



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Laura Solidoro

Habent sua sidera lites: sulla storia
dell'imponderabile nell'avventura processuale

Numero XI Anno 2018

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Napoli L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, I. Fargnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambirini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliaatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

**‘HABENT SUA SIDERA LITES’:
SULLA STORIA DELL’IMPONDERABILE
NELL’AVVENTURA PROCESSUALE**

SOMMARIO: 1. *La ‘calcolabilità giuridica’, una questione risalente alla prima metà del Novecento* – 2. *Tra dottrina e giurisprudenza, negli stessi anni, in Italia* – 3. *La posizione oscillante di Calamandrei* – 4. *Uno sguardo al passato* – 5. *La ricerca della certezza del diritto nell’esperienza giuridica romana* – 6. *La ‘forma-codice’, nuovo presidio e baluardo della prevedibilità* – 7. *Giustiniano e la certezza del diritto* – 8. *Le incognite del processo romano e l’abuso del processo* – 9. *L’aspirazione alla certezza: soltanto una illusione?*

1. *La ‘calcolabilità giuridica’, una questione risalente alla prima metà del Novecento*

Il pericolo che un giudice addivenga ad una decisione della lite ingiusta o imprevista si può davvero sventare, o ridurre in modo significativo, attraverso idonee scelte istituzionali e l’adozione di una serie organica di operazioni razionali da parte dell’organo giudicante?

In Italia, la recente pubblicazione di una raccolta di studi di Natalino Irti, *Un diritto incalcolabile*¹, e il concomitante Convegno patrocinato dall’Accademia dei Lincei sul tema *Calcolabilità giuridica* (Roma, 23 giugno 2016) hanno rilanciato un quesito eterno, che, nella prospettiva indicata da Max Weber nel 1930, e riprodotta

¹ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

nelle pagine iniziali del secondo volume di *Economia e società*, può intrecciare le scienze giuridiche e storiche con le scienze economiche. Il diritto è calcolabile? E cioè, in quale misura gli esiti (e i tempi) della lite giudiziaria sono 'calcolabili' dai consociati? Ne deriva il quesito: sono prevedibili le conseguenze ultime delle azioni umane? Interrogativo, questo, di non poco conto, perché la prevedibilità dell'esito delle liti consente di orientare in via preventiva i comportamenti dei singoli.

Le risposte variano, a seconda degli orientamenti individuali. Vi sono gli scettici, consapevoli della molteplicità dei fattori idonei a rendere incalcolabile il futuro giuridico (tra questi, il secondo Calamandrei² e ora, sotto particolari angolazioni, Natalino Irti³, sebbene non con gli eccessi raggiunti dal realismo americano⁴), e quanti – ormai pochi – viceversa persistono nella convinzione che la prevedibilità delle decisioni dei giudici sui casi concreti sarebbe un obiettivo perseguibile, se solo il legislatore formulasse norme più chiare e se varasse misure idonee a sventare il pericolo del c.d. 'abuso del processo'⁵.

Nell'area europea, dopo un lungo periodo segnato dall'illusione di completezza e stabilità del diritto ridotto nei nuovi codici moderni, il dibattito sulla certezza del diritto si è acceso contestualmente ai movimenti di ricodificazione e successiva,

² Su cui v. F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei maestro di liberalismo processuale (1946-1956)*, in *Riv. dir. proc.* 62.3, 2007, 663 ss., ora in *Scritti in onore di M. Comporti*, III, a cura di S. Pagliantini, E. Quadri e D. Sinesio, Milano, 2008, 763 ss.

³ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., ma v. già, in partic., ID., *'Calcolabilità' weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.* 60.5, 2014, 987 ss.

⁴ V. *infra*, § 9.

⁵ Mi soffermerò in modo specifico sulle ragioni di queste differenti posizioni in uno studio di prossima pubblicazione.

ulteriore decodificazione⁶: il progressivo moltiplicarsi delle fonti normative e la circolazione, nella società (e quindi tra i giudici e in generale gli interpreti della legge), di nuovi sistemi di valori eterogenei, e tra loro in conflitto, hanno incrinato i dogmi ottocenteschi – ma mutuati dalle concezioni giustinianee – della esaustività, univocità e perpetuità del diritto codificato⁷.

Queste osservazioni ci introducono al tema della difficile vigenza del principio di certezza del diritto. Perché, in fondo, la calcolabilità non è che la declinazione in termini matematici della prevedibilità; e la prevedibilità dell'esito ultimo dei comportamenti dei consociati (che poi equivale alla prevedibilità delle decisioni dei giudici) dipende direttamente dal livello di certezza del diritto caratterizzante l'ordinamento giuridico di riferimento.

Sul piano storico, l'espressione 'certezza del diritto' non sempre è stata adoperata per identificare la stessa condizione. In linea di massima, si riscontrano complessivamente i seguenti significati⁸: accessibilità alla conoscenza delle norme da parte dei consociati; stabilità della regolamentazione giuridica nel tempo; efficacia dei comandi normativi; osservanza delle norme da parte dei destinatari delle stesse; univocità delle qualificazioni giuridiche; possibilità di prevedere le modalità di intervento degli organi

⁶ Significativa è infatti la pubblicazione, nel 1942, del saggio di F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, rist. postuma, a cura di G. Astuti, Roma, 1950; sulle conseguenze dell'invecchiamento dei codici moderni, N. IRTI, *L'età della decodificazione*⁴, Milano, 1999.

