

PATRIZIA GIUNTI

IL MARE DEL DIRITTO. LEGALITÀ E FAMIGLIA IN ROMA ANTICA*

SOMMARIO: 1. L'isola e il suo mare: il senso di una metafora. – 2. Il mito di Antigone nella riflessione giuridica del secondo dopoguerra. – 3. Legalità e famiglia: l'invettiva del terzo libro degli *Annales*. – 4. Legalità e famiglia: la *rogatio Canuleia* nei *Libri ab Urbe condita*. – 5. Polisemia della legalità. – 6. Autodeterminazione familiare: fuga dal diritto e domanda di diritto. – 7. «Ciò che esisterà domani». – 8. Per una 'ontologia' della crisi.

1. *L'isola e il suo mare: il senso di una metafora*

In un orizzonte tematico dai confini così vasti, quale è quello disegnato dagli organizzatori del nostro convegno, il primo dovere che incombe sul relatore non può che consistere, ovviamente, nel dar conto del profilo investigativo assunto all'interno dei confini suddetti, giustificando la scelta del tema proposto ed anticipando il taglio ricostruttivo impressovi. Il titolo del mio intervento, occasione per riflessioni davvero minime se rapportate alla rilevanza e complessità problematica del tema affrontato in questo incontro, recupera il frammento di una citazione testuale tratta da un saggio intitolato *La famiglia e il diritto*, apparso nel 1949 ad opera di Arturo Carlo Jemolo. La citazione completa contiene una metafora cui la sorte ha consentito di divenire, negli anni, famosissima: «la famiglia è un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto»¹. La famiglia è una realtà che segna confini precisi al legisla-

* Nell'intento di conservare quanto più possibile il tono dell'esposizione orale, sono intervenuta in minima parte sull'impianto della comunicazione, limitandomi ad inserire in nota le fonti richiamate ed i riferimenti bibliografici interni al testo.

¹ A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, p. 241, vd. anche ID., *La Costituzione: difetti, modifiche, integrazioni*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1966, *passim*, ora in L. ORNAGHI (a cura di), *La Costituzione della Repubblica*, Milano, 1996, p. 52.

tore statale e, come tale, chiede al diritto che tali confini siano rispettati: offrendosi quale dimensione dialetticamente alternativa rispetto al diritto, la famiglia reclama il suo spazio di autonomia, ponendosi dunque essa stessa come un limite interno alla legalità.

La metafora così suggestivamente formulata da Jemolo spiega tutto il suo significato alla luce del contesto storico-culturale nel quale venne concepita, negli anni cruciali che segnarono il passaggio al nuovo sistema di governo repubblicano.

Siamo infatti ai margini del dibattito interno all'Assemblea Costituente, relativamente alla formulazione di quello che sarebbe poi stato l'art. 29 della nostra Carta Costituzionale²: un confronto serrato, a tratti anche irrigidito, tra le diverse opzioni metodologiche, e le diverse parti politiche, sul nodo (in pari tempo ideologico e culturale) rappresentato dall'aggettivo "naturale" («l'invenzione della società naturale fondata sul matrimonio»)³: quella "invenzione", discesa in verità dal legato millenario della riflessione aristotelica e della testimonianza ciceroniana⁴, che nella logica di Giorgio La Pira doveva rappresentare la negazione della "dottrina dei diritti riflessi"⁵ e che troverà definitivo accoglimento secondo la visione espressa da Aldo Moro (mediatore insieme con Palmiro Togliatti della stesura del testo finale) per il quale «la famiglia ha una sua sfera di ordinamento autonomo nei confronti dello Stato, il quale, quando interviene, si trova di fronte ad una realtà che non può menomare né mutare»⁶.

Ma accanto agli echi del dibattito relativo alla Carta Costituzionale – testo nei cui confronti Jemolo avrebbe maturato una notevole insofferenza, progressivamente crescente ma già intuibile nell'immediata preoccupazione secondo cui «se non c'è una forza vigile la carta sarà travolta dal fatto»⁷ – dietro la scelta dello studioso ecclesiasticista di rappresentare l'assetto familiare come "il

² Sui lavori dell'Assemblea Costituente vd. F. CAGGIA, A. ZOPPINI, *Art. 29*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, pp. 601 ss.

³ In tal senso P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della "società coniugale" in Italia*, Milano, 2011, p. 501.

⁴ Cic., *de off.* 1,17,54: *Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae.*

⁵ Sul punto cfr. ancora PASSANITI, *Diritto di famiglia*, cit., pp. 513 ss.

⁶ Cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VI, Roma, 1971, p. 647.

⁷ «Che la Costituzione siasi limitata ad affermazioni vaghe, e spunti programmatici, non dipende solo dalla intonazione generale della nostra, ed un pò di tutte le costituzioni di questo secolo, che non stanno più paghe all'ambito dei principi giuridici, che pure sarebbe il loro, e vogliono assurgere a campi che è più difficile dominare, come quelli dell'economia e della direzione morale della società»: JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, cit., p. 231.

fin lì e non oltre” della norma di provenienza statuale si intuisce un orizzonte culturale ancor più ampio e ancor più sofferto: è l’orizzonte dell’immediato dopoguerra in cui matura la percezione del fallimento del diritto statuale, e dunque dei limiti del positivismo, di fronte al crollo nel quale i totalitarismi e la guerra hanno trascinato le due icone della modernità: lo Stato e la legge.

Per restare ancora sul terreno delle metafore, ci sono due immagini che a mio avviso esemplificano con una efficacia insuperabile questo passaggio: appartengono l’una a Hans Kelsen, l’altra a Piero Calamandrei. Nella sua *General Theory of Law and State* Kelsen afferma che «come il Re Mida trasformava in oro tutto ciò che toccava, così ogni cosa cui la legge dello stato si riferisce si trasforma in diritto, acquista una specifica valenza giuridica»⁸: la norma statuale, nel sublimare l’essenza della legalità, crea l’oro del diritto. Nella sua *Prefazione* alla ristampa del *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria, apparsa nel 1945, Calamandrei scrive che «nello stampo della legalità si può colare oro e piombo»⁹.

La guerra, che ha ridotto in macerie un paese, ha travolto nel crollo ogni fiduciosa certezza positivista ed il tema della crisi della legalità diventa il nodo attorno al quale si avvolge la scienza giuridica del dopoguerra, in quello che è stato chiamato, con insuperata efficacia, «il risveglio dei giuristi italiani dal sonno dogmatico»¹⁰. E se Calamandrei avvierà in quegli anni la sua lunga riflessione sulla legalità che lo porterà, prima ad affermare in una conferenza del 1951, e poi a scrivere, che «tale è la profondità di questa crisi della legalità, che talvolta si è tratti perfino (duole dirlo) a dubitare della stessa lealtà del magistrato»¹¹, Filippo Vassalli potrà avvertire l’esigenza di «riportare le leggi al diritto»¹², reclamando l’extrastatalità del diritto civile.

Sono queste dunque le tessere che compongono il mosaico dal quale vediamo affiorare il profilo della famiglia che, in quanto ‘isola’, rivendica il proprio ‘isolamento’, la propria autonomia regolamentativa.

Ma la forza di questa metafora è stata tale che la formulazione allora conia da Arturo Carlo Jemolo ha potuto scavalcare il proprio originario contesto

⁸ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge-Massachusetts, 1945, p. 15: «just as everything King Midas touched turned into gold, everything to which the law refers becomes law, i.e. something legally existing».

⁹ P. CALAMANDREI, *Prefazione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Firenze, 1945, p. 92.

