

ANTONIO PALMA

LO *IUS CONTROVERSUM*
QUALE ESPRESSIONE DELL'ARTIFICIALITÀ
DEL DIRITTO ROMANO

1. – *Il confronto tra legge e giudice.* Il drammatico confronto tra Creonte ed Antigone, i personaggi archetipici che in Sofocle rappresentano lo scontro tra il νόμος¹ della πόλις e quello della tradizione² (ἄγραπτα νόμιμα)³

* Il saggio è la rielaborazione del testo di una relazione tenuta dallo scrivente nell'ambito del convegno su “*Celso teorico del diritto*” svoltosi il 10 Aprile 2015 presso l'Università degli Studi di Torino, Dipartimento di Giurisprudenza.

¹ Emblematico, come ha osservato il Vernant, l'utilizzo da parte di entrambi i personaggi della tragedia dello stesso vocabolo (νόμος) per riferirsi a diritti eterogenei del tutto antitetici: VERNANT, VIDAL NAQUET, *Mito e tragedia nell'antica Grecia. La tragedia come fenomeno sociale estetico e psicologico*, (trad. it. RETTORI) Torino 1976, 89.

² Il testo raccoglie suggestioni e sollecitazioni suggerite all'Autore da una acuta relazione di Luciano Canfora, tenuta presso l'Università degli Studi di Roma La Sapienza, in data 26 Marzo 2015, nell'ambito delle attività della Scuola di Alta Formazione in Diritto Romano dello stesso Ateneo. Sulla natura del diritto invocato da Antigone, molteplici ed eterogenee sono state le interpretazioni affastellate in dottrina, recentemente CAVALLA, *All'origine del diritto, al tramonto della legge*, Napoli 2011, 126, vede nelle leggi richiamate «non le ragioni della coscienza né [...] di un supposto diritto naturale sovraordinato al diritto positivo», ma piuttosto «un diritto pannelenico (approssimativamente accostabile al nostro diritto internazionale)». Ma prima ancora del problema circa la natura della legge cui Antigone si appella, è opportuno rilevare come nella tragedia di Sofocle sia rappresentato lo scontro tra sistemi di valori e principi di giustizia alternativi: l'uno facente capo al *ghenos*, l'altro alla *polis*; il primo “giusnaturalizzato”, per così dire, da Antigone, il secondo propugnato da Creonte sulla base di considerazioni anch'esse, per certi versi, di carattere giusnaturalistico. Sarà con l'*Orestea* che la collisione di due principi di giustizia in contrasto tra loro – l'uno ereditato dalla cultura del passato, l'altro frutto della crisi attraversata da quella stessa – costituisce il *plot* di una rappresentazione teatrale. Nella magmaticità degli studi dedicati al capolavoro sofocleo ci si limita a rinviare alle fondamentali riflessioni hegeliane contenute in HEGEL, *Estetica*, MERKER (cur. e trad. VACCARO), I, Torino 1976, 522. Interessante è constatare come le tesi avanzate da Hegel non convinsero il più grande dei suoi contemporanei, e cioè Goethe, il quale nel contestare, alla radice, le tesi enunciate da Hinrichs a proposito dell'*Antigone*, contrastava in realtà una lettura dell'*Antigone* che a Hinrichs derivava, per l'appunto, dalla lettura di Hegel, cfr. ECKERMANN, *Gesprache mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens*, tr. it., AMORETTI (cur.), *Colloqui con il Goethe*, I, Torino 1957, 383 ss. Da ultimo, per un'attenta ricognizione sul tema, con aggiornata bibliografia, v. STOLFI, *Nómoi e dualità tragiche. Un seminario su Antigone*, in *SDHI.*, LXXX (2014) 467 ss.

³ Soph., *Ant.* 455, su questa espressione si veda TALAMANCA, *Ἐθῆ e νόμος ἄγραφοι nel 'Corpus Oratorum Atticorum'*, in BOVE (cur.), *Prassi e diritto. Valore e ruolo della consuetudine*, Napoli 2008, 70 s. con il quale lo Stolfi condivide il rilievo secondo cui ai *kerýgmata* di Creonte «il poeta non concede mai l'onore d'essere chiamati direttamente νόμος», quindi a detta dello studioso «il ricorrere di quest'ultimo termine ai decreti del *tyrannos* tebano mi sembra chiaro ai versi 213, 382, 449, 452, 481, 452, e forse anche 663 e 847»: STOLFI, *Quando la legge non è solo legge*, Napoli 2012, 74 nt. 47 s.

trova puntuale riscontro nelle parole di Pericle contenute nell'epitaffio tratto dal secondo libro delle *Storie* di Tucidide⁴, per le quali i νόμοι ἄγραφοι costituiscono il limite alla libertà individuale, la cui violazione arreca vergogna ai trasgressori, ai quali commina una sanzione meta-giuridica, se vogliamo ancor più afflittiva essendo applicabile al mondo greco – secondo gli studi del Dodds⁵ – la categoria sociologica della *shame culture*, coniata dalla Benedict per la cultura giapponese⁶, con la quale vengono indicate le società nelle quali il rispetto delle regole non viene ottenuto attraverso l'imposizione di divieti scritti.

Nell'orazione, attribuita comunemente a Lisia⁷, contro Andocide, accusato di ἀσέβεια, ancora Pericle⁸ esorta a tenere conto, per quanto riguarda coloro che commettono sacrilegio, non solo delle leggi scritte (γεγραμμένοι νόμοι) ma anche di quelle non scritte, la cui interpretazione compete agli Eumolpidi⁹.

Lo stesso Creonte riconoscerà lo statuto di 'vigenti' (τοὺς καθεστῶτας νόμουσ) ¹⁰, a queste leggi le quali, per la loro stessa natura, nessun potere

⁴Tuc., II.37. Il Canfora sottolinea come di fatto Tucidide abbia non solo parafrasato ma, almeno in parte, anche «ricreato» l'epitaffio pericleo, cfr. CANFORA, *Il mondo di Atene*, Roma-Bari 2011, 4 ss. Lo stesso Studioso evidenzia la circostanza che Tucidide fosse «ben consapevole di star imitando un discorso d'occasione – con tutte le falsità patriottiche inerenti a quel genere di oratoria» e che lo storico avesse intenzionalmente posto a raffronto, a breve distanza, l'Atene immaginaria dell'oratoria periclea 'd'apparato', con la vera Atene periclea, è presupposto altrettanto necessario per leggere senza stordimento il celebre epitaffio»: *ibidem* 6. Sul messaggio contenuto nell'epitaffio di Pericle si veda, da ultimo, l'interpretazione datane da COSTABILE, *Alle "radici" pagane dell'Europa: dall'Epitaphios di Pericle alla concezione pagana della civitas tardo-antica*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana, XVIII Convegno Internazionale in onore di Remo Martini, Persona e persone nella società e nel diritto della Tarda Antichità*, Spello, 18-20 giugno 2007, I, Roma 2012, 459 ss.

⁵DODDS, *I Greci e l'irrazionale*, Milano 2008, 10 ss.

⁶BENEDICT, *Il crisantemo e la spada. Modelli di cultura giapponese*, Roma-Bari 2009. Il meccanismo del divieto, infatti, è tipico di culture profondamente diverse da quelle "di vergogna", che in opposizione a queste vengono definite "culture di colpa" (guilt cultures), nelle quali chi tiene un comportamento vietato da norme espresse si sente oppresso da un senso misto di colpa, di rimorso e di angoscia, approssimativamente espresso dal termine guilt. Cfr. CANTARELLA, "Sopporta, cuore ...". *La scelta di Ulisse*, Roma-Bari 2008, 17 ss.; interessanti osservazioni sul concetto di vergogna con riferimento alla società attuale in CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia della norma*, Milano 1967, 33 s.

⁷Contro l'attribuzione a Lisia si schiera, con ferma convinzione, CANFORA, *Una società premoderna. Lavoro, morale, scrittura in Grecia*, Bari 1989, 225, il quale ritiene che si tratti di uno oscuro oratore che visse non molto dopo il processo di Andocide (399 a.C.); della stessa opinione COSTABILE, *La triplice defixio del Kerameikòs di Atene, il processo polemarchico ed un logografo attico del IV sec. a.C. Relazione preliminare*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica*, I (1998) 51.

⁸Il fatto che Pericle utilizzi argomentazioni simili tanto nell'epitaffio quanto nell'accusa contro Andocide ha fatto pensare che il rinvio alle leggi non scritte fosse un luogo comune dell'oratoria periclea e che proprio per questo motivo Tucidide lo inserì nell'epitaffio, così CANFORA, *Una società premoderna*, cit., 226.

⁹Lys., *And.* 10: "[...] καὶ τοῖς ἀγράφοις, καθ' οὓς Εὐμολπίδαι ἐξηγοῦνται [...]".

¹⁰Soph., *Ant.* 1113.

costituito ha mai avuto la forza di abrogare o modificare e la cui istituzione affonda le radici in un passato tanto remoto quanto oscuro. La legge, dunque, come riferisce anche Euripide nelle *Supplici*, il suo «dramma patriottico» più noto (per riprendere una autorevole definizione¹¹), narrando del duro confronto tra l'araldo di Tebe e il re di Atene, Teseo, è fondante di quel sistema politico che garantisce i più deboli, assicurando la certezza del νόμος ossia la democrazia¹². Interessante appare notare che questo concetto sarà del tutto inconcepibile per i teorici della *res publica romana*, ontologicamente aristocratica, *in primis* per Cicerone, che nel tentativo di definirlo utilizzerà la perifrasi *nimia libertas*¹³. Il modello politico dell'Atene classica è, infatti per l'Arpinate, un modello del tutto negativo, per lui il vero mito vivente è quello di *Athenae omnium doctrinarum inventrices* delineato nel *De oratore* (1.13)¹⁴.

Dunque se i *mores* sono di incerta origine ed affidati all'elitaria interpretazione sacerdotale, tuttavia, costituiscono un *corpus* normativo sottratto alla libera disponibilità del legislatore, una sorta di patrimonio sapienziale collettivo, che esprime i valori propri della deontologia sociale. Le testimonianze appena riferite sono evidenze che possono unitariamente essere considerate come denotative di un "movimento per la legislazione", che, di origine greca, condurrà a Roma nel V secolo a.C. alla redazione delle Dodici Tavole¹⁵, che per Pomponio¹⁶ rappresentano il momento costitutivo della *civitas*, fondata *dalle leggi e sulle leggi* ([...] *civitas fundaretur*

¹¹ SCHMID, *Geschichte der griechischen Literatur*, III, München 1940, 417.

¹² Il racconto di Teseo è diventato, dalla fine del VI secolo a.C., in Atene, un mito politico: una figura necessaria alla retorica da epitaffio, in quanto *primus inventor* della democrazia, o, più cautamente, della *patrios politeia*, cioè del cosiddetto «ordinamento avito», presentato come caratteristico degli ateniesi: CANFORA, *Il mondo*, cit., 106; DI BENEDETTO, *Euripide*, Torino 1971, *passim*.

¹³ Cic., *de Rep.* 1.68.

¹⁴ Cfr. WIRSZUBSKI, *Il concetto di libertà a Roma tra Repubblica e Impero*, Bari 1957, 70.

¹⁵ Anche se in questo caso sarebbe forse il caso di parlare di un "movimento per la codificazione": per tutti, sul tema della codificazione tra antico e moderno v. AA.VV., *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Atti degli Incontri di studio*, Napoli, Gennaio-Novembre 1996, Napoli 1998; sull'idea di *codex* v. SOLIDORO MARUOTTI, *Codici antichi e codici moderni*, in EAD., *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, Torino 2011, 1 ss. Circa il contenuto delle XII Tavole, v. GUARINO, *Il dubbio contenuto pubblicistico delle XII Tavole*, in *Labeo*, 34 (1988) 323 ss.; ID., *Cicerone come e quando*, in *Labeo*, 36 (1990) 267 ss.; ID., *Una palingenesi delle XII Tavole?*, in *Index*, 19 (1991) 228; WATSON, *Le XII Tavole: caratteri di un'antica codificazione*, in *Conferenze storico-giuridiche dell'istituto di storia del diritto e filosofia del diritto*, Perugia, Perugia 1980, 158; SERRAO, *Dalle XII Tavole all'editto del pretore*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987, 67; ALBANESE, "Privilegia", "maximus comitatus", "iussu populi" (XII Tab. 9.1-2, 12.5), in *Labeo*, 36 (1990) 19 ss. Sulla portata storica della pubblicazione delle XII Tavole ed in particolare sulla loro palingenesi d'obbligo è la lettura delle molteplici ed attente ricerche condotte in materia da Oliviero Diliberto, per la cui bibliografia si rinvia a DILIBERTO, *La responsabilità nelle XII Tavole: profili palingeneticici*, in CAPOGROSSI COLOGNESI, CURSI (CURT.), *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli 2008, 1 nt. 2.

¹⁶ D. 1.2.2.4 (Pomp., *lib. sing. ench.*).

legibus [...]), dalle quali *fluere coepit ius civile*¹⁷ per il tramite dell'*interpretatio prudentium*.

Trattasi, pertanto, di veri e propri 'formanti' di un ordine legale avente a Roma sue specificità, un ordine legale che non si fa sistema, ma corpo complessivo di materiali di carattere normativo, costituito da testi legislativamente prodotti, ma anche da testi-norme, testi-principi, testi giustificativi di decisioni. Ed ancora, testi creati dalla *iuris scientia* come componente di una dinamica interazione tra legislazione, giurisdizione e comportamenti sociali, all'interno di un circuito nomopoietico recettivo delle istanze della comunità.

Non è un caso che Dionigi di Alicarnasso trattando delle *leges regiae* articoli la sua narrazione sui parametri del νόμος, dell'ἔθος e del πολιτεύμα¹⁸ nella consapevolezza di un *Rechtsordnung*¹⁹ meno schematico e meno appiattito sull'orizzonte della *lex* di quello greco.

Molte ed importanti sono allora le inferenze tematiche discendenti dal sintagma *ius controversum* e tra esse appare necessario procedere ad una *dispositio* che renda chiari oggetti, metodi, finalità e forse risultati – sia pure poveri e deboli – della presente indagine.

¹⁷ D. 1.2.2.6 (Pomp., *lib. sing. ench.*).

¹⁸ Sullo studio delle *leges regiae* da parte di Dionigi di Alicarnasso, v. GABBA, *Roma arcaica. Storia e storiografia*, Roma 2001 (ried. del testo del 1960, *Studi su Dionigi di Alicarnasso*, I, *La costituzione di Romolo*), 91, più in generale sulle *leges regiae*, da ultimo, MANTOVANI, *Le due serie di leges regiae*, in FERRARY (cur.), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana. Collegio di diritto romano 2010 Cedant*, Pavia 2012, 478 ss. e LAURENDI, *Leges regiae. «Ioui sacer esto» nelle leges Numa: nuova esegesi di Festo s.v. Aluta*, in PURPURA (cur.), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniiani (FIRA). Studi preparatori. I. Leges*, Torino 2012, 13 ss. Circa il dibattito sull'attendibilità delle *leges regiae* v. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino 1967, 71 s., che ha ritenuto assolutamente inattendibile la tradizione sull'attività legislativa dei re per l'evidente fenomeno della «concentrazione» [intorno ad un unico personaggio, reale o fittizio, di tutti gli istituti e le azioni che si reputano conformi al suo carattere; sul tema, part., ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, Napoli 1989, 3] e per le chiare «anticipazioni» (anche relativamente alla forma in cui le relative norme sarebbero state poste, arrivandosi a parlare di *leges* votate dai comizi, facendo quindi risalire ai primordi dell'epoca regia un tipo di produzione normativa che non ha avuto inizio prima della seconda metà del V sec. a.C.) ed ha dunque visto nelle *leges regiae* «la formulazione verbale, anche se talvolta assai risalente nel tempo, di precetti consuetudinari, soprattutto di carattere religioso»; in senso contrario alla storicità delle *leges regiae* si era già orientato CARCOPINO, *Les prétendues «lois royales»*, in *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, 54 (1937) 344 ss.; di diverso avviso TONDO, *Introduzione alle leges regiae*, in *SDHI*, 37 (1971) 25 ss., 44, che si è espresso per la sostanziale genuinità di alcune *leges regiae* pervenute in forma di «citazione testuale»; WATSON, *Roman private law and the leges regiae*, in *JRS*, 62 (1972) 100 ss., il quale ha sostenuto che «the rules for private law recorded by the tradition actually give us, in general, the substance of Roman law as it was in the regal period»; SERRAO, s.v. *Legge*, in *ED.*, XXIII (Milano 1973) 800 [= *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, I, Pisa 1975, 20 s., ora in *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, I, Napoli 1984, 101].

¹⁹ KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen 1922, 156 ss.

2. – *Complessità dello ius controversum*. Quando si affronta un tema complesso e da tempo indagato come quello dello *ius controversum* è opportuno, per non dire necessario, dar conto, in primo luogo, delle coordinate teoriche che lo rendono ancora epistemologicamente fecondo sul piano della pregnanza delle prospettive di ricerca. Sulla controversialità²⁰ come caratteristica del diritto giurisprudenziale romano non può non registrarsi una *communis opinio*: il Talamanca²¹, se da una parte riteneva che la controversialità dello *ius* si svolgesse sul piano di coloro che sono comunemente considerati i ‘tecnici’ dell’esperienza giuridica, cioè i *prudentes*, dall’altra non negava, però, la rilevanza delle decisioni emergenti dalle concrete controversie giudiziarie che si svolgevano nel Foro ai fini della definizione della *regula iuris* come enunciata poi dai giuristi.

Cosicché, ai giudici sarebbe spettato scegliere tra i *responsa* contrapposti, con il conseguente accertamento del diritto in rapporto alla causa decisa nel contesto dello *ius controversum*²².

Una prima chiave argomentativa appare, allora, concernere la definizione dello statuto dello *ius controversum* tra tradizione interpretativa di natura sapienziale e prassi decisorie conflittuali, tra diritto fondato sulle opinioni discordanti dei giuristi e *ius* che appoggia il suo *proprium* sulla concretezza delle *res* dedotte in giudizio e, questione non meno importante, sulla latitudine decisionale dello *iudex privatus*. Si tratta di un dilemma dalle articolate prospettive d’indagine che presuppone una modalità interpretativa dell’insieme delle testimonianze giurisprudenziali che tenga conto non solo del loro carattere ideologico ma anche della probabile sopravvalutazione tralatizia del ruolo giocato dai *prudentes* nell’edificazione di una identità di ceto fondata sull’esclusività di ruolo quali *conditores iuris*²³.

Altra rilevante questione concerne il ruolo delle *res iudicatae* e dei *responsa prudentium* assunti come ‘formanti’ dello *ius civile*, questione ovviamente collegata a quella della natura costitutiva dello *ius controversum* e sulla quale non può non segnalarsi la riflessione, coerente negli anni, di

²⁰ Il termine è di TALAMANCA, *Iura*, 36, 1985, in *BIDR.*, 92-93, 1989-1990, 740 ss.

²¹ TALAMANCA, *Iura*, 36, 1985, cit., 740 ss.

²² Cfr. TALAMANCA, *Il «Corpus iuris» giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in CORBINO, MILAZZO (curr.), *Diritto e Storia. L’esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei*, Padova 1995, 209 ss.

²³ SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Napoli 1987, *passim*; ID., *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994, *passim*; MAROTTA, *Ulpiano e l’impero*, I, Napoli 2000; ID., *Studi sui libri de officio proconsulis e la loro fortuna tardoantica*, Napoli 2004, *passim*; STOLFI, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, I, *Trasmisione e fonti*, Napoli 2002, *passim*; MANTOVANI, *Iuris scientia et honores. Contributo allo studio dei fattori sociali nella formazione giurisprudenziale del diritto romano (III-I sec. a.C.)*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, I, Napoli 1997, *passim* e da ultimo, con particolare attenzione all’attività ciceroniana, TAMBURI, *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana*, I, *Cicerone*, Napoli 2013, 47.

Filippo Gallo²⁴, nella cui visione la creazione del diritto mediante la *receptio moribus* ridimensiona l'*interpretatio* del giurista escludendone il primato nella formazione dello *ius civile*. Simile interpretazione, infatti, può costituire lo stimolo per il processo di formazione consuetudinaria del diritto realizzantesi ogni qual volta il *consensus populi* ne consentiva la recezione tra i *mores*; infatti, in caso contrario, dall'*opinio prudentium* che non fosse stata unanimemente accettata sarebbe scaturito lo *ius controversum*.

Significativa appare l'analisi offerta dal Gallo del noto brano gaiano in tema di *fur manifestus*:

Gai 3.184: “*Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit deprehenditur. Alii vero ulterius, quod eo loco deprehenditur, ubi fit, veluti si in oliveto olivarum, in vineto uvarum furtum factum est, quamdiu in eo oliveto aut vineto fur sit; aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit. Alii adhuc ulterius eo usque manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo, quo perferre fur destinasset. Alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit; quae sententia non optimuit. Sed et illorum sententia, qui existimaverunt, donec perferret eo quo fur destinasset, deprehensum furtum manifestum esse, ideo non videtur probari, quia magnam recipit dubitationem, utrum unius diei an etiam plurium dierum spatio id terminandum sit. Quod eo pertinet, quia saepe in aliis civitatibus subreptas res in alias civitates vel in alias provincias destinant fures perferre. Ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur; magis tamen plerique posteriorem probant*”²⁵.

Dall'originaria molteplicità di *sententiae* si passa all'emersione di quella maggioritaria attraverso l'emarginazione di quelle non condivise. Va immediatamente aggiunto, al riguardo, che appare del tutto valida la tesi di quanti, come il Vincenti²⁶, ritengono che dal brano trapeli una evidente interazione tra *interpretatio* giurisprudenziale e prassi giudiziale e, di conseguenza, la condivisione all'uniformarsi da parte dei giudicanti alla tesi dottrinale assunta come maggioritaria.

Proprio attraverso i giudicati conformi si esprimeva, nella lettura offerta dal Gallo, il consenso di una componente qualificata dell'ambiente sociale, il ceto dei giudici, in tal modo componendosi la dialettica tra il giurista ed il giudice.

Dunque lo *ius controversum* generava *disputatio fori* – essenza stessa dello *ius civile*, a memoria del già richiamato D. 1.2.2.5 (Pomp., *lib. sing. enchir.*)²⁷ – risolta con la *sententia iudicis*. Poi dal ripetersi di *sententiae* similari

²⁴ Si veda GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino 1993; ID., *La consuetudine nel diritto romano*, in *Atti del Colloquio romanistico-canonistico (febr. 1978)*, Roma 1979, 98 ss.; ID., *Produzione del diritto e sovranità popolare nel pensiero di Giuliano (a proposito di D. 1.3.22)*, in *Iura*, 36 (1985) 70.

²⁵ Per una recente ed attenta analisi del passo gaiano si veda PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova 2008, 272.

²⁶ VINCENTI, *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova 2003, 17.

²⁷ D. 1.2.2.5 (Pomp., *lib. sing. enchir.*): “[...] *His legibus latis coepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem, necessariam esse disputationem fori* [...]”.

si segnalava il *trend* decisionale dei giudici che rendeva *recepta* la regola disputata.

Dal nucleo centrale della tesi avanzata da Filippo Gallo sono poi germinati gli ulteriori suoi approfondimenti sui temi della consuetudine, del ruolo del pretore, del giudice e del rapporto tra norma e decisione²⁸.

Evidente appare la dimensione antinormativa della ricostruzione elaborata da Gallo, resa poi costitutiva nella sua concezione dell'artificialità del diritto come prodotto umano e storico, orientato dai principi e valori etici (*l'ars boni et aequi*).

Umanità ed eticità del diritto come argini all'arbitrio del giudice, che ha il ruolo di interprete ed esecutore di regole giuridiche socialmente preposte e avallate dal consenso sociale²⁹.

