

FRANCESCA REDUZZI MEROLA

Il giudizio di costituzionalità
nell'esperienza greco-romana

«... è nostro convincimento che anche per l'età antica, e nel contesto di un'indagine volta a ricostruire la storia delle antiche costituzioni, sia legittimo e metodologicamente corretto porre il problema dell'esistenza di organi e di procedimenti di accertamento della legittimità costituzionale di atti o di comportamenti statualmente rilevanti, posti in essere dai soggetti istituzionali ...».

Con queste parole, riferite all'esperienza giuspubblicistica romana, Gaetano Mancuso nel 2002 apriva una delle sue penetranti riflessioni sul giudizio di costituzionalità a Roma, ed è fuor di dubbio che le parole del compianto Collega si adattino anche al mondo greco, ed in particolar modo alla *polis* di Atene, per la quale abbiamo la maggior abbondanza di testimonianze e dalla quale si è irraggiato il concetto di democrazia, di «governo del popolo», nelle società moderne.

Occorre precisare che né in Grecia né a Roma esisteva una «carta costituzionale», pertanto la terminologia stessa di «costituzionalità» e «incostituzionalità» si deve intendere in un'accezione che possa essere riferita a quelle antiche civiltà, come ben rilevava anche il caro professore Mancuso. Vedremo tra breve in che modo questi concetti erano espressi nel mondo greco e romano.

Luigi Labruna, in un suo saggio sul concetto di *constitutio* (Labruna, 1999) ha ben evidenziato come nell'esperienza storica greca la precisazione del concetto di costituzione politica, *politeia*, venga operata mediante l'elaborazione scientifica propria dei filosofi, sicché «nell'esperienza storica delle *poleis* ... fu elaborata, se non la formalizzazione del concetto di costituzione, almeno una profonda presa di coscienza teorica del problema».

Thesmós indica, come *nomos*, la legge; solo che è termine più antico, adoperato al tempo di Draconte (VII secolo a. C.) e Solone (inizi VI a.C.). Nel V secolo era l'*Ekklesia* che aveva il compito di emanare atti normativi: in Atene l'assemblea ed il tribunale esprimono istituzionalmente il volere del *demos*: «Il popolo si è reso padrone assoluto di tutto, e governa ogni cosa con decreti dell'assemblea e con i tribunali, nei quali il popolo è sovrano» (Aristot. *Ath.pol.* 41.2). Altro termine che si trova ad indicare la legge è *pséphisma*: la differenza tra *nomos* e *pséphisma* è invece vivacemente discussa dai moderni; infatti an-

che se una legge era considerata immutabile, uno *pséphisma* poteva ottenere riconoscimento di validità «per sempre», «per ogni tempo».

Conviene ricordare che vi sono, nei testi epigrafici, attestazioni di leggi che non prevedevano l'abrogazione o modifica, almeno per l'epoca più antica: possiamo menzionare, ad esempio, la legge fondiaria locrese detta «Bronzo Pappadakis» ove, alle ll. 10 e seguenti, si minacciano severe sanzioni per chi proponga o sostenga una divisione di terre differente da quella della legge, che è dell'ultimo quarto del VI secolo a.C. (Van Effenterre-Ruzé, 1994, n. 44); oppure il frammento di decreto proveniente da Argo, della metà del V secolo, con la dichiarazione che chiunque renderà inoperanti le decisioni iscritte sulla stele e chiunque farà proposte in tal senso sarà assimilato a un traditore della città (Van Effenterre-Ruzé, 1994, n. 101).

Sul valore del *nomos* mi piace ricordare un famosissimo luogo di Erodoto, *Storie* III 38: 3. «Dario durante il suo regno chiamò i Greci che si trovavano presso di lui e chiese loro a qual prezzo avrebbero accettato di mangiare i loro padri morti; e quelli dichiararono che a nessun prezzo lo avrebbero fatto. 4. Dario poi chiamati quegli Indiani detti Callati, che divorano i genitori, chiese, mentre i Greci erano presenti e comprendevano quel che si diceva tramite un interprete, a qual prezzo avrebbero accettato di bruciare nel fuoco i loro genitori defunti; e quelli con alte grida lo invitarono a non dire simili empietà. A tal punto queste cose ora sono divenute costumi, che giustamente mi sembra che Pindaro abbia scritto, dicendo che la consuetudine è regina di tutte le cose». Erodoto usa l'espressione *nomos basileus*, dando del frammento di Pindaro un'interpretazione relativistica; tuttavia, osserva Gigante, «la tradizione di un popolo ha per quel popolo il valore di una norma che nessuno deve violare». Infatti più oltre lo storico, senza citare ulteriormente Pindaro, attribuisce a Demarato la previsione che gli Spartani non avrebbero ceduto alle forze soverchianti di Serse, e avrebbero combattuto fino alla morte «perché sta su di loro, sovrana, la legge» (*Storie* VII 104.4: *δεσπότης νόμος* anziché *νόμος βασιλεύς*).

