

LUCIO DE GIOVANNI

## L'ESPERIENZA GIURIDICA NELLA TARDA ANTICHITÀ

Il tema che gli amici organizzatori di questo Convegno mi hanno attribuito – L'esperienza giuridica nella tarda antichità – è, come è facile intendere, di grande ampiezza e complessità, tenuto anche conto degli opportuni limiti di tempo assegnatimi. Occorrerebbe preliminarmente chiarire che cosa si intenda per diritto, domanda che ha impegnato gli studiosi di tutte le epoche e costituisce ancora oggi un problema aperto, la cui soluzione dipende in gran parte dal quadro di riferimento attraverso il quale si affronta la questione. Una risposta che possa definirsi esatta in assoluto non esiste anche perché il diritto ha differenti manifestazioni a seconda del modello preso in esame (ad esempio basti pensare, nel mondo contemporaneo, alla distinzione tra il *civil law* del nostro ordinamento e il *common law* di quelli anglosassone e statunitense). D'altra parte, come ci ha ricordato in pagine esemplari Paolo Grossi, «il diritto non è scritto in un paesaggio fisico che attende ancora un inserimento umano, è scritto nella storia, grande o minuta, che dai primordi ad oggi, gli uomini hanno costantemente tessuto con la loro intelligenza e i loro sentimenti, con i loro amori e i loro odi. È all'interno di questa storia costruita dagli uomini che si colloca il diritto, lì e soltanto lì»<sup>1</sup>.

Orbene, andando specificamente all'esperienza giuridica dei romani, occorre ricordare che costoro, per molti lunghi secoli, non si erano certo posti il problema relativo a una definizione del diritto e, anzi, neppure avevano manifestato di avere una concezione unitaria del *ius*. Non a caso, ancora nella seconda metà del II secolo d.C., il giurista Gaio in un noto passo delle sue *Institutiones* parla non di *ius* ma di *iura populi Romani*, enumerandone le fonti, pure quelle ormai cadute in desuetudine al suo tempo: *constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 12.

<sup>2</sup> Gai 1, 2.

Fatte queste premesse, occorre dunque, per svolgere meglio il tema della mia relazione, non avere l'ambizione di offrirne una sintesi di tutti i possibili aspetti, ma operare alcune scelte (certo parziali e opinabili, come tutte le scelte), ponendo l'attenzione sui punti di snodo più significativi dell'esperienza giuridica tardoantica, e, in modo particolare sugli aspetti istituzionali e sui mutamenti relativi al sistema delle fonti.

È ben noto a chiunque abbia una sia pur sommaria conoscenza delle vicende della storia romana che l'età che incomincia prima col regno di Diocleziano, poi con quello di Costantino sia caratterizzata, sul piano istituzionale, dal crescente assolutismo imperiale; non a caso, del resto, tale epoca – oggi di solito individuata con l'espressione tardoantico o tarda antichità – sia anche chiamata età del dominato, per indicare appunto come preminente a ogni altro il carattere del sovrano-*dominus*, punto di riferimento pressoché esclusivo di ogni aspetto della vita politica sociale economica giuridica<sup>3</sup>.

Se, dunque, questo è lo sfondo, in cui collocare la riflessione relativa all'ordine istituzionale del tardoantico, è altrettanto vero che, allorquando lo storico dei fenomeni giuridici approfondisce la propria indagine su questo o quel punto, cercando di comprendere quali siano le dinamiche che si muovono dietro la facciata dell'assolutismo imperiale, quali gli strumenti e le forze in campo, egli fa scoperte di estremo interesse: il tardoantico appare, infatti, anche sotto questo punto di vista, un laboratorio di accelerate trasformazioni, da cui parte una storia di lunghissima durata, destinata a incidere profondamente sulle vicende dei secoli seguenti.

Un primo aspetto che va immediatamente posto in rilievo è che l'assolutismo imperiale si estrinseca attraverso un'organizzazione statualistica del tutto sconosciuta al mondo romano precedente. Di più: nel corso del IV secolo, a cominciare dalla svolta costantiniana e poi, in modo particolare durante il regno di Teodosio I, tale organizzazione comincia a assumere un accentuato carattere ideologico-religioso: nasce, potremmo dire, lo stato confessionale, che impone un determinato credo ai propri sudditi e, in base a esso, li discrimina, inaugurando una politica di intolleranza attraverso

---

<sup>3</sup> Per una trattazione complessiva del tema, con particolare riferimento agli aspetti giuridico-istituzionali, rinvio al mio recente libro, L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, *passim*. Alla tarda antichità, considerata nei suoi presupposti storiografici, dedica pagine di grande interesse M. MAZZA, *Tra Roma e Costantinopoli. Ellenismo Oriente Cristianesimo nella tarda antichità: saggi scelti*, Catania, 2009, pp. 5 ss. Per una sintesi complessiva del tema, inquadrato nel più ampio contesto di tutta la storia imperiale romana, cfr. ora Y. LE BOHEC, *Naissance, vie et mort de l'Empire Romain. De la fin du I<sup>er</sup> siècle avant notre ère jusqu'au V<sup>e</sup> siècle de notre ère*, Paris, 2012, pp. 671 ss.

forme e modi che si avvicinano, molto di più che al mondo romano, a esperienze statualistiche di epoche successive.

Mi sembra interessante il tentativo di avviare una riflessione sull'incidenza che questi grandi avvenimenti ebbero sulla storia giuridico-istituzionale.

Roma, al calare del IV secolo, era ormai solo uno dei molti centri che caratterizzavano la vita dell'impero. Una pletorica burocrazia, variamente diffusa tra Occidente e Oriente, aveva ormai preso il posto delle antiche istituzioni<sup>4</sup>. Intorno a Costantinopoli, la capitale fondata da Costantino, si era andata sedimentando, in modo sempre più articolato e complesso, una nuova amministrazione imperiale. All'interno della corte i più alti funzionari – il *magister officiorum*, il *quaestor sacri palatii*, il *comes sacrarum largitionum*, il *comes rerum privatarum*, il *praepositus sacri cubiculi* – sono a capo di uffici che concorrono in modo determinante a segnare la trasformazione dell'impero in monarchia assoluta di tipo orientale. D'altra parte, non meno articolata era l'amministrazione nelle diverse periferie dell'impero, stabilmente diviso in quattro circoscrizioni territoriali, con a capo di ciascuna di esse un *praefectus praetorio*: ogni prefettura era, a sua volta, divisa in diocesi, ciascuna governata da un *vicarius*; le diocesi venivano poi frazionate in più province, rette da funzionari, chiamati in vario modo, *proconsules*, *consulares*, *correctores*, *praesides*.