⁷ *Amplius*, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Codici antichi e codici moderni*, in EAD., *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, I, Torino 2011, 1 ss.

⁸ Che il principio della certezza del diritto si richiami ad una pluralità di situazioni (sul piano storico, non sempre coincidenti) è peraltro un'opinione consolidata: ampia discussione in S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, 2002.

pubblici; prevedibilità del contenuto delle decisioni dei giudici; inviolabilità dei diritti quesiti; conformità del diritto agli standard di giustizia; presenza nell'ordinamento giuridico – e osservanza – di principi e istituti specifici, quali l'irretroattività della legge penale, il principio di legalità, la separazione dei poteri, la distinzione delle funzioni pubbliche⁹.

La locuzione 'certezza del diritto' ci si presenta insomma come una formula idonea ad individuare un complesso di elementi e di caratteristiche di vario genere. Sul piano della riflessione teorica, poi, l'espressione 'certezza del diritto' si è riempita di significati alquanto eterogenei a partire dal Settecento, quando l'ideale di un diritto prevedibile e conoscibile è assunto a motivo centrale del pensiero giuridico¹⁰.

Secondo Locke, il rimedio essenziale contro l'incertezza del diritto è individuabile, all'epoca, nel «dispensare la giustizia e decidere intorno ai diritti dei sudditi con leggi promulgate e fisse e giudici autorizzati e conosciuti»¹¹. La risposta a questa istanza viene vista allora nelle codificazioni.

Il primo giuspositivismo (collegato con l'esperienza istituzionale dello Stato liberale e dello Stato legale e dunque con

⁹ Sugli indici di certezza del diritto, ora elencati, v. soprattutto M.S. GIANNINI, voce *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, 6, Milano, 1960, 769 ss.; M. LONGO, voce *Certezza del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, 3, Torino, 1966, 124 ss.; L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975; L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Digesto. Discipline privatistiche. Sezione civile*, Torino, 1988, 274 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989; S. BERTEA, *Certezza*, cit.

¹⁰ Ampia esposizione in C. FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 27.1, 1997, 89 ss.

¹¹ J. LOCKE, *Due trattati sul governo e altri scritti politici*³, Torino, 1982, § 136. I due trattati sul governo vennero pubblicati in forma anonima per la prima volta nel 1690.

le dottrine della Scuola dell’Esegesi francese), implicando la riduzione del diritto alla legge, quale comando generale e astratto, identifica la certezza del diritto nella ‘conoscibilità *ex ante*’, nella prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti dei consociati (talché questi ultimi possano orientare le loro azioni in base alla consapevolezza delle conseguenze che immancabilmente ne scaturirebbero)¹² e, nell’orientamento più estremo, alla riduzione del giudice a mera ‘bocca della legge’.

Nel Novecento, con l’avvento del giuspositivismo normativista (rappresentato soprattutto da Hans Kelsen ed Herbert Hart), si rafforza la prospettiva garantista, e con essa si profila una nozione di certezza del diritto come possibilità di conoscere *ex ante* i limiti dell’esercizio legale del potere coercitivo, mentre secondo altri, in una visione più assolutistica, la certezza del diritto dovrebbe coincidere con la possibilità di prevedere le decisioni dei casi concreti, sulla base della conoscenza delle norme¹³. Ed è appunto in questo alveo che la questione della certezza si intreccia con la matematica, nella visuale weberiana della calcolabilità giuridica. Ma il XX sec. si caratterizza già per un ordinamento giuridico composto da un insieme assai articolato di norme, non tutte facilmente accessibili alla conoscenza dei destinatari, e non sempre fedelmente applicate ai casi di specie. Annota al riguardo L. Ferrajoli¹⁴: il diritto «è certo nella misura in cui i suoi interventi sono prevedibili; e sono prevedibili solo quelli motivati da argomenti cognitivi di cui sia decidibile processualmente ... la ‘verità formale’».

Si afferma dunque, nel positivismo più maturo, un atteggiamento scettico (cui aderisce peraltro il secondo

¹² Approfondimenti in C. FARALLI, *Certezza*, cit.

¹³ V. *infra*, § 9.

¹⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 81 s.

Calamandrei, constateremo più avanti) nei confronti del conseguimento della 'certezza del diritto', che comincia ad essere rappresentata come un aspetto solo eventuale, ideale, del diritto positivo: una conclusione scaturita come inevitabile, date certe premesse, se queste sono costituite dalla visuale kelseniana del diritto quale fattore dinamico, in continua ed inarrestabile evoluzione¹⁵. Concepire il diritto nel suo movimento e il sistema giuridico come un ordinamento fluido significa ammettere che la determinazione dei contenuti del diritto non dipende in via esclusiva dai comandi generali e astratti (dalla norma). La produzione della norma non equivale di per sé alla fissazione dei significati del diritto: la regola generale è soltanto la cornice, al cui interno sussistono molteplici possibilità di applicazione¹⁶. In un sistema dinamico, il processo interpretativo di cui sono artefici gli organi deputati all'applicazione del diritto assume un ineliminabile carattere – almeno in parte – discrezionale e creativo.

