

I PONTEFICI NELLA STORIA DEL PROCESSO ROMANO ARCAICO *

(a proposito di Cic. Rep. 2, 21 e 5, 2)

SOMMARIO: 1. Interpretazione di Livio 1,20 e 1,32. — 2. Esame delle c. d. *leges regiae* da interpretarsi come *sacra instituta*. — 3. Il problema dell'*album*. — 4. Esame di Dionigi 4,25, Cicerone Rep. 5,2 e D.l.2.2.6. — 5. Il processo romano nella fase etrusca. — 6. Il processo romano nella fase protorepubblicana.

1. — La prima notizia interessante sull'argomento si rinviene in Livio (1, 20) là dove si legge che Numa *pontificem ex patribus legit: eique sacra omnia exscripta exsignataque attribuit*. È perfettamente inutile ogni considerazione a proposito del pontefice cooptato; ritengo che sia perfettamente oziosa anche ogni considerazione su Numa: ammesso che un re di tal nome sia esistito veramente, e che sia vissuto proprio in quel torno di tempo cui le fonti mediate e immediate di Livio ponevano la notizia riferita, resta che tutti i mitici re di Roma non sono altro che esempi di concentrazione eroica, cioè di quel procedimento comunissimo e ingenuo cui ricorsero volentieri gli scrittori¹). Nemmeno preoccupante è il fatto che Livio non ci dica quale fosse la sua fonte al proposito: esemplare mi sembra il passo 9,46 dove lo storico ci dà un complesso di notizie, in parte senza alcun riferimento alla fonte, in parte con riferimento generico (*invenio in quibusdam annalibus*) e in parte citando specificamente da chi assumeva la notizia (*arguit Licinius Macer*); trattandosi di pontefice, può ben darsi che la fonte di Livio si fosse potuta rifare direttamente a tradizioni annalistiche pontificali. Qui interessa il fatto che, secondo la tradizione accolta da Livio, uno dei *patres* fu cooptato pontefice, e a lui furono attribuite determinate competenze, quelle stesse competenze — per avventura — che ci riferisce un'altra fonte, molto più tarda di Livio, ma come giustamente ritiene il De Martino, fondamentalmente fededegna: il *liber*

(*) Questo mio studio è nato dalla meditazione di alcune pagine de *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore* di E. BETTI: a) Il processo romano deriva storicamente da un procedimento arbitrale di carattere puramente privato (p. 4); b) giudici (i re), in quest'ultimo campo, non già nel senso che decidessero essi stessi le controversie fra privato e privato, ma sì nel senso che ne controllavano la precisa formulazione giuridica (*ius dicebant*) e — non diversamente dai pretori — ne imponevano la compromissione in arbitri: arbitri che probabilmente erano i pontefici (p. 54 s.).

(1) In questo senso il Voci *Diritto sacro romano in età arcaica* (in «SDHJ», 1953), p. 89.

singularis enchiridii di Pomponio. Ciò che fu affidato a tale pontefice — e ritengo fermamente che l'*ex patribus* sia da prendersi alla lettera, perché leggendo *ex pontificibus* si sforzerebbe inutilmente il testo — fu il complesso dei *sacra omnia, publica e privata*. Ancora Livio (1,32) ci dice che, sotto Anco, sempre un pontefice ricevette l'incarico di *proponere in publico* quei *sacra* che erano stati *instituta* (si dice) da Numa, e di esporli in *album elata*: nell'uno e nell'altro caso si parla di *un* pontefice, e non è a dire che Livio usasse indiscriminatamente il singolare e il plurale.

Ora, dato che le due fonti citate sono in accordo con le altre che discuterò in seguito, di esse va tenuto conto. Dalla lettura di Livio risultano tre elementi: l'esistenza di *sacra* fin da antichissimi tempi, il fatto che questi *sacra* vennero *instituta*²⁾, ed infine la pubblicazione dei medesimi in un *album*. Tali *sacra*, a mio avviso, sono identificabili con qualche precisione e risalgono indubbiamente ad un periodo molto antico: sono, in parte certamente esigua, quei precipitati consuetudinari che usualmente vanno sotto il nome di *leges regiae*³⁾: norme del costume, stratificatesi fin da antichissimi tempi, *sacra* in quanto facenti parte delle intangibili consuetudini dei padri, protette da sanzioni prevalentemente sacrali, ma non esaurienti in precetti sacrali: dotate di sanzioni di indole sacrale, essendo la religione l'unica allora atta a realizzare quella componente coercizione senza la quale nessuna norma può dirsi giuridica^{3a)}. Questi *sacra* — questo antichissimo *mos*, questo *atteggiarsi* cioè di una mentalità nei confronti della vita di relazione — per quel poco che possiamo disporre perché pervenuti in fonti portatrici, appaiono come *carmina* sacramentali, formulati in modo sufficiente, sostanzialmente precetti del costume, ma secondo me precipitati in cristalli dal *pontifex* che, in questa sua funzione, va valutato secondo un criterio strumentale: comunque destinati a regolare i rapporti della vita secondo le vedute e le credenze di quel determinato ambiente sociale.

2. — Intese così le *leges regiae*, è noto che esse ci sono pervenute, o sotto forma di notizie, o, ma in numero esiguo, in condizioni tali da essere suscettibili di essere isolate dalle fonti mediatrici siccome frammenti: testimonianze che, secondo Mommsen, sarebbero posteriori a Cicerone e Varrone; il che non è pienamente esatto. A parte la novella di un Papirio raccoglitore — altro evidente esempio di concentrazione eroica — la de-

(2) *Instituere* indica stabilire: si confronti, ad es., il sallustiano *civitatum mores instituere*.

(3) Liv. 6, 1, 10: *erant autem quaedam leges regiae* (cfr. anche Livio a cura di A. DE MARCHI, sub *loco*). Cfr. V. ARANGIO-RUIZ *Storia*, p. 21; P. DE FRANCISCI *Storia*, 1, p. 259. Riconosceva unità a questi frammenti il KRÜGER *Histoire des sources* (trad. franc. di Brissaud), p. 5 sgg.

(3^a) Dicendo « giuridica », non pretendo di usare questo qualificatore in senso rigoroso; voglio solo dire che la giuridicità, che dette norme avevano, era dovuta al fatto di essere coercibili per mezzo di sanzioni di indole sacrale.

finizione di *leges* è, nei loro riguardi, finora assolutamente impropria, nel senso che, allo stato attuale dei nostri studi, non è stato ancora rintracciato — ove sia possibile farlo — un significato di *lex* peculiare al periodo monarchico-protorepubblicano e per quello imperiale lato sensu. Qui sarà sufficiente esaminare solo le notizie isolabili dalle fonti che le portano sotto forma di frammenti: sono precisamente otto. Si vedrà come non vi siano ostacoli seri a pensarle assai risalenti, quale più quale meno s'intende, e come, essendo formulate in modo sufficiente, non siano rifiutabili a priori come quei *sacra* poi *instituta* che la tradizione riferita da Livio dice raccolti nell'*album* del pontefice antico: le nostre fonti ci trasmettono delle informazioni, e finché non si provi che sono informazioni errate, si potrà dubitare vagamente di esse per perplessità personali, ma si dovrà considerarle.

