

STEFANIA ROMEO

Ricercatore di Diritto romano

Università Mediterranea di Reggio Calabria

Diritti fondamentali e costituzionalismo.

La prospettiva storica*

English title: *Fundamental rights and constitutionalism. The historical perspective*

DOI: 10.26350/004084_000065

Sommario: 1. Impostazione del problema ed ambito dell'indagine 2. Il "costituzionalismo romano" 3. I "valori fondamentali" dell'antichità classica.

1. Impostazione del problema ed ambito dell'indagine

La centralità dei "diritti fondamentali" è insistentemente proclamata quale conquista dei sistemi giuridici attuali, al confronto con un modello antico che quei diritti non solo ignorava ma, talvolta, anche negava. Si afferma l'ovvio dicendo che la società classica, e romana in particolare, non conobbe diritti fondamentali, portato della cultura moderna, ed ebbe anzi una nozione di "umanità" non certo egualitaria bensì, all'opposto, elitaria.

Basti leggere gli articoli della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite del 1948, quale manifesto dei diritti umani della modernità, per avere evidenza della profonda diversità tra società antica e società moderna, tra una nozione di soggettività limitata e fortemente condizionata dal godimento di un particolare *status*, ed una, all'opposto, assunta a principio generale dell'ordinamento, in forza del quale l'uomo come individuo è titolare di alcuni diritti fondamentali, riconosciuti e tutelati.

Qualunque tentativo di storicizzare la problematica dei diritti fondamentali è, dunque, evidentemente destinato a fallire.

E, tuttavia, pur senza indulgere alla lusinga di percorrere la facile via dello «sbandieramento dei precedenti di cui, in sé, la contemporaneità giuridica ha dimostrato di non sapersene che fare»¹, è certamente forte nello storico del diritto l'esigenza di riflettere, con il proprio strumentario concettuale e metodologico, su un tema che si impone alla contemporaneità giuridica e sociale². Nell'attuale e vivace dialettica tra la

¹ Così, schiettamente, U. Vincenti, *Diritto romano e diritti umani*, in C. Cascione, C. Masi Doria (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, vol. VIII, Napoli 2007, p. 5835 ss., il quale, e non a torto, osserva che «la categoria dei diritti dell'uomo è nata con il giusnaturalismo ed è ... metodicamente scorretto proiettarla indietro nel tempo, per scoprirne i precedenti nell'esperienza greca e romana. In Roma, qualunque sia l'epoca considerata, non vi è mai stata eguaglianza giuridica e morale tra gli *homines*, non vi è mai stata la spinta anche solo a pensare una sorta di soggetto unico universale. Sicché,...., voler ricercare, e trovare, a tutti i costi quei precedenti nel diritto romano equivale, ancora una volta, a dichiarare per implicito o, meglio, inconsciamente la minorità in cui si avverte la romanistica contemporanea: se essa è, diciamo, tagliata fuori dall'evoluzione giuridica, non mi sembra che con operazioni di retrospezione di questo genere riesca ad affermare una sua presenza, anche se una tematica come quella dei diritti umani appare ghiotta perché, oltre ad essere immersa nella contemporaneità, è indubbiamente "di moda"...».

² L'utilità di individuare i precedenti dei moderni diritti umani è affermata da G. Pugliese, *Appunti per una storia della protezione dei diritti umani*, in Id., *Scritti giuridici (1985-1995)*, a cura di L. Vacca, Napoli 2007, p. 109 ss. Contro la radicale posizione di M. Villey (*Le droit et les droits de l'homme*, Parigi 1983), per il quale essi, lungi dal configurarsi quali veri e propri diritti, altro non sarebbero che «pure e semplici rivendicazioni o, rispettivamente, proclamazioni politiche o sociali», Pugliese ritiene che i diritti umani, prodotto di correnti politiche e di pensiero maturate nei secoli XVII e XVIII, siano stati preceduti «da diritti in più o meno ampia misura ad essi corrispondenti e che risalgono ad epoche lontane o lontanissime» (110). Una posizione di chiusura sul tema è stata espressa anche da M. Talamanca, *L'antichità e i "diritti dell'uomo"*, in *Atti dei Convegni lincei, CLXXIV. Convegno in occasione del cinquantenario della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali. In onore di Paolo Barile*, Roma 2001, p. 48 e ss.: «l'attenzione per i diritti dell'uomo nell'antichità è accesa, nei singoli studiosi, dall'interesse per questa tematica nel presente, onde – con atteggiamento tutto sommato abbastanza ingenuo e un po' sprovveduto – si va, con animo simpatetico, alla ricerca dei precedenti antichi della fenomenologia moderna, volendoli a tutti i costi ritrovare, ma riuscendo al massimo a riscontrare delle analogie nei contenuti di situazioni o rapporti giuridici allora tutelati con quelli che rientrano negli attuali "diritti dell'uomo" nella loro ormai non brevissima storia». Una interessante prospettiva diacronica è proposta da M. Pani, *Il costituzionalismo di Roma antica*, Roma - Bari 2010, p. 109 e ss. Da ultimo, riflessioni importanti, che aprono nuovi percorsi all'indagine giuridica, si leggono in L. Solidoro, *Formazione e trasformazione dei diritti umani. Il contributo dell'esperienza romana e l'attuale uso della categoria 'persona'*, in *Teoria e storia del diritto privato*, XII (2019), cui si rinvia anche per completi ed aggiornati riferimenti bibliografici.

richiesta di uno statuto universale, capace di abbracciare tutti gli uomini e le loro molteplici essenziali esigenze, ed i conflitti sociali ed ideologici che di quella tensione di universalità rappresentano la negazione, un elemento di equilibrio può forse essere offerto dalla considerazione della dimensione storica del problema in una duplice chiave: costituzionale, come storia dell'apparato istituzionale nel quale il fenomeno dei "diritti fondamentali" si colloca; ed etimologico, come storia delle parole e dei concetti.

Il primo di tali profili costituisce esso stesso tema centrale e assai dibattuto.

In un momento di forte riflessione, almeno nazionale, sulla bontà della Carta fondamentale, e, in chiave europea, sulle matrici culturali di una istituenda Costituzione europea, la dottrina antichistica ha sottoposto il modello istituzionale offerto dall'antichità classica ad importanti riflessioni, impiegando per esse la nozione di «costituzionalismo»³.

Sebbene la giuspubblicistica individui i presupposti ideologici del "costituzionalismo" nella temperie culturale del XVIII secolo, appare utile soffermarsi sul derivato concettuale di quella, ossia sulla nozione di «costituzione», per verificarne la ricorrenza (o i termini di essa) anche nell'esperienza romana⁴.

³ Di costituzionalismo romano discute, tra gli altri, F.P. Casavola, *Costituzionalismo romano*, in Id., *Sententia legum tra mondo antico e moderno, vol. II, Metodologia e storia della storiografia (Antiqua 87)*, Napoli 2001, p. 523 e ss. (già in *Scritti in memoria di Antonio Villani*, Napoli 2001, p. 1 e ss., poi anche in E. Lanzillotta, A. D'Atena (a cura di), *Da Omero alla Costituzione europea. Costituzionalismo antico e moderno*, Roma 2003, p. 157 e ss.), con pacate riflessioni comparative tra costituzionalismo romano e costituzionalismo moderno; M. Pani, *Il costituzionalismo di Roma antica*, cit., p. 52 e ss. (su cui v. le recensioni di P. Santini in *Index*, 38 (2010), p. 159 e ss., e di C. Cascione, in *IURA*, 62 (2014), p. 393 e ss.).

⁴ Nell'autorevole dottrina che ha affrontato il tema del "costituzionalismo" nel mondo antico v., fra tutti, C.H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York 1947 (trad. it. a cura di N. Matteucci, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna 1990), sul quale, con particolare riguardo al rapporto tra costituzionalismo greco e costituzionalismo romano, ed in chiave critica nei confronti della «descrizione, assai lacunosa, del costituzionalismo greco» e dei «fondamenti del pensiero costituzionale attribuiti alla cultura giuridica romana» cfr., con osservazioni puntuali e condivisibili, E. Lanzillotta, *Correnti costituzionali nel IV secolo a.C.*, in E. Lanzillotta, A. D'Atena (a cura di), *Da Omero alla Costituzione europea. Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 135 e ss., ed ivi, p. 139 e ss., sulla cultura ateniese del IV secolo quale risultante dalla vasta produzione letteraria sul costituzionalismo, della quale si ripercorrono, in sintesi, le tappe principali nei suoi tre indirizzi, storico, filosofico, istituzionale; P.

Come noto, una «costituzione» romana come testo scritto contenente norme circa il funzionamento degli organi costituzionali non esiste: qualsiasi teorizzazione pura rappresenta una costruzione di modelli espressivi assolutamente estranea alla realtà politica della *res publica*, la quale, per tutto il corso della sua esperienza costituzionale, vive di un complesso di «prassi e convenzioni costituzionali»⁵, da cui poi sono stati

Cerami, *Strutture costituzionali romane e irrituale assunzione di pubblici uffici*, in *AUPA*, 31 (1969), p. 133 e ss.; Id., *Prassi e convenzioni costituzionali nel sistema della libera res publica romana*, in *AUPA*, 47 (2002), p. 123 e ss.; Id., *Costituzione e interpretazione dei principi costituzionali nel sistema istituzionale della libera res publica*, in M.P. Baccari, C. Cascione (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da L. Labruna, tomo I, Napoli 2006, p. 633 e ss.; Id., *Brevi riflessioni conclusive*, in *Origine e sviluppo storico del giudizio di costituzionalità. Giornate di studio in memoria di Gaetano Mancuso, Palermo 28 novembre 2007*, in *AUPA*, 52 (2007-2008), p. 69 e ss.; G. Mancuso, *Il concetto di costituzione nel pensiero politico greco-romano*, in *AUPA*, 39 (1987), p. 341 e ss.; L. Labruna, «*Civitas, quae est constituto populi...*». *Per una storia delle costituzioni*, in *Labeo*, 45 (1999), 2, p. 165 e ss.; V. Mannino, *La costituzione dei Romani: un'idea sostenibile?*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, XIII (2001), p. 93 e ss. (= Id., *Questioni di diritto*, Milano 2007, p. 25 e ss.); F.P. Casavola, *Constitucionalismo romano y constitucionalismo moderno*, in *Seminarios Complutenses*, 15 (2003), 15, p. 51 e ss.; Id., *Costituzionalismo romano*, cit., p. 523 e ss., che ritiene l'estraneità del costituzionalismo romano alla separazione dei poteri che qualifica, invece, il costituzionalismo moderno: «la costituzione repubblicana è *libertas*», e questa, quale «condizione dell'uomo libero, senza padrone», integra l'ideologia fondante la legalità costituzionale romana (p. 528); F. De Martino, *Le idee costituzionali dell'antichità classica e la nostra costituzione*, in Id., *Diritto economia e società nel mondo romano*, vol. IV, *Scritti recenti*, Napoli 2003, p. 61 e ss. (già in AA.VV., *Dalla Costituente alla Costituzione. Convegno in occasione del cinquantenario della Costituzione repubblicana [= Atti dei convegni Lincei 146]*, Roma 1998, p. 76 e ss.; poi anche in M.P. Baccari, C. Cascione (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da L. Labruna, tomo II, Napoli 2006, p. 1991 e ss.); A. Guarino, *Forma e materia della costituzione romana*, in M.P. Baccari, C. Cascione (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da L. Labruna, tomo I, cit., p. 397 e ss.; G. Lobrano, *Dottrine della «inesistenza» della costituzione e «modello del diritto pubblico romano»*, *ibid.*, p. 321 e ss.; T. Spagnuolo Vigorita, *Il fondamento legale della città: la costituzione repubblicana e il suo tramonto*, *ibid.*, p. 301 e ss.; G. Valditara, *Riflessioni su principi fondamentali e legge nella repubblica romana*, *ibid.*, p. 547 e ss.; M. Pani, *Il costituzionalismo di Roma antica*, cit., p. 52 e ss.

⁵ Così, efficacemente, P. Cerami, *Prassi e convenzioni costituzionali nel sistema della libera res publica romana*, cit., p. 123 e ss., che valorizza «il ruolo costitutivo» svolto dalle convenzioni costituzionali nella prassi della *libera res publica*, che non limita, com'è nella ricerca di Branca (G. Branca, *Convenzioni costituzionali e antica repubblica romana*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. I, Milano 1988, p. 75 e ss., poi in A. Corbino (a cura di), *Diritto e storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei. Antologia*,

estrapolati, dai pensatori dell'epoca, profili teorici. Su questi ultimi, com'era evidente, si è appuntata l'attenzione della dottrina moderna, incline a confrontarsi con testi scritti, e poco propensa a riflettere, com'è invece nella peculiarità metodologica dei *prudentes*, sul valore della prassi.

La dottrina giuspubblicistica colloca la nascita del concetto di Costituzione «quale Carta codificata (*Verfassung*, *Constitution*, *Constitucion*, *Statuto*)»⁶ nella seconda metà del 1700, in America (Usa, Cost. 1787) ed in Europa (in Francia nel 1791), e non lo considera, riduttivamente, ed «in modo discutibilmente asettico e neutrale», come «mero «assetto» o «struttura fondamentale dello stato», ma «inscindibilmente legato al patrimonio essenziale del costituzionalismo, quale movimento culturale caratterizzato da precisi connotati «politici»: netta prevalenza, nella dialettica autorità/libertà, della seconda;

Padova 1995, p. 85 e ss. Ma v. anche L. Garofalo, V. Mannino, L. Peppe, *Alcuni appunti di Giuseppe Branca sulle «convenzioni costituzionali» nell'antica Roma*, in *BIDR*, 91 (1988), p. 689 e ss., poi in L. Garofalo, *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova 2008, p. 29 e ss.) al «problema storico-giuridico delle anticipazioni e delle duplicazioni di leggi e consuetudini», ma innalza «a vero e proprio “leitmotiv” del costituzionalismo della *res Romana* ...». La *res publica* romana appare come una realtà in movimento, non suscettibile di essere costretta entro rigidi schemi e regole formali, ma orientata dalla fattualità delle dinamiche politiche e delle forze in esse dominanti. Essa vive nella «prassi» e nelle «convenzioni costituzionali che, nel loro insieme, concorrono a determinare le regole ed i principi organizzativi della *constitutio rei publicae*, intesa ed assunta in senso strutturale-funzionale (costituzione materiale) e non già come “legge fondamentale” (carta costituzionale). La prassi è data da una serie di molteplici applicazioni di *exempla* (precedenti), che possono consistere o in comportamenti di personalità politiche, comunemente accettati ed imitati, o in veri e propri accordi fra organi politici e/o gruppi sociali (*partes rei publicae*). Il reiterato impiego (*exempla inveterata*) e la progressiva stabilizzazione dei precedenti nella prassi danno vita – in un sistema costituzionale aperto qual è quello della *libera res publica* – a vere e proprie “regole consuetudinarie”» (*ibid.*, 124). Questa consapevolezza metodologica in ordine alla derivazione di qualsiasi teorizzazione sulle istituzioni politiche e sulla organizzazione del potere dalla pratica politica è presente anche nel pensiero di Ch. H. McIlwain, *The Growth of Political Thought in the West*, New York 1932, p. 391: «è quasi una legge di sviluppo del pensiero politico il fatto che le concezioni politiche siano generate dai rapporti politici effettivi; spesso nella storia questi rapporti sono mutati sostanzialmente molto tempo prima che tale mutamento attirasse lo sguardo di quegli stessi che ne erano più toccati, o divenisse parte delle loro abitudini inconscie di pensiero, per non parlare della loro speculazione politica, se mai ne ebbero una» (così nella traduzione di N. Matteucci che si legge nella *Introduzione* a Ch. H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 8).

⁶ A. Spadaro, s.v. *Costituzione (dottrine generali)*, in E. Chiti, *Dizionario di diritto pubblico* (Direttore S. Cassese), vol. II, Milano 2006, p. 1630 e ss.

riconoscimento di un'uguaglianza ontologica fra gli uomini; libera scelta dei governanti da parte dei governati; separazione dei poteri»⁷.

Questa connessione e stretta dipendenza della costituzione dal costituzionalismo può essere utilmente assunta come base di lavoro per verificare la ricorrenza anche nell'esperienza romana di un assetto istituzionale compatibile con la tutela di diritti fondamentali. In sostanza, anche se si prescinde dalla identificazione della "costituzione" con il "costituzionalismo" nei termini ideologici appena evocati, è evidente che essa quale struttura fondamentale dello stato manifesta i valori fondamentali della società che in quella organizzazione politica si identifica. Ecco che individuare questi valori anche per l'esperienza romana consente di riscontrare la tutela in essa di quelli che oggi si definiscono diritti fondamentali.