È chiaro che, in questa prospettiva, la 'certezza del diritto' venga degradata a mero 'ideale regolativo'. Kelsen, nel prospettare i due sistemi giuridici più apprezzabili (opto qui per una descrizione semplificata dei due modelli, rispetto alle possibili varianti, che rendono più complessa l'esposizione kelseniana), rappresenta il primo come lo Stato in cui la produzione del diritto è accentrata (spetta esclusivamente al potere centrale) perché vi è un unico organo che produce tutto il diritto. In questo tipo, avverte Kelsen, il sistema presenta da un lato l'inconveniente di mancare di flessibilità, ma dall'altro lato il vantaggio di assicurare la 'certezza

¹⁵ Così H. KELSEN, già nella prima edizione della *Reine Rechtslehre* (*Lineamenti di dottrina pura del diritto*), del 1934, trad. it., Torino, 1952, (infra nt. 25).

¹⁶ Lo sottolineano C. FARALLI, *Certezza*, cit.; S. BERTEA, *Certezza*, cit.

del diritto', sicché la decisione giurisdizionale è in una certa misura prevedibile¹⁷.

2. Tra dottrina e giurisprudenza, negli stessi anni, in Italia

Dalla prima metà del Novecento, l'eterna questione della prevedibilità o imprevedibilità dell'esito dei processi in Italia è stata spesso trattata in connessione con la massima, formulata in lingua latina, *habent sua sidera lites*. Questo aforisma, che ha il pregio di esprimere in felice sintesi, e non senza una sfumatura di ironia, il pericolo della totale imprevedibilità delle decisioni dei giudici, era allora tornato in auge grazie ad una nota sentenza del 1931. In quell'anno, la Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sul tema della responsabilità dell'avvocato per la perdita di chance del proprio assistito in conseguenza della mancata proposizione dell'appello, affermava che «al procuratore in colpa per l'omessa interposizione di appello di cui abbia assunto incarico dal proprio cliente può far carico il rimborso delle spese invano all'uopo anticipategli, ma non il danno incerto ed eventuale desunto da una stima preventiva dell'esito della lite»¹⁸. Così argomentava l'estensore: poiché *habent sua sidera lites* (il motto è riportato nella sentenza) non si può effettuare una stima preventiva dell'esito del processo: «nel calcolo concorrono elementi di difficile valutazione, quali l'opinione personale del giudice, l'apprezzamento che egli

¹⁷ H. KELSEN, *Reine Reschslehre*, cit.

¹⁸ Così la massima della sentenza: Cass. Regno, 10 febbraio 1931, n. 495, in *Riv. dir. proc.*, 2, 1931, 260 con nota di P. CALAMANDREI, *Limiti di responsabilità del legale negligente*. V. ora S. LIMONGELLI, *Avvocato e danno. Premessa*, in *I danni da inadempimento, professionisti e consumatori*, a cura di L. Viola, Matelica, 2008, 155 s. e nt. 166.

dovrà fare delle prove, l'apprestamento delle stesse per opera dei vari litiganti, il regolare corso del processo, l'attività delle parti, le loro risorse defensionali, etc.».

Questa presa di posizione, all'epoca, non mancò di suscitare vivaci reazioni, accendendo il dibattito sulla prevedibilità o 'calcolabilità' (il richiamo al 'calcolo' è testuale, nella sentenza del 1931) delle decisioni dei giudici. La sentenza della Suprema Corte anticipava di qualche anno la diffusione delle teorie weberiane sulla calcolabilità del diritto, ma coincideva – cronologicamente – con la pubblicazione in Italia delle opere di Hans Kelsen.

Commenti fortemente critici, rispetto alla posizione assunta dalla Corte di Cassazione con la sentenza in oggetto, furono espressi nell'immediato da Piero Calamandrei (1889-1956), allora quarantaduenne e già da molti anni ordinario di diritto processuale civile, nella sua *Nota* alla pronuncia della Cassazione. Il giurista fiorentino ravvisava nella fattispecie un illecito commesso dal procuratore, inadempiente a un obbligo derivante dal mandato, e proponeva di calcolare il danno subito dalla parte per l'omesso appello sulla base di un computo delle probabilità in astratto, relazionato al numero delle sentenze riformate in appello. In tal modo, concludeva Calamandrei, «soprattutto è salva l'equità, la quale si ribella al pensiero che il legale colpevole di aver rovinato colla sua incuria il cliente, si tragga d'impaccio così a buon mercato, solo col restituirgli la spesa della carta bollata».

Non è questa la sede per affrontare in modo specifico il tema della responsabilità dell'avvocato per la perdita di chance, tuttora vivacemente discusso anche alla luce delle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e dei doveri enunciati dal codice deontologico italiano. Ciò che qui interessa è la questione mossa in ordine alla 'calcolabilità del diritto'.