La trasformazione delle istituzioni imperiali ha radici lontane, risalenti almeno all'età di Diocleziano, nella quale il nuovo sistema di governo imperniato su due Augusti e due Cesari aveva causato il moltiplicarsi dei ministeri e degli *officia*, mentre la crescita del numero delle province e la creazione delle diocesi avevano accresciuto in modo molto consistente gli *officia* periferici.

A proposito delle riforme di Diocleziano, già Lattanzio aveva affermato polemicamente che esse sarebbero state la causa del fatto che «molti governatori e ancora più uffici (*officia*) fossero addossati ai singoli distretti e quasi alle singole città»<sup>5</sup>. La nuova accezione del termine '*officium*' è testi-

<sup>4</sup> Cfr. DE GIOVANNI, *Istituzioni*, cit., pp. 301 ss.; G. VALDITARA, *Lo Stato nell'antica Roma*, Soveria Mannelli, 2008, pp. 402 ss.; ora, P. COSME, *Les empereurs romains*, Paris, 2011, pp. 200 ss.; M.G. CASTELLO, *Le segrete stanze del potere. I comites consistoriani e l'imperatore tardoantico*, Roma, 2012, pp. 21 ss., con aggiornata e ampia bibliografia. Una rapida ma efficace sintesi relativa all'argomento dell'amministrazione imperiale prima di Costantino, in modo da cogliere evoluzioni e differenze con quella della tarda antichità, è nel recentissimo lavoro di S. LEFEBVRE, *L'administration de l'empire romain d'Auguste à Dioclétien*, Paris, 2011, pp. 14 ss.

<sup>5</sup> Lact., *de mort. pers.* 7, 4: *multi praesides et plura officia singulis regionibus ac paene iam civitatibus incubare*.

monciata per la prima volta dal giurista Arcadio Carisio nel suo *liber singularis de officio praefecti praetorio*<sup>6</sup>. Tali uffici rappresentavano nuclei operativi «costituiti e regolati da disposizioni imperiali, nei quali l'attività spersonalizzata e stilizzata dei diversi operatori è dalle disposizioni stesse finalizzata a produrre un risultato unitario, ad adempiere i compiti attribuiti all'ufficio nel suo insieme, individuato attraverso il funzionario che gli è preposto»<sup>7</sup>.

Chi si ponga allo studio della tarda antichità, non può, dunque, non essere consapevole di doversi confrontare con un'epoca in cui l'idea stessa di 'cosa pubblica' cambia radicalmente: l'impero tende ad assumere, attraverso la creazione di uffici e servizi variamente articolati sul territorio, sia pure in modo embrionale, i caratteri amministrativi e burocratici propri di uno 'stato'. Si pongono ora alcune domande: se nuovo appare l'assetto istituzionale dell'impero tardoantico, quali sono gli strumenti tecnici che il regime imperiale appronta per produrre diritto e dettare le regole in grado di disciplinare una realtà così complessa e, per tanti aspetti, diversa dal passato? E quale il rapporto tra la normazione del sovrano e l'antico diritto giurisprudenziale, che, si badi bene, non era un diritto morto ma che ancora era in grado, in vari ambiti della vita giuridica, di suggerire le soluzioni più opportune? E, ancora, l'imperatore *dominus* come si poneva nei confronti del diritto da lui stesso creato?

Come ben si può intendere, solo un centro di produzione di norme particolarmente forte era in grado di unire l'impero, dando forza a una amministrazione variamente articolata in regioni così diverse sia per posizioni geografiche sia per culture e tradizioni. È, allora, quasi un'ovvia conseguenza che la persona del principe sia identificata con l'idea stessa di diritto: non a caso, e per restare a un solo esempio, Valentiniano I viene chiamato, in un'iscrizione «padrone delle leggi romane, rettore della giustizia e dell'equità»<sup>8</sup>. Nello stesso tempo si poneva un'ulteriore questione: da un lato utilizzare le enormi potenzialità che il diritto romano ancora offriva per la soluzione delle varie *quaestiones iuris*, dall'altro dare a quello stesso diritto un

---

<sup>6</sup> D. 1, 11, 1. Un profilo ampio del giurista è ora delineato da D.V. PARENTE, *Aurelio Arcadio Carisio. Un giurista tardoantico*, Bari, 2012, pp. 15 ss., cui si rinvia per la precedente bibliografia. Per ciò che riguarda l'età precedente quella tardoantica, le riflessioni giurisprudenziali sugli *officia* attribuiti a magistrati e funzionari, nei loro diversi aspetti, sono ben illustrate nei saggi di vari autori raccolti da E. STOLFI (a cura di), *Giuristi e officium. L'elaborazione giurisprudenziale di regole per l'esercizio del potere fra II e III secolo d.C.*, Napoli, 2011.

<sup>7</sup> Così F. GRELLI, *La forma dell'impero*, in *Storia di Roma*, III/1, Torino, 1993, p. 78; L. FANIZZA (a cura di), *Diritto e società nel mondo romano*, Roma, 2005, p. 374.

<sup>8</sup> ILS, 765: *legum domino Romanorum, iustitiae aequitatis rectori*.

carattere unitario, come mai esso aveva avuto in precedenza, che servisse davvero a trascendere le norme e le consuetudini locali, fornendo alle singole amministrazioni sparse sul territorio strumenti maggiormente affidabili e sicuri per una più efficace e omogenea applicazione del diritto. Le modalità attraverso cui gli imperatori attuano questo grande disegno non sono ovviamente sempre le stesse né, è appena il caso di sottolinearlo, dobbiamo incorrere nell'errore di considerare, anche per l'aspetto giuridico, la tarda antichità un blocco monolitico, lì dove, come ogni storico ben sa, essa è invece un laboratorio assai variegato di azioni, idee, progetti, di cui solo alcuni trovano una piena concretizzazione. È tuttavia possibile, nell'arco temporale che va da Costantino a Giustiniano, individuare, per dir così, alcune linee guida che caratterizzano la politica imperiale. Una prima linea riguarda l'utilizzazione sempre più massiccia che, a cominciare da Costantino, i sovrani fanno della *lex generalis*. La stessa espressione *lex generalis* appare per la prima volta proprio in una costituzione di Costantino del 321, in cui è concessa a tutti i consigli municipali, *generalis lege*, la possibilità di chiamare i Giudei a far parte delle curie<sup>9</sup>. La forma assolutamente imperativa della *lex generalis*, il suo rivolgersi non a un singolo destinatario ma a un popolo, a una regione o anche a tutto l'impero, l'astrattezza e la generalità del comando, l'ordine di pubblicazione a carico del funzionario cui era indirizzato il provvedimento, affinché i sudditi fossero davvero in grado di conoscerlo, costituivano tutti elementi particolarmente idonei a manifestare la volontà del sovrano assoluto e aggiornare il diritto nel modo più rapido e efficace possibile. Lo strumento della legge diviene, dunque, quello maggiormente idoneo a consentire allo stato della tarda antichità di prendere le distanze dal rigido formalismo del diritto romano, nato, è bene non dimenticarlo, per una città e non per un impero cosmopolitico, e di scegliere di volta in volta, per la soluzione dei problemi giuridici, la via che appare al momento la più conveniente, ispirata ai principi dell'*aequitas*. Nel corso del V secolo, l'imperatore d'Oriente Marciano, si mostra, nel *principium* di una sua *Novella* del 455, pienamente consapevole della grande utilità che ha, anche sotto l'aspetto ora delineato, la *lex*. Egli, infatti, afferma testualmente: *Saepe materiam scribendis ferendisque legibus negotia inopinato exorta suppeditant, et aut novas constitui sanctiones, aut durius et asperius latas faciunt abrogari. Aequalis enim in utroque aequitas est, vel promulgare, quae iusta sunt, vel antiquare, quae gravia sunt*<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> CTh. 16, 8, 3.

