

Introduzione

Le riflessioni che seguono costituiscono lo sviluppo di ricerche da tempo in corso¹ sulla centralità del ruolo nomopoietico del processo civile romano, in particolare del processo *per formulas*² come andò a delinarsi nel sistema delle fonti compreso tra il III secolo a.C. e il III secolo d.C.³.

¹ In particolare, il primo capitolo è apparso, con alcune modifiche, su *SDHI*, LVXXXI/2015, *Lo ius controversum espressione dell'artificialità del diritto*, pp. 45-96; il secondo capitolo è inedito e rappresenta la rielaborazione del testo della relazione tenuta il 29 aprile 2016 in occasione delle *Giornate di studio in ricordo di Alberto Burdese*, organizzate dai Professori Luigi Garofalo e Paola Lambrini, sotto l'egida dell'Università degli Studi di Padova e dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti; il terzo capitolo è apparso, con alcune modifiche, su *KOINΩNIA*, 39/2015, *Note sulla autonomia e discrezionalità del giudicante: non liquet e denegatio actionis*, pp. 557-589.

² È dato pacifico acquisito in dottrina, che quivi si riporta per maggior chiarezza didattica, che l'espressione "processo formulare" ricalca il linguaggio di Gaio, che parlava di *agere, petere, litigare per formulam* (o *per formulas*) e contrapponeva questi atti all'*agere per sponsionem* (cfr. Gai 4.91; 4.141) o *per legis actionem* (Gai 4.95). La formula era composta da *verba*, che venivano convenientemente combinati gli uni con gli altri, Gaio appunto considerava equivalente a *litigare per formulas* l'espressione *litigare per concepta verba* (cfr. Gai 4.30). Il *lege agere* era un *agere certis verbis* (Gai 4.29), poiché le regole del formulario erano fisse e non potevano essere adattate alle caratteristiche delle singole controversie; al contrario, intentare un'azione formulare era un *agere per concepta verba* (Gai 4.30), perché le parole della formula, sebbene spesso proposte schematicamente nell'editto, dovevano essere redatte caso per caso con riguardo alla concreta controversia e includere, oltre le clausole dello schema, anche le varie altre clausole, che potevano occorrere per sottoporre al giudice certe allegazioni delle parti e per conferirgli particolari poteri, o viceversa, limitare quelli previsti dallo schema. La formula, in sostanza, era idonea a rispecchiare le caratteristiche del caso reale, come si era verificato tra le parti. Affronta alcuni aspetti specifici del processo formulare G. PAPA, *Studi in tema di processo formulare*, Torino, 2012, pp. 1 ss.; L. PELLECCHI, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova, 2003, pp. 1 ss.

³ Solo per citare alcuni recenti contributi su eterogenei aspetti del processo romano, sia civile che penale, v. C. CASCIONE-C. MASI DORIA (a cura di), *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, Napoli, 2002, pp. 3 ss.; C. CASCIONE-E.

Si tratta di indagini che investono ampi settori della dottrina⁴ e che possono essere sintetizzate come concernenti i seguenti snodi problematici: *a)* il rapporto tra il processo civile romano e il complessivo sistema della fonti, con particolare attenzione alle *leges*; *b)* l'aspetto costitutivo pluriformante delle fonti del diritto ed il ruolo dell'*interpretatio iuris* in correlazione con la *iurisdictio* pretoria e la *iudicatio* del giudice della fase decidente o *apud iudicem*; *c)* la relazione tra la *regula iuris* intesa come snodo decisionale del caso concreto e un sistema di regole generali a fattispecie astratta elaborato dai giuristi, anche in funzione di controllo della prassi giurisdizionale; *d)* la connessione tra un sistema di regole di derivazione casistica ma di struttura generale con l'alternarsi di un pensiero giurisprudenziale che ritrova nella controversialità la sua più feconda manifestazione.

Nel titolo del presente lavoro è già resa evidente l'opzione ideologica dell'autore per una prevalente efficacia del giudizio e, dunque, della regola che dal giudizio germina sull'astratta e generica previsione legislativo-normativa.

Ovviamente, non si ignora che il movimento per le codificazioni già vitale nella Atene del V secolo a.C.⁵ abbia poi, con l'avvento degli Stati nazionali in età moderna, tentato di realizzare quegli ideali di certezza del di-

GERMINO-C. MASI DORIA (a cura di), *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Napoli, 2006, pp. 1 ss.