La netta disparità di opinioni che si registrò nel 1931 va ricondotta – a mio parere – al delicato momento che stavano vivendo la dottrina e la giurisprudenza italiane, oscillanti e divise su due atteggiamenti antitetici, provenienti da altrettante esperienze esterne, e cioè: le ultime suggestioni esercitate dalla Scuola dell'Esegesi francese, segnata dal mito della completezza dei codici e dall'ideologia antimagistratuale, che postulava quale modello ideale di giudice un fedele esecutore della legge, e il nuovo indirizzo pandettistico imperante in Germania, che rivalutava fortemente la figura e l'operato del giurista e del giudice. In questo complesso quadro, si andava per giunta innestando la dottrina pura del diritto di Kelsen, che qui rileva sotto il particolare aspetto delle conseguenze connesse con la 'fluidità' del diritto, il cui inarrestabile divenire si ammetteva – da Kelsen in poi – difficilmente controllabile e governabile dalle leggi (in forma codice)¹⁹. E non solo: una volta crollata l'egemonia dei valori unitariamente espressi da un gruppo dominante – una classe politica o una aristocrazia del pensiero –, si avviava la diffusione, nel sociale, di una pluralità di valori eterogenei, irriducibili a unità e dai quali i giudici (ormai non più 'notabili cittadini', appartenenti agli strati alti della società, ma reclutati per pubblico concorso) potevano pressoché liberamente – e imprevedibilmente – attingere, in ragione delle proprie convinzioni individuali²⁰.

È in queste nuove sfaccettature che si inseriscono, e trovano spiegazione, la disparità delle opinioni espresse dai giuristi italiani dell'epoca.

¹⁹ V. la discussione in E. SEVERINO, *Legge e caso*, Milano, 1979, specialm. 15.

²⁰ Sul punto, rinvio a L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas*, Torino, 2013, 6 s., 8 s., 18 s., con lett. *ivi cit.*

3. La posizione oscillante di Calamandrei

Negli anni immediatamente successivi alla citata pronuncia della Cassazione, Calamandrei corroborò le sue tesi con enfasi ben maggiore rispetto ai toni più pacati della *Nota*.

L'*Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, la cui prima edizione fu pubblicata da Piero Calamandrei nel 1935, così ha inizio: «Chi fu l'inventore del motto comodo e vile *habent sua sidera lites*, col quale, sotto decoroso manto latino, si vuole dire in sostanza che la giustizia è un giuoco da non prendersi sul serio? Lo inventò certamente un causidico senza scrupoli e senza passione, che voleva con esso giustificare tutte le negligenze, addormentare tutti i rimorsi, scansare tutte le fatiche. Ma tu, o giovine avvocato, non affezionarti a questo motto di rassegnazione imbellè, snervante come un narcotico: brucia il foglio su cui lo trovi scritto; e quando hai accettato una causa che ti par buona, mettiti fervidamente al lavoro colla sicurezza che chi ha fede nella giustizia riesce in ogni caso, anche a dispetto degli astrologi, a far cambiare il corso delle stelle. Per trovar la giustizia, bisogna esserle fedeli: essa, come tutte le divinità, si manifesta soltanto a chi ci crede»²¹. Con questi ammonimenti e con una decisa professione di fede nei confronti della giustizia umana, ha inizio l'opera del giurista fiorentino.

Tre sono le questioni che il brano appena riportato solleva: l'origine del motto; l'opinione di Calamandrei sui contenuti dell'aforisma; il contesto storico e culturale in cui l'Autore scrisse la prima e poi le due successive edizioni dell'*Elogio*.

Calamandrei chiede – e si chiede – chi fu l'inventore del detto in lingua latina *Habent sua sidera lites*. E si tratta di un interrogativo più che giustificato: nelle fonti antiche, infatti, il motto non risulta

²¹ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*⁴, Milano, 2008, rist. an. 1959, 3.

menzionato. *Habent sua sidera lites* non è un aforisma romano. Si può tuttavia notare un'assonanza con l'espressione *habent sua fata libelli* (*pro captu lectoris habent sua fata libelli*), contenuta nel verso n. 1286 dell'opera *De litteris, De syllabis, De metris* di Terenziano Mauro, vissuto nel III sec. d.C. Con la formula *habent sua fata libelli*, il grammatico latino intendeva significare che 'secondo le capacità del lettore i libri hanno il loro destino', senza alcun riferimento alla materia giuridica.

La prima citazione scritta del motto *habent sua sidera lites* – poi richiamato nel 1931 dalla Cassazione – per quanto mi risulta risale al Settecento, e in particolare a Carlo Goldoni, di cui è ben nota la totale sfiducia nel ceto dei giuristi. Nel 1755 egli scrive²²: «*Habent sua sidera lites* [‘le liti hanno la loro buona o cattiva stella’]: sogliono dire i Forensi, e con questo bel detto si scusano spesse volte d’aver perduto la causa».

