FRANCESCO ARCARIA*

*Joseph Rubino: una 'Verfassungsgeschichte' tra 'Staatsaltertümer' e 'Staatsrecht'***

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Da Niebuhr a Mommsen. – 3. La critica del Rubino al Niebuhr sull'utilizzo delle testimonianze di tipo antiquario: la filologia come strumento di elezione per raccordare storia e diritto. – 4. Rubino precursore del sistema mommseniano e, quindi, vero fondatore della moderna scienza del diritto pubblico romano. – 5. Conclusioni.

1. Benché non sia semplice ripercorrere le strade battute dalla trattatistica e dalla manualistica di diritto pubblico romano nei primi decenni dell'Ottocento, dal momento che si rende inevitabile una selezione che presenta il rischio di una discrezionalità ed opinabilità spesso non facilmente giustificabile e, quindi, talvolta incomprensibile, se non proprio infondata, agli occhi dell'odierno romanista, tuttavia alcune opere della grande tradizione storiografica di tale periodo sembrano delineare un preciso itinerario connotato peculiarmente da tendenze metodologiche della scienza romanistica che recarono importanti innovazioni nel panorama degli studi dell'epoca e che mostrano ancor oggi straordinari profili di attualità per la storiografia contemporanea, del cui percorso continuano a costituire, in ogni caso, delle vere e proprie pietre miliari.

Pertanto, l'idea di riesaminare questi studi in una visione d'insieme, pur con la consapevolezza della loro indubbia diversità e dello specifico clima culturale nel quale ciascuno di essi maturò, mi è sembrata una prospettiva di ricerca che potrebbe aprire interessanti filoni d'indagine di storia della storiografia romanistica che sono ancora ben lontani dall'essere esauriti.

E, invero, i campioni più significativi degli studi di carattere generale dedicati dalla scienza romanistica ottocentesca al diritto pubblico romano sembrano delineare una parabola storica che, al di là di quanto non possa apparire a prima vista, si configura come un percorso, non di rado unitario e in qualche modo omogeneo, che lega tra loro questi scritti, e che comunque vale la pena di indagare dal momento che la conoscenza di tale storiografia e dell'ideologia che vi sta dietro sembra appalesarsi come un vero e proprio elemento costitutivo della stessa conoscenza del diritto pubblico romano, costituendone così un *prius* fondamentale ed imprescindibile in quanto, penetrando nella

* *Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano, di Storia del diritto romano e di Diritto penale romano presso l'Università degli Studi di Catania.*

** *Contributo, sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review, realizzato con fondi per la ricerca di Ateneo - Piano per la Ricerca 2024/2026.*

sostanza stessa della scienza di tale diritto, ne prospetta un modello per molti aspetti ancor oggi valido e vitale.

Da qui, la convinzione che ciascuna delle opere appartenenti a tale tradizione romanistica, pur nella sua individualità e originalità, non costituisce quasi mai un *unicum* dal punto di vista scientifico, ma ha contribuito alla costruzione della 'scienza romanistica' in quel periodo cruciale della sua storia e, quindi, va letta in stretta relazione con le altre opere che l'hanno preceduta e seguita, appalesandosi come uno dei tanti punti di una linea, non sempre retta e tuttavia orientata verso una precisa direzione, che sembra proiettarsi fino ai giorni nostri e che, però, senza quel punto apparirebbe spezzata. E, ancora, la condivisione dell'idea mommseniana che la comprensione del diritto privato romano non fosse affatto aliena, ma anzi dipendesse dal diritto costituzionale e dagli assetti istituzionali e amministrativi di un'esperienza statale (e, insieme, dal suo processo civile e penale).

Ma, a prescindere dai risultati ai quali si perverrà con questo lavoro, un dato – che è poi il vero motivo che mi ha indotto ad intraprendere una simile indagine – mi sembra importante sottolineare, e cioè che le nuove generazioni di studiosi, e specialmente quelli delle nazioni che si affacciano oggi allo studio del diritto romano, rischiano seriamente, anche se il più delle volte inconsapevolmente, di vedere inficiate le proprie ricerche laddove non terranno più conto o, comunque, in debito conto la grande lezione tramandataci dai grandi maestri del diritto romano dell'Ottocento. Il cui complesso di opere – è bene ribadirlo – va quindi visto nella sua unitarietà, cioè come un'opera in sé conclusa e completa, che è quindi doveroso comprendere e valutare, storicizzandola, dal momento che aggiorna le nostre conoscenze, consente all'interprete moderno di impostare e risolvere problemi giuridici che la stessa letteratura ottocentesca non era stata in grado di decifrare e, soprattutto, risponde ai numerosi interrogativi sul significato dello studio del diritto romano ancora nel ventunesimo secolo e sul suo rapporto con il diritto moderno, rammentando così agli storici del diritto romano il loro precipuo compito e ruolo di coniugare e, soprattutto, conciliare la presenza di un passato glorioso con l'urgenza di un presente certamente meno illustre.

2. In un libro pubblicato a Firenze nel 1875 – ingiustamente dimenticato, eppure pregevole per le molteplici implicazioni ivi contenute – dal titolo *Studi sul diritto pubblico romano da Niebuhr a Mommsen*, che costituisce la «prima notevole presa di coscienza storiografica del lungo travaglio che aveva caratterizzato 'il mutamento delle idee sull'antichità' romana nell'Ottocento»[1], il De Ruggiero, nel tratteggiare il percorso storiografico intrapreso dagli studiosi del diritto pubblico romano del diciannovesimo

[1] S. MAZZARINO, *Il mutamento delle idee sull'«antichità» classica nell'Ottocento*, in *Helikon*, 1969-1970 (IX-X), p. 169.

secolo[2], finiva per centrare la propria attenzione esclusivamente su due autori, appunto il Niebuhr ed il Mommsen, che considerava rispettivamente il punto di partenza e quello di arrivo delle pur complesse e variegate vicende storiografiche dell'Ottocento[3].

Ora, nessun dubbio esiste in ordine al fatto che la svolta nelle scienze antichistiche nell'Ottocento sia ascrivibile a queste due grandi e forse insuperate figure di studiosi, profondamente diversi per personalità e metodologia: il Niebuhr, fondatore di un metodo che diede luogo ad una formidabile scuola di antiquari che, misurandosi nella ricostruzione scientifica della costituzione romana e, più in generale, dell'assetto amministrativo dello stato romano nelle varie epoche, lasciò un segno indelebile negli studi antichistici dell'Ottocento e del primo Novecento[4], ed il Mommsen, autore di un'opera, il *Römisches Staatsrecht*, che ha rappresentato il punto di svolta negli studi romanistici e che giustamente viene ancora oggi additato come l'imprescindibile punto di

---

[2] S. MAZZARINO, *Storia e diritto nello studio delle società classiche*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Firenze, 1966, p. 40.

[3] Come è stato messo in luce dal LICANDRO, *La trattatistica di diritto pubblico romano dall'Ottocento ai primi del Novecento*, in N. PALAZZOLO (sotto la direzione scientifica di), *Biblioteca Digitale Romanistica (BD-Rom). Archivio elettronico della letteratura romanistica*, I, *Trattati e manuali di diritto pubblico e storia del diritto (1839-1920)*, Catania, 2004, p. 84 ss., nonostante la dimensione scientifica dell'opera di Mommsen ormai sovrastasse gli studi giuridici e antiquari degli inizi del Novecento nella cultura giuridica europea, proprio in Italia si profilavano in maniera netta le linee di un dibattito teorico tra le diverse impostazioni dei due giganti dell'Ottocento, appunto il Niebuhr ed il Mommsen. Il poderoso influsso mommseniano aveva infatti prodotto anche in Italia la nascita di una scuola di brillanti seguaci, tra cui emerse appunto Ettore De Ruggiero, professore di Archeologia nell'Università di Napoli e, successivamente, di Antichità greche e romane in quella di Roma e, soprattutto, promotore e direttore dell'importante *Dizionario epigrafico di antichità romane*, che difese in maniera decisa il nuovo corso aperto dall'opera di Mommsen. Egli, già nel 1875 e dunque ben prima delle edizioni definitive dello *Staatsrecht* e dello *Strafrecht*, aveva iniziato ad attaccare gli antiquari e l'approccio della scuola niebuhriana, ritenuto del tutto inadeguato a soddisfare la cogente esigenza degli studi di storia romana, e, pur riconoscendo che il nome del Niebuhr non fosse stato dimenticato in seguito all'avvento del Mommsen, aveva rilanciato la svolta segnata da quest'ultimo negli studi antichistici in Italia e in Europa, invitando a non attardarsi ancora sui meriti del Niebuhr. Il punto di partenza dell'analisi di De Ruggiero era il confronto tra le tre più eminenti figure di studiosi di Roma antica: Niebuhr, Savigny e Mommsen. Lo studioso italiano scorgeva, pur nella grandiosità delle opere dei primi due, il limite enorme della separatezza e dell'incomunicabilità degli ambiti studiati e degli approcci seguiti, la vita politica settore privilegiato dal Niebuhr ed il diritto quello preferito da Savigny, individuando così la debolezza nella persistente mancanza di un connubio tra gli istituti giuridici, pubblici e privati, e la vita sociale e politica del popolo romano. Ed era stato appunto merito del Mommsen superare queste barriere, tenendo mirabilmente insieme gli uni e l'altra, ciò che costituiva, nell'ottica della scuola mommseniana, il manifesto della futura scienza romanistica, che, secondo il De Ruggiero, avrebbe dovuto peculiarmente essere connotata, per un verso, da un netto rifiuto dell'approccio antiquario e, per altro verso, dall'assenza di ogni forzatura dogmatica giuridica alla realtà storica.

[4] Sul punto v. W. NIPPEL, *Barthold Georg Niebuhr und die Begründung der modernen Althistorie*, in A.M. BAERTSCHI, C.G. KING (a cura di), *Die modernen Väter der Antike. Die Entwicklung der Altertumswissenschaften an Akademie und Universität im Berlin des 19. Jahrhunderts*, Berlin, 2009, p. 87 ss. e C.M. BARBER, *Politics in the Roman Republik: Perspectives from Niebuhr to Gelzer*, Leiden-Boston, 2022, *passim*.

partenza di qualunque nuova ricerca di diritto pubblico romano. E nessuna perplessità vi è inoltre circa il mutamento e l'innovazione di metodo che il Mommsen introdusse rispetto al Niebuhr nello studio del diritto pubblico e costituzionale romano, in particolare nell'utilizzazione delle fonti[5] nonché nell'utilizzo di una dogmatica rigida e rigorosa alla stessa stregua di quella che contrassegnava lo studio del diritto privato romano.

Quel che colpisce il lettore dell'opera del De Ruggiero è però la singolare e significativa circostanza che nessuna menzione viene fatta di quegli autori che pure ebbero modo di scrivere manuali e trattati di diritto pubblico e di storia del diritto romano nel sessantennio che va dalla pubblicazione dell'opera del Niebuhr a quella del trattato del Mommsen[6].

E ciò non può non stupire, dal momento che, come bene è stato evidenziato dal Casavola[7], «i movimenti costituzionalisti del secolo XIX avevano avuto una profonda influenza sulla cultura dei giuristi europei e di quelli tedeschi in particolare. Se le parole hanno una storia al di là delle intenzioni dei singoli parlanti, ebbene è il caso di dire che 'costituzione' in opposizione o in separazione analitica a 'storia', a 'sistema', a 'amministrazione', valeva ad esprimere l'architettura formale dello Stato implicante quella giuridicità intrinseca, quale era postulata dalle dottrine liberaldemocratiche dello Stato di diritto. Con maggiore immediatezza, rispetto agli scrittori precedenti, Mommsen usò l'epressione *Staatsrecht* (diritto dello Stato) in significativa eco ideologica con *Rechtsstaat* (Stato di diritto)».