⁴ Aggiornata bibliografia sugli studi di diritto processuale privato a Roma, con particolare attenzione al tema della inattività del convenuto, si trova in L. D'AMATI, *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'*, Padova, 2016, pp. 9 ss. Sul processo formulare, in particolare, la bibliografia che si è sedimentata negli anni è alluvionale e magmatica, quivi si rinvia agli studi di Giovanni Pugliese, in particolare *Il processo civile romano. II. Il processo formulare*, I, Milano, 1963, 3 ss.; si veda poi L. WENGER, *Istituzioni di Procedura Civile Romana*, tradotte da RICCARDO ORESTANO, sull'edizione tedesca interamente riveduta e ampliata dall'autore, Milano, 1938-XVI, spec. pp. 89-244.

⁵ Sul processo codificatorio del diritto dall'antico al moderno v. AA.VV., *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontro di studio. Napoli, gennaio-novembre 1996. Atti*, Napoli, 1998, *passim*, spec., sulla codificazione dell'editto del pretore, D. MANTOVANI, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, pp. 130-178; L. SOLIDORO MARUOTTI, *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, Torino, 2011, pp. 1-28; U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002, *passim*. Per uno sguardo sul diritto ateniese si rinvia al classico lavoro di A.R.W. HARRISON, *Il diritto ad Atene. La procedura*, II, traduzione italiana, premessa e aggiornamento bibliografico a cura di P. COBETTO GHIGGIA, Torino, 2001, pp. 1 ss. Per una prospettiva sulle codificazioni moderne v. S. PATTI, *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Roma-Bari, 1999, pp. 3 ss.; M. CARVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari, 2012, *passim*.

ritto e parità di trattamento dinnanzi alla legge già rigorosamente attivi all'interno della rivoluzione inglese e portati poi in un alto processo di astrazione dall'Illuminismo francese.

Tuttavia, la crisi del legismo ha comportato un processo sempre più accentuato di emersione della centralità del giudice come arbitro forte in un sistema delle fonti plurimo, non coordinato ma concorrente nella definizione della disciplina del caso. Inoltre, vanno registrate le aspettative crescenti per una decisione non solo certa, ma soprattutto giusta in rapporto al comune sentire della collettività destinataria delle decisioni medesime. Si accentua così un processo di autonomizzazione del giudice del quale appare opportuno registrare qualche significativa testimonianza⁶.

Dalla lettura della importante sentenza n. 27341 emessa dalla Corte di Cassazione italiana, a Sezioni Unite civili in data 17 giugno-23 dicembre 2014, estraiamo il seguente asserto che – ai fini della tesi che si sta esponendo – appare di particolare rilevanza: «occorre premettere che queste Sezioni Unite hanno affermato essere chiara la implausibilità del tentativo di configurare un eccesso di potere a danni del legislatore rinvenendolo in una attività di individuazione interpretativa. È stata anche di recente affermata da queste Sezioni Unite (Cass., S.U., n. 20698/2013; Cass., S.U., n. 24411/2011; Cass., S.U., n. 2068/2011) la non configurabilità del preteso eccesso di potere le volte in cui il Giudice speciale od ordinario individui una *regula iuris* facendo uso dei suoi poteri di rinvenimento della norma applicabile attraverso la consueta attività di interpretazione anche analogica del quadro delle norme. Si è in particolare ricordato che, con riguardo ai limiti al sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è figura di rilievo affatto teorico, in quanto dovendosi ipotizzare che il giudice applichi, non già la norma esistente, ma una norma all'uopo creata detto eccesso potrebbe ravvisarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'at-

⁶Per quanto riguarda il potere del giudice nella ricostruzione dei fatti addotti dalle parti in causa si vd. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, pp. 122 ss.; ID., *Verità negoziata?*, in L. CADIET (a cura di), *Accordi di parte e processo*, Milano, 2008, pp. 69 ss. Taruffo riflette in questi studi sulla cosiddetta "concezione negoziale" della verità, la quale implica che – ove si raggiunga il consenso su una determinata rappresentazione dei fatti – questi si diano per veri. *Contra* B. CAVALLONE, *In difesa della 'veriphobia' (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 1 ss.

tività interpretativa; attività quest'ultima certamente non contenibile in una funzione meramente euristica, ma risolvendosi in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto (Cass., S.U., n. 20698/2013). Il ricorrente principale chiede ora alla Corte di superare questo orientamento e di escludere la natura meramente teorica della figura dell'eccesso di potere legislativo; ciò ovviamente sul presupposto che la decisione del Consiglio di Stato qui impugnata, lungi dall'essersi limitata ad esercitare una consentita e doverosa attività di interpretazione della norma applicabile, abbia in realtà dato luogo alla creazione di una norma per l'innanzi inesistente. La valutazione richiesta postula, quindi, che si definisca quale sia il limite della interpretazione, ovvero che si possa individuare il limite oltre il quale l'attività interpretativa trasmodi in attività creativa, e quindi in una invasione della sfera riservata al legislatore. In questa ottica occorre ricordare che queste sezioni Unite hanno avuto modo di affermare (Cass., S.U., n. 15144/2011) che l'attività interpretativa è segnata dal limite di tolleranza ed elasticità dei significante testuale, nell'ambito del quale «la norma di volta in volta adegua il suo contenuto, in guisa da conformare il predisposto meccanismo di protezione alle nuove connotazioni, valenze e dimensioni che l'interesse tutelato nel tempo assume nella coscienza sociale, anche nel bilanciamento con contigui valori di rango superiore, a livello costituzionale o sovranazionale».

