma-Bari 2008, p. 6 ss., seguendo la ricostruzione di S. Holmes, attribuisce alle moderne costituzioni le funzioni seguenti: delimitazione del potere, abilitazione all’azione politica, legittimazione dell’autorità, integrazione sociale. L’espressione ‘costituzionalismo’ entrò in uso alla fine del XVIII s., per indicare la tendenza a sostituire governi costituzionali a quelli assoluti. Cfr. P. Biscaretti di Ruffia, s.v. “*Costituzionalismo*”, in ED. 11 (1962), p. 130. M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari 2009, p. 6 ss., distingue il costituzionalismo delle origini (orientato allo scopo della limitazione del potere a fini di garanzia, ma senza eguaglianza), quello delle rivoluzioni e quello dell’età liberale. Sul costituzionalismo medievale, cfr. F. Maiolo, *Medieval Sovereignty. Marsilius of Padua and Bartolus of Saxoferrato*, Amsterdam 2007, p. 93 ss.

⁴³ Ancora oggi c’è chi vede nel modello romano, “repubblicano municipale-federativo e del potere tribunizio”, molto ammirato da Simon Bolívar, un’alternativa al costituzionalismo liberale basato sulla separazione dei tre poteri. Cfr. G. Lobrano, *Dottrine della “inesistenza” della costituzione e “modello del diritto pubblico romano*”, in L. Labruna (dir.), *Tradizione romanistica*, cit., t. I, p. 321 ss.

⁴⁴ Varrone, tra l’altro, scrisse un manuale di istruzioni a Pompeo: Gell., 13.12.6; 14.7.1. Cfr. F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, II ed. (1953), trad. it. Firenze 1968, p. 45 s.; 89 s.

⁴⁵ Cfr. M. Pani, *Sulle conoscenze costituzionali nell’aristocrazia romana*, in L. Labruna (dir.), *Tradizione romanistica*, cit., t. I, p. 727 ss.

⁴⁶ Così F. D’Ippolito, *Nei giardini di Scipione*, in Cicerone, *Sullo Stato. Libro secondo*, Palermo 1992, p. 32.

⁴⁷ Cic., *De orat.*, 1.171; 1. 201.

articolazione, il potere supremo e il fine della comunità politica”. Queste regole sono necessariamente superiori rispetto agli altri *nomoi*, perché “le norme ordinarie debbono essere conformi alla costituzione, e non viceversa”⁴⁸.

Sviluppando la linea di pensiero secondo cui esisteva una ‘*constitutio* / Costituzione’ romana, si può argomentare che essa comprendesse le norme (scritte oppure no, legislative o consuetudinarie, laiche o religiose, positive o anche naturali⁴⁹) che davano forma allo Stato e fondamento ai rapporti sociali, prescrivendo la struttura istituzionale (*discriptio*)⁵⁰ e i principi della *gubernatio reipublicae*⁵¹. A questo punto bisognerebbe chiedersi non se la costituzione esistesse, ma quali delle norme di diritto pubblico incorporate nelle istituzioni fossero di rango costituzionale; e quali, invece, fossero ordinarie, elementi di una ‘costituzione materiale’ liberamente modificabile dalla legge e dalla prassi.

È un problema di non facile soluzione, dal momento che mancava un criterio formale che le distinguesse. La costituzione romana non era il prodotto di un unico legislatore, e questo fatto era vantato da Catone come un motivo di superiorità rispetto al mondo greco (Cic., *Rep.*, 2.1.2). In buona parte, le norme di rango costituzionale erano contenute nel “*ius moribus receptum*”, equiparato alla legge stessa⁵². Vero è che regole di diritto pubblico potevano essere prodotte da quel tipico strumento ‘costituente’ che era la *lex*⁵³: si pensi alle XII Tavole, le Valerie Orazie, le Licinie Sestie, le *Pubiliae Philonis*, le *Corneliae*. Ma gli *optimates* furono sempre attenti a limitare il più possibile il ricorso alla legislazione popolare, guardando con particolare sfavore all’idea di una codificazione del diritto. Le XII Tavole rappresentavano, al riguardo, una venerabile ma pericolosa eccezione, da non ripetere. Insomma, la costituzione c’era, ma

⁴⁸ Arist., *Polit.*, II, 1289 a, 15. Cfr. J.-C. Jobart, *La notion de Constitution chez Aristote*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 65 (2006), p. 97 ss. Polibio affermava, facendo riferimento a Creta, che ogni costituzione era fondata sulle leggi e sui costumi (6.47.1-2). Per Aristotele, il nucleo più essenziale dell’ordinamento era composto dalle regole non scritte condivise da tutti (*koinòs nomos*), in cui si manifestava l’ordine delle cose fissato dai padri o dagli Dei: “le norme consuetudinarie sono le più importanti e trattano materie più importanti di quelle scritte” (*Pol.*, III.16.1278 b, 5-8).

⁴⁹ Si veda, ad esempio, Arist., *Rhet.*, 1.10.1368b, 7-9; Thucid., 2.37.3; e, in senso giusnaturalista, ovviamente l’*Antigone* di Sofocle (v. 450-457). In Cicerone, soprattutto nel *De legibus*, sono frequenti argomentazioni giusnaturaliste di matrice stoica. Ad esempio, *Leg.*, 1.12.33: per natura, siamo esseri sociali, fatti per condividere il diritto; 3.33: né il Senato né il popolo possono esimere dall’obbedienza alla legge naturale.

⁵⁰ Cic., *Leg.*, 3.5.12.

⁵¹ P. Cerami, *Costituzione e interpretazione dei principi costituzionali nel sistema istituzionale della libera res publica*, in L. Labruna (dir.), *Tradizione romanistica*, cit., t. I, p. 633 ss. elenca una serie di principi supremi, teleologici e organizzativi, a suo avviso riconducibili comunque al concetto di costituzione puramente materiale.

⁵² D. 1.3.32 (Iul., 83 *dig.*). A differenza dell’*ius moribus receptum*, la vera e propria *consuetudo* ha, invece, un rango di fonte subordinata, introdotta nell’ordinamento romano per riassorbire i diritti locali ancora utilizzati dai nuovi cittadini. Cfr. F. Gallo, *Tra la recezione “moribus” e la “consuetudo”: la fase della assenza della formazione consuetudinaria agli elenchi delle fonti del diritto*, in *La Codificazione del diritto dall’antico al moderno – Atti degli incontri di studio (Napoli, gennaio-novembre 1996)*, Napoli 1998, p. 248.

⁵³ Gellio (*Noct. Att.*, 10.20.2) riferisce la definizione della legge data da Ateio Capitone, come “comando generale del popolo o della plebe, su richiesta di un magistrato”. Secondo G. Mancuso, *Alle origini del sindacato di costituzionalità*, in AUPA, 52 (2007-2008) www.unipa.it/~dipstdir/pub/mancuso/annaliXLVII, p. 8, “Tradotto il discorso nei termini dell’attuale terminologia costituzionalistica, si può, quindi, legittimamente affermare che ogni *lex publica* è, in varia misura, una legge costituzionale”. *Lex, imperium* magistratuale ed *auctoritas* del Senato hanno la stessa “attitudine costituente”, in quanto esprimono la sovranità dei tre soggetti che concorrono a produrre ordine costituzionale: cfr. G. Mancuso, *Forma di stato e forma di governo*, cit., p. 48 s.

non doveva essere scritta, né le chiavi della sua interpretazione dovevano essere consegnate al popolo.

Le norme venivano interpretate pragmaticamente, alla luce dei concreti rapporti di forze e delle “convenzioni costituzionali” tra le grandi forze politiche e sociali⁵⁴, come quelle che avevano portato alla *lex sacra* del 494 o alle leggi *Liciniae Sextiae*. In generale, valeva il principio della centralità della prassi nella formazione e nell’interpretazione delle norme: «*in consuetudinis usu stare ius*»⁵⁵. Quindi, era frequentissimo il rinvio, non tanto a ‘norme astratte’ come quelle moderne, quanto a prassi consolidate ed *exempla* autorevoli⁵⁶. Naturalmente, quando si doveva accertare l’esistenza di una consuetudine o valutare la forza vincolante di un precedente, potevano entrare in conflitto diversi criteri d’interpretazione. Al richiamo ad una prassi consolidata si poteva, perciò, obiettare che l’*exemplum maiorum* non fosse sufficientemente consolidato⁵⁷; oppure che la sua *ratio* non fosse congruente con il caso di specie⁵⁸.

3. Regno e Repubblica

⁵⁴ Si tratta – secondo P. Rescigno, *Le convenzioni costituzionali*, Padova 1972, p. 10 - di regole politiche collegate con il diritto. Sono intese fra contitolari della stessa magistratura, accordi interorganici, oppure accordi politici derivanti da pubbliche *conciones* o da riunioni private di *principes civitatis*. Cfr. P. Cerami, *Prassi e convenzioni costituzionali nel sistema della libera res publica*, in AUPA., 47 (2002), p. 124 ss.; Id., G. Purpura, *Profilo storico-giurisdizionale*, cit., p. 106 ss.; G. Branca, *Convenzioni costituzionali e antica repubblica romana* (1988), in A. Corbino (a c. di), *Diritto e storia. L’esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei*, Padova 1995, p. 85 ss. In questi casi, si potrebbe parlare di “costituzione materiale”, nel senso di principi incarnati dalle forze indispensabili alla creazione e al mantenimento del sistema politico. Cfr. C. Mortati, s.v. *Costituzione (Dottrine generali)*, in ED. 11 (1962), p. 140 ss. Si possono citare, ad esempio, l’intesa del 367, che portò all’elezione del console plebeo (Liv., 6.42; 7.1), ristabilendo la *concordia ordinum*; oppure gli accordi politici che portarono all’istituzione dei *tribuni militum consulari potestate* (Liv., 4.6.8).