In questa prospettiva può essere comodo discutere di costituzione e di costituzionalismo anche per l'assetto della *res publica* romana, avendo come obiettivo quello di verificare la compatibilità tra la struttura della organizzazione costituzionale e la tutela delle prerogative fondamentali dei *cives*.

2. Il "costituzionalismo romano"

Il termine «constitutio» – che nel latino giuridico del principato designa specificamente la fonte normativa imperiale – allude sia allo *status*, ossia alle qualità essenziali distintive di un oggetto, sia al fatto costitutivo di qualcosa.

⁷ A. Spadaro, s.v. *Costituzione (dottrine generali)*, cit., p. 1630. Attuativo del verbo *constituere*, da *cum-statio*, «constitutio», che significa «fissare», «porre», «stabilire», in maniera unilaterale o anche d'intesa con gli altri, acquista un suo peculiare significato nel linguaggio giuridico solo piuttosto tardi. Invero, «solo con quel movimento politico, filosofico e culturale volto al raggiungimento nelle compagini statuali di fondamenta normative improntate a principi liberali o liberaldemocratici, solo con l'affermarsi – cioè – di quella dottrina fautrice di istituzioni capaci di garantire libertà civili e diritti politici; solo, dunque, a seguito dell'affermarsi del c.d. «costituzionalismo», il termine «costituzione» passa a designare, con una decisa prevalenza semantica, quel complesso di norme enunciate in un documento o quella prassi giuridica che sta alla base di un ordinamento – una Grundnorm, nella fisicità dell'espressione tedesca – che disciplini la struttura dello Stato e i suoi rapporti con i cittadini» (L. Labruna, «*Civitas, quae est constituto populi*». *Per una storia delle costituzioni*, cit., p. 167, ed ivi anche per un'ampia e compiuta disamina dei profili, anche etimologici, del termine «constitutio» e per dettagliati riferimenti bibliografici).

Con specifico riferimento all'ordinamento giuridico, «*constitutio*» indica, nelle fonti classiche, la configurazione storica dello Stato (le costituzioni delle città greche, le *politeiai* studiate da Aristotele, o la *constitutio* romana ricordata da Cicerone), ossia la struttura, le prerogative ed i limiti dei poteri sovrani. Quale modo di atteggiarsi di un ordinamento storico, la costituzione non coincide con il significato moderno più accreditato che ad essa attribuisce una carica ideologica pregnante: è “costituzionale” «solo un ordinamento «giuridico» caratterizzato dai valori «politici» del costituzionalismo, sempre più considerato, al pari dei diritti umani, patrimonio universale dell'umanità»⁸.

Estendere, dunque, oggi, all'esperienza antica, greca e romana, la nozione moderna di «costituzione» impone anzitutto di verificare la ricorrenza dei valori del «costituzionalismo», dovendosi altrimenti, e più correttamente, discutere di «*constitutio*» o di «*politeia*» quale *status* ordinamentale e sociale descrittivo della struttura dei poteri sovrani e delle forze sociali rappresentate.

Il pensiero politico greco elabora il concetto *politeia*. Da *polis*, esso indica sia l'insieme dei *politai* – non solo collettivamente considerati, la *koinonia ton politon* aristotelica, ma anche, da un punto di vista individuale, quale condizione giuridica di ciascuno di essi in quanto appartenenti alla comunità civica –, sia l'organizzazione costituzionale, ossia la distribuzione del potere tra di essi⁹. Il dibattito sulle forme costituzionali capaci di realizzare l'*eunomia* anima la riflessione storica e politica, da Erodoto a Tuciddide a Platone ed Aristotele, lasciando un impianto dogmatico fondamentale per la riflessione successiva e moderna.

L'ambito di applicazione del termine *politeia* coincide con il moderno termine «costituzione» nell'accezione propria poc'anzi richiamata.

⁸ A. Spadaro, s.v. *Costituzione (dottrine generali)*, cit., p. 1631.

⁹ Sul concetto in sintesi F. De Martino, *Il modello della città-stato*, in A. Schiavone (diretto da), *Storia di Roma, vol. IV, Caratteri e morfologie*, a cura di E. Gabba, A. Schiavone, Torino 1989, p. 435: premesso che *polis* non «designa di per sé lo stato», ed *astu*, corrispondente all'*urbs* latina, indica «la città nel suo essere materiale» (*ibid.*, 436), «*politeia* equivale a cittadinanza, che in quanto collettività di cittadini rappresenta il potere della *polis*. Data questa specificità, *politeia* può intendersi anche come «costituzione dei cittadini ... Il concetto è diverso da quello moderno di costituzione. *Politeuma* ha a sua volta vari significati; fra questi quello di ordinamento della città, più di come non appaia nella romana *civitas*» (p. 435).

Il retore Isocrate discute del modello costituzionale dell'Atene del IV secolo, vagheggiando, nell'Areopagitico, il rafforzamento dell'autorità dell'Areopago per risanare la *polis*. In questo contesto, definisce la *politeia psychè poleos*, «l'anima della città, perché ha la stessa funzione che la mente ha nel corpo: è lei che decide su tutto, conserva i successi, contiene i disastri; a lei si devono omologare le leggi, gli uomini politici e i privati cittadini, e i risultati che si ottengono sono ovviamente conformi»¹⁰.

Come, dunque, il corpo è guidato dalla mente, così la città (i governati) deve essere guidata da una "ragione" governante. La *politeia* è la forma organizzativa statale, è il "fatto costituente" ed ordinatore del governo e del potere della città, la legge superiore alle altre, nella gerarchia delle fonti del diritto, che definisce l'assetto e la struttura dei poteri statuali e modella del suo *ethos* la realtà sociale ed economica della *polis*. Ne discende che le *politeiai*, ossia le costituzioni delle *poleis* greche, «sono in realtà tante quante le *poleis* stesse in ciascun «momento» della loro vicenda storica: in effetti presso la Scuola aristotelica era stata «compilata» una raccolta che raggiungeva il rispettabile numero di circa 150 *politeiai* di città greche, comprendenti anche la «storia» dei cambiamenti che ciascuna di esse aveva conosciuto nel corso del tempo, come attesta l'unica tra di esse pervenutaci integralmente, la *Costituzione degli Ateniesi*»¹¹.

¹⁰ Isocrate, *Areopagitico* 14. Lo stesso pensiero ritorna anche in Isocrate, *Panatenaico* 138: «se a quel tempo la nostra città aveva una forma di governo superiore alle altre, sarebbe giusto attribuirne il merito ai suoi re, su cui mi sono soffermato poco fa. Sono loro che hanno cresciuto il popolo educandolo al valore, alla giustizia e a una grande saggezza, e che ci hanno insegnato con il loro esemplare governo – parlo chiaramente sulla base dei fatti – che ogni costituzione è l'anima della città, e ha la stessa forza che ha l'intelletto sul corpo: ha potere decisionale su tutto, salvaguarda i beni, sa stornare le disgrazie; da essa dipende tutto ciò che accade nelle città». Cfr. anche Aristotele, *Politica* IV, 11, 1295b: «... la costituzione è in un certo senso la vita stessa della città».

¹¹ M. Lombardo, *La polis: società e istituzioni*, in E. Greco (a cura di), *La città greca antica: istituzioni, società e forme urbane*, Roma 1999, p. 20. Il riconoscimento della pluralità degli ordinamenti costituzionali richiama all'evidenza un problema dogmatico di fondo, che ha a lungo occupato gli studiosi dell'esperienza giuridica greca: se il diritto greco è il diritto delle *poleis*, vacilla la correttezza della stessa locuzione "al singolare", diritto greco, dovendosi a questa preferire la locuzione "diritti greci". La questione ha dato luogo ad un importante dibattito, per un breve resoconto storiografico del quale si rinvia a M. Talamanca, *Il diritto in Grecia*, in M. Talamanca-M. Bretone, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Bari 1994, p. 5 e ss. Nel senso della unitarietà del diritto greco si è espressa autorevole e maggioritaria dottrina che, a fronte della

La tipizzazione della *politeiai*-costituzioni nelle tre principali forme della *basileia*-monarchia (cui corrisponde la forma degenerata della tirannide); dell'*aristokratia* (cui corrisponde la forma degenerata della *oligarchia*); e della *politeia* (cui corrisponde la forma degenerata della *demokratia*), è strutturata intorno al numero dei soggetti ai quali viene attribuito l'esercizio del potere politico, ed è dunque strettamente correlata al governo della volontà ed ai suoi potenziali limiti.

L'importante ed imponente letteratura sul pensiero politico greco dimostra la centralità che la nozione di *politeia* dovette avere nell'antichità greca: la speculazione filosofica, platonica e aristotelica, sulla migliore "costituzione" possibile, o i trattati sui regimi politici delle

pluralità e frammentarietà delle istituzioni politiche ed amministrative delle *poleis*, ha invocato una unitarietà culturale che legittimerebbe un approccio ed una considerazione unitaria dell'esperienza greca. Ciò emerge, d'altronde, e con particolare evidenza, proprio con riguardo agli istituti del diritto privato, sottratti, a differenza di quelli pubblicistici, a qualsiasi vincolo dalla situazione politica di indipendenza della Grecia, e destinati dunque ad esercitare una profonda influenza sugli istituti del diritto privato romano, com'è testimonianza nel fenomeno del diritto greco-egizio e nella prassi privatistica provinciale. Sul punto, a titolo esemplificativo, si consideri il fenomeno testamentario e la prassi commerciale studiata da M. Amelotti e L. Migliardi Zingale, i cui risultati scientifici e la cui bibliografia sono richiamati nel mio *Appartenenza ed alienazione in diritto romano, Tra giurisprudenza e prassi*, Milano 2010, in specie p. 360 e ss., cui rinvio anche per brevi cenni storiografici sulla influenza del diritto orientale sul diritto dell'*Urbe*. Tra l'altro, la questione relativa all'esistenza di un diritto greco o di diversi diritti greci quante sono le *poleis* che lo esprimono, si arricchisce di ulteriori e non trascurabili profili. Se il diritto di Atene riveste senza dubbio un ruolo dominante, per la supremazia politica della *polis* e per la consistenza della documentazione pervenuta relativa ad istituti privatistici – quale risulta dalle opere di oratori come Lisia e Demostene –, lo stesso diritto della *polis* non esaurisce il campo dell'ordinamento giuridico, ad esso affiancandosi, a diversi livelli, un diritto sacrale, un diritto familiare ed un diritto commerciale, autonomi rispetto all'ordinamento della città-stato: «l'ordinamento pluralistico del diritto greco è conseguenza della formazione storica della *polis*, rappresentando al tempo stesso un correttivo delle sue profonde disarmonie ed un mezzo necessario della sua funzionalità piena e giusta. Suggesto da esigenze pratiche, non meno che da un fondamentale spirito di equità e di coscienza degli interessi collettivi, ci si rivela come il segreto di un ordinamento giuridico, tormentosamente raggiunto col superamento di contraddizioni astrattamente invincibili; e trasmuta, in chi lo studi oggi, il primo senso di disorientamento e di stupore nell'ammirata valutazione della grande sapienza di un popolo» (E. Cantarella, *Pluralità di ordinamenti (diritto greco)*, in *NNDI*, vol. 13, Torino 1966, p. 147). La tesi del carattere pluralistico dell'ordinamento giuridico della *polis* è stata, come noto, compiutamente elaborata da Paoli (v. la bibliografia citata da Cantarella, *op. cit.*, p. 146), che applica, in tal senso, allo studio del diritto greco, la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano.

poleis, principalmente di Aristotele e della sua Scuola, riscontrano una importante tradizione indiretta¹² sulla esistenza di “atti costituzionali” relativi al potere di governo, suscettibili di essere assimilati, senza grosse forzature, pure formalmente, alla moderna nozione di costituzione come legge fondamentale.

L'esigenza di regolamentare, e così limitare, il potere politico, riflesso nelle *politeiai*, sembra dunque caratterizzare l'esperienza culturale greca, nella quale pure, a differenza di quella romana, manca una elaborazione teorica e sistematica delle norme giuridiche ed una riflessione scientifica intorno al fenomeno giuridico¹³. Vero è che, com'è stato osservato da

¹² Con eccezione della documentazione epigrafica, la maggior parte delle informazioni relative ad istituti privatistici è contenuta in testi letterari, e principalmente nelle orazioni di Demostene e Lisia, databili al IV secolo, con tutti gli evidenti condizionamenti derivanti dal genere letterario impiegato. Allo stesso modo poi, con riguardo al diritto pubblico, tra i testi pervenuti contenenti *constitutiones*, vi è, primo fra tutti, la *Costituzione degli Ateniesi* di Aristotele, che descrive il funzionamento delle istituzioni pubblicistiche nell'Atene del IV secolo. Una sorta di trattato sul diritto pubblico ateniese che, tuttavia, per la scarsità delle fonti, non offre un approccio diacronico alle vicende istituzionali greche, e consente solo la verifica circa la sussistenza di istituti ed istituzioni. Sulle fonti di cognizione del diritto greco v., con una efficace sintesi, A. Biscardi, *Diritto greco antico*, Milano 1982, p. 17 e ss., il cui giudizio sulla loro conducenza ai fini della conoscenza dell'esperienza giuridica greca, e così sull'opportunità di generalizzare e sistematizzare il diritto attico, è meno rigoroso rispetto a quello espresso da Paoli, per il quale il diritto greco è per i moderni «un diritto semplicemente supposto, o in altre parole un diritto che si diverte, con chi cerchi di indagarlo, a fare a nascondino» (A. Biscardi, *ibid.*, p. 17. Per la citazione di Paoli, si richiamano *Studi sul processo attico*, Padova 1933, pp. 11-14; *Le fonti del diritto attico*, in *Studi senesi*, 70 (1958), p. 163).

¹³ Sul peculiare atteggiarsi della cultura giuridica nell'esperienza greca v. M. Talamanca, *Il diritto in Grecia*, cit., p. 19 e ss., ove la differenza culturale rispetto al mondo romano per la mancanza della elaborazione scientifica ad opera di un ceto professionale di giuristi («manca ... l'elaborazione tecnico-giuridica del dato normativo e pragmatico; manca cioè la creazione di un sistema, per così dire, logico, nell'ambito del quale ... si potesse argomentare, con metodo scientifico, qualsiasi soluzione pratica ed eventualmente teorica», *ibid.*, p. 20) è ricondotta alla frammentazione politica, sociale ed economica del mondo delle *poleis*, nel quale non si crearono «quelle condizioni di sviluppo sociale ed economico, e di concentrazione di un tale sviluppo, che, nel mondo romano, avrebbero concorso, agli inizi del II secolo a.C., al sorgere della *scientia iuris*» (*ibid.*, p. 22). Su questa differenza essenziale tra mondo greco e mondo romano v. anche A. Banfi, *Sovranità della legge. La legislazione di Demetrio del Falero ad Atene (317-307 a.C.)*, Milano 2010, p. 23 e ss., ove, peraltro, si ricorda, che «una sola, parziale eccezione» all'assenza della figura del giurista-scienziato è rappresentata, in diritto attico, «dalla figura, peraltro rimasta in buona parte oscura, degli esegeti, cronachisti, interpreti del diritto sacro e delle leggi non scritte» (*ibidem*, p. 23). L'accostamento,

autorevole dottrina, il fatto che in Grecia «non sia mai esistita una scienza del diritto non significa per niente la mancanza di una coscienza giuridica»¹⁴. Il problema del giuridico investe la vita della collettività, penetrandola in fondo più di quanto non avvenga nell'esperienza romana. Se, infatti, in quest'ultima, il *ius* è prerogativa dei *prudentes*, ossia di un ceto di professionisti al quale è riservata, in via esclusiva ed elitaria, la conoscenza e la sapienza giuridica, nel mondo delle *poleis* – ove pure manca la stessa parola “diritto”¹⁵ –, il diritto non ha una consacrazione scientifica e non è monopolio di un ceto di specialisti: ogni *polis* ha le sue istituzioni e le sue leggi, ed il giuridico coinvolge, investe ed interessa la collettività. Diritto e politica si svolgono lungo un percorso unico, attraversato dalla comunità nella sua dimensione partecipativa alla vita della *polis*.

Né, d'altro canto, la centralità del fenomeno giuridico (o giuridico-politico) in Grecia può dirsi oscurata dalla contingenza e dal particolarismo delle sue manifestazioni, giacché esse sottendono la sussistenza di «principi fondamentali e comuni, che di ogni legislazione costituiscono il presupposto necessario e immutabile»¹⁶, e che emergono chiaramente quando, divenuta la *polis* organismo dipendente e non più sovrano di fronte alle monarchie territoriali ellenistiche, e dissolti dunque gli istituti di diritto pubblico, sono proprio i fondamenti comuni del diritto privato a dare omogeneità alla regolamentazione privatistica dei Greci e tra i Greci e i Romani.