<sup>10</sup> Nov. 5.

Non a caso, dopo tale premessa, il testo di Marciano riconosce come elemento essenziale per la validità delle disposizioni *mortis causa*, fatte a scopo pio, l'autenticità della *voluntas* del testatore, privilegiando dunque la reale volontà del defunto e non le mere forme dell'atto, come avveniva nel diritto romano antico<sup>11</sup>.

Una seconda linea su cui riflettere è la nascita della forma codice come luogo formale di raccolta e di vigenza delle norme: è fatto questo di straordinaria importanza, cui pongono mano prima, nel V secolo, Teodosio II, poi, nel VI, in modo ben più ampio, Giustiniano. I romani, infatti, non avevano mai avuto una raccolta ufficiale delle leggi. Il tema è, ovviamente, molto noto, ma non sempre la storiografia ha prestato la dovuta attenzione a quanto tale mancanza fosse avvertita sia tra gli operatori del diritto sia in larghi strati della società. Già nell'ultimo secolo della repubblica Cicerone si era lamentato di questa situazione: *Legum custodiam nullam habemus; itaque eae leges sunt, quas apparitores nostri volunt; a librariis petimus, publicis litteris consignatam memoriam publicam nullam habemus*<sup>12</sup>. In un altro testo, lo stesso Cicerone aveva parlato del diritto della sua epoca come di *ius civile diffusum et dissipatum*<sup>13</sup>. Altre testimonianze – una ancora di Cicerone nello stesso passo ora ricordato<sup>14</sup>, le altre due, rispettivamente di Svetonio<sup>15</sup> e di Isidoro di Siviglia<sup>16</sup> (*etym.* 5, 1, 5) – fanno cenno, rispettivamente, ai progetti codificatori di Crasso, Pompeo, Cesare, proprio allo scopo di escerpire *ex immensa diffusaque legum copia*<sup>17</sup> solo ciò che davvero fosse utile e necessario. Tali progetti codificatori, come tutti sappiamo, non vengono a esecuzione: forse la definitiva trasformazione della *res publica* in un impero universale dovette far apparire meno pregnante la stessa idea di raccogliere un diritto, quale era il *ius civile*, nato per una singola città-stato. Fatto sta che, nella lunga storia del principato, restano irrisolti tutti i problemi relativi alla trasmissione dei testi, ai dubbi sulla loro autenticità, all'incertezza del diritto, che proprio una mancata raccolta ufficiale delle norme acuiva in modo determinante. Nel corso del IV secolo, Ammiano

<sup>11</sup> Su questo testo dell'imperatore Marciano, cfr., più ampiamente, il recentissimo libro di C. CORBO, *Incertae personae. Profili di una società e del suo diritto*, Napoli, 2012, pp. 115 ss.

<sup>12</sup> Cic., *de leg.*, 3, 20, 46.

<sup>13</sup> Cic., *de orat.*, 2, 33, 142.

<sup>14</sup> Cic., *de orat.*, 2, 33, 142.

<sup>15</sup> Suet., *Iul.*, 44, 2.

<sup>16</sup> Isid., *etym.*, 5, 1, 5.

<sup>17</sup> Suet., *Iul.*, *ibid.*

Marcellino, rende testimonianza di quanto tutto ciò procurasse danno nel vissuto quotidiano. Il passo di Ammiano<sup>18</sup>, di cui mi sono occupato diffusamente già in precedenti occasioni di ricerca<sup>19</sup>, è una testimonianza – tanto più preziosa quanto più rara – di come fosse vissuto il diritto nella realtà quotidiana, non sotto l'angolo visuale del pensiero dei raffinati giuriconsulti di cui vi è traccia nel Digesto, ma degli utenti e dei cittadini. Il quadro che si ricava dal testo ammiano è quanto mai desolante. Ammiano focalizza la propria attenzione su ciò che accadeva nei tribunali: egli pone in risalto la corruzione di giudici e di avvocati, che, in cambio di ricchezze e onori, non avevano alcuna remora a vendere le cause ai funzionari militari (*militaris rei rectoribus*) o ai potenti di corte (*intra palatium validis*)<sup>20</sup>, ma soprattutto si sofferma sul ruolo svolto dagli avvocati, rilevandone il profondo degrado<sup>21</sup>. In sintesi costoro, al fine di arricchirsi adescando clienti facoltosi e carpando la buona fede dei giudici, approfittavano proprio del fatto che nessuno era in grado di verificare l'autenticità delle loro citazioni: essi, atteggiandosi a grandi conoscitori della scienza giuridica, citavano autori e leggi antiche, ignote ai contemporanei, promettendo ai loro clienti di farli assolvere anche dai reati più gravi, come, a esempio, la promessa dell'assoluzione pure a chi avesse ucciso la madre. Tutto ciò ovviamente intralciava grandemente la vita dei tribunali e procurava conseguenze assai gravi: una diffusa corruzione, i tribunali ridotti a «fogne ingannevoli e cieche (*fovae fallaces et caecae*)»<sup>22</sup>, un verticale decadimento degli studi giuridici e dell'idea stessa di diritto, l'allungamento ogni oltre ragionevole misura (*dies ... et menses ... et anni*) dei tempi del processo<sup>23</sup>, l'impoverimento dei contendenti. Ammiano non approfondisce le cause remote di questo degrado e non entra in nessun discorso di tecnica giuridica; egli si limita a rilevare, in un rapido passaggio, che la scienza del diritto è stata distrutta dalla contraddizione delle leggi (*legum discidia*)<sup>24</sup>. Questa espressione non solo rie-

---

<sup>18</sup> Amm., *res gest.*, 30, 4.

<sup>19</sup> Da ultimo, cfr. L. DE GIOVANNI, *Gli imperatori e la 'giustizia'*, in *Società e diritto nella tarda antichità*, a cura di L. DE GIOVANNI, Napoli, 2012, pp. 89 ss.; cfr. anche A.M. GIOMARO, *Sulla presenza delle scuole di diritto e la formazione giuridica nel tardoantico*, Soveria Mannelli, 2011, pp. 5 ss.