1° — SI NURUS, SACRA DIVIS PARENTUM ESTOD⁴). — Certe situazioni sono vecchie come il mondo: qui si commina la sacertà a quella nuora infedele che abbia nuociuto ai genitori del marito. Questo versetto, che si legge in Festo alla voce *plorare*, mostra la protasi o fattispecie incompleta (*si nurus*)⁵); ma, come si vedrà poi, è protasi di agevole integrazione sulla base del versetto 8°. La sacertà, antichissima sanzione, consisteva nella *destinatio dis*⁶); la disposizione in esame, inoltre, ha carattere chiaramente privato-familiare, e la sua antichità è indiscutibile per quell'imperativo *estod* che serba la *d* finale dopo vocale lunga. Fin d'ora avverto che mi pare ozioso discutere della attribuzione di questa « legge », o di altre, a questo re o a quello.

2° — VINO ROGUM NE RESPARGITO. — Plinio, al paragrafo 12, 88 del xiv libro della sua storia naturale, ci tramanda quest'ulteriore disposizione. Essa ha un suo particolare interesse, perché, oltre ad essere indubbiamente antica dato che la forma verbale contiene ancora la *a* con tutta certezza residuata dall'arcaica forma *respargetod*, ha carattere suntuario-proibitivo⁷), con riferimento al vino che, in fase arcaica, era pochissimo diffuso e, nella stessa fase, destinato quasi soltanto ai sacrifici. La disposizione è espressa in forma imperativa negativa, dove l'ipotesi di fatto è facilmente desumibile volgendo la forma attuale nella corrispondente positiva: si confronti il versetto seguente. Manca ogni riferimento alla sanzione, che può essere supposta del tipo *piaculum*.

(4) Seguo la pregevole lettura di V. PISANI *Testi latini arcaici e volgari*, Torino 1950.

(5) Per i tentativi di integrazione, cfr. M. VOIGT cit. in F. GIRARD *Textes*, p. 7, nt. 2.

(6) Cfr. Macr. *sat.* 3, 7, 3. La sacertà doveva essere un mezzo assai sentito ed efficace per esercitare, sulla volontà dei soggetti, la pressione psicologica necessaria all'osservanza di precetti, allora di per sé sforniti di sanzione giuridica. Ecco, dunque, perché io parlo di sanzione di indole sacrale.

(7) Cfr. *lex XII tabb.*, X, 6 a.

3° — PELEX ARAM IUNONIS NE TANGITO. SI TANGET, IUNONI CRINIBUS DEMISSIS AGNUM FOEMINAM CAEDITO. — Qui per esteso, come in forma contratta nel *carmen* precedentemente esaminato, si tratta di un divieto, qui seguito da una previsione di inosservanza corredata da sanzione sacrale. La norma in questione è riportata da Festo alla voce *paelices*, ma è sostenuta anche da un riferimento in Gellio (*Noct. Att.* 4, 3, 3)⁸): si tratta di disposizione sacrale, ma il riferimento alla qualificazione soggettiva *paelix* fa supporre, anche per epoca tanto risalente, il concubinato come categoria socialmente rilevante, cui il costume avrebbe fatto rinvio. La arcaicità della disposizione, poi, è assicurata dal fatto che *agnum* è ancora indifferente al genere, tanto da esigere la specificazione aggettivale *foeminam*. Siffatta disposizione è compiutamente formata, presentandosi fornita di protasi (complessa: divieto seguito da previsione di inosservanza), e apodosi che stabilisce la sanzione sacrale del *piaculum*: il carattere del frammento in questione è sacrale-privato.

4° — SI HOMINEM FULMINIBUS OCCISIT, NE SUPRA GENUA TOLLITO. — L'importanza di questa disposizione, di altissima antichità, è particolare: si trova in Festo alla parola *occisum*. Il versetto si presenta come un rinvio ad una categoria squisitamente sacrale (la morte da fulmine) seguito da un imperativo-negativo, ossia da un divieto. L'importanza di questo *carmen*, dicevo, è assolutamente straordinario, perché abbiamo la fortuna di trovare, nello stesso passo di Festo, la forma arcaica della disposizione, e quella recenziere. *Si hominem fulminibus⁹ occisit* è un costrutto di altissima antichità, rintracciabile — come osserva il Pisani — nell'Avesta e nell'antico russo: esso ci mostra il soggetto di un impersonale al caso strumentale. Stante la antichità della forma, se si considera il contenuto di questa disposizione, si può farla risalire, senza eccessivi rischi, al periodo terramaricolo, e ciò dato l'arcaico sistema di seppellimento che la disposizione stessa testimonia: *ne supra genua tollito*. In Festo, come dicevo, la stessa disposizione, di chiaro carattere sacrale-privato, è riferita in duplice redazione: l'arcaica e la recenziere. La redazione arcaica fa rinvio alla categoria sacrale del *fulminibus occisum* in forma grammaticalmente risalente (*si hominem fulminibus occisit*), mentre la più recente, che mostra inequivocabilmente un'esigenza di chiarificazione

(8) L'unica variante sta nella parola *tanget* che Gellio riferisce *tangit*. Quanto alla parola *pelex*, uso ancora la lettura che, preferita dal Pisani, è accolta anche dall'ERNOUT-MEILLET *Recueil des textes romains archaïques*, p. 112.

(9) C. G. BRUNS, P. GIRARD e S. RICCOBONO, danno *fulmen*: cfr. anche U. SCHWYZER *Die 'lex regia'* (in « Rhein. Museum », 76, 1927, pp. 433-9). Per la singolarità di questo costrutto, può essere interessante rammentare che Livio, dicendo di un fenomeno atmosferico prodigioso, e quindi riferendosi certamente a fonte assai antica, usa *lapidibus pluvisse* (1, 31, ma cfr. anche Cic., *Leg.* 3, 9).

e di aggiornamento grammaticale, appare come traduzione della prima (*homo si fulmine occisum est*): la fattispecie è quella di un uomo che, per il fatto di essere morto fulminato, veniva considerato alla stregua del *funestus*; ad esso, di conseguenza, il *mos* negava le *iustae esequiae*, e se non compare sanzione alcuna per coloro che avessero tentato di dargliele ugualmente, ciò è da riferirsi al *deorum metus*, e cioè al timore di venir contaminati dalla fatalità di cui era stato colpito il morto. Quanto alla seconda parte del versetto, che contiene il divieto, la prima redazione arcaica si rifà alla consuetudine del *supra genua tollere*, riferendo l'antico gesto concreto; nella seconda redazione, invece, si legge il medesimo divieto reso con le parole *ei iusta nulla fieri oportet*, cioè in forma astratta. Le due forme di divieto, però, si corrispondono, essendo la seconda niente altro che aggiornamento linguistico terminologico della prima: le *iustae esequiae*, infatti, consistevano nel sollevare il cadavere al di sopra del livello delle ginocchia di chi provvedeva alla pietosa funzione. Ora, stante ciò, dato che nel secondo divieto compare il verbo *oportere* cui non credo si possa negare pregnanza giuridica, la medesima non si può negare al primo divieto, dato che il *nulla oportere* esprime in altri termini lo stesso concetto che, anticamente, veniva espresso ellitticamente col *ne*.