Analogamente in tema di valutazione della offensività in concreto e sia pure *ex ante* della condotta integrante il reato contravvenzionale di violazione della normativa paesaggistica, va rilevato come la Corte di Cassazione – nell'affermare il principio secondo il quale: il positivo accertamento di compatibilità paesaggistica dell'abuso edilizio eseguito in zona vincolata non esclude la punibilità del reato paesaggistico previsto dal D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 181, comma 1 *bis* – abbia anche statuito come la mancata estensione alla fattispecie delittuosa della causa di non punibilità, prevista dal D.Lgs. n. 42/2004, art. 181, comma 1 *ter*, per la sola fattispecie contravvenzionale di cui al comma primo, non viola il principio di offensività e tanto sul rilievo che, quanto alla incidenza del principio di offensività nel delitto *de quo*, la Corte Costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale dell'originaria fattispecie di cui alla L. 8 agosto 1985, n. 431, art. 1 *sexies*, sotto il profili dell'asserito contrasto di detta norma con i principi costituzionali di cui agli artt. 13, 25 e 27 Cost., nella parte in cui sottopone a sanzione penale tutte le modifiche ed alterazioni, con opere non autorizzate, di beni specificamente tutelati dal vincolo paesaggistico, senza valutare la concreta incidenza dannosa per i beni tutelati, pur rigettando la questio-

ne, ha tuttavia affermato che, con riferimento all'offensività in concreto delle condotte incriminate, l'accertamento in concreto dell'offensività specifica della singola condotta, anche per i reati ascritti alla categoria di quelli formali e di pericolo presunto, è devoluto in ogni caso al sindacato del giudice penale, mentre la mancanza di offensività in concreto, lungi dall'integrare un potenziale vizio di costituzionalità, implica una valutazione di merito rimessa al giudice (sentenza Corte Cost. n. 247/1997).

Dunque, anche nell'ipotesi più direttamente condizionata dalla previsione normativa, quale è quella della delineazione degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice, viene affermato un rilevante margine di apprezzamento discrezionale dell'offensività in concreto sia pure *ex ante*, di cui il giudice è essenziale protagonista, come nel reato contravvenzionale per il quale è irrilevante l'aspetto psicologico e sarebbe esclusivamente determinante l'offensività in astratto della condotta rispetto al bene tutelato.

Si pensi, inoltre, alle conseguenze discendenti dalla costituzionalizzazione del principio della parità di bilancio, che ha determinato l'espansione del potere del giudice contabile non solo come giudice del danno erariale, bensì come giudice della *chance* attribuendo, dunque, allo stesso un potere sull'efficacia del risultato rispetto alle scelte della pubblica amministrazione e, pertanto, nella sostanza una verifica degli indirizzi della amministrazione attiva.

Emerge, pertanto, dalla lettura delle sentenze sopra riportate il fenomeno di graduale superamento all'interno del diritto vivente⁷ delle differenze tra modalità, in sostanziale concorrenza, dell'interpretazione giurispruden-

⁷ Sull'espressione "diritto vivente" all'interno del nostro sistema si rinvia a M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*⁸, I, Paris, 1920, nt. 14, il quale per primo parlò della giurisprudenza come la "forma vivente del diritto", in quanto spetta ai tribunali applicare il diritto ai rapporti della vita. Così, come afferma il Colesanti, «conoscere la giurisprudenza significa allora conoscere il diritto nella sua realtà quotidiana, e perciò apprendere come i singoli casi vengano concretamente disciplinati dalle norme giuridiche mediante la loro coordinazione ed integrazione, e, dove occorra, con il loro adattamento alle nuove esigenze: in una parola, mediante l'interpretazione». V. COLESANTI, voce *Giurisprudenza*, in *Nov. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, p. 1102. In Italia, più specificamente, la formula "diritto vivente" è tornata in auge in una nozione elaborata progressivamente dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale (sent. n. 161/1967 e n. 26/1984) che intende l'espressione alla stregua di una "interpretazione giurisprudenziale consolidata" di una disposizione di legge. Interessanti considerazioni in merito al valore del diritto vivente e alla sua incidenza nel nostro sistema di fonti si trova in A. MARIANI MARINI-D. CERRI (a cura di), *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, Pisa, 2007, pp. 7 ss., con particolare riguardo alla *iurisprudentia* romana il contributo di F. PROCCHI, *Brevi considerazioni semantiche: il "diritto vivente" ed il "diritto giurisprudenziale"*. *Dalla iurisprudentia romana alla moderna "giurisprudenza"*, pp. 117-125.