<sup>20</sup> Amm., *res gest.*, 30, 4, 2.

<sup>21</sup> Amm., *res gest.*, 30, 4, 9-19.

<sup>22</sup> Amm., *res gest.*, 30, 4, 13.

<sup>23</sup> Amm., *res gest.*, 30, 4, 19.

<sup>24</sup> Amm., *res gest.*, 30, 4, 11.

cheggia quelle degli autori prima citati tra fine repubblica e inizi principato ma ricorda anche molto da vicino le parole più o meno coeve pronunciate dall'anonimo autore del *de rebus bellicis*. Nella perorazione finale della sua operetta, infatti, costui, rivolgendosi al principe (Costanzo o, secondo altri, Valentiniano I) lo pregava affinché egli, immediatamente dopo aver assicurato la difesa militare dell'impero, si preoccupasse di individuare la medicina adatta a risolvere i problemi civili (*remedium ad civilium curarum medicinam*) e, in primo luogo, illuminare le «confuse e contrarie disposizioni delle leggi (*confusas legum contrariasque sententias*), eliminando in tal modo le cause mosse dall'improbità»<sup>25</sup>. Non vi è dubbio che in questo passo riecheggi il motivo, ricorrente nella propaganda dell'epoca, che il 'buon imperatore', accanto alle virtù militari, debba esercitare anche quelle negli affari civili, ma è certo molto significativo che, tra tali affari, venga posto in rilievo solo un tema che riguardava in modo specifico l'ordinamento giuridico: ciò è il segnale di quanto il «problema giustizia» fosse avvertito nella società del tempo, tanto da essere posto immediatamente dopo quello della difesa dell'impero.

Le codificazioni promosse, tra V e VI secolo, prima da Teodosio II, poi da Giustiniano non nascono, dunque, a caso, ma rispondono a precisi e concreti bisogni espressi nella società da lunghissimo tempo. Vi è, inoltre, ancora un ulteriore elemento da tenere nella massima considerazione. Attraverso lo strumento della *lex generalis* e, successivamente, attraverso le opere di raccolta, i sovrani tendono a regolare i loro rapporti col diritto anteriore, sia quello espresso dai propri predecessori sia quello di derivazione giurisprudenziale. Direi anzi che la stagione codificatoria appare, in qualche misura, come il prodotto della nuova organizzazione statualistica, cui prima ho fatto cenno; lo stato della tarda antichità ha bisogno, come non era mai avvenuto prima, della forma codice per estrinsecare al meglio il proprio potenziale giuridico e, soprattutto, per fare i propri conti col passato.

Il fenomeno è ben visibile già a cominciare dall'età di Costantino, durante la quale matura definitivamente l'idea che l'imperatore fosse l'unica fonte del diritto, che a lui solo fosse possibile non solo interpretarlo ma anche aggiornarlo, secondo criteri di equità, tenendo così l'ordinamento sempre al passo con i tempi. Lo stesso Costantino, d'altra parte, non esita a manifestare, proprio in una *lex generalis* del 321, CTh. 1, 4, 1, il profondo fastidio per le «interminabili dispute» degli antichi giuristi e il desiderio di sradicarle (*Perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes*), avendo

---

<sup>25</sup> *De reb. bell.*, 21, 1.



egli solo l'autorità per stabilire quale opinione o opera giurisprudenziale dovesse essere seguita: così, ancora in CTh. 1, 4, 1, egli ordina che siano private di ogni valore (*aboleri*) le *notae* di Paolo e Ulpiano agli scritti di Papiniano, con la motivazione che essi, per inseguire la lode per il talento (*dum ingenii laudem sectantur*), avevano preferito non tanto correggere (*corrigerre*) quanto sfigurare (*depravare*) l'opera dell'altro grande giurista severiano; in CTh. 1, 4, 2 del 328, poi, l'imperatore interveniva per risolvere ogni dubbio circa la validità delle *Pauli Sententiae*, conferendo a esse piena forza normativa e, dunque, la possibilità di *in iudiciis* [...] *valere*. Il nuovo valore della *lex* nel mondo tardoantico ha come conseguenza un diverso collocamento dell'attività normativa imperiale nel sistema delle fonti. Se, durante il principato, la *constitutio principis* è citata insieme e accanto alle altre fonti del *ius* (basti solo pensare al notissimo e già ricordato passo di Gaio 1, 2 o a quello di Pomponio in D. 1, 2, 2, 12, che afferma: *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratuuum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituyente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur*), già Costantino, invece, tende a distinguere nettamente il diritto che egli, attraverso la *lex*, promulga, dal *ius vetus*, in cui sono ricompresi non solo i multiformi contenuti delle fonti normative delle epoche precedenti, ma le stesse *constitutiones principum* dei suoi predecessori; è proprio, infatti, attraverso lo strumento della *lex*, divenuta finalmente legge e non più interpretazione, per quanto autorevolissima, del *ius*, che l'imperatore può operare l'aggiornamento del diritto in nome dei principii della giustizia e dell'equità, andando oltre le statuizioni anche dei precedenti imperatori: [...] *etsi veteris iuris definitio et retro principum rescripta ... tamen nos aequitate et iustitia moti iubemus* [...], afferma molto significativamente una costituzione costantiniana del 325, nota come CTh. 11, 39, 1. Anche in altri testi<sup>26</sup>, il diritto promulgato da Costantino (chiamato con le espressioni *constitutiones nostrae*, *statuta nostra*) è tenuto distinto dal *ius vetus*, la cui validità è affermata solo se collima con la volontà imperiale.

Per ciò che riguarda più specificamente il diritto giurisprudenziale, tra IV e V secolo comincia sempre più a affacciarsi l'idea che sia lo stato a dover farsi carico di risolvere il problema, procedendo a una raccolta siste-

<sup>26</sup> CTh. 12, 11, 1, 2 (a. 314); 15, 14, 1 (a. 324); 10, 10, 3 (a. 335).