⁵⁵ Liv., 27.8.9, in riferimento ad una *contentio* sul diritto del Flamine Diale di partecipare alle sedute del Senato.

⁵⁶ Cfr. P. Cerami, *Prassi e convenzioni costituzionali*, cit., p. 123 ss. Anche G. Mancuso, *Alle origini del sindacato di costituzionalità*, cit., p. 43 nt. 53, segnala – a parte i semplici precedenti - numerosi *exempla* a carattere normativo, derivanti dai *maiores*, dai *reges*, dalla *civitas* e da singoli magistrati o cittadini. Un caso limite si verificò nel 357 a.C., quando il console Cn. Manlio fece votare al suo esercito a Sutri una legge che istituiva l’imposta del 5% sulle manomissioni di servi. Il Senato concesse l’*interpositio auctoritatis*, pretendendo di sanare la manifesta incostituzionalità del provvedimento. Non potendo contestare l’*auctoritas* del Senato, i tribuni della plebe fecero passare un plebiscito con il quale si condannava a morte chiunque avesse voluto ripetere questa prassi, per impedire che essa si consolidasse come *exemplum*. Cfr. Liv., 7.16.7-8.

⁵⁷ Si veda la seguente *contentio* riferita da Liv., 27.8. Una prassi (*exemplum*) inaugurata da Numa Pompilio permetteva al Flamine Diale di partecipare alle riunioni del Senato: Varr., *L. Lat.*, 7.3.45. Nel 209 a.C., il Flamine Valerio Flacco, con l’appoggio dei tribuni, rivendicò con successo il proprio diritto a partecipare alle sedute (*ius introeundi*), benché quest’uso non venisse più seguito da qualche tempo. Il pretore P. Licinio obiettò invano che non bastava rinvenire un’antica annotazione negli annali, ma che bisognava dimostrare che si trattasse di una *consuetudo* ininterrotta. I tribuni replicarono che l’inerzia dei Flamini precedenti aveva fatto perdere a loro personalmente, non al collegio sacerdotale, il diritto di accesso. I senatori e il popolo approvarono unanimi quest’interpretazione.

⁵⁸ Cic., *Phil.*, 9.1.3 riporta una discussione riguardante l’onore della statua pubblica, secondo alcuni da riservare al solo ambasciatore ucciso in missione. Cicerone esorta, invece, a valutare la *causa* della morte, e quindi la *ratio* dell’*exemplum*: “*Non igitur exempla maiorum quaerenda, sed consilium est eorum a quo exempla nata sunt, explicandum*”.

La costituzione romana, frutto di una peculiare e lenta evoluzione storica (*Rep.*, 2.1.2), era l'unica capace di assicurare, con la sua ragionevole equità (*aequabilitas*), la coesione tra le diverse componenti della società⁵⁹. Ma la sua evoluzione non fu sempre graduale: talora venne accelerata da drammatiche svolte istituzionali, come la stessa fondazione della città, la creazione della Repubblica e l'istituzione del Principato⁶⁰. Di questi veri e propri processi costituenti, i primi due furono analizzati da Cicerone, e il terzo venne da lui indicato come una necessità storica, l'unica via di uscita alla crisi delle istituzioni repubblicane.

Cicerone sosteneva che, nel momento in cui un'insurrezione aveva abbattuto il regime del tiranno Tarquinio, "*dominus populi*"⁶¹, la popolazione romana era diventata libera. Applicato alle comunità politiche, il concetto di *libertas* significava indipendenza, sia da un potere esterno che da un regime monarchico⁶². L'insurrezione che espulse il tiranno aprì un processo costituente⁶³, che dette (o restituì) soggettività giuridica al popolo. La moltitudine dei sudditi rinacque al mondo del diritto in forma di comunità indipendente di cittadini liberi ed eguali. Come uno schiavo liberato acquisiva soggettività giuridica, cittadinanza e capacità di avere un patrimonio, così il popolo romano poté esprimere una propria volontà politica ed essere titolare di istituzioni, di un territorio e di beni collettivi.

Che la potestà suprema appartenesse al popolo⁶⁴ era la *Grundnorm* della Repubblica, confermata - almeno in teoria - anche nell'età del Principato. Il popolo esercitava la sovranità direttamente, con l'attività legislativa, l'elezione dei magistrati e l'amministrazione della giustizia penale. Ma in regime repubblicano ("*in populo libero*"), sia per vera e propria "consuetudine costituzionale", che semplicemente per usanza ("*instituto ac more*")⁶⁵, generalmente il popolo si rimetteva al potere di indirizzo dei magistrati e, soprattutto, del Senato. Questi organi, pur non essendo concretamente subordinati al potere dei comizi, in linea di principio dovevano *administrare* la Repubblica, cioè "*servire populo*"⁶⁶, dal momento che ogni potere derivava dal titolare ultimo dell'ordinamento⁶⁷. I magistrati, che governavano lo Stato⁶⁸, impersonando la comunità politica⁶⁹, in fin dei conti erano solo dei "*procuratores rei publicae*"⁷⁰. Perciò si

⁵⁹ Cicerone condivideva l'idea greca, spesso ripresa nella storia del pensiero politico occidentale, che la costituzione identificasse lo 'spirito' della comunità. Cfr. Isocr., *Panathen.*, 138; *Aeropag.*, 14; Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, I, trad. it. Torino 1956, p. 66.

⁶⁰ Inoltre, ci furono vari tentativi effimeri di svolte istituzionali, come il decemvirato legislativo, il regime di Silla, quello di Cesare, o il secondo triumvirato.

⁶¹ Cic., *Rep.*, 2. 26.

⁶² Cic., *Rep.*, 2.23: "*Desunt omnia ei populo multa qui sub rege est, in primisque libertas, quae non in eo est iusto utamur domino, sed ut nullo*".

⁶³ Cfr. G. Nocera, *Aspetti teorici della costituzione repubblicana*, in RISG., n.s. 15 (1940), p. 153. Sulla definizione del potere costituente, cfr. C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it. Milano 1984, p. 109 s.

⁶⁴ Cic., *Rep.*, 1.31.47.

⁶⁵ Cic., *Rep.*, 2.56.

⁶⁶ Cic., *Pro Planc.*, 4.11 (per quanto riguarda i magistrati); *De orat.*, 1.52.226 (in riferimento al Senato).

⁶⁷ Cic., *De lege agr.*, 2.7.17.

⁶⁸ Sulla *gubernatio rei publicae*: Cic., *Rep.*, 1.6.11; 1.34.51; *Off.*, 1.25.87; C.M. Moschetti, *Gubernare navem, Gubernare rem publicam: Contributo alla storia del diritto marittimo e del diritto pubblico romano*, Milano 1966, p. 103 ss. L'ambito dell'*administratio* era, invece, circoscritto agli impiegati subalterni e ai collaboratori dei magistrati. Cfr. P. Cerami, G. Purpura, *Profilo storico-giurisdizionale*, cit., p. 58 ss.

⁶⁹ Cic., *Off.*, 1.34.124: "*est igitur proprium munus magistratus intelligere se gerere personam civitatis*".

⁷⁰ Cic., *Off.*, 1.25.85. I magistrati sono "*vilici rei publicae*": Cic., *Pro Planc.*, 25.62.

poteva dire che, in una costituzione repubblicana, ciascun cittadino obbedisse e comandasse contemporaneamente⁷¹.

All'inizio – come spiega Pomponio nell'*Enchiridion* – il popolo non aveva leggi certe, quindi tutti gli affari della comunità “*manu a regibus gubernabantur*”⁷². Poi, “Lucio Bruto istituì la libertà e il consolato” (Tac., *Ann.*, 1.1). La temporaneità e contendibilità della suprema carica dello Stato e di tutte le magistrature conferite dal popolo⁷³ era il fondamento della libertà dei cittadini, dell'eguaglianza e del dominio della legge.

Che la Repubblica avesse rovesciato il dominio del *rex*, per sostituirlo con quello della *lex* (Liv., 2.3) era un luogo comune, che si rifaceva alla tradizione greca del *nomos basileus*. I magistrati erano i ministri della legge, i giudici la interpretavano e i cittadini le osservavano, per potere essere liberi⁷⁴. Per questo, il presidente dell'assemblea chiedeva al magistrato eletto di giurare che avrebbe rispettato le leggi⁷⁵; e di nuovo il magistrato avrebbe giurato al momento di lasciare la carica e presentare al Senato la *relatio* sulla propria attività. Il potere veniva conferito ai magistrati mediante una *lex de imperio*, che ne confermava i limiti. Ciò valeva per il re, ma continuò ad essere considerato essenziale per i magistrati e, in seguito, per il Principe.