E, invero, come è stato evidenziato dal Licandro[8], «sebbene il panorama scientifico e culturale degli studi antichistici dell'Ottocento sia stato dominato dalle figure e dall'opera di Niebuhr e Mommsen, non può trascurarsi la dimensione larga ed il valore

---

[5] Sul punto v., ampiamente e con citazione della letteratura in argomento, O. LICANDRO, *La trattatistica di diritto pubblico romano*, cit., pp. 50 ss., secondo cui la diversità di metodo seguito dal Niebuhr e dal Mommsen finiva per investire in profondità l'essenziale profilo dell'uso delle fonti nell'indagine e nella ricostruzione storico-giuridica. Così, pur dovendosi riconoscere l'insufficiente preparazione giuridica del Niebuhr, oggetto degli strali del Mommsen, le cui critiche non si fondavano tanto sulla diversa concezione del diritto pubblico romano, quanto piuttosto su un metodo di interpretazione delle fonti e di ricostruzione storica considerato troppo azzardato, e non potendosi d'altra parte contestare a Mommsen la parzialità della conoscenza delle fonti, che, a tacer d'altro, verrebbe smentita dall'ampio ricorso alla documentazione epigrafica, va tuttavia rimarcato che «nell'obiettivo di armonizzare in ogni parte la sua costruzione dello Stato romano anche Mommsen non restò immune dalla tendenza ad operare forzature, letture costrette, svalutazione di documenti contrastanti con l'impianto dogmatico prescelto» (p. 51).

[6] Cfr., più in generale, L. LANDUCCI, *Gli studi del diritto romano nel secolo XIX*, Urbino, 1879, *passim* e G. PACCHIONI, *Deutsche und Italienische Romanisten im neunzehnten Jahrhundert. Zwei Gastvorlesungen, gehalten am 16. und 17. Januar 1934 an der Universität Leipzig*, Leipzig, 1935, pp. 3 ss. e 12 ss.

[7] *L'opera storica di Francesco De Martino* [1978], in ID., *'Sententia legum'. Tra mondo antico e moderno*, II, Napoli, 2001, p. 136.

[8] *La trattatistica di diritto pubblico romano*, cit., p. 49 s.

straordinario della storiografia del tempo nel suo complesso, dei suoi progressi e del dibattito che seppe suscitare. E del resto la nascita e l'emersione dei due grandi studiosi non sarebbero davvero comprensibili e giustificabili se non calate nel contesto del grande fervore culturale e scientifico di quel secolo, che vide fiorire più generazioni di studiosi le cui tracce sono ancora oggi nettamente impresse nel nostro campo di studi ... Quello che può certamente dirsi è che attraverso la lettura e lo studio di tali autori si coglierà il dipanarsi di una trama, a volte scoperta altre volte invisibile, che lega nel suo complesso la trattatistica ottocentesca e la contrassegna come un percorso culturale ed intellettuale unitario, continuo, senza salti bruschi o fratture. Così che emergerà la ridotta distanza tra opere fondamentalmente diverse come quelle di Niebuhr e di Mommsen. Opere assai meno distanti ... di quanto un secolare luogo comune o una consolidata ma erronea impressione abbiano finora fatto pensare ed effettivamente sostenere ... Peraltro, già i contemporanei riconoscevano unanimemente che l'opera mommseniana moveva proprio dal solido fondamento degli studi di Niebuhr ... il riconoscimento avveniva in termini espliciti dai critici di Mommsen come Costa; ma proveniva anche da coloro che ormai si accingevano a relegare – tra i ricordi polverosi di famiglia – il grande Niebuhr. Non deve apparire sorprendente così se Scialoja nel 1903, all'indomani della morte di Mommsen, asseriva che l'apripista di una nuova fase degli studi romanistici era stato in effetti proprio Barthold Georg Niebuhr e che lo *Staatsrecht* anche dove appariva chiaramente come 'una opposizione alle dottrine niebuhriane', da queste in parte ne discendeva tanto che notevole era il debito scientifico che ne scaturiva».

All'odierno studioso del diritto pubblico romano si appalesa allora la preliminare ed insopprimibile necessità di comprendere non solo attraverso quali sollecitazioni ideologiche e culturali la grande tradizione storiografica ottocentesca sia pervenuta a certi traguardi per lungo tempo inattaccati od insuperati dalla storiografia successiva, ma anche, e soprattutto, perché questa tradizione storiografica sia stata e sia ancora oggi spesso inquadrata nel rigido schema dell'antitesi Niebuhr-Mommsen, tralasciando invece l'indiscutibile ed appassionato dibattito che nell'Ottocento divise i seguaci del metodo 'antiquaristico' da quelli della c.d. 'storia costituzionale' o 'Verfassungsgeschichte'.

Così, in un dotto e corposo articolo di un centinaio di pagine pubblicato nel 1953 dal Siebert[9] e dedicato alla puntuale, minuziosa e perfino pedante ricostruzione dei precedenti della tradizione storiografica tedesca dell'Ottocento, i soli autori di diritto pubblico romano citati dall'autore sono, ancora una volta, Niebuhr[10] e Mommsen[11]. Né diversa impressione si ricava dalla lettura di altri lavori pubblicati in seguito, come quelli

[9] *La storiografia tedesca dell'800 e '900*, in *Quest. stor. contemp.*, 1953 (III), pp. 235-332.
[10] *La storiografia tedesca*, cit., p. 242 ss.
[11] *La storiografia tedesca*, cit., p. 274 ss.

della Bruno Siola[12] e del Giovannini[13], nei quali, fatta eccezione – come si dirà – per il Rubino, i due poli della tradizione storiografica ottocentesca del diritto pubblico romano sono sempre Niebuhr e Mommsen, mentre nessuna menzione è rinvenibile di tutti quegli autori che, insieme ad essi, resero fecondo il dibattito sulla storia del diritto romano nel diciannovesimo secolo.

L'unico autore che ha avuto piena consapevolezza della ineludibile necessità di tenere in debito conto anche l'apporto scientifico delle opere ottocentesche di diritto pubblico romano diverse da quelle del Niebuhr e del Mommsen è stato l'Ormanni, il quale, in un saggio dedicato al regolamento interno senatorio[14], ha avviato una prima

---

[12] *Joseph Rubino ed Emilio Betti*, in G. CRIFÒ (a cura di), *Costituzione romana e crisi della Repubblica. Atti del Convegno su Emilio Betti*, Perugia, 1986, p. 195 ss.

[13] *De Niebuhr à Mommsen: Remarques sur la gènese du «Droit public»*, in *Cahiers du Centre Gustave-Glotz*, 1992 (III), pp. 167 ss.

[14] *Il «regolamento interno» del senato romano nel pensiero degli storici moderni sino a Theodor Mommsen. Contributo ad una storia della storiografia sul diritto pubblico romano*, Napoli, 1990, p. 59 ss. In relazione a tale regolamento senatorio, adottato con la *lex Iulia de senatu habendo* del 9 a.C., l'Ormanni ha ritenuto che il procedimento di 'a-storicizzazione' dell'ordinamento giuridico romano comune a tutto lo *Staatsrecht* avrebbe raggiunto in questo caso particolare un grado assai elevato, rompendosi così l'equilibrio tra la dimensione storica e quella dommatica in favore della seconda. Con la conseguenza che il procedimento senatorio mommseniano presenterebbe il carattere di essere completamente avulso dalla dimensione temporale nella quale andrebbe invece collocato, appunto perché inserito in un'età repubblicana vista come una dimensione logico-dommatica, anziché come esperienza giuridica storicamente individuata. Tuttavia, il Mommsen insiste sull'assenza, in età repubblicana, di una regolamentazione generale o di una fissazione comunque autoritativa del procedimento senatorio – affermazione, questa, non smentita dall'esistenza della *lex Pupia* del 61 a.C., che vietava di *habere senatum* nei *dies comitiales*, e della *lex Gabinia*, che stabiliva il divieto di ricevere in certi periodi dell'anno le legazioni straniere: evidente è infatti il carattere 'particolare' di tale legislazione, su cui v., ampiamente, M. BONNEFOND-COUDRY, *La 'lex Gabinia' sur les ambassades*, in C. NICOLET (sotto la direzione di), *Des ordres à Rome*, Paris, 1984, p. 61 ss. e *Le Sénat de la république romaine de la guerre d'Hannibal à Auguste: pratiques délibératives et prise de décision*, Roma, 1989, pp. 229 ss. e 333 ss. – e mette in risalto invece l'origine consuetudinaria delle norme regolamentari senatorie. Ed è appunto in questa rinuncia alla formalizzazione della propria procedura mediante la logica del provvedimento generale ed astratto da un lato, e nel ricorso, invece, a determinazioni puntuali ed a regole di prassi, volte appunto a non irrigidire con i canoni del diritto oggettivo momenti ed aspetti della propria libertà di determinazione politica dall'altro, che il regolamento senatorio repubblicano acquista, in tale prospettiva storica, il carattere ed il valore di 'regola politica'. Appare allora evidente come non sia rispondente al vero sostenere che la prospettiva storico-politica sia assente nella ricostruzione mommseniana del regolamento senatorio, anche se è altrettanto chiaro che il frequente richiamo al *mos maiorum* come fonte delle norme procedurali senatorie sottenda l'ideologia liberale ottocentesca – sull'idealismo e costituzionalismo liberale del Mommsen v. F. SARTORI, *Recensione di A. Wucher, Theodor Mommsen. Geschichtsschreibung und Politik, Göttingen, 1956*, in *Paideia*, 1961 (XVI.I), p. 3 e F.P. CASAVOLA, *Teodoro Mommsen*, in *Labeo*, 2002 (XLVIII), p. 331 ss. – e, invero, la consuetudine, come regola di provenienza autonoma, è la fonte idonea a tutelare l'indipendenza del senato e, insieme, quella dei singoli senatori, i quali dovranno ritenersi giuridicamente vincolati a rispettare solo quelle norme che, seppure sorte in relazione ad occasioni contingenti, possono tuttavia ritenersi basate, a ragione del lungo uso, sul consenso implicito dell'intera assemblea. E si spiega così, inoltre, perché la ricostruzione mommseniana del regolamento senatorio si orienti più verso quelle istanze di 'effettività' del sistema, rese palesi dalle numerose competenze di fatto esercitate dal senato repubblicano ed esaminate nello *Staatsrecht*, che non verso la sua conformità ad archetipi preventivamente e

riflessione su alcune tendenze metodologiche che caratterizzarono in generale la storiografia del diciannovesimo secolo sul diritto pubblico romano, riabilitando quegli autori e quelle opere che, dal Niebuhr in poi e proprio a causa della rivoluzione mommseniana, subirono quella che lo stesso autore definisce «una pressoché totale quanto ingiusta *damnatio memoriae*»[15].

L'enorme influenza esercitata dall'indiscussa autorità del Mommsen su tutte le opinioni correnti determinò quindi un oblio vero e proprio – che, come si è visto, perdura ancor oggi – di quel filone della tradizione storico-antiquaristica successivo al Niebuhr che occorre perciò riprendere nuovamente in considerazione non soltanto per verificare se sia condivisibile la polarizzazione dell'attenzione della storiografia più risalente e di quella moderna solamente sul Niebuhr e sul Mommsen, ma anche, e soprattutto, per accertare quale sia stato l'originale apporto degli autori che scrissero le proprie opere sulla scia del primo, consentendo all'interprete di concludere nel senso dell'esistenza di una 'catena' nella tradizione storiografica dell'Ottocento che, partendo dai risultati delle indagini del Niebuhr, anticipa quelli ai quali perverrà il Mommsen.

Al di là della possibile individuazione di una catena nella letteratura sul diritto pubblico romano che lega Niebuhr a Mommsen[16], il riesame di tale tradizione storiografica presenta comunque la sua indubbia utilità, giacché, come bene è stato scritto dal Mantello[17], «l'esame delle varie forme ideologiche o – se si preferisce – delle varie 'letture' storiografiche delle fonti antiche deve servire il più possibile per smuovere acque stagnanti, acquisire nuove consapevolezze, confermare la perfetta relatività e soggettività di ogni elaborazione, pervenire a diverse impostazioni».

In questo senso, la storiografia ottocentesca sul diritto pubblico romano precedente all'edificio mommseniano merita pienamente di essere nuovamente riconsiderata non come qualcosa da relegare fra le anticaglie, quasi un insieme di curiosità erudite, ma piuttosto come uno dei tanti anelli di una catena molto lunga che, iniziata già prima del Niebuhr e proseguita con il Mommsen, è giunta fino ai giorni nostri.