Torniamo allora a Calamandrei e al nostro aforisma, che il Maestro fiorentino colloca all’inizio del primo capitolo dell’*Elogio*, intitolato *Della fede nei giudici. Primo requisito dell’avvocato*. L’intitolazione del capitolo esprime il nucleo centrale del pensiero che caratterizzava l’A. negli anni in cui elaborava l’opera: per Calamandrei ‘fede nella giustizia’ è sinonimo di ‘fede nei giudici’. E infatti, sottolinea l’A.²³, «lo Stato sente come essenziale il problema della scelta dei giudici: perché sa di affidare ad essi un potere micidiale, che, male adoprato, può far diventare giusta la ingiustizia, costringer la maestà della legge a farsi paladina del torto». Il giurista fiorentino richiama di continuo il terribile potere che risiede nelle mani e quindi nelle decisioni dei giudici: «L’aforisma, caro ai vecchi dottori, secondo il quale *res iudicata facit de albo nigrum et de quadrato rotundum*, fa oggi sorridere: eppure, a pensarci bene, dovrebbe far

²² C. GOLDONI, *La buona famiglia (L’Autore a chi legge)*, 1755.

²³ P. CALAMANDREI, *Elogio*, cit., 10 s.

tremare. Il giudice ha infatti, come il mago della favola, il sovrumano potere di operare nel mondo del diritto le più mostruose metamorfosi, e di dare alle ombre parvenze eterne di verità: e poiché nel suo mondo sentenza e verità debbono alla fine coincidere, egli può, se la sentenza non si adegua alla verità, ridurre la verità alla misura della sua sentenza»²⁴. E ancora: «Il giudice è il diritto fatto uomo; solo da questo uomo io posso attendermi nella vita pratica quella tutela che in astratto la legge mi promette: solo se questo uomo saprà pronunciare a mio favore la parola della giustizia, potrò accorgermi che il diritto non è un’ombra vana».

Si percepisce che negli anni di composizione dell’opera è già tramontata la rigida visione del giudice come mera ‘bocca della legge’, ciononostante la ‘fede’ nella concreta realizzabilità della giustizia è ancora molto forte. Ma nella terza edizione, datata 1954 (e nella quarta, postuma, del 1959), questa consapevolezza si accompagna ad alcune note di sapore amaro. Come a breve constateremo, vi compaiono infatti svariate postille dell’A., contenenti altrettanti ripensamenti. I quasi venti anni intercorrenti tra la prima e la terza edizione hanno reso molto più scettico Calamandrei sugli esiti concreti del garantismo processuale. Che cosa è successo in questo lasso di tempo?

Sicuramente si sono moltiplicate le proprie e le altrui esperienze professionali, ma si è anche affermato un nuovo indirizzo di pensiero.

Mi riferisco in particolare, oltre agli influssi esercitati in Italia dalla pandettistica tedesca, alla recente pubblicazione delle prime opere di Hans Kelsen (1881-1973)²⁵. Erano appunto gli anni

²⁴ P. CALAMANDREI, *Elogio*, cit., 10 s.

²⁵ Penso soprattutto a H. KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg, 1928; ID., *Justiz und Verwaltung*, Wien, 1929; le teorie più significative espresse in queste opere

Trenta quelli in cui cominciavano a circolare in Italia le idee del filosofo praghese, e dunque la concezione di una 'giustizia assoluta' come ideale irrazionale, la presa d'atto che la gerarchia dei valori consiste – nei regimi democratici – in una costruzione del tutto soggettiva e valida solo per l'autore del giudizio e che l'adesione ai valori è, in ultima istanza, condizionata e dettata dalla componente emotiva della coscienza umana.

È probabile che queste nuove sollecitazioni non fossero rimaste estranee alla maturazione del pensiero di Calamandrei.

Franco Cipriani²⁶, nel ripercorrere l'evoluzione subita dagli orientamenti del giurista fiorentino, colloca nel 1951 la svolta rispetto agli insegnamenti chiovendiani (improntati ad un atteggiamento contrario all'impostazione individualista e liberale del codice del 1865 e favorevole, per contro, a un sistema orientato su principi pubblicistici e parzialmente autoritari, con attribuzione di larghi poteri ai giudici) e l'approdo al liberalismo processuale.

Nel 1952 Calamandrei tenne un ciclo di lezioni a Città del Messico, sul tema 'Processo e democrazia'²⁷. In esse continuava a sostenere che il giudice era «il più importante tra i personaggi del processo»²⁸, ma adesso questo enorme potere del giudice veniva rappresentato come un fattore di potenziale instabilità del sistema. In *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, recuperando le dottrine di Tisia (ricordate da Platone in *Phaedr.* 267a), di Aristotele e di Cicerone, Calamandrei avverte che il giudice emette giudizi di

confluiscono poi nella prima edizione di H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1934.

²⁶ F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei maestro di liberalismo processuale*, cit., 763 ss.

²⁷ Poi pubblicate in un volume: P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954.

²⁸ Si v. la lezione dal titolo *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, del 1954, in ID., *Opere giuridiche*, I, a cura di M. Cappelletti, Napoli, 1965, 638.

‘verosimiglianza’ e che perciò può sempre sbagliare²⁹. Questa riflessione lo induce a rivalutare il brocardo *habent sua sidera lites*, che, se meno di venti anni addietro aveva rifiutato con disprezzo, ora gli pareva rispondente al vero ed essere persino foriero di saggezza, perché «si deve prevedere di vincere, si deve far di tutto per vincere», però, se si perde la causa occorre rassegnarsi³⁰. Insomma, l’approccio fideistico degli anni giovanili lascia il posto alla osservazione razionale dei dati.