3. – *La controversialità ed il ragionamento confutatorio quali fondamento dell'argomentazione giuridica*. Non appare un fuor d'opera – proprio alla luce delle brevi riflessioni sopra enunciate – dar conto delle ragioni teoriche messe in luce dalle dottrine ermeneutiche per le quali fondamento dell'argomentazione giuridica è il ragionamento confutatorio. Infatti, la complessità delle questioni oggetto di attenzione da parte del diritto rende permanentemente flessibile la sua intima razionalità, in modo da adattarlo al pluralismo degli interessi e dei valori.

Il ragionamento del giurista deve di conseguenza avvalersi di procedure logiche collegate ad un'etica coerente con la storia ed i valori. Una logica, pertanto, non formale, che si sostanzia in una teoria dell'argomentazione – basti richiamare le fondamentali ricerche compiute da Giuliani³⁰ e dal Perelman³¹ – assata sulla modalità della confutazione:

²⁸ GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino 1997.

²⁹ Sui concetti di *humanitas* e *benignitas* nel diritto romano mi permetto di rinviare ai miei studi: PALMA, *Humanior Interpretatio. 'Humanitas' nell'interpretazione e nella formazione da Adriano ai Severi*, Torino 1992, 1 ss., nel quale già ebbi modo di osservare come lo stretto collegamento tra *l'humanitas* come cultura e *l'humanitas* nella scienza giuridica, se dilatò nell'ambiente sociale la figura umana esaltandone il grado più alto, quello dell'intellettuale, determinò anche le forme dell'organizzazione collettiva, e dunque il diritto, che tendeva a divenire coerente alla "civiltà dell'intelligenza" (*ibidem* 2). Id., *Benignior Interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella formazione da Adriano ai Severi*, Torino 1997, 1 ss.

³⁰ Per quanto riguarda il pensiero di Giuliani, v. l'accurato volume ANDRINI, *Informazione e comunicazione in Alessandro Giuliani*, in CERRONE, REPETTO (curr.), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica ed etica*, Milano 2012, 32. Proprio il Giuliani affermava che contro la superbia del sapere definitorio – per utilizzare le parole di Paolo Grossi nell'introduzione a CERRONE, REPETTO (curr.), *Alessandro Giuliani*, cit., 5 – «egli rivalutava il controverso perché indòcile a immobilizzazioni e cristallizzazioni, perché generatore di problemi, perché necessariamente incarnantesi in ricerca», infatti a detta del Giuliani «il filosofo – come il giudice – deve ricercare la verità tra opinioni in conflitto»: GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia 1966, 146.

³¹ Di Perelman assume particolare interesse, per quello che si dirà in séguito, ricordare

il confronto tra le opinioni, dunque, la caratterizza con l'obiettivo di ottenere una soluzione proprio attraverso la struttura controversiale del confronto medesimo. Naturalmente le opinioni possono essere collocate su un piano gerarchicamente differenziato in virtù del loro diverso consolidamento rispetto ad una tradizione risalente, con la necessità che in questo caso si imponga una confutazione argomentata in modo forte, come già rilevava Aristotele nelle *Confutazioni sofistiche* (165a.25-30)³².

Fondamentale è rilevare lo stretto collegamento tra la procedura controversiale e il concreto oggetto del competere, per cui dunque aspetto decisivo della controversialità risulta la ricostruzione della *quaestio facti*.

La tradizione giuridica è così la risultante di un'opera collettiva diacronicamente strutturantesi secondo la logica controversiale: attraverso l'eliminazione di tutti gli elementi accidentali non strettamente pertinenti alla ricostruzione della *quaestio facti*, ricorrendo ad argomenti topici – sensibili alle circostanze di fatto ma anche ai principi costitutivi della dimensione giuridica – si elaborano nuovi orizzonti valoriali. Il comune patrimonio di regole si costituisce superando l'antinomicità del conflitto tra i valori in gioco per il tramite di accordi topici che rendano possibile l'accettazione e la condivisione di procedimenti di giustificazione della *regula iuris*, legati in modo inscindibile ad un luogo e ad un tempo. La *scientia iuris* è condizionata dalla sua variabile prevedibilità, collegata all'evento singolo, al caso controverso ed alla sua decisione.

Le decisioni che sciogliono i conflitti hanno la qualità della unicità, potendo essere svincolate dal sistema complessivo e rapportandosi unicamente a quello dei valori sociali.

Principi, regole e valori, dunque, come 'formanti' della decisione del

L'accesso antilogicismo che si motivava con la scelta in favore sostanzialmente di una giurisprudenza liberata dal pregiudizio che voleva il giudice passivo interprete del diritto stabilito. Per questo motivo sia gli approcci deduttivistici classici che la logica deontica venivano accomunati dal Perelman nella stessa critica: di essi il Perelman stigmatizzava infatti l'attitudine «matematizzante» e una coloritura essenzialmente anti-realista, più ancora che le particolari opzioni metodologiche. Questi approcci si rivelavano anzitutto inutili, perché i giudici, evidenziava, scelgono le premesse dopo aver già deciso sulla conclusione: tutt'al più, quindi, non possono far altro che analizzare la struttura del ragionamento compiuto. Il che è del tutto superfluo nelle controversie giudiziarie, laddove il problema è non tanto dedurre la conclusione a partire da premesse incontestate, quanto stabilire le premesse a partire dalle quali si deduce. Cfr. PERELMAN, *Logica giuridica e nuova retorica*, Milano 1976, *passim*.

³² Arist., *Soph. El.* 165 a 25-30: «chi conosce un qualsiasi oggetto deve evitare la menzogna rispetto a quanto egli sa, e d'altro lato deve essere in grado di smascherare chi dice il falso. Questo duplice compito consiste così nell'esser capace di dare giustificazione e nel saper farsela dare. Sarà dunque necessario, che chi vuol essere un sofista cerchi di impadronirsi del suddetto modo di discutere. Esso gli sarà invero utile, poiché una siffatta capacità lo farà apparire saggio, ed è questo appunto che egli si prefigge». Sulla classificazione aristotelica dei paralogismi e sulle questioni interpretative sollevate dalle *Confutazioni sofistiche* rinvio a ARISTOTELE, *Le confutazioni sofistiche*, (intr., trad. FAIT, Roma-Bari 2007.

caso concreto e proprio del concetto. In particolare, sul concetto di ‘formanti’ è quindi opportuno spendere qualche considerazione: esso è stato, com'è noto, precipuamente elaborato da Rodolfo Sacco³³ in riferimento alle basi giuridiche sulle quali si sviluppa l'ordinamento di una società. Il più rilevante valore euristico della nozione di ‘formante’ è nell'aver indicato alcuni di essi come crittotipi, non enunciati e non verbalizzati, i testi-norme di cui si è accennato in precedenza³⁴. ‘Formante’ e non fonte appare, pertanto, essere il concetto più appropriato per descrivere le sorgenti dei materiali di carattere regolativo confluenti nel complessivo *corpus* costituente l'ordine legale a Roma, tra il III secolo a.C. ed il III secolo d.C., prima della progressiva *legum permutatio* portata a compimento da Giustiniano³⁵.

Quella di ‘formante’ è nozione ermeneuticamente più consona rispetto all'altra di fonte e ciò perché la fonte è tautologicamente basata all'interno del sistema ordinamentale, mentre il “formante” è ad esso esterno come posizione ed interno come funzione.

Principi e regole sono alcuni dei problemi topici più studiati nella moderna scienza giuridica anche romanistica: è appena il caso di fare riferimento tra i molti a Viehweg³⁶, Esser³⁷, Stein³⁸, Carcaterra³⁹, Martini⁴⁰, Schmidlin⁴¹, Winkel⁴².

Appare ancora fecondo per il diritto romano il rapporto-distinzione tra principi e regole come elaborato da Ronald Dworkin⁴³, per il quale, in estrema sintesi, i principi esprimono i valori supremi dell'ordinamento di una comunità⁴⁴; si fondano sul loro carattere morale; la loro applicazione

³³ SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1992.

³⁴ Cfr. SACCO, *Introduzione*, cit., 43 ss., definisce i formanti crittotipi come modelli impliciti nei diversi sistemi giuridici che agiscono in modo assai penetrante della dimostrazione e decisione di questioni giuridiche.

³⁵ GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino 2010, spec. 21 ss.; ID., *Consuetudine e nuovi contratti. Contributo al recupero dell'artificialità del diritto*, Torino 2012, spec. 27 ss.; ID., *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Torino 2014, spec. 49 ss.

³⁶ VIEHWEG, *Topic und Jurisprudenz*, München 1965, 30 ss.

³⁷ ESSER, *Principio e norma*, Tübingen 1990¹, 44 ss.

³⁸ STEIN, *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edimburg 1966, 10 ss.

³⁹ CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano 1974, 21 ss.

⁴⁰ MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, 45 ss.

⁴¹ SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln 1970, 20 ss.

⁴² WINKEL, *Error iuris nocet. Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung*, I, *Rechtsirrtum in der griechischen Philosophie und im römischen Recht bis Justinian*, Zutphen 1985, 33 ss.

⁴³ DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, (trad. it. di ORIANA), Bologna 1982, 319-322.

⁴⁴ Secondo DWORKIN, *L'impero del diritto*, trad. it. di CARACCILOLO DI SAN VITO, Milano 1989, 176 ss. la “comunità di principio” è caratterizzata dal fatto di essere governati da principi comuni e non soltanto da regole: ciò implica sia che i partecipanti accettano il fatto che i loro diritti e doveri politici non si esauriscano nelle particolari decisioni che le loro istituzioni politiche hanno preso, ma dipendano dallo schema di principi che quelle decisioni presuppongono, sia che ogni membro accetta il fatto che gli altri posseggano determinati diritti

richiede ponderazione e bilanciamento; specificano diritti fondamentali; prevalgono su considerazioni di utilità pubblica o perlomeno la interpretano in senso eticamente orientato; possono condurre alla disapplicazione di regole incompatibili. I principi emergono dunque come criteri di oggettività delle scelte etiche implicate nell'*interpretatio iuris*, nel compimento della quale gli stessi sono entità normative che hanno alcune volte un testo che le incorpora, altre volte, invece, si rivelano come meramente concettuali e funzionali prescindenti del tutto da un testo, per divenire all'interno della decisione sia criterio di comprensione che regola del caso. Alla luce delle teorie analitiche e decostruzionistiche, che com'è noto, sostituiscono alla concezione del rapporto enunciato-verità-cosa una teoria della comprensione che pone l'accento sulla pratica, sul *facere*, sull'asseribilità motivata⁴⁵, il diritto si configura come una prassi linguistica che fornisce uno fra i molti linguaggi descrittivi.

La ricerca della verità nel diritto si traduce quindi in uno sforzo teso a descrivere ciò che i suoi operatori fanno con il linguaggio, inteso come procedimento di determinazione della decisione⁴⁶. Di qui, discende la necessità di evitare di configurare il sistema delle regole come insieme ordinato di natura precettistica, restando la regola un mero criterio di orientamento del giudizio. La *regula iuris* in tale contesto comunicativo assume, altresì, i lineamenti di una formula connotante valori etici nel senso oggettivo sopra descritto, valori che si pongono come baluardo all'arbitrarietà del giudizio in un "non-sistema normativo" gerarchicamente destrutturato come quello romano. Se i principi sono, come già affermava Emilio Betti, l'area di elezione del confronto tra giuristi⁴⁷, le regole devono essere intese come elementi costitutivi del giudizio, della decisione.

La *iurisdictio* per se stessa costituisce il giudizio: il *dicere* latino opera giudicando, consiste nel mostrare, nello stabilire ciò che si determina. L'ordine del giudizio è così *opus incertum*, si sostanzia in primo luogo in un apprezzamento, in un atto intellettuale di valore gnoseologico, che

che derivano da questo schema anche se non sono stati formalmente identificati o dichiarati. Ciò implica un fondamento della comunità basato sulla "reciprocità" o, per il Dworkin, sulla "fraternità": alla base della comunità vi è la responsabilità della cittadinanza, cioè il rispetto da parte di ogni cittadino dei principi di equità e di giustizia propri del vigente ordinamento politico della propria comunità.

⁴⁵ Cfr. NANCY, *L'imperativo categorico*, (trad. it. di PALESE), Nardò 2011, 43 ss.

⁴⁶ Sull'incidenza del linguaggio nella formazione del convincimento del giudice si consiglia la lettura della ricerca compiuta nel campo delle scienze cognitive da CATELANI, *Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Bologna 1992, 10 ss.

⁴⁷ I principi dell'ordine giuridico sono, per il Betti, «connessi alle dinamiche proprie di ciascun ordinamento e la loro capacità espansiva è affidata all'attività degli interpreti, che si svolge secondo canoni e principi, anch'essi inseriti in un processo vitale»: BETTI, *I principi della Scienza nuova di G.B. Vico e la teoria dell'interpretazione storica*, in *Nuova Riv. Dir. Comm.*, I (1957) 48 ss.

produce un risultato sempre ineguale, che varia secondo le circostanze di tempo e di luogo⁴⁸.

Il *bonum et aequum* sono così principi che concretizzano le fondamentali strategie del giudizio, cui corrispondono visioni etiche fondate su una concezione della giustizia come reciprocità, come giusto contraccambio. La struttura controversiale del diritto è finalizzata a determinare, in tal modo, soluzioni giuste e per questo corrispondenti ad un parametro di *bonum et aequum* che si invera nell'equilibrio determinato dal principio del giusto bilanciamento⁴⁹.

Ed il luogo elettivo del dispiegamento di questa forma di giustizia così rilevante per la pace sociale, per la *philia*, è la controversia, caratterizzata dalla logica confutatoria, che presuppone la reciprocità tra le posizioni avverse e l'accettazione della loro composizione.

La reciprocità come forma della giustizia, del *bonum* e dell'*aequum*, non struttura un sistema di verità precostituite, assolute, evidenti, ma si invera in una continua ricerca di consensi ragionevoli pur nella contestazione e nel dissenso. La giustizia quale regolatrice delle relazioni sociali consiste nel ristabilire l'equità in proporzione aritmetica all'iniquità, presupponendo la misurabilità del valore e del disvalore in base allo scambio, alla reciprocità sociale. Il giusto, allora, nella contemplazione aristotelica è il conveniente, l'*ἐπιεικὴς*⁵⁰, criterio correttivo denotativo di ciò che è giusto, e migliore secondo l'apprezzamento del giudicante. La metafora aristotelica del regolo di Lesbo, che essendo di piombo si adattava alla forma della pietra a differenza del canone di Policleto che si basava su proporzioni fisse⁵¹, recava con sé accanto al carattere della flessibilità dell'*interpretatio* anche quello della indeterminatezza, perché la misura in cui l'*aequitas* si manifesta è un'operazione che si concreta quando il caso pratico viene sottoposto al giudizio. Il ragionamento, come la logica confutatoria, conduce, dunque, a criteri di giudizio ad essa interni e con

⁴⁸ Cfr. NANCY, *L'imperativo categorico*, cit., 43 ss.

⁴⁹ Arist., *Eth. Nic.* 1130b 31-32. La giustizia come reciprocità è stata chiamata anche "giustizia del contraccambio", "giustizia del contrappasso", "giustizia dello scambio" e "giustizia antipepontotica" (quest'ultima definizione è stata coniata da TROJANO, *Dottrine morali di Pitagora e di Aristotele*, Roma 1897, ma non trova fondamento nei testi). Forse il termine più felice è quello proposto da RITCHIE, *Aristotle's Subdivisions of Particular Justice*, in *Classical Review*, 7 (1894) 191, che ha parlato di "catallactic justice" ossia di "giustizia catallattica", sul punto v. AZZONI, *La reciprocità delle Grazie: oltre l'antinomia di universale e particolare nell'idea di giustizia*, in BOTTURI – TOTARO (cur.), *Universalismo ed etica pubblica*, Milano 2006, 35 ss.

⁵⁰ Su tale concetto nel pensiero aristotelico, confrontato con l'*aequitas* romana, si veda SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas. Lezioni*, Torino 2013, 34 ss., da ultimo PIAZZA, *La virtù di Emone: Riflessioni sull'epieikeia greca*, in *Aevum Antiquum*, 9 (2009) 3 ss.; EAD., *Dire e Fare la cosa giusta. L'epieikeia in Aristotele*, in ROSSITTO (cur.), *Studies on Aristotle and the Aristotelian Tradition*, Lecce 2011, 156 ss.

⁵¹ Arist., *Eth. Nic.* V.14, 1137 b.29-32.

essa compatibili come il parametro della giustizia fondata sulla reciprocità, che non equivale alla solidarietà.

Molte e strutturali sono, pertanto, le ragioni del profilare come controversiale il diritto anche nel periodo storico considerato, con alcune conseguenze di ordine metodologico ed espositivo: di séguito artoleremo alcune idee in parte tributarie degli studi preziosi esistenti sull'argomento, proprio intorno allo *ius controversum*⁵² come tradizione interpretativa di natura sapienziale, un prodotto eminentemente culturalista, tuttavia diretto anche, e forse soprattutto, alla prassi controversiale, allo *iudex*.

Segnaleremo poi il crescente interesse nella letteratura anche recente per il giudice ed il *iudicium*, in particolare, ma non solo, per la fase *apud iudicem* della procedura formulare⁵³, troppo appiattita nell'opinione tradizionale ad un ruolo ancillare e meramente attuativo del programma processuale incorporato nella *formula*, ma in realtà importantissima perché luogo del pieno sviluppo della logica confutatoria che è – secondo la nostra prospettazione – l'essenza dello *ius controversum*, fase confutatoria che richiede una precisa valutazione delle circostanze e del tempo della fattispecie oggetto di giudizio, cioè della *quaestio facti*.

Registreremo la presenza dei giuristi *in iudicio*, lo scontro tra le loro *auctoritates*, la permanente discrezionalità e libertà del giudicante di aderire o meno alle loro ricostruzioni. Si tenterà attraverso l'analisi delle fonti disponibili, o di alcune di esse, di apprezzare la tecnica argomentativa della decisione, la dialettica tra tendenze al cambiamento e quelle alla stabilizzazione dei principi giuridici in funzione della determinazione del ruolo del giurista come coautore e non attore unico dei processi di formazione dello *ius*.

4. – *La nozione dello ius controversum nelle fonti e nell'elaborazione dottrinale*. Procediamo ora rapidamente ad una ricognizione di ciò che sul tema dello *ius controversum* è ormai *ius certum*, per il contributo di una letteratura ampia e raffinata.

L'espressione *ius controversum* non appartiene come è noto al lessico tecnico della giurisprudenza romana – di questa è, infatti, frequente l'utilizzo dei verbi *quaerere*, *dubitare*, *disputare* –, ma, piuttosto, a quello della prassi retorica⁵⁴. È altrettanto vero, però, che il fenomeno designato da questa

⁵² Ad esempio v. BRETONE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, CDV (2008) serie IX, vol. XXIII, fasc. 3 (classe di scienze morali, storiche e filologiche), 755 ss.; MAROTTA – STOLFI (curr.), *Atti del Convegno, Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Firenze, 21-23 ottobre 2010, Roma 2012, 1 ss.

⁵³ GAROFALO (curr.), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, II, Padova 2012.

⁵⁴ Sul punto Cfr. BRETONE, *Ius controversum*, cit., 763: «*ius controversum* ricorre esclusivamente

espressione è ben presente nella tradizione giuridica romana. Ricordiamo sul punto come adeguata e rilevante alla nostra argomentazione la tesi di coloro che escludono la possibilità di impiegare l'espressione *ius controversum* solo per individuare le divergenti opinioni giurisprudenziali e il carattere dello 'Juristenrecht' romano⁵⁵. Lo *ius controversum* rappresentava, invero, il punto di diritto la cui oscurità sollevava una controversia, in evidente riferimento alla centralità del metodo confutatorio, e in questa prospettiva si identificava con il *caput* equivoco della legge, dell'editto, del senatoconsulto o della disposizione giuridicamente rilevante assunta da un privato, che crea discussione.

Sul problema della definizione del diritto controverso Andreas Bertalan Schwarz ha scritto un saggio esemplare⁵⁶ nel quale afferma che noi denominiamo 'controverso' il diritto, quando all'interno di un ordinamento in vigore si contrappongono punti di vista differenti, in rapporto a un unico interrogativo; aggiungendo poi che «die breite Raum, den das strittige Recht in der römischen Rechtsentwicklung einnimmt, ist eine Folge der überragenden Rolle, die darin das Juristenrecht spielt»⁵⁷.

In senso stretto o proprio la nozione di *ius controversum* o *ius varium* designa singole questioni sulle quali vi sia dissenso tra interpreti: si legga Cicerone che, in *Mur.* 28, fa esplicito riferimento ai casi controversi:

Cic., *Mur.* 28: “[...] *sin aliter, etiam controversum ius nosse et tractare videare.*”.

L'Arpinate conduce una serie di critiche verso i giuristi, sottolinea la povertà della loro scienza, che vive di pareri difformi, sulla scorta della consuetudine che essi hanno di contraddirsi, ma così facendo ne esalta e *contrario* le caratteristiche costitutive: i giuristi non partecipavano

nella pratica oratoria e nella letteratura retorica ed erudita, o nella storiografia, insieme con locuzioni affini come *ius varium* o *dubium* o *ambiguum*». Il Mommsen lo faceva risalire al collegio dei pontefici, ma limitandone fortemente la portata, v. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, 2.1, Lipsig 1874, 1887³, 45 s.

⁵⁵ Sulla portata di questo concetto tra le molte opere si veda l'ormai classico contributo di SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma Repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Bari 1987, 3 ss. Certo appare evidente, nella impostazione consuetudinaria della dottrina, il collegamento della categoria della controversialità con il ruolo dei giuristi, come soggetti nomopoietici, messo già in evidenza da SCHWARZ, *Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, Karlsruhe 1960.

⁵⁶ SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, Verona, 27-29 Settembre 1948, 2, Milano 1951, 121 ss. (= *Festschrift Fritz Schulz*, 2, Weimar 1951, 201 ss.). Circa la portata del contributo di Schwarz TALAMANCA, *Gli scritti giuridici di Matteo Marrone*, in «BIDR», CIII-CIV, 2000-2001 [pubbl. 2009], 711: «... il *ius controversum* ha stentato a farsi strada nell'attenzione dei giusromanisti anche dopo il 1948, dal momento in cui – dopo molto tacere su un argomento di cui si era già parlato fino alla prima metà dell'Ottocento – Andreas Berthalan Schwarz disse a Verona dello “strittiges Recht” dei giuristi romani».

⁵⁷ SCHWARZ, *Das strittige Recht*, cit., 123 (= 201).

alla contesa giudiziaria e proprio per questa loro lontananza dall'agone forense coltivavano una *tenuis scientia* (Cic., *Mur.* 25)⁵⁸, occupandosi dello studio sofisticato di minuzie e complicando, in tal modo, proprio con la loro continua discordanza i principi lineari delle leggi. L'aggettivo controverso ha in se stesso il significato di volto nell'altro senso e – cioè – in un orientamento divergente, più precisamente contrario. Il termine denota un'incertezza insita nel fatto che il controverso è tale in quanto discusso da qualcuno. Una sola volta troviamo nel Digesto il termine *controversia* nel senso di disputa teorica, più precisamente in

D. 29.7.14 pr. (Scaev. 8 *quaest.*): “*Quidam referunt, quantum repeto apud Vivianum, Sabini et Cassii et Proculi expositam esse in quaestione huiusmodi controversiam [...]*”.

Ius dubium opposto a *iūs certum* e con funzione sinonimica a *iūs controversum* appare in

Quint., *Inst. or.* 12.3.6: “[...] *Namque omne ius, quod est certum, aut scripto aut moribus constat; dubium aequitatis regula examinandum est*”.