---

normativamente stabiliti. Con la conseguenza che, a mio avviso, è proprio alla natura consuetudinaria delle norme procedurali senatorie che va ricondotta la configurazione di tali regole come semplici *interna corporis* che non varcano la soglia dei principii generali sui quali poggia l'ordinamento dello Stato. Sul lavoro dell'Ormanni mi permetto di rinviare alla mia recensione *Il «regolamento interno» senatorio tra «Altertümer» e «dommatica mommseniana»*, in *Index*, 1992 (XX), p. 505 ss. Sulla metodologia dell'Ormanni e sul carattere sperimentale dei suoi lavori scientifici v. lo struggente ricordo del BRETONE, *La perla nella conchiglia*, in *Quad. stor.*, 1993, (XXXVIII), p. 122 ss.

[15] *Il «regolamento interno» del senato romano*, cit., p. 7.

[16] Sul punto v., in generale, E. DE RUGGIERO, *Studi sul diritto pubblico romano da Niebuhr a Mommsen*, Firenze, 1875, pp. 57 ss. e 94 ss. e S. MAZZARINO, *Storia romana e storiografia moderna*, Napoli, 1954, p. 31 ss.

[17] *Per una storia della giurisprudenza romana. Il problema dei 'miscelliones'*, Milano, 1985, p. 6.

3. Se il grande merito del Niebuhr è stato quello di avere dimostrato come nelle *antiquitates* romane fosse possibile cogliere qualcosa di più di una somma di conoscenze erudite slegate fra loro e, conseguentemente, di avere evidenziato l'intima connessione tra fenomeno costituzionale e storia politica, non si può negare che, nel quadro di tale ricostruzione, diversi furono gli eccessi nei quali egli incorse nella valutazione della tradizione della storia costituzionale arcaica e repubblicana.

Contro questi eccessi si appuntarono gli strali del Rubino[18], il quale, in un'opera dal titolo *Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte*. I. *Ueber den Entwickelungsgang der römischen Verfassung bis zum Höhepunkte der Republik* pubblicata a Cassel nel 1839, pur prendendo le mosse dalla medesima impostazione metodologica del Niebuhr, non ne condivise spesso gli esiti finali, aprendo così la strada ad una metodologia che, acquistando caratteri più precisi e rigorosi, si configura come nuova ed originale, trovando puntuali ed innegabili riscontri nell'opera del Mommsen[19].

Così, lo scetticismo diffuso del Niebuhr in ordine alla storia romana arcaica, che, sulla scorta del carattere ingannatore dei carmi conviviali, si riassumeva nell'affermazione dell'inverosimiglianza dell'esistenza dei singoli re, viene combattuto dal Rubino sulla base di una ricostruzione complessiva della tradizione costituzionale romana che non solo dissipa ogni dubbio circa l'esistenza della monarchia, ma permette anche di classificarla e caratterizzarla[20].

---

[18] Sulla sua vita (Fritzlar1799-Marburg1864), sulla sua carriera (iniziata nel 1815 studiando giurisprudenza per due anni presso l'Università di Marburg, proseguita nel 1818 presso l'Università di Göttingen, dove seguì le lezioni tenute da Gustav Hugo e Johann Gottfried Eichhorn, e poi nel 1819 ad Heidelbeg, dedicandosi allo studio della filologia e della storia sotto la guida di Friedrich Creuzer e Friedrich Christoph Schlosser, e svoltasi dal 1821, anno del conseguimento del dottorato in filologia, sino alla sua morte nuovamente presso l'Università di Marburg, dove divenne libero docente di Storia antica e filologia con incarico revocabile nel 1832 ed irrevocabile nel 1833 e professore ordinario di queste stesse materie nel 1843 e, inoltre, prorettore nel 1851 e nel 1858) e sulle sue opere v., ampiamente, B. NIESE, *Joseph Rubino*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, LV, Leipzig, 1910, p. 591 ss. e, brevemente, G. KLEINHEYER, J. SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*^{2}, in E. FORSTER, H. HOF, B. PAHLMANN (con la collaborazione di), Heidelberg, 1983, p. 347 (*ivi* altra letteratura citata).

[19] Brevi spunti, in tal senso, si rinvengono in A. MOMIGLIANO, *Perizonius, Niebuhr and the Character of Early Roman Tradition* [1957], in ID., *Secondo contributo alla storia degli studi classici*, Roma, 1960, p. 77; *Recensione di A. Heuss, Theodor Mommsen und das 19. Jahrhundert, Kiel, 1956 – A. Wucher, Theodor Mommsens Geschichtschreibung und Politik, Göttingen, 1956* [1958], in ID., *Secondo contributo alla storia degli studi classici*, Roma, 1960, p. 426; *Recensione di L. Gossman, Orpheus Philologus: Bachofen versus Mommsen on the Study of Antiquity, Philadelphia, 1983* [1985], in ID., *Ottavo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, Roma, 1987, p. 412, cui *adde* K. CHRIST, *Von Gibbon zu Rostovtzeff. Leben und Werk führender althistoriker der Neuzei*, Darmstadt, 1972, p. 95.

[20] A. MOMIGLIANO, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Firenze, 1966, p. 21; A. GIOVANNINI, *De Niebuhr à Mommsen*, cit., p. 171. Ma, già in precedenza, v. F.D. GERLACH, *Historische Studien*, Hamburg-Gotha, 1841, p. 350, nt. 1. Il CRIFÒ, *'Pomponius, liber singularis*

Ancora, mentre secondo il Niebuhr, nonostante la descrizione dell'ordinamento repubblicano compiuta da Polibio (VI.11-18) attraverso lo schema della 'costituzione mista' che ripartisce in eguale misura i compiti di governo tra senato, comizi e magistrature, i *patres* detenevano di fatto, a dispetto delle forme democratiche della costituzione, tutto il potere[21], il Rubino ritiene che sia più confacente allo stato delle fonti una ricostruzione storico-costituzionale tutta centrata sulla dialettica tra *imperium* e *potestas* magistratuale da un lato ed *auctoritas senatus* dall'altro, dal cui contrasto è la seconda ad uscire soccombente. Con la conseguenza che, al contrario di quanto ritenuto dal Niebuhr, il senato avrebbe svolto, tanto per l'epoca regia quanto per l'epoca repubblicana, una funzione meramente consultiva[22]: affermazione, quest'ultima, che, come è noto, venne recepita dal Mommsen ed è costante, o quasi, nella tradizione storiografica moderna.

E, più in generale, il Rubino non condivide poi il metodo 'universalistico' adottato dal Niebuhr nell'approccio ai problemi sociali ed agrari, che culmina nell'interpretazione delle leggi agrarie e di importanti istituti giuridici di stampo pubblicistico, come la *possessio*, l'*ager publicus* ed il *vectigal*, sulla scorta del quale i suddetti istituti o, comunque consistenti tracce di essi, si rinvenirebbero anche in esperienze storico-giuridiche diverse da quella romana, come in India, in Egitto e, più in generale, in tutta l'Asia, ambito, questo orientale, che fu spesso oggetto delle sue lezioni (dedicate frequentemente anche all'interpretazione delle opere di Pindaro, Sofocle e Cicerone). Siffatta metodologia, che ha alla base il concetto delle 'analogie', è infatti rigettata dal Rubino in quanto da questo modo di pensare l'antichità ed il diritto in termini di 'confronti storici' scaturisce spesso il pericolo che la struttura storico-costituzionale di un determinato popolo sia ricostruita non in base alle sue peculiari caratteristiche individuali, bensì sulla scorta di un procedimento metodologico che trae l'essenza di tale struttura insieme da tutti i popoli e da tutti i tempi[23].

Alla base della visione della storia costituzionale romana presente nelle pur «poco agevoli e poco frequentate *Untersuchungen*»[24] del Rubino vi è l'idea che l'evoluzione

---

enchiridii' D. 1.2.2 e la «storia del diritto», in ID., *Materiali di storiografia romanistica*, Torino, 1998, p. 75, sottolinea come la distinzione del Rubino tra elementi narrativi e fatti strutturali della tradizione fosse stata prospettata in precedenza dal Vico. E tale distinzione è riproposta e ribadita da autori più recenti, come Momigliano, Cornell e Frezza: G. CRIFÒ, *Storia di Roma*, I [1990], in ID., *Materiali di storiografia romanistica*,Torino, 1998, p. 328.

[21] Sul punto v. F. ARCARIA, *Dal tribunato militare alla crisi della repubblica. Il definitivo assetto costituzionale repubblicano*, in F. ARCARIA, O. LICANDRO, *Diritto romano*, I, *Storia costituzionale di Roma*, Torino, 2014, p. 126 ss.

[22] A. ORMANNI, *Il «regolamento interno» del senato romano*, cit., p. 12 ed A. GIOVANNINI, *De Niebuhr à Mommsen*, cit., p. 167 s.

[23] S. MAZZARINO, *Il mutamento delle idee sull'«antichità» classica*, cit., p. 164 ss.

[24] G. CRIFÒ, *Recensione di Biblioteca Digitale Romanistica (BD-Rom). Archivio elettronico della letteratura*

storico-giuridica romana e, più in generale, del mondo antico non è affatto rettilinea o, comunque, così rettilinea come aveva immaginato Vico[25], sicché il problema

romanistica, I, *Trattati e manuali di diritto pubblico e storia del diritto (1839-1920), Catania, 2004*, in *Stud. doc. hist. iur.*, 2006 (LXXII), p. 556.

[25] S. MAZZARINO, *Il mutamento delle idee sull'«antichità» classica*, cit., p. 163. Va però doverosamente riconosciuto che, già agli inizi del XVIII secolo, il Vico aveva applicato il concetto dell'evoluzione alla storia, ed il CALASSO, *Diritto volgare, diritti romanzi, diritto comune*, in G. MOSCHETTI (a cura di), *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto (Verona 27-28-29-IX-1948)*, II, Milano, 1951, p. 366, ha avuto il merito di evidenziare, in generale, come il concetto di 'fattore storico' mutuato dalle scienze naturalistiche e connotante la metodologia positivistica ottocentesca «si riattaccasse, sintetizzandoli e potenziandoli, ai canoni fondamentali del grande pensatore che aveva affermato essere il mondo opera dell'uomo, Giambattista Vico, e che nel campo della storia del diritto portavano a celebrare la spontaneità creativa del genere umano, che era stato a sua volta il grande credo del Savigny e della scuola storica». Peraltro, il CAPOGROSSI COLOGNESI, *A cent'anni dalle 'res mancipi' di Pietro Bonfante*, in *Quad. fiorentini*, 1988 (XVII), p. 146, ha opportunamente rimarcato, in particolare, come il Bonfante mostrasse verso il pensiero del Vico, del quale aveva certamente una conoscenza non episodica e superficiale almeno per quel che concerneva le origini di Roma e l'evoluzione delle sue istituzioni, non solo un mero interesse intellettuale, ma anche, e soprattutto, una convinta e piena adesione, ciò che è attestato, tra l'altro, dalle innumerevoli citazioni, anche testuali, che del pensiero del Vico si incontrano negli scritti del Bonfante, precisando che «almeno una cosa si può affermare immediatamente, con una certa verosimiglianza. E cioè che in Vico Bonfante percepiva ... una conoscenza del fenomeno giuridico, nella sua tecnicità, che egli, invece, negava a Maine ... Insomma in Vico egli vedeva un autore che direttamente aveva da insegnare alla sua disciplina perché ad essa era direttamente interessato (e competente)» (p. 153). Sulla buona conoscenza della storia di Roma e, in particolare, del suo ordinamento giuridico da parte del Vico v., ampiamente, G. CRIFÒ, *Ulpiano e Vico. Diritto romano e ragion di Stato*, in *'Sodalitas'. Scritti in onore di Antonio Guarino*, V, Napoli, 1984, pp. 2061 ss. e, specialmente, 2069 s. e *Sull'uso vichiano della giurisprudenza romana*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, VII, Milano, 1987, pp. 231 ss. e, più limitatamente, M. D'ORTA, *Breve nota su Vico e il diritto di Roma*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, III, Napoli, 1997, pp. 97 ss. e, specialmente, 102, e nt. 13. E non può sottacersi – R. BASILE, *Storiografia giuridica e percorsi intellettuali fra tardo Ottocento e primo Novecento. Nota breve sul modello bonfantiano*, in A. PALMA (a cura di), *Scritti in onore di Generoso Melillo*, I, Napoli, 2009, p. 76 ed *Influssi vichiani, sistemi ermeneutici e modelli storiografici tra il primo e medio Novecento*, in *Stud. doc. hist. iur.*, 2010 (LXXVI), p. 585 – che fu proprio sulla scia di un altro caposaldo del pensiero del Vico, cioè quello postulante la congiunzione del fenomeno giuridico con ogni componente storico-ambientale, che il Bonfante, illustrando il metodo evoluzionistico quale legge universale applicata anche alla scienza giuridica ed alla storia del diritto della quale aveva avuto piena consapevolezza già il Vico, poteva affermare che nessun fatto giuridico fosse sorto con la funzione che esso avrebbe avuto in seguito e, quindi, concludere che la funzione attuale di ogni istituto giuridico non fosse mai perfettamente identica a quella avuta in precedenza, ma sempre essenzialmente diversa da quella originaria, avvalorando così l'idea «dell'esistenza di un autentico 'filo conduttore' derivante dalla *magistralis lectio* del filosofo napoletano e destinato a tenere uniti i (per certi versi non proprio assimilabili) criteri di indagine dei due insigni studiosi in nome di una incondizionata storicizzazione del fenomeno giuridico»: R. BASILE, *Storiografia giuridica*, cit., p. 77, ed *Influssi vichiani*, cit., p. 586. Pertanto, come bene è stato ribadito anche dalla SOLIDORO MARUOTTI, *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, II, Torino, 2014, pp. 83 ss., 86, 98, 104 e 107 s., non può disconoscersi in alcun modo l'originalità la fecondità del pensiero vichiano in campo giuridico, che può riassumersi nell'avere teorizzato, sviluppato e sperimentato il metodo della 'conoscenza storica' e, quindi, della 'valutazione del fatto' e, insieme, individuato nel canone di tale conoscenza il presupposto fondamentale del 'relativismo storico' del diritto, sicché la storia ed il diritto sono entrambi prodotti dall'uomo, il quale traduce in 'fatti', anche giuridici, le sue aspirazioni ed i suoi bisogni, che perciò