¹⁰ Si veda sul tema G. BENEDETTI, *La cultura del civilista al “risveglio dal sonno dogmatico”*, in ID., *Oggettività esistenziale dell’interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, pp. 3 ss.

¹¹ P. CALAMANDREI, *La crisi della giustizia*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Piero Calamandrei. Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, pp. 579 ss., 594.

¹² F. VASSALLI, *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, Padova, 1950, pp. 489 ss., ora in *Studi giuridici*, III, Milano, 1960, pp. 737 ss.

culturale, subendo una dilatazione semantica che l'ha resa, oggi, nel discorso giuridico attuale, forma rappresentativa dell'idea di famiglia, da un lato, e forma rappresentativa dell'idea di diritto, dall'altro. E così, soltanto pochi anni fa, Francesco Donato Busnelli, tra i civilisti italiani più sensibili alle tematiche dell'odierno diritto di famiglia, ha potuto concepire questo titolo per un suo saggio dedicato ai nuovi modelli di relazione, ai "rapporti parafamiliari" così come li ha definiti la Corte Costituzionale: *La famiglia e l'arcipelago familiare*¹³. Ed ancor più indicative sono le parole con le quali Busnelli avvia in questo articolo le sue riflessioni: «Sul mare che lambisce la famiglia spira un vento procelloso: riusciranno i flutti minacciosi a inghiottire l'isola? o l'isola si frantumerà in tante isolette?»¹⁴: la metafora, evidentemente, ha ormai assorbito il concetto tecnico ed è in grado di rappresentarlo.

Allo stesso tempo Stefano Rodotà, nel suo recente volume *La vita e le regole*¹⁵, lungo il sofferto percorso tra diritto e non diritto, tra dicibile e indicibile giuridico, recupera ampiamente la citazione di Jemolo¹⁶ e l'isola nel mare diventa la metafora di un modo di fare diritto in cui è diritto il limite che il legislatore statale pone a se stesso, rinviando, «nelle aree più sensibili e segrete», all'autodeterminazione dei privati, «come attributo della personalità più che come strumento esterno»¹⁷.

Dalla metà del Novecento sino all'alba del nuovo millennio la famiglia asurge dunque ad emblema dei limiti della legalità statale, specchio dell'inadeguatezza della visione giuridica tradizionale: di fronte a questa caratterizzazione ricorrente, lo storico del diritto può far sentire la sua voce? Ed eventualmente recando quale contributo ad un dibattito che appare sempre più convergere sui temi, e sulle sfide, della contemporaneità?

2. Il mito di Antigone nella riflessione giuridica del secondo dopoguerra

In verità, una suggestione fortissima in senso affermativo vi è, ed ancora una volta viene, permettetemi di ricordarlo, dal cuore della scuola giuridica fiorentina, dalle parole di Piero Calamandrei. Nel 1946, nell'ambito di quella riflessione che si sta facendo sempre più densa sulla legalità e la sua crisi, Calamandrei pubblica, sulla rivista da lui stesso fondata, *Il Ponte*, un articolo nel quale pren-

¹³ F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, I (2002), pp. 509-529.

¹⁴ BUSNELLI, *La famiglia*, cit., p. 509.

¹⁵ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, *passim*.

¹⁶ RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 23

¹⁷ RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., pp. 22 s.: «Un "vuoto" di diritto può definire un sistema giuridico assai più dei molti "pieni" che lo caratterizzano».

de posizione nei confronti di quanti, sulla base di questioni di regolarità procedurale, contestavano la legittimità delle sentenze pronunciate nel processo di Norimberga. La posizione di Calamandrei al riguardo è durissima, il titolare della cattedra di diritto processuale non ha esitazione nel parlare di uno «scrupolo legalitario di certi loici»¹⁸. L'articolo si intitola: *Le leggi di Antigone*.

A pochi anni di distanza, nel 1955, Tullio Ascarelli pubblica, sulla *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, un saggio nel quale affronta il tema della contrapposizione tra legge e coscienza, tra regola giuridica e imperativo morale. Il saggio si intitola: *Antigone e Porzia*.

Se dunque la civilistica e la processualistica del secondo dopoguerra, attraverso le loro voci più alte, nel momento in cui riflettono sulla crisi della legalità, chiamano in causa evocativamente la tragedia greca ed il mito di Antigone, allora il coinvolgimento dello studioso dei diritti dell'antichità non è possibile, ma è piuttosto doveroso: per ricondurre Antigone a sé stessa.

In effetti, la tragedia di Antigone si presta, e si è prestata nei secoli, per la complessità di questa figura femminile, ad una molteplicità di letture che sono giunte a fare di Antigone l'emblema stesso della disobbedienza¹⁹: ed anche Tullio Ascarelli offre una sua lettura del mito, nella quale Antigone si erge come l'eroina di un principio universale, quello dell'eguaglianza di tutti gli uomini – espressione di un diritto di natura – di fronte alla morte.

In verità, ad una ricognizione interna al testo, l'impianto drammaturgico ed il registro espressivo della tragedia appaiono più circoscritti: la parola che sin dalla prima scena Antigone pronuncia con martellante insistenza è "fratello". Il dramma di Antigone è dato dal fatto che il cadavere del fratello Polinice, ucciso mentre stava assediando Tebe, giace insepolto perché un decreto del re Creonte vieta di dare sepoltura ai traditori della patria²⁰. Nel confronto drammatico con il re, che ad Antigone oppone il valore della legalità declinato nei suoi due pilastri (certezza della regola e parità di trattamento, essendo Polinice nipote proprio del re Creonte), Antigone replica senza disconoscere quanto le viene rappresentato ma semplicemente affermando: "non posso abbandonare insepolto il corpo del figlio di mia madre".

Antigone non appare sostenuta da una prospettiva umanitaria, non sembra farsi portavoce del diritto universale al rispetto del cadavere: il problema di Antigone è che Polinice è suo fratello e grava su di lei la responsabilità di non

¹⁸ P. CALAMANDREI, *Le leggi di Antigone*, in ID., *Scritti e discorsi politici*, I, Firenze, 1966, pp. 281 ss.

¹⁹ Sulla figura di Antigone, con aggiornata bibliografia, v. E. STOLFI, *Nómoi e dualità tragiche. Un seminario su Antigone*, in *SDHI*, LXXX (2014), pp. 467 ss.

²⁰ Sulla natura dei provvedimenti normativi di Creonte, nel sistema giuridico della tragedia sofoclea, ancora E. STOLFI, *Quando la legge non è solo legge*, Napoli, 2012, pp. 74 nt. 47 s.

lasciarlo insepolto a fare pasto per gli uccelli (“che a gaudio se ne cibino”). Ciò che Antigone avverte, e che la spinge sino al culmine della tragedia, è il dovere del sangue – e come tale un dovere riconosciuto dagli dei – che deriva dall’essere Polinice figlio di sua madre.

Antigone si oppone dunque alla legalità statale, ma in nome di ciò cui la chiama il dovere che nasce dal vincolo del sangue (ἄγραπτα νόμιμα), e la tensione che la tragedia propone, tra la certezza della regola giuridica e l’ingiustizia della sua applicazione casistica, è tensione che si afferma nel rapporto tra due soggetti istituzionali: la città e la famiglia.

Ma se il tema che viene delineandosi, alla luce di queste considerazioni, è quello dell’autodeterminazione della struttura familiare la quale, affermando un proprio codice interno, nega alla legge dello stato la legittimazione ad intervenire nelle proprie scelte, allora, per lo studioso dell’antichità che sia in particolare storico del diritto romano, accanto alla voce di Antigone si fa obbligato il confronto con un’altra voce: quella di Tacito.