Una radicale differenza tra l'ordinamento monarchico e quello repubblicano era la divisione della *summa imperii* tra due capi dello Stato, eletti non più a vita, ma solo per un anno. L'*odium regni* era non un semplice slogan politico, bensì una norma programmatica della costituzione repubblicana. Le istituzioni repubblicane erano costruite in maniera da impedire il riemergere della monarchia. Quando l'ultimo dei Tarquini venne scacciato, il mantenimento della forma di governo repubblicana fu subito oggetto di un'obbligazione politica e religiosa, tramite l'*iusiurandum* proposto al popolo da L. Giunio Bruto. Poi divenne un principio costituzionale immodificabile, mediante una delle leggi Valeriane del 509 a.C., che comminò la pena di morte al reo di *adfectatio regni*⁷⁶. Non a caso, secondo la tradizione, una *lex Valeria* dello stesso anno avrebbe introdotto la *provocatio ad populum*⁷⁷, considerata uno dei presidi fondamentali del regime repubblicano. Alterare gli equilibri istituzionali, in particolare mettere in discussione l'ordinamento consolare, costituiva una fattispecie del reato di *perduellio*, cioè di alto tradimento o attentato all'ordine costituito dello Stato⁷⁸. L'uomo politico che, anche solo nei comportamenti esteriori, avesse mostrato di aspirare alla

⁷¹ Liv., 4.5.5.

⁷² D. 1.2.2.1 (Pomp. *l.s. enchir.*)

⁷³ Cic., *De leg. agr.*, 2.7.17; *Leg.*, 3.3.7.

⁷⁴ Cic., *Pro Cluent.*, 53.146: “*omnia legum imperio et praescripto fieri*”; *Leg.*, 3.2 ss. L'argomentazione risale a Erodoto (104.4 s.) e a Platone (*Leggi*, 3.698 b.c). Sul *topos* del carattere regale della legge, “padrona di tutti, mortali e immortali”, di Pind., *fragm.*, 152 B, cfr. in generale M. Gigante, *Nomos Basileus*, Napoli 1956, p. 72 ss.

⁷⁵ Plin., *Paneg.*, 64.

⁷⁶ Liv., 2.1.9; 2.8.2.

⁷⁷ Cfr. H. Siber, *Provocatio*, in ZSS., 62 (1942), p. 376 ss.

⁷⁸ Cfr. B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, II ed., Milano 1998, p. 80 ss.; A. Manni, *Mors omnia solvit. La morte del reus nel processo criminale romano*, II ed., Napoli 2013, p. 36 ss. Dopo la morte di Cesare, una *lex Antonia* abolì la dittatura e dispose la pena di morte per chi l'assumesse o proponesse di ripristinarla. Per questo motivo, Ottaviano rifiutò la dittatura perpetua (Rg., 6.34). Nell'età del Principato, la *perduellio* rientrò, come fattispecie di particolare gravità, nel *crimen maiestatis*: cfr. L. Solidoro Maruotti, *Profili storici del delitto politico*, Napoli 2002, p. 24 ss.

creazione di un regime personale di tipo monarchico, sarebbe stato trattato alla stregua di un nemico pubblico⁷⁹.

Cicerone intendeva, però, in una maniera molto particolare il divieto di restaurare la monarchia, che probabilmente trovava pericolosamente democratico. A suo avviso, anche prima della Repubblica, i Romani avvertivano l'esigenza di sottoporre le istituzioni alle leggi. I principi costituzionali repubblicani erano radicati nel passato monarchico⁸⁰, in particolar modo nelle riforme istituzionali di Servio Tullio. Esse prefiguravano la costituzione mista, poiché assicuravano l'*ius suffragii* al popolo e il riconoscimento della supremazia sociale agli ottimati (*Rep.*, 2.22.40). Perciò, non si poteva dire che i Romani fossero tradizionalmente refrattari al *regnum*. Quello che giustamente odiavano era la tirannide, rappresentata dalla figura odiosa del Superbo, cioè il potere personale illegale, violento, eversivo delle tradizioni, esercitato nell'esclusivo interesse del *rex*. Ma la monarchia romana era stata, a suo modo, un *genus reipublicae*, nel quale il popolo era comunque titolare dell'ordinamento e in grado di esprimere la propria volontà. È vero che il potere supremo era vitalizio ed esercitato da un solo uomo, investito di un carisma regale⁸¹. Romolo, autore dell'ordinamento, era proprio un re, di nome, di fatto e di diritto (*vis potestas nomenque regium*). Benché ci fosse un Senato ed il popolo avesse un "*aliquod ius*", si trattava sostanzialmente di una monarchia assoluta (*dominatus*)⁸². Ma né Romolo, né i suoi successori (fatta eccezione del Superbo) erano dei tiranni. L'*imperium* del fondatore di Roma era funzionale al bene della città e non era fondato solo sulla *vis*, che egli esercitava peraltro con molta moderazione. Oltre a rispettare l'*auctoritas* del Senato da lui stesso creato⁸³, il re si era imposto un limite religioso, perché, pur essendo l'originario interprete dei presagi per carisma personale, aveva cooptato un augure da ciascuna tribù⁸⁴. Per un certo periodo, aveva persino accettato di condividere il potere con Tito Tazio, prefigurando con ciò il regime consolare (*Cic., Rep.*, 2.9).

Da Numa Pompilio in avanti, la *creatio* del nuovo re richiedeva la collaborazione dell'assemblea dei *patres*, degli Dei (per mezzo dell'augure) e del popolo (*Rep.*, 2.13). In particolare, si richiedeva il consenso dell'assemblea curiata, che interveniva in due diversi momenti. Prima il popolo prendeva atto che i *patres* avevano designato un nuovo re; poi, dopo la cerimonia religiosa dell'*inauguratio*, era lo stesso *rex* a proporre una formale *lex curiata*, che conferiva l'*imperium* e l'*ius auspicii* ad esso collegato. La tradizione della *lex curiata de imperio* venne poi trasmessa alla Repubblica e rispettata fino all'epoca delle guerre civili e, come sappiamo, lo stesso principio sarebbe stato riproposto nell'età imperiale, per l'elezione del *princeps*⁸⁵.

⁷⁹ Nel 440-439, il ricco plebeo Spurio Melio si rese sospetto di *adfectatio regni* per le sue distribuzioni di grano e venne messo a morte: Liv., 3.25; 4.13 s. Cicerone (*Rep.*, 2.49) lo considerava - insieme con Spurio Cassio e Manlio Capitolino - come il nemico interno più pericoloso della storia romana.

⁸⁰ Cic., *Rep.*, 2.37: *Tunc Laelius: 'Catonis certius, nec temporis unius nec hominis esse constitutionem nostrae rei publicae; perspicuum est enim, quanta in singulos reges rerum bonarum et utilium fiat accessio. Sed sequitur is qui mihi videtur ex omnibus in re publica vidisse plurimum'*.

⁸¹ Cic., *Rep.*, 2.23.43: « *unus aliquis perpetua potestate, praesertim regia* ».

⁸² Si veda anche D.1.2.2.1 (Pomp. l. s. *enchirid.*): *Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur*».

⁸³ Cic., *Rep.*, 2.26-28; 2.8: "*Romulus patrum auctoritate consilioque regnavit*".

⁸⁴ Cic. *Rep.*, 2.10.17: "*cum... haec egregia duo firrramenta rei publicae peperisset, auspicia et senatum*".

⁸⁵ Alla morte di Numa, furono ancora i comizi curiati, su proposta di un interré, a designare il successore, e questi, seguendo l'esempio del predecessore, si affrettò a rogare al popolo una *lex curiata "de imperio suo"* (2.17). Lo stesso fece Anco Marcio (2.18). Servio Tullio, invece, cominciò a regnare senza titolo e senza designazione da parte dei *patres*; poi ottenne il potere direttamente dal popolo, cui propose a sua volta la

Questa ricostruzione del Regno arcaico consentiva a Cicerone di presentarlo come una ‘monarchia costituzionale’, o quanto meno ‘limitata’, che addirittura prefigurava la ‘costituzione mista’. Era ben lontana dal dispotismo, che si manifestava solo come una transitoria disfunzione del sistema. Quindi, il tradizionale slogan aristocratico dell’*odium regni* poteva essere relativizzato. La monarchia era un sistema politico forse non congruente con la tradizione romana, ma in sé lecito. Anzi, astrattamente il migliore, quando il monarca corrispondeva all’ideale del ‘re per natura’. Perciò, il regime personale di un *princeps civitatis*, sovrapposto alle istituzioni repubblicane, poteva rappresentare per gli *optimates* e per le classi agiate un’accettabile via di uscita dalla crisi delle istituzioni repubblicane⁸⁶.

4. *Modus imperandi*

Secondo Solone (Stob., 46.24), il politico doveva avere presenti tre cose: che comandava a degli uomini, che comandava nei limiti delle leggi e che non avrebbe comandato per sempre. Concetti analoghi furono ripetuti da Aristotele⁸⁷ e condivisi anche da Cicerone, nel III libro del *De Legibus*. Si può, quindi, parlare – soprattutto per il periodo che va dal ‘patto costituzionale’ del 367 alla tarda Repubblica – di un ‘costituzionalismo romano’, consistente non solo in un’ideologia, ma in norme positive, tali da impedire la restaurazione della monarchia, preservare il dominio dei ricchi sui poveri, e nello stesso tempo lasciare un ambito di libertà ai cittadini. Il regime consolare era la manifestazione di un principio generale: ai magistrati dovevano essere imposti dei limiti di tempo e di potere⁸⁸.