metodologico, dal punto di vista dello storico del diritto pubblico, era quello di vedere se fosse possibile una trattazione storico-costituzionale dell'esperienza giuridica romana elaborata in termini sistematici, coma farà poi Mommsen, che si conciliasse con quella visione storica, che implicava l'idea di svolgimento, che era stata propria del Niebuhr e poi, con i correttivi prima illustrati, dello stesso Rubino[26].

L'opera del Rubino può essere vista allora non tanto come il momento di passaggio dalle Antichità statali dell'antiquaristica settecentesca e niebuhriana (*Staatsaltertümer*) alla dommatica giuridica mommseniana (*Staatsrecht*), quanto piuttosto come la prima presa d'atto che la storia costituzionale romana (*Verfassungsgeschichte*) dovesse essere il frutto non di una separazione delle prime dalla seconda, ma di una combinazione tra di esse che riuscisse a conciliare la dommatica del diritto pubblico e le antichità della costituzione storico-politica[27], e che costituisce il «codice genetico»[28] del moderno insegnamento della storia del diritto romano[29].

Solamente nell'ambito di siffatto modo di intendere la storia costituzionale romana preconizzato dal Rubino si può dunque cercare di dare risposte ai diversi problemi che furono posti nell'Ottocento dalla cultura antichistica e che, spesso non risolti in maniera definitiva dal Mommsen, sono vivi ancor oggi.

E ciò, più in generale, sulla scorta di un senso della storicità della realtà giuridica recuperato e teorizzato dal Rubino a fronte dell'utilizzo di un criterio dommatico con il quale occorreva procedere con grande cautela al fine di evitare non pochi iati artificiali e, perciò, irreali tra il diritto e la vita reale.

Pertanto, nell'ottica di tale autore, i dogmi giuridici avrebbero potuto acquistare significato solamente quando, ben lungi dall'essere prospettati come assoluti ed immutabili, se ne fosse compresa ed illuminata l'intrinseca storicità, sicché la dogmatica

---

devono trovare rispondenza negli istituti giuridici che li recepiscono, sicché non vi è allora chi non veda come l'evoluzione, insieme alla causalità ed alla concatenazione, fosse uno dei pilastri del pensiero vichiano e quanto questa concezione evolutiva della storia e del diritto, che necessita perciò della contestualizzazione e della storicizzazione del fenomeno giuridico, avesse influenzato il Bonfante nella prospettazione di un metodo evoluzionistico anche per gli istituti giuridici.

[26] Sul punto v., limitatamente, R. BASILE, *Influssi vichiani*, cit., p. 586, nt. 150. Cfr. S. MAZZARINO, *Il mutamento delle idee sull'«antichità» classica*, cit., p. 169 s.

[27] In questo senso v., brevemente, anche A. MOMIGLIANO, *Recensione di E. Meyer, Römischer Staat und Staatsgedanke, Zürich, 1948* [1949], in ID., *Contributo alla storia degli studi classici*, Roma, 1979, p. 399 e, più recentemente, M.W. HEBEISEN, *Recht und Staat als Objektivationen des Geistes in der Geschichte. Eine Grundlegung von Jurisprudenz und Staatslehre als Geisteswissenschaften*, I, Biel, 2004, p. 62.

[28] Così si esprime il CASAVOLA, *Storia del diritto romano come insegnamento e come genere letterario*, in *Index*, 1995 (XXIII), p. 341.

[29] In argomento v. i contributi apparsi in *Index*, 1995 (XXIII): A. SCHIAVONE, *Premessa*, pp. 327 ss.; A. BURDESE, *Sull'insegnamento della Storia del diritto romano*, p. 331 ss.; F.P. CASAVOLA, *Storia del diritto romano*, cit., pp. 341 ss.; M. BRETONE, *La storia del diritto romano e la romanistica come storia*, p. 347 ss.; P. CERAMI, *Una esperienza didattica*, p. 361 ss.; G. CRIFÒ, *Qualche considerazione e una proposta*, p. 365 ss.

pubblicistica avrebbe condotto a «deformare i lineamenti e a violentare lo spirito delle istituzioni, ed a precludersi la possibilità di penetrare la realtà degli ordinamenti primitivi»[30], in relazione ai quali «il Rubino insegnava e mostrava con l'esempio che gli ordinamenti giuridici erano guida migliore della tradizione letteraria sulle origini di Roma»[31].

Anticipando il pensiero del De Francisci[32], il Rubino sostenne quindi con convinzione che il giurista e lo stesso storico del diritto dovessero avere piena coscienza tanto della 'storicità' delle proprie categorie e dei propri concetti quanto della 'relatività' dei propri schemi e, soprattutto, dei propri dogmi, che certamente possono servire come strumenti di lavoro e come punti di riferimento aventi valore euristico, ma che non possono rappresentare una realtà diversa, per epoca ed ambiente, da quella della fase storica nella quale quei canoni e quei modelli si sono venuti formando e costruendo[33]. Si

---

[30] Così P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', Roma, 1959, p. 9, a proposito della comprensione della formazione e dell'evoluzione dell'organizzazione politica della comunità romana nelle fasi arcaica e protostorica.

[31] A. MOMIGLIANO, G.C. *Lewis, Niebuhr e la critica delle fonti* [1952], in ID., *Contributo alla storia degli studi classici*, Roma, 1979, p. 250.

[32] '*Primordia civitatis*', cit., p. 10.

[33] Cfr. P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica* [1923], in *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna. Saggi di Pietro de Francisci e di Emilio Betti. Appendici di Gabrio Lombardi, Giuliano Crifò e Giorgio Luraschi*[2], Como, 1997, p. 11 s., secondo cui «la funzione prima della conoscenza storica – considerata ai fini dell'educazione giuridica – è appunto di costituire un correttivo di visione ed una difesa contro le insidie che si nascondono nella dogmatica. L'indagine storica ... evita così anche il pericolo che la dogmatica abbia a degenerare in un rigido dogmatismo. La storia viene così ad infrangere ... il cerchio che il dogma stringe intorno alle menti, risvegliando lo spirito critico, invitandolo all'analisi dei dati, allargandone l'orizzonte, eccitando nello studioso la coscienza dei limiti e degli scopi della scienza». Ancora, V. ARANGIO-RUIZ, *Gli studi di storia del diritto romano*, in C. ANTONI, R. MATTIOLI (a cura di), *Cinquant'anni di vita intellettuale italiana (1896-1946). Scritti in onore di Benedetto Croce per il suo ottantesimo anniversario*, II, Napoli, 1950, p. 344, secondo il quale «non è dubbio che nell'arte di distinguere e classificare in materia giuridica l'epoca nostra abbia raggiunto un grado di raffinatezza, e vorrei dire di virtuosità, che era ignoto agli antichi; ed è altrettanto chiaro che alle conseguite attitudini non potremmo rinunziare per vedere la materia del *ius civile* e delle leggi romane così come la vedevano Q. Mucio Scevola e Masurio Sabino. Ma non si tratta di persuadere i romanisti a siffate rinuncie, bensì d'incitarli a un più delicato impiego dell'acquisita tecnica, in guisa da distinguere e classificare con altrettanta perfezione una fenomenologia giuridica tutta diversa da quella sulla quale la dogmatica moderna si è costruita». E, infine, R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*[2], Torino, 1963, pp. 423-425, secondo cui «il linguaggio, i concetti e pure gli schemi dommatici e le sistemazioni, attraverso cui ci è consentito di cogliere ed esprimere il dato, non potranno mai essere quelli medesimi dell'esperienza che stiamo studiando, ma dovranno essere inevitabilmente schemi concettuali del nostro presente. Solo questi infatti ci potranno permettere di accertare il dato, inquadrarlo, elaborarlo, possederlo, riportando e rapportando l'esperienza passata alla nostra esperienza, senza di che non potremmo neppur dire di esserci avvicinati alla sua conoscenza, anzi di avere elementi per conoscerla ... La questione ... va posta dunque essenzialmente come un problema di consapevolezza, che deve dominare in ugual misura entrambi gli indirizzi: in quello dommatico, consapevolezza della necessità di tenersi sempre sull'avviso circa i limiti e i pericoli che sono insiti nell'impiego di questi schemi del presente; in quello storico, consapevolezza della necessità di

pensi, in tal senso, alla configurazione della *lex publica* da parte del Rubino[34] come atto «che muove da un originario significato di legame, vincolo, per affermare quel valore contrattuale che è espresso dalla definizione di Pap. 1 *defin*. D. 1.3.1 (*communis rei publicae sponsio*)»[35] e, in stretta correlazione a questa impostazione, l'accostamento tra il *populus* e la *plebs*, che verrà poi mutuato dall'Herzog nella *Geschichte und System der römischen Staatsverfassung*[36] individuando da un lato magistrature e senato e dall'altro popolo e tribunato, pur senza giungere ad ammettere l'esistenza di un contropotere organizzato accanto alla costituzione ufficiale dello Stato[37].

Con la conseguenza che non è più tempo di interrogarsi scientificamente del perché per lungo tempo i giuristi si siano serviti della storia politica per interpretare le ragioni ed il significato dei provvedimenti normativi e, al contrario, gli storici si siano serviti di questi ultimi per illuminare gli avvenimenti politici[38], sicché, venuta meno la contrapposizione tra storia pura e storia giuridica e perciò la stessa utilità terminologica di espressioni come «diritto pubblico romano» (*Staatsrecht*) o «storia costituzionale romana» (*Verfassungsgeschichte*)[39], il problema è semmai quello di superare le difficoltà che spesso insorgono dall'abolizione rubiniana dei compartimenti stagni.