matica degli *iura*, o meglio di quella parte degli antichi responsi giurisprudenziali ritenuti più attuali, purgati di ogni contraddizione, anche sunteggiati e, se necessario, interpolati pur di adattarli alle esigenze dei nuovi tempi: si rende cioè necessario applicare la forma codice anche ai frammenti della giurisprudenza. Già Teodosio II, nel suo primo progetto codificatorio dell'anno 429, aveva ideato una raccolta di *iura*<sup>27</sup>; come è noto, non vi riuscirà<sup>28</sup>. È solo con Giustiniano, che i conti col passato vengono in qualche modo definitivamente regolati: oltre al *Codex*, che contiene le costituzioni imperiali, l'imperatore bizantino ordina infatti, con la legge detta *Deo auctore* (a. 530), anche la codificazione, portata poi a compimento, degli *iura*, cui dare il nome di *Digesta seu Pandectae*. È molto significativo soffermarsi, sia pure molto in sintesi, sul modo di porsi di Giustiniano verso l'antico e delineare la cornice entro la quale va letto il Digesto. Del diritto antico, Giustiniano lamenta in primo luogo la *confusio legum*, un rilievo che, come abbiamo visto, non è affatto nuovo ma che costituisce un motivo dominante delle critiche mosse nella società imperiale, già da lungo tempo, al mondo della giustizia; in secondo luogo, il carattere a volte favolistico (*antiquae fabulae*)<sup>29</sup>, che può fuorviare soprattutto i giovani nell'apprendimento del diritto; in terzo luogo, e direi soprattutto, il rigido formalismo, che ha condotto i *veteres* a soluzioni caratterizzate da *circumductiones inestricabiles* e da *iniuriosa rhapsimata, quorum nullus rationabilis invenitur exitus*<sup>30</sup> e che non tenevano nel dovuto conto la volontà delle parti, intorno a cui, invece, l'imperatore afferma: *voluntates etenim legitime contrahentium omnimodo conservandae sunt*<sup>31</sup>.

Nei confronti dell'esperienza giuridica passata, Giustiniano si pone, quindi, da un lato in un atteggiamento di *reverentia* e di riconoscimento del valore paradigmatico dell'opera degli antichi, dall'altro ne individua i limiti e

<sup>27</sup> CTh. 1, 1, 5, su cui, di recente, cfr. A.J.B. SIRKS, *The Theodosian Code. A Study*, Friedrichsdorf, 2007, pp. 54 ss.

<sup>28</sup> All'atto della pubblicazione del codice in Oriente (Nov. Theod. 1, a. 438), il giudizio dell'imperatore sarà anzi alquanto negativo verso il diritto giurisprudenziale: in argomento, cfr., da ultimo A. LOVATO, *La pubblicazione del Codice Teodosiano in Oriente e in Occidente e il giudizio sull'attività dei prudentes*, in *Société, économie, administration dans le Code Théodosien*, eds. S. CROGIEZ-PETREQUIN, P. JAILLETTE, Villeneuve d'Ascq, 2012, pp. 63 ss. Questa novella di Teodosio II è discussa, nei suoi aspetti più generali, da L. ATZERI, *Gesta senatus Romani de Theodosiano publicando. Il Codice Teodosiano e la sua diffusione ufficiale in Occidente*, Berlin, 2008, pp. 172 ss.

<sup>29</sup> *Const. Imperatoriam*, 3.

<sup>30</sup> CI. 8, 48 (49), 6.

<sup>31</sup> CI. 4, 37, 6.

pone l'accento soprattutto sul presente: difatti è solo attraverso la sua opera, vivificata dall'aiuto divino, che la molteplicità delle fonti che Gaio definiva *iura populi Romani*<sup>32</sup> diventa unità, *ius Romanum*, come lo stesso imperatore si esprime nella *Deo auctore*<sup>33</sup>; ma un'unità raggiunta attraverso un faticoso lavoro dei compilatori, che hanno dovuto *corrigere, emendare, purgare, eliminare, resecare* e che viene legittimata dall'imperatore, nella cui *auctoritas* il passato diviene in qualche misura esso stesso presente e dà origine a un diritto nuovo, armonico e efficace come mai prima nel servire i bisogni dell'uomo.

Nell'assetto giuridico-istituzionale cui viene a configurarsi il mondo tardoantico, il sovrano è, dunque, davvero il legislatore per antonomasia e anche l'autentico interprete delle norme. Le sue leggi non sono il frutto del suo arbitrio, ma il risultato di un lavoro fatto, in modo spesso determinante, dai suoi consiglieri in materia di diritto e dai funzionari che, dislocati nei vari uffici, debbono dare forma giuridica alla volontà imperiale. Si pone a questo punto una domanda: quale è il modo di porsi dell'imperatore nei confronti della legge, una volta che questa è promulgata; si considera anch'egli a essa sottoposto? Alcune testimonianze che ci provengono dal mondo tardoantico, sia in Oriente sia in Occidente, parrebbero suggerirci che a questa domanda si possa rispondere affermativamente, almeno per alcune correnti di pensiero. Libanio, mentre dice che gli imperatori sono «signori delle leggi», immediatamente dopo afferma che le norme diventano poi «signore di loro stessi»<sup>34</sup>.

Giovanni Crisostomo, a sua volta, sostiene il principio della sovranità della legge quando rileva che «le norme comandano i governanti»<sup>35</sup>.

Giuliano l'Apostata afferma che il monarca è «custode (φύλαξ) delle leggi»<sup>36</sup> e loda il cugino Costanzo per il suo rispetto delle norme, al pari di un qualsiasi cittadino<sup>37</sup>. Ambrogio dice, rivolgendosi a Valentiniano II, che *quod cum praescripsisti aliis, praescripsisti et tibi. Leges enim imperator fert, quas primus ipse custodiat*<sup>38</sup> e che *nec legibus rex solutus est, sed leges suo*

<sup>32</sup> Gai 1, 2.

<sup>33</sup> *Const. Deo auctore*, 4.

<sup>34</sup> Lib., *or.* 59, 162: «... τοὺς νόμους δὲ αὐτῶν κυρίου ποιεῖσθαι».

<sup>35</sup> Ioan. Chry., *Serm. IX in Gen.*, 4, 2: «ἄρχοντες γὰρ ἀρχόντων εἰσὶν οἱ νόμοι».

<sup>36</sup> Iul., *or.* 3, 88 d.

<sup>37</sup> Iul., *or.* 1, 45 c-d.

<sup>38</sup> Ambr., *ep.* 75, 9.

*solvit exemplo*<sup>39</sup>. Significativo è anche un passo di Temistio, che distingue tra il giudice e il monarca legislatore, nella convinzione «che altra è la virtù del giudice, altra quella del principe e che, mentre al primo conviene seguire le leggi, all'altro conviene anche correggerle addolcendone la durezza, perché egli stesso è legge vivente, non racchiusa entro definizioni immutabili»<sup>40</sup>.

Secondo queste concezioni, dunque, l'imperatore è 'legge vivente', non nel senso che egli sia sottratto alla legge, ma nel senso che egli è il solo a potersi fare 'legislatore', per stemperare la rigidità del *ius* fisso e immutabile, aggiornandolo alle nuove esigenze dei tempi, in nome dei valori dell'umanità e dell'equità. Mi sembra che tale concezione sia assai ben sintetizzata nelle parole di Isidoro di Pelusio, uno scrittore ecclesiastico vissuto in Egitto tra IV e V secolo: «l'imperatore retto dalle leggi è legge vivente»<sup>41</sup>.