Così inteso, il diritto – ovvero la politica quale sapere relativo al disciplinamento dei poteri della (e nella) *polis* – sembra dunque rivestire in Grecia un valore tanto profondo quanto quello che, pure sotto profili diversi, si riscontra nell'esperienza romana: esso è una manifestazione

tuttavia, di questi «interpreti», provenienti dall'aristocrazia ateniese, ai pontefici della Roma arcaica, è considerata «forse un po' azzardata» (*ibid.*, p. 24).

¹⁴ A. Biscardi, *Diritto greco antico*, cit., p. 13.

¹⁵ Sull'assenza di una parola greca che traduca il latino «*ius*» v. A. Maffi, *Leggi scritte e pensiero giuridico*, in G. Cambiano, L. Canfora, D. Lanza (a cura di), *Lo spazio letterario della Grecia antica, vol. I. La produzione e la circolazione del testo, 1. La polis*, Roma 1992, p. 419 e ss. Ma assenza di parole non significa assenza di concetti. L'esperienza giuridica e culturale non si svolge nel segno dei nomi, ma delle idee. E se anche in Grecia non ricorre un termine corrispondente al latino *ius*, non significa che di quello manchi l'idea, il concetto, il sentire.

¹⁶ Così U.E. Paoli, *Diritto greco*, in *NNDI*, vol. V, Torino 1960, p. 864.

dello spirito greco, e, per la sua uniformità, pur nella frammentarietà delle vicende storiche e politiche, ne qualifica la civiltà.

Invero, nei limiti in cui sia possibile un confronto tra esperienze culturali così determinanti per la storia del pensiero politico e giuridico moderno, può dirsi che il *ius* per i Romani è l'*ars boni et aequi* della definizione celsina¹⁷, ossia è un sapere frutto della elaborazione dei giuristi che, nella ricerca della *iustitia*, praticano la *vera philosophia*. Nella contrapposizione dialettica tra giuristi e legislatore, ovvero tra un modello di legalità sostanziale ed uno di legalità positiva¹⁸, sembra maturare, agli occhi di Ulpiano, una sorta di “controllo di costituzionalità”: un “costituzionalismo giurisprudenziale” insomma, che, in un contesto istituzionale che ruota intorno ad un potere centralizzato e forte, “delega” ai giuristi-filosofi il riscontro della conformità degli atti del principe-legislatore alla *iustitia*, ossia ad un modello di equità dedotto dai principi del *ius naturale*.

Ma, come noto, l'immagine ulpiana del giurista-filosofo, “controllore” del principe-legislatore, riecheggia un rapporto – quello tra giuristi e filosofi – che tanta fortuna aveva avuto, pure in un ambito storico ed istituzionale ben diverso, per opera di Cicerone. Nel trattato *De republica*, l'Arpinate risveglia il sentimento civile dei Romani, pericolosamente travolto dalla crisi e dallo sconvolgimento politico e sociale, affiancando all'immagine del popolo che partecipa, quale corpo civico, alla vita della *respublica*, quella del giurista, il sapiente filosofo, che nel momento in cui crea il diritto, riflette la coscienza sociale del popolo così riunito nel segno della *respublica* e ne manifesta la volontà.

¹⁷ D. 1.1.1, Ulp. 1 *inst. pr.*: *iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi. 1. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.*

¹⁸ Per l'esegesi del frammento ulpiano si rinvia, per tutti, ad A. Schiavone, *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Un'esegesi*, in *SDHI*, LXIX (2003), p. 3 e ss.; Id., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, p. 361 e ss.; G. Falcone, *La “vera philosophia” dei “sacerdotes iuris”. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1.1.1.1)*, in *AUPA*, XLIX (2004), p. 43 e ss.; V. Marotta, *Iustitia, vera philosophia e natura. Una nota sulle Institutiones di Ulpiano*, in D. Mantovani, A. Schiavone, *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, p. 563 e ss.

Cic. *de rep.* 1.2.2: *nihil enim dicitur a philosophis, quod quidem recte honesteque dicatur, quod <non> ab iis partum confirmatumque sit, a quibus civitatibus iura descripta sunt. unde enim pietas, aut a quibus religio? unde ius aut gentium aut hoc ipsum civile quod dicitur? unde iustitia fides aequitas? unde pudor continentia fuga turpitudinis adpetentia laudis et honestatis? unde in laboribus et periculis fortitudo? nempe ab iis qui haec disciplinis informata alia moribus confirmarunt, sanxerunt autem alia legibus*

Il “giurista” filosofo ciceroniano – che rivendica, per tale via, un ruolo civile rispetto al sapiente greco, chiuso nella pura teoresi – consegna l’essenza del *ius* nel contesto della città repubblicana: «il *ius* viene presentato non altrimenti che come il *logos* della repubblica, e il fondamento della sua virtù. Un *logos* che non è solo pensiero, ma che, in quanto ragione disciplinante, ha dalla sua il vantaggio di essersi incarnato in ordine normativo e regola sociale («*ius aut gentium ... aut civile*»); in fedeltà agli dèi e ai culti («*unde pietas ... a quibus religio?*» – «*est enim pietas iustitia adversum deos*», avrebbe scritto sempre Cicerone nel *De natura deorum*); in tempra morale («... *unde in laboribus et periculis fortitudo?*»); in principio etico («*unde pudor, continentia?*»)¹⁹.

L’immagine di un *ius/logos*, «trama» della *respublica-res populi*, ovvero e corrispondentemente di un *populus* che diventa *societas* in forza del *ius* e della *utilitas*, sembra evocare la ragione governante isocratea, che guida la città dei governati.

Il ruolo del *ius* nel contesto storico ed istituzionale della *civitas* rappresenta un nodo centrale degli studi romanistici, rispetto al quale emerge, evidente ed imponente, la complessità dell’esperienza storica romana, che solo un approccio diacronico può schiarire agli occhi dell’osservatore moderno. L’importanza dei risultati raggiunti consente, in questa sede, di rinviare all’autorevole letteratura che si è occupata della questione²⁰.

Giova appena osservare che la dialettica tra *ius* e *lex* qualifica l’esperienza giuridica romana, consacrando in essa il primato del *ius* e dei suoi specialisti: il sapere giuridico laicizzato, espressione della nuova

¹⁹ Così A. Schiavone, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*, cit., p. 108.

²⁰ Nella vasta letteratura il riferimento è anzitutto alla dottrina citata alla nota 18.

aristocrazia, si lega alla politica nella misura in cui manifesta e disciplina il potere di comando con una importante funzione limitativa quando questo si appunterà in capo al *princeps-dominus*. Così è nell'immagine ulpiana del *prudens*-filosofo, che conosce l'*ars boni et aequi* della definizione celsina.

Non può dirsi certo assente (o ininfluyente) nel mondo romano il modello greco «della «legge» come espressione del comando politico, che si era affermato con il diffondersi della scrittura e poi dell'onda democratica»²¹.

Le XII Tavole rappresentano senz'altro un momento di rottura nella tradizione della oralità sacerdotale, ed il loro significato, ideologico e politico, avrà una forza dirompente nello scardinamento dei modelli del sapere oracolare e del potere politico patrizio. Nondimeno, il confronto tra *ius* e *lex/nomos*, ossia tra «due ipotesi diverse di organizzazione normativa e di disciplinamento sociale: due modelli alternativi di sovranità, potremmo dire»²², sortisce esiti diversi, con la prevalenza, in Grecia e dal V secolo in poi, del *nomos*, «la legge (dettata dalla) politica» e del tutto umana, apportatrice di eguaglianza, di *isonomia*»²³, su cui si fonda la *politeia* e che, in quanto manifestazione della *dike* operante nella *polis*, ne garantisce la conservazione e la stabilità; a Roma, del *ius*, il sapere giuridico della nuova aristocrazia, che nella capacità produttiva di regole, incarna ed esprime l'ordine sociale e l'equilibrio dei poteri.

Com'è stato efficacemente osservato, «mentre in Grecia l'invenzione della legge come comando politico «escarnato» non trovava di fronte a sé, nelle pratiche di disciplinamento sociale elaborate fino ad allora, nulla di altrettanto forte, dal punto di vista culturale e istituzionale, da poterle resistere, se non residui di una regalità oramai recessiva in cui si confondevano ancora aspetti religiosi e prescrittivi, ed essa poté divenire ben presto il punto di riferimento esclusivo di ogni elaborazione in questo campo, subito oggetto nella nuova filosofia di un grande dibattito etico e metafisico: un altro segno dell'assoluta preminenza della politica che riusciva ad integrare tutto dentro di sé; a Roma invece, quando una parte della città cercò di imporre lo stesso modello, questo si scontrò subito con

²¹ A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, cit., p. 73.

²² A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, cit., p. 76: «uno fondato sul paradigma, specificamente romano, del *ius*; l'altro su quello, greco e mediterraneo, della *lex*».

²³ A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, cit., p. 77.

un'esperienza alternativa già tanto consistente e capace di autoriformarsi e persino di acquisire dall'interno una dimensione progressivamente laica – il paradigma del *ius* – da poterglisi opporre come qualcosa di consolidato, duro e fermo»²⁴.

Gli approdi scientifici appena richiamati sulla storia del *ius* – e, per quanto utile, su quella parallela del *nomos* in Grecia – offrono un affresco della romanità (e della grecità) che, senza abbandonarsi in inutili descrizioni e comparatismi, coglie nello sviluppo delle vicende l'anima che fa da motore alla storia. Se la politica è una manifestazione contingente della civiltà di un popolo, l'*ethos* quale sentire comune che ne condiziona lo svolgimento, con la sua ricca carica di tradizione ed ideologia, appare governarla e guidarla: così per il tramite del *nomos* in Grecia e del *ius* a Roma. Essi assolvono alla medesima funzione regolatrice e disciplinatrice del potere politico e delle dinamiche sociali.

Sembra insomma potersi ravvisare una qualche specularità tra il *ius* dell'esperienza romana e il *nomos* dell'esperienza greca. Essa corre lungo il filo di una legge fondamentale che guida i percorsi del *populus/demos*, costituente la *civitas-politeia*, e si identifica, in ultima analisi, nel sentire della collettività, nell'*ethos* che anima la comunità aristocratica della *respublica* ciceroniana, ovvero il *demos* della *polis* Atene nel V secolo.

Il diritto pubblico greco (come quello privato) esprime (ed è per tale via ricostruibile con sufficiente precisione) un *ethos* e rispecchia una civiltà che ascrive il primato alla politica ed al *nomos* come legge dettata dalla politica: la vita istituzionale della *polis* deve svolgersi *katà tou nomou*, presidio della sovranità democratica e delle istanze isonomiche e poliadiche ad essa sottese. Al mondo ellenico la modernità ha riconosciuto la sapienza nelle costruzioni politiche e nei principi di organizzazione dei pubblici poteri.

In modo non dissimile, il sistema istituzionale romano, pur nella sua fluidità e nel suo pluralismo – non assimilabile, senz'altro, alla rigidità dei *nomoi* greci – vede nel *ius* un agente ordinante, capace di governare e controllare la regolarità istituzionale. Se pure mancano modelli costituzionali formalizzati, formali *constitutiones* insomma, Roma assorbe nelle costruzioni dei *prudentes* propri peculiari modelli di regolazione sociale e politica.

²⁴ A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, cit., p. 77.

A questo punto, se la Costituzione rappresenta la limitazione legale del potere politico e nasce, anzi, con la funzione di opporre al potere della volontà il potere della legge – e il costituzionalismo, che ne è la derivazione dommatica, rappresenta l'antitesi del dispotismo –, allora sia Roma che Atene (quale modello della *polis*) conobbero forse un "costituzionalismo", ossia maturarono l'idea del limite/controllo al potere di governo, che espressero ora nell'idea della legge (*nomos* come legge politica/*politeia*), ora in quella del *ius*.

Si tratta, ovviamente, della ricezione di modelli espressivi che può rivelarsi utile nella misura in cui consente di cogliere l'essenza di un fenomeno altrimenti poco comprensibile all'osservatore moderno, ma i cui limiti – che sono poi quelli naturalmente derivanti dal diverso contesto storico-sociale e che precludono qualsiasi acritica e disinvolta assimilazione – non possono non rilevarsi, se non altro come premessa metodologica.

In altre parole, il fenomeno del «costituzionalismo» ha, come anticipato, una sua precisa dimensione storica ed ideologica, ossia esprime un nucleo duro di valori che hanno preso corpo in un determinato momento storico e si è riflesso in precise strutture costituzionali. Qualsiasi esportazione a contesti diversi, che quei valori, se non poi quelle strutture, non potevano ovviamente maturare, porta con sé una pericolosa carica deformante²⁵.

Sicché – e pur senza oscurare il sostrato "costituzionalista" comune ai due fenomeni, ossia l'idea di un controllo disciplinante il potere di governo – appare più corretto discutere di «*politeia*» greca e di «*constitutio*» romana: locuzioni che alludono a fenomeni storici ed istituzionali ben circoscritti, ed al bagaglio di valori ed ideologie da essi espressi.

La dottrina romanistica si è in realtà interrogata in ordine alla nozione di costituzione ed alle idee "costituzionali" dell'antichità classica, greca e romana, pervenendo a soluzioni tutt'altro che condivise.

²⁵ Proprio in ordine all'"avvicinamento o confronto" tra modelli istituzionali antichi e moderni (e, in specie, fra la democrazia degli antichi e quella dei moderni), F. De Martino, *Conclusioni*, in AA.VV., *Venticinque secoli dopo l'invenzione della democrazia*, Salerno-Fondazione Paestum 1998, p. 177 (= Id., *Diritto economia e Società nel mondo romano*, cit., p. 107), prudentemente ammoniva: «i confronti sono sempre possibili, le affinità o derivazioni sono un'altra cosa».

Da una parte, si è ritenuto che, mentre per la realtà greca, che conosce il concetto di *politeia* – «considerata non solamente nel suo aspetto materiale, ossia quale struttura organizzativa e insieme ordinatrice della comunità politica nel complesso dei suoi elementi, sebbene anche come realtà tecnico-giuridica, o, se si preferisce, formale della comunità»²⁶ –, appare «legittimo discorrere di un «costituzionalismo» dei Greci, pur con le avvertenze che impone l'applicazione a un'esperienza costituzionale del passato di una nozione propria della moderna problematica costituzionale»²⁷, non altrettanto può osservarsi per l'esperienza romana.

²⁶ G. Mancuso, *Il concetto di costituzione nel pensiero politico greco-romano*, cit., p. 341 e ss., il quale ricorda l'esistenza in Atene di un «complesso di carte costituzionali, redatte in forma scritta, le quali si manifestano storicamente come «prodotto» di un'attività specifica svolta da solitari legislatori – Solone, Clistene, per taluni aspetti lo stesso Pericle – o da organi collegiali, quali, ad es., la commissione dei Trenta» (*ibid.*, p. 343). D'altronde, il pensiero politico greco, con Platone ed Aristotele, si sofferma sul concetto di costituzione, laddove la riflessione degli storici, Erodoto e Tuciddide, si appunta sulle forme di stato e di governo. In realtà, la netta identificazione nella riflessione greca tra forma di governo, costituzione e forma di Stato emerge chiaramente in un passo della *Politica*, nel quale Aristotele «fissa nettamente il carattere essenziale della *politeia*: l'identificarsi questa con la struttura organizzativa, ordinante, della comunità politica sovrana, e, ancor più nettamente, l'identificarsi della costituzione con l'«ordinamento» del potere sovrano (*kuria*). Questo potere si identifica e si risolve, a sua volta, nel governo della *polis*, ossia nel *politeuma*» (*ibid.*, p. 345). Nella distinzione, poi, tra *politeia* («ossia la costituzione che determina le modalità di esercizio del potere sovrano mediante le leggi che presiedono al concreto operare delle singole magistrature») e *nomoi* (ossia le leggi che assumono «valore strumentale nei riguardi della costituzione e ne specificano, sul piano della concreta esperienza politica, i principi») si ravvisa «la presenza, in Aristotele, della nozione di costituzione in senso formale, concepita quale «norma fondamentale» di una comunità politica organizzata», tra le cui funzioni vi è anche quella di «determinare e organizzare le fondamentali manifestazioni del potere sovrano nella città» (*ibidem*, p. 347). La concezione di «costituzione in senso formale» e l'esigenza della divisione dei poteri a questa ricondotta confermano la «modernità» della speculazione politica aristotelica. Sul pensiero politico greco in ordine alla definizione e classificazione delle forme di governo v. anche M. Miceli, «*Governo misto*», *quartum genus rei publicae e separazione dei poteri*, in M.P. Baccari, C. Cascione (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da L. Labruna, tomo I, cit., p. 663 e ss.