Se, infatti, come bene è stato sottolineato dal Momigliano[40], si mettono insieme religione, economia, politica e diritto, aumenta la probabilità che gli errori si moltiplichino, con la nefasta e non infrequente possibilità che un'errata interpretazione

---

acquistare precisa coscienza che si tratta pur sempre di schemi nostri e che il loro impiego non solo è imprescindibile, ma pur con le dovute cautele, indispensabile e utile; nell'uno e nell'altro, consapevolezza che i nostri schemi concettuali e il nostro linguaggio, nel momento in cui li usiamo ad esprimere e inquadrare un'esperienza del passato – sovrapponendoli perciò in qualche modo al dato storico di cui si persegue la conoscenza – non si incorporino e immedesimino col dato stesso e ne alterino la portata genuina. Nell'impiego imprescindibile dei nostri schemi concettuali è infatti sempre insito il pericolo di operare una trasposizione di cose significate e di concetti dall'esperienza del presente a quella del passato, che rischia di rendere non solo deforme, ma pure inutile la nostra ricostruzione».

[34] *Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte*, I, *Ueber den Entwickelungsgang der römischen Verfassung bis zum Höhepunkte der Republik*, Cassel, 1839, pp. 254, 351 ss. e 360 s.

[35] Così R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *Ann. Sem. giur. Univ.Palermo*, 1967 (XXX), p. 295, nt. 14, che sottolinea come questa interpretazione del Rubino sia «ancora oggi prevalente». In argomento v., limitatamente, C. CASCIONE, *'Lege agere' e 'poena capitis': qualche spunto ricostruttivo*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di Mario Talamanca*, I, Napoli, 2001, p. 529, e nt. 64 e, più recentemente ed ampiamente, P. ŚWIĘCICKA, *Il "consensualismo della legge" nel pensiero dei giuristi romani del III secolo d.C. e nella riflessione dei giuristi contemporanei: paradosso o necessità razionale?*, in *Leg. Root.*, 2016 (V), p. 121 ss. (*ivi* ampia letteratura citata).

[36] Pubblicata a Leipzig in due volumi, il primo nel 1884 ed il secondo nel 1891.

[37] Y. THOMAS, *Mommsen et l''Isolierung' du droit (Rome, l'Allemagne et l'État)*, Paris, 1984, p. 14, e nt. 53 e R.B. BRUNO SIOLA, *Joseph Rubino*, cit., p. 215 s.

[38] A. MOMIGLIANO, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, cit., p. 21.

[39] A. MOMIGLIANO, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, cit., p. 24 s.

[40] *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, cit., p. 26.

dei fatti economici, sociali, politici o religiosi può facilmente stare alla base di una erronea interpretazione dei fatti giuridici, e viceversa.

Per evitare questo inconveniente[41], secondo il Rubino, una via che può essere utilmente percorsa è quella filologica, con la necessità però di ritenere – al contrario di quanto aveva fatto il Niebuhr – più affidanti le testimonianze di tipo antiquario. E ciò, perché, per il Rubino, «la noticias de orden constitucional se habrían fijado más fielmente en la tradición literaria que las de naturaleza exclusivamente histórica por estar ligadas a estructuras institucionales de la ciudad y, por tanto, remoradas continuamente por el ejercicio ininterrumpido de las tareas de gobierno (así como por el propio conservadurismo de tales estructuras, añadiría yo)»[42].

Pertanto, la critica delle fonti, tanto giuridiche quanto letterarie, deve essere condotta sempre tenendo conto di quelle antiquarie, in modo tale che la filologia non sia una mera e spesso inutile «scienza della lingua», bensì una «scienza delle cose», e conseguentemente lo storico del diritto non sia un semplice «filologo linguista», bensì un «filologo delle cose»[43].

Ecco allora che filologia e riflessione tecnico-giuridica, che si erano mosse fino a quel momento lungo un binario parallelo[44], si incontrano per la prima volta, consentendo al Rubino di avere una visione del diritto pubblico romano come fenomeno storico e, insieme, costituzionale[45], da indagare alla luce di quel connubio tra filologia e scienza giuridica che gli appariva fecondo al fine di rinvenire concetti ed istituti perduti.

---

[41] Sul quale v. V. ARANGIO-RUIZ, *Scienza romanistica e storia dell'antichità. Spunti per una discussione*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Firenze, 1966, p. 3 e, in seguito, G. CRIFÒ, *I giuristi e il mondo antico* [1993], in ID., *Materiali di storiografia romanistica*, Torino, 1998, p. 196.

[42] J.A. DELGADO DELGADO, *La instauración de la República y la reorganización de los sacerdocios romanos*, in J. MARTÍNEZ PINNA (coordinatore), *'Initia rerum'. Sobre el concepto del origen en el mundo antiguo*, Málaga, 2006, p. 189.

[43] G. VALERA, *La «Römische Geschichte» di B.G. Niebuhr e il dibattito sulla filologia*, in A. STORCHI MARINO (a cura di), *L'incidenza dell'antico. Studi in memoria di Ettore Lepore*, I, Napoli, 1995, p. 104 ss.

[44] M. BRETONE, *La storia del diritto romano fra scienza giuridica e antichistica*, in *Iura*, 1988 (XXXIX) p. 1 e *Diritto e tempo nella tradizione europea*^{2}, Bari, 2001, pp. 132 s. In argomento v. anche le belle pagine del PARADISI, *Il problema della storia del diritto nel contesto della storiografia contemporanea*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Firenze, 1966, pp. XVII s. e XXIV e *Storia del diritto e filologia* [1972], in ID., *Apologia della storia giuridica*, Bologna, 1973, p. 425 ss. Cfr., inoltre, G. CRIFÒ, *Una lunga vicenda di storiografia giuridica*, in ID., *Materiali di storiografia romanistica*, Torino, 1998, p. 24 ss. e C. VANO, *«Il nostro autentico Gaio». Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli, 2000, pp. 53 ss. e, specialmente, 82 ss.

[45] Utile, in questo senso, è la riflessione di M. STOLLEIS, *Gibt es eine Historische Schule im öffentlichen Recht? Zur Lage der deutschen Staatsrechtslehre zwischen 1806 und 1830*, in *Index*, 1991 (XIX), p. 121 ss. Più recentemente v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, *Dalla crisi dello 'ius commune' alle codificazioni moderne. Lezioni*, Torino, 2003, p. 164 s.

E, invero, come è stato sottolineato dal Licandro[46], «il profilo dell'utilizzazione delle fonti, la determinazione di privilegiare quelle c.d. tecniche a scapito del restante patrimonio documentario a nostra disposizione, rappresenta ancora oggi un segmento del dibattito culturale che attraversa i nostri studi. Potremmo in qualche misura dire che si confrontano ancora due diverse, e a mio giudizio infondatamente, opposte visioni certamente affinate e modificate nei loro presupposti, che hanno prodotto due polarizzazioni estreme, le quali, per semplificare, possono considerarsi l'una rappresentata da Arnaldo Momigliano, secondo il quale occorrerebbe riconoscere la fine della storia del diritto come branca autonoma della ricerca storica, e l'altra interpretata invece da Pietro Bonfante che, nella prefazione del suo *Corso di Diritto romano*, dichiarava appunto di non aver inteso allontanarsi essenzialmente dal metodo pandettistico, per evitare il rischio di abbassare l'esposizione del diritto romano alla stregua dell'esposizione del diritto greco o egizio o assiro-babilonese e sostituire definitivamente il metodo filologico al metodo giuridico. Osservazioni improprie da un lato, ed eccessive semplificazioni dall'altro. Il fatto è che occorrerebbe coniugare intimamente i due metodi, perché quello filologico non si riduca mai a puro esercizio di arida tecnica, ma si ponga come strumento di ricerca per pervenire a soluzioni anche per i temi più complessi ed intricati, in cui il dato giuridico infine deve essere sempre calato in una ricostruzione storica generale».

Se, quindi, tra le grandi intuizioni del Rubino vi è certamente quella – ripresa in seguito come prezioso insegnamento dall'Eisele in ambito processuale nelle *Abhandlungen zum römischen Civilprocess*[47] sulla scorta della convinzione, mutuata appunto dal Rubino, che la filologia, coniugata alla riflessione tecnico-giuridica, avrebbe consentito di avere una visione completa ed esaustiva dell'esperienza processuale romana nelle varie epoche della sua storia – di utilizzare la filologia come strumento di elezione per raccordare storia e diritto, ne consegue l'implicita ammissione della possibilità di conciliare, per questa via, anche quello che, come già si è accennato, sembrava inconciliabile, e cioè la mera narrazione delle vicende propugnata dal Niebuhr e la sistemazione concettuale dommatica del Mommsen, il quale – ed è questo un altro suo preciso debito nei confronti del Rubino – maturò la convinzione che solo dall'incontro e dalla sintesi tra storia e filologia sarebbe potuta nascere la vera e grande opera storica e si sarebbe potuto così rifondare l'*Altertumswissenschaft*, intesa come scienza dell'antichità nella quale la critica storica diventava in primo luogo critica delle fonti[48].

---

[46] *La trattatistica di diritto pubblico romano*, cit., p. 51 s.

[47] Freiburg im Breisgau 1889.

[48] Sul punto v. la magistrale sintesi del MAZZA, *«Das Rasiermesser»: filologia e storia in Theodor Mommsen* [2007], in ID., *Due Maestri. Storia e filologia in Theodor Mommsen e Santo Mazzarino. Saggi*, Acireale-Roma, 2010, p. 97 ss., che, occupandosi dello strettissimo ed indissolubile rapporto tra analisi filologica e ricostruzione storica, a ragione giudica superata e del tutto non corrispondente alla verità l'immagine vulgata del grande Maestro tedesco come 'positivista', dovendosi così ribadire la profonda storicità di opere,

E – si badi bene – si tratta di un grande merito per uno studioso, come il Rubino, che era uno storico ed un filologo, e non certo un giurista[49], e che pure intuì, per primo e quindi ancor prima del Mommsen[50], che, se il giurista poteva imparare dal filologo, non vi era più dubbio che anche il filologo potesse imparare dal giurista.

In questa visione, compito dello storico del diritto pubblico romano non è quindi quello di descrivere l'ordinamento giuridico romano, presentando un quadro ricco di particolari spesso insignificanti e di fatterelli che in sé presi nulla di rilevante apportano alla ricostruzione complessiva delle strutture costituzionali romane, come fino a quel momento si era fatto dai predecessori del Niebuhr e da quest'ultimo, giacché siffatto *modus procedendi* rischia inevitabilmente di snaturare o, comunque, di far perdere di vista l'intrinseca pregnanza giuridica delle istituzioni pubblicistiche romane. Ma, in maniera perfettamente speculare, lo storico del diritto non può limitarsi ad una sistemazione concettuale di queste ultime che finisca per sconfinare e spesso per risolversi nella dommatica giuridica, alla maniera di Mommsen[51].

4. Ed è proprio quello del rapporto tra quest'ultimo e Rubino che costituisce uno dei pochissimi temi che, come si è ricordato all'inizio, ha interessato la dottrina più recente che si è occupata della storiografia ottocentesca a cavallo tra Niebuhr e, appunto, Mommsen.

---

pur sistematiche, come lo *Staatsrecht* e lo *Strafrecht*, nelle quali non vi è affatto contrapposizione tra diritto e storia, ma, al contrario, l'affermazione della necessità metodologica di una storia 'integrale', cioè in tutti i suoi aspetti, del mondo romano. Ed è questa l'*humus* feconda da cui nasce il genio di Mommsen, la cui formazione si svolse in larga parte all'interno dello storicismo, e non solo giuridico, tedesco, che aveva i suoi massimi esponenti in Niebuhr, Savigny, Boechk, Waitz, Jahn, Hanssen, Burchardi, Osenbrüggen e Droysen.

[49] Secondo l'ORMANNI, *Il «regolamento interno» del senato romano*, cit., p. 32 s., sarebbe stata la stessa mancanza nell'esperienza giuridica classica di un patrimonio di concettualizzazioni e classificazioni in tema di diritto pubblico pari a quello che essa ci tramanda per il diritto privato a contribuire in maniera decisiva al passaggio della problematica sulla storia dell'ordinamento costituzionale romano nella koiné dei filologi e degli storici politici. Solo così si spiega infatti come nella prima metà dell'Ottocento gli scritti sul diritto pubblico romano siano, al contrario dei lavori sulla storia del diritto privato, opera pressoché esclusiva di filologi che si occupano di problemi giuridici, anziché di giuristi educati al metodo filologico. Con la duplice conseguenza che la considerazione del momento politico predomina spesso su quella degli aspetti giuridici, che diventano così una sorta di mera funzione logica della storia generale, e che la sistemazione dei problemi di storia del diritto pubblico nelle categorie dommatiche elaborate dalla scienza giuridica privatistica resta oltre la metà del secolo un'esigenza del tutto estranea agli interessi della storiografia sull'ordinamento giuridico romano.