Cic., Leg., 3.5: *Neque solum his praescribendus est imperandi, sed etiam civibus obtemperandi modus: nam et qui bene imperat, paruerit aliquando necesse est, et qui modeste paret, videtur qui aliquando imperet dignus esse. Itaque oportet et eum qui paret sperare se aliquo tempore imperaturum, et illum qui imperat cogitare brevi tempore sibi esse parendum.*

Ai cittadini doveva essere garantita una sfera di autonomia nei confronti dei poteri pubblici (*modus obtemperandi*), derivante dai limiti imposti ai poteri di governo (*modus*

lex curiata de imperio (2.21). Cfr. F. Càssola, F. Reduzzi Merola, *Note sulla lex curiata de imperio*, in L. Labruna (dir.), *Tradizione romanistica*, cit., t. I., p. 539 ss.; F. Gallo, *L’officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino 1997, p. 179 ss. L’elezione del principe richiedeva l’intervento del Senato e del popolo, rispettivamente per il conferimento dell’*imperium proconsulare maius* e della *tribunicia potestas*. Inoltre, almeno a partire da Vespasiano, una *lex de imperio* confermò al nuovo imperatore i poteri tradizionalmente attribuiti ai predecessori, elencandoli e riaffermandone la derivazione dal popolo. Cfr. in generale F. Lucrezi, *Leges super principem*, Napoli 1982.

⁸⁶ Sulla rivalutazione della monarchia, cfr. G. Giliberti, *Studi sulla massima “Caesar omnia habet”*, Torino 1996, p. 43 ss.; e in generale, E. Lepore, *Il princeps ciceroniano e gli ideali politici della tarda repubblica*, Napoli 1954.

⁸⁷ Arist., *Pol.*, VII, 1333 a.

⁸⁸ Un tentativo di apporre dei limiti formali al potere consolare venne effettuato nel 462 dal tribuno della plebe Terentilio Arsa, ma la proposta non ebbe seguito (Liv., 3.9.5). Del resto, il potere dei consoli era già limitato dal fatto che i tribuni, a differenza degli altri magistrati, non erano sottoposti alla loro autorità, mentre potevano invece opporre il veto contro i loro atti. Cfr. Cic., *Leg.*, 3.7.15-17. Una particolare manifestazione del principio del limite al potere magistratuale è la *lex Cornelia* del 67 a.C., che impone ai pretori di ottemperare al contenuto del loro stesso editto (Ascon., *in Cornel.*, 1.48.119).

imperandi). Da tale bilanciamento derivavano alcuni diritti fondamentali⁸⁹, a partire dalla *libertas* che, come abbiamo visto, era innanzitutto “*sui potestas*”⁹⁰. Come tutti i diritti dei cittadini, non era precedente rispetto ai doveri ed era più limitata, rispetto all’individualistica “libertà dei moderni”. Non garantiva, per esempio, la libertà religiosa, né comprendeva il rispetto della *privacy*⁹¹.

Il secondo per importanza tra gli *iura* dei cittadini⁹² era l’*aequitas*, intesa come pari trattamento giuridico (“*paria iura*”)⁹³. Da essa derivava il diritto alla non discriminazione, sulla base del principio delle XII Tavole “*privilegia ne inroganto*”. *Libertas* ed *aequitas* erano valori spesso in conflitto con la *dignitas*, data la struttura censitaria e aristocratica della *Respublica*. Il soggetto a pieno titolo dell’ordinamento romano non era l’uomo astratto, ma essenzialmente il cittadino *paterfamilias*; e anche l’uguaglianza tra i cittadini romani autonomi dalla *patria potestas* era temperata dal riconoscimento di diversi “*gradus dignitatis*”. Nessuno dubitava che il ‘suo’ di ognuno⁹⁴ dovesse essere differenziato in base alla condizione giuridica, al censo, al sesso, anche per quanto riguardava l’elettorato attivo e passivo. Come abbiamo visto, Cicerone diceva che “*si aequa non est, ne libertas quidem est*”: senza questa “*aequabilitas*”, la libertà sarebbe stata iniqua⁹⁵.

Molti diritti erano, invece, garantiti su un piano paritario: la vita, la libertà personale, la libertà di parola, la libertà di movimento e di domicilio, la libertà di associazione, l’onorabilità e l’integrità psico-fisica (protette dall’*actio iniuriarum*)⁹⁶, l’inviolabilità del domicilio, la libertà di parola, la cittadinanza stessa (che nemmeno un voto dell’assemblea popolare poteva togliere)⁹⁷.

Sul piano processuale e penalistico possiamo citare il principio della responsabilità personale, il ricorso alla tutela giudiziaria, il contraddittorio, la presunzione d’innocenza, il giusto processo⁹⁸, il divieto di tortura⁹⁹. Fra i diritti fondamentali, uno dei più importanti era la *provocatio ad populum*, prevista dalle XII Tavole, confermata da una *lex Valeria* contro le condanne capitali ed estesa dalle *leges Porciae* anche alla pena della

⁸⁹ Che – contrariamente alla suggestiva tesi di M. Villey - il diritto romano conoscesse i diritti soggettivi, e in particolare quelli fondamentali, è questione che ho già affrontato in G. Giliberti, *Omnium una libertas. Alle origini dell’idea di diritti fondamentali*, in G. Labruna (dir.), *Tradizione romanistica*, cit., t. II, p. 1881 ss. Cfr. anche M. Pani, *Il costituzionalismo di Roma antica*, Roma-Bari 2010, p. 68 ss.

⁹⁰ Cic., *De domo*, 78. Sui diritti del cittadino nella *Respublica*, cfr. in generale C. Wirszubski, *Libertas. Il concetto politico di libertà a Roma tra Repubblica e Impero* (1950), trad. it. Bari 1957, p. 46 ss.; 115 ss.; M. Pani, *Il costituzionalismo di Roma antica*, cit., p. 68 ss.

⁹¹ Sulla questione, rinvio a G. Giliberti, *Introduzione storica ai diritti umani*, Torino 2012, p. 90 ss.

⁹² Sallust., *Hist.*, 3.55.

⁹³ Cic., *Top.*, 4.23.

⁹⁴ Secondo la celebre massima di D. 1.1.10 (Ulp. 1 *reg.*), “i precetti del diritto sono vivere onestamente, non fare del male agli altri, riconoscere a ciascuno il suo”; cfr. Cic., *Top.*, 2.9.

⁹⁵ Cic., *Rep.* 1.27.43.

⁹⁶ Tab. 8.3 s.; Gai 3.220. Sul diritto alla cittadinanza, Cic., *Pro Balb.*, 31.

⁹⁷ Cic., *Leg.*, 3.6; *Pro Balb.*, 31.

⁹⁸ Cic., *De dom.*, 13.33 “*hoc esse a maioribus traditum, hoc esse denique proprium liberae civitatis, ut nihil de capite civis aut de bonis sine iudicio senatus aut populi aut eorum qui de quaque re constituti iudices sint detrabi possit*”. Cfr. P. Cerami, «*Aequum iudicium*» e «*giusto processo*», in Id., G. Di Chiara, M. Miceli, *Profili processualistici dell’esperienza giuridica europea. Dall’esperienza romana all’esperienza moderna*, Torino 2003, p. 3 ss.

⁹⁹ Cfr. in generale C. Nicolet *Il mestiere di cittadino nell’antica Roma* (1979), trad. it. Roma 1999; E. Grosso, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici, i modelli storici di riferimento* Padova 1997; G. Crifò, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Roma-Bari 2000; L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in *Teoria politica* 16.3 (2000), p. 58 s. Di “una specie di *habeas corpus* avanti lettera” parla G. Pugliese, *Le garanzie dell’imputato nella storia del processo penale romano* (1969), ora in *Scritti giuridici scelti*, vol. II, Camerino-Napoli 1985, p. 617 s. Cfr. G. Crifò, *Per una prospettiva romanistica dei diritti dell’uomo*, in K.M. Girardet, U. Nortmann (a c. di), *Menschenrechte und europäische Identität – Die antiken Grundlagen*, Stuttgart 2005, p. 254 s.

fustigazione e all'ambito militare¹⁰⁰. La *lex Sempronia de capite civium* del 123 riservò al popolo il diritto di istituire corti capaci di comminare la pena capitale, che di fatto venne abolita e trasformata in esilio perpetuo.

Anche la proprietà (nel senso dell'astratta attitudine ad essere proprietario) era un diritto fondamentale. Cicerone sosteneva che lo scopo ultimo per cui “*res publicae civitatesque constitutae sunt*” era, appunto, la salvaguardia della proprietà privata, se necessario anche nei confronti dello Stato stesso¹⁰¹. Di sicuro, la proprietà non poteva essere sottratta al cittadino senza una pronunzia del Senato, del popolo o dei giudici (*De dom.*, 33).

In materia di beni comuni destinati all'uso pubblico, come strade, fiumi o *loca publica*, era possibile tutelare, attraverso la difesa del proprio interesse, anche il “*suum ius populi*”¹⁰². Questo si otteneva mediante il sistema degli interdetti a carattere popolare e – a partire dal I secolo a.C. – tramite l'*actio iniuriarum aestimatoria*.

Anche la plebe godeva di propri *iura*, sia individuali (l'*auxilium* dei tribuni, contro i soprusi dei magistrati), che collettivi (il controllo istituzionale contro provvedimenti pregiudizievoli ai propri supremi interessi)¹⁰³.