²⁷ G. Mancuso, *Il concetto di costituzione nel pensiero politico greco-romano*, cit., p. 343. Il concetto di costituzione in senso formale presuppone, infatti, «l'idea di un sistema di garanzie predisposte in favore del cittadino, quali modalità di esercizio del potere determinate da una superiore istanza di legalità dell'azione dello Stato» (*ibid.*, p. 343). Più cauto Ch. H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 49 e ss., il quale, discutendo delle due forme del più antico costituzionalismo, la *politeia* greca e la *constitutio* latina, e delle loro interrelazioni nella storia, individua nell'apparizione «della nozione di una legge più alta e più antica, sopra la quale le leggi degli Stati

Manca a Roma un documento scritto che definisce l'organizzazione dei poteri pubblici ed i rapporti tra questi ed i *cives*. La *lex publica*, che compare nel sistema delle fonti del diritto ricordato da Gaio e già prima, ed in termini pressoché identici, anche da Cicerone²⁸, non è assimilabile al concetto di costituzione in senso formale, non solo sul piano dei contenuti, ma anche e preliminarmente avendo riguardo al profilo formale della gerarchia delle fonti: *plebiscita*, *senatus consulta*, *constitutiones principum*, *edicta eorum qui ius edicendi habent*, *responsa prudentium* sono fonti autonome di produzione del diritto, e non derivano la loro sovranità da una fonte formale superiore, ma dalla sovranità dell'organo deputato ad emanarli²⁹.

particolari sono foggiate e a cui devono conformarsi per essere valide» (*ibid.*, p. 59), il momento a partire dal quale nasce la moderna concezione del costituzionalismo, che sostituisce quella antica. Il segno della svolta è evidente in Cicerone che, definendo lo Stato come un “*vinculum iuris*”, mostra di intendere «per legge non quella dello Stato stesso, ma una legge antecedente sia nel tempo sia nel potere di sanzione» (*ibid.*, p. 59). La legge cui allude Cicerone nel *De Republica* è la legge di natura, «antica come la mente di Dio» (*ibid.*, p. 59), preesistente ad ogni Stato nel mondo: «nessuno Stato può mai porre in atto una legge vincolante in deroga a quella di natura» (*ibid.*, p. 59). L'idea di una legge superiore e di una legge di natura era, invece, estranea al pensiero greco. Il rapporto tra governo e legge, compiutamente affrontato nel *Politico* di Platone, definisce il peculiare atteggiarsi del “costituzionalismo antico”, per il quale la legge è pensata in termini di Stato e non lo Stato in termini di legge. Nella premessa dell'antichità dello Stato quanto ogni altra associazione umana, «i Greci pensavano la legge in uno Stato come una parte soltanto o piuttosto un aspetto soltanto dell'intera politica, non come qualcosa di estraneo e di separato dallo Stato, a cui questo dovesse conformarsi e neppure come un provvedimento speciale entro lo Stato, cui le altre leggi fossero subordinate» (*ibid.*, p. 59). La *stasis* denuncia una disarmonia nell'esistenza politica e sociale dello Stato, e può concepirsi solo in una *politeia* che include l'intera vita dello Stato e non conosce alcun rimedio contro un “atto incostituzionale” che non sia il rivolgimento completo delle istituzioni dello Stato. L'ideale platonico del filosofo fonda il senso complessivo del dialogo, per il quale «il miglior governo ideale esiste quando il governante non è limitato da leggi, ma fa *della sua arte una legge*» (*ibid.*, p. 54). Un caso, invero isolato, di attuazione dell'immagine del legislatore-filosofo si ritrova nell'opera di Demetrio Falereo, com'è delineato nel lavoro di A. Banfi, *Sovranità della legge. La legislazione di Demetrio del Falero ad Atene (317-307 a.C.)*, cit., p. 23 e ss., al quale si rinvia anche per ulteriori riflessioni sul pensiero politico-costituzionale greco, ed aristotelico in particolare.

²⁸ Gai 1.2: *constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium*; Cic., *Top.* 5. 28: *... si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat.*

²⁹ Sul “valore costituzionale” assunto dalla *lex publica* v. G. Mancuso, *Il concetto di costituzione nel pensiero politico greco-romano*, cit., p. 349, che ne individua la

Né può attribuirsi «carattere costituente» alla *lex publica* in ragione della sua natura sovrana, «punto di incontro e insieme «prodotto» della volontà normativa di tre distinti «sovrani»: il magistrato, il senato, il *populus* nella sua veste comiziale»³⁰. L'organizzazione repubblicana, strutturata sui tre elementi del *Populus, Senatus, Magistratus*, ciascuno sovrano nell'ambito delle proprie prerogative, e tuttavia e al tempo stesso limitante e limitato dalla sovranità dell'altro, trova in sé stessa la ragion d'essere di una costituzione, ovvero il fondamento ed i limiti del potere sovrano.

Insomma, è proprio la connessione tra i suddetti tre elementi strutturali della costituzione repubblicana, «in un rapporto di equilibrio dinamico, in una sorta di bilanciamento, o, se si preferisce, in un sistema di azioni-poteri concorrenti e reciprocamente contrastanti»³¹, a rappresentare il limite della sovranità dei medesimi, realizzando, di fatto, quel sistema di

peculiarità nell'essere questa «una manifestazione normativa «costituente», ossia idonea a produrre ordinamento costituzionale». In questo senso Cicerone, attribuendo a Scipione il detto del vecchio Catone, afferma che l'ordinamento costituzionale romano non è il prodotto di un unico legislatore, com'è invece quello spartano, opera di Licurgo, o quello ateniese, opera ora di Teseo, ora di Dracone, ora di Solone, ora di Clistene: molti, e nello spazio di molti secoli e di varie generazioni, hanno ordinato lo Stato romano (Cic., *de rep.* 2.1.2: *is dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod in illis singuli fuissent fere quorum suam quisque rem publicam constituisset legibus atque institutis suis, ut Cretum Minos, Lacedaemoniorum Lycurgus, Atheniensium, quae persaepe commutata esset, tum Theseus tum Draco tum Solo tum Clisthenes tum multi alii, postremo exsanguem iam et iacentem doctus vir Phalereus sustentasset Demetrius, nostra autem res publica non unius esset ingenio sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot constituta saeculis et aetatibus*). Sulla diversità «costituzionale» tra Roma e la Grecia v. F. De Martino, *Le idee costituzionali dell'antichità classica e la nostra Costituzione*, cit., p. 62, il quale dubita che la costituzione greca si possa considerare, «nelle varie fasi della sua storia come opera di un solo autore», presentando, piuttosto, uno sviluppo più complesso a partire dal *Nomos basileus*.

³⁰ Così G. Mancuso, *Il concetto di costituzione nel pensiero politico greco-romano*, cit., p. 355, per il quale le *leges* comiziali, «elemento discriminante tra *regnum* e *res publica*» (*ibid.*, p. 356), com'è in Liv., 2.3.2-4, «*condicio sine qua della libertas repubblicana*» (*ibid.*, p. 357 e nota 40 ove richiama Cic., *pro Cluent.*, 53.146), «avrebbero, in qualche modo, sopperito alla mancanza di una costituzione scritta». In questo senso già G. Nocera, *Aspetti teorici della costituzione repubblicana romana*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, XV (1940), p. 153: «ogni *lex publica populi romani* è generatrice di costituzione».

³¹ G. Mancuso, *Il concetto di costituzione nel pensiero politico greco-romano*, cit., p. 352.

garanzie del (e nei confronti del) potere sovrano, che rappresenta poi la funzione di una carta costituzionale.

D'altronde, la scelta di affidare alla contingenza del rapporto tra organi sovrani l'organizzazione ed i limiti dei poteri medesimi rappresenta un'alternativa alla "norma costituzionale" pienamente coerente, già sotto il profilo del metodo giuridico, con la propensione dei giuristi romani a rifuggere dalla fissità di regole formali, per trovare nell'attualità delle vicende giuridiche (e politiche in questo caso) la regola ordinante.

Da un punto di vista politico, poi, un'organizzazione costituzionale che modella l'ampiezza dei poteri sovrani dei propri organi in ragione delle occorrenze politiche gode di una elasticità che, senza necessità di formali cambiamenti, si modella ad esse ed è, dunque, potenzialmente più longeva. Così almeno sembra dimostrare l'esperienza costituzionale repubblicana, con la sua resistenza di fronte agli spostamenti repentini di potere politico, e con la sua sopravvivenza (e "convivenza" con la nuova figura del *princeps*³²) per i primi periodi di vita del Principato.

Invero, la storicità del concetto moderno di costituzione è stata dedotta dall'impiego nelle fonti latine della «voce astratta *constitutio* nel significato di *institutio* e *ordinatio* e con riferimento appunto alla *res publica* e alla *civitas*»³³. Nella medesima direzione, poi, l'allusione «al

³² Sul complesso e dibattuto tema relativo alla natura giuridica del Principato e sul rapporto con le strutture costituzionali repubblicane, si rinvia per tutti a O. Licandro, *Augusto e la res publica imperiale. Studi epigrafici e papirologici*, Torino 2018, ed ivi per un'ampia ricostruzione storiografica e bibliografica, nonché per la disamina delle fonti ad esso relative,

³³ Così G. Nocera, *Aspetti teorici della costituzione repubblicana romana*, cit., p. 123. In tale direzione anche G. Mancuso, *Il concetto di costituzione nel pensiero politico greco-romano*, cit., p. 357, che dai vari passi del *de re publica* (tra gli altri: 1.26.41; 1.45.69; 2.21.37; 2.31.53) e del *de legibus* (ove ricorre l'espressione analoga di *res publica constituta: de leg. 3.5.12; o rem publicam constituere: de rep. 2.38.64; 3.4.7*) nei quali Cicerone impiega il termine *constitutio*, o termini (*discriptio: de rep. 2.22.39*) e locuzioni (*status rei publicae; status civitatis: de rep. 1.20.33; 1.32.49; 2.1.2; 2.16.30; 2.39.65; de leg. 1.5.15; 1.6.20; 3.2.4*) con eguale significato e valore, individua due accezioni del termine. Una prima accezione «è di ordine, per così dire dinamico, ed esprime la nozione di un'attività ordinatrice – un'*actio constituendi* –, volta a disporre e sistemare, secondo criteri determinati, un insieme di elementi, i quali, in forza di siffatta *actio*, si correlano e si compongono in un insieme omogeneo, e acquistano un significato direttamente determinato dal contesto in cui vengono a disporsi. Questo significato traspare nettamente dalle locuzioni in cui, in luogo del sostantivo, si trova impiegato il verbo «*constituere*» – usato per lo più al modo infinito –, unitamente all'«oggetto» dell'attività ordinatrice: *constituere rem publicam*» (così è in Cic. *de rep.*

concetto di fondo che noi abbiamo della costituzione» è stato individuato nell'espressione *rei publicae constituendae* «caratteristica del linguaggio legislativo della repubblica»³⁴.

E tuttavia, le locuzioni appena richiamate si prestano ad essere assimilate al moderno concetto di «costituzione» solo con alcuni correttivi. Se manca, certamente, il dato formale essenziale costitutivo di questa nozione, che è la forma scritta e la fissità delle regole formali relative alla organizzazione dei pubblici poteri e ai rapporti tra questi e il cittadino, non può dirsi certo assente il profilo assiologico che caratterizza una costituzione nel senso moderno: attraverso una certa organizzazione del potere sovrano, la comunità esprime un determinato orientamento sul rapporto potere-cittadino.

L'esperienza politica e giuridica romana può dirsi ispirata ad un senso di pragmatismo ed empirismo che conquista margini di astrazione solo nella tarda età classica, quando non solo il termine «constitutio» assume il

1.29.45; 2.33.57; 2.39.65; 66). Una seconda accezione «è viceversa di ordine statico ed esprime la nozione del risultato del «*constituere*», ossia l'oggettivarsi dell'*actio constituendi*, dato, per l'appunto, dalla creazione dell'insieme omogeneo di elementi cui si è testè accennato. Questo insieme si risolve in una struttura, a un tempo istituzionale e normativa, nella quale si identifica l'organizzazione della *civitas*, ossia della comunità politica ordinata sulla base della *constitutio*» (p. 358). In questo profilo strutturale, oggettivo e organizzativo di *constitutio*, ricorrente nel linguaggio ciceroniano («*constitutio* come struttura essenziale e, al contempo, esistenziale della *civitas*, ossia, in altri termini, come «modo di essere» di essa in un determinato momento storico»: *ibid.*, p. 358; *constitutio* come «ordinamento» della comunità politica»: *ibid.*, p. 359; «struttura organizzante la *civitas* ... tale in quanto ne stabilisca e ne ponga l'ordinamento»: *ibid.*, p. 359), sostanzialmente assimilabile alla nozione romana di *status*, e, proprio per questa sua connotazione tecnica e strutturale – *constitutio*=*status* –, assimilabile solo fino ad un certo punto a quella platonico-aristotelica di *politeía* (quale «ordinata disposizione, in senso fisicalistico, dei diversi elementi nei quali si articola il complesso organismo della *pólis*», *ibid.*, p. 358), Mancuso individua i connotati che conferiscono alla nozione di *constitutio* i caratteri tipici della nozione moderna. Sul punto v. anche V. Mannino, *La costituzione dei Romani: un'idea sostenibile?*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, XIII (2001), p. 104, nota 34: «... rispetto al problema dell'esistenza o meno di una costituzione dei Romani, non può assumere rilievo decisivo in un senso anziché in un altro, apparendo peraltro la circostanza di scarso rilievo, il ricorrere di alcune formule verbali nel lessico tecnico-legislativo e nel linguaggio scientifico romano, nonché, come è stato giustamente sottolineato da S. Bartole, s.v. «Costituzione (*Dottrine generali e diritto costituzionale*)», in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, IV, Torino, 1989, 288 ss., la comune ascendenza latina dei termini italiano «costituzione», francese «constitution» e inglese «constitution».

³⁴ Così G. Nocera, *Aspetti teorici della costituzione repubblicana romana*, cit., p. 123.

significato di atto legislativo del *princeps*, ma gli stessi giuristi tendono a teorizzare i principi relativi alla organizzazione statale. Nasce il *ius publicum*, nella definizione del giurista severiano riportata in apertura del Digesto.

D. 1.1.1.2, Ulp. 1 *inst.*: *huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. Privatum ius tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.*

Non appare certo corretto discutere di «aspetti teorici» con riguardo al periodo repubblicano. Ed infatti, lo sforzo sicuramente evidente nella letteratura extragiuridica, e massimamente in Cicerone e Polibio, di generalizzare e razionalizzare i principi emergenti dalla prassi politica repubblicana (basti pensare alle definizioni di *populus*; *res publica*; *civitas*), non può ascrivere ad un dogmatismo politico del tutto estraneo allo spirito ed alla sensibilità di un sistema ordinato intorno ad un equilibrio tra poteri che non è istituzionalmente definito, ma vive, di volta in volta, nelle contingenze delle vicende politiche.

Lo sforzo teoretico di Polibio e di Cicerone rappresenta, piuttosto, la riflessione di una dottrina che assiste, in prima persona, alla realtà politica contemporanea, e che questa legge con lo sguardo ammonitore di chi possiede i contenuti superiori della *scientia* filosofica, la sola capace di elevare contenuti contingenti e particolari. La *constitutio* romana come *status rei publicae*, «struttura essenziale ed esistenziale della *civitas*»³⁵, vive di un dinamismo e di una elasticità che allarga o restringe le maglie dei pubblici poteri in ragione delle congiunture storiche e politiche.

³⁵ G. Mancuso, *Il concetto di costituzione nel pensiero politico greco-romano*, cit., p. 359. D'altronde, è stato efficacemente osservato che la definizione di Costituzione «quale mero «assetto» o «struttura fondamentale dello stato» ... si rivela scientificamente inadeguata, per varie ragioni: a) sembra ignorare lo specifico contributo storico, di tipo ideologico-politico, offerto dal costituzionalismo soprattutto dal diciassettesimo secolo in poi, fenomeno in relazione al quale soltanto si incomincia a «parlare» di Costituzione; b) appare pericolosamente generica ...; c) finisce col coincidere in modo piatto con il diverso concetto di forma di stato (Staatsform)» (A. Spadaro, s.v. *Costituzione (dottrine generali)*, cit., p. 1630).

La *civitas* vive entro sè stessa. E, tuttavia, la sua esistenza è ordinata da un'attività superiore che detta le regole del gioco.

Insomma, l'empirismo ed il pragmatismo dell'esperienza "costituzionale" romana, espressi nelle locuzioni latine ad essa relative e riflessi nelle teorizzazioni ciceroniane e polibiane, non impediscono di configurare, anche nell'esperienza romana, un concetto analogo a quello moderno di costituzione.