[50] Come invece ritiene il BRETONE, *Il diritto romano fra «storia dei dogmi» e storia sociale*, in *Sociol. dir.*, 1982, (IX.III), p. 186 s., secondo cui «la civilistica influenza, nella seconda metà dell'Ottocento, anche la ricostruzione del 'diritto pubblico', orientandola in senso sistematico: gli 'Altertümer' e le *antiquitates* cedono il passo al 'rigoroso schematismo' dello *Staatsrecht* mommseniano».

[51] Cfr. A. MANTELLO, *Futuro del passato o futuro attraverso il passato?*, in *Labeo*, 1988 (XXXIV), p. 227 ss. [poi in *Ann. Fac. Giur. Univ. Macerata*, 1989 (II), p. 988 ss.].

Come è noto, con la pubblicazione dello *Staatsrecht* si verifica il passaggio delle istituzioni pubblicistiche romane in una dimensione tecnico-giuridica che è la caratteristica più saliente della ricostruzione e del sistema mommseniani. La novità metodologica del Mommsen consistette infatti nell'interpretazione delle istituzioni costituzionali romane alla luce delle categorie giuridiche, adoperate con grande competenza e raffinatezza. La rottura con il metodo antiquaristico del Niebuhr si riassume quindi in una scelta di metodo per la descrizione delle istituzioni dell'ordinamento giuridico romano, che vengono private della loro reale e contingente storicità proprio nel momento in cui le si innalza al rango di categorie logico-dommatiche.

In realtà, come altrove ho già avuto modo di precisare[52], mi sembra innegabile che, in realtà, siamo di fronte ad una generalizzazione 'astorica' dell'opera mommseniana che non convince pienamente, non foss'altro perché il grande maestro tedesco si rese perfettamente conto che, portato alle estreme conseguenze, l'inquadramento dommatico del diritto pubblico romano e la sua valutazione in termini non giuridici avrebbero portato inevitabilmente a delle insormontabili aporie.

Per evitare ciò non restava che rifarsi, laddove fosse necessario, alla metodologia, propugnata dal Rubino, tesa al recupero delle istituzioni di Roma, soprattutto quelle arcaiche, attraverso le loro sopravvivenze, in quanto ritenute dati più sicuri ed attendibili di quelli relativi agli accadimenti[53] e, tra questi, in special modo gli avvenimenti politici e militari[54].

Ecco allora che la già ricordata visione di quest'ultimo circa la soccombenza dell'*auctoritas* senatoria nei confronti dell'*imperium* magistratuale[55], con il conseguente svolgimento da parte del senato di una mera funzione consultiva, è ripresa e generalizzata dal Mommsen per tutte le epoche storiche nel senso appunto dell'assoluta preminenza del 'potere esecutivo', di volta in volta il *rex*, i magistrati ed il *princeps*, sul senato grazie all'*imperium* di cui essi sono titolari[56].

---

[52] *Theodor Mommsen nel giudizio dei moderni*, in A. PALMA (a cura di), *'Civitas et civilitas'. Studi in onore di Francesco Guizzi*, I, Torino, 2013, p. 30 ss.

[53] Sul punto v. E. GABBA, *La «Storia di Roma» di Ruggero Bonghi* [1988], in ID., *Cultura classica e storiografia moderna*, Bologna, 1995, p. 167.

[54] Così A. MOMIGLIANO, *Rapporto provvisorio sulle origini di Roma (1962)* [1963], in ID., *Storia e storiografia antica*, Bologna, 1987, p. 181.

[55] Sulle suggestioni e sull'influenza esercitate sul Willems e sul Leifer, in ordine al problema della responsabilità dei magistrati romani, dalla teorizzazione della supremazia magistratuale e dalla centralità della magistratura nel sistema romano statale operata dal Rubino v. O. LICANDRO, *'In magistratu damnari'. Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle funzioni*, Torino, 1999, p. 13, e ntt. 27 e 33.

[56] Scrive, in proposito, il LICANDRO, *La trattatistica di diritto pubblico romano*, cit., p. 47: «Dedicandosi ben presto, pur nella febbrile attività di giurista, storico, epigrafista, filologo, alla grande impresa dello *Staatsrecht* e dunque più specificamente al diritto pubblico romano, nel rapporto tra *Populus* e Stato, tra

Nella prospettazione di siffatta generalizzazione, tuttavia, il precario equilibrio esistente fra la dimensione storica e quella dommatica si rompe a favore della prima, nel senso che, accanto agli aspetti giuridici, si rinvengono a piene mani anche quelli sociali, politici e, *lato sensu*, metagiuridici. L'intera età repubblicana non viene vista allora in una dimensione astorica e logico-dommatica, bensì come esperienza giuridica storicamente individuata.

E – a ben vedere – non poteva essere diversamente, dal momento che il conflitto tra l'*imperium* magistratuale e l'*auctoritas patrum* – che è alla base della ricostruzione del Mommsen[57] – comportava in maniera necessitata una commistione tra mere situazioni e pretese di carattere politico ed il profilo tecnico-giuridico degli istituti di volta in volta esaminati[58]. Ciò che ha indotto il Mommsen, da un lato, a tenere fuori dalla sua sistematica dommatico-giuridica l'*auctoritas* proprio in quanto questa costituiva il risvolto esclusivamente politico del governo senatorio, ma, dall'altro, lo ha spinto a configurarla come il reale fondamento del 'Senatsregiment', in quanto, seppure 'di fatto', consentì al senato repubblicano di tenere ben salde le redini dello stato romano, controllando le deliberazioni senatorie comiziali[59] ed imponendo i suoi *consulta* ai magistrati[60].

Populus e *Magistratus*, Mommsen individuava, e così fissava, quel cardine necessario per assegnare un'impronta liberale all'assetto dello Stato romano e alla sua costituzione. Avremo modo di constatare quale peso, nella sua ricostruzione della costituzione romana, abbia avuto l'affermazione dell'assoluta preminenza costituzionale del magistrato, che in quanto rappresentante del popolo incarnava l'autorità dello Stato. Dietro l'evidente influsso hegeliano, Mommsen riduceva dunque la concreta pluralità dei cittadini alla astratta unità dello 'Staat' e il potere di quelli al potere di questo». Cfr. P. CATALANO, *'Populus Romanus Quirites'*, Torino, 1974, p. 44 e H. KLOFT, *Verantwortung und Rechenschaftspflicht. Überlegungen zu Mommsens Staatsrecht*, in P. KNEISSL, V. LOSEMANN (a cura di), *'Imperium Romanum'. Studien zu Geschichte und Rezeption. Festschrift für Karl Christ zum 75. Geburtstag*, Stuttgart, 1998, p. 410 ss. E, soprattutto, C. LANZA, *Lo studio del diritto pubblico romano nel XX secolo: evoluzionismo, sovranità, effettività*, in *Dir. rom. att.*, 1999 (II), p. 85, scondo cui «Mommsen non predica in un organo dello Stato la sovranità, non è assillato dal problema della caccia a un organo supremo», sicché «se si crede che dietro il magistrato ci sia il nulla, la costruzione di Mommsen non si frantuma, ma acquista il difetto che additavo: non distinguere fra sovranità ed esercizio del potere, e – soprattutto – comunicare all'uno le caratteristiche dell'altra … È Mommsen a creare, involontariamente, per gli storici successivi "errate premesse". E queste agiscono proprio quando si pensa di conseguire un progresso svelando l'inganno della sovranità del popolo-Stato … i romanisti, facendo salvi certi postulati mommseniani, hanno spesso commisurato la ricerca a una caccia al detentore del potere, vestendola dei panni teorici della aderenza alla "realtà". Operando in tal modo, però, il giuridico tende a perdere la propria specificità, a ridursi a politica» (p. 87).

[57] *Römisches Staastrecht*[3], III.2, Leipzig, 1888, p. 1022 ss.

[58] Sul punto v. anche F. BEHNE, *Heinrich Siber und das «Römisches Staatsrecht» von Theodor Mommsen. Ein Beitrag zur Rezeptionsgeschichte Mommsens im 20. Jahrhundert*, Hildesheim-Zürich-New York, 1999, p. 120 ss.

[59] *Römisches Staastrecht* III.2, cit., pp. 1037 ss. e spec. 1037, nt. 2, con citazione di fonti ed in polemica con il Willems.

[60] *Römisches Staastrecht* III.2, cit., p. 1027 ss.

E, a completamento di quanto ora evidenziato, va ricordato che il Mommsen fece propria, arricchendola con un'analisi rigorosa della tradizione letteraria ed epigrafica[61], anche l'opinione del Rubino – criticata dal Walter, accolta in parte dal Lange, dal Täubler, dal Siber e dal Lintott e condivisa *in toto* dal Karlowa[62], indice, questa diversità di posizioni, della necessità di dare una soluzione agli ancora oggi irrisolti problemi relativi alla delimitazione ed alla sovrapposizione delle competenze dei magistrati, del senato e del popolo in materia di politica estera e, a ben vedere, all'applicabilità del concetto stesso di 'competenza' all'ordinamento costituzionale romano – secondo la quale i trattati conclusi da Roma con l'estero vincolavano la comunità romana solamente se avessero ricevuto, sullo sfondo di una crescente 'democratizzazione' della comunità politica romana, un *iussus populi* (proveniente però dai *concilia plebis* e non dai *comitia curiata*, *centuriata* e *tributa*), configurandosi tutto ciò come il frutto di un'evoluzione storica avviatasi nel IV sec. a.C. e venuta meno gradualmente a partire dall'epoca di Silla, a partire dalla quale riprese vigore la prassi della prima età repubblicana, sicché il senato tornò a decidere autonomamente in materia di relazioni esterne essendo stati abrogati i plebisciti che in precedenza ne limitavani i poteri[63].

Non vi è chi non veda allora l'influenza esercitata dal Rubino nell'indurre il Mommsen a tenere ben presente la dimensione storica sottostante a quella dommatica, ciò che risulta ancora con maggiore evidenza dalle numerose 'competenze di fatto', passate in rassegna nello *Staatsrecht*[64], che spettarono ai *patres* fino agli inizi del Principato e che solo a prima vista, in questo caso quella 'tecnico-giuridica', possono sembrare come delle aporie nel quadro dell'ordinamento repubblicano.

Peraltro, che il ritenere assente nella ricostruzione mommseniana la prospettiva storico-politica non sia perfettamente rispondente al vero è già affermazione che troviamo nel De Ruggiero[65], come del resto la dottrina più accorta[66] ha messo in luce altri indiscutibili debiti del Mommsen e della dottrina successiva nei confronti del Rubino.

---

[61] A. ZACK, *Forschungen über die rechtlichen Grundlagen der römischen Außenbeziehungen während der Republik bis zum Beginn des Prinzipats. IX. Teil: Die Beteiligung des «populus Romanus» beim Abschluss von Verträgen Roms mit der Außenwelt – die Systematik und die Etappen ihrer historischen Entwicklung*, in *Gött. For. Altertumswiss.*, 2017 (XX), p. 48 ss.

[62] Sulle opinioni di tutti questi autori v. A. ZACK, *Forschungen über die rechtlichen Grundlagen der römischen Außenbeziehungen*, cit., pp. 47 s., 51 ss., 55 s. e 60.

[63] A. ZACK, *Forschungen über die rechtlichen Grundlagen der römischen Außenbeziehungen*, cit., pp. 43 e 45 ss.

[64] III.2, cit., p. 1037 ss.

[65] *Studi sul diritto pubblico romano*, cit., pp. 31 e 131.