Se il potere delle leggi doveva essere più forte di quello degli uomini (Liv., 2.1.1), questo principio doveva valere anche per il popolo stesso¹⁰⁴. Il popolo riunito in assemblea deliberante era, per le questioni di propria competenza, “*dominus legum, iudiciorum, belli, pacis, foederum, capitis unius cuiusque, pecuniae*”¹⁰⁵. Ma questo non significava che i comizi godessero di un'illimitata ‘sovranità’. Del resto, anche l'art. 1 della nostra carta costituzionale afferma che “La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”. Alla teorica onnipotenza dei comizi, sancita dalla regola delle XII Tavole “*quodcumque postremum populus iussisset id ius ratumque esset*”¹⁰⁶, si opponevano vari limiti. Di fatto, il popolo doveva tenersi nei limiti dei grandi accordi quadro che avevano fissato i fondamentali equilibri politico-istituzionali (*concordia civium et potestatum*). Di diritto, non poteva derogare ai principi dell'*ius civile*,¹⁰⁷ né legiferare in materia di *sacra*¹⁰⁸. Doveva sottostare ai più o meno pretestuosi controlli di regolarità

¹⁰⁰ Tab. 9.2: “*de capite civis nisi per maximum comitatum ne ferunt*». Le fonti riportano la *lex Valeria de provocatione* al 300, al 449, o addirittura al 509. Forse la data ‘vera’ è l’ultima, quando probabilmente ci si limitò a consolidare un principio molto risalente. La tradizione dell’esistenza di una *lex Valeria* del 509 dimostra come questa prassi, definitivamente consolidata nel 300, fosse considerata essenziale per il mantenimento del regime repubblicano. Nel II secolo a.C. il provvedimento venne esteso alle province. Anche questo istituto trovava un parallelo nella costituzione ateniese, nell'*ephebesis*. Cfr. R. Martini, *Roma e Atene. Note comparatistiche in ‘campo costituzionale’*, in L. Labruna (dir.), *Tradizione romanistica*, cit., t. I, p. 417 ss.

¹⁰¹ Cic., *Off.*, 2.21-73: “*ne de bonis privatorum publice deminutio sit*”. Le istituzioni della *res publica* garantivano alle classi dirigenti le condizioni per difendere l'*otiosa dignitas*: Cic., *Pro Sest.*, 46.98.

¹⁰² D. 47.23.1 (Paul. 8 *ad ed.*). Cfr. F. Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane. Le “actiones populares”*, Napoli 1958; A. Di Porto, *La tutela della “salubritas” fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone*, Milano 1990; Id., *Res in usu publico e ‘Beni comuni’. Il nodo della tutela*, Torino 20013, p. 7 ss.; U. Vincenti, *Diritto senza identità*, Bari 2007, p. 12 ss.

¹⁰³ Nel 73 a.C., il tribuno Licinio Macro rivendicò questi diritti, eliminati dal regime di Silla, in nome dell'*ius gentium*: cfr. Sallust., *Hist.*, 3.48.

¹⁰⁴ Cfr. G. Nocera, *Il potere dei comizi e i suoi limiti*, Milano 1940, p. 34 ss.

¹⁰⁵ Cic., *Rep.*, 1.32.48.

¹⁰⁶ Cic., *Pro Balb.*, 14.33; Liv., 7.17.12. G. Mancuso, *Alle origini del sindacato di costituzionalità*, cit., 16 s., ritiene che il popolo fosse dotato di un illimitato potere costituente, che arrivava fino a potere annullare per legge lo stesso ordinamento repubblicano.

¹⁰⁷ Cic., *Pro Caec.*, 33.95.

¹⁰⁸ Cic., *De dom.*, 12.30; 28.75: 33.90; *Post. red. in Sen.*, 10.26; 11.27.

rituale da parte degli Auguri¹⁰⁹, all'invasiva direzione del magistrato che presiedeva l'assemblea, alla necessaria ratifica senatoria (dalla *lex Publilia Philonis* del 339 in avanti, sostituita dall'autorizzazione preventiva a presentare la *rogatio*). Inoltre, come vedremo, esisteva anche un 'controllo di costituzionalità' da parte del Senato. Bisogna, infine, considerare che la *lex* non era l'unica fonte normativa, e nemmeno la più importante. Le leggi votate dai comizi, cioè dal teorico titolare dell'ordinamento, erano pochissime, a riprova che la *Respublica* non fu mai una democrazia nel senso radicale e 'antico' del termine.

5. Costituzione mista

Un principio destinato ad ispirare il costituzionalismo moderno era l'equo bilanciamento (*aequabilis compensatio*) di prerogative, doveri e funzioni tra i diversi organi dello Stato¹¹⁰. Esso trovava la sua più coerente espressione nella "costituzione mista", analizzata da Aristotele e dal *Tripolitico* di Dicearco (Fr. 71), le cui analisi furono riprese da Polibio e da Cicerone¹¹¹.

Nel *De Republica*, Cicerone si proponeva di riflettere sulla forma migliore di governo (*de optimo statu civitatis*)¹¹². A parte il caso astratto del "re per natura"¹¹³, essa era la "costituzione mista", la più equilibrata e comunque la più adatta al contesto romano¹¹⁴, non solo per i suoi principi fondamentali (*constitutio*), ma anche per la distribuzione dei poteri (*discriptio*) e l'effettivo funzionamento (*disciplina*)¹¹⁵.

Cic., *Rep.*, 1.43: *Sed et in regnis nimis expertes sunt ceteri communis iuris et consilii, et in optimatum dominatu vix particeps libertatis potest esse multitudo, cum omni consilio communia ac potestate careat, et cum omnia per populum geruntur quamvis iustum atque moderatum, tamen ipsa aequabilitas est iniqua, cum habet nullos gradus dignitatis.*

Alla domanda posta nel *De Republica* da Lelio, su quale fosse la migliore forma di governo, Scipione aveva risposto delineando le tre forme principali, e proponendo l'esempio della costituzione di Roma, che le combinava felicemente. Essa si fondava sul

¹⁰⁹ Le riforme agrarie di Saturnino, nel 100 a.C., e le proposte di Sesto Tizio nel 99 e di M. Livio Druso nel 91 furono bloccate dagli Auguri per vizi rituali nelle procedure. In particolare, sulla cassazione della riforma di Saturnino: Cic., *Leg.*, 1.114; Appian., *B. c.*, 1.133 ss. Cfr. M. Pani, *Il costituzionalismo di Roma antica*, cit., p. 92 ss. Gli Auguri controllavano la regolarità delle assemblee popolari, potendo eccepire la violazione di regole rituali o il verificarsi di auspici sfavorevoli. In questo modo, potevano differire o bloccare le deliberazioni. Per Cic., *Leg.*, 3.27, si trattava ovviamente di espedienti dilatori, utilissimi contro l'innato radicalismo del popolo.

¹¹⁰ Cic., *Rep.*, 2.57. Cfr. G. Hamza, *Il potere (lo Stato) nel pensiero di Cicerone e la sua attualità*, in *Rev. Int. de Derecho Romano*, (2013), www.ridom.uclm.es/documentos10/hamza10_imp.doc, p. 5 ss.

¹¹¹ Cicerone conosceva bene l'opera di Dicearco, come si legge in Cic., *Att.*, 2.2.2. Sul "modello dicearchico", già osservato da Platone nella costituzione di Sparta, cfr. M. Pani, *Il costituzionalismo di Roma antica*, cit., p. 43 ss.

¹¹² Si veda al riguardo Cic., *Ad Q. f.*, 3.5.1.

¹¹³ Cfr. G. Giliberti, *Studi sulla massima "Caesar omnia habet"*, cit., p. 21 ss.

¹¹⁴ Cic., *Rep.*, 1.26.41. Anche Montesquieu osservava che in ogni costituzione ci dovevano essere delle "prime leggi fondamentali", inerenti alla natura sociale e istituzionale di ciascuna delle tre forme pure di governo. Cfr. M. Dogliani, op. cit., p. 166 ss.

¹¹⁵ Cic., *Rep.*, 1.46.70: "*Sic enim decerno, sic sentio, sic affirmo, nullam omnium rerum publicarum aut constitutione aut discriptione aut disciplina conferendam esse cum ea, quae patres nostri acceptam iam inde a maioribus reliquerunt*".

consilium dei senatori ed evitava gli opposti rischi dell'autoritarismo insito nella monarchia e della *temeritas multorum* cui era esposta la democrazia¹¹⁶.

Come funzionasse la *mikte politeia*, che si supponeva fosse l'espressione politico-istituzionale dell'egemonia della classe media, lo aveva già, a suo tempo, spiegato Polibio. Il problema era: "Come e con quale tipo di regime politico, in meno di trentacinque anni, i Romani sono riusciti a ridurre quasi tutto il mondo abitato sotto il loro dominio, fatto unico nella storia"?¹¹⁷ La perfezione e la forza della *politeia* romana stava nel fatto che essa combinava i tre principi delle costituzioni rette, bloccando la dinamica che, ciclicamente, portava ciascun modello costituzionale a decadere ed a lasciare il posto ad un altro. L'equilibrio tra la *potestas* dei magistrati, l'*auctoritas* del Senato e la *libertas* del popolo era il vero segreto del successo militare di un popolo di non eccezionali virtù, che era riuscito a soggiogare popoli più evoluti, più ricchi e anche militarmente più dotati¹¹⁸.