La testimonianza è molto interessante: il Retore sembra porre il problema in maniera schematica⁵⁹, in quanto lo *iūs certum* corrisponde agli

⁵⁸ Come mette in guardia giustamente il Guarino, l'orazione *Pro Murena* deve essere contestualizzata ancora più di altre. Infatti Cicerone, coprendo nell'anno 63 a.C. la carica consolare, aveva deciso di scendere in campo per difendere quel L. Licinio Murena che, assieme a Decimo Giulio Silano, aveva vinto le elezioni consolari per l'anno 62 a.C. a scapito di Catilina e di Servio Sulpicio Rufo, elezioni che si erano svolte in modi tanto irregolari (anche per una forte influenza dello stesso Cicerone) che Servio Sulpicio, giurista e uomo d'ordine di alta levatura, se ne era più che comprensibilmente adontato assieme al severo M. Porcio Catone, «detto fatto, Servio promosse un giudizio contro Murena, sostenendo che costui si fosse largamente macchiato del *crimen ambitus* [...] così preoccupatissimo per l'eventualità che, in caso di vittoria di Servio Sulpicio, l'odiato Catilina rientrasse in giuoco per le nuove elezioni, Cicerone non esitò, lui console in carica e promotore inoltre, proprio della legge *de ambitu* invocata da Servio, a passar sopra le più elementari esigenze del buon gusto (nonché della stessa amicizia per il grande giurista) e ad assumere personalmente la difesa di Lucio Murena: difesa che manco a dirlo, sfociò nella reiezione dell'istanza avanzata da Servio Sulpicio. Nel corso della sua orazione, Cicerone si occupa anche dei meriti comparativi di Murena, essenzialmente uomo d'armi, e di Servio, uomo interamente dedicato al Foro. Non potendo e non volendo svalutare troppo quest'ultimo, egli si sforza di volgerla in burletta e di sostenere che poco valgono agli occhi del popolo elettore, di fronte alle imprese di un generale vittorioso, le minuzie pensose di un giureconsulto, le sue formule e formulette, i suoi distinguo e, insomma, le manifestazioni della sua *tenuis scientia*. Del che egli passa a dare alcuni esempi chiaramente caricaturali, ma tutti ricalcati su qualcosa di vero della dottrina e della prassi giuridica romana»: GUARINO, *Giuromanistica elementare*, Napoli 2002², 217.

⁵⁹ Circa la riflessione teorica di Quintiliano sull'oratoria è necessario sempre tenere presente l'attività forense dallo stesso esercitata. Stando all'apprezzamento riservato da Marziale a Quintiliano, secondo cui: *Quintiliane, vagae moderator summe iuventae, Gloria Romanae, Quintiliane, togae* (Marz., *epigr.* 2.90.1), è possibile ritenere che l'esercizio dell'avvocatura costitui una parte di non poco conto nella vita professionale che assicurò al retore non solo le insegne consolari, che furono propiziate dall'intervento di Flavio Clemente (Auson., *Grat. act.* 7), ma anche fama imperitura. Nell'*Institutio* lo stesso Quintiliano, con una punta di civetteria da consumato principe del foro, ricorda alcuni processi che conobbero diffusa attenzione di pubblico e che lo videro

apparati generali considerati in se stessi, ossia i testi delle leggi e le regole della consuetudine, che rappresentano puri dati da conoscere.

Il *ius dubium*, invece, è quello dei giuristi, come si legge in

Quint., *Inst. or.* 12.3.7: “[...] *quae consultorum responsis explicantur aut in verborum interpretatione sunt posita aut in recti pravique discrimine* [...]”,

il suo contenuto dipende dalla interpretazione delle parole – magari della legge – o può venire determinato da un giudizio di equità.

Il discorso di Quintiliano sembra orientato a dire che i giuristi servono a ben poco, perché la comprensione precisa delle parole è compito dei retori, mentre il giudizio di equità appartiene a qualunque persona onesta ed a maggior ragione al retore, che rappresenta il *vir bonus* per antonomasia⁶⁰.

Una eco di questo orientamento potremmo – forse già – trovarla in Cicerone nella orazione in difesa di Murena, dove il Retore deve contrastare i *tribunicios furores* ed il *concitatum populum*, ovvero resistere *largitioni* (Cic., *Mur.* 24)⁶¹.

protagonista, tra i quali: la difesa di una donna *quae subiecisse dicebatur mariti testamentum* (Quint., *Inst. or.* 9.2.73) e il patrocinio assunto in difesa della regina Berenice di Giudea (Quint., *Inst. or.* 4.1.19); cfr. KENNEDY, *Quintilian*, New York 1969, 20 ss.; YOUNG-WIDMAIER, *Quintilian's Legal Representation of Julia Berenice*, in *Historia*, 51 (2002) 124 ss. Il Retore tiene, inoltre, a sottolineare che anche quando si trovava in giudizio come parte di un collegio difensivo *fere ponendae a me causae officium exigebatur* (Quint., *Inst. or.* 4.2.86). La sua attività di *togatus* fu, inoltre, così nota che circolavano a Roma alcuni libelli di orazioni che portavano il suo nome, ma dei quali Quintiliano disconosceva la paternità, fatta eccezione per una fatica giovanile in difesa di Nevio di Arpino (Quint., *Inst. or.* 7.2.24). Sul punto, cfr. KENNEDY, *The Art of Rhetoric in the Roman World 300 B.C. – A.D. 300*, New Jersey 1972, 492. Sull'impegno di Quintiliano nella professione legale ponevano l'accento già FROMENT, *Quintilien avocat*, in *Annales de la Faculté des Lettres de Bordeaux*, 2 (1880) 224 ss.; COUSIN, *Études sur Quintilien*, I, *Contribution à la recherche des sources de l'institution Oratoire*, II, *Vocabulaire grec de la terminologie rhétorique dans l'institution oratoire*, Paris 1935-1936 (rist. Amsterdam 1967), in particolare, II, 658 ss. Tuttavia entrambi questi Studiosi sono inclini a privilegiare soprattutto i riflessi delle cognizioni giuridiche del retore ricavabili dall'opera. Di recente, la necessità di valorizzare il carattere pratico dell'*Institutio*, e in particolare il suo stretto rapporto con la prassi delle corti, è stata avvertita da CROOK, *Legal Advocacy in the Roman World*, London 1995, 120 ss.; in quest'ottica cfr. pure MASTROROSA, *Appunti per un lessico giudiziario in Quintiliano*, in *Atti del II Seminario Internazionale di Studi sui Lessici Tecnici Greci e Latini*, Messina, 14-16 dicembre 1995, Napoli 1997, 233 ss.; nonché i contributi raccolti in TELLEGEN-COUPERUS (ed.), *Quintilian and the Law. The art of Persuasion in Law and Politics*, Leuven 2003.

⁶⁰ Quintiliano, proprio perché richiede a chi voglia essere retore la qualifica di *bonus*, si sofferma nelle *Institutiones oratoriae* sulla sua educazione, intento pedagogico che invece è interessante notare manca del tutto in Cicerone, in quanto, osserva il Winterbottom, «at the leading orator of his day, he may have thought it indelicate or superfluous to stress that the perfect orator must be a good man. Moreover, it was not clear that the troubles of Cicero's day were the result of morally bad orators: one had to look back to *Saturninus* and *Glaucia* for examples of the evils caused by unscrupulous use of the words»: WINTERBOTTOM, *Quintilian and the Vir Bonus*, in *JRS.*, 54 (1964) 90.

⁶¹ Cic., *Mur.* 24: “*Summa dignitas est in eis qui militari laude antecellunt; omnia enim quae sunt in imperio et in statu civitatis ab his defendi et firmari putantur; summa etiam utilitas, si quidem eorum consilio*

Ius controversum è altresì sinonimo di *ius varium* nel caso in cui si prospettino più soluzioni e poi si indichi la soluzione giuridica condivisa, l'esito concreto raggiunto nel giudizio, come appare confermato in

Cic., *Caec.* 69: “*Primum utrum recte, an perperam? Si recte, id fuit ius quod iudicatum est; sin aliter, non dubium est utrum iudices an iuris consulti vituperandi sint. Deinde, si de iure vario quippiam iudicatum est, potius contra iuris consultos statu(t)um(s)t, si aliter pronuntiatum est ac Mucio placuit quam ex eorum auctoritate, si, ut Manilius statuebat, sic est iudicatum? Etenim ipse Crassus non ita causam apud C. viros egit ut contra iuris consultos diceret, sed ut hoc doceret, illud quod Scaevola defendebat, non esse iuris, et in eam rem non solum rationes adferret, sed etiam Q. Mucio, socero suo, multisque peritissimis hominibus auctoribus uteretur*”⁶².

Potrebbe ventilarsi in particolare nel brano ciceroniano una ipotesi d'indipendenza del collegio giudicante, per il quale i giudici interpretano gli enunciati della giurisprudenza e scelgono la qualificazione del fatto che secondo loro più si avvicina allo *ius*.

La nozione antitetica, come abbiamo visto, è quella di *ius certum*⁶³. Allora, la definizione moderna del diritto romano come *ius controversum*

*et periculo cum re publica tum etiam nostris rebus perfrui possumus. Gravis etiam illa est et plena dignitatis dicendi facultas quae saepe valuit in consule deligendo, posse consilio atque oratione et senatus et populi et eorum qui res iudicant mentis permovere. Quaeritur consul qui dicendo non numquam comprimat tribunicios viros, qui concitatum populum flectat, qui largitioni resistat. Non mirum, si ob hanc facultatem homines saepe etiam non nobiles consulatum consecuti sunt, praesertim cum haec eadem res plurimas gratias, firmissimas amicitias, maxima studia pariat. Quorum in isto vestro artificio, Sulpici, nihil est”. In ossequio a questa prospettiva, l'oratoria stessa viene affiancata, sia pure in subordine, alla capacità militare: “*Duae sint artes <igitur> quae possint locare homines in amplissimo gradu dignitatis, una imperatoris, altera oratoris boni. Ab hoc enim pacis ornamenta retinentur, ab illo belli pericula repelluntur*” (Cic., *Mur.* 30). Infatti, i *pacis ornamenta retinentur* dall'abile generale, mentre il buon oratore era idoneo a respingere i *belli pericula*; viene, in tal modo, proposta una comunanza tra l'opera svolta dall'*orator* e quella del comandante militare, dirette entrambe alla salvaguardia della *res publica* sebbene con mezzi diversi, adeguati alla sua difesa dalla sedizione interna e dai nemici esterni, in conformità ad un concetto largamente sviluppato anche in altri luoghi ciceroniani. La dottrina civilistica risultava viceversa, secondo l'Arpinate, carente di uno specifico ruolo politico, circostanza che induce a identificare la scelta di coltivarla come espressione di forzata rinunzia al conseguimento dell'obiettivo più elevato, proprio in quanto più funzionale ai fini dell'esercizio delle magistrature, costituito dalla *dicendi consuetudo* (*Mur.* 29). Una interpretazione del passo è stata recentemente offerta da GIUMETTI, *Due strani fratelli* (*Hor., Ep.* 2,2,87-89). *La rappresentazione letteraria della figura del retore e del giurista tra I secolo a.C. ed il I secolo d.C.*, in PALMA (cur.), *Riflessioni sulla negozialità. Profili storico-comparativi*, Napoli 2013, 103 ss.*

⁶² Nel brano, a detta della Tamburi, l'Arpinate intende dimostrare che da qualsiasi punto di vista si guardi la relazione tra *iudicatum* e *responsum* non è possibile mettere in discussione l'assioma secondo cui una decisione *de iure* deve corrispondere a un'*opinio iurisconsultorum*: TAMBURI, *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana*, I, cit., 31. Questo avviene in una visione che, secondo il Talamanca, sintetizza la «concezione tradizionale del ruolo del giurista, in definitiva sottoposto solo al controllo, ancorché indiretto, della comunità»: TALAMANCA, *L'oratore, il giurista, il diritto nel de oratore di Cicerone*, in *Ciceroniana*, XIII (2009) 34. Il Tondo parla invece di «ruolo normativo del *ius prudentium*»: TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, I, Milano 1981, 408 ss.

⁶³ Cfr. Quint., *Inst. or.* 12.3.6; *Vat. Frag.* 125: “[...] *Olim varie observabatur circa numerum tutelarum, sed hodie certo iure utimur tam ex rescriptis divorum quam ex constitutionibus imperatorum nostrorum* [...]”.

appare invero eccedente rispetto all'uso linguistico antico ed eleva la presenza di *iura controversa* a tratto distintivo dell'esperienza giuridica romana nel suo complesso come risolto del ruolo che vi svolgevano i giuristi.

5. – *Lo ius controversum come elemento costitutivo del diritto.* Lo *ius controversum* inteso come presenza di regole discordanti negli scritti dei giuristi, non è affatto un'evenienza occasionale – dovuta alla pura e semplice presenza di opinioni divergenti – ma sottintende, invece, un impianto di lavoro di cui il giurista deve farsi carico in modo preciso, per dare un assetto razionale alle questioni portate in giudizio. *Ius controversum* poi è segnalato anche come diritto scaturente dal dibattito interno al collegio giudicante. Il pretore prima e il principe poi godevano infatti di un collegio consultivo piuttosto attrezzato, e, dunque, spesso la risposta giurisdizionale teneva conto sia del dibattito sviluppatosi, sia delle conseguenze derivanti dalle diverse soluzioni attuabili, sia infine dei profili politici ad esse connessi.

Dalla fine del secolo scorso ed ancora nel primo decennio di questo secolo, la circostanza che la moderna riflessione abbia avuto coscienza del ruolo essenziale rivestito dalla giurisprudenza nell'esperienza giuridica romana ha, in effetti, spinto la dottrina a privilegiare un ulteriore ripensamento sugli stili di lavoro, sulle interazioni tra *interpretatio*, previsioni legislative e magistratuali, sui percorsi, anche logici, attraverso i quali nacquero e si confrontarono per secoli le soluzioni che la giurisprudenza elaborò affrontando una lunghissima serie di casi.

Valorizzato è dunque il “momento casistico”⁶⁴, nel senso topico, all'interno dell'elaborazione di un diritto giurisprudenziale con carattere di ‘scientificità’ (dove la pluralità di opinioni si attua all'interno di un “sistema aperto” controllato nella sua razionalità interna dalla coerenza delle soluzioni pratiche⁶⁵): momento casistico consistente nell'analisi degli elementi fattuali, dove le soluzioni di casi precedenti vengono utilizzate per la ‘diagnosi’ del nuovo caso sottoposto all'attenzione del giurista. Non è mancato comunque chi, come il Bretone⁶⁶, ha avvertito di assumere la consapevolezza della difficoltà dell'analisi delle fonti giurisprudenziali, dato l'impianto della compilazione giustiniana, che rende difficile una

⁶⁴ VACCA, *Casistica giurisprudenziale e concettualizzazione romanistica*, in *Atti del Convegno, Legge, Giudici e Giuristi*, Cagliari, 18-21 Maggio 1981, Milano 1982, 78 ss.; EAD., *Analogia e Diritto Casistico*, in *Studi in onore di C.A. Cannata*, Neuchatel 1999, 23 ss.

⁶⁵ Sulla distinzione tra sistemi giuridici aperti e chiusi si rinvia a VINCENZI, *Intorno alla distinzione tra sistemi giuridici «aperti» e «chiusi»*, in *Giurisprudenza Italiana* (2000) 1775 (= ID., *L'universo dei giuristi, giudici, legislatori. Contro la mitologia giuridica*, Padova 2003, 73 ss.); SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto*, cit., 23 ss.

⁶⁶ BRETONE, *Ius controversum*, cit., 759 ss.

ricostruzione attendibile del procedimento euristico ed interpretativo di volta in volta utilizzato da ciascun giurista.

Complesso appare poi il dialogo tra giuristi e principi, dialogo che si manifesta nel binomio *constitutio – interpretatio*, negli interventi correttivi dei giurisperiti nei riguardi di decisioni imperiali⁶⁷, nella recezione di orientamenti giurisprudenziali in decisioni imperiali⁶⁸, a riprova della rilevanza di un dialogo costante tra *prudentes* e *principes*, veicolato principalmente – ma non solo – dalla presenza dei giuristi nei *consilia principum*⁶⁹.

Il configurare l'elaborazione dottrinale dei *prudentes* come la base di tutto l'edificio giuridico romanistico enfatizza così le possibilità interpretative fondate sulla *scientia iuris* e la cognizione che, nei meccanismi che rendono quei processi ermeneutici produttivi di nuovo diritto, si ritrovi la natura stessa del diritto controverso come diritto scientifico e dottrinale. In questi termini, tuttavia è forte la consapevolezza che lo *ius controversum* presupponga un nesso stretto tra il dato normativo e la tutela giurisdizionale.

I giuristi prestavano, dunque, attenzione alle sentenze dei giudici e questo meccanismo conduceva sia al formarsi di una *communis opinio* che, in provincia, all'assicurare rilievo alle consuetudini locali⁷⁰.

Ma questa linea interpretativa prospetta una breccia sistematica: se il diritto giurisprudenziale è per sua stessa natura attento al profilo dell'efficacia, della tutela assicurata in concreto, al piano giurisdizionale, alle posizioni eventualmente concorrenti, allora il dissenso tra giudicati pone un elemento di instabilità, che non rappresenta invero un momento di rottura del sistema, ma riconosce la necessità di un suo adeguamento

⁶⁷ Quale quello descritto in Gai 2.280: “Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit, qui fideicommissum debet; legatorum vero usurae non debentur; idque rescripto divi Hadriani significatur. Scio tamen Iuliano placuisse, in eo legato, quod sinendi modo relinquitur idem iuris esse quod in fideicommissis; quam sententiam et his temporibus magis optinere video.”.

⁶⁸ Gai 2.195: “In eo solo dissentiunt prudentes, quod Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores, quod ita legatum sit statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse, sed posteaquam scierit et omiserit legatum, proinde esse atque si legatum non esset; Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere. Sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti videmur, quod Proculo placuit; nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniae, ‘Deliberent’, inquit, ‘decuriones, an ad se velint pertinere, proinde ac si uni legatus esset?’ e D. 35.1.7.pr. (Ulp. 18 ad Sab.): “Mucianae cautionis utilitas consistit in condicionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, ut puta ‘si in Capitolium non ascenderit’ ‘si Stichum non manumiserit’ et in similibus; et ita Aristoni et Neratio et Iuliano visum est: quae sententia et constitutione divi Pii comprobata est. nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est.”.

⁶⁹ Sulla struttura e funzione del *consilium principis*, per tutti, AMARELLI, *Consilia Principum*, Napoli 1983, 26 ss.

⁷⁰ MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs. Mit Beitr. zur Kenntnis des griechischen Rechts und der spät-römischen Rechtsentwicklung*, Leipzig 1891, 10 ss.; TAUBENSCHLAG, *Le droit local dans les constitutions prédiocletianiens*, in *Mélanges de droit Romain dédiés a Georges Cornil*, II, Paris 1926, 499 ss.

alle nuove e mutevoli istanze sociali. Il diritto alla luce di una simile impostazione non resta, pertanto, controverso su un mero piano retorico, ma lo è anche in senso oggettivo, anzi il suo essere controverso ne è carattere costitutivo: e qui la retorica viene in aiuto alla tecnica, ponendo le condizioni di fondo perché la controvertibilità del diritto assuma rilievo sistematico.

Si legga in proposito la celebre *disputatio* di Servio Sulpicio Galba di cui ci offre testimonianza

Cic., *de Orat.* 1.56.239-240⁷¹: “*quaero igitur, quid adiuverit oratorem in his causis iuris scientia, cum hic iuris consultus superior fuerit discessurus, qui esset non suo artificio, sed alieno, hoc est, non iuris scientia, sed eloquentia, sustentatus. Equidem hoc saepe audivi cum aedilitate P. Crassus peteret eumque maior natu et iam consularis Ser. Galba adsectaretur, quod Crassi filiam Gaio suo despondisset, accessisse ad Crassum consulendi causa quendam rusticum, qui cum Crassum seduxisset atque ad eum rettulisset responsumque ab eo verum magis quam ad suam rem accommodatum abstulisset, ut eum tristem Galba vidit, nomine appellavit quaesivitque, qua de re ad Crassum rettulisset; ex quo ut audivit commotumque ut vidit hominem, [240] “Suspenso” inquit “animo et occupato Crassum tibi respondisse video”, deinde ipsum Crassum manu prehendit et “Heus tu”, inquit “quid tibi in mentem venit ita respondere?” Tum ille fidenter homo peritissimus confirmare ita se rem habere, ut respondisset, nec dubium esse posse; Galba autem adludens varie et copiose multas similitudines adferre multaque pro aequitate contra ius dicere; atque illum, cum disserendo par esse non posset – quamquam fuit Crassus in numero disertorum, sed par Galbae nullo modo – ad auctores confugisse et id, quod ipse diceret, et in P. Muci fratris sui libris et in Sex. Aeli commentariis scriptum protulisse ac tamen concessisse Galbae disputationem sibi probabilem et prope veram videri”.*

In questo caso tanto l'aspetto retorico quanto quello tecnico sembrano essere due modi complementari di riferirsi allo stesso fenomeno, ed i piani sui quali si snoda la natura controversa del diritto sono tanto quello scientifico del giurista e quanto quello pragmatico del magistrato, il quale doveva muoversi fra diverse opinioni, seguirne una e rifiutare le altre senza evitare, com'è ovvio, che nuove controversie potessero nascere attorno all'interpretazione e applicazione delle decisioni. Dunque, lo *ius controversum* si configura identificandosi anche con la prassi controversiale e giudiziale.

⁷¹Come è stato notato da Aldo Schiavone la vicenda cui si riferisce il passo ha, in seno al racconto ciceroniano, due funzioni. Oltre a quella più scoperta di esemplificare l'idea secondo la quale la *peritia iuris* non fosse necessaria per prevalere in un dibattito su un tema giuridico, Cicerone poneva l'episodio come premessa – seppure forzata – alla *causa Curiana*. Essa testimonia, come osserva lo Schiavone, «dell'esistenza e della piena legittimità culturale, già negli ultimi decenni del II secolo, all'interno dei gruppi aristocratici, di due modelli di responso, entrambi identificabili e giustificabili, sia pure su piani diversi: l'uno “vero” (rispetto alle tradizioni del sapere giuridico della città), l'altro costruito sugli interessi da proteggere (*ad suam rem accomodatum*)». Una contrapposizione che, come spiega lo Schiavone, non può essere apiattita in un contrasto tra vecchio e nuovo, perché entrambi giustificabili all'interno di quella chelo Studioso chiama «razionalità aristocratica» ove si avverte l'esistenza di «un legame nuovo fra logica ed etica del responso, fra rigore del sapere giuridico e prestigio morale e civile che ne derivava»: SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 150.

Com'è noto il sistema processuale romano affidava ad un non giurista la definizione delle controversie, tale sistema potrebbe apparire – per dirla con il Talamanca – «sconvolgente agli occhi moderni»⁷², con ciò confermando l'idea graniticamente consolidatasi in dottrina del diritto romano come un “diritto di giuristi” all'interno del quale il momento processuale viene inteso a guisa di strumento che tramuta una riflessione culturale in attività nomopoietica.

Il giurista sarebbe in questa visione il vero demiurgo del diritto, infatti lo avrebbe creato operando in una continua tensione dialettica tra *scholae* contrapposte, da cui germinava, per l'appunto, lo *ius controversum* nella sua dimensione sapienziale.

Un simile diritto si inseriva nel dialogo del tutto scientifico di caratteri autoreferenziali tra giuristi e l'ultimo destinatario sarebbe stato rappresentato dallo *iudex privatus* investito della cognizione della controversia, già enucleata e risolta dal *iurisperitus*, che nel frattempo avrebbe provveduto a tramutare il fatto in fattispecie, sfrondandone gli aspetti radicati nella realtà fattuale ed elevandolo a caso emblematico.