ziale nei sistemi di diritto anglosassone e quelli continentali, che rappresenta il vero nodo problematico dell'attuale fase storica. In questa prospettiva, infatti, la giurisprudenza di legittimità ha prestato l'avvallo alla prassi riduttiva della motivazione sulle questioni di fatto, ritenendo che il giudice abbia il dovere di motivare solo con riferimento alle prove su cui ha fondato la propria decisione, ma non in ordine a quelle contrarie, in tal modo esonerando, di fatto, il giudice dall'obbligo di esporre le ragioni della propria scelta: principio, questo, appena temperato dal dovere del giudice di appello di giustificare la decisione in ordine ai fatti principali della controversia, a pena di incorrere nel vizio di omessa o insufficiente motivazione. Condivisibile fino in fondo è, in questa prospettiva, il punto di vista secondo cui «in un ordinamento in cui la legittimazione del giudice a dire il diritto è legittimazione democratica, la interpretazione creativa pone con maggiore urgenza la questione dei limiti alla discrezionalità del giudice»⁸, per cogliere questo limite, appunto, nella motivazione della sentenza.

L'esperienza giuridica romana è sempre stata considerata uno strumento ermeneutico in grado di cogliere le implicazioni di un sistema di fonti orientato in chiave processuale⁹. Tuttavia, non possono non registrarsi esitazioni nella dottrina in ordine alle conseguenze che vanno concretamente tratte dalla consapevolezza che il *iudicium* è la sede della emersione della controversia e che la controversia stessa è l'unica occasione attraverso la quale è percepibile la *regula iuris* cioè la norma.

Naturalmente non mancano rilevanti acquisizioni di cui verrà in seguito dato debito conto.

L'impressione è che l'approccio scientifico alle questioni processuali romane sia stato fortemente condizionato dalla struttura della principale fonte di conoscenza che possediamo sul processo formulare romano: le *Institutiones* di Gaio, che rappresenta la più eccellente fonte per la conoscenza del diritto procedurale civile romano dell'età classica. Infatti, è noto che prima della loro scoperta si doveva tentare di ricostruire il processo civile romano anzitutto dai frammenti dei giuristi classici, rielaborati dalla codificazione giustiniana. Così Gaio ci permette, come ha scritto il Wenger, di «misura-

⁸ G. MUSCOLO, *Il «volto non comune» della verità processuale*, in A. MARIANI MARINI (a cura di), *Processo e verità*, Pisa, 2005, pp. 69-79.

⁹ Cfr. P. GIUNTI, *Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in *Iura*, LXI/2013, pp. 47-85, con ampia e aggiornata bibliografia.

re tutto il valore di una fonte relativamente non adulterata della letteratura classica dei Romani»¹⁰.

Non è qui il caso di riprendere gli ampi studi, anche recentissimi, sulla natura e sulla struttura delle istituzioni gaiane, ma appare indubbio che la sequenza istituzionale dettata dal giurista abbia rafforzato l'impressione dell'esistenza di un rito e di una prassi consolidati. Rito e prassi consolidati al punto da trasformare riflessioni manualistiche – come quelle gaiane – in canone processuale. Le istituzioni di Gaio come codice della procedura formulare hanno in parte alterato la costitutiva natura caotica del processo formulare medesimo, indiscutibilmente confermata dal disordine dell'editto del pretore nelle sue ricostruzioni postume¹¹.

Di qui indagini anche recenti che applicano alla prassi processuale formulare categorie proprie della moderna tecnicità processuale, in parte tentando di colmare con la individuazione di forme pur presenti nella descrizione gaiana, ma non costituenti luoghi regolativi, quell'insuperabile aspetto deformalizzato del processo privato romano, nel quale il punto cruciale è costituito dalla individuazione di una *regula* soggetta alla verifica successiva della sua compatibilità con gli elementi costitutivi del fatto. Questo accertamento è condotto prevalentemente sulla scorta, certo di una tradizione interpretativa, purché considerata compatibile con la volontà del magistrato o giudice accertatore e naturalmente nel concorso con gli altri soggetti rilevanti nella dialettica processuale.