[66] K.J. NEUMANN, *Entwicklung und Aufgaben der alten Geschichte*, Strassburg, 1910, p. 14 s.; A. HEUSS, *Theodor Mommsen und das 19. Jahrhundert*, Kiel, 1956, pp. 23, 42 e 50; J. BLEICKEN, *'Lex publica'. Gesetz und Recht in der römischen Republik*, Berlin-New York, 1975, p. 12; K. CHRIST, *Römische Geschichte und deutsche Geschichtswissenschaft*, München, 1982, p. 43, nt. 42; Y. THOMAS, *Mommsen*, cit., p. 14 s., e ntt. 52-53 e 36, nt. 131; R.B. BRUNO SIOLA, *Joseph Rubino*, cit., p. 199 ss., che tra gli estimatori del Rubino ricorda anche

Così, si è appurato[67] come sia stato proprio quest'ultimo ad introdurre quelle nozioni di *imperium* civile e di *imperium* militare che in seguito furono individuate come *imperium domi* ed *imperium militiae* dal Mommsen.

Ma soprattutto si è acclarata[68] in maniera incontestabile la profonda influenza esercitata dal Rubino nei confronti del pensiero pubblicistico del Betti, il quale, nel 1913[69], dopo avere messo in risalto i legami che univano Mommsen a Rubino, individuava in quest'ultimo – riprendendo così il lusinghiero giudizio già in precedenza espresso dal Neumann[70] – «il vero fondatore della moderna scienza del diritto pubblico romano» ed «il precursore necessario del sistema Mommseniano, che in fondo non fa se non elaborarne i concetti», e però concludeva sconsolatamente che il suo libro era «disgraziatamente rimasto incompleto» e, soprattutto, «sconosciuto quasi a tutti oggi in Italia».

In questo senso, si può allora pienamente concordare con chi[71] ha ritenuto che il Betti sia, in definitiva, l'unico autore che abbia sottoposto a un'analisi generale ed accurata l'opera del Rubino, avendo cura altresì di mettere in evidenza il modo in cui alcuni temi siano stati di volta in volta ripresi o abbandonati dall'elaborazione mommseniana.

E si tratta di aspetti ed istituti[72] che, alla luce del filtro bettiano[73], mostrano l'opportunità, se non la necessità, di riprendere in esame l'opera del Rubino non solo per

---

Zumpt, Herzog e Taübler e, in seguito, Momigliano e Tondo (p. 200, nt. 25); A. GIOVANNINI, *De Niebuhr à Mommsen*, cit., p. 173 s.; G. CRIFÒ, *Precisioni su «La crisi della Repubblica e la genesi del Principato» di Emilio Betti* [1986], in ID., *Materiali di storiografia romanistica*, Torino, 1998, p. 132; P.P. ONIDA, *Rappresentanza e/o partecipazione. Formazione della volontà «per» o/e «per mezzo di» altri. Nei rapporti individuali e collettivi, di diritto privato e pubblico, romano e positivo*, in *Diritto@Storia*, 2016 (XV.XIV), pp. 16 e 40, nt. 67.

[67] A. GIOVANNINI, *De Niebuhr à Mommsen*, cit., p. 172.

[68] R.B. BRUNO SIOLA, *Joseph Rubino*, cit., p. 201 ss. e, più recentemente e limitatamente, R. BASILE, *Influssi vichiani*, cit., p. 586, nt. 150.

[69] *La crisi della Repubblica e la genesi del Principato in Roma*, Roma, 1982, p. 158, nt. 50. Come è noto, tale opera costituisce la riedizione, a cura di Giuliano Crifò, nella sua integrità – a distanza di settant'anni dalla sua originaria pubblicazione – della dissertazione di laurea del Betti.

[70] *Entwicklung und Aufgaben der alten Geschichte*, cit., p. 61.

[71] R.B. BRUNO SIOLA, *Joseph Rubino*, cit., p. 206.

[72] Si pensi, ad esempio, per l'età repubblicana, alla rivoluzione sillana, al rapporto tra plebe e patriziato come contrapposizione tra due sistemi costituzionali autonomamente organizzati e coesistenti l'uno accanto all'altro, alla fondamentale identità di carattere ed alla continuità storica fra *imperium regium* ed *imperium consulare*, all'ingerenza del *populus* negli affari di guerra ed a quella del senato in materia finanziaria, al significato dell'*intercessio* tribunizia e magistratuale e, infine, alla concezione della *lex* come strumento finalizzato in origine a rafforzare l'*imperium* e successivamente a vincolare l'*imperium* medesimo: R.B. BRUNO SIOLA, *Joseph Rubino*, cit., p. 211 ss. Cfr. G. CRIFÒ, *Cesare e Augusto* [1989], in ID., *Materiali di storiografia romanistica*, Torino, 1998, p. 249.

[73] A questo proposito, si potrà allora notare come il Betti sia stato propugnatore di una visione dommatica dell'esperienza giuridica romana solamente in riferimento al diritto privato, e non anche al diritto pubblico, ciò che si evince dalla semplice lettura del suo *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Arch.*

verificare ancora una volta in che limiti siano stati ripresi dal Mommsen[74], ma anche, e soprattutto, per verificare quanto delle sue intuizioni possa ancora oggi apparire valido[75].

---

giur., 1928 (XCIX), p. 129 ss. e 1928 (C), p. 26 ss. Cfr. G. LURASCHI, *Emilio Betti e la crisi della costituzione repubblicana* [1988], in *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna. Appendici di Gabrio Lombardi, Giuliano Crifò e Giorgio Luraschi*[2], Como, 1997, p. 193 ss. E, prendendo le mosse da tale assunto, potrà riprendere vigore ancora una volta il dibattutissimo e mai sopito problema del rapporto fra storia del diritto e dommatica giuridica: sul punto v., senza pretesa di esaustività, E. BETTI, *Questioni di metodo* [1933], in *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna. Appendici di Gabrio Lombardi, Giuliano Crifò e Giorgio Luraschi*[2], Como, 1997, p. 105 ss.; B. BIONDI, *Prospettive romanistiche* [1933], in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1965, p. 231 ss.; L. DE SARLO, *Indirizzi, metodi e tendenze della moderna scienza del diritto romano (A proposito di una recente polemica)*, in *Arch. giur.*, 1934 (CXI), p. 99 ss.; P. DE FRANCISCI, *Questioni di metodo* [1936], in *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna. Appendici di Gabrio Lombardi, Giuliano Crifò e Giorgio Luraschi*[2], Como, 1997, p. 85 ss.; G. CASSANDRO, *Metodologia storica e storia giuridica*, Bari, 1949, p. 41 ss.; F. CASAVOLA, *Storiografia o dogmatica?* [1956], in ID., *'Sententia legum'. Tra mondo antico e moderno*, II, Napoli, 2001, p. 49 ss.; B. PARADISI, *Storia e dogma di fronte alla storiografia giuridica* [1955], in ID., *Apologia della storia giuridica*, Bologna, 1973, p. 259 ss.; L. RAGGI, *Materialismo storico e studio del diritto romano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1955-1956 (VIII), p. 557 ss. (*ivi* ampia letteratura citata nella nt. 1); P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano* [traduzione di A. BISCARDI], Firenze, 1962, p. 451 ss.; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, cit., pp. 244 ss. e 420 ss.; E. BETTI, *Storia e dogmatica del diritto*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Firenze, 1966, p. 105 ss.; B. PARADISI, *Storia del diritto, dommatica e sociologia* [1971], in ID., *Apologia della storia giuridica*, Bologna, 1973, p. 361 ss.; A. SCHIAVONE, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, in *Dem. dir.*, 1973 (XIII.II), p. 65 ss.; ID., *Storiografia e critica del diritto. Per una «archeologia» del diritto privato moderno*, Bari, 1980, p. 119 ss.; M. BRETONE, *Diritto e tempo*, cit., p. 129 ss. E ciò, al fine di accertare, in riferimento al diritto pubblico, tanto l'importanza dell'ausilio che la storia può offrire alla comprensione ed alla ricostruzione del diritto moderno, quanto l'utilità che lo storico può ricavare dai concetti della dommatica contemporanea al fine di interpretare il diritto del passato: in argomento assai utile è la visione dei pregevoli lavori di E.-W. BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimonono. Problematica e modelli dell'epoca* [traduzione di P. SCHIERA], Milano, 1970, *passim*; C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* [traduzione di V. DE CAPRARIIS], Bologna, 1990, *passim*; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Economie antiche e capitalismo moderno. La sfida di Max Weber*, Bari, 1990, *passim*; ID., *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell'800*[2], Roma, 1994, *passim*; G. LOBRANO, *Diritto pubblico romano e costituzionalismi moderni*[2], Sassari, 1994, *passim*; R. GARRÉ, *Fra diritto romano e giustizia popolare. Il ruolo dell'attività giudiziaria nella vita e nell'opera di Johann Jakob Bachofen*, Frankfurt am Main, 1999, *passim*; A. LOVATO, *Diritto romano e scuola storica nell'Ottocento napoletano*, Bari, 1999, *passim*; A. RUFINO, *Diritto e storia. J.J. Bachofen e la cultura giuridica romantica*[2], Napoli, 2002, *passim*; M. PANI, *Il costituzionalismo di Roma antica*, Roma-Bari, 2010, *passim*. Diversi e pregevoli spunti si ricavano inoltre dai numerosi saggi raccolti dal Treves nel volume *Lo studio dell'antichità classica nell'Ottocento*, Milano-Napoli, 1962 e dal Polverini nel volume *Lo studio storico del mondo antico nella cultura italiana dell'Ottocento*, Perugia, 1993. Si potrà così appurare che, pur nella incontestabile diversità delle finalità, dei compiti e dei procedimenti della ricostruzione storica e della costruzione dommatica, ambedue non postulano necessariamente un netto distacco od un procedere parallelo o addirittura un reciproco ignorarsi, ma, al contrario, una piena e reciproca integrazione: sul punto v. le belle pagine del CHECCHINI, *Vecchi e nuovi metodi della storiografia giuridica*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, Padova, 1950, pp. 406 ss., cui *adde* l'ampia letteratura citata dal LURASCHI, *Emilio Betti*, cit., p. 186, nt. 19.

[74] Sul punto v., brevemente, E. GABBA, *Emilio Betti sulla crisi della repubblica e la genesi del principato* [1982], in ID., *Cultura classica e storiografia moderna*, Bologna, 1995, p. 367.

[75] R.B. BRUNO SIOLA, *Joseph Rubino*, cit., p. 224.

A mio avviso, l'eredità più consistente lasciata dal Rubino al Mommsen è però l'avere compreso che l'esperienza giuridica pubblicistica romana può essere pienamente colta solo a condizione che la bontà della costruzione logico-dommatica sia controllata alla luce del sostrato storico, politico e sociale sottostante, con la conseguenza di una piena e necessaria corrispondenza tra la speculazione razionale-giuridica e le concrete manifestazioni del fenomeno giuridico. In altri termini, l'avere impostato per primo il problema della storia del diritto pubblico romano non come mera storia politica, cioè come immobile esposizione di fatti e statica descrizione esteriore di un determinato ordinamento, ma come storia giuridica, cioè come penetrazione nell'intimo meccanismo del suo dinamismo.

E, da qui, cioè dalla consapevolezza che la conoscenza degli avvenimenti di storia 'politica' fosse solo un presupposto per la valutazione delle vicende giuridiche, le quali, avendo i loro propri principii, con quegli avvenimenti non si identificavano, «l'ispirazione felice, di cui va dato il merito principale al Rubino, di desumere dalle viscere stesse degli istituti e dai relitti sopravviventi nelle epoche più tarde l'origine loro e la storia del loro passato»[76]. Ed è allora proprio alla luce di questa convinzione che il Rubino riuscì a risolvere alcune incongruenze relative alla memoria storica della prassi documentale antica interpretando la concezione giuridica degli ultimi due secoli della Repubblica come il riflesso della prassi politica di quel tempo, consolidatasi, tuttavia, nella gestione politica di Roma solamente nella seconda metà del IV sec. a.C., a partire dalla *pax Caudina* del 321 a.C.[77].