Se pure manca la struttura ordinante, ciò non significa che manchino le regole ordinatrici. L'*ethos* che fonda l'organizzazione costituzionale repubblicana, e che ispira il *ius-logos*, essenza governante le sue interne dinamiche, si identifica con la *libertas*: i rapporti di forza tra gli organi detentori del potere sovrano, nel loro fattuale dinamismo, sono, tra alti e bassi, governati dalle contingenze fino al limite (ovvero nel rispetto) della *libertas*. È la *libertas* il motivo conduttore, l'ideologia (*ethos-logos*) che ispira i rapporti politici d'età repubblicana. La sua violazione è considerata fonte di gravi rotture per l'equilibrio costituzionale.

Ciò induce a ritenere che l'esperienza romana non ebbe una «costituzione», ma conobbe senz'altro un «costituzionalismo».

Se la «costituzione» è la legge fondamentale scritta che fonda la legittimità del potere politico nella garanzia dei diritti fondamentali e nella separazione dei poteri, il «costituzionalismo» è la teorizzazione della «costituzione» intesa quale limitazione e regolamentazione del potere politico³⁶: la «democrazia costituzionale» rappresenta la traduzione istituzionale dei limiti posti all'assolutezza del potere politico a tutela dei governati.

È evidente che siffatta "pura" accezione di «costituzionalismo» non pare utile per il mondo romano. Manca la separazione dei poteri (secondo la tradizionale tripartizione di Montesquieu³⁷, legislativo, esecutivo e

³⁶ Il costituzionalismo moderno si fonda sull'art. 16 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, che garantisce i diritti fondamentali e sancisce la separazione dei poteri: «Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution» (Ogni società in cui non sia assicurata la garanzia dei diritti e non sia stabilita la separazione dei poteri, non ha una costituzione).

³⁷ Sul punto v. M. Miceli, "Governo misto", *quartum genus rei publicae e separazione dei poteri*, cit., p. 659 e ss., la quale evidenzia che Montesquieu, alimentandosi del pensiero antico, «parla di "distribuzione" e solo una volta, in tutta la sua opera, di "separazione"» (p. 662).

giudiziario), ravvisandosi, invece, secondo lo schema consociativo della costituzione mista di matrice polibiana e ciceroniana, tre forme di esercizio di un unico potere. Manca una codificazione formale e scritta di norme superiori disciplinanti l'ordine politico, qualcosa insomma di assimilabile alla nostra Carta Costituzionale³⁸, la cui «teorizzazione»

³⁸ Conviene, nondimeno, ricordare che il termine «costituzione», corrispondente al greco *politeia*, deriva, come noto, da *constitutio/constituere*, ed allude all'atto istitutivo di un sistema di regole e di limiti dell'ordine politico. E poiché, poi, l'organizzazione e la regolamentazione del potere riflette ed è il frutto di una particolare concezione politica (come quest'ultima lo è rispetto alla storia politica), allora la regola costituzionale formale, la costituzione in senso stretto, rappresenta il momento finale e formale di un atto, anzi, di un fatto fondativo che origina dalla compagine sociale e dalla sua visione politica. Si tratta della importante concettualizzazione di «costituzione materiale» di Costantino Mortati, che efficacemente si presta a definire la peculiare esperienza politica romana, e repubblicana in particolare. In questa prospettiva, la *respublica* romana appare una realtà in movimento, non suscettibile di essere costretta entro rigidi schemi e regole formali, ma orientata dall'attualità delle dinamiche politiche e delle forze in esse dominanti. In questo contesto, la «*constitutio rei publicae*» assume un valore “materiale”, alludendo alle prassi ed alle convenzioni costituzionali che limitano la conflittualità politica, determinando regole e principi di organizzazione. Il ruolo degli *exempla* nell'ambito di un sistema costituzionale aperto quale quello della *respublica* romana è stato ormai da tempo messo in luce da autorevoli studi, a partire da quelli di G. Branca, *Convenzioni costituzionali e antica repubblica romana*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. I, Milano 1988, p. 75 e ss., e P. Cerami, *Strutture costituzionali romane e irrutuale assunzione di pubblici uffici*, cit., p. 133 e ss.; Id., *Potere ed ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*, 3^a ed., Torino 1996; Id., *Prassi e convenzioni costituzionali nel sistema della libera res publica romana*, cit., p. 123 e ss. Il loro richiamo vale, in questa sede, a precisare la portata dei «costituzionalismi» relativi all'esperienza repubblicana romana. In un sistema nel quale le regole ed i limiti della organizzazione politica vivono nella “materialità” della prassi, qualunque riflessione teorica su una realtà contingente, *in fieri*, non può assumere carattere di assolutezza e genericità, dovendosi per l'appunto piegare alla specificità della situazione politico-istituzionale in considerazione. Non a caso manca nel mondo romano il termine “costituzione”, con esso alludendosi alla fissità di un insieme di regole disciplinanti l'organizzazione ed i limiti del sistema politico. Nelle fonti ricorre invece frequente l'espressione *rem publicam constituere*, che allude proprio all'attività (ed alla realtà effettuale) della formazione contingente di regole politiche. Così inteso il “costituzionalismo romano”, che privo di Costituzione, vive nella prassi e negli *exempla* costituzionali, segna anche la distanza tra il giurista/costituzionalista antico e moderno. Mentre il giurista costituzionalista moderno assume il ruolo di «interprete/vestale di un sistema di principi giuridici superiori, formali e sostanziali, di fortissima pregnanza assiologica» (A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. V, Napoli 2009, p. 2007 e ss. (nonché in *Forum online di Quad. cost* (ottobre 2009) e in *La chiesa nel tempo*, 3 (2010), pp. 131-162), il costituzionalista romano, mancando un testo scritto nei

«come dottrina» integrerebbe il «costituzionalismo»³⁹.

Nell'esperienza romana, la riflessione sui principi giuridici relativi al sistema politico non assume una dimensione teorica ed una forma scritta. Per quanto numerose, le *leges* non ebbero mai una funzione centrale di regolamentazione del potere politico, le cui dinamiche appaiono governate dalla prassi costituzionale. Se poi le XII Tavole, *fons omnis publici privatique iuris* (Livio, 3.34), sanciscono il principio della eguaglianza giuridica dei cittadini, l'*aequatio iure omnium*, e rappresentano pertanto la risultante di una rivendicazione politica patrizio-plebea, il *ius privatum* fu il prodotto peculiare e geniale della *iurisprudencia*, ossia di un'attività "interpretativa" contingente, la c.d. *interpretatio iuris*, che rappresenta l'espressione propria e duratura dell'esperienza giuridica romana.

Questi limiti relativi all'impiego del termine costituzionalismo per l'esperienza antica sono, in realtà, quelli generali relativi all'impiego di categorie dogmatiche moderne ad istituti e fenomeni dell'antichità. Com'è stato saggiamente osservato, il rischio di utilizzare «per il mondo romano modelli teorici e concetti che si sono venuti ad affermare solo in età moderna (dal concetto di sovranità, alla teoria dei poteri, alla personalità giuridica) e che a quell'esperienza sono completamente estranei» è quello di «costringere in un sistema teorico una esperienza giuridica estranea alle origini storiche ben determinate di quel sistema e ribelle a costruzioni dogmatiche»⁴⁰.

Pur con questi limiti, può nondimeno ammettersi che anche l'esperienza romana conobbe un suo «costituzionalismo», ossia ebbe ben presente,

confronti del quale esercitare l'attività ermeneutica, assume il ruolo, non meno importante, di mero osservatore del naturale evolversi degli sviluppi storico costituzionali. Polibio e Cicerone discutono dei fatti della *respublica* per trarne conseguenze teoriche. Il costituzionalista moderno opera su una realtà costituzionale, prodotto storico ed in quanto tale suscettibile di sviluppi e modifiche, ma pur sempre tendenzialmente statica. Il costituzionalista romano opera su un divenire, su un tessuto di prassi e convenzioni che si propone di codificare e teorizzare: guarda alla storia politica ed alla prassi organizzativa per elaborare una costituzione politica. Si potrebbe dire, in sintesi: dal costituzionalismo alla prassi, per il costituzionalista/giurista moderno; dalla prassi al costituzionalismo per lo storico/giurista romano.

³⁹ Così è per M. Pani, *Il costituzionalismo di Roma antica*, cit., p. 5, che riferisce il termine «costituzionalismo» «solo alla fase più matura della riflessione sulla costituzione».

⁴⁰ L. Peppe, s.v. *Popolo (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XXIV (1985), p. 315.

sicuramente nella fase repubblicana, l'idea del limite al potere politico. Tutta la storia romana, nell'evoluzione delle forme storiche ed istituzionali, fu percorsa da un valore che, tra alterne vicende, non mancò mai di qualificarne il pensiero politico e giuridico: la *libertas*.

Negata nell'età arcaica del *regnum*, sostituita dall'*auctoritas* durante il principato, la *libertas* qualifica senz'altro la *costituzione* repubblicana ed il potere statale, nella forma tripartita della sua esplicazione. Com'è stato puntualmente osservato, «è significativo ... che il costituzionalismo romano si ispiri, non tanto ad uno schema strutturale dei poteri divisi come accade alla modernità liberale europea, quanto ad un valore etico-politico, che è la *libertas*»⁴¹. Essa caratterizza l'essenza della vita politica repubblicana⁴², ponendosi quale garanzia dei diritti dei governati-*cives* rispetto all'autorità statale (*coercitio* magistratuale) ed al monopolio politico dello Stato assoluto, ossia di quella tirannide nella quale Cicerone vedrà la negazione della «*res publica*» che è «*res populi*».

Cic. de re publ. 3, 31, 43: ergo ubi tyrannus est, ibi non vitiosam, ut heri dicebam, sed, ut nunc ratio cogit, dicendum est plane nullam esse rem publicam.

L'essenza garantista del costituzionalismo moderno vive, insomma, anche nell'esperienza romana e nelle garanzie che la prassi appresta alla *libertas* del *civis*. La storia del «costituzionalismo romano» può in fondo identificarsi con la storia della *libertas*, e, dunque, con i percorsi della condizione politico-giuridica del *civis*, in un contesto formale non inquadrato entro una cornice di superiore rigidità e fissità formale, ma intessuto di un sostrato di norme materiali fondamentali alimentate dalla vivacità delle dinamiche politiche.

⁴¹ F.P. Casavola, *Costituzionalismo romano*, cit., p. 528.

⁴² Così sempre F.P. Casavola, *Costituzionalismo romano*, cit., p. 532, per il quale la costituzione repubblicana è *libertas*, e dunque «il costituzionalismo romano appare come racchiuso in una *epoché*, che ha ai suoi due confini il potere extralegale del regno arcaico e il potere totalitariamente legale dell'imperatore protobizantino, che è legge vivente. Forse per questo, malgrado abbia illuminato e ispirato il pensiero e la prassi dei movimenti liberali e costituzionalistici dell'Europa del XVIII e XIX secolo, esso è stato, ed è da considerare, estraneo alle peculiari istanze di organizzazione costituzionale e internazionale del mondo contemporaneo».

Se si considera poi che l'equivalente in senso collettivo della nozione di «civis» è il «populus», proprio come la «res publica» lo è, in chiave oggettiva ed ordinamentale, rispetto al «populus» stesso, allora discutere di «costituzionalismo romano» significa anche indagare i rapporti tra il «populus», quale depositario della sovranità, dunque dei poteri di diritto pubblico (normativo, esecutivo, giudiziario), e le altre istituzioni politiche che nella prassi costituzionale romana, ora della *respublica*, ora del principato, entrano in rapporto dialettico e talora concorrente con esso.

Diversa ancora è poi la questione relativa al rapporto tra il «costituzionalismo romano» - categoria moderna che può acquistare un preciso valore per l'esperienza romana e che per la sua precipuità semantica bene si presta a definire la complessità del rapporto tra il *populus* sovrano e gli altri organi di diritto pubblico – e la categoria del *ius publicum*. Quest'ultima assume una precisa configurazione storica solo nel tardo principato e nella voce di uno dei maggiori giuristi dell'impero, Ulpiano (D. 1.1.1.2. Ulp. 1 *inst.*): riflesso evidente di un «costituzionalismo romano» che solo in età tarda giunge ad astrattizzare il concetto di *populus/publicus*, che ora si contrappone al *privatus*, in un rapporto con gli altri organi istituzionali che non è più conflittuale nella gestione della sovranità, giacché il *populus* (ora *princeps*) gestisce in via esclusiva i poteri afferenti alla sfera pubblica.

In conclusione, se da un punto di vista rigorosamente formale, Roma, a differenza di Atene, non conobbe una “Legge” scritta deputata a regolare il potere politico, sottoponendolo all'imperio di una “Regola fondamentale”, da un punto di vista sostanziale, il sistema del governo romano, con il suo equilibrio “empirico” di pesi e contrappesi, trova un limite (ed una garanzia) nella *libertas*, che è il principio ordinante le dinamiche pubblicistiche e che, per la sua penetrante capacità regolatrice, ne esprime la civiltà.

Roma insomma elaborò un sistema costituzionale nel quale, a prescindere dal dato formale (l'esistenza di una costituzione scritta), il potere politico e gli organi nei quali esso si esprime soggiacciono all'imperio di una “regola” superiore ordinante, l'ideologia della *libertas*, che permea di sé il *ius-logos*, «trama»⁴³ della *respublica*.

⁴³ È la bella immagine impiegata da A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, cit., p. 108.

La circostanza prospettata per cui sia Atene sia Roma espressero un costituzionalismo (se non anche una costituzione), e, dunque, nell'organizzazione dei poteri sovrani manifestarono un peculiare patrimonio ideologico – le cui voci si identificano nel Pericle tucidideo per l'Atene del V secolo, ed in Cicerone e Polibio per la Roma repubblicana –, non legittima a trasporre automaticamente i moderni concetti di costituzione e di costituzionalismo all'esperienza antica. Se questi si qualificano in ragione di un peculiare bagaglio di idee e di valori che, a loro volta, sono il portato di uno specifico contesto storico e sociale, frutto di specifici processi ed evoluzioni storiche, appare storicamente più corretto discutere di un “costituzionalismo romano”, ovvero di una *politeia* e di un “costituzionalismo greco”.

E, soprattutto, appare utile attingere all'antichità greco romana ed ai suoi percorsi⁴⁴, poiché in essi possono rintracciarsi le radici ideologiche di un fenomeno, il costituzionalismo appunto, che troverà piena espressione come esperienza storica solo nell'età moderna. Il principio della sovranità popolare; il valore della *libertas*, sono principi della *res publica* romana (e la sovranità già del pensiero greco), di cui l'esperienza moderna fa tesoro concettualizzandola e fissandola a principio⁴⁵.

Se il costituzionalismo integra la teorizzazione dei limiti al potere politico, *libertas* e *ius* ne rappresentano l'essenza quali limiti all'autorità statale, capaci di correggere le eventuali distorsioni del potere. Ad essi la prassi politica deve ispirarsi nella gestione delle dinamiche istituzionali.

Vi è in realtà a Roma – come sottolinea efficacemente Pani – uno «spirito costituzionalista» che consente «di porsi contro le istituzioni restando

⁴⁴ L. Labruna, «*Civitas, quae est constituto populi*». *Per una storia delle costituzioni*, cit., p. 168: «bisogna riandare indietro lungo la storia per ricercare punti di contatto o di crisi tra la cultura classica, che si pone comunque come modello, e le costruzioni teoriche che dopo il crollo del mondo medievale ed il progressivo instaurarsi di entità statuali (nel senso moderno del concetto di Stato) hanno caratterizzato la riflessione sulla costituzione».

⁴⁵ Cautio L. Labruna, «*Civitas, quae est constituto populi*». *Per una storia delle costituzioni*, cit., p. 168: «se queste linee rette, frutto di metodologie positivistiche ormai piuttosto invecchiate, non convincono, appare indubbio egualmente il debito che la moderna teoria politica ha nei confronti dell'esperienza classica. Il senso *nella* storia, più che quello *della* storia, è il frutto maturo dello storicismo, oggi. La filosofia della storia è – in qualche modo – cito Tessitore – «un'utopia come profezia». Ma il conoscere storiografico è di certo il più profondo strumento ermeneutico dato all'uomo».

nella «costituzione»⁴⁶. Questi principi fondamentali fondano la democrazia costituzionale romana. Libertà, partecipazione, diritto sono i cardini della democrazia greca e romana. Solo quando queste regole superiori mutano o vengono meno può riconoscersi una modifica della costituzione.

Se così è, allora, è possibile forse pensare che non maturi alcuna “rottura” costituzionale durante il principato: i richiami alla *respublica restituta*, alla *libertas*, confermano, almeno formalmente, la vitalità di quei valori sui quali si fonda la *res publica*, e che si pongono, nel manifesto dell’ideologia augustea, come argine all’assolutezza dei poteri del *princeps*, secondo quella medesima funzione che svolgevano nella «costituzione» repubblicana. L’evoluzione del principato paleserà poi uno scarto tra la «costituzione formale» e la «costituzione materiale»: Augusto pone le premesse per quella rottura costituzionale rispetto alla *res publica* che matura definitivamente e formalmente con l’evoluzione politica successiva. Prima è possibile individuare storture, abusi della costituzione repubblicana, ma non una vera e propria rottura.