Ciò che particolarmente interessa, tuttavia, è il riflesso di questo pensiero nella stessa legislazione imperiale. Una costituzione della cancelleria ravennate di Valentiniano III del 429, diretta a Volusiano, prefetto del pretorio d'Italia, dirà che «il sottomettere il principato alle leggi è cosa maggiore dell'impero stesso» e che «è voce degna della maestà del sovrano, che il principe dichiara di essere vincolato alle leggi», poiché la sua autorità «dipende dall'autorità del diritto»: *maius imperio est submittere legibus principatum: Digna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri: adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas. et re vera maius imperio est submittere legibus principatum. et oraculo praesentis edicti quod nobis licere non patimur indicamus*<sup>42</sup>. In precedenza, nel 426, la stessa cancelleria aveva affermato, in altri due provvedimenti (CTh. 10, 26, 2: *Conductores domus nostrae ... in omnibus causis legibus serviant, quibus tenentur et principes*; CTh. 11, 30, 68: *Salva enim nostrae reverentia maiestatis ius nobis cum privatis non dedignamur esse commune*), il principio che il monarca, almeno in determinati casi, aveva un diritto comune ai privati cittadini.

Il quadro giuridico-istituzionale che sono andato delineando sarebbe

<sup>39</sup> Ambr., *Apol. David altera*, 3, 8.

<sup>40</sup> Them., *or.* 19. 2. 228 A: «... ὅτι ἄλλη μὲν δικαστοῦ, ἄλλη δὲ βασιλέως ἀρετὴ, καὶ τῷ μὲν προσήκει ἐπεσθαι τοῖς νόμοις, τῷ δὲ ἐπανορθοῦν καὶ τοὺς νόμους καὶ τὸ ἀπηνῆς αὐτῶν καὶ ἀμείλικτον παραδεικνύειν, ἅτε νόμῳ ἐμψύχῳ ὄντι καὶ οὐκ ἐν γράμμασιν ἀμεταθέτοις καὶ ἀσαλεύτοις».

<sup>41</sup> Isid. Pel., *ep.* 3, 306: «ὡσπερ βασιλεὺς ὑπὸ τῶν νόμων ἀρχόμενος, ἐμψυχός ἐστι νόμος».

<sup>42</sup> CI. 1, 14, 4.

manchevole e, soprattutto, non troverebbe appieno la sua comprensione, se non lo leggessimo anche alla luce del nuovo rapporto che il potere ha con la religione. Già molto significativo in tal senso è un documento di Costantino di qualche tempo appena posteriore alla sua conversione, la lettera a Anulino, suo proconsole nella provincia d'Africa, lacerata, nell'ambito delle vicende ecclesiali, dalle controversie tra la corrente legata a Roma e quella scismatica che si rifà agli orientamenti espressi dal vescovo Donato. Costantino non ha esitazioni nel condannare i donatisti: nell'esentare da ogni peso di uffici, servizi e prestazioni pubbliche (i *munera*), i chierici dell'*ecclesia catholica* legata a Roma e retta dal vescovo Ceciliano, esclude espressamente da questi benefici il clero donatista<sup>43</sup>. Nella stessa lettera, in un passo quanto mai interessante, l'imperatore spiega i motivi della concessione di tali privilegi: egli vuole che i chierici cattolici non siano «sottratti da errore o caso sacrilego al culto dovuto alla divinità, ma, senza preoccupazioni di altro genere, servano la propria legge; infatti se essi venerano sommamente Dio, vantaggi immensi proverranno pure agli affari pubblici»<sup>44</sup>.

Questa lettera presenta due punti molto importanti su cui occorre riflettere. In primo luogo, il concetto di una chiesa 'cattolica', cioè di una chiesa che conservi per eccellenza la comunione con altre chiese cristiane e che pertanto ora diventa la chiesa ufficialmente riconosciuta dallo stato, mentre sono sfavoriti gli eretici e gli scismatici, quali, nel caso dell'Africa, i donatisti: tale concetto di *ecclesia catholica* è basilare nella storia dell'impero e della stessa Chiesa. In secondo luogo, bisogna rimarcare l'essenze dei chierici della *ecclesia catholica* di Ceciliano dai *munera* curiali con la motivazione che se essi, liberi da ogni altra preoccupazione, sono attenti alle necessità della preghiera e del culto, «vantaggi immensi proverranno pure agli affari pubblici»: in altri termini, le ragioni del culto sono considerate prevalenti su quelle della curia e, quindi, si riconosce la presenza di un superiore interesse spirituale accanto al contenuto economico-politico dell'ordinamento statale.

Alla fine del IV secolo, come è ben noto, Teodosio I imporrà a tutti i suoi sudditi di professare la fede ortodossa sancita nel concilio di Nicea e li

---

<sup>43</sup> Eus., *hist. eccl.*, 10, 7, 1-2: cfr. P. MARAVAL, *Constantin le Grand. Lettres et discours*, Paris, 2010, pp. 8-9; di tale documento si occupano, da ultimi, R. VAN DAM, *Remembering Constantine at the Milvian Bridge*, Cambridge-New York (etc.), 2011, pp. 172 ss.; J. BARDILL, *Constantine, Divine Emperor of the Christian Golden Age*, Cambridge-New York (etc.), 2012, pp. 133; 270; 272.

<sup>44</sup> Eus., *hist. eccl.*, 10, 7, 2.

suddividerà in cattolici, ai quali va il suo favore, e eretici, cui minaccia il suo castigo<sup>45</sup>. Il sovrano è, nella teologia politica imperiale, il rappresentante di Dio sulla terra e non può non adoperarsi per riportare la pace nella Chiesa, dilaniata dalla controversia cristologica. Nell'età di Giustiniano, questa concezione del potere politico tende a accentuarsi<sup>46</sup>. In uno scritto noto come 'Dialogo sulla scienza politica' di incerto autore, ma forse identificabile con Pietro Patrizio, il *magister officiorum* del sovrano, è posto in rilievo con molta forza che l'imperatore è simile al sovrano celeste e che pertanto deve conformarsi a lui sia nella personale testimonianza della virtù sia nell'azione di governo. «L'imitazione di Dio» – afferma la nostra fonte – «è il beneficiare l'umanità per quanto si riesca; e il beneficiare gli uomini lo si riconosce soprattutto nel costituire una città e uno stato giusto»<sup>47</sup>. Queste idee sono per taluni aspetti recepite dal regime giustiniano, che ne fa motivo di propaganda, come può desumersi dalle testimonianze giuridiche. L'origine divina del potere è in vario modo affermata<sup>48</sup>. Anche il potere legislativo proviene da Dio<sup>49</sup> e l'imperatore si considera legge vivente inviata da Dio agli uomini, ma la norma non è il frutto del capriccio del sovrano, essendo emanata avendo presente il bene comune, il diritto naturale e i precetti divini: infatti l'esercizio dell'impero è «servizio»<sup>50</sup>, il potere politico deve essere finalizzato alla giustizia<sup>51</sup>. Ciò spiega la particolare preoccupazione di Giustiniano per le vicende ecclesiastiche e il ruolo preminente da lui accordato alla politica religiosa, la sua tensione, che si protrarrà fino agli ultimi giorni di vita, a riportare la pace nella Chiesa sulla questione del monofisismo, le invocazioni, presenti nei documenti giuridici, a Dio, a Gesù Cristo, allo Spirito Santo, alla Santissima Trinità. La stessa opera codificatoria è permeata di riconoscimenti all'aiuto divino<sup>52</sup>, indispensabile per portare a compimento un'impresa di tale livello.