Contemporaneamente, nell’ultima edizione dell’*Elogio*, Calamandrei così chiarisce la sua posizione al riguardo: «Da quali insospettate e remote vicende personali o familiari derivano spesso le opinioni dei giudici e la sorte dei giudicabili! Una volta in cassazione difendevo una causa relativa a un preteso vizio redibitorio di un cavallo mordace. Il compratore chiedeva per questo la risoluzione della vendita; ma la corte d’appello aveva escluso in fatto che il cavallo fosse mordace e aveva quindi respinto la domanda. Il compratore soccombente aveva ricorso in cassazione; io difendevo il venditore; ma ero talmente sicuro che il ricorso sarebbe stato rigettato (proprio perché in cassazione non si può rimettere in discussione il fatto), che quando venne il mio turno nella discussione, rinunciai alla parola. Si alzò allora il procuratore generale; il quale, contrariamente alla mia aspettazione, dichiarò che il ricorso era fondatissimo e che doveva essere accolto». Di fronte allo stupore e alla garbata richiesta di chiarimenti avanzata da Calamandrei, il procuratore rispose: «Caro avvocato, contro i cavalli mordaci non si è mai abbastanza severi. Molti anni fa, andavo a piedi per la città, con il mio bambino per mano e ci avvenne di passar vicino a una carrozzella: quel

²⁹ P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1955, 165.

³⁰ P. CALAMANDREI, *Giustizia e politica*, cit., 647.

cavallaccio dall'aria innocente si voltò di scatto e addentò il braccio del mio bambino Da allora, quando io sento parlare di cavalli mordaci, sono inesorabile»³¹.

Analoghi considerazioni si leggono nel saggio, dal titolo già molto significativo, *Il processo come giuoco*³²: «È possibile, attraverso la porta dell'art. 116, che un giudice, nel contrasto tra un ricco e un povero o tra un ateo e un credente, dia ragione senza accorgersene all'uno o all'altro non per ragioni oggettive della causa, ma per la propensione morale che egli prova verso la categoria sociale a cui l'uno o l'altro appartiene». Si coglie in queste parole, mi sembra, una chiara eco del relativismo etico kelseniano.

Ed ecco le conclusioni di Calamandrei, espresse nella già citata postilla all'esordio dell'*Elogio*: «A distanza di quasi vent'anni, l'età mi ammonisce che, quando supposi che l'inventore del motto *habent sua sidera lites* sia stato un 'causidico senza scrupoli e senza passione', forse mi ingannai: è più probabile che l'inventore sia stato un vecchio saggio avvocato, esperto del mondo giudiziario, il quale abbia voluto suggerire con questa massima il farmaco per calmare amarezze e delusioni, che altrimenti parrebbero insopportabili Il motto ha dunque una sua utile funzione, non preventiva, ma curativa. Finché il giudizio è in corso, il difensore dev'essere convinto che l'esito della causa dipende soltanto da lui, dalla sua bravura, dal calore della sua parola: le stelle non c'entrano, e affidarsi alle stelle sarebbe un tradimento. Ma quando la sentenza è stata pronunciata e l'innocente è stato condannato ingiustamente (come accade), allora l'avvocato, che sa di aver fatto quanto era in lui per salvarlo, non può far altro ... che cercare tranquillità in questo motto: le stelle; la colpa è tutta delle fatali e inesorabili stelle.

³¹ P. CALAMANDREI, *Elogio*, cit., 20 s.

³² P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 2^a s., 5, 1950, 23 ss., anche in ID., *Opere giuridiche*, I, 537 ss.

Adoprato prima della sentenza, questo dettato è deprimente, perché indebolisce la tua fede nella giustizia, il sacro fuoco che può trasformarti da difensore in eroe; ma dopo la sentenza ingiusta, è un provvidenziale calmante, che ti aiuta a ritrovare il sonno»³³.

4. *Uno sguardo al passato*

Le pagine del primo Calamandrei, se osservate con la lente critica dello storico, si rivelano irrimediabilmente ingenuie e prive di consapevolezza delle pregresse esperienze.

Del problema della scarsa prevedibilità, o certezza, o calcolabilità del diritto discettavano già i Greci³⁴ e furono notoriamente ben consapevoli i Romani, quanto meno a partire dall'età repubblicana³⁵. L'imprevedibilità giuridica fu una difficoltà

³³ P. CALAMANDREI, *Elogio*, cit., 13 s.

³⁴ Emblematica, al riguardo, già l'ammissione, da parte di Aristotele, nell'*Etica Nicomachea* (5.14.1137b, 13-27), della inevitabile incompletezza e insufficienza della legge e della necessità del ricorso alla interpretazione (equitativa) della stessa al fine di colmare le lacune della legislazione: si v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto*, cit., 30 ss. Determinante, invece, ai fini del discorso qui sviluppato, è la svolta segnata dalla sofistica greca del V sec., su cui resta fondamentale M. GIGANTE, *Nomos Basileus*, 1955, rist., Napoli, 1993.