3. *Legalità e famiglia: l’invettiva del terzo libro degli Annales*

Il terzo libro degli *Annales*²¹ contiene una delle pagine più dure che mai siano state scritte contro il processo di giuridificazione all’interno di un corpo sociale. E la celeberrima invettiva contro il diritto, che vi trova spazio, rappresenta l’esito finale di una riflessione *de principiis iuris* alla quale Tacito è indotto proprio dalla constatazione dell’impatto sulla vita civile romana prodotto dalla legislazione matrimoniale augustea: una legislazione i cui esiti perversi rappresentano un costo sociale ben più grave dei mali che avrebbero dovuto essere eliminati: dirà Tacito, con parole destinate a rimanere scolpite nella memoria di generazioni, che sono le leggi, e non i comportamenti ingiusti, a far soffrire i cittadini poiché tutte le famiglie (*omnes domus*) sono travolte dal flagello dei delatori (*antehac flagitiis, tunc legibus laborabantur*).

²¹ Per uno studio attento sulle problematiche a sfondo giuridico affrontate dallo storico negli *Annales*, con riferimento particolare al terzo libro, si rinvia a M. DUCOS, *Les problèmes de droit dans l’oeuvre de Tacite*, in *ANRW*, 33.2 (1990), pp. 3183 ss., ed a A. MICHEL, *Tacite et le destin de l’Empire*, Paris, 1966, pp. 147 s. Ma cfr. anche M. DUCOS, *La justice dans l’oeuvre de Tacite*, in *Revue des études Latines*, 68 (1990), pp. 99 ss. Circa l’utilizzo che Tacito fece degli *acta Senatus* nella redazione dei primi libri degli *Annales* vd. R. SYME, *Tacitus*, I, Oxford, 1958, pp. 186-188; 278-285, 296. Si è espresso in materia in tempi più recenti R.J.A. TALBERT, *The Senate of Imperial Rome*, Princeton, 1984, p. 329 per il quale «use of *acta senatus* is suggested further by exceptionally detailed reporting throughout the works of a variety of matters of lesser importance. Some of these might certainly have been recorded by contemporary senatorial historians, but it is difficult to believe that such well-informed reports of the whole range were to be found outside *acta senatus*».

Tac., *Ann.* 3,25: *Relatum deinde moderanda Papia Poppaea, quam senior Augustus post Iulias rogationes incitandis caelibum poenis et augendo aerario sanxerat. nec ideo coniugia et educationes liberum frequentabantur praevalida orbitate: ceterum multitudo periclitantium gliscebat, cum omnis domus delatorum interpretationibus subverteretur, utque antebac flagitiis ita tunc legibus laborabatur. Ea res admonet ut de principiis iuris et quibus modis ad hanc multitudinem infinitam ac varietatem legum perventum sit altius disseram.*

È una denuncia durissima, i cui passaggi più drammatici sono divenuti, nell'immaginario di millenni, il simbolo dell'irreversibile degrado morale e giuridico di una comunità (*non mos non ius*)²² e dell'assoluta inefficienza di una classe di governo (*gravior remediis quam delicta erant*)²³, avvitata in un vortice esiziale in cui l'ipertrofia legislativa viene ad assecondare essa stessa il processo degenerativo: *corruptissima re publica plurimae leges*²⁴.

Questo pesantissimo bilancio, come lo stesso Tacito anticipa e come già si è visto, è frutto di una ricognizione sollecitata dalla riflessione svolta sulle leggi matrimoniali augustee ed i loro effetti (*ea res admonet ut de principiis iuris et quibus modis ad hanc multitudinem infinitam ac varietatem legum perventum sit altius disseram*): potremmo dunque concludere che la condanna pronunciata dallo storico traiano si indirizza in primo luogo contro la prevaricazione compiuta dal legislatore nei confronti della famiglia, il cui spazio di autonomia sarebbe stato cancellato dalla pretesa di disciplinare autoritativamente le scelte matrimoniali e procreative?

In verità, la denuncia gravissima di cui Tacito si fa portavoce non investe il merito e la sostanza della legislazione familiare augustea, un progetto evidentemente commendevole nel suo intento moralizzatore: qualche anno prima le pagine etnografiche del *De origine et situ Germanorum* avevano ospitato l'apprezzamento del suo autore per quella scelta politica, per quelle *bonae leges* la cui efficacia, purtroppo, non poteva che riconoscersi limitata: tra i germani le attitudini spontanee, i modelli etici rappresentati dai *boni mores*, hanno saputo indurre alla moralità coniugale più di quanto non abbiano potuto fare, altrove, le buone leggi²⁵.

²² Tac., *Ann.* 3,28,1.

²³ Tac., *Ann.* 3,28,1.

²⁴ Tac., *Ann.* 3,27,3-28,2: *Iamque non modo in commune, sed in singulos homines latae quaestiones et corruptissima re publica plurimae leges. Tum Cn.Pompeius, tertium consul corrigendis moribus delectus et gravior remediis quam delicta erant, suarumque legum auctor idem ac subversor, quae armis tuebatur, armis amisit. Exin continua per viginti annos discordia, non mos, non ius; deterrima quaeque impune ac multa honesta exitio fuere.*

²⁵ Tac., *Germ.* 19,2: *Sic unum accipiunt maritum quo modo unum corpus unamque vitam, ne ulla cogitatio ultra, ne longior cupiditas, ne tamquam maritum, sed tamquam matrimonium amant. Numerum liberorum finire aut quemquam ex adgnatis necare flagitium habetur, plusque ibi boni mores valent quam alibi bonae leges.*

A ben guardare, dunque, la polemica tacitiana non si scatena contro la manovra legislativa in punto di diritto matrimoniale, ma investe in pari tempo gli esiti perversi di tale manovra sul piano fiscale²⁶ (il meccanismo premiale ha scatenato i delatori, flagello peggiore di ogni male) ed il suo fallimento sul piano applicativo²⁷ (la soluzione normativa e le pene previste non hanno invertito la tendenza verso una crescente disaffezione per matrimoni e procreazione).

Il problema che Tacito avverte e del quale si fa interprete non è quello di una legislazione che ha invaso lo spazio di autonomia familiare ma quello di una legislazione che non ha invaso abbastanza e di un legislatore che si è rivelato incapace di sovvertire i comportamenti dei privati sul piano matrimoniale e riproduttivo²⁸. Ancora una volta il diritto ha purtroppo mostrato la sua impotenza (*invalido legum auxilio*)²⁹ di fronte a quel degrado etico che è l'autentico motore di ogni crisi politica e sociale.

È questa, a mio avviso, la chiave di lettura dell'invettiva tacitiana che non formula un giudizio senza appello per la legislazione quale espressione di un potere arbitrario e prevaricatore: le leggi, è vero, sono raramente rivolte a punire i malvagi e più spesso perseguono abusi o altri fini illeciti³⁰, ma tutto questo è frutto della progressiva degenerazione etica che ha travolto anche lo strumento normativo, per quella intima, 'ontologica' connessione tra morale e diritto che il pensiero tacitiano recupera dalla riflessione pessimistica tardo-repubblicana (si pensi alle pagine di Sallustio e Cicerone), filtrata di chiare ascendenze platoniche³¹.

²⁶ Vedi Tac., *Ann.* 3,25,1: [...] *ceterum multitudo periclitantium gliscebat, cum omnes domus delatorum interpretationibus subverterentur, utque antehac flagitiis, ita tunc legibus laborabatur* [...].

²⁷ Vedi Tac., *Ann.* 3,25,1: [...] *nec ideo coniugia et educationes liberum frequentabantur praevalida orbitate* [...].