A partire dal 403/2 però, almeno per quanto riguarda Atene (dopo la caduta dei Trenta, quando fu promossa una revisione dell'intero *corpus* di leggi, da quelle dei tempi di Draconte e Solone), sembra fuori discussione la formale distinzione (ancorché non sempre rigidamente osservata) fra una legge (*nomos*), intesa come norma di efficacia ge-

nerale e di validità permanente, e un decreto (*pséphisma*), che aveva valore temporaneo e/o individuale.

Dopo la restaurazione democratica del 403 si decise appunto che le leggi di Draconte e Solone dovevano rimanere in vigore ma dovevano essere revisionate e ripubblicate. I principi della revisione sono contenuti nell'orazione di Andocide *Sui Misteri* (I.83-84). Furono istituiti due collegi legislativi (*nomothetai*): uno eletto dal Consiglio dei 500, l'altro eletto dai demi e composto da 500 membri. Il primo collegio aveva il compito di raccogliere e pubblicare tutte le leggi che dovevano essere esaminate, il secondo collegio doveva compiere un esame (*dokimasia*) di tutte le leggi, cioè, dopo un ampio dibattito, votare se una particolare legge dovesse essere inclusa o meno nel codice revisionato.

Secondo alcuni studiosi il codice comprendeva una serie completa di leggi costituzionali, e non più solo norme di diritto privato, penale o processuale.

Nell'orazione di Demostene *contro Timocrate* si precisa che i nomoteti dovevano essere scelti tra coloro che avevano prestato il Giuramento Eliastico (un giuramento di imparzialità, la cui formula ci è riferita nella medesima orazione, § 149-151). I nomoteti erano incaricati, secondo molti studiosi, anche dell'approvazione delle nuove leggi (*nomoi*), mentre i decreti erano ancora approvati dall'assemblea. In realtà vi è chi pensa che comunque i nomoteti non approvassero direttamente anche le nuove leggi, ma queste dovessero in ogni caso essere sottoposte al voto del popolo o comunque ad un parere dell'*Ekklesia* (Martini, 2000): la questione è dibattuta.

Fu proprio in questo periodo che gli Ateniesi giunsero ad innalzare le leggi al livello più alto – più in alto anche del popolo –, e che precizarono il concetto di stabilità della legge, ben testimoniato da Demostene, che ricorda con ammirazione la nota usanza locrese nell'orazione *contro Timocrate*, 139:

«Lì (presso i Locresi), si reputa un dovere obbedire alle leggi ... E ciò è così vero che chiunque proponga una legge nuova lo fa con una corda al collo; se la proposta appare lodevole ed utile, il proponente vive e può andarsene, altrimenti muore, poiché viene stretta la corda»: i Locresi, infatti, cambiarono una sola legge in duecento anni, come rileva l'oratore, che al § 140 commenta: «così nessuno osa, presso di loro, proporre leggi nuove, e si applicano rigorosamente le antiche». L'u-

so viene riferito anche da altre fonti, ed è attribuito anche ad altre città (Ghezzi, 2006).

Nel V secolo qualunque cittadino poteva presentare una *graphé paranomon*, un'accusa di illegalità ('incostituzionalità') contro ogni decisione dell'Assemblea o del Consiglio; dopo la restaurazione del 403 fu introdotta una nuova procedura per l'esame delle leggi, «l'azione pubblica per aver proposto e fatto votare una legge sconveniente (*graphé nomon me epitedeion theinai*)», che si pone come risultato della distinzione tra *nomoi* e *psephismata*; la *graphé paranomon*, allora, rimase in uso solo contro decreti. Ambedue i tipi di azione venivano portati innanzi al tribunale popolare (*dikasterion*), affinché annullasse la deliberazione e punisse chi l'aveva proposta.