3. I “valori fondamentali” dell’antichità classica

⁴⁶ M. Pani, *Il costituzionalismo di Roma antica*, cit., p. 143. Sul diritto romano come «diritto della libertà contro il potere statale illimitato cioè l’assolutismo» v. F. De Martino, *Introduzione*, in A. Dell’Aglì e T. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *Diritto e società nell’antica Roma*, Roma 1979, p. XVII, che così ricorda l’idea forte che mosse uno dei suoi contributi più importanti per la dottrina romanistica, *Individualismo e diritto privato romano*, pubblicato nel 1941 in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, e con il quale l’insigne romanista, riprendendo la posizione di Koschaker (espressa nel saggio *Die Krise des roemischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft* del 1938, poi raccolto, con altri saggi, nel libro del 1947, tradotto in italiano con il titolo *L’Europa e il diritto romano*, nel quale si rivendicava l’altezza dei principi del diritto romano orientati alla tutela della libera personalità contro la politica universitaria nazista che, avversando quei principi, si proponeva di emarginare il diritto romano dall’insegnamento del diritto), difende il diritto romano contro la rappresentazione di esso offerta dal nazionalsocialismo, cioè come “diritto del capitalismo”. De Martino sottolinea che questo modo di interpretare il fenomeno era una mistificazione, perché i nazisti lottavano contro i principi civili ereditati dal diritto romano che è diritto a tutela della libera personalità contro l’assolutismo, cioè contro il potere statale illimitato.

L'esistenza di un "costituzionalismo romano" giova a chiarire il senso del riconoscimento di "diritti fondamentali" anche in questa esperienza storica.

Giova anzitutto precisare che per il mondo romano conviene discutere di diritti fondamentali anziché di diritti umani. Sebbene le due espressioni siano correntemente usate (e forse anche considerate⁴⁷) sinonimiche, il diritto romano, così pubblico come privato, attribuisce rilevanza giuridica al "cittadino", non all'individuo in quanto tale. Il "diritto", *ius civile*, è dei *cives Romani*: i diritti spettano ai *cives Romani*; gli stranieri ne sono esclusi⁴⁸.

Non è giuridicamente tutelato l'uomo in quanto tale nella misura in cui non tutti gli "uomini" sono "*personae*"⁴⁹ e non tutte le "*personae*" sono giuridicamente uguali.

⁴⁷ In questa direzione sembra essere L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, 3^a ed., Roma-Bari 2008, p. 5 e ss.; Id., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2^a ed., Roma-Bari 2012.

⁴⁸In questo senso J. Gaudemet, *Des «droits de l'homme» ont-ils été reconnus dans l'Empire Romain?*, in *Labeo*, 33 (1987), p. 7 e ss., per il quale nel mondo romano i diritti erano considerati prerogativa dei cittadini e non, com'è nella concezione moderna, dell'uomo in quanto tale. Sulla posizione dello straniero v. L. Solidoro Maruotti, *Sulla condizione giuridica dello straniero nel mondo romano*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, I (2006), p. 21 e ss.

⁴⁹ Come noto, "persona" è il soggetto di diritto, ossia l'"uomo" cui il diritto positivo attribuisce la capacità giuridica. Il diritto romano conosce i concetti di *homo* e *persona* e, considerando quest'ultima quale centro di imputazione di *status*, ne attribuisce peculiari posizioni giuridiche. Il termine *homo* ricorre frequente nelle fonti giuridiche e letterarie ad indicare l'essere umano nella sua dimensione terrestre «indipendentemente dalle sue caratteristiche sociali, politiche, di libertà o di cittadinanza». Così G. Melillo, *Persona status e condicio nell'esperienza romana. La dogmatica moderna*, in Id., *Personae e status in Roma antica. Saggi*, Napoli 2006, p. 3 (poi in *SDHI*, LXXIII (2007), p. 85 e ss.), che precisa la definizione del termine *homo*: «si tratta evidentemente del termine di genere più adatto a indicare i componenti di una comunità ai livelli generalissimi, probabilmente ... per il fatto di essere gli *homines* accomunati dal non essere divinità e neppure animali, o altri esseri viventi della natura, nelle non uniformi visioni delle culture e delle religioni». Sul punto v. anche Id., *Personae e status in Roma antica. Saggi*, cit., p. 7: *homo*, derivando da *humus*, concerne i terrestri, mentre la *persona* umana, oggetto della scienza giuridica, viene distinta in base alla situazione conferita dal *ius*. In questa direzione E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee, vol. II, Potere, diritto, religione*, (ed. italiana a cura di M. Liborio), Torino 2001, p. 420, che, discutendo della designazione del "sacro" nel vocabolario religioso indoeuropeo, individua la nozione di dio, attestata sotto la forma **deiwos*, che significa luminoso, celeste, qualità nella quale il dio si oppone all'uomo che è "terrestre". Riconduce *homo* alla famiglia di *humus*, «come la «creatura terrena» in opposizione alle creature celesti», anche G. Devoto, *Dizionario*

etimologico, s.v. *uomo*, rist. Firenze 1984. Sebbene la differenza tra uomo e persona sia stata talvolta considerata come lo svolgimento storico del medesimo fenomeno (per questa evoluzione storica dei termini *homo/persona* v. B. Albanese, s.v. *Persona (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano 1983, p. 169 e ss.: il significato giuridico di “persona”, espresso nelle fonti antiche con il termine *homo*, divenne esclusivo, in età classica, del termine *persona*, ed *homo* assunse il significato più ristretto di persona in condizione servile), v’è da dire che il termine *homo* ricorre anche nelle fonti classiche, talvolta accostato a *persona*, tra i due sostantivi ricorrendo una differenziazione concettuale carica di rilevanti conseguenze. Esempio in questa direzione sembra l’uso che dei termini *homo* e *persona* fa Gaio nelle sue Istituzioni. Dopo avere classificato il diritto in ragione dell’oggetto – *personae; res; actiones* –, Gaio inizia la trattazione proprio con “il diritto che riguarda le persone”, e, proponendone una *summa divisio* (*omnes homines aut liberi sunt aut servi*, Gai 1.9), innova la sistematica istituzionale. Com’è stato puntualmente rilevato, «... modificando una linea antica, attestata nell’opera di Q. Mucio, riproposta nei *tres libri iuris civilis* di Sabino, Gaio colloca il tema delle persone al primo posto, sostituendolo alla *hereditas*... Non è un mutamento di poco conto. È una prospettiva che tende ad orientare il diritto verso il suo destinatario naturale, l’uomo, nel cui interesse “*statutum est*”» (R. Quadrato, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in *Iura*, 37 (1986), p. 1 e ss.). Facendo tesoro dell’evoluzione storica e linguistica che ha preceduto la stesura del suo manuale, il giurista del secondo secolo d.C. impiega i due termini *homo* e *persona* nelle accezioni correnti ai suoi tempi che, tuttavia, non hanno perso il significato storico. Se *homo* è l’essere umano in senso stretto, *persona*, derivando dal significato teatrale di maschera, designa l’*homo* nella sua caratterizzazione giuridica: l’essere umano nella sua genericità è *persona* in ragione della “maschera” giuridica che di volta in volta gli viene assegnata dal diritto. Come efficacemente puntualizza G. Melillo, *Persona status e condicio nell’esperienza romana. La dogmatica moderna*, cit., p. 90, «il termine *persona*, tramandato spesso attraverso il linguaggio del teatro, ha in sé un valore più articolato di *homo*, poiché caratterizza l’*homo* in base al suo ruolo in un contesto, ed è dunque idoneo ad indicare come nella comunità, anche giuridica, ciascuno si distingue per la sua collocazione e caratterizzazione particolare». Corrispondentemente, *status* – nella locuzione *status personarum* – indica la posizione della “persona” con riguardo ad un determinato ambito giuridico, rappresentato ora dalla libertà, ora dalla cittadinanza, ora dalla famiglia (*status libertatis, civitatis, familiae*). La *persona* – il soggetto rilevante per il diritto – gode, dunque, di una posizione diversa all’interno dell’ordinamento giuridico in ragione, a sua volta, del suo peculiare atteggiarsi con riguardo a situazioni fondamentali, che afferiscono sostanzialmente all’“uomo” in quanto tale: la sua libertà da vincoli di soggezione personale (*status libertatis*); la sua appartenenza alla *civitas* (*status civitatis*); la sua posizione all’interno del gruppo familiare (*status familiae*). Poiché *familia* e *civitas* rappresentano le articolazioni primitive e basilari della società romana, *status libertatis, civitatis e familiae* riflettono la collocazione dell’essere umano all’interno del contesto sociale ovvero, ed in virtù delle conseguenze giuridiche che ne derivano, la sua rilevanza “giuridica” come persona. L’*homo* è *persona*, dunque titolare di diritti, solo in ragione dello *status*. Libertà, cittadinanza, famiglia sono gli ambiti giuricamente rilevanti della società che misurano la “soggettività giuridica” dell’essere umano: solo l’uomo libero, cittadino romano, *sui iuris* è *persona*, soggetto al quale si riconosce piena capacità giuridica.

Con riguardo al primo aspetto, basti considerare la trattazione gaiana nella quale emerge evidente questo duplice volto di un medesimo fenomeno.

Gaio utilizza due termini *homo/persona* per esprimere due diversi profili di rilevanza dell'essere umano. La *persona* è l'essere umano oggetto della considerazione giuridica: il diritto che riguarda le persone (*ius personarum*) integra uno dei tre elementi dell'*omne ius quo utimur* (Gai 1.8). I soggetti di natura sono classificati in base alla posizione assunta all'interno della collettività, e qualificati anzitutto, ed in prima battuta, come liberi o servi. Questa è la *summa divisio personarum quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* (Gai 1.9.): la libertà o la schiavitù sono aggettivazioni giuridiche che qualificano l'essere umano in quanto tale e che, proprio per questo, attengono al concetto di *persona*⁵⁰.

Con riguardo al secondo profilo, l'esistenza degli schiavi, uomini per natura ma non *personae*, i limiti alla capacità di diritto pubblico dello straniero (e, per lo straniero che avesse lo statuto di nemico anche di diritto privato), la limitata capacità giuridica delle donne escludono il principio, ed ancor più, il diritto di uguaglianza a Roma⁵¹.

⁵⁰ Esclude la sinonimia tra i due termini R. Quadrato, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, cit., p. 4, per il quale il termine *persona* ha una portata teorico concettuale più ampia, esprime «qualcosa in più» rispetto al termine *homo*, legato ad una dimensione biologica naturalistica. Sul punto, per una diversa prospettiva, M. Lubrano, *Persona e homo nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano*, Torino 2002, p. 19: «è persona- (homo) la parola che dà l'ordine al sistema giuridico: da Gaio (e forse già prima) a Giustiniano e, in certo modo, fino ad oggi».

⁵¹ Proprio l'assenza nell'ordinamento giuridico romano del riconoscimento della uguaglianza delle persone dinanzi alla legge impedisce di individuare nel mondo romano una piena affermazione dei diritti umani, seppur valori, principi e categorie iniziano ad affiorare almeno nel corso dell'età imperiale. Basti considerare l'inclusione gaiana dello schiavo tra le *personae*. Sul punto, sulla nozione di *persona* e sull'impiego da parte della giurisprudenza romana del modello etico portato dal *ius naturale*, nella elaborazione offerta dal pensiero filosofico di una umanità composta da persone libere ed uguali, v. L. Solidoro, *Formazione e trasformazione dei diritti umani. Il contributo dell'esperienza romana e l'attuale uso della categoria 'persona'*, cit., p. 17 e ss. e p. 30 e ss.: «libertà e uguaglianza – oggi “diritti fondamentali” della persona – hanno sempre avuto, agli occhi del giurista-interprete, un carattere di “originarietà” che sfugge al dominio dello *ius positum*» (p. 21). Il confronto tra il diritto positivo e la prospettiva giusnaturalistica, con i suoi valori di giustizia e di equità, non si tradusse però mai in una dottrina dei diritti umani, di cui i giuristi romani possono considerarsi i promotori. Sulle cause di questa frattura v. A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, cit., p. 396 e ss.

Il prisma della cittadinanza⁵² definisce il rapporto giuridico che lega l'individuo all'ordine politico e sociale, qualificando una "appartenenza" che giova a definire la stessa nozione di "diritti fondamentali" ed a contestualizzarla in questa esperienza storica.

Lo stesso privilegio della cittadinanza subisce numerose limitazioni in ragione della *dignitas* del cittadino: i *cives* non sono tutti uguali e la *dignitas* sociale di cui godono segna le differenze nell'attribuzione dei diritti⁵³. Nella *respublica* censitaria ed aristocratica, la cittadinanza è requisito per l'attribuzione dei diritti, e la *libertas* politica e soggettiva è prerogativa della *res publica* e dei suoi *cives*. Ma la *libertas, si aequa non*

⁵² Sul tema della cittadinanza nel mondo romano la bibliografia è sterminata. Per tutti v. anzitutto i diversi contributi di G. Crifò, s.v. *Cittadinanza*, in *Enc. Dir.*, VII (1960), p. 127; *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Bari 2000; *Libertà e cittadinanza*, in *Diritto romano attuale*, 8 (2002), p. 29 e ss.; *Ecumene e cittadinanza*, in *Philia. Scritti per Gennaro Franciosi*, vol. I, Napoli 2007, p. 627 e ss. V. anche V. Marotta, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C). Una sintesi*, Torino 2009. Estende la ricerca alle vicende della cittadinanza nella storia dell'Occidente P. Costa, *Cittadinanza*, Bari 2005, nonché, in una lucida prospettiva di comparazione, E. Stolfi, *Polites e civis: cittadino, individuo e persona nell'esperienza antica*, in C. Tristano, S. Allegria (a cura di), *Civis/civitas. Cittadinanza politico-istituzionale e identità socio-culturale da Roma alla prima età moderna. Atti del Seminario internazionale Siena-Montepulciano, 10-13 luglio 2008*, Montepulciano 2008, p. 17 e ss.: «la cittadinanza (*politéia* o *civitas*) è il codice dell'appartenenza alla comunità politica, e soprattutto della partecipazione al suo funzionamento, del coinvolgimento nel diretto esercizio delle sue attività istituzionali: ma non implica alcuna teorica dei "diritti", e tantomeno una loro centralità, né propriamente è riconducibile alla dialettica, per noi consueta, fra "Stato" e "individuo" in quanto tale (e già solo per questo, a prescindere da ogni qualificazione di *status*, titolare di diritti)» (p. 22).

⁵³ Non ci si può soffermare sulla ricchezza e varietà di significati che il termine *dignitas* riveste nel linguaggio politico repubblicano (e ciceroniano in particolare) e sugli sviluppi successivi. *Dignitas* indica il ruolo politico ricoperto in ragione di una superiorità morale e sociale, che è *gravitas*, *auctoritas*, *nobilitas*. Sul significato politico della *dignitas* con specifico riguardo al contesto repubblicano, v. Ch. Wirszubski, *Libertas. Il concetto politico di libertà a Roma tra Repubblica e Impero. Con una appendice di Arnaldo Momigliano*, Bari 1957, p. 59 e ss., ed ivi anche per la bibliografia più datata. Sul tema anche M. De Filippi, *Dignitas. Tra repubblica e principato*, Roma 2009, nonché, sulla conduzione della *dignitas* agli *honores*, v. D. Mantovani, *Iuris scientia e honores. Contributo allo studio dei fattori sociali nella formazione giurisprudenziale del diritto romano (III-I sec. a.C.)*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, vol. I, Napoli 1997, p. 626: «possedere *dignitas* significa, in senso generico, essere (considerato) degno, adatto, conveniente alla posizione che si aspira a ricoprire o che si è ricoperta; nel lessico elettorale, significa essere (considerato) degno, adatto, conveniente alla carica per cui si briga».

est, ne libertas quidem est (Cic., *de rep.* 1.31.47). Per una sua piena esplicazione, la *libertas* deve essere *aequa*.

Alla *libertas* ed all'*aequitas* fa dunque da corollario un terzo valore che è la *dignitas*. L'*aequa libertas* importa un'attribuzione di diritti misurata in ragione del *gradus dignitatis*, per effetto del quale, come ricorda Cicerone, *quisque est gradu firmiter collocatus* (*de rep.* 1.45.69). In ciò il senso della *aequabilitas* ciceroniana come ripartizione dei compiti, doveri e diritti in proporzione ai meriti ed ai valori⁵⁴.

Essere cittadini⁵⁵ significa partecipare attivamente alla vita della *res publica*, ma i diritti di partecipazione sono graduati in ragione dell'autorevolezza sociale, del censo, del sesso.