Pol., 6.11.11 s.: *Tre elementi in equilibrio caratterizzavano lo Stato, come ho detto. Tramite questi, tutto era governato nei dettagli con tale equità e praticità, che nessuno avrebbe potuto dire se la Costituzione fosse complessivamente aristocratica, democratica o monarchica. Infatti è chiaro che la costituzione sembra in tutto e per tutto monarchica, se si considera il potere dei consoli. Se si considera quello del Senato, è aristocratica. Ma se si guarda al potere della massa, è senza dubbio democratica.*

Secondo Cicerone, la costituzione di Roma, oltre che *mixta*, era anche temperata. Non era sbilanciata né verso la monarchia (come a Sparta), né verso la democrazia (come a Cartagine)¹¹⁹. Difficilmente la monarchia avrebbe concesso la parità giuridica (*commune ius*) e politica (*commune consilium*); o il popolo avrebbe goduto della *libertas* in regime aristocratico; o una democrazia – magari giusta e moderata – avrebbe riconosciuto il diverso grado di *dignitas*, senza di che la stessa eguaglianza (*aequabilitas*) sarebbe iniqua¹²⁰. Invece, la *civitas* dei Romani era particolarmente equa, altrimenti non avrebbe garantito la libertà così a lungo¹²¹.

La peculiare "*forma civitatis*" romana non aveva un carattere semplicemente piramidale, ma era il prodotto di un fitto intreccio di *checks and balances* fra tre organi

¹¹⁶ Cic., *Rep.*, 1.25; 2.39. La costituzione mista viene vista come un'aristocrazia temperata, o come una democrazia moderata. Arist., *Polit.*, II, 1265 b, 28 la definisce *politia*, e la considera una forma di costituzione prevalentemente democratica, funzionale al dominio della classe media. Sulla tripartizione dei poteri fra magistrati, Senato e popolo, si vedano la *Rhet. ad Her.*, 4.47, databile intorno al 90 a.C., e la ciceroniana *Pro Sext.* 65.13. L'idea di un regime politico limitato dalle leggi e articolato in poteri diversi, in equilibrio tra loro, fu introdotto nel pensiero politico moderno soprattutto da Polibio, che venne ripreso dai *Discorsi sulla prima Deca di Tito Livio* di Machiavelli. Infatti, il *De Republica* ciceroniano venne ritrovato solo nel 1822. Cfr. L. Homo, *Les institutions politiques romaines* (1927), rist. Paris 1970, p. 135 ss

¹¹⁷ Pol., 6.58.1.

¹¹⁸ Pol., 1.1.5; cfr. 1.64.2; 6.2.2 ss.

¹¹⁹ Cic., *Rep.*, 2.42.

¹²⁰ Cic., *Rep.*, 1.43 : «*Sed et in regnis nimis expertes sunt ceteri communis iuris et consilii, et in optimatum dominatu vix particeps libertatis potest esse multitudo, cum omni consilio communia ac potestate careat, et cum omnia per populum geruntur quamvis iustum atque moderatum, tamen ipsa aequabilitas est iniqua, cum habet nullos gradus dignitatis*». Non si può fare a meno di notare una certa analogia con la Dichiarazione francese del 1789 (art. 16), la quale, riprendendo le posizioni di Montesquieu e dell'Illuminismo giuridico, affermava che "ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, è priva di costituzione".

¹²¹ Cic., *Rep.*, 1.45; 1.26: «*Omnis civitas, quae est constitutio populi, omnis res publica, quae ut dixi populi res est, consilio quodam regenda est, ut diuturna sit*»; 2.57: ... «*Id enim tenetote quod initio dixi, nisi aequalis haec in civitate compensatio sit et iuris et officii et muneris, ut et potestatis in magistratibus et auctoritatis in principum consilio et libertatis in populo sit, non posse hunc incommutabilem rei publicae conservari statum*».

(*partes reipublicae*). Il supremo *imperium* era diviso tra due capi dello Stato, il Senato godeva di *auctoritas* e di poteri esclusivi, la funzione legislativa e quella elettorale erano esercitate dalle assemblee politiche, l'intervento del veto tribunizio limitava il potere dei senatori¹²². Il popolo poteva decidere solo se interpellato dai magistrati nella forma da loro stabilita, ed era tenuto a rispettare l'autorità del Senato. Il Senato, a sua volta, aveva un potere generale di indirizzo e coordinamento politico anche nei confronti dei magistrati, che poteva arrivare fino alla *rescisio* degli atti lesivi dell'interesse pubblico e alla rimozione dalla carica. Tuttavia, l'assemblea non poteva autoconvocarsi¹²³. Come i re spartani si scontravano col potere degli efori, così i magistrati romani dovevano fare i conti con il veto dei tribuni della plebe, che era un antidoto contro il pericolo di una deriva monarchica¹²⁴. Infine, il controllo religioso da parte degli auguri (secondo Cicerone, congiunto ad una vera e propria *auctoritas* politica) contribuiva a tenere sotto controllo il popolo e ad impedire l'instaurazione della democrazia¹²⁵.

Sia Polibio che Cicerone (come pure la *Rhetorica ad Herennium*) parlavano di tre veri e propri poteri dello Stato, che condividevano l'esercizio della sovranità. Non descrivevano semplicemente uno stato di fatto, che si era verificato casualmente e poteva essere in ogni momento modificato da decisioni politiche. A Cicerone, in particolare, la *permixta constitutio* appariva un *quartum genus*, piuttosto che una riuscita combinazione delle forme fondamentali¹²⁶.

In realtà, il sistema era fortemente sbilanciato in senso timocratico e aristocratico. Il suo centro ordinatore era rappresentato senza dubbio dal Senato, che incarnò in ogni momento della storia romana i valori e i fini ultimi dello Stato. Grazie alla sua autorevolezza, ai suoi poteri esclusivi ed al fatto stesso di rappresentare l'assemblea della classe dirigente, il Senato era l'elemento dominante della costituzione repubblicana. Esso legittimava il potere del re (e poi quello dell'Imperatore), tutelava i valori religiosi ed era *auctor* dello stesso popolo, esercitando su di esso un potere supremo a carattere paternalistico. Per di più, – almeno fino alla *lex Publilia Philonis de patrum auctoritate* del 339 – aveva anche il potere di ratificare con la sua *auctoritas* le leggi comiziali, assumendo un ruolo di 'co-legislatore'¹²⁷. Inoltre, deteneva una serie di poteri esclusivi ed esercitava uno stringente controllo finanziario sull'attività dei magistrati. I magistrati, sottoposti al suo penetrante potere d'indirizzo (*gravissimum consilium*), ne apparivano "quasi ministri"¹²⁸.

L'esercizio del potere di governo (*gubernatio rei publicae*) era diviso funzionalmente tra due soggetti: "*Potestas in populo, auctoritas in Senatu*", come affermava Cicerone in *Leg.*,

¹²² Cic., *Leg.*, 3.7.15 ss.; *Rep.*, 2.34.59.

¹²³ Cfr. F. De Martino, *Storia della Costituzione Romana*, cit., vol. III, Napoli 1973, p. 308 ss.; P. Cerami, G. Purpura, *Profilo storico-giurisdizionale*, cit., p. 130 ss.

¹²⁴ Cic., *Leg.*, 3.15 s. I tribuni potevano sindacare anche il contenuto dei *senatusconsulta*, impedendo che fossero approvati: Val. Max., 2.2.7.

¹²⁵ Cic. *Leg.*, 2.30 ss.

¹²⁶ Cic., *Rep.*, 2.23.42: «statuo esse optime constitutam rem publicam, quae ex tribus generibus illis, regali et optimati et populari, confusa modice»; 1.29.45: «Itaque quartum quoddam genus maxime probandum esse sentio». Cfr. M. Miceli, 'Governo misto' e separazione dei poteri, in L. Labruna (dir.), *Tradizione romanistica*, cit., t. I, p. 677 ss.

¹²⁷ Un potere del tutto analogo era il *probouleuma* della *boulè* ateniese, esercitato nei confronti dei provvedimenti dell'*ekklesia*. Cfr. R. Martini, *Roma e Atene*, cit., p. 411 ss. Sembra probabile che l'*auctoritas* preventiva fosse di competenza dei soli senatori patrizi. La *lex Publilia* e la successiva *lex Maenia* resero l'*auctoritas* un parere preventivo e non vincolante, da parte dell'intero Senato. Cfr. V. Mannino, *L'auctoritas patrum*, Milano 1979, p. 121 ss.

¹²⁸ Cic., *Pro Sest.*, 65.137. Sul ruolo apicale del Senato nel sistema politico-istituzionale romano, cfr. P. Cerami, *Rapporti endogovernativi e coordinamento politico nel pensiero di Cicerone*, in F. Salerno (a c. di), *Cicerone e la politica*, Napoli 2004, p. 50 ss.

3.12. In realtà, dall'epoca dei Gracchi in avanti, la stessa titolarità dell'ordinamento era disputata tra il Senato e il popolo (quest'ultimo rappresentato più dai tribuni che dai comizi), al punto che la definizione ufficiale dello Stato era divenuta *Senatus Populusque Romanorum*.