Questo tribunale era composto da cittadini che la mattina si andavano a mettere in fila davanti all'edificio e sorteggiati finché non si raggiungeva il numero necessario. In mancanza di dati certi, si pensa che fossero soprattutto anziani, perché dovevano trovare conveniente la paga accordata per la partecipazione al tribunale piuttosto della rendita di una giornata di lavoro.

Nel IV secolo questi due tipi di procedimento furono utilizzati prevalentemente per verificare se una legge o un decreto erano da rigettare, e ciò poteva avvenire o per vizi di forma, in quanto non era stata seguita la procedura prevista, o da un punto di vista materiale, perché la proposta era in conflitto con le leggi in vigore.

Poteva accadere, però, che le accuse fossero rivolte contro leggi o decreti che, pur corretti formalmente, erano considerati dannosi per la democrazia: se la proposta incriminata era un decreto, doveva essere annullato, perché la legge occupava un posto più alto, il *nomos* era norma sovraordinata al decreto (questa idea si precisò nel corso del IV secolo), come attesta un famoso luogo di Andocide, nell'orazione *Sui Misteri* che riferisce un *nomos* nel quale si dice che nessun decreto (*pséphisma*), né della Bulè né del popolo, prevarrà su una legge: § 87. «Leggi: i magistrati non devono in alcuna circostanza applicare una legge non scritta. Nessun decreto approvato dal Consiglio o dal popolo può valere più di una legge. Non può essere approvata nessuna legge che si applichi a una sola persona. La stessa legge si applicherà a tutti gli Ateniesi, a meno che non sia deciso diversamente con un quorum di seimila, a scrutinio segreto». Se ad essere giudicata inopportuna era una legge, doveva essere invalidata secondo il principio che la legge più

antica aveva priorità su quella più recente: un punto di vista opposto a quello moderno per il quale la *lex posterior* deroga dalla precedente, sebbene perfettamente compatibile con l'esaltazione greca dell'«ancestral constitution» (la costituzione avita). Ma potremmo anche assimilarlo ad un «giudizio di costituzionalità», infatti Wolff (1970) riteneva che la *graphé paranomon* e la *graphé nomon me epitedeion theinai* fossero mezzi di controllo della costituzionalità delle leggi: questo punto di vista non è unanimemente condiviso, dal momento che altri studiosi sostengono che fosse anche un mezzo di controllo politico, oltre che giuridico, nel senso che l'accusa non era solo di incostituzionalità, ma comprendeva anche l'accusa di danneggiare gli interessi del popolo (Carawan, 2007). Vi è, poi, chi mette in rilievo il fatto che «nell'uso concreto dell'azione (accusa di illegalità) si può prevalentemente riscontrare un'utilizzazione volta ai fini della lotta politica personale, piuttosto che alla garanzia formale dell'ordinamento» (Talamanca, 1994).

Passiamo adesso a Roma, concentrando l'attenzione solamente sull'epoca repubblicana, tanto studiata dal professore Mancuso, che offre le migliori esemplificazioni per il nostro tema.

Nell'amplessissima serie di fonti desidero richiamare l'attenzione solo su alcune, rinviando per ulteriori riferimenti al mio ultimo studio (Reduzzi Merola, 2007).

Per esaminare il problema del giudizio di costituzionalità della legge è opportuno rifarsi ad un famoso luogo della *pro Cornelio* di Cicerone, orazione che conosciamo solo dalle citazioni presenti nel commento di Asconio: alle pp. 68-69 dell'edizione di Clark (pp. 54-55 Stangl) sono indicati dall'Arpinate e commentati dal grammatico patavino «*quattuor genera ... in quibus per senatum more maiorum statuatur aliquid de legibus*», i quattro modi in cui, secondo il costume degli antichi, è statuito qualcosa sulle leggi attraverso il senato. Nell'esemplificazione ciceroniana compaiono *abrogatio legis* e *derogatio*; nel manoscritto lacunoso manca, a mio giudizio, il *quartum genus*, che è l'*obrogatio* (indicato da altre fonti): tutte modalità di modifica o abrogazione della legge attraverso una *rogatio* e la successiva delibera popolare, seppure grazie all'impulso del senato.