5° — CUIUS AUSPICIO CLASSE PROCINCTA OPIMA SPOLIA CAPIUNTUR IOVI FERETRIO OPORTEAT ET BOVEM CAEDITO. QUI CEPIT AERIS CCC. SECUNDA SPOLIA IN MARTIS ARA IN CAMPO SOLITAURILIA UTRA VOLERIT CAEDITO. TERTIA SPOLIA IANUI QUIRINO AGNUM MAREM CAEDITO, C QUI CEPIT AERE DATO. CUIUS AUSPICIO CAPTA, DIS PIACULUM DATO. — Questa disposizione, che si trova in Festo alla voce *opima spolia*, è la più lunga e dettagliata delle otto considerate. Elemento di antichità sicura è quell'*agnum* ancora indifferente al genere tanto da esigere l'aggettivale specificazione *marem*; ma l'osservazione più interessante che si possa fare, forse, si riferisce alla circostanza per cui, nella frase di Festo, prima della disposizione riferita, si legge *testimonio esse libros pontificum, in quibus ait...*: evidentemente Festo, che si riferiva esplicitamente a Varone, presso costui aveva letto che l'esemplificazione espiatoria suddetta era annotata nei libri pontificali. Il *piaculum*, poi, fissato di volta in volta e ritenuto necessario ai fini della purificazione delle truppe e del loro comandante (*cuius auspicio spolia capiuntur*)¹⁰, era stabilito in previsione di un'azione fortunata di guerra. La disposizione prescrivente detto *piaculum* era conosciuta ed indicata dai pontefici. Infine, un altro motivo per affermare l'antichità del *carmen* — di carattere sacrale-pubblico — sta nell'elemento morfologico *Ianui*, dove compare ancora il tema arcaico in *u* (che è quello, poi, donde è tratto *ianua*, come *genua* da *genu*).

(10) Si trattava, naturalmente, di *scelus expiabile*.

6° — SI QUIS HOMINEM LIBERUM DOLO SCIENS MORTI DUIT, PARICIDAS ESTO. — Così si legge in Festo, alla voce *parrici*. Tale versetto presenta tutte le caratteristiche di una disposizione vera e propria, di carattere penale: la norma in esame, articolata dal punto di vista formale con ammirevole precisione, dal punto di vista formale m'induce a ritenerla posteriore alle altre, nel senso che la redazione a noi pervenuta appare come recenziore rispetto ad altre. In essa si notano: A) Ipotesi di fatto. La fattispecie contiene un riferimento alla categoria del *liber*, determinante ai fini della sanzione. B) Qualificazione dell'elemento soggettivo. L'elemento soggettivo è qualificato dalle parole *dolo sciens*¹¹⁾, che presuppongono la diversa situazione dell'omicida *sciens* (con o senza dolo = omicidio volontario o legittimo) da quella dell'omicida *imprudens*¹²⁾ (*ex eventu* = mero omicidio colposo o involontario). Qui si dice che l'omicidio di un *liber*¹³⁾, se compiuto *dolo sciens*, produce inespianabilità¹⁴⁾ (*impietas* in senso stretto), la quale a sua volta si risolve nella incapacità soggettiva e nella impossibilità oggettiva di purificarsi attraverso un *piaculum* diverso e minore rispetto al sacrificio di se stesso. C) Sanzione. La sanzione consiste in uno stato di sacertà colorito di giuridicità, e che può realizzarsi per semplice *consecratio capitis*¹⁵⁾, o attraverso la più com-

(11) Per il requisito e la rilevanza della *scientia*, cfr. P. VOCI, cit., p. 57 nt. 52. La *scientia* è la coscienza di arrecare torto (C. FERRINI *Diritto penale romano*, p. 41 sg.) e la formula *dolo sciens* senza difficoltà va assunta come antichissima: cfr. M. VOIGT, cit. dal Ferrini, K. BINDING *Formen*, 2, 278 sgg. il quale nota che il carattere primitivo di questa norma è assicurato anche dalla circostanza per cui è esposta la norma ed è taciuta la sanzione; ma su questo, cfr. quanto dico nel testo.

(12) Cfr. Serv. *ad ecl.* 4, 43: *ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi adgnatis eius in contione offeret arietem*; (il Ferrini ricorda la vecchia iscrizione del bosco di Spoleto dove si distingueva la « semplice violazione dalla violazione dolosa » *op. cit.*, p. 42 e nt. 4 dove, in nota — cfr. C. G. BRUNS *Fontes*, p. 260 — è riportato: *sei quis scies violasit dolo malo*).

(13) *Homo liber*, come dice il Ferrini (*op. cit.*, p. 379), « per il diritto primitivo equivale a *civis* ».

(14) Cfr. Cic. *Leg.* 2, 22: *Impius ne audeto placare donis iram deorum*; ma ancora più interessante Varr. *de l. l.* 6, 30: *si imprudens facit, piaculari hostia facta piatur; si prudens (che corrisponde al dolo sciens), cum expiari ut impium non posse*.

(15) Cfr. P. VOCI, *op. cit.*, p. 60 sg. Senza citare la copiosa e notissima letteratura su « *paricidas* », restano da fare due osservazioni: il *paricidas esto* non ha propriamente carattere di sanzione, in quanto consiste nell'accertamento di uno *status* che è il presupposto di una certa sanzione. Sarebbe, al proposito, interessante vedere se, in caso di fuga del *paricidas* (fuga che potrebbe essere il primo materiale manifestarsi dell'*exilium*), e quindi per il caso di mancata esecuzione sul *sacer*, la comunità potesse purificarsi attraverso un *piaculum* ove un animale sostituisse il condannato. Ritengo, poi, che *paricidas esto*, essendo dichiarazione di uno *status*, valeva da elemento discriminante per il caso di successiva soppressione del *paricidas* ad opera di

plessa *consecratio capitis et bonorum*: il colpevole può essere chiamato a rispondere di persona (e doveva essere la situazione più antica) o anche col complesso dei suoi beni. Si noti come la sanzione non è direttamente comminata; ma piuttosto la norma, determinando il presupposto della punibilità, di questo si serve strumentalmente per determinare la sanzione.

7° — SI QUISQUAM ALIUTA FAXIT, IPSOS IOVI SACER ESTO. — Così leggiamo ancora in Festo, alla voce *aliuta*: questa disposizione, di carattere sacrale-privato (e non penale, come potrebbe apparire a prima vista) prevede, come sanzione, la sacertà vera e propria: oserei dire la sacertà sacrale. Si noti, poi, come anche in questo caso, nonostante la probabile lacunosità della protasi, fattispecie e sanzione siano indicate esaurientemente. A ben vedere, tanto nel *carmen* 6° che nel 7°, la previsione è quella di un illecito, mentre la sanzione mi sembra trarre la sua forza cogente, in entrambi i casi dall'ordinamento giuridico contribuendo la religione alla formazione della norma, ma nel secondo caso disponendo una sacertà immediata che, nel primo, è mediata rispetto alla dichiarazione di uno *status*. Qui, il reato in previsione mi sembra quello dell'*iniuria*¹⁶), ma poco si può dire su di esso: data la povertà della protasi, che potrebbe anche essere lacunosa, e aver contenuto invece qualche elemento capace di qualificare meglio l'*aliuta faxit*. Comunque, l'illecito previsto è di tipo umano, mentre la sanzione comminata è sacrale¹⁷).