Lo spaccato istituzionale che si è andato componendo con queste rifles-

<sup>45</sup> CTh. 16, 1, 2-3.

<sup>46</sup> Sul tema, cfr. le recenti osservazioni di S. PULIATTI, *Le riforme costituzionali dal tardo impero all'età bizantina*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, a cura di J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE, Pavia, 2011, pp. 3 ss.

<sup>47</sup> *Dial.*, 5, 186.

<sup>48</sup> CI. 1, 29, 5; *Const. Deo auctore*, pr.; *Nov. 73, praef. 1*; *Nov. 86, praef.*

<sup>49</sup> *Nov. 72, praef.*; 113, 1 *praef.*; 137 *praef.*

<sup>50</sup> *Nov. 8, praef.*; 85, *praef.*

<sup>51</sup> *Nov. 8, 11.*

<sup>52</sup> *Const. haec quae necessario, princ.: auxilio dei omnipotentis.*

sioni è quanto mai articolato, presentando elementi che si intrecciano reciprocamente, di cui alcuni presentano invero caratteri di caducità. A esempio, Giustiniano, nel ritenere che la sua compilazione possa durare per sempre così come i suoi compilatori l'avevano predisposta e che la Provvidenza abbia scelto proprio il suo tempo e il suo regno per dare agli uomini benefici in termini di certezza del diritto che mai prima nessuno aveva avuto, vieta qualsivoglia commento, nota, glossa alla sua raccolta per evitare che ciò porti a ulteriori discussioni e al ricrearsi di una situazione di dubbio. Sappiamo bene che le vicende seguenti smentiranno questa convinzione. Tuttavia, la nascita delle raccolte ufficiali, il nuovo valore della norma imperiale innescano una dialettica tra legge codice giurisprudenza come momento privilegiato di formazione del diritto che caratterizza la storia giuridica europea fino ai nostri giorni; come pure l'organizzazione di servizi sul territorio attraverso una burocrazia ridondante, la concezione del sovrano rappresentante di Dio sulla terra, il rapporto sempre più stretto tra politica religione diritto, il concetto di eresia che diventa giuridicamente rilevante sono tutti elementi che ci proiettano in un mondo nuovo sconosciuto all'epoca precedente. Non vi è dubbio che, quando ci avviciniamo alla tarda antichità, dobbiamo guardarci da esaminarla attraverso una 'certa retorica della modernità' – utilizzo qui un'espressione dell'amico e collega Andrea Giardina<sup>53</sup> – che pure contraddistingue alcune ricerche; è altrettanto vero tuttavia che se ci poniamo la domanda «da dove veniamo?» che caratterizza tutta la storia umana e che non può non riguardare anche i fenomeni giuridici, non vi è dubbio che troveremo alcune risposte proprio in quell'età di passaggio che segna la fine del mondo antico e l'inizio del Medioevo.

---

<sup>53</sup> A. GIARDINA, *Esplosione di tardoantico*, in *Prospettive sul Tardoantico. Atti del Convegno di Pavia (27-28 novembre 1997)*, a cura di G. MAZZOLI, F. GASTI, Como, 1999, pp. 9 ss., in *Studi Storici*, 40 (1999), pp. 157 ss.





MAURIZIO FIORAVANTI

## IL PROBLEMA DELL'ORDINE COSTITUZIONALE NELL'EPOCA DEL DIRITTO PUBBLICO STATALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il modello della Rivoluzione: il primato del Legislatore. – 3. Dopo la Rivoluzione: il *Rechtsstaat*. – 4. Il modello inglese: la sovranità del Parlamento. – 5. Conclusioni.

### 1. *Premessa*

Iniziamo nel modo più piano, essenzialmente spiegando il significato del titolo che abbiamo prescelto. Per 'diritto pubblico statale' intendiamo quella forma, storicamente determinata, di *jus publicum*, che ha dominato in Europa in epoca post-rivoluzionaria, fino all'avvento delle Costituzioni democratiche del Novecento. Un simile approccio si fonda, a sua volta, su una precisa consapevolezza di ordine storico, in questa sede del tutto corrente fino al limite della ovvietà, ma che qualche volta la dottrina costituzionale tende a dimenticare: che lo *jus publicum*, anche rimanendo nei confini dell'età moderna e contemporanea, ha avuto in Europa un'esistenza storica plurisecolare, nel corso della quale ha assunto varie forme, tra cui anche quella che io chiamo 'statale', che è risultata dominante in Europa dopo la Rivoluzione. Il fatto che questa forma sia per noi la più nota, la più vicina nel tempo, quella nel cui ambito si sono formate le scienze che noi stessi pratichiamo, a cominciare proprio da quella costituzionale, non deve indurci ad attribuire ad essa, e in particolare alle categorie che in quella esperienza si sono consolidate, la patente di universalità. E dunque, anche il diritto pubblico statale, come ogni altra forma e modo d'essere concreto dello *jus publicum*, è storicamente determinato, vale cioè nel proprio peculiare tempo storico. E perciò, se è vero che prima del diritto pubblico statale, e prima della Rivoluzione, c'è stato un altro *jus publicum*, può ben accadere che dalla crisi, o dalla consunzione, del diritto pubblico statale pos-

sa nascere un diverso e ulteriore “tipo storico” di diritto pubblico. Insomma, il diritto pubblico statale ha avuto la sua origine, e proprio per questo motivo potrebbe avere la sua fine.

È questo, anche se spesso in modo non esplicito, il punto più delicato nella interpretazione delle Costituzioni democratiche odierne, che si sono affermate nel corso del Novecento, specialmente a partire dalla metà del secolo. Se cioè quelle Costituzioni siano raffigurabili sul piano storico come il compimento del diritto pubblico statale, nel senso di un suo perfezionamento, che è andato essenzialmente ad aggiungere alle garanzie legislative quelle costituzionali, al principio di legalità quello di costituzionalità, nell’ambito di un processo unilineare, per gradini progredienti, tutto svoltosi a partire dai principi della Rivoluzione; o se invece con quelle medesime Costituzioni si sia aperta di fatto una fase nuova, come l’inizio di una nuova epoca, che tende a riscrivere, rispetto all’epoca del diritto pubblico statale, i rapporti tra i poteri, e principalmente tra legislazione e giurisdizione, e la tavola dei diritti, nel rapporto tra diritti degli uomini e diritti dei cittadini, fino poi a rimettere in discussione i caratteri essenziali del principio di sovranità.