Solo uno dei *genera*, il secondo, prevede la dichiarazione del senato che «il popolo non è obbligato a quella legge che è stata proposta» (*alterum, quae lex lata esse dicatur, ea non videri populum teneri*); il lin-

guaggio impiegato da Cicerone/Asconio indurrebbe a pensare che la legge a seguito di tale pronuncia sia resa «non obbligatoria» attraverso un *senatus consultum*; ma leggendo Cic. *Phil.* 5.10: *Si quam legem de actis Caesaris confirmandis deve dictatura in perpetuum tollenda deve coloniis in agros deducendis tulisse M. Antonius dicitur, easdem leges de integro ut populum teneant salvis auspiciis ferri placet*, mi sembra se ne possa dedurre che la legge veniva ‘rimossa’ dall’ordinamento. Le tre leggi di Antonio (del 43 a.C.) citate da Cicerone nel passo appena visto della quinta Filippica rientrano in una serie di provvedimenti considerati dal senato (e da Cicerone stesso) *res bonae*, ma dal momento che sono state portate al voto in maniera irregolare, devono essere riproposte e votate dal popolo *salvis auspiciis*. Mentre in *Phil.* 12.12 (*leges statuimus per vim et contra auspicia latas eisque nec populum nec plebem teneri*) si dice genericamente «*populum non teneri*», un’espressione simile a quella adoperata dall’Arpinate nella *pro Cornelio*, in un altro luogo delle Filippiche, 13.5, si legge che il senato ha invalidato gli atti di Marco Antonio, ne ha annullato le leggi, decretando che erano state fatte votare con la violenza e contro gli auspici (*acta M. Antoni rescidistis; leges refixistis; per vim et contra auspicia latas decrevistis*); anzi, il verbo *refigo*, qui, secondo alcuni lessici, usato in senso traslato, nella locuzione *leges refigere* ha proprio il significato di «staccare le tavole ove sono incisi i testi di legge». Come sosteneva anche il professore Mancuso, «i provvedimenti che il senato emanava nella forma del *senatus consultum* o, più esattamente, ... del *decretum*, possono, in effetti, considerarsi come pronunce di giurisdizione costituzionale le quali non solo dichiaravano l’incostituzionalità dell’atto sottoposto alla *cognitio* senatoria, ma sibbene ne operavano la rimozione dall’ordinamento» (Mancuso, 2002). Possiamo allora affermare che il senato rivestiva una funzione ‘nomofilattica’, anche se vi è chi nega tale funzione, ed autorevolmente sostiene che le sue pronunce derivavano da un’attività meramente consultiva e non giurisdizionale (Cerami, 1996); è peraltro evidente che la terminologia romana è variabile ed imprecisa, proprio perché non vi era una costituzione formale, una costituzione in senso moderno: Roma era uno stato «a costituzione flessibile» (Guarino, 1990).

Occorre ricordare che il senato aveva avuto per anni a disposizione un formidabile potere di controllo sulla legge: l’*auctoritas patrum*, che è stata a ragione definita «un vero e proprio potere di intervento

discrezionale, perciò insindacabile, nell'iter formativo della volontà statutale espressa nelle forme delle leggi comiziali» (Càssola, Labruna, 1991); ma a seguito dell'affievolirsi di tale potere, connesso con il fatto di essere divenuta l'*auctoritas* parere preventivo anche per i *plebiscita*, il consesso dovette trovare altri modi per operare un controllo sulle leggi. Avanzando di volta in volta una serie di motivazioni giuridico-sacrali che potessero rendere formalmente ineccepibile la pronuncia, il senato usurpava un potere considerato prerogativa delle assemblee cittadine, al punto che Cicerone può con manifesta consapevolezza parlare di *quattuor genera, in quibus per senatum more maiorum statuatur aliquid de legibus*, inserendo quel *genus* in più, che è, ora davvero, tra le competenze del senato.

La scelta dell'alto consesso, nell'ultimo secolo della repubblica, appare sovente dettata da motivi di opportunità politica: lo dimostrano quei casi nei quali il senato non si pronunciò su determinati provvedimenti, pur avendone rilevato l'irregolarità. A titolo d'esempio, ricordo che Cicerone in *de dom.* 71 affermava che il senato riteneva 'nulla' la legge di Clodio sul suo esilio: *senatus quidem, cuius est gravissimum iudicium de iure legum, quotienscumque de me consultus est, totiens eam nullam esse iudicavit*. Ma quella legge restò in vigore, ed anzi per far tornare in patria Cicerone fu necessario, nel 57, un altro provvedimento, la *lex Cornelia Caecilia de revocando Cicerone*.