8° — SI PARENTEM PUER VERBERIT, AST¹⁸) OLLE PLO-RASSIT PARENS, PUER DIVIS PARENTUM ESTOD. — Tale disposizione si trova in Festo, a quella stessa voce *plorare* che contiene anche il

un concittadino (= omicidio legittimo). L'altra osservazione riguarda il caso di offesa arrecata a uno straniero. Liv. 9, 10: *quo populus romanus scelere impio sit solutus*. Il Ferrini (*op. cit.*, p. 379) ritiene che « L'uccisione dello straniero era dallo Stato repressa direttamente solo quando esso godesse protezione giuridica: altrimenti essa poteva al più costituire un motivo di estradizione dell'uccisore ». Riportandoci alla fase cui si riferiscono i versetti in esame, io propendo ad immaginare la *noxae deditio* del colpevole al popolo offeso in modo che questi lo punisse secondo il proprio uso. D'altronde, la *destinatio dis* è una sorta di *noxae deditio* a favore degli dei, siano essi i Mani o gli dei della *civitas*.

(16) Si tratta comunque di un comportamento antiggiuridico, cioè antisociale rispetto ad una società strutturata.

(17) L'anatema, in cui incorreva colui che veniva dichiarato *sacer*, poteva coincidere con la sentenza che dichiarava la sacertà. Ma la sacertà poteva — come io credo in questo caso — derivare direttamente « dal medesimo fatto incriminato, senza bisogno di alcuna dichiarazione » (cfr. C. FERRINI, *op. cit.*, p. 76 e fonti ed opere ivi citati). Secondo il Voci (*op. cit.*, p. 83) l'illecito, la persecuzione e la pena hanno rilevanza sociale. La religione, cioè, « contribuisce alla formazione della norma giuridica ».

(18) *Ast quando*, in Cicerone, sta per *si quando*. Comunque sia, il termine è oscuro. Cfr. Cic. *Leg.* 3, 9 e la Grammatica del Pisani al § 552.

versetto posto al n. 1: la disposizione in questione è una sorta di duplicato della prima, ma ci è utile a completare la protasi lacunosa di quella. Il Voci osserva: «Una norma di schietto carattere religioso statuisce che, se il figlio abbia battuto il padre, sia sacro agli dei familiari. Volta in termini laici, questa norma statuisce una condanna a morte. Ad essa non manca alcun estremo della giuridicità: né c'è da dubitare che faccia parte dell'ordinamento statale, etc.»¹⁹).

Come si è visto, si tratta di disposizioni antiche, evidentemente tratte dal costume, formulate in modo proverbiale, quindi accettabili come *sacra instituta*²⁰).

3. — Ritornando a quanto accennai prima, Livio, nel paragrafo 1, 32 delle sue storie, ci dà notizia dell'esposizione di un *album*, contenente i *sacra omnia quae instituta erant*. Dopo quanto ho detto a proposito delle *leges regiae*, è chiaro che io le ritengo facenti propriamente parte di quell'*album* in quanto *sacra instituta*.

Da taluno²¹) si è detto che siffatto *album*²²) conteneva soltanto l'in-

(19) Cfr. P. VOCI, in «ADHJ» (1933), p. 45 sg. Cfr. anche G. PASQUALI, in St. Besta, I, p. 69. Il ROLOFF (*Cerimonia*, in «Glotta», 1952, pp. 101 sgg. e *Ritus*, in «Glotta», 1954, pp. 36 sgg.) osserva, giustamente a mio avviso, che *ritus* si identifica con il comportamento di fronte alla divinità, ma comunque è «modo di agire». Osserva anche che *mos* è la volontà dell'uomo diventata regola; ma io credo che anche *mos*, in una prima fase, voglia dire comportamento, di fronte ai consociati, e quindi «modo di agire».

(20) Il Voci (in «SDHJ» cit., p. 92) osserva: «Non pare si possano aver dubbi su questi tre punti: a) al *rex* spettò un potere di ordinanza; b) il *rex* usò di questo potere emanando le disposizioni di cui si è già parlato (ovviamente qui non si postula un'attività legiferante!); c) queste disposizioni dovettero necessariamente essere accolte e custodite dai pontefici». Cfr. anche I. CARCOPINO *Les pretendues lois royales* (in «MAHEF», 1937), pp. 361 sgg.

(21) R. PARIBENI *Le origini e il periodo regio*, 1954, p. 12.

(22) Cfr. BOUCHÉ-LECLERCQ *Les Pontifes*, p. 192 (condizionato dall'impostazione della sua ricerca); P. FREZZA *Corso*, p. 287 (con qualche perplessità e senza raggiungere risultato alcuno); e il Voci (in St. Albertario, II, p. 75), postula l'esistenza di veri *edicta* regii, ma con motivazione estranea alla questione («fanno parte del *ius civile* della *civitas*, giacché, anche più tardi, il *ius sacrum* farà parte del *ius civile*). L'affermazione, in sé, è giustissima, e spero di sostenerla quanto prima in un mio contributo agli studi sulla costituzione romana, ma la posizione dell'illustre autore è diversa: egli ancora è fermo alla separazione *ius sacrum* e *ius civile*); già il Mommsen (DPR, II, pp. 46 sgg.) postulava una tale attività editale del re: questo editto — secondo il Mommsen e senza il minimo fondamento — sarebbe stato confiscato dai pontefici e infine pubblicato in un'opera intitolata al nome del primo Pontefice Massimo (il che, s'è visto, è una novella). Sull'argomento, interessante il WEISS *Schriftlichkeit und Mündlichkeit in der römischen Rechtsbildung* (in «Atti del Congr. Intern. di Dir. romano», II, Verona 1951) soprattutto a pp. 58 sgg. Infine il De Francisci (*Arcana Imperii*,

dicazione di prodigi, fenomeni astronomici, terremoti e carestie e conseguentemente anche i prezzi dell'annona e i più importanti avvenimenti umani; e ciò si è detto sulla base di Cicerone (*De orat.* 2, 12, 52) e di Servio (*ad Aen.* 1, 373): chi ha ritenuto così, evidentemente non ha tenuto conto del citato passo di Livio. Nulla osta a ritenere esatte le informazioni di Cicerone e Servio, ma mi parrebbe un po' forte far rientrare in quei *sacra publica privata* di cui parla Livio solo le notizie catastrofiche e commerciali di cui parla il Paribeni. Ora, confrontando Cicerone e Livio, non è difficile ammettere che Livio e Cicerone, rispettivamente, alludevano all'*album* per quella parte cui ognuno si riferiva, sicché il *proponere ut esset populo cognoscendi* di Cicerone parrebbe palindromo in meno al liviano *proponere in publico in album elata ut esset quo consultum plebes veniret*, tanto da testimoniarmi qualche cosa di assai notevole a proposito dei rapporti fra l'*album pontificale*, in proporzionale impoverimento rispetto al fiorire dell'*edictum* pretorio. In altre parole, io credo che l'antico *album* conteneva, oltre le notizie cui si riferisce Paribeni, anche e soprattutto i *sacra*: cioè quelle concrezioni religioso-giuridiche che erano derivanti dal ed allo stesso tempo riconducibili al *mos*. Costume, poi, che gli storici antichi, per l'accennato procedimento di concentrazione eroica, riportavano a questo re o a quello: cristalli di norme, formati in regime di consuetudine, ma « registrati » ad opera del *pontifex*. Più che i misteriosi libri andati perduti nell'incendio gallico, io credo che questo *album* fu la matrice della duplice forma letteraria dell'annalistica e dell'editto. In questo senso mi conforta lo stesso uso delle nostre fonti, sicché, ad esempio, Cicerone dice *referre in album* nel senso di registrare negli annali, e Livio adopera *album praetoris* in quello ovviamente editto.