²⁸ Particolarmente significativo il resoconto offerto da Cassio Dione del dibattito senatorio relativo alla *lex de maritandis ordinibus*, nel corso del quale vennero invocati provvedimenti in grado di contrastare l'immoralità di donne ed adolescenti, Cass. Dio. 54,16,3: *κάν τούτω καταβοήσεως ἐν τῷ συνεδρίῳ περί τε τῆς τῶν γυναικῶν καί περί τῆς τῶν νεανίσκων ἀκοσμίαις, πρὸς ἀπολογίαὶν δὴ τινα τοῦ μὴ ῥ*δίως διαυτὴν τὰς τῶν γάμων συναλλαγὰς ποιεῖσθαι, γενομένης, καὶ ἐναγόντων αὐτὸν καὶ ἐκείνην ἐπανορθῶσαι χλευασμῷ ὅτι πολλὰς γυναιξὶς ἐχρῆτο.*

²⁹ Si veda Tac., *Ann.* 1,2,4: *neque provinciae illum rerum statum abnuebant, suspecto senatus populique imperio ob certamina potentium et avaritiam magistratuum, invalido legum auxilio quae vi ambitu postremo pecunia turbabantur.*

³⁰ Tac., *Ann.* 3,27,1: *Pulso Tarquinio adversum patrum factiones multa populus paravit tuendae libertatis et firmandae concordiae, creatique decemviri et accitis quae usquam egregia compositae duodecim tabulae, finis aequi iuris. nam secutae leges etsi aliquando in maleficos ex delicto, saepius tamen dissensione ordinum et apiscendi illicitos honores aut pellendi claros viros aliaque ob prava per vim latae sunt.*

³¹ Rimane fondamentale, sul punto, il volume di M. DUCOS, *Les Romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et la tradition romaine à la fin de la République*,

In altri termini, non è senza riserve la condanna pronunciata da Tacito che nell'esperienza legislativa di Roma ravvisa un prima e un dopo: c'è il tempo passato, il tempo della concordia e della giustizia e c'è il tempo presente, il tempo della coercizione che si fa ingiustizia:

Tac., *Ann.* 3,26,4: [...] *nobis Romulus ut libitum imperitaverat: dein Numa religionibus et divino iure populum devinxit, repertaque quaedam a Tullo et Anco. sed praecipuus Servius Tullius sanctorum legum fuit quis etiam reges obtemperarent.*

Due sono i pilastri che si ergono nella lontana memoria di questa età aurea, “*de principiis iuris*”: l'uno è Servio Tullio, il cui profilo viene disegnato con i tratti grazie ai quali la modernità avrebbe scolpito, nei millenni a venire, la figura dello stato di diritto, della *rule of law*: il fondatore della dinastia etrusca si presenta infatti come l'artefice di un sistema normativo alla cui osservanza furono tenuti gli stessi sovrani (*Servius Tullius sanctorum legum fuit, quis etiam reges obtemperarent*).

Crollata la monarchia etrusca, il secondo baluardo apprestato per la duplice difesa “*tuendae libertatis et firmandae concordiae*”, è ravvisato da Tacito nel testo decemvirale, ultima voce del *aequum ius*, frontiera estrema prima del dilagare di una legislazione troppo spesso arbitraria e iniqua³²:

Tac., *Ann.* 3,27,1: *Pulso Tarquinio adversum patrum factiones multa populus paravit tuendae libertatis et firmandae concordiae, creatique decemviri et accitis quae usquam egregia compositae duodecim tabulae, finis aequi iuris.*

Le XII tavole sono il “*finis aequi iuris*”. L'espressione involge, com'è evidente, complesse questioni interpretative, legate a quel sintagma che coniuga in un'unica entità le due dimensioni dell'*aequitas* e del *ius*. Semplificando all'estremo, tuttavia, a me pare di poter dire che nell'immaginario tacitano la *Lex Duodecim Tabularum* realizza, e per l'ultima volta, la sintesi tra legalità e giustizia³³.

Paris, 1984, pp. 427 ss. Ma vedi anche EAD., *Philosophie, littérature et droit à Rome*, in ANRW, II, 36-7, Berlin-New York, 1994, pp. 5134 ss.

³² Tac., *Ann.* 3,27,1: *Nam secutae leges [...] aliaque ob prava per vim latae sunt.*

³³ Mette appena conto di ricordare la testimonianza, in Gell., 20,1, della dura ‘requisitoria’ pronunciata dal filosofo Favorino contro le XII Tavole: [...] *quaedam istic esse animadvertuntur aut obscurissima aut durissima aut lenia contra nimis et remissa aut nequaquam ita, ut scriptum est, consistentia*. Evocative del primato culturale conteso tra *scientia iuris* e *philosophia*, in nome della “*vera philosophia*” rivendicata dai giuristi, sovengono le parole di Crasso in Cic., *de orat.* 1,43,195: *bibliothecas me hercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare.*

Ma questa formula encomiastica che, nell'esaltare il testo decemvirale al contempo lo relega (con la staticità di un *finis*) in un passato ormai esaurito e non più rinnovabile, immediatamente richiama il giudizio, ancora una volta riservato all'opera dei decemviri, che trova voce grazie all'altro gigante della storiografia latina del I secolo: Tito Livio³⁴. È lo storico patavino a rappresentare le XII Tavole con un sintagma elogiativo, anche in questo caso destinato a sopravvivere ben oltre il suo autore: *fons omnis publici privatique iuris*³⁵. Componente dinamica (grazie alla forza autorigenerante della "fonte") di un ordinamento vitale e vivente, le XII Tavole imprimono alla pagina liviana una metrica ben diversa sulla quale scandire il rapporto tra legislazione e diritto, tra diritto e socialità. E questo diverso registro, concettuale ed espressivo, sembra venire a maturazione proprio sul terreno del confronto, ancora una volta, tra legislazione e politica familiare.

4. *Legalità e famiglia: la rogatio Canuleia nei Libri ab Urbe condita*

Precetto contemplato nelle due tavole in ultimo aggiunte, una *inhumanissima lex*, come l'avrebbe definita Cicerone³⁶, sanciva infatti la mancanza di *conubium* tra patrizi e plebei (*ut ne plebi cum patribus essent*) e dunque il divieto di matrimoni misti. La scelta del legislatore decemvirale aveva una chiara finalità politica in una stagione di drammatica conflittualità patrizio-plebea, quale quella vissuta in Roma nella prima metà del V secolo.

Il fantasma che si stava agitando era quello di una ammissione della plebe al consolato. I decemviri, intervenendo con una norma apparentemente estranea al terreno e ai temi della battaglia politica, venivano a formalizzare, grazie al divieto di *conubium*, una incomunicabilità matrimoniale assolutamente funzionale alla conservazione del monopolio patrizio sulla magistratura consolare. Era regola infatti che soltanto coloro che fossero nati da un matrimonio legittimo con appartenenti al patriziato (ed il matrimonio era legittimo soltanto se

³⁴ Il richiamo alla legislazione decemvirale rientra appieno nell'ideologia liviana tesa, come è stato ben sottolineato, a «rinnovare la memoria di antichi valori soggetti ad un progressivo svilimento e reintegrarne il vigore attraverso *exempla* illustri»: I. MASTROROSA, *Topica e strategia retorica in Liv. Hist. 5.3-6*, in *ΠΟΙΚΙΛΙΑ. Studi in onore di Michele R. Cataudella in occasione del 60° compleanno*, La Spezia, 2001, p. 815.