Gli studi che seguono, dunque, attraverso una ridefinizione dello *ius controversum* come diritto della controversialità tentano di spostare il *focus* dell'attenzione sul *iudicium* e lo *iudex* e sugli altri soggetti, il giurista in udienza e l'avvocato che concorrono alla definizione della *regula iuris*, in seno ad un sistema nel quale il linguaggio giurisprudenziale era un dipanarsi di locuzioni ed espressioni allora forse omologhe e sinonimiche, ma che agli occhi dei moderni giuristi diventano misura degli squilibri e della, almeno apparente, instabilità di un apparato normativo *fallorientiert*.

¹⁰ L. WENGER, *op. cit.*, p. 1.

¹¹ Per quanto concerne la struttura, la tradizione e l'utilizzo delle *Institutiones* gaiane, anche come codice, v. gli studi di F. BRIGUGLIO, *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, Bologna 2012, *passim*; M. VARVARO, *La revisione del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio e le schede di Bluhme*, in AUPA, LVII/2014, pp. 389-438; sull'incidenza delle Istituzioni gaiane nello studio del diritto v. C. VANO, *Il nostro autentico Gaio: strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli, 2000, spec. pp. 223-312.

Viene altresì indagata la natura della *regula* che è principio, norma e regola del caso insieme a seconda dalla strategia interpretativa di chi è chiamato a giudicare, siano essi giuristi o giudici. Infine, la *denegatio actionis* sembra una conferma ulteriore di un potere giurisdizionale in grado di rompere il sistema delle regole, operando un adeguamento *ex imperio* della norma al caso ed alle esigenze sociali di giustizia.

Sullo sfondo un contesto di pratiche processuali deformalizzate disponibili dalle parti dominate da una prevalente inafferrabilità documentale, l'oralità, con tutto ciò che consegue per istituti propri del diritto processuale come la definizione della *res iudicata*.

Capitolo I

Lo ius controversum espressione dell'artificialità del diritto

SOMMARIO: 1. Il confronto tra legge e giudice. – 2. Complessità dello *ius controversum*. – 3. La controversialità ed il ragionamento confutatorio quali fondamenti dell'argomentazione giuridica. – 4. La nozione dello *ius controversum* nelle fonti e nell'elaborazione dottrinale. – 5. Lo *ius controversum* come elemento costitutivo del diritto. – 6. L'*officium* del giudicante nel processo privato romano. – 7. *Res iudicatae* e tradizione giurisprudenziale. – 8. Il rapporto tra giudice e giurista. – 9. Conclusioni.

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 trova puntuale riscontro nelle parole

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: J.P. VERNANT-P. VIDAL NAQUET, *Mito e tragedia nell'antica Grecia. La tragedia come fenomeno sociale estetico e psicologico*, trad. it. M. RETTORI, Torino, 1976, p. 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 F. CAVALLA, *All'origine del diritto, al tramonto della legge*, Napoli, 2011, p. 126, vede nelle leggi richiamate «non le ragioni della coscienza né [...] di un supposto diritto naturale sovraordinato al diritto positivo», ma piuttosto «un diritto panellenico (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 *gbenos*, l'altro alla *polis*; il primo

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 metagiuridica, 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

“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 G.W.F. HEGEL, *Estetica*, N. MERKER-N. VACCARO (a cura di e traduzione), I, Torino, 1976, p. 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. J.P. ECKERMANN, *Gesprache mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens*, tr. it., G.V. AMORETTI (a cura di), *Colloqui con il Goethe*, Torino, 1957, I, pp. 383 ss. Da ultimo, per un'attenta ricognizione sul tema, con aggiornata bibliografia, v. E. STOLFI, *Nómoi e dualità tragiche. Un seminario su Antigone*, in *SDHI*, LXXX/2014, pp. 467 ss.

³ Soph., *Ant.* 455, su questa espressione si veda M. TALAMANCA, “Ἔθῃ e νόμος ἄγραφος nel ‘Corpus Oratorum Atticorum’”, in L. BOVE (a cura di), *Prassi e diritto. Valore e ruolo della consuetudine*, Napoli, 2008, pp. 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 *týrannos* tebano mi sembra chiaro ai versi 213, 382, 449, 452, 481 e forse anche 663 e 847»: E. STOLFI, *Quando la legge non è solo legge*, Napoli, 2012, p. 74 nt. 47 s.

⁴ Tuc. 2.37. Il Canfora sottolinea come di fatto Tucidide abbia non solo parafrasato ma, almeno in parte, anche «ricreato» l'epitaffio pericleo, cfr. L. CANFORA, *Il mondo di Atene*, Roma-Bari, 2011, pp. 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»: *op. cit.*, p. 6. Sul messaggio contenuto nell'epitaffio di Pericle si veda, da ultimo, l'interpretazione datane da F. 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, pp. 459 ss.