Naturalmente, si pone la domanda come i *sacra instituta* si sarebbero stratificati nell'*album* del pontefice²³). Accettata la coincidenza delle *leges regiae* con i *sacra instituta*, e intesi i medesimi come stratificazioni del *mos*, è chiaro che qui non parlo di statuizioni poste da questa autorità o da quella, ma di solidificati consuetudinari rispondenti per se stessi alle esigenze di una certa società (quella romana), in un certo periodo della sua evoluzione (quello prerepubblicano) circa i modi di atteggiarsi della vo-

III, 1, p. 35) riconosce ai pontefici il compito di conservare la tradizione, di chiarire, interpretare, indicare i criteri di applicazione di antiche regole e antichi principi, stabilirsi col tempo a mezzo di precedenti. Cfr. anche ID. *Primordia civitatis* (Romae, 1959), p. 440 e sgg. Ciò è esatto; tuttavia, tra l'*interpretari* e l'*instituere* esiste una nuance che va colta: *interpretari* vale piuttosto come integrazione del *ius civile* « secondo un disegno di razionale coerenza » (C. BERTI *Forma e sostanza dell'interpretatio prudentium* in « Atti Congr. Verona » cit., pp. 109 e sgg.), mentre *instituere* mi sembra voglia significare la cristallizzazione, la stabilizzazione, il riconoscimento del costume come « *mos maiorum* ».

(23) G. ROTONDI L.P., p. 49 nt. 1: « massime elaborate dai pontefici ».

lontà sociale divenuta poi norma di condotta: modi di vivere e di trattare, contegni cioè, secondo le vedute di una certa società²⁴).

Ora, il costume contempla un certo numero, aperto s'intende, di comportamenti, cui riallaccia delle conseguenze, ma non versa tutto ciò necessariamente in norme, qualunque possa esser l'accettata caratterizzazione delle stesse: il costume passa dallo stato fluido a quello per così dire cristallino^{24a}) solo attraverso l'opera dell'uomo che, enucleate le previsioni di certi comportamenti con le relative conseguenze, cala le medesime in formulazioni, le quali non restano poi soltanto affidate alla memoria, ma finiscono col rendersi materialmente riconoscibili attraverso la scrittura. Con questo, non ci si deve sentir necessariamente costretti a pensare ad un codice, per quanto se ne voglia limitare l'importanza dicendolo primitivo ed embrionale: una raccolta di usi, un'antologia di sentenze, non è ancora codice fino a quando usi e sentenze vengano osservati consuetudinariamente, avendo il loro fondamento unicamente nella corrispondenza alle vedute di una certa società, in un certo ambiente e in una certa fase storica; senza tuttavia che alle spalle di quegli usi e di quelle sentenze ci sia un'autorità — ad essi esterna — che li renda cogenti.

Fino a quando, in altri termini, la forza cogente risiede unicamente nella convinzione comune che certi determinati comportamenti vanno tenuti o evitati siccome producenti per tutti le medesime conseguenze, siamo in clima di costume. Non necessariamente codice, dicevo, ma necessariamente opera dell'uomo, è la raccolta di usi e consuetudini: circolando questi allo stato libero, solo l'opera di un uomo (e così nacque la novella di Papirio raccoglitore), o meglio di generazioni di uomini, poteva versare quelle consuetudini in formulazioni in qualche modo sicure, e assicurarle alla tradizione con la riduzione in scrittura. Né si può immaginare alcuna raccolta senza un metodo, sia pure semplice e rudimentale: si trattava di identificare certi comportamenti tipici, di coglierne le eventuali qualificazioni, di massimarne le relazioni, e le conseguenze che il *mos* vi riallacciava: nasceva così la sentenza o proverbio raccomandati alla scrittura, contenenti necessariamente protasi e apodosi, la cui funzione era quella di enucleare comportamenti tipici, qualificazioni consuetudinariamente distinte, sanzioni da tempo memorabile applicate e riconosciute adeguate. Il tutto derivava indubbiamente dal costume, era esso stesso *mos*, cioè modo di atteggiarsi nel vivere e nel trattare, ma in una fase ulteriore: quella proverbiale scritta. Non solo, però. Dato che qualsiasi società presuppone il problema della convivenza, pone pertanto quello della composizione degli eventuali conflitti di interessi; e se il proverbio, come ho detto, sembra essere stato il modo più comune in cui il *mos* venne ad emersione cristallizzandosi, lo stesso costume dovette atteggiarsi ed evolversi anche attraverso quelle decisioni che si ponevano dinanzi ai casi concreti di conflitto. Sicché, quando le fonti ci

(24) Cfr. N. BOBBIO *La consuetudine come fatto normativo*, Padova 1942.

(24a) Cfr. R. ORESTANO *Dal ius al fas* (in BIDR, XLVI, 1940).

parlano di *sacra instituta*, manifestatisi stabilmente nell'*album*, noi dobbiamo pensare anche alle sentenze-decisioni (o decisioni proverbiali) che circolavano allo stato libero, e che, quando vennero stabilmente inserite — *instituta* — nell'*album*, non mutarono carattere; ma preannunciarono quella che sarebbe stata la parte tralaticia — cioè tradizionale — dell'editto. *Album*, però, e non *edictum*; perché si trattava ancora di consuetudini che erano giustificate dal fatto di essere osservate spontaneamente in maniera costante; che traevano la loro forza cogente dalla sfera religiosa, e rispetto alle quali l'unica opera umana pensabile è quella di riduzione in parole sicure perché scritte. Quando si ammette « un reciproco influsso fra riti religiosi e giuridici, nel senso che presumibilmente dovettero essere le formule del diritto ad ispirarsi a quelle sacrali, e più tardi queste a perfezionarsi al lume di quelle »²⁵), altro non si fa che definire i rapporti fra *sacra* e *instituta*, cioè fra lo stato di *sacra* e l'operazione dell'*instituire*. Concludo: sembra evoluzione storicamente accettabile quella per cui la consuetudine, prima semplicemente affidata alla memoria e osservata in virtù di una spontaneità costante fondata su un generale convincimento, quando venne *elata in album*, venendosi a trovare a contatto con quelle notizie prodigiose e commerciabili, con le notizie riguardanti quegli accadimenti umani e naturali di cui parlano Cicerone e Servio, venne a porre la premessa naturale e necessaria per l'insorgere della duplice forma letteraria, editale ed annalistica.