Anche al tempo del consolato di Cesare, nel 59, il collega Calpurnio Bibulo cercò di bloccare alcuni suoi provvedimenti ritenendoli irregolari, invocando l'intervento del senato, ma il consesso non ritenne di doversi pronunciare; alla fine del mandato, come attesta Svetonio, *Caes.* 23.1, i pretori promossero un'inchiesta sulla condotta di Cesare nell'anno del suo consolato, ma la discussione in senato non portò ad alcuna presa di posizione: *functus consulatu, Gaio Memmio Lucioque Domitio praetoribus de superioris anni actis referentibus, cognitionem senatui detulit; nec illo suscipiente triduoque per inritas altercationes absumpto, in provinciam abiit ...* Quelle leggi fatte votare da Cesare avrebbero dovuto essere abrogate perché *adversus auspicia legesque* (Suet. *Ner.* 2.2), ma il senato non si schierò contro Cesare perché ne subiva la schiacciante influenza politica.

Si trattava di un'usurpazione di poteri propri del popolo, non conferiti al senato da nessun altro organo; processo analogo si ritrova nella prassi senatoria di concedere dispense da legge per singoli (*solutio le-*

gibus), invece che attraverso una *lex*, che, come la possibilità di sospendere le 'garanzie costituzionali' con l'emanazione del *senatus consultum ultimum* contro i 'nemici della patria', si manifestano quali poteri che il senato fa propri nel periodo di crisi della repubblica.

Tra gli ultimi lavori del professore Mancuso vi è quello sul concetto di sovranità a Roma - nei volumi per i cinquant'anni della Corte Costituzionale - , ove analizzava acutamente il concetto di *maiestas*, di maestà del popolo romano, troppe volte calpestata durante l'agonia della repubblica.

NOTA BIBLIOGRAFICA

- C. BEARZOT, *Diritto e retorica nella democrazia ateniese*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics* 9.1 (2007), pp. 113-134.
- E. CARAWAN, *The Trial of the Arginousai Generals and the Dawn of Judicial Review*, in c. di stampa in *Dike* 10 (2007).
- F. CASSOLA, *Ricordo di Marcello Gigante*, in *Incontri triestini di filologia classica* 3 (2003-2004), pp. 345-350.
- F. CASSOLA, L. LABRUNA, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*³ (Napoli 1991).
- P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*⁴ (Torino 1996).
- V. GHEZZI, *I Locresi e la legge del laccio*, in *Dike* 8 (2006), pp. 101-113.
- M. GIGANTE, *Nomos basileus* (1956, rist. Napoli 1993).
- A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁵ (Napoli 1990).
- M.H. HANSEN, *La democrazia ateniese nel IV secolo a. C.*, ed it. a c. di A. Maffi (tr. it. Milano 2003).
- L. LABRUNA, «*Civitas, quae est constitutio populi...*». *Per una storia delle costituzioni*, in *Civitas quae est constitutio populi e altri studii di storia costituzionale romana* (Napoli 1999), pp. 1 – 14.
- G. MANCUSO, *Alle origini del sindacato di costituzionalità. I. (Dalla monarchia alla repubblica)*, in *AUPA*. 47 (2002), pp. 151-230.
- G. MANCUSO, *Brevi note sul concetto di sovranità nel pensiero politico della Repubblica*, in *Tradizione romanistica e costituzione*, diretto da L. Labruna, a cura di M. Baccari e C. Cascione (Napoli 2006), pp. 601-611.
- R. MARTINI, *Il decreto d'investitura dei nomoteti*, in *Dike* 3 (2000), pp. 113-123.
- F. REDUZZI MEROLA, *Aliquid de legibus statuere* (Napoli 2007).
- E. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci* (Torino 2006).
- M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, in Id., M. Bretone, *Il diritto in Grecia e a Roma*⁶ (Roma-Bari 1994), pp. 3-89.
- H. VAN EFFENTERRE, F. RUZÉ, *Nomima I* (Rome 1994).
- H.J. WOLFF, *'Normenkontrolle' und Gesetzesbegriff in der attischen Demokratie* (Heidelberg 1970).