³⁵ Si ricordino le amare parole spese da Cicerone sulla *confusio temporum*, che aveva prodotto il decadere delle magistrature e il tramonto dell'antico splendore della scienza giuridica: Cic. *off.* 2.65; in lett., L. LANTELLA, *'Ius certum'* in D. 1.2.2, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, a cura di M. Sargenti, Padova, 1987, 223 ss. Per l'età successiva, L. DE GIOVANNI, *I 'mali della giustizia' in una testimonianza di Ammiano Marcellino*, in *'Fides' 'Humanitas' 'Ius'*. *Studi in onore di L. Labruna*, III, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2007, 1401 ss.; ID., *Gli imperatori e la 'giustizia'*, in *Società e diritto nella tarda antichità*, a cura di L. de Giovanni, Napoli, 2012, 89 ss., specialm. 99 ss.; per le fonti, v. *infra*.

con la quale i Romani dovettero confrontarsi in più fasi delle loro vicende istituzionali: dopo il rovesciamento della monarchia etrusca, per il vuoto normativo che si venne allora a creare; poi, nella fase più 'democratica' della loro civiltà giuridica, per la libertà del pensiero giurisprudenziale e per la conseguente controversialità del diritto; e infine nel tardoantico, a causa della confusione dei materiali normativi e della impreparazione degli operatori del diritto.

Gli allarmi e le reazioni alla imprevedibilità giuridica si contano più numerosi a partire dal primo Principato. All'epoca, con l'affermazione di una giurisprudenza laica autorevole e molto influente sugli orientamenti di magistrati e giudici, si era introdotta nell'ordine giuridico una componente generatrice di incertezza del diritto³⁶, accresciuta dalla circostanza che – prima dell'introduzione dello *ius publice respondendi* – il condizionamento esercitato sui giudici dal responso del giurista (*auctoritas iuris*) era determinato ben più dal prestigio personale di quest'ultimo che non dal rigore della sua argomentazione giuridica³⁷.

Comunque, anche a prescindere da questo aspetto, nel sistema aperto dello *ius controversum* e nella correlata metodologia

³⁶ Così C.A. CANNATA, *'Iura condere'. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e 'auctoritas principis'*, in *Ius controversum* e *'auctoritas principis'*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2003, 27 ss., ora in ID., *Scritti scelti di diritto romano*, II, a cura di L. Vacca, Torino, 2012, 507 ss., specialm. 520.

³⁷ Lo rileva U. VINCENTI, *'Res iudicatae' e diritto giurisprudenziale romano*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, II, Napoli, 1997, 572 ss., specialm. 574; lo ribadisce ora A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016, 66 s., con prec. lett.

casistica dei *prudentes*³⁸, ogni caso aveva in sé un potenziale di eterogeneità rispetto agli altri casi, e ciò perché, nonostante la forza espansiva e la capacità astrattizzante dei *responsa prudentium*, erano sempre possibili nuove valutazioni, idonee a superare la massima di decisione fissata in precedenza. In un siffatto contesto, si rivelava essenziale (ai fini della omologazione o viceversa della divaricazione, rispetto alle decisioni di casi affini) l'individuazione esatta di tutte le caratteristiche del caso (*'peristáseis'*): l'esistenza di una differente o ulteriore circostanza poteva dare luogo ad una nuova Wertung e quindi indurre a modificare la massima di decisione anteriormente assunta³⁹.

All'epoca, questa nuova fucina di idee non riscuoteva consensi incondizionati. Nel I sec. a.C. lo *ius controversum* dei giurisperiti era descritto da Cicerone come un diritto 'difficile', in quanto viziato da *obscuritas*⁴⁰. In particolare, secondo il Retore, erano le tecniche e i criteri adottati dai giuristi ad essere ambigui, e ciò non soltanto perché poco comprensibili a chi non fosse esperto di diritto, ma perché intrinsecamente deboli, non ancora strutturati come scienza. Cicerone identificava e indicava la strada per la scientizzazione, e dunque per il perseguimento della certezza del diritto⁴¹, nell'adozione degli schemi greci della dialettica da parte dei *prudentes* (...*rem universam tribuere in partis, latentem explicare definiendo, obscurum explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde*

³⁸ Tra la vasta bibl. in materia, considero soprattutto, per gli aspetti che qui interessano, M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR*, 3° s., 42/43, (2000/2001), 483 ss., specialm. 519 ss., 540 ss., 621 ss.

³⁹ M. TALAMANCA, *I clienti*, cit., 521, con bibl.

⁴⁰ Cic. *de orat.* 1.42.190 (*difficilem et obscuram*).

⁴¹ Cic. *de orat.* 1.58.246. In lett., C.A. CANNATA, *'Iura condere'*, cit., 520.

distinguere, postremo habere regulam qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia)⁴².