4. — Dicevo che ogni società presuppone una certa organizzazione e pone problemi di convivenza e di soluzione di conflitti: conflitti di interessi che insorgono necessariamente, direi inevitabilmente, e la cui soluzione non è pensabile — in una società comunque strutturata — come abbandonata totalmente all'iniziativa privata, alla « violenta lotta primitiva », a meno di postulare una società di fiere. Non tentare di risolvere i conflitti, infatti, equivarrebbe ad accettare uno stato di tale continua tensione, da pregiudicare per sé ogni possibilità di convivenza. I conflitti, poi, sono risolti solo attraverso l'intervento di qualcuno che, per essere estraneo alla lite, sia capace di garantire l'ideale di una giusta soluzione, di volta in volta congrua al conflitto da comporre. Per la fase prerепubblicana in Roma, noi abbiamo notizia dei *quaestores parricidii* e dei *duoviri perduellionis*: ad essi era deferita la giurisdizione in tema dei due delitti più gravi da un punto di vista pubblico: il *parricidium* e la *perduellio*. Per la giurisdizione civile, sono state tentate varie ipotesi, delle quali la più semplice è parsa la seguente: alla giurisdizione civile provvedeva il re. Sia pure: ma quando il re — o chiunque fosse colui che esercitava tale ufficio — era lontano dalla città, chi provvedeva a regolare i rapporti della vita e i con-

(25) C. GIOFFREDI *Religione e diritto* (in « SDHJ », 1954), pp. 290 sg. Cfr. anche sull'argomento in genere: KASER *Altrömisches Jus*, pp. 109 sg.; GIOFFREDI *Diritto e processo*, pp. 182 e sgg.; BISCARDI (in « RISG », III, 1949, pp. 455 e sgg.); BROGGINI *Iudex arbiterve*, pp. 60 e sgg.

trasti che spesso tali rapporti recano in sé allo stato di germe? Non è sufficiente, infatti, aggirare l'ostacolo e dire che i rapporti privati, e le contese nascenti dalle loro violazioni, erano sotto una tutela di carattere religioso. Sta bene ciò; ma, qualunque sia il carattere di una sanzione, dinanzi a colui che viola quell'ordine o divieto in previsione della cui violazione la sanzione stessa si pone, occorre sempre un organo che l'applichi, un organo fornito di poteri sufficienti a tutelare i rapporti e a ristabilire le situazioni sconvolte da quelle violenze ed abusi. Durante la repubblica, è il pretore urbano, coadiuvato poi dal pretore peregrino, colui che soddisfa questa elementare e fondamentale esigenza di interno equilibrio. Ma prima? Risalendo nel tempo, è legittimo riconoscere tale funzione nei consoli. Ma prima ancora²⁶)? Mi sembra che Cicerone (*Rep.* 5,2), Dionigi (4,25) e Pomponio (D.l. 2.2..6) diano qualche utile lume al riguardo.

(26) Sulla questione, indubbiamente grave: il BECKMANN (*Ueb. d. richtl. Tätigk. d. Pont. in altröm. Zivilprocess*, 1890, pp. 149 sgg.) solleva tali dubbi e pone tante riserve, da pregiudicare qualsiasi soluzione; escludono qualsiasi attività giudicante dei pontefici il WLASSAK (*Prozessformel*, pp. 102 sg.) e, sulla scorta del Wlassak, il WENGER (*Ist. di dir. proc. civ. romano*, trad., ital. di R. Orestano, p. 206-7 nt. 12). Dubitativamente si esprime il DE FRANCISCI (*Storia*, 1, 1926, pp. 127 sg.; 143 nt. 43 etc.). Cfr. anche E. BETTI *Sulla formula del processo civile romano*, pp. 40 sgg.; G. PUGLIESE *Proc. formulare*, 1, pp. 133 sg. Un'attenzione speciale meritano le considerazioni del DE MARTINO. Già nella sua *Giurisdizione* osservava (p. 3, 16 etc.) che bisogna distinguere il periodo più antico da quanto ci è testimoniato dalle fonti per i periodi più recenti. Recentemente, ha dedicato qualche pagina sull'argomento nella *Costituzione* (1, pp. 168 sgg.). Naturalmente la divisione del processo in due fasi coincide con la duplice funzione di *ius dicere e iura reddere*: il De Martino ritiene che lo sviluppo storico sia che « da un originario arbitrato puramente volontario si sia passato ad un intervento coattivo del magistrato, ma pur sempre limitato nell'età antica, etc. » (p. 179); ora l'origine arbitrale del processo romano mi pare veramente indubbia. Ma l'insigne storico prosegue: « Può essere dubbio se l'intervento statale fosse assicurato mediante i pontefici o mediante altri organi, sebbene il carattere di alcuni tra i più antichi mezzi giudiziari..., il monopolio dei pontefici sulla giurisprudenza nell'età arcaica e l'originaria confusione tra norme giuridiche e norme religiose autorizzi l'ipotesi che la funzione del *ius dicere* fosse ad essi (pontefici) riservata... ». Sulla quale considerazione mi permetto di dissentire. Se effettivamente fosse così, e posta la testimonianza di Pomponio (che De Martino considera certamente guastata da un epitomatore, ma fondamentalmente fededegna), dovremmo arrivare a ipotizzare un'inutile duplicazione, per giungere ad ammettere la *iurisdictio* pontificale. Dovremmo, in altre parole, ammettere un fatto singolare nell'evoluzione strutturale romana, e cioè la creazione di un organo — il pretore — per una funzione — la *iurisdictio* — cui già avrebbe bellamente provveduto fin da tempi antichi un altro organo — il pontefice. Ogni sviluppo storico segue una linea evolutiva, dove tutto ciò che cade viene in qualche modo ad essere compensato: ma sempre in coerenza a quella linea. Se si dice che il *praetor*, in virtù della costante per cui la funzione crea l'organo, venne ad ereditare la *iurisdictio* dal console, il console l'avrà a sua volta ereditata. Se

La prima fase è rappresentata da Cicerone: egli, dopo aver detto *quod ius privati petere solebant a regibus*, coerentemente aggiunge qualche riga dopo: *nec vero quisdam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur iudiciis regiis*. Il senso è chiaro: non tutti erano giudici, mentre tutte le controversie erano portate dinanzi al tribunale regio e da esso risolte. Si noti che il *sed* è correttivo della proposizione precedente, ma si tenga presente che *disceptator aut arbiter* non ha necessariamente valore di endiadi nella lingua di Cicerone. Comunque, con questa notizia siamo nel periodo regio, e assai poco si può dire su di esso.

La seconda fase, invece, è testimoniata da Dionigi:

ἐκεῖνος διελὼν ἀπὸ τῶν ἰδιωτικῶν (ἐγκλημάτων) τὰ δημόσια, τῶν μὲν εἰς τὸ κοινὸν φερόντων ἀδικημάτων αὐτὸς ἐποιεῖτο τὰς διαγνώσεις, τῶν δὲ ἰδιωτικῶν ἰειώτας ἔταξεν εἶναι δικαστάς, ὅρους καὶ κανόνας αὐτοῖς τάξας, οὓς αὐτὸς ἔγραψε νόμους. (*Ille iudiciis publicis separatis a privatis, ipse quidem de criminibus ad rem publicam pertinentibus suscepit cognitionem, rerum autem privatarum privatos iudices esse iussit, quibus normas et regulas leges dedit a se conscriptas*).