Se si fa forse eccezione per talune affermazioni latamente riferibili al diritto alla vita o all'integrità fisica, riconosciuti all'uomo in quanto tale⁵⁶,

⁵⁴ Cic., *de rep.* 1, 27, 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 communi ac potestate careat, et cum omnia per populum geruntur quamvis iustum atque moderatum, tamen ipsa aequabilitas est iniqua, cum habet nullos gradus dignitatis.*

⁵⁵ *Cives* sono i nati da *iustae nuptiae*, che abbiano il padre cittadino romano. La cittadinanza può essere anche oggetto di concessione, *ad personam* o concessioni collettive, quali furono quelle statuite dalla *lex Iulia* del 90 per i latini e gli italici rimasti fedeli a Roma; dalla *lex Calpurnia* dell'89 per i militari appartenenti alle *civitates foederatae* che avevano servito Roma; dalla *lex Palutia Papiria* dell'89 per gli alleati italici che l'avevano chiesta. Si aggiunga la cittadinanza concessa da Cesare nel 49 ai Cisalpini, ovvero le concessioni imperiali di Claudio ai Galli, di Marco Aurelio ai Cirenei, di Vespasiano alle città della Spagna fino alla *Constitutio* di Caracalla a tutti gli abitanti dell'impero.

⁵⁶ Sul punto G. Pugliese, *Appunti per una storia della protezione dei diritti umani*, cit., p. 113, che individua nella punizione dell'omicidio «un precedente del «diritto alla vita», che spesso si include fra gli odierni diritti umani». Ad esso si aggiunge il diritto a «non essere messo a morte a titolo di vendetta o di pena fuori dei casi e dei modi previsti dalle norme, che limitavano appunto sia il potere di vendetta, sia, a maggior ragione, il potere ... di infliggere ed eseguire la pena di morte». Un terzo aspetto del diritto alla vita viene individuato nella garanzia del minimo dei mezzi indispensabili (vitto, vestiti, abitazione), per sopravvivere, imposta da una norma delle XII Tavole (Gell., *noct. att.*, 20.1.4; Gai D. 50.16.234.2) a chi, avendo compiuto una *manus iniectio* contro un soggetto a lui vincolato, lo tenesse in catene nella propria casa. Nella prospettiva del riconoscimento del diritto alla vita a prescindere dalla posizione giuridica e sociale sembra essere anche Pani quando, richiamando la clemenza dei decemviri, ricordata da Cicerone, che stabiliscono il divieto di uccidere di giorno un ladro, cioè un rapinatore e un bandito, quando il ladro non si difende con le armi, precisa: «non si parla qui di cittadini romani; il ladro/rapinatore poteva ben essere uno straniero immigrato, fra i tanti che erano in ogni tempo a Roma» (M. Pani, *Il costituzionalismo di Roma antica*, cit., p. 76). E, d'altronde, le XII Tavole (9.6)

la tutela dei “diritti” dell’uomo passa attraverso il riconoscimento dello *status* di *persona*. Libertà, cittadinanza, famiglia integrano i filtri per il godimento dei diritti: *ius connubii*, *ius commercii*, *ius usucapionis*, per il diritto privato, *ius suffragii* e *ius honorum*, i più importanti per il diritto pubblico.

Sono questi i “diritti fondamentali” del *civis*, e il loro riconoscimento soggiace al *gradus dignitatis*.

Essi possono definirsi “fondamentali” nella misura in cui, limitando il potere pubblico, si considerano attuazione della *libertas* quale valore qualificante l’identità culturale del corpo sociale. La libertà romana non è un diritto soggettivo in senso stretto. Essa opera nella costituzione materiale attraverso una serie di meccanismi costituzionali quali, ad esempio, l’*intercessio* tribunitia o l’*auctoritas senatus*, che, di volta in volta, garantiscono l’osservanza delle leggi da parte degli organi pubblici e dei singoli cittadini. È nella garanzia dell’osservanza delle leggi la tutela dei “diritti soggettivi” spettanti al cittadino⁵⁷.

vietavano che qualsiasi uomo, quindi non solo il cittadino romano, potesse essere ucciso senza prima essere condannato in forza di processo. Per ulteriori figure elaborate dal pensiero giuridico romano, che dal giusnaturalismo moderno in poi sono state utilizzate per la costruzione dei “diritti fondamentali”, v. L. Solidoro, *Formazione e trasformazione dei diritti umani. Il contributo dell’esperienza romana e l’attuale uso della categoria ‘persona’*, cit., p. 26 e ss., che include la tutela del concepito realizzata per il tramite della figura del *curator ventris* e la configurazione *extra ordinem* del crimine di procurato aborto, nonché la rilevanza del periodo del concepimento ai fini del riconoscimento dello *status libertatis* e dello *status civitatis*; la tutela del diritto di proprietà quale espressione della libertà del cittadino; la protezione della persona e della sua dignità attraverso applicazioni estensive dell’*actio iniuriarum*; la repressione della violenza domestica; la previsione del “giusto processo” e della ragionevole durata delle liti; la limitazione della carcerazione preventiva; la disciplina di indennizzi e risarcimenti; la tutela del diritto a vivere in un ambiente salubre; la configurazione della categoria dei “beni comuni” (*res communes omnium*); l’idea di tolleranza religiosa, affiorata in età costantiniana.

⁵⁷ I temi, strettamente connessi, della libertà e della cittadinanza segnano il percorso per una dottrina dei diritti fondamentali nel mondo romano. È il pensiero racchiuso nei diversi studi condotti da Giuliano Crifò, fra i quali, *Libertà e uguaglianza in Roma antica. L’emersione storica di una vicenda istituzionale*, Roma 1984; *Diritti della personalità e diritto romano cristiano*, in *BIRD*, 64 (1961), pp. 33 e ss.; cui si aggiungono i contributi già richiamati alla nota 52. Sul pensiero di Crifò v. M.L. Biccari, *Diritti fondamentali dell’uomo e diritto romano: tra valori di civiltà e ius naturale*, in *JusOnline*, 2 (2017), p. 114 e ss., nonché, della stessa autrice sempre sul tema dei diritti umani, *Piccole (grandi) tappe di storia antica nel percorso di emersione dei diritti umani*, in *Index*, 45 (2017), p. 722 e ss.

Solo entro questo cornice storica ed assiologica è possibile parlare di “diritti fondamentali” nel mondo romano, avvertendo che non si tratta di situazioni soggettive riconosciute a tutti gli uomini (perché non tutti gli uomini sono “personae” e perché non tutte le “personae” hanno il medesimo “gradus”) e, ancor prima, non si tratta di situazioni soggettive nell’accezione moderna di “diritti soggettivi”, ma di quelle assimilabili situazioni di vantaggio nelle quali si esprime la *libertas*.

È evidente, infatti, che qualsiasi discussione sulla categoria dei “diritti fondamentali” presuppone un sistema che conosca la figura del diritto soggettivo. Questa manca invece nello strumentario giuridico privatistico proprio dell’esperienza romana che, come noto, non teorizza la categoria del *ius* in senso soggettivo o, almeno, vi giunge in una fase avanzata del suo percorso: è nella categoria del *meum esse* che si individua la genesi dei diritti soggettivi romani⁵⁸.

In un mondo giuridico che approda al concetto di *ius* (in senso soggettivo) solo all’esito di un lungo percorso che passa attraverso la categoria del potere (*mancipium*) e della dimensione proprietaria (*meum esse*) delle situazioni giuridiche, ma concepisce l’idea di attribuzioni soggettive, pure limitate attraverso il filtro della cittadinanza, se appare forse improprio discutere di “diritti”, non sembra allo stesso modo inutile ragionare intorno ad essi.

Una giusta collocazione del problema dei “diritti fondamentali” che passi attraverso la sua storicizzazione, anzi, meglio, la sua “costituzionalizzazione”, consente di individuare “valori” primari che l’ordinamento pone quale proprio fondamento e che integrano limiti ai poteri costituiti. La cittadinanza si nutre di questi valori e diventa elemento di condivisione di una identità sociale e religiosa e di compartecipazione di una esperienza storica e giuridica.

Civitas è lo “stato” non nel significato moderno del termine, quale soggetto giuridico dotato di una propria base territoriale. *Civitas* è l’aggregato di *cives*, *coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis*

⁵⁸ R. Ambrosino, *Le applicazioni innovative della mancipatio (Linee di sviluppo del diritto sostanziale privato quiritario)*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, vol. II, Milano 1953, 2, p. 583 e ss.: «... dal potere giuridico che si esprime dicendo «ex iure Quiritium meum esse aio» (*manus* o *mancipium* e poi *dominium*) scaturirono tutti i diritti privati arcaici noti al diritto sostanziale romano ...».

communione sociatus (Cic., *de rep.* 1.25.39). La religione li tiene insieme in un vincolo identitario sociale prima ancora che giuridico.

Se si sottrae la questione alla lente deformante della formalizzazione del diritto soggettivo, e si assume il paramentro sostanziale della tutela dei valori “fondamentali” per il cittadino, allora il problema dei diritti fondamentali assume una diversa consistenza.

Nel “costituzionalismo” dei Romani è l’affermazione stessa dei diritti fondamentali.

Costituzionalismo e diritti fondamentali appaiono come due facce della stessa medaglia⁵⁹: non c’è potere pubblico che non sia governato – dunque limitato e disciplinato – dalla *libertas*.

Né il limite del *gradus dignitatis* era percepito come una violazione dell’*aequitas*, quanto, all’opposto, una sua attuazione. L’*aequitas* importa *paria iura* (Cic., *Top.* 4.23), ma l’eguaglianza dei diritti sarebbe iniqua se non fosse “graduata” in ragione della *dignitas*.

Se, dunque, si considera che nel mondo romano i diritti erano riconosciuti esclusivamente al cittadino, nessuna comparazione potrebbe a ragione porsi con la concezione dei diritti fondamentali della modernità, quali diritti inviolabili riconosciuti all’uomo in quanto tale, che, frutto della temperie culturale del XVII e XVIII secolo, costituiscono oggi oggetto di un confronto importante e di vivace dibattito.

Se, invece, il tema dei diritti fondamentali si “storicizza”, ossia si guarda ad esso nella diversa prospettiva storica, quale espressione di una precisa epoca storica e di una fisionomia costituzionale che pone limiti al potere politico, allora anche per il mondo romano è possibile individuare “valori fondamentali” in tutte le espressioni della *libertas*.

Nella tutela della *libertas* e della vita privata dei *cives*⁶⁰, che significa

⁵⁹ La stretta relazione tra diritti umani e costituzionalismo è valorizzata da L. Solidoro, *Formazione e trasformazione dei diritti umani. Il contributo dell’esperienza romana e l’attuale uso della categoria ‘persona’*, cit., p. 31, in quanto «è soltanto con il contestuale avvento del costituzionalismo che i diritti fondamentali conquistano l’azionabilità in giudizio».

⁶⁰ Il diritto protegge la sfera privata del cittadino e la sua *libertas*, ossia la possibilità di esercitare i diritti individuali riconosciuti dall’ordinamento contro gli stessi abusi dell’amministrazione statale: la sentenza nei processi civili è emanata da un *iudex*, che è un privato cittadino, e la condanna, in caso di reati, è pronunciata da un tribunale popolare. D’altronde, la stessa magistratura del tribunato nasce con la specifica funzione di tutelare i cittadini e di opporsi alle proposte di legge ed alle decisioni del senato contrarie al loro interesse. La *coercitio* magistratuale, poi, incontra il limite della

anche rispetto dell'*autonomia* dei popoli conquistati⁶¹, si riconoscono i

provocatio, che consente agli accusati di appellarsi al popolo. Gli studi sulla *provocatio ad populum* sono tanti ed importanti. Per una bibliografia essenziale v. L. Amirante, *Sulla provocatio ad populum fino al 300*, in *Iura*, 34 (1983, pubbl. nel 1986), p. 1 e ss. (poi in Id., *Studi di storia costituzionale romana*, 2^a ed., Napoli 1991, p. 57 e ss.); Id., *A proposito della "provocatio ad populum" fino al 300*, in *Iura*, 37 (1986), p. 88 e ss.; L. Garofalo, *In tema di provocatio ad populum*, in *SDHI*, 53 (1987), p. 356 e ss.; Id., *"Iuris interpretes" e inviolabilità magistratuale*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, XIII (2001), p. 37 ss. (poi in Id., *Studi sulla sacertà*, Padova 2005, p. 51 e ss.); M. Humbert, *Le tribunat de la plèbe et le tribunal du peuple: remarques sur l'histoire de la provocatio ad populum*, in *MEFRA*, 100 (1988), p. 435 e ss.; C. Venturini, *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa 1996, p. 16 e ss.; Id., *Per una riconsiderazione della provocatio ad populum: a proposito della lex Valeria del 300 a.C.*, in *Index*, 36 (2008), p. 343 e ss.; B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2^a ed., Milano 1998, p. 29 e ss.; Id., *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994, p. 145 e ss.; Id., *Altri studi di diritto penale romano*, Padova 2010, p. 115 e ss.; E. Tassi Scandone, *Leges Valeriae de provocatione. Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana*, Napoli 2008. Sul tema, con specifico riguardo alla connessione con la *libertas* repubblicana, cfr. anche G. Crifò, *In tema di «provocatio ad populum»*, in Id., *Libertà e uguaglianza in Roma antica*, cit., p. 111 e ss. Per il parallelismo con l'istituto attico della *éphesis eis to dikastérion*, v. R. Martini, *Roma e Atene. Note comparatistiche in "campo costituzionale"*, in M.P. Baccari, C. Cascione (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da L. Labruna, tomo I, cit., p. 416 e ss.

⁶¹ Il carattere premiale dell'attribuzione della cittadinanza romana e la sua funzione politica sono evidenti nell'impiego della stessa quale strumento "consensuale" di inclusione, utilizzato per rafforzare la dimensione territoriale ed il potere politico di Roma in Italia, nelle province e poi in tutto l'impero. La politica intrapresa da Roma nei confronti dei popoli sottomessi, con la graduazione della concessione della *civitas* Romana ovvero con il riconoscimento dell'autonomia degli alleati, rappresenta la manifestazione più evidente di quella strategia del consenso che fu garanzia di longevità e di stabilità. L'imperialismo romano fu, anzitutto, una strategia di conquista del consenso: prima di conquistare i territori, i Romani compresero la necessità di conquistare la fedeltà dei dominati. E seguendo il programma di separare per unificare, di dividere per governare, *divide et impera*, riuscirono a creare un immenso organismo politico forte, potente ed omogeneo. La gestione dei popoli conquistati, con l'integrazione nella *civitas Romana* ovvero il mantenimento della loro autonomia, furono decisioni politiche contingenti, che Roma adottò di volta in volta, tenuto conto dei meriti dei popoli conquistati in rapporto alla causa romana, nonché delle loro capacità economiche e della posizione territoriale strategica. Nessuna delle città ebbe lo stesso trattamento, ma alcune ottennero privilegi ed autonomie, di cui altre, invece, vennero spogliate. E se questa politica alterò inevitabilmente la struttura dello stato cittadino, favorì d'altro canto la coesione tra le nuove componenti etniche, che vennero tutte a riconoscersi nell'*Urbs* ed a riconoscerne la superiorità. La dottrina sul diritto municipale e coloniaro romano, nella varietà delle sue esplicazioni e nella complessità dei profili d'indagine, è tanta e complessa. Per un primo approccio, v. F. Sartori, *Problemi di storia costituzionale italiana*, Roma 1953; Id., *Dall'Italia all'Italia, I-II*, Padova 1993; G. Luraschi, *Foedus, ius Latii, civitas. Aspetti costituzionali della*

tratti principali di un fortunato modello istituzionale che, con senso di realismo politico, riuscì ad adattarsi a più ampie dimensioni ed a modellarsi a nuove esigenze di gestione amministrativa.

In un sistema costituzionale che rappresenta una «insuperata sintesi di autorità e libertà»⁶², il valore della persona umana – nei suoi profili della libertà e della dignità – diventa il filo conduttore di un’architettura giuridica che offre ancora ai diritti della modernità importanti indicazioni: «l’umanità del diritto, e dunque anche l’umanizzazione della pratica giuridica, di cui la società oggi ha particolarmente bisogno, segna la strada per l’attuazione dei diritti umani, per la realizzazione del diritto vero»⁶³.

Una concezione universalistica del diritto, che riconosca a tutti gli uomini indistintamente “diritti umani”, inizia a farsi strada solo nell’età del principato.