Alla luce della già evidenziata influenza esercitata dalle idee e dalla metodologia del Rubino sull'opera mommseniana, merita allora di essere rivisto il giudizio che frequentemente è dato rinvenire in dottrina, anche quella più recente[78], secondo cui lo *Staatsrecht* costituirebbe l'applicazione sistematica al diritto pubblico di quel pandettismo che, nel diritto privato, dominava la scena della seconda metà del XIX secolo[79]. Al contrario, bisogna sottolineare più di quanto sia stato fatto finora l'immanenza dell'esigenza storicistica nel sistema mommseniano[80].

Ciò significa allora che, se per un verso bisogna essere grati al Mommsen giacché senza la sua opera Rubino sarebbe caduto sicuramente in un oblio totale[81], per altro verso

---

[76] P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto* [1917], in ID., *Scritti giuridici vari*, IV, Roma, 1925, p. 55.

[77] A. ZACK, *Forschungen über die rechtlichen Grundlagen der römischen Außenbeziehungen*, cit., p. 45.

[78] Vedila accuratamente citata in F.M. D'IPPOLITO, *Maestri d'Europa*, Napoli, 1999, p. 95, nt. 18, cui *adde* L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo* II, cit., p. 165.

[79] Cfr. F.M. D'IPPOLITO, *Modelli storiografici fra Otto e Novecento*, Napoli, 2007, p. 107 s.

[80] F.M. D'IPPOLITO, *Maestri d'Europa*, cit., p. 96 s. Cfr. G. CRIFÒ, *Due opere di Mommsen*, in ID., *Materiali di storiografia romanistica*, Torino, 1998, p. 170 s.

[81] A. GIOVANNINI, *De Niebuhr à Mommsen*, cit., p. 171.

occorre riconoscere che, se non poche sono le parti dello *Staatsrecht* in cui vengono meno o, comunque, appaiono molto sbiaditi il carattere astorico e la struttura dommatica che connotano questo trattato, ciò è dovuto appunto all'intuizione metodologica rubiniana che pone la storia del diritto romano in una posizione intermedia fra la scienza giuridica e lo studio storico dell'antichità.

Visione, questa, che – come bene è stato sottolineato dal D'Ippolito[82] – è alla base di quella concezione del diritto pubblico romano del De Martino che, volta al superamento (ma non al disconoscimento) della classica posizione mommseniana, appare ai nostri occhi, alla luce di quanto rilevato, anch'essa debitrice, in una maniera che meriterebbe sicuramente di essere oggetto di particolare e proficua indagine storiografica, del modo di intendere la storia del diritto romano da parte del Rubino.

5. In questo senso occorrerebbe allora rivalutare non solo il Rubino, ma anche tutta quella schiera di storico-antiquari – come Huschke, Clausen, Ambrosch, Wachsmuth, Zumpt e Peter – che, sviluppando alcune felici intuizioni del Niebuhr purtroppo non esplicitate a causa dell'incompiutezza delle sue ricerche, si addentrarono «nel campo della costituzione politica, rifacendone la storia o trattandone separatamente qualche parte, ovvero anche pigliando ad esporre intere branche di antichità, come le politiche, le militari, le religiose, le finanziarie», dando luogo a libri «pregevolissimi», che, «benché condotti dal puro punto di vista antiquario, pure han contribuito non poco a preparare il terreno del diritto pubblico»[83].

E, tra questi autori, un posto di primo piano va sicuramente riconosciuto al Göttling[84], il quale, in un «libro, oggi, dimenticato»[85] pubblicato ad Halle nel 1840 dal titolo *Geschichte der römischen Staatsverfassung von Erbauung der Stadt bis zu C. Cäsar's Tod*[86], cioè solo un anno dopo quello del Rubino, nella ricostruzione storico-giuridica della

---

[82] *Maestri d'Europa*, cit., p. 94.

[83] E. DE RUGGIERO, *Studi sul diritto pubblico romano*, cit., p. 126.

[84] Nato a Jena nel 1793 e morto nel 1869 nella stessa città, grecista, latinista, archeologo, biblioteconomo, intellettuale liberale ed in contatto con le altri menti della sua epoca (tra le quali Johann Wolfgang Goethe), studiò a partire dal 1811 nelle Università di Berlino (sotto la guida di Friedrich August Wolf, August Boeckh e Philipp Buttmann) e di Jena, nella quale insegnò Filologia come professore associato di Filologia dal 1822 e come professore ordinario della stessa materia dal 1831, svolgendo anche viaggi di studio in Italia, Sicilia, Grecia ed a Costantinopoli: C. NIPPERDEY, *«Memoria Caroli Goettlingii»*, Jena, 1869, *passim*; C. BURSIAN, *Karl Wilhelm Göttling*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, IX, Leipzig, 1879, p. 487 ss.; J.-L. FERRARY, *La découverte des lois municipales (1755-1903). Une enquête historiographique* [2006], in ID., *Recherches sur les lois comitiales et sur le droit public romain*, Pavia, 2012, p. 310, nt. 74; G. SAMPAOLO, *Il filologo in viaggio: lettere edite ed inedite di Karl Wilhelm Göttling dall'Italia nel 1828*, in S. IRVINE, C. RIVIELLO, P. VACIAGO, R. BIANCHIN (a cura di), *¢gla¦ dîra. Studi miscellanei in onore di Dora Faraci*, Roma, 2025, p. 911 ss. (*ivi* altra letteratura citata).

[85] S. MAZZARINO, *Il mutamento delle idee sull'«antichità» classica*, cit., p. 159, nt. 1.

[86] Il volume fu recensito dall'HERTZBERG in *Neu. krit. Jahr. Deut. Rechtswissen.*, 1842 (I.II), p. 855 s.

costituzione romana dalle origini fino alla morte di Cesare faceva ricorso all'ausilio (ma anche alla critica) delle fonti monumentali e di quelle epigrafiche per ricostruire il concetto ed i limiti di non pochi istituti pubblicistici.

Riprendere in considerazione quest'opera potrebbe perciò essere ancora oggi fecondo di nuovi risultati o, comunque, permetterebbe di vedere sotto una luce diversa problemi ancora irrisolti[87].

Basti pensare, in questa direzione, alla circostanza che l'idea sostenuta dal Göttling, secondo cui – contrariamente a quanto riteneva Niebuhr – i *sex suffragia* di cavalieri, i quali votavano dopo la prima classe, non erano composti di *patricii*, è stata fatta propria, ovviamente con caratteristiche tutte diverse, dal Momigliano nei confronti dell'Alföldi, rivelandosi così, a distanza di centoventi anni dalla sua formulazione, ancora valida e, comunque, utile al fine di ricostruire un importante capitolo della storia del diritto pubblico romano arcaico quale quello del funzionamento dei suoi più risalenti organi assembleari[88] e, tra questi, in particolare, i *comitia centuriata*[89]. Ancora, all'«interessante»[90] ipotesi di un *exilium* più antico che forse sarebbe stato abolito dalle *leges Porciae*[91]. E, infine, all'idea di un'evoluzione storica della pratica di delimitazione del suolo (dal vecchio modello latino-greco a quello più recente di matrice etrusca) ricostruita per l'*ager Romanus* nel senso che i *limites* venivano orientati da est a ovest seguendo il modello etrusco, mentre per l'*ager Gabinus* da sud a nord, secondo l'antico modello latino-greco[92].

Il che la dice lunga non solo sull'autonomia di pensiero del Göttling nei confronti del Niebuhr, ma anche sulla possibile influenza che le sue idee potrebbero avere ancora oggi su tematiche pubblicistiche delicate come quelle dell'epoca repubblicana e, più ancora, di quella arcaica.

---

[87] Cfr., in un'ottica comparatistica, W. NIPPEL, *Ancient and Modern Democracy* [traduzione di K. TRIBE], New York, 2016, p. 246, e nt. 152.

[88] S. MAZZARINO, *Il mutamento delle idee sull'«antichità» classica*, cit., p. 158 s.

[89] Una completa, seppure datata, ricostruzione del pensiero del Göttling in ordine all'origine di tali comizi è operata dal PETER, *Die Epochen der Verfassungsgeschichte der römischen Republik. Mit besonderer Berücksichtigung der Centuriatcomitien und der mit diesen vorgegangenen Beränderungen*, Leipzig, 1841, p. 204 ss. Ma v. pure, limitatamente alla localizzazione dei *Septa*, L. URLICHS, *Ueber das Verfahren bei den Abstimmungen des römischen Volks in den 'Septa'*, in *Rhein. Mus. Philol.*, 1842 (I), p. 402.

[90] G. CRIFÒ, *'Exilica causa, quae adversus exulem agit'. Problemi dell''aqua et igni interdictio'*, in *Du châtiment dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique. Table ronde de Rome (9-11 novembre 1982)*, Roma, 1984, p. 466, nt. 73.

[91] *Geschichte der römischen Staatsverfassung von Erbauung der Stadt bis zu C. Cäsar's Tod*, Halle, 1840, pp. 119 e 172.

[92] A. ZACK, *Forschungen über die rechtlichen Grundlagen der römischen Außenbeziehungen während der Republik bis zum Beginn des Prinzipats. II. Teil: Fragen an Varro 'de lingua latina' 5,33: die augurale Ordnung des Raumes*, in *Gött. For. Altertumswiss.*, 2012 (XV), pp. 76, nt. 48 e 98, nt. 104.

E, da qui, la necessità di concordare con chi[93] si è chiesto se non valga la pena di riaccostarsi, oltre che a quel filone di ricerca storico-antiquaria a cavallo tra Niebuhr e Mommsen che, come si è visto, ha in Rubino il suo autore più rappresentativo in quanto aveva intuito ed affermato che la storia costituzionale di Roma dovesse essere intesa come il portato di una ineludibile conciliazione tra la dommatica del diritto pubblico e le antichità della costituzione storico-politica, anche a quegli altri apporti storiografici, che si inseriscono ugualmente in quel medesimo metodo di indagine di carattere antiquario, coevi allo *Staatsrecht* mommseniano e – come quelli di Schwegler ed Ihne e, in soprattutto, di Lange[94] e, in parte, del Willems[95], le cui opinioni «ci sembrano più vicine, soprattutto quando considerano quanto sia essenziale nell'organizzazione di una società umana, o quando analizzano le fonti, che esse interpretano in modo più corretto, di quanto non faccia la giurisprudenza dogmatica»[96] – rimasti certamente in ombra a causa della schiacciante forza delle personalità scientifiche del Niebuhr e del Mommsen.

Catania, settembre 2026

[93] J. BLEICKEN, *'Lex publica'*, cit., p. 13.

[94] Sul quale v. F. ARCARIA, *Costituzione e processo nella trattatistica di diritto romano dell'Ottocento e del primo Novecento*, Napoli, 2017, pp. 34 ss. (*ivi* ampia letteratura citata).

[95] Sul quale v. F. ARCARIA, *Costituzione e processo nella trattatistica di diritto romano*, cit., p. 38 ss. (*ivi* ampia letteratura citata).

[96] R.B. BRUNO SIOLA, *Joseph Rubino*, cit., p. 198.

Abstract

L'autore esamina il pensiero di Joseph Rubino, il quale, in un manuale di diritto pubblico romano dal titolo *Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte*. I. *Ueber den Entwickelungsgang der römischen Verfassung bis zum Höhepunkte der Republik* pubblicato a Cassel nel 1839, pur prendendo le mosse dalla medesima impostazione metodologica del Niebuhr, non ne condivise spesso gli esiti finali, aprendo così la strada ad una metodologia che si configura come nuova ed originale, recando importanti innovazioni nel panorama degli studi dell'epoca che trovarono puntuali ed innegabili riscontri nell'opera del Mommsen.

The author examines the thought of Joseph Rubino, who, in a manual of Roman public law entitled *Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte*. I. *Ueber den Entwickelungsgang der römischen Verfassung bis zum Höhepunkte der Republik*, published in Cassel in 1839, although starting from the same methodological approach as Niebuhr, often did not share his final results, thus paving the way for a methodology that was configured as new and original, bringing important innovations to the panorama of studies of the time that found timely and undeniable confirmations in the work of Mommsen.

Keywords

Diritto pubblico romano – Filologia – Rubino – Niebuhr – Mommsen

Roman public law – Philology – Rubino – Niebuhr – Mommsen