A parte la storicamente logica distinzione fra processi di rilevanza pubblica e processi di mero interesse privato, Dionigi ci avverte che, oltre detta distinzione fra processi pubblico-penali (*de criminibus ad rem publicam pertinentibus*) e processi privati (*rerum privatarum*), venne affidata a *iudices privati* il *iudicium* delle private controversie, e a questi *iudices*

l'avesse ereditata dal *pontifex*, dato che il *pontifex* sopravvisse a tutti i mutamenti costituzionali, perché non avrebbe dovuto continuare il pontefice a *ius dicere*? Ammesso che la nuova costituzione volesse un organo costituzionale all'amministrazione della giustizia, dove sono le fonti che ci testimoniano i pontefici come organo non rilevante quanto alla struttura della *civitas*, e la conseguente innovazione? Le fonti, al contrario, ci parlano sempre di *ius dicere* come funzione di chi governa, e *iura reddere* come funzione di cui erano capaci i *cives* qualificati a ricevere il *iussum iudicandi*. Dionigi ci riferisce di Servio che tiene per sé solo la *cognitio de criminibus* e il potere di impartire *canōnas* ai *iudices privati*: coerentemente a ciò, Cicerone ci ricorda (*Rep.* 2, 21) che Servio esercitò il *ius dicere*: io ritengo che queste fonti non ci mentano. E d'altronde, se restano salve queste fonti, si può intendere la notizia fornitaci da Pomponio, che disegna l'evoluzione dei pontefici dal *iura reddere*, al *praesesse*, fino al *consulere* e *publice profiteri*: così si potrà dire che le funzioni dei pontefici si andavano dissanguando, ma non dovremo ricorrere a spostamenti. Perché questo va chiarito fin d'ora, e il chiarimento non sembri banale: le funzioni svolte dai pontefici — dai vari pontefici — non erano tutte della stessa qualità. Né, per concludere, ritengo che «l'antica tradizione di ispirazione patrizia abbia tentato di mascherare questo corso, presentando il processo civile dell'età storica come una conquista di libertà di fronte all'oppressivo imperio regio» (p. 172) perché, almeno come credo di vederla io, la divisione del processo in due fasi fu piuttosto una forma di tutela delle libertà romane, di vivere e di trattare secondo le proprie consuetudini.

privati erano trasmesse istruzioni e regole, evidentemente circa il *iudicium* di cui erano investiti: secondo Dionigi, ciò sarebbe stato disposto da Servio; il che equivale a dire che nel periodo etrusco il magistrato etrusco emanava il *iussum iudicandi*.

Per la terza fase sta Pomponio il quale, dopo aver detto che *interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant*, dà una notizia a mio avviso di sommo interesse: *ex quibus* — egli dice — (scil.: *ex pontificibus*) *constituebatur quis quoque anno praeesset privatis*, frase che io integro con *iudiciis*, senza che sia necessario un grande sforzo di fantasia: al di fuori dei giudizi, non vedo proprio a che sarebbe valsa tutta l'*ars interpretandi* e l'amministrazione delle *actiones*, di cui si parla costantemente a proposito dei pontefici. Cicerone ci parla del periodo monarchico, Dionigi ci informa sul periodo etrusco, Pomponio ci illumina sul periodo protorepubblicano. E si noti che l'autore del *liber singularis enchiridii* conclude dicendo: *et hac consuetudine populus usus est*.

L'evoluzione, come mi è parso legittimo accennare sulla base delle fonti, non presenta gravi difficoltà d'intelligenza. Non è ipotesi rara quella che pensa al re come a giudice, ché infatti presso tutti i popoli antichi il re ci appare come sacerdote e giudice: ogni lite sarà stata portata dinanzi al tribunale del re, il re l'avrebbe composta secondo gli usi della sua gente; le soluzioni adottate e le sanzioni prescelte, oltre ad essere esse stesse costume, traevano energia dal *mos* e dal re che, fornito presumibilmente di *auspicium* e *augurium*²⁷), alla fine rappresentava colui al quale, per definizione, era affidata la tutela delle consuetudini e delle fortune del suo popolo. In un periodo successivo, dicevo, il re sarebbe venuto attribuendo ad altri parte delle proprie competenze, forse per quelle stesse esigenze che — nel racconto liviano — sarebbero state alla base del *demandare cura* dei culti, dell'*attribuere sacra e iubere proponere in album*: questa fase sarebbe stata inaugurata da attribuzioni meramente religiose, per poi giungere ad una specificazione più distinta, ad esempio fra processi di interesse pubblico e processi di mero interesse privato. Tuttavia, questa distinzione non sarebbe stata assoluta e piena, nel senso che il re si sarebbe riservato, ed il perché non sfugge, oltre la *cognitio de criminibus ad rem publicam pertinentibus* (*cognitio*, si noti), anche il potere di prescrivere istruzioni ai *iudices privati* investiti *rerum privatarum*. In una fase ulteriore, il *praeesse privatis*, prima sotto forma di *iura reddere*, poi nel senso di *consulere e respondere*, sarebbe stato affidato a un pontefice annuale, nel senso che, ogni anno, in seno al collegio pontificale, veniva scelto un *pontifex* che espletasse questa determinata attività. D'altronde, l'annualità degli incarichi non è certo un fatto scandaloso, nel mondo romano.

5. — Qui occorre rappresentarsi la situazione che, presumibilmente, venne a crearsi quando gli etruschi governarono Roma: « Quando si tro-

(27) Cfr. G. BROGGINI *Iudex arbiterve*, pp. 28 sg.; U. COLI *Regnum*, p. 80 nt. 16 (e ivi le fonti d'appoggio); W. KUNKEL in « ZSS », 1955, p. 288 sg.

vano a convivere sullo stesso territorio popoli di stirpe e civiltà diverse, nessuno dei quali ha intenzione o interesse d'imporre all'altro la propria legge, si viene al compromesso che le leggi rispettive convivano, e che ciascun soggetto si regoli con la legge della propria *natio* »²⁸). Se si postula, per ipotesi, una situazione di siffatta indifferenza fra romani ed etruschi nel periodo prerепubblicano, nulla osta a immaginare gli etruschi viventi secondo le proprie consuetudini, e i romani secondo il proprio *mos*: in effetti, della dominazione etrusca, restarono magari i simboli del potere, ma gli istituti privati romani non ne appaiono alterati. Sulla base di una simile ipotesi, i conflitti fra etruschi saranno stati composti in virtù delle consuetudini etrusche; quelli fra etruschi e romani, o in forza della consuetudine dei dominanti, o in virtù della consuetudine scelta come regolatrice di quel rapporto che aveva generato la lite; nel caso di conflitti fra romani, la soluzione sarà stata trovata sulla base del *mos maiorum*. In quest'ultimo caso, tuttavia, il re, o comunque governatore etrusco, si sarà trovato dinanzi ad un'alternativa stretta: o lasciare che i romani — cui credo fosse riconosciuta la capacità di diritto privato — si facessero giustizia autonomamente da sé, o intervenire nella contesa. Il Voci propone, credo giustamente, di collocare l'amministrazione della giustizia, come compito dello stato, nel periodo etrusco; così pensando, si intende meglio la notizia tramandataci da Dionigi: come nei tempi più antichi, testimone Cicerone, tutte le contese erano portate dinanzi al tribunale del re e dinanzi a questi risolte, nel periodo prerепubblicano esse erano portate dinanzi al tribunale del magistrato etrusco il quale, fra il disinteressarsi della cosa e il provvedere direttamente e autoritativamente, avrebbe adottato una terza soluzione: quella che ci testimonia Dionigi. Avocata a sé la diagnosi dei processi che erano strettamente pertinenti allo stato, avrebbe ordinato che le controversie *rerum privatarum* fossero giudicate da un *iudex* privato, il quale tuttavia, oltre a doversi attenere alle disposizioni e istruzioni che il magistrato etrusco di volta in volta gli impartiva, privo com'era di ogni autorità che non gli venisse dal *iussum iudicandi*²⁹), doveva e poteva solo accertare il diritto. Dico ciò perché, altrimenti, gli « *òrous* » e « *canònas tàxas* » sarebbe difficile intenderli. Comunque sia, in