³⁵ Liv., 3,34,6: [...] *centuriatis comitiis decem tabularum leges perlatae sunt, qui nunc quoque, in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo, fons omnis publici privatique est iuris.*

³⁶ Cic., *de rep.* 2,37,63: [...] *qui duabus tabulis iniquarum legum additis, quibus etiam quae diiunctis populis tribui solent conubia, haec illi ut ne plebi cum patribus essent, inhumanissima lege sanxerunt [...].*

tra i nubendi vi era reciproco *conubium*)³⁷ potessero trarre quegli *auspicia* che le cariche magistratuali richiedevano in relazione ai loro doveri d'ufficio.

La norma di diritto matrimoniale, irrigidendo l'endogamia dei due ordini, valeva dunque a ribadire un impedimento formale, radicato sul terreno degli *auspicia*, capace di paralizzare, senza alcuna considerazione sul piano politico o giuridico, la candidatura di un plebeo al consolato. E la strumentalità cui l'intera operazione era piegata emerge con assoluta evidenza dalle pagine nelle quali Livio tratteggia il dibattito che, a cinque anni di distanza dall'introduzione del divieto, coinvolse senato, consoli e tribuno Canuleio di fronte alle *rogationes* presentate da quest'ultimo: una prima *rogatio* in punto di *conubium patrum et plebis* (*altera conubium petimus*); una seconda proposta per consentire ai plebei di candidarsi al consolato (*ut seu ex patribus seu ex plebe velit populus consules creet*)³⁸.

Delle due proposte passerà soltanto la prima e passerà, come Livio esplicitamente attesta, perché in tal modo i patrizi speravano che la questione sul consolato potesse essere almeno temporaneamente accantonata, tanto da poter affrontare l'emergenza della guerra contro Veio grazie alla leva che la plebe aveva minacciato di disertare:

Liv. 4,6,3-4: [...] *victi tandem patres ut de conubio ferretur concessere, ita maxime rati contentionem de plebeiis consulibus tribunos aut totam deposituros aut post bellum dilatueros esse, contentamque interim conubio plebem paratam dilectui fore.*

Pagina di grande efficacia, questa disegnata da Livio, straordinariamente evocativa delle moderne tecniche di gestione delle battaglie rivendicative e dei conflitti istituzionali³⁹. Ma, al di là dell'esito finale di questa vicenda, e del compro-

³⁷ Gai 1,67: [...] *quia non aliter quisque ad patris condicionem accedit, quam si inter patrem et matrem eius conubium sit* [...].

³⁸ Liv. 4,3,4-5: *Altera conubium petimus, quod finitimis externisque dari solet; nos quidem civitatem, quae plus quam conubium est, hostibus etiam victis dedimus: altera nihil novi ferimus, sed id quod populi est repetimus atque usurpamus, ut quibus velit populus Romanus honores mandet.*

³⁹ Mette appena conto di ricordare che l'evidente amplificazione retorica di questa pagina non ne diminuisce in alcun modo il valore documentario: anche perché una pagina letteraria e le sue scelte retoriche dovevano necessariamente riflettere un codice di lettura condiviso, capace di rendere quella pagina e quelle scelte immediatamente comprensibili, e fin nelle loro sfumature, al pubblico cui si indirizzavano: al riguardo, di una «interpretazione fin nei dettagli fortemente improntata al diritto classico» parla O. BEHREND, *Sessualità riproduttiva e cultura cittadina. Il matrimonio romano tra spiritualità preclassica e con sensualismo classico*, in J. URBANIK, Z. SLUZEWSKA (edited by), *Marriage. Ideal-Law-Practice. Proceedings of a Conference held in Memory of H. Kupiszewski*, Warsaw, 2006, pp. 56 ss.

messo politico che lo rese possibile, il profilo per noi più interessante è rappresentato dal confronto che lo storico patavino restituisce, in una rappresentazione quasi scenica, tra le ragioni fatte valere dai consoli, espressione delle posizioni del patriziato, e le ragioni sostenute dal tribuno Canuleio, e dunque dalla plebe.

A fronte degli argomenti addotti dal patriziato contro la liberalizzazione del *conubium*, richiesta che viene parossisticamente rappresentata come frutto della follia tribunizia (*fureros tribunicios*) e come apertura verso un futuro apocalittico (*conluvionem gentium, perturbationem auspicioꝝ publicoꝝ privatoꝝque*), di smarrimento del senso di identità (*discrimine omni sublato nec se quisquam nec suos noverit ... qui natus sit ignoret*) e di generalizzata schizofrenia (*dimidius patrum sit, dimidius plebis, ne secum quidem ipse concors*), le ragioni evidenziate da Canuleio per contestare il divieto decemvirale di unioni miste ruotano attorno ad un preciso fulcro tecnico: quale argomento centrale della sua orazione Canuleio imputa ai decemviri il non aver più voluto demandare alle scelte private (*servare privatis consiliis*) il rispetto dell'esclusività patrizia e dell'endogamia di ceto: quell'endogamia che era sempre stata spontaneamente riconosciuta e mai violata dai plebei, ma che adesso si rivela capace di scatenare la loro ira per il fatto di essere stata formalizzata "lege":

Liv., 4,4,7-9: [...] *nobilitatem istam vestram, quam plerique oriundi ex Albanis et Sabinis non genere nec sanguine sed per cooptationem in patres habetis, aut ab regibus lecti aut post reges exactos iussu populi, sinceram servare privatis consiliis non poteratis, nec ducendo ex plebe neque vestras filias sororesque enubere sinendo e patribus? Nemo plebeius patriciae virgini vim adferret; patriciorum ista libido est; nemo invitum pactionem nuptialem quemquam facere coegisset. Verum enim vero lege id prohiberi et conubium tolli patrum ac plebis, id demum contumeliosum plebi est.*

Ciò che ha offeso la plebe, come lascia intendere Canuleio, non è stata la negazione del *conubium plebi cum patribus*, principio tutt'altro che estraneo alla coscienza sociale del tempo. La violentissima reazione plebea, di cui il tribuno si fa portavoce, è stata scatenata dalla recente⁴⁰ iniziativa decemvirale per la formalizzazione di un criterio di separazione già spontaneamente seguito nelle scelte individuali (*Nemo plebeius patriciae virgini vim adferret ... nemo invitum pactionem nuptialem quemquam facere coegisset*) e per la traduzione in legge di tale divieto: *verum enimvero lege id prohiberi ... id demum contumeliosum plebi est.*

Intollerabile sarebbe apparso, dunque, che, come afferma Livio, «ciò che è sempre stato rimesso alle decisioni private, voi lo abbiate posto sotto il vincolo di una legge superbissima»:

⁴⁰ Liv. 4,4,5: *Hoc ipsum, ne conubium patribus cum plebe esset, non decemviri tulerunt paucis his annis pessimo exemplo cum summa iniuria plebis? [...].*

Liv. 4,4,10: *Quod privatorum consiliorum ubique semper fuit, ut in quam cuique feminae convenisset domum nuberet, ex qua pactus esset vir domo, in matrimonium duce- ret, id vos sub legis superbissimae vincula conicitis.*

È evidente – almeno a mio avviso – come il salto istituzionale prodotto dalla regola decemvirale in punto di *conubium* venga colto non tanto sul piano delle condotte vietate o facultate quanto in rapporto alla qualità della regolamentazione.

La plebe contesta la modalità del disciplinamento, la fonte della regola ma non il suo contenuto dispositivo: al principio dell'endogamia di ceto essa si è venuta sempre uniformando, grazie a quella osservanza che è stata spontanea e che tale deve rimanere, non potendosi accettarne la trasformazione in osservanza *ex lege*.

La plebe mette dunque in discussione la giuridificazione legislativa del principio, il criterio della legalità formale, ma non la razionalità intrinseca e l'efficacia prescrittiva del principio stesso: in altri termini, impregiudicata la validità assiologica, fondata sul riconoscimento sociale della regola, se ne rifiuta la validità formale, tradotta nel vincolo giuridicamente sanzionato di conformazione dei *privata consilia* ad un dettato legislativo.