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

⁶ R. BENEDICT, *Il crisantemo e la spada. Modelli di cultura giapponese*, Roma-Bari, 2009, *passim*. Il meccanismo del divieto, infatti, è tipico di culture profondamente diverse da

quale vengono indicate le società nelle quali il rispetto delle regole non viene ottenuto attraverso l'imposizione di divieti scritti.

Nell'orazione contro Andocide, attribuita comunemente a Lisia⁷, dove l'imputato è accusato di empietà, ancora Pericle⁸ esorta a tenere conto, per quanto riguarda coloro che commettono sacrilegio, non solo delle leggi scritte, ma anche di quelle non scritte, la cui interpretazione compete all'oscuro collegio degli Eumolpidi⁹.

Lo stesso Creonte riconoscerà lo statuto di 'vigenti'¹⁰, a queste leggi le quali, per la loro stessa natura, nessun potere 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: la democrazia¹². Interessante appare notare che questo concetto sarà del tutto inconcepibile per i teorici

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. E. CANTARELLA, "Sopporta, cuore ...". *La scelta di Ulisse*, Roma-Bari, 2008, pp. 17 ss.; interessanti osservazioni sul concetto di vergogna con riferimento alla società attuale in F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia della norma*, Milano, 1967, pp. 33 s.

⁷ Contro l'attribuzione a Lisia si schiera, con ferma convinzione, L. CANFORA, *Una società premoderna. Lavoro, morale, scrittura in Grecia*, Bari, 1989, p. 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 F. 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, p. 51.

⁸ Il 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 L. CANFORA, *Una società premoderna*, cit., p. 226.

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

¹⁰ Soph., *Ant.* 1113.

¹¹ W. 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: L. CANFORA, *Il mondo*, cit., 106; V. DI BENEDETTO, *Euripide*, Torino, 1971, *passim*.

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 rappresenta per l'Arpinate, un modello del tutto negativo, infatti per lui il vero mito 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 Tavole, per Pomponio¹⁵ rappresentanti il momento costitutivo della *civitas*, fon-

¹³ Cic., *Rep.* 1.68: *Tum Laelius: 'prorsus' inquit 'expressa sunt a te quae dicta sunt ab illo.'* (Scipio) *'atque ut iam ad sermonis mei auctorem revertar, ex hac nimia licentia, quam illi solam libertatem putant, ait ille ut ex stirpe quadam existere et quasi nasci tyrannum. nam ut ex nimia potentia principum oritur interitus principum, sic hunc nimis liberum populum libertas ipsa servitute adficit. Sic omnia nimia, cum vel in tempestate vel in agris vel in corporibus laetiora fuerunt, in contraria fere convertuntur, maximeque 'id' in rebus publicis evenit, nimiaque illa libertas et populis et privatis in nimiam servitute cadit. itaque ex hac maxima libertate tyrannus gignitur et illa iniustissima et durissima servitus. ex hoc enim populo indomito vel potius immani deligitur aliqui plerumque dux contra illos principes adflictos iam et depulsos loco, audax, impurus, consectans proterve bene saepe de re publica meritos, populo gratificans et aliena et sua; cui quia privato so sunt oppositi timores, dantur imperia, et ea continentur, praesidiis etiam, ut Athenis Pisistratus, saepiuntur, postremo, a quibus producti sunt, existunt eorum ipsorum tyranni; quos si boni oppresserunt, ut saepe fit, recreatur civitas; sin audaces, fit illa factio, genus aliud tyrannorum, eademque oritur etiam ex illo saepe optimatum praeclaro statu, cum ipsos principes aliqua pravitas de via deflexit. sic tanquam pilam rapiunt inter se rei publicae statum tyranni ab regibus, ab iis autem principes aut populi, a quibus aut factiones aut tyranni, nec diutius unquam tenetur idem rei publicae modus.*

¹⁴ Cic., *De or.* 1.13: *Ac ne illud quidem vere dici potest aut pluris ceteris inservire aut maiore delectatione aut spe uberiore aut praemiis ad perdiscendum amplioribus commoveri. Atque ut omittam Graeciam, quae semper eloquentiae princeps esse voluit, atque illas omnium doctrinarum inventrices Athenas, in quibus summa dicendi vis et inventa est et perfecta, in hac ipsa civitate profecto nulla unquam vehementius quam eloquentiae studia viguerunt;* sul passo v. CH. WIRSZUBSKI, *Il concetto di libertà a Roma tra Repubblica e Impero*, Bari, 1957, p. 70.