Invero, da una analisi non ideologica delle fonti, la creazione del diritto non appare ricollegabile esclusivamente al *responsum* del singolo giurista – per quanto autorevole – ma deve essere collegata agli esiti finali elaborati nella fase *apud iudicem* delle controversie giudiziarie, instaurate in molti casi sulla base di un dato parere giurisprudenziale, ma risolte sempre con una *sententia* che, esprimendo una carica valoriale condivisa, veniva accettata e recepita dalla comunità.

Il giurista è ben consapevole, in realtà, che il suo *responsum* non è una elaborazione concettuale destinata, per sua natura, al dibattito dell'accademia, al circuito delle idee, ma piuttosto uno schema teorico inteso a risolvere una specifica controversia e che proprio in vista di questo scopo richiede l'accoglimento da parte del *iudex privatus*⁷³.

La conflittualità in sede di teoresi non poteva non ripercuotersi sul piano della prassi, originando contrapposte pretese generative di diverse controversie giudiziarie nelle quali le *opiniones*, le *auctoritates* dei diversi *iurisconsulti* in concorrenza dovevano fornire i contenuti delle

⁷² TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Atti della 51ª Sessione della SIHDA, Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité*, Soveria Mannelli 1999, 170. Per quanto riguarda la visione di Talamanca sul problema dello *ius controversum* v. l'attenta disamina offerta da MANTOVANI, *La scienza giuridica dei 'prudentes' romani nella storiografia di Mario Talamanca*, in CAPOGROSSI COLOGNESI, FINAZZI (cur.), *Ricordo di Mario Talamanca. Atti della giornata di studi Roma 21 maggio 2010 Sapienza Università di Roma*, Napoli 2012, 187 ss.

⁷³ Cfr. GIUNTI, *Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in *Iura*, LXI (2013) 53 ss.

argomentazione degli oratori, impegnati nell'opera di convincimento del giudice⁷⁴.

Sul punto basti vedere quanto Cicerone afferma in

Cic., *de Orat.* 1.241-242: “*Ac tamen, quae causae sunt eius modi, ut de earum iure dubium esse non possit, omnino in iudicium vocari non solent. Num quis eo testamento, quod paterfamilias ante fecit quam ei filius natus esset, hereditatem petit? Nemo; quia constat agnascendo rumpi testamentum; ergo in hoc genere iuris iudicia nulla sunt. licet igitur impune oratori omnem hanc partem iuris non controversi ignorare, quae pars sine dubio multo maxima est; [242] in eo autem iure, quod ambigitur inter peritissimos, non est difficile oratori eius partis, quamcumque defendet, auctorem aliquem invenire; a quo cum amentatas hastas acceperit, ipse eas oratoris lacertis viribusque torquebit. Nisi vero – bona venia huius optimi viri dixerim – Scaevolae tu libellis aut praeceptis soceri tui causam M. Curi defendisti, non adripuisti patrociniū aequitatis et defensionem testamentorum ac voluntatis mortuorum*”⁷⁵,

ed in

Cic., *de Orat.* 1.250: “*Ac si iam sit causa aliqua ad nos delata obscurior, difficile, credo, sit, cum hoc Scaevola communicare; quamquam ipsi omnia, quorum negotium est, consulta ad nos et exquisita deferunt [...]*”⁷⁶.

⁷⁴ Ricordando che «the composition of juries changed during the Late Republic, these juries were always composed of wealthy and relatively well-educated adult male Roman citizens – not legal experts»: ALEXANDER, *The Repudiated Technicality in Roman Forensic Oratory*, in HOEFLICH (ed.) *Lex et Romanitas. Essays for Alan Watson*, California 2009, 60, il compito dell'orator, come ha osservato CROOK, *Legal Advocacy in the Roman World*, London 1995, 18, non era quello di «überzeugen» sull'esatta applicabilità della norma alla fattispecie concreta quanto, piuttosto, quello di «überreden» gli animi dei giurati sulla probità dell'accusato, anche se è necessario precisare che l'uditorio cui era volta l'attenzione dell'oratore era composto da «men possessing the level of familiarity with Roman Law that the typical Roman rhetorical education supplied». Dire che l'oratore destinasse le sue argomentazioni alla giuria può sembrare un'affermazione ovvia sulla quale, comunque, mi sembra opportuno soffermarmi brevemente. Due passi del *Brutus* (200; 290) indurrebbero a pensare che l'orator non si rivolgesse propriamente alla giuria quanto piuttosto alla *corona* di curiosi che assisteva al dibattito; ma a ben vedere mi sembra possa condividersi pienamente la tesi dell'Alexander quando sostiene che il punto di vista di Cicerone: «is not that the orator should play to the gallery. Rather, in order for oratory to be judged effective, it must engage and maintain the interest of those who are not experts in rhetoric, and this interest is registered in, or fails to be registered in, the reaction of laypeople»: ALEXANDER, *The Repudiated Technicality*, cit., 62. Secondo BERRY, *Cicero. Pro P. Sulla Oratio*, Cambridge 1996, 198, la preoccupazione principale degli oratori era di persuadere non solo i giurati, ma altresì il pubblico comune che assisteva alla causa.

⁷⁵ Antonio accetta la presenza del *ius controversum* senza proporsi di ricondurlo a un ordine, ma dichiarando che l'oratore può padroneggiarlo semplicemente con le armi dell'argomentazione, sul punto, v. TALAMANCA, *Problemi del 'de oratore'*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XVII (2004) 13 ss.

⁷⁶ Nel passo la riflessione di Antonio si concentra sull'inutilità per l'oratore dell'apprendimento del diritto civile, *contortas res et saepe difficiles*. Egli rifiuta l'idea che, pur senza averli studiati, l'oratore possa ben riuscire a comprendere le *leges* e gli *hominum peritorum responsa*. Dunque, nota, sarà sufficiente conoscere quel tanto di diritto *ne in nostra patria peregrini atque advenae esse videamur*: un rimando implicito all'idea che il *ius* fosse un elemento identitario della romanità, almeno per quanti si riconoscevano nei valori del ceto dirigente romano, non conoscerlo, non sapersi almeno orientare tra i suoi rudimenti, equivaleva ad essere *peregrini* nella propria città, cfr. da TAMBURI, *Il ruolo del giurista*, cit., 142.

Se i giuristi professavano *diversas inter se opiniones*, la loro assidua frequentazione del Foro era funzionale all'affermazione in sede giudiziaria della rispettiva *opinio*, che altrimenti sarebbe rimasta relegata alla mera disputa scientifica.

Non sarebbe stata possibile una *disputatio fori* che non fosse finalizzata al far prevalere una tra le molteplici *interpretationes* di matrice giurisprudenziale vertenti sulla *lis*⁷⁷ e, di conseguenza, volta a suffragare una domanda giudiziale sulle altre.

Il *responsum*, dunque, ha come interlocutore diretto e non ultimo proprio il *iudex*⁷⁸, mirando a persuaderlo anziché a far valere il proprio carattere autoritativo: in altri termini, come è stato rilevato dallo Stolfi e dal Lantella, il parere giurisprudenziale ha nei confronti del *iudex* una valenza suasoria e non iussiva⁷⁹, non vincolando all'osservanza di una decisione, ma piuttosto mirando a convincere sulla sua intrinseca correttezza alla luce delle *rationes* che vi erano sottese.

6. – *L'officium del giudicante nel processo privato romano*. Il tema centrale della nostra riflessione, circa la natura controversiale del diritto romano come *ius* affidato anche alle decisioni dei giudici e non solo ai giuristi, richiede certo una ricognizione, sia pure sommaria, alla luce delle ricerche più recenti, intorno a coloro che occasionalmente erano chiamati a rivestire l'*officium* del giudicante nei processi privati romani⁸⁰.

Significativo, al riguardo, il seguente passo ciceroniano dove il giudice viene tratteggiato come “strumento vocale del diritto”:

Cic., *Caec.* 25.70⁸¹: “*Nam qui ius civile contemnendum putat, is vincula revellit non modo iudiciorum sed etiam utilitatis vitaeque communis; qui autem interpretes iuris vituperat, si imperitos iuris esse dicit, de hominibus, non de iure civili detrahit; sin peritis non putat esse obtemperandum, non homines laedit, sed leges ac iura labefactat. Quod vobis venire in mentem profecto necesse est, nihil esse in civitate tam diligenter quam ius civile retinendum. Etenim hoc sublato nihil est qua re exploratum cuiquam possit esse quid suum aut quid alienum sit, nihil est*

⁷⁷ ZABLOCKA, *La costituzione del «cognitor» nel processo romano classico*, in *Index*, 12 (1984) 140: «con il termine *lis*, nel suo significato non tecnico, si indicava ogni controversia, ogni vertenza: «*itaque quibus res erat in controversia ea vocabatur lis*» (Varr., *L. l.* 7.93). Ma, oltre che «lite», «controversia», «processo», «vertenza legale», «*lis*» indicava anche l'«oggetto» della vertenza».

⁷⁸ Si veda Gai 1.7: “*Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiant, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur*”.

⁷⁹ LANTELLA, STOLFI, *Profili diaconici di diritto romano*, Torino 2005, 171 ss.

⁸⁰ Per una attenta analisi dell'*officium iudicandi*, in particolare sotto l'aspetto delle cause di esenzione, si veda il recente contributo offerto da RAMPAZZO, *Osservazioni sulle cause di esenzione dall'«officium iudicandi»*, in GAROFALO (cur.), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, III, Padova 2015, 491 ss.

⁸¹ Il passo rappresenta secondo lo Schiavone «il luogo di fondazione del discorso occidentale sulla neutralità del diritto»: SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto*, cit., 250; una attenta analisi del brano ciceroniano è offerto da TAMBURI, *Il ruolo del giurista*, cit., 27 nt. 68, 31 ss., 44.

quod aequabile inter omnis atque unum omnibus esse possit. [71] Itaque in ceteris controversiis atque iudiciis cum quaeritur aliquid factum necne sit, verum an falsum proferatur, et fictus testis subornari solet et interponi falsae tabulae, non numquam honesto ac probabili nomine bono viro iudici error obici, improbo facultas dari ut, cum sciens perperam iudicavit, testem tamen aut tabulas secutus esse videatur. In iure nihil est eius modi, recuperatores, non tabulae falsae, non testis improbus, denique nimia ista quae dominatur in civitate potentia in hoc solo genere quiescit; quid agat, quo modo adgrediatur iudicem, qua denique digitum proferat, non habet. [72] Illud enim potest dici iudici ab aliquo non tam verecundo homine quam gratioso: "Iudica hoc factum esse aut numquam esse factum; crede huic testi, has comproba tabulas"; – hoc non potest: "Statue cui filius agnatus sit, eius testamentum non esse ruptum; iudica quod mulier sine tutore auctore promiserit, deberi." Non est aditus ad huiusce modi res neque potentiae cuiusquam neque gratiae; denique, quo minus hoc sanctiusque videatur, ne pretio quidem corrumpi iudex in eius modi causa potest. [73] Iste vester testis qui ausus est dicere fecisse videri eum de quo ne cuius rei argueretur quidem scire potuit, is ipse numquam auderet iudicare deberi viro dotem quam mulier nullo auctore dixisset [...]"

La quotidiana giustizia del fatto rappresenta il compito fondamentale, e più prezioso, affidato all'opera dei giuristi, massima deve essere la cura da rivolgere al diritto civile che rappresenta la garanzia più tenace della collettività. In questa attività di tutela della *civitas* svolgono un ruolo primario i giudici la fisionomia dei quali, sebbene nella pratica dei tribunali non ne potessero mancare di disonesti, normalmente rispondeva a quella di privati cittadini, con peculiari qualità personali, estratti dall'*album iudiciorum selectorum* preparato dal pretore con nomi di persone rispettabili, di fama irreprensibile, con adeguata posizione sociale, di condotta improntata a senso del bene, ragionevolezza e giustizia, nonché indipendenti e ricchi in una misura tale da non essere esposti alle intimidazioni o alle lusinghe della corruzione⁸².

La testimonianza oraziana, al riguardo, è molto eloquente nel rappresentare la figura del *iudex*⁸³ tra gli esempi di *vir bonus*⁸⁴, che in

⁸² Cfr. VENTURINI, *La responsabilità del giudice in età classica tra negligenza e corruzione*, in *Index*, XLI (2013) 455 ss; SCEVOLA, *La responsabilità del 'iudex privatus'*, Milano 2004, 540; DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardo antico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 281 e nt. 334; LAMBERTINI, *Cons. 8: il 'vetus iurisconsultus' e il giudice in causa propria (Aspetti della responsabilità del giudice nel tardoantico)*, in *Atti del Convegno, Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C.*, Parma 18-19 giugno 2009, Parma 2010, in particolare 91 ss.

⁸³ Circa la preparazione dei giudici SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. NOCERA, Firenze 1968, 9: «il *iudex* classico non era un giurista, o lo era soltanto per accidens: ad occhi romani la conoscenza professionale del diritto non era parte delle sue qualificazioni; egli era il rappresentante del senso comune».

⁸⁴ Delinea una fisionomia di *vir bonus* con un'attenzione rivolta a taluni profili particolari ALBANESE, *La sponsio processuale sulla qualifica di vir bonus*, in *SDHI*, 60 (1994) 135 ss.; si riallaccia a questo studio FALCONE, *L'attribuzione della qualifica di 'vir bonus' nella prassi giudiziaria di età repubblicana (a proposito di Cato, or. Fig. 186 Sblend. = 206 (Malc.))*, in *AUPA*, LIV (2010-2011) 60 ss.; interessanti sul punto i contributi raccolti in LOVATO (cur.), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica. Incontro di studio*, Trani, 28-29 ottobre 2011, Bari 2013, 19 ss., di particolare interesse ai nostri fini il saggio ivi contenuto di FALCONE, *L'attribuzione della qualifica di 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana. Con un'appendice su optimum, probus, fortis*, cit., 39 ss.

quanto tale doveva essere, tra l'altro, necessariamente terzo rispetto alle parti⁸⁵:

Hor., *epist.* 1.16.40: “*Vir bonus est quis? ‘Qui consulta patrum, qui leges iuraque seruat, quo multae magnaeeque secantur iudice lites, quo res sponsore et quo causae teste tenentur’*”⁸⁶.

Ciò detto, alla domanda se esistesse una “categoria sociale generale” cui appartenessero gli individui che ricoprivano l’incarico di giudici, la risposta in dottrina è stata sempre piuttosto univoca: per tutti, il Burdese⁸⁷, partendo dagli studi compiuti dal De Martino⁸⁸, parla di «normale appartenenza del giudice ad elevati ceti sociali». Sulla stessa linea si dipana la lista di *iudices* redatta dal Collinet⁸⁹, il quale, utilizzando fonti giuridiche e letterarie della tradizione manoscritta, ha, di fatto, ampliato una lista di giudici più circoscritta predisposta nel 1886 dal Ubbelohde⁹⁰, nella

⁸⁵ La terzietà dell’organo giudicante nel pensiero, ad esempio, di Cicerone è funzionalmente connessa e complementare alla parità d’armi ed alla identità di *status* tra accusatore ed accusato, sul punto cfr. CERAMI, «*Aequum iudicium*» e «*giusto processo*». *Prospettive romane e moderne*, in CERAMI, DI CHIARA, MICELI (CURT.), *Profili processualistici dell’esperienza giuridica europea. Dall’esperienza romana all’esperienza moderna*, Torino 2003, 10. Lo studioso sottolinea che «per Cicerone non sussiste effettiva terzietà qualora il collegio giudicante risulti composto in modo diverso da quello previsto dalla legge istitutiva (arg. da *pro Cluent.* 92), ovvero nel caso in cui risulti attribuito all’accusatore un ruolo preminente e determinante nella costituzione dello stesso collegio (arg. da *pro Planc.* 15.36; 16.38-40), contrariamente ad un capitale principio dei *maiores*, in base al quale può essere giudice soltanto colui sul quale i contendenti si siano accordati: ‘*ne pecuniam quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset*’ (*pro Cluent.* 120)»: *ibidem*.

⁸⁶ Il più recente richiamo giuridico a questo passo della satira oraziana si trova in FALCONE, *La formula “ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione” e la nozione di “vir bonus”*, in *Fundamina. A journal of legal History*, 20 (2014) 272.

⁸⁷ BURDESE, *Sulla responsabilità del ‘iudex privatus’ nel processo formulare*, in *Diritto e processo nell’esperienza giuridica romana*, Napoli 1994, 153-186, in part. 185 (= ID., *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994, 77 ss.).

⁸⁸ DE MARTINO, *‘Litem suam facere’*, in *BIDR.*, 91 (1988) 1 ss., part. 35 (= ID., *Diritto, economia e società nel mondo romano*, I, Napoli 1995, 687 ss.).

⁸⁹ COLLINET, *Le rôle des juges dans la formation du droit romain classique*, in *Recueil Gény*, I, Paris 1934, 23 ss., in part. 25, per il quale «*mais, qu’il soit choisi au gré des parties ou qu’il soit pris sur l’album iudicum, le iudex unus normalmente ne sera pas à un home sans connaissance juridique ou au moins sans l’expérience des affaires ou sans culture, pas plus que les plaideurs d’aujourd’hui ne prendraient pour arbitre le premier venu. Au second cas, les jurés de l’album sont par leurs titres même, des personnages qualifiés et ayant, comme les Romains bien nés, étudié le droit ou au moins la rhétorique*». Con la affermazione del Collinet si confronti FRIER, *The Rise of the Roman Jurists. Studies in Cicero’s Pro Caecina*, Princeton 1985, 199: «*during the late Republic, private lawsuits were usually decided by members of Rome’s upper classes, who were chosen for this role because of their status*»; da ultimo cfr. GAGLIARDI, *La figura del giudice privato del processo civile romano. Per un’analisi storico-sociologica sulla base delle fonti letterarie (da Plauto a Macrobio)*, in CANTARELLA, GAGLIARDI (CURT.), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano 2007, 199, dal quale si ricava buona parte della bibliografia qui citata.

⁹⁰ Come osserva il Gagliardi (*La figura del giudice privato*, cit., 200 nt. 6), il Collinet aveva ampliato una lista di *iudices* predisposta da A. Ubbelohde in HARTMANN, *Der ordo iudiciorum und die iudicia extraordinaria der Römer*, hrsg. von UBBELOHDE, Göttingen 1886, 557-569 (cfr. COLLINET, *Le rôle des juges*, cit., 30 nt. 7). Un altro nome di giudice (*Caius Blossius Celadus*) è stato possibile

quale compaiono personaggi di altissimo ordine e di primo profilo: Publio Mucio Scevola, Caio Mario, Marco Porcio Catone (padre dell'Uticense), Caio Aquilio Gallo, Marco Tullio Cicerone, Publio Ovidio Nasone, Plinio il Giovane, Aulo Gellio. Se un simile elenco parebbe confermare in pieno l'ipotesi di giudici civili contraddistinti sempre da un alto *status* sociale e da competenza giuridica, in realtà, in una recente indagine, il Gagliardi⁹¹ ha evidenziato come vi siano molte fonti letterarie che consentono di ricavare ulteriori preziose informazioni sulla persona del *iudex privatus*, permettendo di aggiungere qualche altro nome di giudicante in calce agli elenchi redatti da Ubbelohde e Collinet. Queste fonti presentano indizi circa l'esistenza di un "mondo sommerso" di giudici, parallelo a quello che emerge dalla tradizione letteraria colta e che si palesa, particolarmente, nelle commedie di Plauto⁹² e di Terenzio⁹³. A ciò va aggiunto quanto ci riporta Giovenale nella sua settima satira:

Iuv., *sat.* vv. 7.115-117: "[...] *Consedere duces, surgis tu pallidus Aïax / dicturus dubia pro libertate bubulco / iudice* [...]",

dove si ricorda al difensore in giudizio come dopo essersi faticosamente formato nelle scuole retoriche⁹⁴ si ritroverà immancabilmente a discutere al cospetto di un giudice del tutto ignorante di diritto (*bubulco iudice*).

Anche nelle Verrine di Cicerone si ha l'opportunità di incontrare nuove figure di giudici che vengono indicati nominativamente e sebbene – evidenzia il Gagliardi⁹⁵ – non si tratti propriamente di figure di *iudex unus*, come tutti quelli fatti rientrare dal Collinet nel proprio elenco, bensì di *recuperatores*, possono comunque essere forieri di utili informazioni circa lo *status* sociale dei giudici in generale, almeno nella provincia di Sicilia.

Quali persone dunque venivano nominate da quello che l'Arpinate non mancherà di indicare nella sua accusa come *labem atque perniciem provincia Siciliae*⁹⁶? Si trattava di giudici scelti da Verre tra i membri della

conoscere in età successiva a quella in cui investiga il Collinet, grazie alla testimonianza epigrafica di TPSulp. 31.

⁹¹ GAGLIARDI, *La figura del giudice privato*, cit., 199 ss.

⁹² Plaut., *Merc.* 272-273; 277-278; *Rud.* 1378-1384.

⁹³ Ter., *Heaut.* 498-502. Il Gagliardi precisa come sia nelle commedie plautine che in quelle terenziane «nulla è reale e tutto è immaginario, ma è comunque evidente che ogni rappresentazione teatrale deve, entro certi limiti, rispecchiare la realtà e perciò, fintantoché sia presumibile l'appiglio con il reale, può essere compiuto un uso accorto e critico delle rappresentazioni di fantasia»: GAGLIARDI, *La figura del giudice privato*, cit., 202.

⁹⁴ Agli strali scagliati da Giovenale contro i giudici ignoranti si aggiungano quelli che il poeta riserva alle scuole provinciali di retorica, che erano di pessimo livello, in quanto rette da maestri impreparati, tali da spingere gli allievi non solo a schernirli, ma, addirittura, a percuoterli, v. MARTYN, *Juvenal on Latin Oratory*, in *Hermes*, 92 (1964) 122 nt. 4.

⁹⁵ GAGLIARDI, *La figura del giudice privato*, cit., 203.

⁹⁶ Cic., *Verr.* 1.1. Sulla scelta dei vocaboli utilizzati per descrivere l'imputato o meglio

sua corte: l'aruspice Volusio e il medico Cornelio Artemidoro di Perga⁹⁷; il banditore Valerio⁹⁸; il pittore Tlepolemo Cornelio ed altri⁹⁹. Si trattava certo di *cives romani*, molti dei quali schiavi liberati, e comunque tutti di origine modestissima¹⁰⁰, tanto che Cicerone ricorda ironicamente che solo ai casi più complessi era riservata l'autorevolezza di Papirio Potamone, *Cassianus iudex, homo severus, ex vetere illa equestri disciplina*¹⁰¹.

Simili osservazioni circa l'estrazione dei giudici e la loro inesistente preparazione tecnica, dolosamente predisposta dal potente del momento, vengono fatte da Cicerone nelle Filippiche, nei passi in cui l'oratore contesta la riforma di Antonio, che aveva introdotto una terza decuria oltre alle due dei senatori e dei cavalieri, da cui nominare i giudici. Precisa Cicerone che, in modo simile a quanto aveva fatto Verre, anche Antonio aveva inserito nella lista ballerini (*saltatores*) e suonatori di cetra (*citharistas*), insomma tutti i suoi compagni di baldorie, come si legge in

Cic., *Phil.* 5.6: "Atque ego de notis iudicibus dixi: quos minus nostis nolui nominare: saltatores, citharistas, totum denique comissionis Antonianae chorum in tertiam decuriam iudicum scitote esse coniectum [...]"¹⁰².