(28) F. CALASSO *Fonti*, pp. 110 sgg. Qui voglio ricordare quanto dice DE FRANCISCI (*Primordia* cit., p. 101; e cfr. PALLOTTINO *Etruscologia*³, p. 118) a proposito di questo stesso periodo: « le due lingue [romana ed etrusca] si presentavano, così, distinte e diverse in quel secolo VI, in cui Roma subisce il predominio politico degli Etruschi: sicché, per quell'epoca, il territorio romano è stato giustamente qualificato come di 'bilinguismo etrusco-latino' ». Personalità del linguaggio: personalità del diritto. Era chiaramente per l'antica bipartizione del processo l'HARTMANN-UBBELHODE *Ordo iudiciorum*, pp. 202 sgg.

(29) Sorta di « decreto di investitura », dice il BETTI (*Dir. romano*, parte gen., p. 619, ma ved. anche 494 e 506). Comunque il sostrato pubblicistico del *iudicare iubere* è evidentissimo: cfr. M. WŁASSAK *Judikationsbefehl*, p. 7, 18-29; etc.; V. ARANGIO-RUIZ *Ist.*, p. 137 nt. 1.

questo modo si realizzava la divisione del processo in due fasi, e si raggiungeva un duplice scopo politicamente apprezzabile: si costringevano le parti litiganti a sottoporre la loro lite ad un *arbiter* in modo da sottrarre ai privati l'attuazione della giustizia, e per altro si demandava il giudizio di merito a qualcuno che, conoscendo le consuetudini romane, era meglio qualificato a giudicare fra romani. Dicevo che è arduo indicare il contenuto di codesti « canònas », ma ritengo vadano intesi come *iussum iudicandi*. Quando il *iudex privatus*, scelto di comune accordo dalle parti o a queste attribuito autoritativamente dal magistrato per il caso di perdurante disaccordo, accertava il diritto, la sua sentenza arbitrale traeva la forza sufficiente dal *iussum iudicandi* stesso; di poi, dato che il *iudex* accertava il diritto in base al *mos*, quell'indifferenza di cui parlavo all'inizio veniva a risultare doppiamente rispettosa del costume romano.

Naturalmente, io credo che *iudex privatus*, fin dall'inizio, fu un pontefice; e lo credo perché, fin da tempo immemorabile al pontefice era stata affidata la tutela dei *sacra instituta*, cioè i *mores*, e quindi nessuno mi sembra che potesse essere più qualificato del pontefice ad accertare il diritto controverso sulla base del diritto consuetudinario dei romani.

6. — Ripristinato il governo di Roma nelle mani dei romani, la prassi giudiziaria del processo privato in due fasi rimase, non più legata a una condizione di personalità del diritto, ma utile anche in regime di nazionalità dello stesso: ritengo che furono i consoli ad esercitare, sul piano processuale, quella funzione che era stata già del magistrato etrusco³⁰). Si aggiunga che, in caso di assenza dei consoli, fin dal periodo più antico della repubblica, Pomponio ci informa che (D. 1.2.33), *quotiens consules proficiscuntur, unus relinquitur, qui ius dicat, is vocatur praefectus urbi*; e aggiunge: *qui... olim constituebatur*. Il disegno della evoluzione continua a delinearsi chiaramente attraverso le nostre fonti: Pomponio dice altrove (D. 1.2.2.6) che *interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur quis quoque anno praeesset privatis*, aggiungendo che *hac consuetudine populus usus est*.

(30) Come ho già detto, il VocI (in St. Albertario, II), basandosi sul passo di Dionigi, accece all'opinione secondo la quale l'amministrazione della giustizia, come compito dello stato, sarebbe da collocarsi nel periodo etrusco; e avanza l'ipotesi che giudici fossero coloro che poi furono detti consoli. Senza ripetermi, qui dovrei fare le osservazioni, uguali anche se contrarie, che ho fatte a proposito delle dotte osservazioni del De Martino. A parte ciò, Liv. 1,63,3 è fonte di rara oscurità: forse, ad intenderla, sarebbe preziosa; ma, io almeno, non riesco a intendere i commentari di Servio. *Iudices*, invece, può essere riferito ai consoli; ma, quanto a Liv. 3,55, dato che l'ordine dei magistrati menzionati dallo storico è chiaramente discendente (intendo: là dove Livio riferisce l'elenco dei magistrati dichiarati sacrosanti dalla *l. Horatia*), non è legittimo riferire *iudices* a *consules*. Infine, Cicerone (*Leg.* 3,3,8) chiama i supremi magistrati con diversi nomi, in relazione alle loro varie funzioni.

S'è visto come, nei tempi antichissimi, i romani vivevano e trattavano sulla base di proprie consuetudini, che poi, dette *sacra* perché facenti parte dell'augusto patrimonio civile del popolo, giunsero allo stato proverbiale e vennero inserite, accanto ad altre notizie, nell'*album* del pontefice (*Liv.* 1,20 e 1,32); in questo periodo ogni controversia veniva portata dinanzi al tribunale del re (*Cic. Rep.* 5,2). Caduta Roma sotto la dominazione etrusca, riconosciuta ai romani la sola capacità di contrattare e contendere, la politica giurisdizionale adottata dagli etruschi^{30a}) portò alla divisione del processo in due fasi, delle quali la prima rimase sotto il controllo del magistrato etrusco, mentre la seconda veniva trasmessa a *iudices privati* mediante lo *iussum iudicandi* (*Dion.* 4,25): *iudices privati* ben potettero essere i pontefici. Caduta la dominazione etrusca in Roma, rimase in vita la prassi giudiziale in due fasi, ognuna delle quali restando rispettivamente di competenza del console — e in sua assenza del prefetto (D. 1.2.33) — e del pontefice³¹) annualmente scelto nell'ambito del *collegium pontificum* (D. 1.2.2.6). Questa consuetudine durò fino a quando la funzione del *ius dicere* fu assunta dal *praetor*, e quella del *iura reddere* da quanti venivano riconosciuti capaci di ricevere ed attuare il *iussum iudicandi* ai fini del *iudicium*. In epoca pienamente accertabile, il pretore si pone come ultimo termine della linea evolutiva *rex*-magistrato etrusco-*consul*-*praefectus urbi*-*praetor*; gli *iudices privati*, a loro volta, nella linea evolutiva *rex*-*pontifex*-*iudex*.

JOLE VERNACCHIA

(30a) Si potrebbe anche pensare che gli etruschi applicassero già il sistema del processo bifase nel loro ambiente, e che, quanto a Roma, si trattasse di introduzione, anziché di innovazione.

(31) Valgano, qui, le esatte considerazioni del De Martino a proposito della *legis actio sacramenti*. Cfr. anche Id. *Giurisdizione* pp. 46 sgg.; G. BROGGINI *op. cit.*, p. 30 nt. 14 e E. BETTI *Dir. romano cit.*, p. 459.