5. Polisemia della legalità

Ancora una volta la voce di uno storico del principato si leva per contestare la giuridicità nelle sue fondamenta. Ed ancora una volta tutto questo avviene di fronte al varo di una legislazione (ed in conseguenza di questa) volta ad organizzare e dirigere i comportamenti dei privati sul piano del diritto di famiglia: vi è una corrispondenza, destinata a riaffiorare come l'anatra di goethiana memoria, tra la previsione di disposizioni normative regolanti le scelte matrimoniali e procreative dei singoli e l'emergere di momenti di censura aspra, se non di autentico rifiuto, nei confronti dello strumento legislativo, espressione della volontà regolamentativa pubblica.

Potremmo dunque concludere che proprio nella tensione tra autonomia ed eteronomia nel campo del diritto di famiglia si coglie, in prospettiva storica, il nucleo genetico della crisi della legalità: «[...] legalità, per dirla con parole semplici, il principio, molto elementare e trito, del rispetto delle leggi», secondo la formulazione, ancora una volta, di Piero Calamandrei⁴¹. Ma dall'abbracciare immediatamente questo assunto ci trattiene un'ulteriore considera-

⁴¹ P. CALAMANDREI, *Appunti sul concetto di legalità*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Piero Calamandrei. Opere giuridiche*, III, cit., 54.

zione, relativa al diverso modo di porsi della polemica antilegalista nelle pagine dei due storici del I secolo.

L'argomentare plebeo di cui Livio si fa testimone condanna l'invasività della legge, in quanto norma di provenienza pubblica, pur confermando l'adeguatezza 'etica' della regola sancita. In altri termini, è la modalità della disciplina giuridica e non la sua riconoscibilità sociale (e dunque, potremmo dire, la sua stessa effettività)⁴² a cadere sotto gli strali del tribuno Caio Canuleio.

Ben diversa la prospettiva che prende corpo nella pagina di Tacito: il quale denuncia, della normativa matrimoniale augustea, non già la sua fonte pubblica, e dunque la sua invasività eterodiretta ma, al contrario, la sua inefficacia e la sua distrazione verso finalità inique. La legislazione voluta da Augusto (necessaria, come tutte le leggi, dopo il venir meno di quegli uomini primitivi i quali "*nihil contra morem cuperent, nihil per metum vetabantur*")⁴³, si è tuttavia rivelata incapace di raggiungere il suo scopo, non correggendo a sufficienza la deriva morale del corpo cittadino ed alimentando, viceversa, sacche di illiceità e corruzione diffusa⁴⁴.

Antinomie ideologiche di due intellettuali, per di più professionalmente distanti dalla quotidianità della riflessione giuridica? Tutt'affatto. Se non altro perché, come più volte sottolineato dalla dottrina, la formazione giuridica rappresentava una componente imprescindibile del bagaglio educativo della classe dirigente colta romana.

In verità, siamo di fronte a due diversi livelli di crisi della legalità, due diverse modalità di predicazione che riflettono, nella loro antitesi, il forte spessore semantico, l'autentica polisemia della legalità e della sua crisi, declinabili secondo due diversi significati: la crisi del *principio* di legalità, nella quale il precetto di provenienza pubblica, la norma statutale, non appare più in grado di intercettare ed esprimere l'istanza regolamentativa condivisa e diffusa tra i consociati; e la crisi del *senso* di legalità, nella quale lo spirito diffuso tra i consociati non appare più in grado di esprimere alcuna istanza regolamentativa condivisa che non sia «il costume di osservare la norma giuridica solo quando conviene»⁴⁵.

⁴² Cfr. Liv. 4,4,8: *Nemo plebeius patriciae virgini vim adferret [...] nemo invitum pactionem nuptialem quemquam facere coegisset.*

⁴³ Tac., *Ann.* 3,26,1: *Vetustissimi mortalium, nulla adhuc mala libidine, sine probro scelere eoque sine poena aut coercionibus agebant. Neque praemiis opus erat, cum honesta suopte ingenio peterentur; et ubi nihil contra morem cuperent, nihil per metum vetabantur.*

⁴⁴ A conferma del doloroso interrogativo già pronunciato da Orazio (*Carm.* 3,24,36: [...]) *quid leges sine moribus vanae proficiunt* [...]). Si sono di recente soffermati sulla poetica di Orazio e sulla sua rilevanza in chiave giuridica R. HASSAN, *La poesia e il diritto in Orazio. Tra autore e pubblico*, Napoli, 2014, spec. p. 67 ss., 93; O. DILIBERTO, *La satira e il diritto: una nuova lettura di Horat., sat. 1.3.115-117*, in *AUPA*, 55 (2012), pp. 387 ss.

⁴⁵ V. FERRARI, *Diritto che cambia e diritto che svanisce*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2009, p. 49. Parla, in questa prospettiva, di «funerali della legalità» M. AINIS, *L'e-*

Le fonti antiche danno corpo a questa dialettica. E se Tacito si fa drammaticamente testimone dell'anomia di un tempo nel quale “*non mos, non ius*”, complice l'inefficienza dello strumento legislativo, Livio dal canto suo denuncia l'inadeguatezza ed il conseguente rifiuto dello strumento legislativo che, sovrapponendosi ai *privata consilia*, comprime l'autonomia delle scelte individuali ed il reciproco affidarsi dei consociati. Ma un'ulteriore considerazione merita di esser fatta, ed è una considerazione che rafforza ancor di più la problematicità di questo fronte d'indagine.

6. Autodeterminazione familiare: fuga dal diritto e domanda di diritto

Come si è visto, la plebe – per bocca di Caio Canuleio – insiste sui *privata consilia*, sul richiamo all'autodeterminazione nelle scelte personali e familiari (*Quod privatorum consiliorum ubique semper fuit ... id vos sub legis superbissimae vincula conicitis*): in tal modo, a voler riprendere la metafora nel cui segno si svolgono queste mie considerazioni, la plebe sta disegnando la costa lungo la quale l'onda si infrange. Ma tutto questo argomentare viene sviluppato nel momento in cui Canuleio sta presentando la sua “*rogatio de conubio patrum et plebis*”: una proposta legislativa, dunque, per un plebiscito che, incontrando il favore del patriziato, avrebbe riconosciuto il *conubium* nelle unioni miste patrizio-plebee⁴⁶:

Liv. 4,1,1: *Nam principio anni et de conubio patrum et plebis C. Canuleius tribunus plebis rogationem promulgavit [...]*.

I *patres*, per le ragioni di opportunità già viste (*ita maxime rati contentionem de plebeis consulibus tribunos aut totam deposituros aut post bellum dilatos esse*) addivengono al compromesso politico e si crea in tal modo l'accordo sulla proposta in punto di *conubium*⁴⁷:

clissi della legge, in M. AINIS, M.R. FERRARESE, P. GROSSI, U. MATTEI, G. SANTUCCI, U. VINCENTI, *Inchiesta sulla legge nell'Occidente giuridico*, Torino, 2005, pp. 61 ss., 76.

⁴⁶ Prescindo, per le ragioni sopra espresse, dall'affrontare in questa sede il defatigante «enigma», come già lo definiva Rotondi (cfr. G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano, 1990 [rist.1912], p. 61), relativo all'efficacia vincolante dei *plebiscita* prima che “*legibus exaequata sunt*” (Gai 1,3), nonché la questione, spinosissima ed incessantemente dibattuta dalla dottrina, dell'incidenza dell'*auctoritas patrum* nelle tappe del processo di parificazione. Sul quale ultimo, per tutti, F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II, Napoli, 1973, pp. 153 ss.