¹⁵ D. 1.2.2.4 (Pomp., *lib. sing. ench.*): *Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus: quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi: datumque est eis ius eo anno in civitate summum, uti leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur neque provocatio ab eis sicut a reliquis magistratibus fieret. qui ipsi animadvertentur aliquid deesse istis primis legibus ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adie-*

data dalle leggi e sulle leggi ([...] *civitas fundaretur legibus* [...]), dalle quali *fluere coepit ius civile*¹⁶ 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 l'erudito Dionigi di Alicarnasso trattando delle *leges regiae* articoli la sua narrazione sui parametri del νόμος, dell'ἔθος e del πολίτευμα¹⁷

cerunt: et ita ex accedenti appellatae sunt leges duodecim tabularum. quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris hermodorum quandam ephesium exulantem in italia quidam rettulerunt.

¹⁶D. 1.2.2.6 (Pomp., *lib. sing. ench.*): *Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret certas solemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones. et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt. omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est.*

¹⁷Sullo studio delle *leges regiae* da parte di Dionigi di Alicarnasso, v. E. GABBA, *Roma arcaica. Storia e storiografia*, Roma, 2001 (ried. del testo del 1960, *Studi su Dionigi di Alicarnasso*, I, *La costituzione di Romolo*), p. 91, più in generale sulle *leges regiae*, da ultimo, D. MANTOVANI, *Le due serie di leges regiae*, in J.-L. FERRARY (a cura di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana. Collegio di diritto romano 2010 Cedant*, Pavia, 2012, 478 ss. e R. LAURENDI, *Leges regiae. «Ioui sacer esto» nelle leges Numaie: nuova esegesi di Festo s.v. Aliuta*, in G. PURPURA (a cura di), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustini (FIRA). Studi preparatori. I. Leges*, Torino, 2012, pp. 13 ss. Circa il dibattito sull'attendibilità delle *leges regiae* v. R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, pp. 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., V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, Napoli, 1989, p. 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 J. CARCOPINO, *Les prétendues «lois royales»*, in «*Mélanges d'archéologie et d'histoire*», 54, 1937, pp. 344 ss.; di diverso avviso S. TONDO, *Introduzione alle leges regiae*, in *SDHI*, 37/1971, pp. 25 ss., 44, che si è espresso

nella consapevolezza di un *Rechtsordnung*¹⁸ 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 della presente indagine.

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 controversialità come caratteristica del diritto giurisprudenziale romano non può non registrarsi una *communis opinio*: il Talamanca¹⁹, 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 *responsa* contrapposti, con il conseguente accertamento del diritto in rapporto alla causa decisa nel contesto dello *ius controversum*²⁰.

per la sostanziale genuinità di alcune *leges regiae* pervenuteci in forma di «citazione testuale»; A. WATSON, *Roman private law and the leges regiae*, in *JRS*, 62/1972, pp. 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»; F. SERRAO, voce *Legge (Diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 800 [= *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, I, Pisa, 1975, pp. 20 s., ora in *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, I, Napoli, 1984, p. 101]. Sollecitazioni nel senso del testo sono pervenute da una acuta ricerca in corso di Gaia Di Trollo, ricerca di cui una prima ampia sintesi si può leggere nella tesi di dottorato dal titolo: *Leges regiae: le testimonianze di Dionigi di Alicarnasso*, Università degli Studi di Roma La Sapienza, Roma 2015.

¹⁸ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, 1922, pp. 156 ss.

¹⁹ M. TALAMANCA, rec. *Iura*, 36/1985, in *BIDR*, 92-93/1989-1990, pp. 740 ss.

²⁰ Cfr. M. TALAMANCA, *Il «Corpus iuris» giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in A. CORBINO-A. MILAZZO (a cura di), *Diritto e Storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei*, Padova, 1995, 209 ss.

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 tralazia del ruolo giocato dai *prudentes* nell'edificazione di una identità di ceto fondata sull'esclusività di ruolo quali *conditores iuris*²¹.

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 Filippo Gallo²², 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*:

²¹ A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Napoli, 1987, *passim*; ID., *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, 1994, *passim*; V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, I, Napoli, 2000, *passim*; ID., *Studi sui libri de officio proconsulis e la loro fortuna tardoantica*, Napoli, 2004, *passim*; E. STOLFI, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, I, *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, *passim*; D. MANTOVANI, *Iuris scientia e 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, F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana*, I, *Cicerone*, Napoli, 2013, p. 47.

²² Si veda F. 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 (febb. 1978)*, Roma, 1979, pp. 98 ss.; ID., *Produzione del diritto e sovranità popolare nel pensiero di Giuliano (a proposito di D. 1.3.22)*, in *Iura*, 36/1985, p. 70.