Dovendo, nel 133 e nel 123 a.C., contrastare le riforme agrarie introdotte rispettivamente da Sempronio e da Tiberio Gracco, il Senato proclamò lo stato d'assedio mediante un *senatusconsultum ultimum*, affidando ai consoli il compito di sterminare il movimento plebeo. I due colpi di Stato senatori sembrarono stabilire definitivamente che il Senato, potendo proclamare lo stato di eccezione, era il detentore ultimo della sovranità. In realtà, la spaccatura della società tra il fronte degli *optimates* e quello dei *populares*, travolgendo gli equilibri sociali alla base delle istituzioni repubblicane, ne determinò la crisi irreversibile. Mentre il movimento gracciano aveva rappresentato un tentativo di semplificazione in senso democratico della costituzione mista, la reazione di Silla aveva tentato di trasformarla in senso oligarchico. Il regime di Cesare e la fondazione del Principato risolsero la lunga crisi, dando allo Stato un assetto definitivamente monarchico.

Anche nell'età del Principato, il Senato appariva al centro del sistema politico, condividendo il potere con l'imperatore: una formula che Mecenate sembra avesse consigliato ad Ottaviano¹²⁹. Formalmente, l'imperatore veniva eletto dal popolo e dal Senato, come suggeriva la ritualità del conferimento dell'*imperium* proconsolare e della *tribunicia potestas*. In realtà, l'esercizio del potere sovrano, un tempo prerogativa del popolo, era stato trasferito al Principe¹³⁰. Il costituzionalismo era ridotto ad un'innocua finzione giuridica. A partire dall'età del Principato, il termine *constitutio* non designò più, quindi, la costituzione, ma tutt'altro: un provvedimento imperiale in forma scritta, di varia forma e contenuto.

6. “Norme formali e vivente realtà”

Alcune norme erano considerate fondamentali e gerarchicamente superiori a quelle ordinarie, sicché era impossibile o difficile modificarle, al punto da rendere sanzionabile la stessa proposta. Che esistessero delle norme le quali, per motivi politici o religiosi, era bene che non fossero toccate, è dimostrato dalla necessità di apporre alle proposte di legge la riserva *‘si quid ius non esse rogari, hac lege nihilum rogatur’* ed il *caput tralaticium de impunitate*¹³¹. Tali norme avevano la funzione di assicurare l'esistenza dello Stato, la

¹²⁹ Cfr. P. Cerami, A. Corbino, A. Metro, G. Purpura, *Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica*, Napoli 2001, p. 115 ss.; J. Bleicken, *Der politische Standpunkt Dios gegenüber der Monarchie. Die Rede des Maecenas Buch 52, 14-40*, in *Hermes*, 90 (1962), p. 444 ss. Da quel punto in avanti, come rileva Ovidio nei *Tristia* (4.4.15): *“res est publica Caesar”*.

¹³⁰ Secondo Ulpiano, mediante la *lex de imperio*: D. 1.4.1 (Ulp. 1 inst.).

¹³¹ Cic., *pro Caec.*, 33.95. Cfr. F. De Martino, *La costituzione della città-stato*, in *Diritto economia e società nel mondo romano*, vol. II, Napoli 1995-2003, p. 470 s. Secondo P. Cerami, *Potere e ordinamento*, cit., p. 136, queste clausole provavano l'identità della *lex* a modificare il *ius*. Secondo F. Serrao, *Classi, partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa 1974, p. 87 – seguito da G. Valditara, *Riflessioni su principi fondamentali e nelle nella repubblica romana*, in L. Labruna (dir.), *Tradizione romanistica*, cit., t. I, p. 549 s. – la previsione dell'inderogabilità o irrevocabilità di alcune leggi esprimeva solo, con particolare enfasi, un largo accordo politico. Lo stesso mutamento della *forma civitatis* (si pensi all'istituzione del decemvirato legislativo), fu del tutto legale: cfr. Liv., 3.33.1. Oggetto che il decemvirato, in realtà, fu solo una delle varie magistrature supreme straordinarie della prima fase della Repubblica. La tradizione imputò ad essa, semmai, il tentativo illecito di insediarsi stabilmente al potere. Altra questione è l'apposizione al testo legislativo di clausole

stabilità della sua forma, la realizzazione dei suoi fini, la sua tradizione religiosa, la tutela dei diritti dei cittadini. In un'ipotetica carta costituzionale romana, ad esempio, avrebbe anche potuto ben figurare l'art. 139 della Costituzione italiana: "La forma repubblicana non può essere oggetto di riforma costituzionale"¹³².

Il controllo sugli atti dei magistrati e il sindacato di costituzionalità sulle leggi erano tutt'altro che sconosciuti al mondo classico¹³³. Nei diritti greci vigeva il principio che la modifica della costituzione fosse un fatto eccezionale e generalmente pericoloso. Ad Atene, questo richiedeva una complessa procedura, che coinvolgeva l'*Ekklesia* e un'assemblea di nomoteti¹³⁴. Il controllo di costituzionalità sulla regolarità formale e il merito di leggi e provvedimenti magistratuali era esercitato – a partire dal 403/402 – soprattutto mediante la *graphè paranomon*. Era un'azione penale che colpiva chiunque emanasse, facesse approvare o proponesse *pséphismai* (leggi del popolo e decreti dei magistrati) contrari alla costituzione. L'azione sospendeva l'iter legislativo o il decreto del magistrato. Il tribunale degli Eliasti poteva annullare il provvedimento e, se il processo avveniva entro un anno dal crimine, anche condannare il reo a morte. Un'altra forma di controllo, tipica di Sparta, era esercitata dai cinque Efori, che potevano annullare i provvedimenti incostituzionali dei magistrati e deferire i rei all'autorità giudiziaria¹³⁵.

Analogamente, a Roma, i censori reprimevano gli attentati all'ordine costituzionale, comminando sanzioni a privati, magistrati e, come accadde una volta nel 204 a.C., colpendo addirittura il popolo con una *nota censoria*¹³⁶. In casi limite, a partire dal colpo di stato del 132 a.C., contro Tiberio Gracco, il Senato si arrogò il potere di dichiarare un magistrato nemico pubblico e ordinare ai consoli di prendere le armi contro di lui (*Senatus consultum ultimum*), sospendendo la legalità costituzionale¹³⁷.

Il controllo generale sulla costituzionalità delle leggi (*iudicium de iure legum*)¹³⁸, spettava al Senato¹³⁹. Esso agiva in veste di custode della Costituzione romana, in primo

(*capita*) che ne vietavano l'abrogazione o l'invalidazione, come quella disposta nella *lex Clodia de exilio Ciceronis* (Cic., *Att.*, 3.23.2). Evidentemente, si trattava di semplici – e necessariamente modificabili – autolimitazioni politiche.

¹³² Cfr. M. Pani, *Il costituzionalismo di Roma antica*, cit., p. 58 s.

¹³³ Appian., *B. P.*, 112; Liv., *Per.*, 50. Cfr. L. Reduzzi Merola, *Iudicium de iure legum. Senato e legge nella tarda Repubblica*, Napoli 2001, p. 101 ss.

¹³⁴ Dopo la proposta all'*Ekklesia*, interveniva un'assemblea di 501 oppure 1001 nomoteti, davanti alla quale avveniva una discussione fra il proponente e una commissione ristretta. Dopo la pronuncia dell'assemblea, era infine l'*Ekklesia* a decidere (Polib., 12.16). Cfr. M.E. Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes: Structure, Principles, and Ideology* (1940), trad. ingl. Oxford-Cambridge (Mass.) 1999, p. 161 ss.

¹³⁵ Cfr. J.-Ch. Jobart, *La notion de Constitution chez Aristote*, cit., p. 136 ss.

¹³⁶ Liv., 39.37.8: C. Claudio censurò il collega M. Livio, che a sua volta censurò tutto il popolo, eccetto la sola tribù che non gli aveva votato contro.

¹³⁷ Plut., *Tib.*, 16. ss. Il provvedimento venne adottato anche contro Caio Gracco, e poi contro il console Emilio Lepido. Cfr. L. Labruna, *Il console "sovversivo". Marco Emilio Lepido e la sua rivolta*, II ed., Napoli 1976.

¹³⁸ In *De leg.*, 3.11-12. Cicerone proponeva di affidare la funzione nomofilattica (comprendente anche il controllo sul rispetto dei principi fondamentali del diritto) ai censori, trasformati in magistratura permanente. Invece, il Senato sarebbe divenuto una sorta di seconda 'camera legislativa', composta esclusivamente da ex magistrati maggiori. Cfr. G. Valditara, *Attualità del pensiero politico di Cicerone*, in F. Salerno, *Cicerone e la politica*, cit., p. 112 s.

¹³⁹ Nel *De legibus*, Cicerone propose che i censori avrebbero perso il compito di selezionare i senatori, ma avrebbero avuto la funzione di "*fidem legum custodire*", cioè di conservare i testi legislativi. Questo avrebbe consentito una più agevole verifica della fondatezza delle denunce rivolte ai magistrati usciti di carica da parte di privati cittadini (e non da accusatori pubblici, come in Grecia). I *decreta* del Senato sarebbero stati equiparati alle leggi e alle norme dell'*ius civile*: cfr. Cic., *De leg.*, 3.3.8 ss.; 3.12.28.

luogo quando una legge veniva sottoposta alla sua *auctoritas*¹⁴⁰. Per antica prassi costituzionale, il Senato poteva “*statuere de legibus*”¹⁴¹ successivamente alla loro approvazione, mediante *decretum*. Erano previsti, al riguardo, quattro diversi provvedimenti: l’*abrogatio* (cassazione totale), l’*obrogatio* (emendamento del testo), la *solutio legibus* (deroga in casi specifici, mediante autorizzazione del popolo e dei magistrati a non obbedire alla legge), la *derogatio* (cassazione parziale)¹⁴². La pronuncia di illegittimità costituzionale poteva colpire tutti i provvedimenti, anche leggi e senatoconsulti, estorti con la violenza¹⁴³.