⁴⁷ Merita di essere recuperata, per la sua persistente suggestione, l'osservazione formulata da Rotondi, che ipotizza l'esistenza di «una norma antichissima – sparita colla *lex Hortensia* – secondo la quale i plebisciti, validi di per se stessi nei riguardi della plebe, avrebbero avuto effi-

Liv. 4,6,3: [...] *victi tandem patres ut de conubio ferretur concessere* [...].

Da quel momento in poi sarà la *lex Canuleia de conubio patrum et plebis* a sancire l'esogamia di ceto nel sistema familiare romano⁴⁸, e dunque la libertà dei privati nel campo delle scelte matrimoniali (*quod privatorum consiliorum ubique semper fuit*), eventualmente anche di fronte alla scelta per un matrimonio misto.

Nella strategia retorica di Canuleio la denuncia dell'offensiva intrusività della legge in un terreno riservato allo spontaneo dispiegarsi delle relazioni intersoggettive (*lege id probiberi ... id demum contumeliosum plebi est*) si traduce dunque in argomento a sostegno di una proposta di legge (*Canuleius pro legibus suis*) che rispetti – imponendone il rispetto – l'autonomia dei singoli nella costruzione di un progetto familiare: *ut in quam cuique feminae convenisset domum nuberet, ex qua pactus esset vir domo, in matrimonium duceret*.

È quanto dire che l'autodeterminazione dei privati, nel momento in cui impone al diritto di ritrarsi, chiede tuttavia al diritto stesso di essere legalmente presidiata. L'alternativa tra autonomia ed eteronomia non si risolve in «una sorta di statico regolamento di confini»: come in un gioco di specchi nel quale passato e presente rimandano le loro immagini, l'orazione di Canuleio viene in sostanza a dirci che l'autodeterminazione «si pone come prodotto di una scelta politica e sociale, che fonda giuridicamente il riconoscimento di spazi di autonomia»⁴⁹.

La pagina che Livio dedica agli avvenimenti del 445 a.C., «anno difficile in patria e fuori»⁵⁰, lascia dunque intuire la tensione dialettica tra due istanze: d'un

caccia generale quando fossero riusciti ad ottenere il consenso del senato: ciò spiegherebbe le ostinate insistenze dei tribuni presso il senato che la tradizione ricorda, senza chiarirle, in occasione di quasi tutti i più antichi plebisciti» (ROTONDI, *Leges publicae*, cit., pp. 114 s.).

⁴⁸ Non mette conto di ricordare come la stessa documentazione epigrafica evidenzi l'impiego fungibile dei termini *lex* e *plebiscitum*, laddove vengano rubricate come *leges* deliberazioni inequivocabilmente assunte su proposta tribunizia: si veda, per tutti, *Roman Statutes* (edit. by M.H. CRAWFORD), I, London, 1966, pp. 65 ss., 331 ss. Si uniformano ad un tale uso promiscuo le fonti letterarie antiche (Liv. 4,3,1: *Canuleius pro legibus suis*) e la moderna dottrina: valga per tutti la voce di E. VOLTERRA, *Matrimonio (diritto romano)*, in *ED*, 25 (1975), pp. 726 ss., ora in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1991, 232: «così come la statuizione della *lex Canuleia* è il ristabilimento del *conubium* fra patrizi e plebei». Si segnala, in ultimo, la diversa datazione (e la diversa ricostruzione complessiva) proposta da ZAMORANI, *Plebe Genti Esercito* cit., 362 ss., secondo il quale, rinviata alle leggi Valerie-Orazie del 449 a.C. l'introduzione del divieto di *conubium* – ed in una prospettiva 'filoplebea' – anche la relativa abrogazione avrebbe conosciuto uno slittamento ad un'epoca imprecisata, sicuramente precedente alla metà del I sec. a.C.

⁴⁹ RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 22.

⁵⁰ Liv. 4,1,1: *Hos secuti M. Genucius et C. Curiatius consules. Fuit annus domi forisque infestus*.

lato, la tendenza alla deregolazione, alla ricerca potremmo dire di un “diritto leggero” che risolva la lacerazione tra legge e realtà diminuendo le norme di provenienza pubblica a fronte di spazi di autonomia regolamentativa (*servare privatis consiliis*). D’altro lato, la tendenza ad una giuridicizzazione legislativa che ‘istituzionalizzi’, garantendone l’effettività, lo spazio di autonomia: sarà ancora Canuleio, nel presentare la sua *rogatio de conubio patrum ac plebis*, a farsi paladino del potere legislativo, e dunque della competenza precettiva, spettante al *populus Romanus*: «*Oportet licere populo Romano, si velit, iubere legem*»⁵¹.

La ricognizione interna alla storiografia del principato, attraverso le voci solo apparentemente discordi di Livio e di Tacito, mostra dunque come sia proprio il quadro normativo dettato in materia matrimoniale, il momento di incontro e di scontro tra “il mare del diritto” e “l’isola familiare”, a far emergere il problema dei limiti dell’imposizione legislativa, svelando la defatigante tensione tra fuga dal diritto e domanda di diritto, quella dialettica irrisolta tra autorità e libertà in cui si sostanzia la crisi della legalità.

Ma la testimonianza degli antichi ci svela anche le coordinate del percorso capace di sciogliere il groviglio nel quale le contrapposte istanze sembrano reciprocamente elidersi:

Liv. 4,5,5: *Itaque ad bella ista, seu falsa seu vera sunt, consules, parata vobis plebes est, si conubiis redditis unam hanc civitatem tandem facitis [...]*.

Con queste parole, che scandiscono i passaggi conclusivi della sua orazione *pro legibus suis*, il tribuno Canuleio disegna il percorso istituzionale grazie al quale il conflitto politico apertosi tra plebe e patriziato potrà trovare la propria composizione, creandosi le condizioni per una pacificazione sociale autenticamente collaborativa (*unam hanc civitatem tandem facitis*): l’approvazione di una nuova legge che sancisca la reciproca legittimazione matrimoniale dei due ordini (*si conubiis redditis*), trasformando il precedente divieto legislativo in una facoltà legalmente riconosciuta.

⁵¹ Prerogativa che viene presentata come conquista scaturita dalla cacciata dei re: Liv. 4,5,1-3: *Denique utrum tandem populi Romani an vestrum summum imperium est? Regibus exactis utrum vobis dominatio an omnibus aequa libertas parta est? Oportet licere populo Romano, si velit, iubere legem, an ut quaeque rogatio promulgata erit vos dilectum pro poena decernetis, et simul ego tribunus vocare tribus in suffragium coepero, tu statim consul sacramento iuniores adiges et in castra educes, et minaberis plebi, minaberis tribuno? Quid si non quantum istae minae adversus plebis consensum valerent bis iam experti essetis?*

7. «Ciò che esisterà domani»

La conclusione alla quale induce quest'ultima parte del racconto liviano ci apre dunque uno scenario ulteriore, ed ancor più complesso: perché quello che appare, nell'impianto argomentativo del discorso plebeo, come il problema legato alla presenza di una disciplina legislativa di provenienza pubblica, si svela in realtà come il problema legato alla presenza di quella specifica disciplina legislativa: problema che si risolve con l'adozione di una disciplina legislativa diversa.

L'intollerabile invasività della regola giuridica nel terreno dei *privata consilia*, denunciata con virulenta enfasi retorica, svanisce di fronte alla formulazione di una regola giuridica modificata: è il cambiamento del contenuto pre-cettivo che trasforma in valore quella imposizione legislativa in punto di scelte matrimoniali condannata sino a quel momento come disvalore.