In molti casi, poi, i giudici provenivano dai piccoli centri e Quintiliano

la condotta moralmente deprecabile di quest'ultimo è interessante quanto nota la Citroni Marchetti: «la partecipazione civile che già nella *Pro Roscio* l'oratore porta alla causa diviene intenso coinvolgimento personale nelle *Verrinae*. Ciò determina anche un cambiamento nel modo di descrizione dell'accusato, del malvagio. Poiché l'oratore stesso si modifica e la sua psicologia si determina attraverso il rapporto con l'altro, la rappresentazione di entrambi ne risentirà: emergeranno, in particolare, gli elementi di emotività. Ciò è visibile già nella *Divinatio in Caecilium*, nell'impostazione del rapporto con Verre. I tratti negativi di Verre sono quelli usuali: *luxuries, crudelitas, avaritia, cupiditas, audacia, scelus*. Nuovo, e pertinente alla sua potenza pubblica, ufficiale, è il tratto della superbia. La parola che Cicerone sceglie come definitoria è *improbitas*: Verre rappresenta l'*improbitas* stessa, la disonestà malvagia che l'oratore si assume il compito di cancellare dallo stato romano»: CITRONI MARCHETTI, *L'avvocato, il giudice, il «reus» (la psicologia della colpa e del vizio nelle opere retoriche e nelle prime orazioni di Cicerone)*, in *Materiali e discussioni per l'analisi dei testi classici*, 17 (1986) 114.

⁹⁷ Cic., *Verr.* II.3.11.28.

⁹⁸ Cic., *Verr.* II.3.21.54

⁹⁹ Cic., *Verr.* II.2.38.69

¹⁰⁰ Cfr. GAGLIARDI, *La figura del giudice privato*, cit., 204; GENOVESE, *Gli interventi interdittali di Verre in materia di decime sicule*, Milano 1999, 99 ss. per cui l'impressione che si trae dal contenuto complessivo è che l'oratore intendesse sottolineare a fini spregiativi l'origine straniera di tali soggetti, piuttosto che affermare che erano stranieri.

¹⁰¹ Cic., *Verr.* II. 3.60.137.

¹⁰² Cfr. GAGLIARDI, *La figura del giudice privato*, cit., 204. «La parola *decuria*, che propriamente significa 'decuria', o "gruppo di dieci", è qui usata in senso tecnico, come 'collegio', 'gruppo', 'categoria', non sempre costituita da dieci componenti, e formata da coloro che sarebbero potuti essere membri di corti giudicanti. Si tratta quindi, in questo caso, a differenza che negli esempi considerati nelle *Verrine*, non di giudici effettivi, ma di potenziali giudici: soggetti iscritti nelle liste, pronti a diventare giudici in caso di nomina *ex albo*. Si osserva che costoro, pur essendo solo ballerini oppure suonatori di cetra, erano stati ritenuti portatori di requisiti che ne avevano giustificato l'iscrizione nelle liste»: *ibidem* 205 nt. 29.

(*Inst. or.* 4.2.45)¹⁰³ si lamenta del fatto che [...] *iudicem rura plerumque in decurias mittant* [...] ¹⁰⁴, ma la nomina a questo *officium* rappresentava in età imperiale, come ricorda il Venturini, «una specie di medaglietta, riservata a chi non poteva ottenere cariche pubbliche significative. Egli era, dunque, *saepius ineruditus*» (Quint., *Inst. or.* 10.1.32) e la sua attenzione doveva essere catturata al momento giusto, perché facilmente si distraeva»¹⁰⁵.

Anche Plinio il Giovane, in alcuni luoghi del suo ricco epistolario¹⁰⁶,

¹⁰³ Quint., *Inst. or.* 4.2.45: “*Quare vitanda est etiam illa Sallustiana (quamquam in ipso virtutis optinet locum) brevitatis et abruptum sermonis genus: quod otiosum fortasse lectorem minus fallat, audientem transvolat, nec dum repetatur exspectat, cum praesertim lector non fere sit nisi eruditus, iudicem rura plerumque in decurias mittant de eo pronuntiatum quod intellexerit, ut fortasse ubique, in narratione tamen praecipue media haec tenenda sit via dicendi: "quantum opus est et quantum satis est".*”

¹⁰⁴ Per quanto riguarda, specificamente, la figura del giudice nell'opera quintiliana di particolare interesse è MASTROROSA, *Quintilian and the Judges. Rhetorical Rules and Psychological Strategies in the 4th Book of the Institutio oratoria*, in TELLEGEN-COUPERUS (ed.), *Quintilian and the Law. The Art of Persuasion in Law and Politics*, Leuven 2003, 67 ss. dove si precisa come Quintiliano consigli ai propri lettori di utilizzare nei confronti dei giudici che non sono tecnici del diritto sia tecniche squisitamente psicologiche basate sulle passioni umane, sia strumenti appartenenti alla logica retorica, ed infatti «In addition to the suggestions useful for understanding the value attributed by Quintilian to the use of psychological strategies most suited to win the indulgence and good-will of the judge, as we have seen, especially in the *exordium* phase of an orator's speech, Boox IV of the *Institutio oratoria* also contains advice for making the judge well-disposed through the use of rhetorical techniques», *ibidem* 76.

¹⁰⁵ VENTURINI, *L'argomentazione giuridica: dalla retorica classica alla moderna argomentazione*, in MARIANI MARINI, PROCCHI (curr.), *L'argomentazione e il metodo della difesa*, Pisa 2004, 30. Circa l'evoluzione della figura dello *iudex* in epoca posteriore, cfr. BARBATI, *I iudices ordinarij nell'ordinamento giudiziario tardoromano*, in *Jus*, LIV.1, (2007) 67 ss.; ID., *Sugli elenchi degli organi giudiziari in età giustiniana*, in *Jus*, LVII.1-2 (2010) 37 ss.; ID., *Giudici delegati e giudici locali nel diritto giustiniano*, in LOKIN – STOLTE (curr.), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, 467 ss.

¹⁰⁶ La natura dell'epistolario pliniano è stata al centro di un lungo dibattito tra quanti sostengono che sono lettere reali, successivamente riviste e pubblicate, e coloro che invece credono che si tratti di brevi composizioni letterarie, destinate alla pubblicazione sin dalla prima redazione. Simile questione sollevata dal PETER, *Der Brief in der römischen Literatur. Litterargeschichtliche Untersuchungen und Zusammenfassungen*, Leipzig 1901, 101 ss., ha visto, tra gli altri, gli interventi di MEISTER, *Zur Frage des Kompositionsprinzips in den Briefen des Plinius*, in *Χρόσιμα. Festgabe zur 25 jährigen Stiftungsfeier des Vereines klassischer Philologen*, Wien 1924, 28 ss.; NORDEN, *Die antike Kunstprosa*, I, Berlin 1923, 318 ss.; GUILLEMIN, *Pline et la vie littéraire de son temps*, Paris 1929, 134 e 146 ss.; TRAUB, *Pliny's Treatment of History in Epistolary Form*, in *TAPhA.*, LXXXVI (1955) 213 ss.; SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny. A Historical and Social Commentary*, Oxford 1966, 1 ss.; ID., *Pliny the Man and his Letters*, in *Greece and Rome*, XVI (1969) 77, 83; ID., *Fifty Letters of Pliny*, Oxford 1969², XV ss., 73; PARATORE, *La letteratura latina in età imperiale*, Firenze 1969, 202 ss.; TRISOGGIO, *La personalità di Plinio il Giovane nei suoi rapporti con la politica, la società e la letteratura*, Torino 1972, 175 ss., sembra oggi definitivamente risolta «con il carattere non fittizio del carteggio pliniano il quale, anche se venne rivisto prima della pubblicazione, non per questo ha perso l'originale sincerità»: PICONE, *L'eloquenza di Plinio*, Palermo 1978, 11 nt. 1. Circa l'utilizzo dell'epistolario per l'analisi delle istituzioni giuridiche del tempo, esso rivela, osserva la Starace, «ad uno sguardo generale, la peculiare duplicità di piani su cui si svolge la riflessione del suo autore quando deve affrontare e risolvere una questione controversa. Da un lato emerge il piano normativo e formalistico, e, dall'altro, si sposta di frequente il discorso sul piano etico, fuori da rigorosi schemi interpretativi»: STARACE, *Plinio il Giovane e l'interpretazione di un testamento*, in *Index*, 25 (1997) 537.

denuncia il carattere sovente impenetrabile, incerto ed ingannevole, delle disposizioni d'animo dei giudici (Plin., *epist.* 1.20.17)¹⁰⁷, la fragilità del loro senso di giustizia e di severità, talvolta sensibile perfino ad un eccessivo prolungarsi del procedimento, come in:

Plin., *epist.* 3.9.19: “[...] *Actione tertia commodissimum putavimus plures congregare, ne, si longius esset extracta cognitio, satietate et taedio quodam iustitia cognoscentium severitasque languesceret[...]*”.

L'Epistolografo consiglia di evitare di opprimere il giudice con una mole eccessiva di argomentazioni che potrebbero annoiarlo trattandosi sostanzialmente di un ignorante del diritto, dinnanzi al quale le finezze giuridiche vanno sprecate¹⁰⁸.

Da queste testimonianze veniamo a conoscenza di un mondo sommerso di giudici che la storiografia tradizionale, apparentemente, non ci tramanda, ma che, invece, si rivela ad un esame approfondito ed attento delle fonti, nelle quali sembrano contrapporsi due distinte visioni della figura del giudicante: da un lato, attestazioni di profonda stima, fiducia, integrità morale, dall'altro immagini descrittive e concrete di giudici, che perdono quell'aura di perfezione morale e si rivelano di bassi costumi e capaci di comportamenti censurabili.

Occorre domandarsi quale dei due fosse il giudice più comune: probabilmente i giudici romani dovevano essere eterogenei, potevano appartenere a ciascuna delle classi sociali descritte, potevano essere ricchi o poveri, colti o incolti, urbani o rustici.

Esistevano, quindi, categorie di giudici romani profondamente diverse tra loro, sebbene a noi siano giunte maggiormente le attestazioni di *iudices* appartenenti all'upper-class della società di allora, ai quali venivano rimesse le cause importanti e celebri: celebri o per la fama delle parti o per l'importanza di coloro che vi recitavano le arringhe; oppure celebri per il loro contenuto e per la materia che vi era discussa.

Quando non si tratta di cause celebri ne veniamo a conoscenza per ragioni eminentemente autobiografiche, perché chi fu chiamato ad esservi giudice decise di raccontare in prosa o in versi o in forma epistolare di quella sua esperienza e così la notizia è stata tramandata ai posteri: si veda l'esempio di Aulo Gellio¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Plin., *epist.* 1.20.17: “*Neque enim minus imperspicua incerta fallacia sunt iudicum ingenia quam tempestatum terrarumque. Nec me praeterit summum oratorem Periclen sic a comico Eupolide laudari: “πρὸς δὲ γ’ αὐτοῦ τῷ τάχει πειθῶ τις ἐπεκάθητο τοῖσι χεῖλεσιν. οὕτως ἐκλήλει, καὶ μόνος τῶν ῥητόρων τὸ κέντρον ἐγκατέλειπε τοῖς ἀκροωμένοις”.*”.

¹⁰⁸ Testimonianze di giudici crapuloni e rozzi sono rinvenibili, per completezza, anche in Macr., *Sat.* 3.16.14-16.

¹⁰⁹ Sia nella sua funzione di *iudex* nel processo *per formulas* che in quello *per cognitionem*,

Pare di poter argomentare con qualche tranquillità che si possano individuare articolate condizioni di *status* all'interno della categoria ipotetica del giudice romano: modelli eterogenei che convivevano e sedevano sui medesimi *subsellia*, ma che trattavano cause di materie, di valore e su argomenti diversi, che venivano aditi da coppie di litiganti appartenenti a classi sociali differenti, che ascoltavano avvocati di condizione e cultura eterogenee. Per questi giudici di condizione *humiliores* è ipotizzabile una latitudine di discrezionalità difficilmente limitabile dalle *opiniones* dei giuristi dotati di autorevolezza. Proprio in ragione della sua estrazione, non necessariamente colta né tanto meno tecnica, è frequentemente attestata nelle fonti letterarie quella che possiamo chiamare l'*imperitia iuris* del giudice, di cui il caso più significativo a noi tramandato è quello descritto nelle *Notti Attiche* gelliane (12.13), innanzi alla *cognitio extra ordinem*¹¹⁰. Questa connotazione del sistema processuale va ad incidere sul significato ultimo del ruolo del giurista e sul valore di formante del *ius civile* riconosciuto alla *auctoritas prudentium*, secondo la scelta terminologica documentata nel papiniano:

D. 1.1.7 pr. (Pap. 2 def): "*Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*".

Perché se il *iudex privatus* deriva la propria legalizzazione formale dallo *iussum iudicandi*¹¹¹, e complessivamente dalla *datio iudicii*, dunque, sotto questo profilo, non soffre di una legittimazione carente, egli viceversa non ha, secondo il giurista, una regolarizzazione sostanziale al fondamento tecnico-giuridico della sentenza, a meno che esso non sia determinante nella sua decisione. È su questo piano certo che a volte interviene il responso del giurista sulla cui *auctoritas* il giudice può fondare la legittimazione della propria sentenza ed è da questa dinamica che la logica del sistema fa scaturire l'apparente vincolatività del responso: dal combinato disposto tra l'*auctoritas* del giurista e l'incompetenza tecnica del *iudex*. Anche se

rispettivamente Gell., 14.2; 12.13.

¹¹⁰ Nello specifico i consoli avevano delegato Gellio a pronunziarsi sulla lite *intra Kalendas*, ma Gellio non «è in grado di gestire questo termine perché non sa computarlo: ignora, cioè se il *dies ad quem* debba o meno rientrare nel computo. Convinto che la questione investa il piano delle competenze lessicali, chiede consiglio ad un grammatico, Sulpicio Apollinare, che era stato suo maestro, il quale si diffonde in attente analisi etimologiche per arrivare a concludere che la richiesta dei consoli era di pronunziarsi esattamente nel giorno delle calende»: GIUNTI, *Iudex e iurisperitus*, cit., 57. Per quanto riguarda l'utilizzo dell'opera di Gellio come fonte giuridica v. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari 1992, 244; NÖRR, *L'esperienza giuridica di Gellio ('Noctes Atticae' XIV 2)*, in *Atti dei Convegni Lincei, Filellenismo e tradizionalismo a Roma nei primi due secoli dell'Impero, Convegno internazionale*, Roma 27-28 aprile 1995, Roma 1996, 33 ss.

¹¹¹ Sullo *iussum iudicandi* cfr. WLASSAK, *Der Judicationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien 1921, 26 ss.

abbiamo casi nei quali, invece, colui che era chiamato a decidere della lite era munito di una salda preparazione giuridica.

In proposito possono essere portati due esempi: da un lato quanto accadde ad Aulo Gellio e dall'altro l'espletamento del *munus* di giudice da parte di Aquilio Gallo.

Aulo Gellio in 14.2, nominato *iudex* in un processo *per formulas* si trova nella difficile situazione di dover valutare la pretesa di un attore il quale asseriva di essere creditore, nei confronti del convenuto, di una somma di denaro, ma non aveva i mezzi di prova e forniva argomenti molto esili¹¹². Tuttavia l'attore era riconosciuto comunemente come un *vir bonus* che godeva di una nota e verificata affidabilità, la cui vita era costellata di comportamenti corretti e sinceri; mentre il convenuto era uno spiantato che conduceva una vita turpe e sordida, speso accusato di dire il falso e aduso a violazioni della *fides*. Volendo assolvere con scrupolo il proprio compito, nella carenza di insegnanti di diritto, si rivolge a libri sull'*officium iudicis*, ma non trovando nulla di utile consulta il filosofo Favorino, il quale consiglia di attenersi a quanto suggeriva Catone, che ricorda una regola processuale seguita dai *maiores* nei giudizi in cui le pretese dell'attore fossero sformate di prova¹¹³. In questo caso, afferma Catone, in assenza di mezzi probatori occorre chiedersi se le parti fossero *boni* o *mali*: solo quando questa verifica andasse a favore del convenuto o le parti fossero *pares* si sarebbe potuto procedere all'assoluzione¹¹⁴. Tuttavia Gellio rinuncia ad

¹¹² Sull'episodio, v. FIORI, *La gerarchia come criterio di verità: 'boni' e 'mali' nel processo romano arcaico*, in CASCIONE – MASI DORIA (curr.), *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli 2013, 169 ss. Il lungo passo gelliano fu già oggetto di specifica analisi da parte prima di DE FRANCISCI, *La prova giudiziale (a proposito di Gellio N.A. 14,2)*, in *Helikon*, 1 (1961), 594 e in seguito di ZABLOCKI, *Appunti sull'officium iudicis' nelle 'Noctes Atticae'*, in *Au-Delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz*, II, Varsavia 2000, 1115 ss.; GIUFFRÈ, «*Necessitas probandi*». *Tecniche processuali e orientamenti teorici*, Napoli 1984, 135 ss., 156 nt. 27; PARICIO, *Iurare sibi non liquere*, in *Atti III seminario romanistico gardesano*, 22-25 Ottobre 1985, Milano 1988, 415 ss.; NÖRR, *Ethik von Jurisprudenz in Sachen Schatzfund*, in *BIDR.*, 75 (1972) 36 nt. 34.

¹¹³ Sul punto CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, 18 ss. e MARTINI, *La legislazione giudiziaria di Augusto e la durata dei processi*, in *Seminario Complutense de Derecho Romano*, I, *Cuestiones de Jurisprudencia y Proceso*, Madrid 1990, 93 ss.; sullo specifico punto della competenza, circa le questioni concernenti i fatti procedurali del contenzioso riferito da Gellio, non si concorda con quanto detto dal Martini in merito al ruolo svolto da Favorino di Arles che non appare in veste di *iudex* bensì in quella di filosofo, come già ritiene POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali: "iuravi mihi non liquere"*, in CANTARELLA (curr.), *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano 2004, 341 nt. 15.

¹¹⁴ Ciò testimonia la vigenza in età tardo repubblicana della regola, risalente ai *maiores* del processo inteso, seguendo quanto ha scritto il Fiori, come uno «scontro di *dignitates*»: FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, 115 ss. Lo studioso ricorda come la valutazione della *dignitas* delle parti di un processo imponesse di porre a confronto la *dignitas* dei testimoni; in assenza di questi, si vagliava direttamente quella delle parti, e a comprovarne la credibilità erano fondamentali, in questo caso, innanzitutto, le figure degli *advocati* e dei *laudatores*, la cui stessa *dignitas* costituiva ulteriore garanzia per quella dei loro

impiegare il criterio suggerito in quanto a suo dire sarebbe come tenere una condotta analoga a quella dei censori e pronuncia il giuramento *sibi non liquere*¹¹⁵, infatti se si fosse sottratto al compito di decidere sarebbe stato colpito o da una *nota censoria* o da una *multa* del pretore; se, poi, lo avesse fatto per negligenza dei doveri connessi all'*officium*, sarebbe incorso nella fattispecie del *iudex qui litem suam fecit*.

Del tutta diversa l'esperienza di Aquilio Gallo narrata da Valerio Massimo (8.2.2), infatti Aquilio Gallo, *scientia iuris civilis excellens*, risolse mirabilmente una situazione relativa ad un intricato caso di legati, fondando la propria decisione piuttosto che su una rigorosa valutazione tecnica delle circostanze del caso particolare, sulla base di un giudizio fortemente influenzato da premesse valoriali.

Val. Max. 8.2.2¹¹⁶: “*Notum suis temporibus iudicium commemoravi, sed ne quod relatu<ru>s quidem sum oblitteratum silentio. C. Visellius Varro graui morbo correptus trecenta milia nummum ab Otacilia Laterensis, cum qua commercium libidinis habuerat, expensa ferri sibi passus est eo consilio, ut, si decessisset, ab heredibus eam summam peteret, quam legati genus esse voluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. Evasit deinde ex illa tempestate aduersus vota Otaciliae. Quae offensa, quod spem praedae suae morte non maturasset, ex amica obsequenti subito dstrictam feneratricem agere coepit, nummos petendo, quos ut fronte inuerecunda, ita inani stipulatione captauerat. De qua re C. Aquilius vir magnae auctoritatis et scientia iuris civilis excellens iudex adductus adhibitis in consilium principibus civitatis prudentia et religione sua mulierem reppulit. Quod si eadem formula Varro et damnari et <ab> aduersaria absolui potuisset, eius quoque non dubito quin turpem et inconcessum errorem libenter castigaturus fuerit: nunc privatae actionis calumniam ipse conpescuit, adulterii crimen publicae quaestioni vindicandum reliquit?*”.

Dinanzi alla constatazione di motivi di riprovevolezza dei comportamenti di entrambe le parti, la scelta che apparve ad Aquilio Gallo giuridicamente ammissibile fu perciò quella di decidere a favore del convenuto in ragione della natura *turpis* della *stipulatio* alla base della vicenda. Dunque, il giudice si agganciava al carattere turpe della *stipulatio* come causa di nullità della stessa, tesi che, al tempo della lite, doveva ricondursi a risalenti convinzioni, forse affermatesi in termini di *ius controversum*.

È stato argomentato dalle testimonianze appena riportate che il

assistiti. Entravano, quindi, in campo i *mores* delle parti in lite e al riguardo, v. VOLTERRA, s.v. *Iudicium de moribus*, in *NNDI*, IX (Milano 1963) 344.

¹¹⁵ Per uno studio comparatistico tra una pronuncia di *non liquet* del giudice romano e i sistemi moderni, cfr. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice*, cit., 333. Sabino Cassese ha recentemente avvicinato – sebbene in forma dubitativa – il *non liquet* dello *iudex romanus* al filtro di giudicabilità dei sistemi di common law in CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna 2015, 13. Una analisi del passo gelliano utile ai nostri fini si trova in V. GIUFFRÈ, ‘*Necessitas probandi*’, cit., 135 ss.

¹¹⁶ Il brano è stato approfonditamente analizzato da CORBINO, *Il caso di Vitellio Varrone e Otacilia Laterense* (Val. Max. 8.2.2), in ‘*Iuris Vincula*’. *Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli 2001, 249 ss.

giudice non era mai libero di decidere in maniera totalmente autonoma e soggettiva, cioè al di fuori di ogni giustificazione di diritto¹¹⁷.

Secondo questa tesi da un punto di vista sostanziale il giudice non poteva non tenere conto del *ius receptum*; così come non poteva trascurare i vincoli che derivano dal complesso intreccio di relazioni fra giudici e giurisprudenza nelle materie di *ius controversum*, dove si ricorreva spesso a '*Leerformeln*'¹¹⁸ cioè a contenitori vuoti, formule aperte, espressioni come *oportere ex fide bona*, che non definivano ma individuavano ambiti più o meno larghi di uniformità tali da costringere i giudici ad attenersi a parametri e valori correnti, onde consentire una qualche prevedibilità e certezza delle decisioni. In sostanza, secondo questa tesi, il giudice di per sé non poteva mai fare diritto e doveva invece giudicare sulla base di una valutazione in precedenza già formulata dai giuristi. La sua discrezionalità consisteva semplicemente nell'esercizio del libero convincimento, per un verso entro lo spazio consentito dalle opinioni giurisprudenziali, e per l'altro entro i doveri dell'*officium* assunto per volontà delle parti, con atto pubblico magistratuale. In realtà non vi sono testimonianze che possano suffragare questa posizione, proprio la natura pattizia della scelta del giudicante chiarisce la facoltà di quest'ultimo a decidere discrezionalmente, utilizzando come ricorda Favorino a Gellio anche strumenti metagiuridici.

Anche il caso narrato da Valerio Massimo fa comprendere come si possa desumere dalla decisione del giudice di respingere la pretesa attorea, nonostante l'assenza dell'apposita *exceptio doli*, forse all'epoca non ancora prevista edittalmente, la propensione di chi svolgeva la funzione di giudice, sebbene uomo esperto in diritto, a far valere ragioni equitative che trovavano le loro fondamenta sia nella sensibilità dello *iudex* che nella recezione di un orientamento giurisprudenziale, intendendo tale espressione in senso moderno, ossia come trend decisionale confermato dagli organi giudicanti.