Inoltre, il Senato poteva interpretare la costituzione quando si verificava un conflitto tra organi dello Stato (*contentio*, ovvero *disceptatio de iure publico*)¹⁴⁴. Si può nominare un dittatore fuori dal territorio romano? Un dittatore può farsi eleggere console? Quando un magistrato è nominato “*optima lege*”? I sacerdoti Flamini possono assistere alle sedute del Senato? Un magistrato può essere destituito?¹⁴⁵ La funzione nomofilattica del Senato era fatalmente destinata ad entrare in conflitto con il potere legislativo delle assemblee politiche. Per questo, si affermò il principio che il popolo dovesse essere coinvolto in tutte le decisioni riguardanti la legalità costituzionale delle *leges*¹⁴⁶.

Esisteva, dunque, una costituzione della Repubblica, o quando Cicerone parlava di *constitutio* si riferiva a qualcosa di diverso? Francesco De Martino, nella bellissima *Storia della Costituzione romana*, soprattutto nel primo dei sei tomi di quest’opera, usava continuamente questo termine, per indicare l’ordinamento giuridico-politico della città. Egli riteneva che esistesse un ‘nucleo duro’ di principi costituzionali, che non potevano essere sovvertiti senza mettere in discussione l’intero ordinamento repubblicano. Le *leges sacrae*, le XII Tavole, principi supremi quali il dominio della legge, la limitazione del potere, l’eguaglianza fra i cittadini, la *libertas*, l’*auctoritas* del Senato, l’ordinamento della plebe e l’accesso dei plebei alle magistrature, non potevano essere sostanzialmente aggrediti, senza con questo mettere in crisi il patto sociale che si era venuto faticosamente a costituire dal 509 al 367 a.C. Ma la *constitutio* andava vista “come non già un complesso di norme formali e statiche, ma come una vivente realtà”¹⁴⁷. Oltretutto,

¹⁴⁰ Serv., *ad Aen.*, 9.190: «*Prius enim iubebat aliquid populus, postea confirmabat Senatus*».

¹⁴¹ Cfr. G. Mancuso, *Alle origini del sindacato di costituzionalità*, cit., p. 36 ss. Persino nell’ambito del Regno, sui provvedimenti del monarca operava una sorta di sindacato di costituzionalità formale, esercitato dall’assemblea dei *patres* e dagli Auguri (per quanto riguardava la regolarità rituale degli atti), ma anche dai Pontefici (in materia di religione) e dai Feziali (sull’*ius ad bellum*).

¹⁴² Cic., *Pro Corn.*, 24; D. 50.16.102 (Modest. 7 *reg.*); Tit. Ulp. 1.3. Le *tabulae* contenenti il testo della legge incostituzionale – ad esempio, la *tabula iniqua* che vietava il *conubium* – venivano rimosse: Cic., *Rep.*, 2.37.63.

¹⁴³ Cic., *De dom.*, 27.71. Cfr. A. Maffi, *Il controllo dei magistrati nei progetti costituzionali di Platone e di Cicerone*, in L. Labruna (dir.), *Tradizione romanistica*, cit., t. I, p. 425 ss.

¹⁴⁴ Cic., *Pro Balb.*, 28.64; Caes., *B. G.*, 8.55; Liv., 2.56.12. Cfr. F. Reduzzi Merola, *Iudicium de iure legum*, cit., p. 101 ss.; P. Cerami, G. Purpura, *Profilo storico-giurisprudenziale*, cit., p. 43 ss.

¹⁴⁵ Cfr. P. Cerami, *Potere e ordinamento*, cit., p. 64 ss.; Id., “*Abrogatio magistratum*”, in *Sodalitas. Studi in onore di A. Guarino*, vol. I, Napoli 1984, p. 349 ss.

¹⁴⁶ Nella tarda Repubblica si tentò di ridimensionare ulteriormente il potere del Senato in questo campo. Cfr. Cic., *Rep.*, 3.22.33; *De dom.*, 27.71; *De inv.*, 2.45.134; Ascon., *in Corn.*, 54 ss., in merito alla proposta del tribuno Cornelio di escludere il Senato dalle decisioni in merito alla *solutio legibus*. Per G. Mancuso, *Alle origini del sindacato di costituzionalità*, cit., p. 28 ss., la prassi costituzionale consolidata di coinvolgere sia il Senato che il popolo quando si trattasse d’invalidare una legge per incostituzionalità aveva ceduto alla nuova consuetudine, di rimettere ogni decisione alla competenza esclusiva dei senatori.

¹⁴⁷ Cfr. F. De Martino, *Storia della Costituzione Romana*, cit., vol. I, p. 488 s. e passim; F. Schulz, *I principi del diritto romano*, (1934), trad. it. Firenze 1941, p. 124 ss.; G. Nicosia, *Lineamenti della costituzione e del diritto di Roma*, vol. I, Catania 1989 (rist.), p. 159 ss.; F. Spagnuolo-Vigorita, *Il fondamento legale della città: la costituzione*

non si può dire che la cultura romana condividesse il moderno ideale giuspositivistico della certezza del diritto¹⁴⁸.

Nella prassi, anche le più importanti norme di diritto pubblico - come quelle relative al *cursus honorum* - potevano essere derogate, facendo ricorso al discutibile sistema della *solutio legibus*¹⁴⁹. Nelle fasi di più intensa lotta politica, vennero spesso apertamente violate¹⁵⁰. Nella tarda Repubblica, questo fenomeno dilagò, travolgendo anche i capisaldi dell'assetto repubblicano. Ma questo non dimostra che mancassero delle norme costituzionali, a partire dal rifiuto del regno. Era un principio talmente fondamentale, che Augusto, dando vita all'Impero, dovette paradossalmente fingere di restaurare l'ordinamento repubblicano, violato dai cesaricidi e da Marco Antonio¹⁵¹.

repubblicana e il suo tramonto, in L. Labruna (dir.), *Tradizione romanistica*, t. I, cit., p. 301 ss.; e, in generale, M.A. Levi, *La Costituzione a Roma dai Gracchi a Giulio Cesare*, Firenze 1928.

¹⁴⁸ Cfr. F. Schulz, *I principi del diritto romano*, cit., p. 210: "È fra i tratti caratteristici del diritto romano l'importanza straordinariamente piccola che si dava a questa sicurezza". Cfr. S. Berteà, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli 2002, p. 57 ss.

¹⁴⁹ Appian., *B. P.*, 112; Liv., *Per.*, 50: Scipione Emiliano venne eletto console prima dell'età prescritta e reiterò illegalmente la carica, ma in entrambi i casi venne *solutus* dall'osservanza della *lex Villia*. Cfr. L. Reduzzi Merola, *Iudicium de iure legum. Senato e legge nella tarda Repubblica*, Napoli 2001, p. 101 ss.

¹⁵⁰ Ad esempio, in dispregio alla *Lex Licinia Sextia de consule plebeo* e nonostante l'opposizione dei tribuni della plebe, accadde che fossero eletti due consoli patrizi; fu violato il limite imposto dalla *lex Aemilia* sulla durata della magistratura dei censori; fu deposto un tribuno della plebe perché si opponeva alle riforme di Tiberio Gracco, nonostante la regola del divieto di destituzione dei magistrati. G. Mancuso, *Alle origini del sindacato di costituzionalità*, cit., p. 14 ss., parla al riguardo di *exempla*. In realtà si tratta di violazioni delle norme legislative, che sarebbero diventate *exempla* di una prassi costituzionale nuova, solo qualora si fossero ripetute e fossero state accettate pacificamente.

¹⁵¹ Sul "*novus status rei publicae*", cfr. G. Giliberti, *Le memoria del Principe. Studi sulla legittimazione del potere nell'età giulio-claudia*, Torino 2003, p. 14 ss.; McIlwain, op. cit., p. 64: "Dove se non nella Roma dei più antichi tempi si può trovare una finzione politica paragonabile al principato, una 'monarchia assoluta truccata nelle guise di una repubblica', come la chiamava Gibbon? Dove se non nell'Inghilterra dei tempi moderni possiamo trovare uno sviluppo costituzionale così peculiare, in cui il sovrano titolare è un re, il sovrano legale un'assemblea e l'estremo potere politico un popolo? Il principato e la moderna 'monarchia limitata' sono finzioni, e sono il risultato di un abito, intrattenuto per lungo tempo, a pensare in termini di finzioni giuridiche. L'altra grande finzione politica dello stesso tipo che viene in mente è il Sacro Romano Impero, che, come diceva Voltaire, non è né sacro né romano né impero".

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Lanfranco Ferroni

Co-direttori: Giuseppe Giliberti, Luigi Mari, Lucio Monaco.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Franco Angeloni, Andrea Azzaro, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Maria Grazia Coppetta, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Guido Guidi, Guido Maggioni, Paolo Morozzo Della Rocca, Paolo Pascucci, Paolo Polidori, Eduardo Rozo Acuña, Elisabetta Righini, Thomas Tassani, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Enrico Moroni, Massimo Rubechi.

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Alberto Clini, Darjn Costa, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Alberto Fabbri, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Valeria Pierfelici, Iliaria Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore.

Cultura giuridica e diritto vivente è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