Dal continuo intrecciarsi di spinte opposte, in questa sofferta alternanza di anomia, autonomia, eteronomia che le pagine di Livio e Tacito restituiscono, emerge dunque l'unica prospettiva immanente al discorso giuridico, l'unica predicazione possibile intorno al diritto: la sua riforma.

Nella *Prefazione* alla seconda edizione del suo *Diritto Amministrativo*, Massimo Severo Giannini disegna, con una sofferta venatura autobiografica, il ruolo del giurista. E tutto il senso di questo suo doloroso disincanto si riflette nelle parole conclusive della *Prefazione* che riconoscono, con invincibile malinconia, che «la condanna dei giuristi è quella di pensare sempre a nuove albe. Ma sono albe accorrenti e scompaenti»⁵².

Vi risuonano, forse anche consapevolmente, le osservazioni formulate qualche decennio prima da José Ortega y Gasset: «il diritto giunge ad essere ciò che esisterà domani, quando si avrà la nuova legge giusta, ciò che però non c'è mai oggi, poiché quello che c'è serve solo come invito a cambiarlo»⁵³.

Alle soglie del nuovo millennio, in un saggio apparso sui *Quaderni Fiorentini*, Andrea Proto Pisani sarebbe giunto ad affermare che «il discorso sulla riforma è un discorso per così dire perenne nello studio del processo»⁵⁴: riflesso implicito, ma evidente, della crisi del processo stesso.

⁵² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, 2, Milano, 1988, p. II.

⁵³ J. ORTEGA Y GASSET, *Una interpretazione della storia universale*, trad. it., Milano, 1978, p. 253. Sulle tematiche qui richiamate si veda, con insuperata perspicuità, N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 987 ss., 989. Ma vd. anche, dello stesso Autore, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 11 ss.

⁵⁴ A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28 (1999), p. 713.

8. Per una 'ontologia' della crisi

La crisi, come percezione dell'inadeguatezza della risposta giuridica e della necessità di una sua revisione, rappresenta l'ontologia del diritto, la sua narrativa fisiologica: consistendo nella individuazione del punto di equilibrio, equilibrio come tale sempre dinamico, tra dimensioni caratterizzate da una costante tensione reciproca, che la modernità declina quali certezza e giustizia, legalità ed equità, il diritto, potremmo dire lo stesso sistema giuridico che pure «implica un nesso unitario di contenuti»⁵⁵, appare inevitabilmente come qualcosa di provvisorio. La precarietà appartiene al diritto che, essendo funzione di esigenze, idealità, culture, valori in costante mutamento, si vede a sua volta soggetto ad un continuo aggiustamento, nel confronto inevitabilmente fluido tra dato normativo, riconoscibilità sociale, applicazione giudiziale.

Tutto questo è iscritto nel codice genetico del diritto. «Il diritto ha la pretesa di dominare l'imprevedibile, di attribuire significato agli eventi futuri»⁵⁶, perché nasce come vocazione ordinante rispetto al corso indistinto di tali eventi, proiezione di quella «tenace pressione disciplinatrice e ordinante»⁵⁷ che costituisce il tratto più vivido dell'identità culturale romana, della sua 'antropologia'. Condannato ad inseguire la mutevolezza del divenire, il diritto ci appare esso stesso, necessariamente, in continuo divenire.

Ed ecco allora che, nell'antitesi tra l'astratto oggettivismo della regola legislativa, la sua rassicurante ma impersonale solidità, ed il soggettivismo vitale ma incerto della situazione concreta che reclama il riconoscimento della «pienezza della vita», il momento di mediazione risiede nella prospettiva riformista, nel «cambiamento della regola»⁵⁸: non tanto per significare l'indifferenza dello strumento legislativo rispetto ai suoi contenuti⁵⁹ quanto per rappresentarne la funzione creativo-correttiva in un assetto mai definitivamente irrigidito perché mai definitivamente risolto⁶⁰.

Ma questo codice comunicativo proprio della modernità giuridica è già presente nella contesa che divide il patriziato e la plebe sulla formalizzazione

⁵⁵ In tal senso N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2014, p. 40.

⁵⁶ Così ancora IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 36.

⁵⁷ Sono parole di A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 48.

⁵⁸ RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 23.

⁵⁹ Prospettiva alla ribalta dell'attuale panorama dottrinario, quella del nichilismo giuridico: si veda in tal senso N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, che con questo lavoro («l'orizzonte dei diritti possibili») conclude un percorso iniziato con *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004 e continuato con *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.

⁶⁰ «Ciò significa che un sistema giuridico esiste precisamente perché esistono conflitti e anche devianze rispetto alle norme riconosciute»: FERRARI, *Diritto*, cit., p. 48.

legislativa di un divieto nuziale, riecheggia nella denuncia dell'impatto distorto e distorsivo che le leggi matrimoniali augustee hanno avuto sulla società romana della prima età imperiale. La narrativa della crisi, che ci accompagna dagli albori del Novecento⁶¹, crisi della legalità e per estensione del diritto quale espressione del potere legislativo, mostra invero ben altra profondità di radicamento, esprime il genoma identitario di un *ius* che realizza la propria vocazione al disciplinamento sociale grazie al convergere, razionalizzato ma non gerarchizzato, di *leges* e *mores*, *interpretatio* e *iurisdictio*.

Tutto questo consente di ridimensionare l'impatto politico e culturale del *logos* sulla crisi del diritto e sulla sua 'complessità' quali connotati esclusivi della contemporaneità, eventi irricognoscibili, e dunque eccezionali, in mancanza di precedenti⁶². Ed è compito dello studioso del passato, dismessa ogni paralizzante polemica in punto di 'attualizzazione', offrire gli strumenti per questa consapevolezza, assecondando la sollecitazione, che appare tanto più imperativa in quanto proveniente non da uno storico ma da un sociologo del diritto: «se osserviamo ciò che accade in una prospettiva storica, dobbiamo chiederci se il nostro smarrimento di fronte alle novità non sia, spesso, soltanto paura delle novità»⁶³.

⁶¹ Ne rappresenta la pietra miliare la celebre prolusione romaniana del 1909: S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969. Una tappa fondamentale è offerta da F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, pp. 424 ss. Di una «evanescenza e impotenza della espressione legislativa» parla M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, p. 189. Per una riconsiderazione generale sul punto possono vedersi le relazioni svolte al convegno *Crisi dello Stato e del principio di legalità? Lo Stato nel diritto contemporaneo* (Palermo, 6-7 maggio 2011), ora nel volume *Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, in *Ars interpretandi*, XVI (2011), pp. 7 ss. Sulla posizione di Santi Romano vd. P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, pp. 669 ss.; ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di S. Romano)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I (2011), p. 1 ss.

⁶² Sull'apparato comunicativo legato alla "irricognoscibilità", e conseguente "incalcolabilità", insiste in questi ultimi anni IRTI, *Calcolabilità weberiana*, cit., pp. 987 ss.

⁶³ Così FERRARI, *Diritto*, cit., p. 45. Seguendo questa linea di pensiero («Oso però dire che molti fenomeni che ci lasciano perplessi, per non dire interdetti, in realtà non sono nuovi») affiora la conclusione secondo cui «fenomeni come la scomparsa quasi totale della *terra incognita* nel nostro pianeta, la rivoluzione delle comunicazioni, lo sfruttamento massiccio delle risorse naturali, e via dicendo, differenziano il nostro tempo da ogni altro»: rappresentando quindi l'autentico *quid novi* con il quale dovrà confrontarsi lo scenario giuridico che conosciamo.