¹¹⁷ Così STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano. Nelle pieghe di un circuito normativo*, in GAROFALO (cur.), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, Padova 2012, 68.

¹¹⁸ TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani. Leerformeln e valori dell'ordinamento*, in GAROFALO (cur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, Padova Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, IV, Padova 2003, I s.: «tutti i pareri dei giuristi erano diritto, in quanto astrattamente applicabili senza che nessuno potesse imputare al giudice, che avesse scelto l'uno o l'altro, di avere deciso *contra ius*». Secondo GALLO, *La recezione moribus nell'esperienza romana: una prospettiva perduta da recuperare*, in *Iura*, LV (2004-2005) 14 s.: «nella prospettiva della recezione *moribus* il suggerimento proposto dal giureconsulto restava senza effetto, non traducendosi nel *ius* ravvisato nelle soluzioni concrete. Non esisteva ancora il dovere dei consociati di uniformarsi (il loro assoggettamento) al parere del giureconsulto, per quanto autorevole, dovere sorto più tardi con l'attribuzione del *legis vicem optinere* alle *sententiae et opiniones* dei *prudentes* muniti di *ius respondendi*».

7. – *Res iudicatae e tradizione giurisprudenziale.* Questa considerazione non può non farci soffermare sulla motivazione delle sentenze emesse dai *iudices privati* nel periodo del processo formulare, motivazioni che sovente coprivano decisioni assunte sulla scorta di una asserita deontologia sociale. Le fonti riportano con riferimento alla procedura formulare esempi dell'uso di motivare le decisioni e ciò assume particolare significato proprio al fine di investigare sui processi decisionali adottati dai giudici¹¹⁹.

Sul punto appare significativo citare le posizioni di coloro¹²⁰ che hanno assunto una posizione di sostanziale svalutazione dei testi nei quali sembra potersi fare riferimento a momenti motivazionali. In ogni caso, queste tesi ammettono comunque l'esistenza di un flusso di argomentazione continua che scaturiva lungo l'itinerario del processo, rappresentando esso stesso un «work in progress» dell'argomentazione¹²¹ stessa, in cui, non a caso le parti venivano rappresentate in causa dalla rispettiva «*Vicarious Voice*» – per utilizzare una felice definizione coniata da Crook¹²² – rappresentata non dal *iusconsultus* bensì, per l'appunto, dall'*orator*, ossia colui che più di ogni altro era in grado di far emergere dai fatti stessi le ragioni della soluzione desiderata. In realtà, nell'ambito del processo formulare, considerata la sua struttura accusatoria¹²³, non è

¹¹⁹ Né dalla formula né da una clausola edittale, né da altra fonte autoritaria può desumersi un obbligo del giudice a pronunciarsi sulla pretesa dell'attore, approvandola o disconoscendola, cioè dotandola di una motivazione. Secondo KASER, *Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht*, in *Festschrift Fritz Schwind zum 65. Geburtstag*, Wien 1978, 127: «Die Argument der Juristen dagegen sind den Laien entweder unbekannt oder geistig nur begrenzt zugänglich». Al riguardo MARRONE, *Sulla struttura della sentenza, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, in VACCA (cur.), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario Aristec*, Perugia 25-26 giugno 1999, Torino 2000, 21 ss., rileva che l'essenza di un vero e proprio obbligo non implicava che il giudice non potesse motivare la decisione, per quanto sommariamente. Anzi, addirittura sembra possibile riscontrare un mutamento nello stile delle sentenze, da quelle interpretative di età repubblicana a quelle più sinteticamente motivate di età classica. La ragione si suppone sia legata alla circostanza che «non avendo i giuristi mai adottato il punto di vista retorico circa il valore delle sentenze, nel corso dell'età classica l'idea delle *res iudicatae* quali fonti o *exempla* si sia andata a poco a poco estinguendo anche nella prassi; e al contempo sia stato sempre meno frequente il caso di sentenze interpretative», *ibidem*, 34. In MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honneur de C.A. Cannata*, Genève 1999, 53 ss., lo stesso studioso sulla base delle numerose testimonianze classiche con riferimenti a sentenze corredate di motivazioni espresse afferma: «tutto lascia pensare che quella di motivare la sentenza fosse una prassi costante; per quanto riguarda il processo formulare addirittura sin dai tempi della sua applicazione. Una prassi [...] che dovette stimolare i giuristi a prospettare questioni e problematiche nuove»; tali riferimenti bibliografici trovano integrazioni e approfondimento in STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano*, cit., 36 nt. 14 ss.

¹²⁰ BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza: idee vecchie e nuove*, in GAROFALO (cur.), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, Padova 2012, 303 ss.

¹²¹ BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza*, cit., 329.

¹²² CROOK, *Legal Advocacy in the Roman World*, London 1995, 1.

¹²³ GUARINO, *Spigolature romanistiche*, II, *Gli argomenti del giudice*, in *Trucoli di bottega*, IV, Napoli

possibile rinvenire elementi di motivazione esplicita sia che la si intenda sotto il profilo argomentativo retorico sia sotto il profilo giustificativo logico¹²⁴. Nel paradigma confutatorio, infatti, è la decisione, con il suo contesto ricco di giustificazioni implicite di natura valoriale, fattuale, giuridico formale, a rappresentare il momento finale di esercizio della giustizia di reciprocità.

Si può, con qualche tranquillità, rivisitare i noti testi in cui la decisione del giudice scaturisce da una evidente semantica di giudizio sulla questione di fatto in rapporto all'etica di valori di riferimento del giudice medesimo.

Un esempio è offerto dal passo tratto dal *de officiis* di Cicerone (3.16.66)¹²⁵ nel quale l'Arpinate riferisce un noto caso avente ad oggetto la vendita di una *domus* sul monte Celio¹²⁶, alienata senza informare l'acquirente dell'esistenza di un ordine di demolizione impartito dagli Auguri relativamente ad alcune parti dell'edificio. Dopo aver abbattuto la casa il compratore (P. Calpurnio Lanario) cita in giudizio il venditore (T. Caio

2000, 28 ss. (= *Trucioli di bottega. Dodici coacervoli*, Napoli 2005, 113 ss.), nonché Id., *Diritto Privato Romano*¹², Napoli 2001, 11.7 e 13.5.

¹²⁴ Nel diritto romano la motivazione della sentenza compare, a detta della Biscotti, quando con la procedura della *cognitio extra ordinem* lo *ius* non viene più concepito in continuo divenire, ma piuttosto in una prospettiva di staticità e cristallizzazione: BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza*, cit., 329.

¹²⁵ Per una attenta disamina dell'opera ciceroniana si rinvia all'approfondito studio di FIORI, *Bonus vir*, cit., 12 ss.

¹²⁶ La vicenda viene ricordata da Cicerone, nel terzo libro del *De officiis*, all'interno di un approfondimento del rapporto tra utile e onesto, questione fondamentale per la scuola stoica. All'Oratore interessa far emergere la regola giuridica in base alla quale *tollendum est igitur ex rebus contrahendis omne mendacium* (Cic., *de off.* 3.15.62). Come scrive il Cardilli: «in questo contesto gli esempi del raggio di *Pythius* banchiere siculo ai danni di Canio dell'*ordo equester* (3.14.58-60), o dello scaltro Claudio Centomalo ai danni di Calpurnio Lanario (3.16.66), o la causa tra Gratidiano ed Orata (3.16.67), evidenziano una coerente rappresentazione del 'modello' etico-giuridico, che Cicerone contrappone a quello strettamente connesso alla discussione filosofica, ma da quest'ultima sostanzialmente ricondotto entro l'ambito del dolo»: CARDILLI, *Vir bonus e bona fides*, in LOVATO (cur.), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, Bari 2013, 180 s. Sull'episodio si leggano anche i rilievi di PROCCHI, *'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita*, in GAROFALO (cur.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova 2007, 188, il quale, ponendo a confronto Cic., *de off.* 3.14.58 con Cic., *de off.* 3.16.66 (caratterizzato da un contegno omissivo del venditore, il quale aveva taciuto circostanze a lui note, in grado di condizionare il processo formativo della volontà dell'acquirente), osserva, a proposito della diversità dei rimedi ricordati da Cicerone, che «se ripugna alla *bona fides* il contegno meramente negativo del venditore reticente, ancor più lesivo della *bona fides* stessa pare il contegno positivo di chi compia dichiarazioni esplicitamente volte a trarre in inganno il compratore». Sulla problematica accennata v. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli 2007; EAD., *Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale*, in TSDP, I (2008), cui adde ORTU, *Garanzia per evizione: 'stipulatio habere licere' e 'stipulatio duplae'*, in GAROFALO (cur.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, Padova 2007, 279 ss.; da ultimo TRIGGIANO, «*Conlega et familiaris meus*»: note minime su Cicerone e Aquilio Gallo, in *Index*, 38 (2010) 373 ss.

Centumalo) – *arbitrium illum adegit* – ottenendone la condanna perché, come aveva motivato Catone giudice della controversia, al momento della vendita l'alienante non aveva informato l'acquirente dell'ordine di demolizione:

Cic., *de off.* 3.16.66: “*Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque T. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscrispsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab Auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius, cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscrispsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QUIDQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater [...]. Is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere*”¹²⁷.

La pronuncia, sebbene non consenta di ripercorrere l'*iter* che aveva condotto il giudice alla decisione, contiene tuttavia, l'esplicitazione dei fatti determinanti ai fini della decisione: Catone dunque come giudice pronunciò questa sentenza: *cum in vendendo rem eam [Claudius] scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere*.

Stabili, dunque, che la buona fede impone al venditore l'obbligo di render noti al compratore tutti quei difetti che egli conosce. La vicenda del monte Celio è oltre tutto invocata a supporto dell'esistenza di una prassi di motivare la sentenza¹²⁸, ma va avvertito che altra è la rilevanza del contesto della decisione, altra quella del contesto di motivazione, come ben argomenta la Biscotti in un recente contributo denso di spunti di riflessioni¹²⁹.

Un altro esempio ci viene da Valerio Massimo

Val. Max. 8.2.3: “*Multo animosius et ut militari spiritu dignum erat se in consimili genere iudicū C. Marius gessit: nam cum C. Titinius Minturnensis Fanniam uxorem, quam inpudicam de industria duxerat, eo crimine repudiatam dote spoliare conaretur, sumptus inter eos iudex in conspectu habita quaestione seductum Titinium monuit ut incepto desisteret ac mulieri dotem redderet. Quod cum saepius frustra fecisset, coactus ab eo sententiam pronuntiare mulierem inpudicitiae sestertio nummo, Titinium summa totius dotis damnauit, praefatus idcirco se hunc iudicandi modum secutum, cum liqueret sibi Titinium patrimonio Fanniae insidias struentem inpudicae coniugium expetisse. Fannia autem haec est, quae postea Marium hostem a senatu iudicatum caenoque paludis, qua extractus erat, oblitum et iam in domum suam custodiendum Minturnis deductum ope quantacumque potuit adiuit, memor, quod inpudica iudicata esset, suis moribus, quod dotem seruasset, illius religioni acceptum ferri debere*”¹³⁰.

¹²⁷ Sul passo, per tutti, TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 143 ss.; BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza*, cit., 303; EAD., *Dal 'pacere' ai 'pacta conventa'. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno patizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano 2002, 317 ss., dove la studiosa sostiene la convinzione che nel passo ciceroniano vi sia traccia di una matrice anche arbitrale in senso stretto dei giudizi di buona fede.

¹²⁸ MARRONE, *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae. Alle origini delle moderne teorie sul giudicato*, in *Nozione, formazione ed interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professore Filippo Gallo*, II, Napoli 1997, 3-28.

¹²⁹ BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza*, cit., 304 ss.

¹³⁰ La bibliografia sul passo riportato è vasta, si veda MCGINN, *Prostitution, Sexuality and*

Titinio avendo preso in moglie una donna di nome Fannia, l'aveva ripudiata per immoralità e rifiutava di restituirle la dote. La soluzione della controversia, di cui Valerio Massimo tramanda un resoconto, è affidata al giudizio del celebre Mario che condannò Fannia per offesa al pudore e Titinio alla restituzione della dote perché gli era parso che quest'ultimo avesse sposato Fannia pur conoscendone l'impudicizia, proprio per appropriarsi della dote.

Nella testimonianza sarebbe contenuto un esplicito riferimento da parte del *iudex privatus* alle ragioni che lo avevano indotto ad assumere la sua statuizione. Si tratta di capire se le motivazioni siano state esplicitate nella sentenza o se ci si trovi di fronte ad una deduzione del narratore. Il raffronto con Plutarco, che, nella *Vita di Mario* (38.3), riporta incidentalmente lo stesso avvenimento, non chiarisce la questione, ma il fatto che entrambe le testimonianze convergano sul punto della decisione potrebbe essere un argomento per sostenere che quelle ragioni avevano trovato posto nella sentenza e non erano frutto di una deduzione del narratore. Anche la testimonianza già richiamata di Gellio 14.2.4 ss. può essere portata a prova della prassi di motivazione della sentenza.

I dubbi e le perplessità di Gellio si possono spiegare proprio alla luce dell'esistenza di una prassi per il giudice di enunciare anche solo succintamente i motivi della sua decisione.

Ma questa interpretazione proprio attraverso una lettura della testimonianza gelliana non convince del tutto. Infatti, Gellio decide di non decidere e dunque di non motivare, facendo prevalere la discrezionalità del suo giudizio sull'apparato di tradizioni interpretative cui pure aveva fatto ricorso. È lo stesso Gellio ad indicare i fattori che lo hanno spinto verso questa determinazione: la questione gli appare troppo grande ed elevata, e per la sua giovane età non sembrava conveniente decidere di condannare in base ai costumi degli antichi – come suggeriva Favorino di Arles – e non alle prove. Tra gli argomenti testuali addotti a sostegno della prospettiva possibilista della esistenza di sentenze motivate, meritano di essere segnalati alcuni frammenti dei *Digesta* relativi ad azioni di buona fede:

D. 3.5.7.2 (Ulp. 10 *ad ed.*): “*Si quocumque modo ratio compensationis habita non est a iudice, potest contrario iudicio agi: quod si post examinationem reprobatae fuerint pensiones, verius est quasi re iudicata amplius agi contrario iudicio non posse, quia exceptio rei iudicatae opponenda est*”¹³¹;

the Law in Ancient Rome, Oxford-New York 1998, 151 ss.; GARDNER, *Women in Roman Law and Society*, London 1987, 51; BERNSTEIN, *Ethics, Identity and Community in Later Roman Declamation*, Oxford-New York 2013, 23 nt. 20.

¹³¹ MARRONE, *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae*, cit., 18 nt. 36.

D. 16.2.7.1 (Ulp. 28 *ad ed.*): “*Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei iudicatae exceptio obici potest. aliud dicam, si reprobavit pensionem quasi non existente debito: tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio*”;

D. 27.4.1.4 (Ulp. 36 *ad ed.*): “*Praeterea si tutelae iudicio quis convenietur, reputare potest id quod in rem pupilli impendit: sic erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit sumptus. quid ergo, si iudex compensationis eius rationem non habuit, an contrario iudicio experiri possit? et utique potest: sed si reprobata est haec reputatio et adquevit, non debet iudex contrario iudicio id sarcire*”¹³².

I tre eserti considerano tutti delle fattispecie in cui il convenuto in giudizio oppone in compensazione un controcredito: secondo la dottrina maggioritaria il primo caso riguarderebbe un'*actio negotiorum gestorum*, il secondo un'*actio comodati* e l'ultimo un'*actio tutelae*. Più precisamente nel primo si contempla l'ipotesi che l'istanza di compensazione, formulata dal convenuto, sia completamente ignorata dal giudice: resta salva in questo caso la possibilità di esperire un *contrarium iudicium*.

I tre frammenti confermano appieno quanto riportato in

Gai. 4.62: “*Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae, commodati, pigneraticium, familiae erciscundae, communi dividundo*”;

il Giurista dopo aver proceduto all'enumerazione dei *iudicia bonae fidei*¹³³ illustra l'operatività in essi della compensazione, specificando che il giudice è libero di prenderla in considerazione.

Ma rilevante ai nostri fini appare l'ipotesi che il *iudex*, ritenutele fondate, *reprobavit pensiones*, con conseguente preclusione per una eventuale riproposizione della domanda da parte del soccombente.

Trattandosi di giudizi con *formula incerta* ed essendo la condanna determinata sulla base dell'*id quod actoris interest*¹³⁴, l'indicazione del solo importo pecuniario nella sentenza sarebbe stato insufficiente a far desumere la presenza di una valutazione negativa del giudice circa la compensazione.

Partendo da questa considerazione il Marrone evidenzia che se Ulpiano riferisce che il giudice “*reprobavit pensiones*” è evidente che alluda a sentenze dalle quali doveva emergere anche il giudizio ma non sicuramente la motivazione, relativo al controcredito¹³⁵.

¹³² MARRONE, *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae*, cit., 5.

¹³³ Sui giudizi di buona fede, tra la sterminata bibliografia a disposizione, si vedano i contributi raccolti in GAROFALO (cur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, cit., *passim*.

¹³⁴ PROCCHI, *Dall'id quod interest alla costruzione della cd. Differenzhypothese ad opera di Friedrich Mommsen*, in *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca*, II, Padova 2011, 481 ss.

¹³⁵ MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 62 ss. A sostegno della tesi motivazionale in relazione ai giudizi centumvirali l'insigne Maestro ritiene decisivi alcuni passi in materia di *querela inofficiosi testamenti*, in particolare la testimonianza paolina contenuta in D. 5.2.17

Significativa appare la circostanza che il giurista abbia qui utilizzato la parola *reprobavit* in luogo di *dicit*, *pronuntiat*¹³⁶, *iudicat*. Nel caso di specie

pr. (Paul. 2 *quaest.*): “*Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querellam movere volunt. unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exhereditatis ageret, quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset: hic si optinuerit, ulterius rei iudicatae auctoritate, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint.*”. Il passaggio sarebbe quello finale dove il giurista severiano giustifica la soluzione per cui il figlio che abbia esperito vittoriosamente la *querela* possa far valere la *res iudicata* contro il fratello che abbia rinunciato. Il Marrone interpreta l’inciso “*quasi centumviri [...] crediderint*” come una *factio* che «doveva potersi rilevare dalla pronunzia dei centumviri»: MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 60 ss., in quanto doveva essere desumibile dalla presenza di una spiegazione, da parte dei centumviri, della motivazione della loro decisione. Una simile ricostruzione è stata analiticamente criticata dalla Biscotti, alla quale, in conclusione ad una ricostruzione filologicamente attenta del passo, «pare chiaro che il voler ravvisare qui traccia di motivazione della sentenza è una forzatura, rispetto alla natura meramente interpretativa del discorso di Paolo: significa attribuire un valore semiotico a parole che, al contrario, ne hanno uno ermeneutico»: BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza*, cit., 304 ss. Per completezza v’è da aggiungere che il Marrone porta a sostegno della propria tesi altri testi concernenti la materia successoria: D. 5.2.26 (Ulp. 8 *disput.*); D. 11.1.11.8 (Ulp. 22 *ad ed.*); D. 12.6.2.1 (Ulp. 16 *ad Sab.*); D. 44.2.1 (Ulp. 2 *ad ed.*): MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 60 s.; ID., *Dal divieto di agere acta all’auctoritas rei iudicatae*, cit., 4 ss.; ID., *L’efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, XXIV (1955) 144 ss.

¹³⁶ MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 57 ss. e ID., *Sulla cd. ‘pronuntiatio’ del giudice delle azioni reali nel diritto romano*, in *Audelà des frontières. Mélanges de droit romain offertes à W. Wolodkiewicz*, Warszawa 2000, 497 ss., propone interessanti considerazioni circa l’utilizzo del verbo *pronuntiare* in relazioni alle azioni reali, traendo da esso la condivisibile convinzione che fosse prassi l’indicazione di un’attività, non tecnica del giudice, (individuata tramite tale verbo) che si concretasse in una pronuncia più articolata, che, riconoscendo la fondatezza della pretesa attorea, aprisse la strada all’*arbitrium de restituendo*. Alla conclusione inferita da ciò dallo studioso palermitano, circa l’esistenza di una motivazione delle sentenze da parte dei giudici formulari, avanza forti dubbi BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza*, cit., 308 nt. 99. La studiosa però ammette che in D. 44.2.11 pr. (Ulp. 75 *ad ed.*), che verrà considerato analiticamente *ultra*, possa ravvisarsi una testimonianza capace di introdurre il dubbio dell’esistenza tra il I e il II secolo d.C. di una prassi motivazionale affermata (cfr. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza*, cit., 336) e che suggerisce l’opportunità di ulteriori studi in materia. Utile alla nostra riflessione appare un testo analizzato, per altri fini, da FERCIA, “*Actiones*” ed “*actio utilis ex causa interditi*”: *vicende storiche, anomalie, opacità*, in *Diritto@Storia*, VIII (2009) (= PULIATTI, AGNATI [curr.], *Atti del Convegno, Principi e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C.*, Parma 18-19 giugno 2009, Parma 2010, 129 ss.): si tratta della Tavola di Esterzili, che riferisce di un provvedimento adottato nel 69 d.C. dal governatore della Sardegna a definizione di una disputa insorta tra popolazioni limitrofe circa il possesso di alcuni *praedia*, nella quale vengono riportati i presupposti che hanno portato alla motivazione finale, come ben si legge nel documento, che per l’interesse rivestito, viene di seguito trascritto: *Imp. Othone Caesare Avg Cos XV k apriles descriptum et recognitum ex codice ansato L Helvi Agrippae procons qum proplit Gn Egnatius Fuscus scriba quaestorius in quo scriptum fuit ut quod infra scriptum est tabula V c. VIII et VIII et X III idus mart L Helvius Acrippa procos caussa cognita pronuntiat cum pro utilitate publica rebus iudicatis stare conveniat et de caussa Patulcensi um M Inventius Rixa vir ornatissimus procrator avg saepius pronuntaverit fines Patulcensium ita servandos esse ut in tabula athena a M Metello ordinati essent ultimoque pronuntiaverit Galillenses frequenter retractantes controversiai nec parentes decreto svo se castigare voluisse sed respectu clementiae Optimi Maximique principis contentum esse edicto admonere ut quiescerent et rebus iudicatis starent et intra k octobr primas de praedis Patulcensium decederent vacuam que possessionem traderent quodsi in contumacia perseverassent se in auctores seditionis severe anima adversum et postea Caecilivs Simplex vir clarissimus ex eadem caussa aditus a*

ci si trova di fronte a *iudicia bonae fidei* nei quali l'ambito di discrezionalità del giudicante si ampliava¹³⁷.

Condivisibile, dunque, appare la tesi del Voci che individuava come ambito di manifestazione significativa del diritto "giudiziale" negli ultimi due secoli della Repubblica quello dei *iudicia bonae fidei*¹³⁸, in cui al giudice veniva affidato un ampio spazio di manovra nello stabilire in concreto i diritti e gli obblighi delle parti appunto secondo il criterio della buona fede.

E ravvisa nel ripetersi di sentenze conformi la capacità nel tempo di originare delle norme di tipo generale. L'introduzione del criterio di compensazione delle reciproche pretese delle parti rivelatosi valido ed efficace al punto da ricevere ripetute applicazioni in decisioni successive.