Già invero Cicerone (*de rep.* 3.33) riconosceva nella legge naturale la fonte di un diritto universale orientato dal criterio della *humanitas*. E l’idea di umanità iniziò ad influenzare il diritto e la vita giuridica romana in maniera sempre più pervasiva, «in modo “comprensivo e profondo”, nel diritto di famiglia, nel diritto e processo penale, perfino (soprattutto dall’età imperiale) in materia di schiavitù; costituendo un cardine della grande trasformazione incentrata sull’*aequitas*, che caratterizzò la

romanizzazione in Transpadana, Padova 1979; nonché, con specifico riguardo alle vicende istituzionali delle città del Bruzio attraverso la documentazione epigrafica, F. Costabile, *Istituzioni e forme costituzionali nella città del Bruzio in età romana. Ciuitates foederatae, coloniae e municipia in Italia meridionale attraverso documenti epigrafici*, Napoli 1984 (su cui v. G. Luraschi, *Rec. a F. Costabile, Istituzioni e forme costituzionali nella città del Bruzio in età romana. Ciuitates foederatae, coloniae e municipia in Italia meridionale attraverso documenti epigrafici*, Napoli 1984, in *SDHI*, LII (1986), p. 492 e ss.). Il rapporto tra il potere romano e le autonomie cittadine nel contesto dell’Impero di cultura greca è indagato, attraverso la puntuale disamina di una ricca e non semplice documentazione, da V. Marotta, *Conflitti politici e governo provinciale*, in F. Amarelli (a cura di), *Politica e partecipazione nelle città dell’impero romano*, Roma 2005, p. 93 e ss.

⁶² F. De Martino, *Individualismo e diritto privato romano*, in Id., *Diritto economia e società nel mondo romano. Con una nota di lettura di F. D’Ippolito*, vol. I *Diritto privato*, Napoli 1995, p. 44 (già in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 16/1 (1941), p. 1 e ss.; A. Dell’Aglì e T. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *Diritto e società nell’antica Roma*, Roma 1979, p. 248 e ss.).

⁶³ L. Labruna, *Tra Europa e America Latina: principii giuridici, tradizione romanistica e “humanitas” del diritto*, in *Histoire, Espaces et Marges de l’Antiquité*, 3 *Hommages à Monique Clavel-Lévêque*, Besançon 2004, p. 55.

giurisdizione pretoria e dunque la formazione del *ius honorarium*. Lo spazio concesso all'uomo, ai suoi veri bisogni diventò sempre più ampio nella nuova visione del diritto a partire dal III secolo avanti Cristo. Slegò l'applicazione del *ius* dalla *subtilitas veterum*, per orientarla su una nuova *iustitia*. Ponendo le basi per l'affermazione dei *praecepta iuris*, che ancora oggi debbono caratterizzare la convivenza tra gli uomini: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*»⁶⁴.

Il concetto di *humanitas* prende corpo all'interno del Circolo degli Scipioni, e modera il rigore del diritto in ragione della dignità dell'uomo che diventa solidarietà tra gli uomini: la considerazione del valore dell'uomo porta con sé necessariamente il rispetto dei terzi e, senza dar luogo a specifici diritti, diventa un principio informatore del sistema, del *ius* che, secondo l'insegnamento celsino, è *ars boni et aequi*⁶⁵.

⁶⁴ Così L. Labruna, *Tra Europa e America Latina: principii giuridici, tradizione romanistica e "humanitas" del diritto*, cit., p. 56.

⁶⁵ L'*humanitas* è una «creazione autonoma dei romani: una parola greca corrispondente non esiste» (F. Schulz, *I principii del diritto romano*, a cura di V. Arangio Ruiz, Firenze 1949, p. 164). La parola, che matura all'interno del circolo degli Scipioni, esprime il «sentimento della dignità e sublimità che sono proprie della persona umana e la pongono al di sopra di tutte le altre creature di questo mondo. Questo singolare valore della persona umana obbliga l'uomo a costruire la propria personalità, ad educarsi, ma anche a rispettare e favorire lo sviluppo della personalità altrui; ... così il concetto di *humanitas* abbraccia l'educazione morale e spirituale, ma anche la benevolenza, la volontà di far bene e la simpatia...: avere riguardo agli altri, porre a sé stessi dei limiti, non perseguire senz'altro il proprio diritto e il proprio vantaggio, ma piuttosto lasciare qualche cosa e rinunciarvi a vantaggio degli altri» (pp. 164, 165). Schulz ipotizza un percorso particolare della parola *humanitas* che, presente nel lessico ciceroniano, «è addirittura evitata da Cesare, da Livio, da Tacito e da altri scrittori. Anche la giurisprudenza classica ha respinto questa espressione: ogni volta che la si trova in testi di provenienza classica, vi è interpolata. La cancelleria imperiale l'ha usata invece già in epoca classica, e l'età postclassica ha senz'altro abbandonato ogni scrupolo per adoperarla». L'impiego diffuso in età postclassica è associato, tuttavia, ad un mutamento di significato: «a partire dalla metà del II secolo d.C. la parola è generalmente usata solo nel senso di φιλανθρωπία perdendo il significato di «educazione»; e questo senso più ristretto ha conservato nel tempo successivo» (p.165). Considerazioni critiche sulla posizione schulziana e sull'impatto della sua tesi nella storiografia romanistica si leggono in A. Palma, *Humanior interpretatio. "Humanitas" nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1992, p. 6 e ss. Sull'impiego della categoria dell'*humanitas* anche da parte della giurisprudenza classica, senza dunque che essa possa considerarsi, com'è nella teoria di Schulz, oggetto di interpolazioni, v. già C. Castello, «*Humanitas*» e «*favor libertatis*». *Schiavi e liberti nel I secolo*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, vol. V, Napoli 1984, p. 2175 e ss., che in questa direzione argomenta dalla giurisprudenza che già dalla fine

L'*humanitas* e l'*aequitas* divengono categorie giuridiche sostanzialmente convergenti nella funzione da attribuire al diritto: l'*humanitas* come valore morale di solidarietà e clemenza, capace di orientare il diritto verso l'attuazione di un'*aequitas* sostanziale tra tutti gli uomini, inclusi dunque gli schiavi, ed a prescindere dalle differenziazioni sociali portate dal *gradus dignitatis*, diviene, attraverso la mediazione filosofica dello stoicismo, un tema fondamentale della giurisprudenza imperiale.

La trattazione ulpiana della schiavitù e della manumissione (D. 1.1.4, Ulp. 1 *inst.*; D. 50.17.32, Ulp. 43 *ad Sab.*) rivela più di ogni altra l'approccio umanitario alle questioni giuridiche.

La *naturalis ratio* (Gai 1.1.) riflette una visione universale della società fondata su un terreno di valori condivisi. L'imperatore quale monarca ecumenico è l'espressione di una cosmopoli unificata da un diritto universale.

Per il giurista-sacerdote, perché coltiva la giustizia ed impartisce la conoscenza del buono e dell'equo (D. 1.1.1 pr., Ulp. 1 *inst.*)⁶⁶, il diritto naturale, la cui conoscenza è appunto prerogativa dei giuristi, deve orientare il diritto positivo di emanazione imperiale.

della repubblica e dagli inizi del principato propone soluzioni ispirate alla tutela degli schiavi.

⁶⁶ Il passo è tra i più importanti della giurisprudenza romana. In esso il giurista, allievo di Papiniano e membro dell'amministrazione imperiale, rivendica al diritto, fonte della vera filosofia, il primato tra le scienze umane: i giuristi sono i *sacerdotes iuris* perché coltivano gli ideali di giustizia, equità e razionalità. I precetti fondamentali, attuativi di tali ideali, nei quali si identifica la civiltà giuridica, *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (D. 1.1.10.1, Ulp. 1 *reg.*), si fondano sul «rispetto e la tutela della persona umana ... La visione alla quale Ulpiano ci introduce era dunque quella che poneva un'equazione di corrispondenza totale tra diritto e giustizia, miranti al rispetto della dignità umana» (S. Tafaro, *Centralità dell'uomo (persona)*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, vol. VIII, Milano 2007, pp. 111-112). E non è mancato chi ha considerato il giurista severiano quale "precursore dei diritti umani" (T. Honoré, *Ulpian. Pioneer of human rights*, New York 2002, p. 76 e ss.), argomentando dalla trattazione che il giurista offre del problema della schiavitù. Nel rilievo per cui per diritto naturale tutti gli uomini nascono liberi (D. 1.1.4, Ulp. 1 *inst.*), e così la schiavitù come la manumissione sono istituti ad esso estranei, Honoré vede una anticipazione dei principi di libertà, uguaglianza e dignità su cui si fondano i moderni diritti umani. In senso contrario v. la lucida analisi di A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, cit., p. 396 e con lui V. Marotta, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.)*. *Una sintesi*, cit., p. 23.

Ne deriva l'affermazione di un universalismo giuridico, fondato appunto sul diritto naturale, che, di lì a poco, troverà affermazione politica con la *Constitutio Antoniniana* del 212 d.C.

In questa nuova prospettiva, il diritto diventa *hominum causa constitutum*, fatto dall'uomo, al servizio ed in funzione dell'uomo⁶⁷. I giuristi, *conditores iuris*, sono gli artefici di questa rinnovazione su base umanitaria ed equa del diritto attraverso una nuova lettura dei tradizionali istituti del *ius civile*.

È proprio sul terreno della prassi giurisprudenziale che l'*humanitas* penetra negli istituti tradizionali del *ius civile*, conferendo loro una dimensione universalistica calibrata sulle rinnovate dimensioni dell'impero⁶⁸.

L'idea di una natura umana universale che impone l'attuazione nella prassi degli ideali di giustizia e solidarietà per tutti gli uomini non esclude la diversità, ma – con un atteggiamento ben lontano dalle ipocrite declamazioni dei moderni – la riconduce entro l'alveo della universalità e della varietà della natura umana.

La mutata condizione dello schiavo è frutto anche di questa rinnovata visione dei valori posti a base del diritto e dell'ordinamento. E non è un caso se la misura dei diritti e dei doveri non fu ancorata presso i Romani

⁶⁷ Si tratta del noto passo (D. 1.5.2, Hermog. 1 *iuris epit.*) nel quale il giurista Ermogeniano, nella sua epitome ormai alla fine dell'esperienza giuridica romana, sintetizza il pensiero dei giuristi che l'avevano preceduto, suggellando il ruolo centrale della *persona* nell'esperienza giuridica romana. Così S. Tafaro, *Centralità dell'uomo (persona)*, cit., p. 104 e ss., che desume dal "constituere" del frammento l'ovvietà della rilevanza della persona nel pensiero della giurisprudenza, confermata, d'altronde, dai precedenti gaiani (Gai 1.8) e dalla sintesi giustiniana delle Istituzioni (I. 1.2.12), nella quale i redattori, fotografando le linee fondamentali del diritto quale si era sviluppato fino al VI secolo, individuano nelle persone il fulcro di tutto il diritto, «tanto da potersi dire creato in funzione di loro» (*ibid.*, p. 108).

⁶⁸ Per un'analisi delle decisioni giurisprudenziali del II e III secolo d.C., durante il principato adrianeo-antoniniano e della dinastia severiana, guidate dalla *ratio humanitatis* v. A. Palma, *Humanior interpretatio. Humanitas nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, cit., p. 19 e ss., nonché, per un successivo svolgimento della ricerca con la ricognizione dei testi giurisprudenziali in cui compare la parola *benignitas*, Id., *Benignior interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella normazione da Adriano ai Severi. Corso di lezioni*, Torino 1997. Un esame delle soluzioni giurisprudenziali espressive della incidenza della *ratio humanitatis* nell'attività dei giuristi e del principe è condotto anche da L. Garofalo, *L'"humanitas" nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova 2005, p. 1 e ss.

alla differenza etnica, ma alla diversa condizione sociale dell'essere umano.

Si fa strada una nuova accezione di *dignitas*, che non significa più ruolo sociale rivestito capace di legittimare una diversa posizione rispetto al diritto, ma la *dignitas hominis* diventa valore dell'ordinamento capace di realizzare l'eguaglianza sostanziale tra tutti gli uomini, compresi gli schiavi.

Con le categorie dell'*humanitas* e dell'*aequitas*, attuate grazie a quel sistema tutto speciale che è la «costituzione» dei Romani, i giuristi romani offrono alle moderne società un modello assiologico e pratico di grande valore: quello della «umanità del diritto», ossia un mondo di valori (quelli racchiusi nell'ampio concetto di *humanitas*) che, senza estrinsecarsi in specifici diritti, anima una prassi giuridica orientata dalla centralità della *persona (homo)* e «della sua genetica prevalenza sulla norma, che deve essere in primo luogo strumento di umanità»⁶⁹.

Da «invisibile principio informatore dello sviluppo dell'ordinamento»⁷⁰, l'*humanitas* penetra nei singoli ambiti, consentendo lo sviluppo del sistema in relazione alle esigenze sociali reclamate dall'*aequitas*.

⁶⁹ Così L. Labruna, *Diritti dell'uomo, tradizione romanistica e humanitas del diritto*, in *Iurisprudentia universalis. Festschrift für T. Mayer-Maly, Köln 2002*, p. 379 e ss., che si sofferma sul rapporto tra persona umana ed ordinamento giuridico nella prospettiva dei due valori cardine della *humanitas* e dell'*aequitas*, che segnano la profondità del sistema romano orientato alla (e dalla) «umanità del diritto», in cui la prassi è letta, per dirla con Giuseppe Grosso, attraverso una misura umana» (così in Id., *Diritti umani e umanità del diritto. Percorsi di una ricerca*, in *Studi in onore di Remo Martini*, vol. II, Milano 2009, p. 432).

⁷⁰ Così L. Garofalo, *Suggerimenti per il giurista dai Quaderni e Diari di Hannah Arendt*, in *Teoria e storia del diritto privato*, I (2008), poi in *Studi in onore di Remo Martini*, vol. II, Milano 2009, p. 182, che, muovendo dal rilievo per il quale è solo con Giuliano che «la giurisprudenza inizia ad ostentare, con una certa frequenza, l'*humanitas* quale *ratio decidendi*», e tenuto conto che fu proprio Giuliano a provvedere, su incarico dell'imperatore Adriano, nel 130 d.C., alla c.d. «codificazione dell'editto», per mezzo del quale i pretori operavano, in conformità al canone dell'*aequitas, adiuvandi, supplendi corrigendi iuris civili gratia*, ipotizza una sorta di continuità nella funzione integrativa del *ius civile*: «isterilitosi il *ius honorarium*, gli unici interpreti delle esigenze sprigionanti dall'*aequitas*, anche sotto il profilo formale, rimanevano i giuristi, unitamente al principe, con cui collaboravano: solo loro erano in grado di tradurre quelle esigenze in nuove soluzioni tanto normative, sia pure sempre di impianto casistico, quanto interpretative ed applicative del diritto preesistente» (p. 183). In questa prospettiva, il richiamo all'*aequitas* o all'*humanitas*, «che pur stava dentro alla prima», consentiva loro di adeguare il sistema alle nuove esigenze, senza intaccarne la

In questa prospettiva l'“*humanitas*” romana e i moderni “*human rights*” vivono percorsi di segno opposto, nella misura in cui l'*humanitas* opera sul terreno dei valori cui le regole giuridiche danno concreta attuazione, laddove i diritti umani, proprio in quanto cristallizzazioni giuridiche, si arrestano a mere proclamazioni, molto spesso prive di effettivo riscontro nella pratica giuridica.

E poiché, com'è stato bene rilevato, «l'essenza dei diritti umani è tutta nell'efficacia della loro protezione»⁷¹, a fronte di una lievitazione di questi diritti, la cui concreta applicazione si allontana spesso, e tanto, dai suoi presupposti teorici, il modello dell'*humanitas* romana, quale nei fatti attuato nell'ordinamento romano, e pur con i limiti che esso presenta, si presta a proporsi, per la sua pragmatica ed efficace incidenza, come modello valoriale ancora utile alle moderne e non sopite discussioni sul tema dei “diritti umani”.

Abstract: The question of configurability in the Roman juridical experience of modern fundamental rights is faced in the historical perspective and in the light of the other and equally complex problem of "constitutionalism". The possibility of configuring an all-Roman "constitutionalism" to the extent that *libertas* and *ius* integrate limits to the powers of sovereign body; makes it possible to identify the "fundamental values" that guide legal practice and; by this way; enjoy that effectiveness of which the human rights of modernity are lacking. *Humanitas* and *aequitas* outline the axiological framework to which the legal rules give effect and in which the centrality of the person is expressed.

Key words: Constitutionalism; fundamental rights.

solidità, assicurando alle soluzioni prospettate la necessaria compatibilità con l'ordinamento complessivo.

⁷¹ Così L. Solidoro, *Formazione e trasformazione dei diritti umani. Il contributo dell'esperienza romana e l'attuale uso della categoria 'persona'*, cit., p. 31, e p. 39 e ss. sulle prospettive di vita e di vitalità dei diritti umani e sul connesso ruolo dello storico e del giurista a fronte della crisi della nozione di persona - soggetto di diritto e del progresso tecnologico.