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 optinuit. 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 probant²³.*

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 Vincenti²⁴, 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 passo ulpiano accolto in D. 1.2.2.5²⁵ – risolta con la *sententia iudicis*. Poi dal ripetersi di *sententiae* simili 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 consue-

²³ Per una recente ed attenta analisi del passo gaiano si veda C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, p. 272.

²⁴ U. VINCENTI, *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova, 2003, p. 17.

²⁵ 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 [...]*.

tudine, del ruolo del pretore, del giudice e del rapporto tra norma e decisione²⁶. Evidente appare la dimensione antinormativa della ricostruzione elaborata dal 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*)²⁷.

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 sociale²⁸.

3. La controversialità ed il ragionamento confutatorio quali fondamenti dell'argomentazione giuridica.

Non appare un fuor d'opera – stante la cornice entro la quale si svilupperà il nostro ragionamento – 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 dal Giuliani²⁹ e dal Pe-

²⁶ F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997, *passim*.

²⁷ Sulla definizione celsina interessanti osservazioni si possono leggere in W. WALDSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto*, U. VINCENTI (a cura di), Padova, 2002, pp. 9 ss.

²⁸ Sui concetti di *humanitas* e *benignitas* nel diritto romano mi permetto di rinviare ai miei studi: A. PALMA, *Humanior Interpretatio. 'Humanitas' nell'interpretazione e nella formazione da Adriano ai Severi*, Torino, 1992, pp. 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" (*op. cit.*, p. 2). ID., *Benignior Interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella formazione da Adriano ai Severi*, Torino, 1997, pp. 1 ss.

²⁹ Per quanto riguarda il pensiero del Giuliani, v. l'accurato volume S. ANDRINI, *Informazione e comunicazione in Alessandro Giuliani*, in F. CERRONE-G. REPETTO (a cura di.), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica ed etica*, Milano, 2012, p. 32. Proprio il

relman³⁰ – assata sulla modalità della confutazione: 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)³¹.

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 giuridi-

Giuliani affermava che contro la superbia del sapere definitorio, per utilizzare in tal modo le parole di Paolo Grossi nell'introduzione a F. CERRONE-G. REPETTO, *Alessandro Giuliani*, cit., p. 5, «egli rivalutava il controverso perché indocile 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»: A. GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966, p. 146.

³⁰ Di Perelman assume particolare interesse, per quello che si dirà in seguito, ricordare 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. C. PERELMAN, *Logica giuridica e nuova retorica*, Milano, 1976, *passim*.

³¹ 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*, introduzione, traduzione e commento di PAOLO FAIT, Roma-Bari, 2007.

ca – 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 sciolgono 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 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 Sacco³² 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 precedenza³³. '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 Giustiniano³⁴.

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 Viehweg³⁵, Esser³⁶, Stein³⁷, Carcaterra³⁸, Martini³⁹,

³²R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, *passim*.

³³Cfr. R. SACCO, *Introduzione*, cit., pp. 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.

³⁴F. GALLO, *Consuetudine e nuovi contratti. Contributo al recupero dell'artificialità del diritto*, Torino, 2012, spec. pp. 27 ss.

³⁵T. VIEHWEG, *Topic und Jurisprudenz*, München, 1965, pp. 30 ss.

³⁶J. ESSER, *Principio e norma*, Tübingen, 1990⁴, pp. 44 ss.

³⁷P. STEIN, *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edimburg, 1966, pp. 10 ss.

³⁸G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974, pp. 21 ss.

³⁹R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, pp. 45 ss.

Schmidlin⁴⁰, Winkel⁴¹.

Appare ancora fecondo per il diritto romano il rapporto-distinzione tra principi e regole come elaborato da Ronald Dworkin⁴², per il quale, in estrema sintesi, i principi esprimono i valori supremi dell'ordinamento di una comunità⁴³; si fondano sul loro carattere morale; la loro applicazione 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 motivata⁴⁴, 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 deci-

⁴⁰ B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln, 1970, pp. 20 ss.

⁴¹ L.C. WINKEL, *Error iuris nocet. Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung*, I, *Rechtsirrtum in der griechischen Philosophie und im römischen Recht bis Justinian*, Zutphen, 1985, pp. 33 ss.

⁴² R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. di F. ORIANA, Bologna, 1982, pp. 319-322.

⁴³ Secondo R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, trad. it. di L. CARACCILO DI SAN VITO, Milano, 1989, pp. 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 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.

⁴⁴ Cfr. J.-L. NANCY, *L'imperativo categorico*, trad. it. di F. PALESE, Nardò, 2011, pp. 43 ss.