Al riguardo rilevante la testimonianza gaiana di

Gai. 4.63: "*Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem*

*Galilensibus dicentibus tabulam se ad eam rem pertinentem ex tabulario principis adlaturos pronuntiaverit humanum esse dilationem probationi dari et in k decembres trivm mensum spatium dederit in tra quam diem nisi forma allata esset se eam quae in provincia esset secutorum ego quoque aditus a Galilensibus excusantibus quod nondum forma allata esset in k februaris quae p f spatium dederim et moram illis possessoribus intellegam esse iuxta dam Galilensium ex finibus Patulcensium Campanorum quos per vim occupaverant intra k apriles primas decedant quod si huic pronuntiationi non optemperaverint sciant se longae contumaciae et iam saepe denuntiata animadversioni obnoxios futuros in consilio fuerint M Iulius Romulus leg pro pr t Atilius Sabinus q pro pr M Stertinus Rufus f sex Aelius Modestus P Lucretius Clemens M Domitius Vitalis M Lusius Fides M Stertinus Rufus signatores Cn Pompei Ferocis Laureli Galli M Blossi Nepotis C Cordi Felicis L Vigelli Crispini C Valeri Fausti M Luta Ti Sabini L Coccei Genialis L Ploti Veri D Vetri Felicis L Valeri Pepli"; cfr. MASTINO (cur.), *La Tavola di Esterzili. Il conflitto tra pastori e contadini nella 'Barbaria' sarda, Convegno di studi*, Esterzili, 13 giugno 1992, Sassari, 1992, 78 ss. In merito alla motivazione contenuta a giustificazione del provvedimento governativo: FERCIA, 'Actiones' ed 'actio utilis ex causa interdicti', cit., § 3, e SCHIPANI, *La repressione della 'vis' nella sentenza di L. Helvius Agrippa del 69 d.C. (Tavola di Esterzili)*, in MASTINO (cur.), *La Tavola di Esterzili*, cit., 134 nt. 2 ritengono – pur non entrando propriamente in *sedes materiae* – che il provvedimento in questione sia da inquadrarsi nella procedura interdittale, dove l'esposizione dei fatti sembra dettata dalla volontà di contestualizzare la vicenda che ha condotto ad un simile provvedimento. Contaria ad una lettura 'motivazionale' della statuizione si mostra BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza*, cit., 327 nt. 128.*

¹³⁷ Sulla ricostruzione che dei testi giustiniani opera MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 62 ss. a supporto di una tesi motivazionale delle sentenze avanza forti obiezioni BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza*, cit., 313. A detta della studiosa milanese, infatti, sui brani esaminati gravano fortissimi sospetti interpolazionistici, già palesati da CENDERELLI, *La 'negotiorum gestio'. Corso esegetico di diritto romano, I, Struttura, origini, azioni*, Torino 1997, 208 ss. Tali perplessità sarebbero dettate dai fatti che nei testi si riconduce alla *res iudicata* il divieto di riproposizione dell'azione, meccanismo che caratterizza certamente la *cognitio extra ordinem* di età giustiniana, ma che è alieno al pensiero dei giuristi classici, per i quali gli effetti di irripetibilità si riconducevano alla definizione dei termini della lite nella *litis contestatio*. Per la Biscotti, dunque, «l'idea che solo da un'espressa manifestazione da parte del giudice, nella sentenza, si potesse comprendere se egli avesse o meno dato luogo alla compensazione, non sembra più tanto evidente, alla luce di questa considerazione. La *litis contestatio*, infatti, doveva fotografare le pretese in *iudicium deductae* dalle parti, e precisamente tanto quelle dell'attore quanto quelle del convenuto»: BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza*, cit., 313.

¹³⁸ VOCI, *Manuale di Diritto Romano, I, Parte generale*², Milano 1998, 111 s.

*habere; nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur*¹³⁹,

testimonianza che costituisce esempio del meccanismo grazie al quale la *compensatio* viene riconosciuta come modo di estinzione delle obbligazioni proprio attraverso la prassi giudiziaria. Lo stesso accade in materia di *usurae*, come già rilevato. Logico è, dunque, il constatare che in alcuni testi retorici la *res iudicata* sia annoverata espressamente fra le altre fonti di produzione del diritto, come in:

Cic., *Top.* 5.28: “*Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat*”¹⁴⁰.

Stando a questa testimonianza, sembrerebbe che le *res iudicatae* costituissero una parte del *ius civile*, al pari delle leggi, dei senatoconsulti, dell'*auctoritas* dei giureconsulti, degli editti dei magistrati, della consuetudine e dell'*aequitas*. In alcune testimonianze contenute nella *Rhetorica ad Herennium* (2.18; 2.13.19-20; 2.29.46)¹⁴¹, a *res iudicata* risulta, ancora una volta, elencata fra le parti di cui consta lo *ius* accanto alla legge, alla consuetudine ed ai criteri del buono e dell'equo¹⁴². Il *iudicatum*, richiamato in una controversia, si identifica con la sentenza del giudice o con il decreto del magistrato.

La sua autorevolezza è legata alla circostanza che il richiamo venga fatto in maniera appropriata, potendo capitare che in cause simili vengano pronunziate due sentenze opposte, sicché occorre tenere conto del

¹³⁹ Sul passo gaiano a livello manualistico, si veda il recente LOVATO, PULIATTI, SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto Privato Romano*, Torino 2014, 603 s.

¹⁴⁰ Sul testo, v. VACCA, *L'aequitas nell'interpretatio prudentium. Dai giuristi «qui fundaverunt ius civile» a Labeone*, in *Atti del Convegno, «Aequitas»*, Giornale in memoria di Paolo Silli, Trento, 11-12 aprile 2002, Padova 2006, 30 ss.; BRETONE, *Storia del Diritto Romano*, Bari-Roma 1991, 162; STOLFI, *Dissentiones prudentium, dispute di scuola ed interventi imperiali*, in MAROTTA, STOLFI (curr.), *Ius controversum*, cit., 331 ss.

¹⁴¹ Auct., *rhet. ad Her.* 2.18: “*In causa ratiocinali primum quaeretur, ecquid in rebus maioribus aut minoribus aut dissimilibus similiter scriptum aut iudicatum sit; deinde, utrum ea res similis sit ei rei, qua de agitur, an dissimilis [...]*”; 2.13.19-20: “[...] *De eo causa posita dicere poterimus, si, ex quibus partibus ius constet, cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto [...]* Consuetudine ius est id, quod sine lege aequae, ac si legitimum sit, usitatum est [...] *Iudicatum est id, de quo sententia lata est aut decretum interpositum. Ea saepe diversa sunt, ut aliud alio iudici aut praetori aut consuli aut tribuno plebis placitum sit et fit, ut de eadem re saepe aliud decreverit aut iudicavit, quod genus: M. Drusus praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit, Sex. Iulius non reddidit. Item: <C.> Caelius iudex absolvit iniuriarum eum, qui Lucilium poetam in scaena nominatim laeserat, P. Mucius eum, qui L. Accium poetam nominaverat, condemnavit. Ergo, quia possunt res simili de causa dissimiliter iudicatae proferri, cum id usu venerit, iudicem cum iudice tempus cum tempore, numerum cum numero iudiciorum conferemus [...]*”.

¹⁴² Cfr. STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano*, cit., 75.

giudice che l'ha emanata, del tempo in cui è stata emessa, del numero di sentenze che ricalchino il medesimo orientamento e di quelle di segno contrario. In particolare l'autore si riferisce a un dissidio tra pretori in materia di *actio mandati* e di sentenze contrastanti in merito ad ingiurie pronunziate durante delle rappresentazioni teatrali. Non sarebbe corretto addurre come argomento probatorio una pronunzia non pertinente all'oggetto, o non relativa ad un punto controverso, o ingiusta, oppure rispetto alla quale l'avversario sia in grado di avvalersi di un numero maggiore di sentenze o maggiormente rispondenti ai criteri enunciati. Dunque, per citare Letizia Vacca: «ciò che nel giudicato si ricerca non è la *ratio decidendi*, non è la concretizzazione del diritto ma semplicemente un *exemplum* che può essere usato per convincere il giudice a dare una soluzione analoga. In questo caso non si può dire che il giudice non può non seguire il precedente: nella logica dell'ordinamento non vi è alcun principio che lo obblighi a farlo»¹⁴³. Quindi le *res iudicatae* nel loro ripetersi conforme, con il supporto delle argomentazioni giurisprudenziali e l'avallo degli organi giudicanti, spesso conducevano al formarsi di un principio giuridico dotato di una forza normativa analoga a quella della consuetudine, proprio come suggerisce Cicerone in *de inv.* 2.67-68¹⁴⁴.

Con il Vincenti appare giusto ribadire che «è proprio attraverso il *consensus* dei giudici che si manifestava in definitiva il *consensus* dei consociati in genere [...] lo *ius controversum* era causa di *disputatio fori* e questa era risolta con la sentenza, conseguente all'opzione di concorrenza: il ripetersi di sentenze simili era il segno in equivoco dell'adesione dell'ambiente

¹⁴³ VACCA, *Contributo*, cit., 59. Circa l'inquadramento della portata del giudicato nel sistema giuridico romano si veda DALLA, *Fra ius controversum, discrezionalità del giudicante e assetti costituzionali*, in BACCARI, CASCIONE, LABRUNA (curr.), *Tradizione romanistica e Costituzione*, II, Napoli 2006, 1023 e da ultimo l'attenta analisi, densa di spunti per un dialogo interdisciplinare tra diritto antico e moderno, offerta da LUCETTI, *Il valore del precedente giurisprudenziale sul confine mobile tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *AG.*, CCXXXIV – Fasc. 4 (2014) 507 ss.

¹⁴⁴ Cic., *de inv.* 2.67-68: “*Ac naturae quidem iura minus ipsa quaeruntur ad hanc controversiam, quod neque in hoc civili iure versantur et a vulgari intellegentia remotiora sunt; ad similitudinem vero aliquam aut ad rem amplificandam saepe sunt inferenda. Consuetudine autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. In ea autem quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem. Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt. Quaedam autem genera iuris iam certa consuetudine facta sunt; quod genus pactum, par, iudicatum. [68] Pactum est, quod inter quos convenit ita iustum putatur, ut iure praestare dicatur; par, quod in omnes aequabile est; iudicatum, de quo iam ante sententia alicuius aut aliquorum constitutum est. Iam iura legitima ex legibus cognosci oportebit. His ergo ex partibus iuris, quod cuique aut ex ipsa re aut ex simili aut maiore minoreve nasci videbitur, attendere atque elicere pertemptando unam quamque iuris partem oportebit. Locorum autem communium quoniam, ut ante dictum est, duo genera sunt, quorum alterum dubiae rei, alterum certae continet amplificationem, quid ipsa causa det et quid augeri per communem locum possit et oporteat, considerabitur. Nam certi, qui in omnes incidunt, loci praescribi non possunt; in plerisque fortasse ab auctoritate iuris consultorum et contra auctoritatem dici oportebit. Adtendendum est autem et in hac et in omnibus, num quos locos communes praeter eos, quos nos exponimus, ipsa res ostendat. Nunc iudiciale genus et partes consideremus.*”

sociale e i giudicati erano perciò *pars* del *consuetudine ius*, rendendo una certa regola disputata»¹⁴⁵.

Si può parlare con il Bretone di «un diritto controverso giudiziale»¹⁴⁶, impiegato principalmente dagli oratori come repertorio di precedenti cui attingere nelle arringhe difensive per persuadere il giudice, ma anche dai giuristi che rivolgevano la loro attenzione alle sentenze dei giudici laici del processo civile, le quali, se univoche, contribuivano al formarsi di un'opinione comune. Se il giurista diventa così la voce ricognitiva e la spinta creatrice, in ogni caso, l'individuazione del diritto vigente applicabile alla singola fattispecie resta ancorato alla pronuncia dello *iudex*: considerazione questa che in parte differenzia la mia posizione da quella, peraltro, per molti aspetti condivisibile della Giunti¹⁴⁷. Potremmo affermare, sulla base di tutto quanto sino ad ora argomentato, che il giudice era colui che governava l'aspetto nomopoietico del processo romano in rapporto al quale i *prudentes* rappresentavano autorevoli coprotagonisti. Il brano che di séguito si viene a commentare costituisce, ad avviso dello scrivente, significativa conferma della dialettica complessa che collega la decisione del giudice all'elaborazione giurisprudenziale.

8. – *Il rapporto tra giudice e giurista*. Di particolare importanza ai fini della piena comprensione delle dinamiche proprie del giudizio in rapporto alla tradizione dottrinale dei *prudentes* appare:

D. 44.2.11 pr. (Ulp. 75 ad ed.): “*Si mater filii impuberis defuncti ex senatus consulto bona vindicaverit idcirco, quia putabat rupto patris eius testamento neminem esse substitutum, victaque fuerit, quia testamentum patris ruptum non erat, postea autem apertis pupillaribus tabulis apparuit non esse ei substitutum: si peteret rursus hereditatem, obstatuam exceptionem rei iudicatae Neratius ait. ego exceptionem obesse ei rei iudicatae non dubito: sed ex causa succurrendum erit ei, quae unam tantum causam egit rupti testamenti*”¹⁴⁸.

¹⁴⁵ VINCENTI, *Res iudicatae*, cit., 24 nt. 51. PROVERA, *Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel diritto romano*, in *Est. Hist.-Jurid.*, 7 (1982) 55 s. il quale fa notare come si approdi alla formulazione della *regula iuris: sui erede aut instituendi sunt aut exheredandi* da parte dei giuristi sulla base di sentenze conformi, a partire dal caso del *filius suus miles* considerato morto, poi ritornato a casa, casa destinata in eredità erroneamente dal padre ad altri (cfr. Cic., *de orat.* 1.38.175 e Val. Max. 7.7.1).

¹⁴⁶ BRETONE, *Ius controversum nella giurisprudenza*, cit., 765.

¹⁴⁷ GIUNTI, *Iudex e iurisperitus*, cit., *passim*.

¹⁴⁸ Ha avanzato forti sospetti sulla genuinità del testo VON BESELER, *Romanistische Studien. 'Agere adiecta causa'*, in *ZSS.*, L (1930) 71 s.; GUARNIERI CITATI, *Di un criterio postclassico per la determinazione della 'res iudicata'*, in *BIDR.*, XXXIII (1923) 207 nt. 6. La Biscotti rileva in relazione all'ultima frase del brano una scarsa linearità sotto il profilo sintattico, in particolare all'uso eterogeneo del termine *causa* sia in una accezione atecnica, come sinonimo di circostanza, sia in un significato tecnico, come causa giudiziale. Ed ancora la studiosa evidenzia la apparente discontinuità nella costruzione dell'ultima proposizione, dove il genitivo di specificazione del sintagma *unam causam, 'rupti testamenti'*, è separato dal suo sostentivo ad opera del verbo. Ma, in conclusione, si potrebbe trattare «di un artificio stilistico deliberatamente utilizzato da Ulpiano

Il complesso caso¹⁴⁹ tratta di una rivendica di beni ereditari esperita *ex Senatusconsulto Tertulliano*¹⁵⁰ da una madre di un impubere defunto.

Con la *petitio hereditatis* l'attrice sosteneva che il testamento del *pater familias* fosse *ruptum* e che dunque non vi fossero *tabulae* valide a realizzare una sostituzione pupillare¹⁵¹.

La *petitio hereditatis* fu ritenuta non fondata poiché il testamento del padre non risultava *ruptum*. Successivamente all'apertura delle tavole testamentarie, apparve chiaro che non vi era indicazione di sostituto testamentario per cui la madre avrebbe comunque avuto diritto all'eredità.

Il problema giuridico affrontato da Nerazio e poi da Ulpiano, a commento probabile della decisione del giudice, concerne la rilevanza da attribuire al fatto sopravvenuto rispetto alla formale consumazione dell'azione di petizione dell'eredità, in conseguenza del suo rigetto. Per Nerazio alla donna che avesse richiesto l'eredità nuovamente in giudizio era eccezionale l'*exceptio rei iudicatae*. Per Ulpiano *ex causa succurrendum erit ei, quae unam tantum causam egit rupti testamenti*; per il giurista severiano, che sul punto appare seguire la decisione dello *iudex, ex causa*, cioè sulla base del fatto, e per motivi di giustizia sostanziale la domanda era da accogliere.

La decisione del giudice e il commento ulpiano possono apparire, a detta della Biscotti¹⁵², 'scandalose' per chi si muove nell'orizzonte del processo formalizzato tipicamente moderno. Ma, in realtà, la decisione è assolutamente coerente con il paradigma della logica controversiale propria del giudizio in cui la giustizia di reciprocità, con l'equilibrato bilanciamento degli interessi, esige apprezzamento sostanzialistico da parte del giudicante¹⁵³.

per sottolineare e chiarire il suo pensiero»: BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza*, cit., 319 nt. 115.

¹⁴⁹ Preso in esame, ad altro proposito, da MARRONE, *La formula della rivendica: astratta o causale?*, in *'Cunabula iuris'*. Studi storico-giuridici per G. Brogгинi, Milano 2002, 244 nt. 50; nonché in *AUPA*, XLVI (2000) 1599 nt. 50; ora in *Scritti giuridici*, II, Palermo 2003, 796 nt. 59, *contra* FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, Napoli 1997, 196 s. il quale propende per la genuinità del passo in conformità agli studi di VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano 1937, 239.

¹⁵⁰ Sul quale si veda MEINHART, *Die 'senatus consulta Tertullianum' und 'Orphitianum' in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Graz-Wien-Köln 1967. La menzione del Sc. Orfiziano parrebbe avallare la genuinità del passo, infatti una eventuale mano dei compilatori sul testo avrebbe probabilmente "tagliato" questa menzione oramai inutile, alla luce della legislazione di Giustiniano stesso sul tema del *ius liberorum* (cfr. C. 8.58 [59].2, a. 528): v. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza*, cit., 320 nt. 119.

¹⁵¹ Cfr. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, cit., 196; LAMBERTI, *Studi sui 'postumi' nell'esperienza giuridica romana*, Milano 2001, part. 2009.

¹⁵² BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza*, cit., 321.

¹⁵³ HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford 2002, 100 e nt. 36, pone l'accento sull'aspetto equitativo della *sententia* di Nerazio che si proponeva di soccorrere la povera donna, trovando una soluzione più umana. Secondo VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, VI, Berlin 1847, 462, la propensione di Ulpiano per la concessione della *restitutio in integrum* sarebbe stata motivata anche dalla natura debole della parte attrice, in quanto donna.

Altro testo rilevante, tratto dal trentesimo libro del commentario gaiano all'editto provinciale, concerne un'ipotesi di giuramento deferita nella fase *apud iudicem* ed è accolto dai Compilatori in:

D. 12.2.31 (Gai 30 *ad ed. prov.*): “*Admonendi sumus interdum etiam post iusiurandum exactum permitti constitutionibus principum ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit. sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, cum a iudice aliquis absolutus fuerit (solent enim saepe iudices in dubiis causis exacto iureiurando secundum eum iudicare qui iuraverit): quod si alias inter ipsos iureiurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare*”¹⁵⁴.

La frase chiave del brano è costituita dalle parole gaiane: “*solent enim saepe iudices in dubiis causis exacto iure iurando secundum meum iudicare qui iurarent*”; si fa riferimento ad una prassi, evidentemente, non isolata come dimostrato dal *saepe*, in cui il giudice nei casi dubbi invece di esercitare il *non liquet* attestato dal brano di Aulo Gellio sopra richiamato, ritiene di affidarsi al giuramento, giudicando secondo le risultanze di esso e forzando discrezionalmente il sistema ordinario delle prove.

I due testi dimostrano l'esercizio di una ampia latitudine discrezionale del giudicante enfaticamente radicalizzata dalla radicale deformalizzazione del processo.

Ciò detto dobbiamo addentrarci proprio nel complesso problema relativo al rapporto tra giudice e giurista.

I dati che emergono dalle fonti retoriche circa i rapporti tra giurisprudenza e ambiente forense sembrano confermati da Pomponio in:

D. 1.2.2.5 (Pomp. *l. sing. ench.*): “*His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile*”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Per un'analisi del testo in merito al giuramento deferito dal giudice, cfr. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, II, Bonn 1865, 585 nt. 81; BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, Torino 1886, 164 nt. 283, 172 nt. 310, 174 nt. 315; DEMELIUS, *Schiedsied und Beweiseid im römischen Civilprozesse*, Leipzig 1887, 94 ss.; BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo 1913, 90 ss.; PETERLONGO, *La transazione nel diritto romano*, Milano 1936, 268, 335 s.; AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, Napoli 1954, 37 nt. 128; ID., *Dubbi e riflessioni in tema di «iusiurandum in iudicio»*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano 1962, 22 s.; MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*², Napoli 1994, 273 nt. 635.; IZZO, *Il giuramento deferito dal giudice nel processo formulare*, in CASCIONE, GERMINO, MASI DORIA (curr.), *Parti e Giudici nel Processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Napoli 2006, 97 ss.

¹⁵⁵ VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano 1976, 63: «proprio dalla testimonianza di Pomponio risulta l'idea di un diritto in cui scarsa rilevanza è attribuita alle fonti normative in senso tecnico, le quali, com'è noto, regolarono una parte minima dei rapporti fra privati, benché costituissero in un certo senso un limite formale all'esplicazione degli altri fattori: la formazione e stratificazione del *ius civile* fu invece affidata alla prassi giudiziaria concreta, guidata dalla interpretazione dei *prudentes*». BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo «ius controversum» all'autorità del Principe)*, in MAROTTA, STOLFI (curr.), *Ius controversum*, cit., 422

In merito al passo il Kaser evidenzia la diretta relazione tra la *prudentium auctoritas* e la *disputatio fori*¹⁵⁶: la prima doveva alimentare, nelle sue *interpretationes* contrastanti, la seconda, di cui protagonisti immediati erano gli oratori, che dibattevano in tribunale ai fini dell'ottenimento di un *iudicatum* conforme ad una certa *interpretatio*¹⁵⁷. Lo stesso Pomponio, nel brano richiamato, quando afferma che *est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*, rileva come la *disputatio fori* corrisponda a un fattore che concorre alla formazione dello *ius civile*.

L'*interpretatio prudentium* rifluisce nella *disputatio fori* costituendo così il *ius civile* ed alimentandolo nella loro costante interazione¹⁵⁸; qui *ius civile* deve essere inteso nella sua accezione riferibile all'insieme di opinioni, di dottrine e di massime che si sono venute formando proprio attraverso una tradizione giuridica controllata da esperti, sottoposta al continuo vaglio dei giudici. Pomponio registra inoltre un rapporto diretto tra giureconsulti e *iudices* in

D. 1.2.2.49 (Pomp. *l. sing. ench.*)¹⁵⁹: “*Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet*”.

nt. 33, ravvisa nell'endiadi *haec disputatio et hoc ius* la sintesi dei caratteri (legame con il processo e attività intellettuale che crea diritto) propri di una giurisprudenza più matura.

¹⁵⁶ KASER, *Das Urteil*, cit., 57 nt. 51 il quale ha perfettamente ragione nell'affermare che in riferimento al passo del Digesto «*disputatio fori* ist als technische Einrichtung sicher anachronistisch». Comunque, ciò non implica che si debba ritenere insitico il riferimento alla *disputatio fori* richiamata dal brano, sul punto, cfr. ALBANESE, *D. 1,2,2,12 ed il problema della sua attribuzione*, in *Studi in onore di S. Pugliatti*, 4, Milano 1978, 22 nt. 15, ora in *Scritti Giuridici*, 2, Palermo 1991, 1974 nt. 15; BRETONE, *Linee dell'Enchiridion di Pomponio*, Bari 1965, 67 nt. 116; CAMPOLUNGH, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, I, Roma 1983, 141 nt. 98 ss.

¹⁵⁷ Il nesso tra *responsum* e *iudicatum* è evidenziato in BRETONE – TALAMANCA, *Il diritto in Grecia e a Roma* Roma-Bari 1981, 123; TONDO, *Aspetti del principato e dell'ordinamento in Roma. Lezioni*, Milano 1991, 213 ss.; SCHIPANI, *Osservazioni sulle categorie sistematiche di «actio» e «processo» delle Istituzioni di Giustiniano (rileggendo alcuni contributi di Giuseppe Provera)*, in AA.VV., *Diritto e processo nell'esperienza romana, Atti del seminario torinese in memoria di G. Provera*, Napoli 1994, 150 nt. 36.