Come storici del diritto e delle costituzioni, siamo lontanissimi da ogni concezione della storia, che somigli a quella della ‘guida’, con riferimento ai problemi del presente. Dunque, lasciamo volutamente da parte tutti questi interrogativi concernenti le Costituzioni di oggi, e dedichiamoci al loro immediato passato, al diritto pubblico statale, che cercheremo di cogliere nel suo momento di più alta configurazione sul piano scientifico, nei primi decenni del Novecento, per lo più a ridosso, prima o dopo, della Grande Guerra. Noi siamo convinti che in quel torno di tempo esistesse in Europa una comune cultura costituzionale, per quanto declinata in diverse realtà nazionali. La diversità dei regimi politici – per rimanere alle esperienze principali, una repubblica, la terza, in Francia, il secondo *Reich* in Germania, il regime parlamentare nell’Inghilterra vittoriana – non impedirà di cogliere i tratti comuni, nei quali si esprimeranno i caratteri storici essenziali del diritto pubblico statale europeo. Solo dopo aver compiuto questo giro, e dopo aver individuato quei caratteri, sarà possibile accennare alla distanza tra passato e presente, tra il diritto pubblico statale e il diritto costituzionale che è andato formandosi nella seconda metà del secolo scorso.

## 2. *Il modello della Rivoluzione: il primato del Legislatore*

La nostra prima esperienza costituzionale è dominata dal grande evento della Rivoluzione. Sul piano delle dottrine costituzionali, quell'evento è a sua volta dominato – ne sono perfettamente convinto, nonostante le molte opinioni contrarie, di cui comunque tengo conto – dai principi contenuti nei primi due libri de *Il contratto sociale* di Rousseau. Il primo principio è relativo alla necessaria origine contrattuale, per convenzione, della associazione politica, in un senso che rimarrà fortemente impresso nel successivo evento rivoluzionario. In questo elemento sta la differenza secondo Rousseau tra “il sottomettere una moltitudine e il governare una società”, tra una mera “aggregazione” e una vera “associazione”, che come tale non ha “padrone”, non è fatta di soli interessi privati, e perciò vive oltre, nella sfera del “bene pubblico”, entro cui si determinano le condizioni per l'esistenza di un autentico “corpo politico”. Il patto sociale, che è per Rousseau la prima convenzione, su cui si fonda tutto ciò che segue, è dunque sì un contratto tra individui, ma il suo significato più autentico trascende la base individuale, ovvero i singoli individui portatori di altrettanti diritti, per ergersi nella dimensione, ulteriore e diversa, della fondazione della “repubblica”, della costituzione collettiva del “popolo”. In questo scarto, tra un mero contratto di garanzia e il patto come atto di fondazione della repubblica, si svolge il discorso di Rousseau, e nello stesso tempo si pongono le basi per la Rivoluzione. Gli individui sono pur sempre gli elementi costitutivi del popolo, ma come agenti del patto sociale si mostrano capaci di trascendere il proprio particolare, sostituendo “la giustizia all'istinto”, o anche “la voce del dovere al posto dell'impulso”, o ancora “il diritto al posto dell'appetito”<sup>1</sup>.

È questa la via per instaurare il dominio della volontà generale e più specificamente della legge come espressione della volontà generale, come reciterà di lì a poco il celebre articolo sesto della Dichiarazione dei diritti dell'89. Non è un'operazione facile, a fronte delle mille volontà particolari presenti nella società. Rousseau se ne rende conto, e proprio per rispondere a questa esigenza invoca la figura del “Legislatore”, che è inteso come “un uomo straordinario nello Stato”, come “un ufficio” che sta alla base della “repubblica”, e che “non è compreso nella sua costituzione”: “è una fun-

---

<sup>1</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Torino, 1995, pp. 21 ss. Sulla ‘questione costituzionale’ in Rousseau, si veda ora G. SILVESTRINI, *Diritto naturale e volontà generale. Il contrattualismo repubblicano di Jean-Jacques Rousseau*, Torino, 2010.

zione singolare e superiore che non ha niente in comune con l'autorità umana"<sup>2</sup>. C'è dunque la costituzione come ordinamento dei poteri costituiti, delle magistrature, del governo, ma prima della costituzione c'è il Legislatore, che ha fondato la repubblica, creando le condizioni per l'affermazione della volontà generale, con uno sforzo prodigioso, tale da collocarsi per l'appunto al di là di ogni particolarità, in ultima analisi della stessa "autorità umana", come Rousseau afferma. Questo Legislatore è con tutta evidenza lo stesso popolo sovrano, non nell'esercizio di una delle attribuzioni che una costituzione ispirata in senso radicale ad esso conferisce – elezione dei deputati mandatari, esercizio del potere di veto sulla legislazione, revisione costituzionale, secondo lo schema pure rousseauviano che sarà fatto proprio dalla Costituzione giacobina del 1793 – ma nell'esercizio di una funzione che noi oggi chiameremmo costituente, senza la quale la società rimarrebbe prigioniera dei suoi egoismi, mera "aggregazione", incapace di divenire "corpo politico", "repubblica" e quindi incapace di darsi una Costituzione.

La successione logica è dunque Legislatore – Repubblica – Costituzione: il terzo termine della catena non esisterebbe senza i primi due, il secondo non esisterebbe senza il primo. La Costituzione viene dopo, per ordinare la costellazione di poteri che sono stati lasciati sul campo dall'atto politico originario del Legislatore, che ha avuto la forza di trasformare una mera aggregazione in associazione, di fondare la Repubblica. Il ritorno degli interessi particolari è però sempre possibile per Rousseau. Nella sua impostazione, la Repubblica è sempre in pericolo. Per questo motivo, la forza originaria del Legislatore non deve andare dispersa, non si deve esaurire nell'atto costituente, e il popolo deve perciò essere sempre in grado di controllare l'operato dei suoi mandatari, di contrastare i possibili abusi dell'esecutivo, e infine di rivedere la propria costituzione. Si potrebbe dire: il popolo sovrano rimane Legislatore, anche dopo aver fondato la Repubblica con la sua Costituzione, dopo aver istituito i poteri, legislativo ed esecutivo.

Ora, ciò che riteniamo peculiare del modello presente nelle pagine del *Contratto sociale* è l'assoluta irriducibilità dell'atto costituente alla dimensione di mero contratto di garanzia tra gli individui. È vero che l'art. 2 della Dichiarazione dell'89 recita: "Il fine dell'associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo"; ma quella "associazione politica" non potrebbe neppure esistere – e quindi non potreb-

---

<sup>2</sup> ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., p. 57.