¹⁵⁸ Cfr. TONDO, *Aspetti del principato*, cit., 212 s. osserva come l'autorevolezza del giurista derivi essenzialmente non da qualunque attività da lui svolta nell'ambito delle sue competenze professionali; quanto dall'ottenimento del successo nella sede processuale, il che gli consente di porsi realmente come guida dell'evoluzione giuridica all'interno di una comunità.

¹⁵⁹ Non sembra condivisibile, quanto all'espunzione della *disputatio fori* nella definizione dello *ius civile* contenuta in D. 1.2.2.12, la deduzione della Campolunghi a detta della quale «con trascorrere del tempo [la *disputatio fori*] finisca collo scomparire o con l'essere assorbita rispetto all'attività creatrice dei giuristi»: CAMPOLUNGH, *Potere imperiale e giurisprudenza*, cit., 141.

Prima dello *ius respondendi*¹⁶⁰ il *responsum* poteva condizionare il *iudex*, ed il *iudicatum* da questi reso, unicamente grazie alla *iuris auctoritas* del *prudens*: «questi doveva sapere che [...] il condizionamento non conseguiva tanto [...] in virtù della retta argomentazione *sub specie iuris*, quanto del prestigio personale, del «nome» di lui»¹⁶¹. L'*auctoritas* si acquisiva sia attraverso il contegno virtuoso del giurista in tutti gli ambiti della vita cittadina – politico, militare, culturale – che mediante l'elevata preparazione specialistica tanto più credibile quanto più le sue opinioni fossero adottate nella decisione del giudice¹⁶².

Tuttavia, appare non del tutto realistico ritenere che l'*auctoritas* del singolo giurista si basasse esclusivamente sulla preparazione tecnica acquisita, collegando il prestigio sociale all'accesso alla professione.

Contribuiva, infatti, di certo in modo determinante il patrimonio relazionale, come la discendenza da famiglie prestigiose, l'aver rivestito cariche pubbliche, ma un'altra essenziale componente concorreva a

¹⁶⁰ Non intendo prendere posizione sulla *vexata quaestio* della natura dello *ius respondendi ex auctoritate principis*, e pertanto, mi limito a richiamare solo alcuni tra i più importanti contributi in materia: DE VISSCHER, *Le ius publice respondendi*, in *RHD.*, 15 (1936) 615 ss.; SIBER, *Der Ausgangspunkt des ius respondendi*, in *ZSS.*, 61 (1941) 397 ss.; KUNKEL, *Das Wesen des ius respondendi*, in *ZSS.*, 66 (1948) 423 ss. (= *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952 [Wien 1967²], 295 s. e 318 ss.); GUARINO, *Il ius publice respondendi*, in *RIDA.*, 2 (1949) 401 ss. (= *Le ragioni del giurista*, Napoli 1983, 95 ss.; *Pagine di Diritto Romano*, IV, Napoli 1994, 384 ss.); ID., *Il ius publice respondendi*, in *Annali dell'Università di Catania*, 3 (1949) 208 ss. (= *Postilla prima: Sulla tesi di W. Kunkel*, in *Le ragioni*, cit., 111 ss.; [= *PDR*, cit., 401 ss.]; ID., *Ancora sul ius publice respondendi*, in *Annali dell'Università di Catania*, 4 (1950) 209 (= *Postilla seconda: sulla tesi di A. Magdelain*, in *Le ragioni*, cit., 114 ss.; *Pagine*, cit., 405 ss.); ID., *Postilla terza: Sulla letteratura successiva*, in *Le ragioni*, cit., 117 ss. (= *Pagine*, cit., 409 ss.); D. DAUBE, *Hadrian's rescript to some ex-praetors*, in *ZSS.*, 67 (1950) 511 ss. (= *Collected Studies in Roman Law*, I, Frankfurt am Maine 1991, 345 ss.); MAGDELAIN, *Ius respondendi*, in *RHD.*, 28 (1950) 1 ss. e 157 ss. (= *Ius imperium auctoritas. Études de droit romain*, Roma 1990, 103 ss.); PROVERA, *Ancora sul ius respondendi*, in *SDHI.*, 28 (1962) 342 ss.; HORVAT, *Note intorno allo ius respondendi*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, II, Napoli 1964, 710 ss.; BRETONE, *Motivi ideologici dell'Enchiridion di Pomponio*, in *Labeo*, 11 (1965) 23 ss. [= *Giurisprudenza e potere imperiale*, in *Linee dell'Enchiridion di Pomponio*, Bari 1965 (rist. Torino 1974), 78 ss. e in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982², 241 ss.]; TONDO, *Note esegetiche*, III, *Ius respondendi*, in *Iura*, 30 (1979, pubbl. 1982), 65 ss. (= *Profilo di storia costituzionale romana*, II, Milano 1993, 413 ss.); WIEACKER, *Respondere ex auctoritate principis*, in *Satura Feenstra*, Fribourg 1985, 71 ss., che si configura come lo sbocco finale di un lungo travaglio di pensiero dell'insegne Studioso. Basti, infatti, richiamare dello stesso i contributi *Studien zur hadrianischen Justizpolitik*, in *Freiburger rechtsgeschichtliche Abhandlungen*, V, Berlin 1935, 45 ss. e quello, di più ampia portata, sulla giurisprudenza augustea *Augustus und die Juristen seiner Zeit*, in *TR.*, 37 (1969) 65 ss. Una prospettiva a tratti innovatrice è esposta in CANCELLI, *Il presunto ius respondendi*, in *BIDR.*, 29 (1987, ma pubbl. 1991) 71 ss.

¹⁶¹ VINCENTI, *Res iudicatae e diritto giurisprudenziale romano*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, Napoli 1997, 574.

¹⁶² Cfr. TONDO, *Aspetti del principato*, cit., 212 il quale ritiene che Pomponio voglia sottolineare che «i giuristi (*prudentes*), in quanto portatori di un alto sapere tecnico (oltre che espressione dei ceti socialmente e culturalmente qualificati), risultavano dotati, anche di fronte ai giudici, d'un prestigio incomparabilmente superiore (*auctoritas*)».

formare l'*auctoritas* del giurista: il riscontro *apud iudicem* della bontà e dell'efficacia del *responsum* formulato, cioè il successo nel giudizio.

Il loro accoglimento da parte dei giudici costituiva la vera prova della competenza tecnica del giureconsulto da cui proveniva il parere ed è senz'altro un elemento di notevole rilevanza nel riconoscimento di una *maxima auctoritas* agli occhi della comunità cittadina. Il valore e la fortuna del responso potevano eventualmente accrescersi qualora questo non restasse isolato ma vi convergessero altri pareri concordi, consolidando una *communis opinio* che avrebbe facilitato la pronuncia del giudice. Tuttavia, come abbiamo visto, persistevano due tradizioni parallele, la *scientia iuris* e la prassi forense comunicanti attraverso il canale della *disputatio fori* e della *scientia iuris*.

Tutto cambierà, chiaramente con l'introduzione dello *ius publice respondendi*:

Gai. 1.7: "*Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur*".

Secondo alcuni¹⁶³ nel passo non si farebbe riferimento allo *ius respondendi*. Infatti questa lettura, basandosi sul dato testuale che non vi è esplicita menzione del *ius respondendi* ma un indeterminato cenno ai giuristi cui *permissum est iura condere*, ritiene che l'intenzione del Maestro fosse, prima di tutto, quella di alludere, in generale, alla attività creativa propria dei giuristi di dar vita al diritto attraverso la loro *interpretatio*, riferendosi al fenomeno descritto in D. 1.2.2.5 (Pomp. *l. sing. enchir.*) e D. 1.2.2.12 (Pomp. *l. sing. enchir.*)¹⁶⁴: l'*interpretatio prudentium* e la *disputatio fori* fecero e fanno nascere un *ius civile sine scripto*, almeno a partire dalle XII Tavole.

Dello stesso parere è Filippo Gallo¹⁶⁵ il quale, premesso che nel testo di Gaio non si menziona lo *ius respondendi*, ritiene che l'opinione secondo cui Gaio si sia riferito ad esso dipende dall'influenza esercitata sui primi interpreti dal testo stesso del luogo corrispondente (1.2.8) delle *Institutiones*

¹⁶³ NICOSIA, *Iura condere*, in *AUPA*, 50 (2005) 131 ss.; CANCELLI, *Il presunto ius respondendi*, cit., 543 ss.; PALAZZOLO, *Il princeps, i giuristi, l'editto*, in *Atti del Convegno internazionale di diritto romano, Res publica e Princeps*, Napoli 1996, 289 ss.

¹⁶⁴ D. 1.2.2.12 (Pomp. *l. sing. enchir.*): "*Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constitutum inducitur sine lege, aut est principalis constitutum, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur*".

¹⁶⁵ GALLO, *La recezione moribus nell'esperienza romana*, cit., 1 ss.

di Giustiniano, che lo richiama espressamente quando ricorda gli antichi giuristi *quibus a Caesare ius respondendi datum est*¹⁶⁶.

Lo *ius respondendi*, secondo la tesi esposta, non integrava ancora un effetto creativo del diritto, al quale peraltro tendeva, che venne più tardi riconosciuto, o ufficializzato, dall'imperatore Adriano, nel rescritto citato da Gaio¹⁶⁷ a proposito dei *responsa prudentium*, secondo il quale se i pareri dei giuristi a cui era stato concesso di *iura condere* erano concordi, essi tenevano le veci di una legge.

Notevole appare peraltro l'intuizione del Nicosia¹⁶⁸ che in più occasioni ha rappresentato il *permissum est* come una allusione al riconoscimento sociale diffuso del valore normativo dell'*interpretatio prudentium*. Diversa l'opinione di chi riconosce in questo preambolo gaiano una netta allusione al meccanismo dello *ius respondendi*, anche in riferimento alla necessità di ridurre l'incertezza del diritto¹⁶⁹.

Dunque, secondo questa tesi, nella ipotesi della condivisione da parte dei giuristi di una soluzione, questa avrebbe rivestito valore analogo alla legge e il giudice sarebbe stato vincolato ad attenersene; nel caso opposto di dissonanza delle opinioni giurisprudenziali, non essendovi alcun presupposto di vincolatività, il giudicante sarebbe stato libero di orientarsi *quam velit sententiam sequi*. La mancanza di soluzioni prudentziali vincolanti garantiva quello stato fluido e quel particolare carattere «unstable und überstabil zu gleichen Zeit» che nell'esperienza romana ha posto in evidenza Dieter Nörr¹⁷⁰.

La scelta del *iudex* poteva esercitarsi solo sui pareri discordi, ed entrambi accreditati, prodotti in giudizio, senza dunque la possibilità di allargarsi ad uno sguardo complessivo sull'insieme della letteratura giuridica in argomento, eventualmente comprensiva anche di responsi di giuristi non patentati.

¹⁶⁶ Iust., *Inst.* 1.2.8: “[...] *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum erat iura condere. nam antiquitus institutum erat ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est, qui iurisconsulti appellabantur. quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenebant ut iudici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum.*”.

¹⁶⁷ Da ricordare il Wieacker che spiegava il passo di Gaio e il rescritto ivi citato con riferimento a «die normative Kraft unstrittigen juristenrechts»: WIEACKER, *Respondere ex auctoritate*, cit., 77.

¹⁶⁸ NICOSIA, *Iura condere*, cit., 131.

¹⁶⁹ GIUNTI, *Iudex e iurisperitus*, cit., 48; TALAMANGA, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in *BIDR.*, 89 (1986) 543: «[...] per non essere illusorio (in quanto privo di qualsiasi rilevanza pratica e d'impossibile attuazione), il *rescriptum Hadriani* poteva riferirsi soltanto ai «Guachen» dati per il caso concreto».

¹⁷⁰ NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974, 16, sulla osservazione del Nörr, v. STOLFI, *Argumentum auctoritatis, citazioni e forme di approvazione nella scrittura dei giuristi romani*, in LOVATO (cur.), *Atti del Convegno, Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica*, Trani 22-23 maggio 2009, Bari 2011, 110 nt. 50.

Pertanto lo *ius*, nel senso pomponiano di *iuris scientia* come parte costitutiva del diritto civile, accrebbe la propria *auctoritas* uniformandola a quella del Principe, che partecipava alla sua produzione, senza menomare le prerogative dei giuristi, intervenendo con accortezza a concederne una in più, quella cioè che avrebbe assegnato al parere prescelto una diretta incidenza pratica.

Si può dire seguendo il Cannata che il Principe creava una sua propria autorità di giureconsulto, la quale, essendo una sorta di autorità istituzionale, gli spettava indipendentemente dalla sua personale preparazione o capacità¹⁷¹.

Se il Principe stesso risultava *conditor iuris* quanto i giuristi, sia avrebbe potuto lui stesso *condere iura*, ogni qual volta ricoprisse la funzione di giudice, sia avrebbe potuto concedere pareri vincolanti per gli altri *iudices*, quando questi ne avessero fatto richiesta.

Il brano gaiano va però a mio avviso letto *a contrario*: è possibile, infatti, che il rescritto imperiale fosse stato provocato dalla richiesta di uno *iudex* che, circondato, da *responsa* di tenore opposto, come ovvio in un giudizio, avesse richiesto al Principe se fosse consentito appellarsi ad indirizzi consolidati che consentissero di superare le contrastanti tesi prodotte in lite, senza, con ciò, coinvolgere esclusivamente la sua responsabilità di decidente.

L'imperatore replica che potrà e dovrà decidere come ritiene più opportuno, ovviamente a sua esclusiva responsabilità, potendosi appellare solo ad un orientamento giurisprudenziale che risultasse univoco.

In una simile visione il brano deve essere immerso nelle dinamiche proprie del giudizio, senza tentazioni generalizzanti, pur rappresentando una prova di come la tradizione scientifica e dottrinale stesse diventando un riferimento normativo attraverso il quale attuare il controllo della e sulla giurisdizione.

Sebbene con il proprio rescritto Adriano obblighi, ma solo in via ipotetica e tendenziale, lo *iudex* ad uniformarsi all'*idem sentire* dei giuristi, in ogni caso l'*idem sentire* degli *iudices* rappresentato dalle *res iudicatae* non appariva deprivato di valenza giuridica.

Una conferma della rilevanza normativa dei giudicati uniformi si rinviene alla fine del Principato in un passo di Callistrato ulteriormente denso di articolate pregnanze:

D. 1.3.38 (Call. 1 *quaest.*): “*Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus*

¹⁷¹ CANNATA, *Iura condere. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e auctoritas principis*, in *Ius controversum e auctoritas principis – giuristi, principe e diritto nel primo impero*, Milano 2003, = VACCA (cur.), *Scritti Scelti di Diritto Romano*, II, Torino 2012, 507 ss.

*quae ex legibus profiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere*¹⁷².

In questo caso l'imperatore attribuisce addirittura la *vis legis* alla *rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas*, dunque prima del rescritto severiano i giudicati uniformi non avrebbero potuto impedire l'affermarsi di una nuova *consuetudo*, in conseguenza dell'emergere, e del prevalere, di una nuova *interpretatio* giurisprudenziale – caratteristica dei cd. "sistemi aperti" – poi, successivamente a tale rescritto, i giudicati uniformi avrebbero rappresentato, in conseguenza della *vis legis* loro conferita, un assetto normativo non più superabile a livello spontaneo, a prescindere cioè da un intervento autoritativo imperiale.

Solo dopo il progressivo esaurimento della tradizione giurisprudenziale a forte base controversiale risulterà del tutto inevitabile affidare alle *res iudicatae*, il ruolo di decisioni formanti del diritto: di ciò sembra potersi trovare diretta attestazione nel noto principio ulpiano per cui:

D. 1.5.25 (Ulp. 1 *ad legem Iul. et Pap.*): "[...] *quia res iudicata pro veritate accipitur* [...]"¹⁷².

Il caso accolto dai Compilatori è quanto mai emblematico: vertendo sullo *status* della persona si afferma la regola per la quale la condizione del soggetto accertata attraverso una decisione giudiziale assurge a verità ontologica che si sostituisce alla realtà fattuale, come nella situazione appunto che una sentenza dichiara *ingenuus* chi invero sia liberto¹⁷³.

9. – *Conclusioni*. Possiamo concludere, pertanto, affermando che in età classica tramite l'«Hörensagen»¹⁷⁴ le decisioni giudiziali venivano diffuse

¹⁷² Per una esaustiva disamina della *lex Iulia et Papia* v., per tutti, SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*², Napoli 2002, 1 ss.

¹⁷³ Circa la funzione della *res iudicata* nella formazione della *regula iuris*, v. WACKE, 'Res iudicata pro veritate accipitur? Le finalità della procedura civile romana fra principio dispositivo e principio inquisitorio', in CASCIONE, MASI DORIA (curr.), *Quid est veritas?*, cit., 381; MIGLIETTA, «Determinare infine la regola attraverso la quale stabilire ciò che è vero e ciò che è falso». I giuristi romani e la formazione della *regula iuris*, in *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano 2012, 42 s. e ID., *Giurisprudenza romana tardorepubblicana e formazione della «regula iuris»*, in *SC.*, 25 (2012) 204 ss. Un problema che si pone nell'accogliere una simile massima è il suo rapporto con l'efficacia *erga omnes* delle sentenze civili, o meglio la loro limitatezza alle parti del processo, ai loro eredi o aventi causa, come stabilita da D. 42.1.63 (Macer. 2 *de appell.*): *res inter alios iudicatae aliis non praeiudicant (saepe rescriptum est)*; D. 48.2.7.2 (Ulp. 7 *de off. proc.*).

¹⁷⁴ Sottolinea la «impossibilità in cui si trovavano i giuristi di venire a conoscenza – al di fuori dell'«Hörensagen» – di una sufficientemente diffusa prassi giudiziaria» TALAMANCA, *Recensione* a SARGENTI – LURASCHI (curr.), *Atti del Convegno, La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 26-27 aprile 1985, Padova 1987, in *BIDR.*, XCI (1988) 856. Sul punto VACCA, *Contributo allo studio del metodo*, cit., 63: «[...] nelle fonti retoriche risulta indubbiamente che non solo le sentenze venivano usate nella pratica, ma che vi erano precise regole per

nel tessuto sociale con ciò trasformando i giudicati in *ius receptum*¹⁷⁵, procedura che sortiva talvolta la formazione di vere e proprie *regulae iuris*¹⁷⁶.

Tuttavia, una suggestione di metodo appare, infine, opportuna: possiamo affermare, rinviando agli studi compiuti dal Kelsen¹⁷⁷, che il diritto è una complessa tecnicità sociale – imperniata sulla specificità dello *Sollen* giuridico¹⁷⁸ – per intendere la quale è necessario penetrare in profondità nella intrecciata prassi collettiva che determina la regola dei rapporti esposti al suo esercizio.

Per ciò il diritto romano, come ogni ordine giuridico, non può essere contemplato da un solo punto di osservazione, nel caso di specie quello dei *prudentes*, il pensiero dei quali, enfatizzato nella affascinante macchina metatestuale che sono i *Digesta* di Giustiniano, ha in effetti conformato l'identità della tradizione romanistica, garantendone la fortuna nei secoli. Le fonti giurisprudenziali, come ogni testo, possono tuttavia essere rilette – ed in effetti lo sono – dalle generazioni che si susseguono, le quali proprio attraverso la loro lettura ricostituiscono lo *status* della disciplina in termini di sempre nuovo senso conforme alle esigenze dei tempi, in un'opera di permanente edificazione del contenuto epistemologico fondante¹⁷⁹.

commisurare la loro autorevolezza. Può a prima vista apparire strano che di questi *exempla* non ci siano pervenute raccolte, ma bisogna pensare che nella pratica si faceva uso in genere solo delle sentenze più recenti, il che da un lato comportava che non ci si preoccupasse della facile deperibilità del materiale su cui venivano stilate, e si usasse quindi il papiro, dall'altro che queste raccolte non venissero riedite, come avvenne invece per le opere letterarie e giurisprudenziali, ma, piuttosto, rinnovate continuamente».

¹⁷⁵ Sullo *ius receptum* fondamentale il contributo di GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino 1993, 51, il quale osserva che «prima dello *ius respondendi*, l'operare dei giuristi si saldava con la recezione *moribus*, costituendone la molla normale e formando con essa un tutt'uno; i giuristi formulavano le loro proposte, le quali diventavano diritto se e nella misura in cui venivano ricevute nella vita concreta del diritto». Cfr. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987, 146 «il ripetersi di giudicati conformi, espressioni di consenso, era esso stesso veicolo di consenso per l'una o l'altra delle opinioni giurisprudenziali concorrenti, non all'interno di un generico ambiente sociale, ma all'interno di quegli ambienti – di oratori e giudici – che contribuivano a fare l'opinione pubblica».

¹⁷⁶ Significative al riguardo le parole di TALAMANCA, *Il corpus iuris giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova 1995, 779 ss.: «caratteristico strumento della giurisprudenza casistica romana è la *regula* che fissa un principio di carattere più o meno generale, sulla base dei precedenti, e che va in linea di massima applicato ove ricorrano situazioni di fatto che in essa rientrano: la *regula* stessa, che si fonda, come dice D. 50.17.1 Sabino per il tramite di Paolo, sulle singole decisioni concrete, va sempre reimmessa nella concretezza dei nuovi casi che essa è chiamata a disciplinare».

¹⁷⁷ KELSEN, *Il diritto come specifica tecnica sociale*, trad. it. di GUASTINI, in KELSEN, *La teoria politica del bolscevismo ed altri saggi*, Milano 1981, 94 ss.

¹⁷⁸ KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 2000, su questi aspetti hanno riflettuto in un vivace dibattito, denso di spunti di riflessione, IRTI, SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari 2001.

¹⁷⁹ Cfr. le riflessioni contenute in ORESTANO, *Edificazione del giuridico*, Bologna 1989, part.

L'attualità registra il tramonto della statualità e della legge¹⁸⁰, della norma come generale ed astratta, dell'illusione della certezza del diritto e l'emersione di regole legate ai giudizi concreti di centri di regolazione poliarchici, dello sviluppo senza freni di quelle che Sabino Cassese ha definito la «Babele delle Corti»¹⁸¹.

Dunque centrale, nella riflessione romanistica, diviene il giudice ed il suo ruolo come epifenomeno delle nuove e diverse sensibilità dell'interprete contemporaneo e della centralità che egli ha sempre avuto e che oggi più che mai possiede. Così si realizza una sorta di attualizzazione interna ai contenuti tradizionali della ricerca romanistica, una attualizzazione non corriva e non deformante, ma che al contrario disvela la straordinaria potenzialità euristica di una sapienza antica.

(Univ. degli Studi di Napoli Federico II)

Email???????????

179 ss. dove l'insigne studioso riflette in merito alle plurime letture – anche post-moderne – che sono state fatte del sistema giuridico romano.

¹⁸⁰ Sulla fine dello “Stato Nazione” ed in particolare sulla consequenziale decadenza del concetto di cittadinanza mi permetto di rinviare al mio *“Le identità e le cittadinanze” nell'esperienza giuridica contemporanea: profili problematici*, in *Studi Giuridici Europei* (2014), 26 ss.

¹⁸¹ CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma 2009, 19 ss. Interessanti sul punto le considerazioni raccolte in FISCHER, LESCANO, TEUBNER, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Maine 2006, ove si considera che: «la frammentazione del diritto globale è un epifenomeno della profonda frammentazione pluridimensionale della società mondiale. Essa è irrimediabile: si può aspirare solo a una debole compatibilità, attraverso un Kollisionrecht di nuovo tipo, sviluppato in una logica di rete, che punti ad un legame tenue di unità collidenti ed a provvisorie soluzioni di conflitti» *ibidem* 36.