All’obiettivo di strutturare il diritto come scienza, del resto, rispondeva il progetto ciceroniano⁴³, forse fallito, di *redigere in artem* lo *ius civile*, cioè di ordinare il diritto della *civitas* per *genera* e *partes*, completando questi con *definitiones*. In altri termini, il Retore intendeva elaborare un complesso di concetti organizzato secondo criteri tecnici e un apparato razionalmente strutturato di regole certe, costruendo la *scientia iuris* (concepita quale analisi teorica e sistematica, accompagnata da un’attività di ordinata categorizzazione dello *ius*) secondo il metodo dialettico aristotelico⁴⁴. Un’idea, questa, di natura puramente culturale, che nelle mani di Cesare si trasformò in un progetto – irrealizzato – di codificazione ufficiale⁴⁵, animato da un ben diverso e preciso intento politico: eliminare l’incertezza del diritto⁴⁶ sottraendone la produzione ai giuristi *conditores*. L’idea della codificazione naufragò con la morte di Cesare. Soltanto la formazione delle *definitiones*, delle *regulae* e dello *ius receptum*⁴⁷ valse, in progresso di tempo, a

⁴² Cic. *Brut.* 40.152.

⁴³ Sul disegno dell’opera, a noi non pervenuta, Cic. *De orat.* 1.41.185-1.42.191; *Brut.* 41.151-42.153.

⁴⁴ Cfr. al riguardo: C.A. CANNATA, ‘*Iura condere*’, cit., 520; cfr. con F. BONA, *L’ideale retorico ciceroniano e il ‘ius civile in artem redigere’*, in *SDHI*, 46, 1980, 282 ss., ora in ID., *Cicerone tra diritto e retorica. Saggi su retorica e giurisprudenza nella tarda Repubblica*, I, Como, 1984, 79 ss.; ID., *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in *La certezza del diritto*, cit., 101 ss.; B. ALBANESE, *L’ars iuris civilis’ nel pensiero di Cicerone*, in *AUPA*, 47, 2002, 23 ss.

⁴⁵ Suet. *Iul. Caes.* 44.2; conferma e menziona il precedente di Pompeo, Isyd. *Etym.* 5.1.5.

⁴⁶ Suet. *Iul. Caes.* 44.2 (*ius civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros*).

⁴⁷ Va inteso per *ius receptum* lo *ius vetus* che non fosse più oggetto di discussione, in quanto pacificamente riconosciuto e applicato, per il ripetersi di giudicati

porre e fissare criteri idonei a governare il ventaglio delle possibili soluzioni del caso, orientando in modo razionale le scelte dell'interprete⁴⁸.

Se sul piano dello sviluppo concettuale dei principi e delle regole l'esperienza del diritto controversiale era destinata a rappresentare una delle più alte vette mai raggiunte dalla *scientia iuris*, secondo quanto segnalava Cicerone la vita pratica del diritto ne pagava lo scotto. Una parte del mondo del commercio, quello della *magna mercatura*, non poteva tollerare l'imponderabilità del sistema giudiziario romano, improntato com'era ai caratteri della controversialità scientifica e alla discrezionalità magistratuale, e rifuggiva dalla giustizia amministrata dagli organi pubblici, per rifarsi agli arbitrati. Dagli studi condotti da Mario Talamanca⁴⁹ in ordine alla tipologia di clientela di Q. Cervidio Scevola, possiamo evincere che nella fase storica antecedente l'età imperiale i clienti dei giuristi romani e gli utenti del processo statale fossero accomunati dall'essere tutti portatori di piccoli e medi interessi economici.

A ciò si aggiunga che i suddetti caratteri della *scientia iuris* sviluppatasi tra Repubblica e Principato vennero strumentalizzati per scopi assai poco nobili nella prassi forense successiva, dando luogo a fenomeni efficacemente descritti, nella seconda metà del IV sec. d.C., nelle *Res gestae* di Ammiano Marcellino e nel trattatello

conformi: F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1993, 51; F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in *La certezza del diritto*, cit., 146; I. RUGGIERO, *Immagini di 'ius receptum' nelle 'Pauli Sententiae'*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano, 2010, 425 ss.

⁴⁸ Discussione in A. PALMA, *Il luogo delle regole*, cit., 75 ss., con fonti e lett. Sullo *ius receptum*, M.G. ZOZ, *L'evoluzione e la cosiddetta 'consolidazione' del diritto imperiale romano da parte della giurisprudenza: brevi osservazioni*, in *D@S*, 8, 2009, 4 ss.

⁴⁹ M. TALAMANCA, *I clienti*, cit.

– di autore anonimo – *De rebus bellicis*⁵⁰. Oltre alla preoccupante mancanza di preparazione di giudici e avvocati⁵¹, negli scritti del IV sec. si lamentavano comportamenti scorretti e illegali delle parti in causa e degli operatori del diritto: tra questi, soprattutto la falsificazione dei rescritti⁵² e il proliferare di citazioni inesatte o non verificabili (specie quando esse riguardavano le *leges* più antiche, ormai *ignotae*)⁵³ nelle *recitationes* degli avvocati⁵⁴.

Sussistevano poi ostacoli obiettivi alla conoscenza del diritto da applicare: per gli *iura*, la difficoltà di reperire la stesura originale delle opere prudenziali; per le *leges*, il disagiata accesso ai testi imperiali normativi autentici, per la mancanza di un archivio centrale⁵⁵. Inoltre, la riottosità dei Romani ad abrogare il diritto superato dalle nuove disposizioni aveva dato luogo alla contraddittorietà delle ormai innumerevoli leggi (*legum discidia*)⁵⁶. E in ogni caso queste non di rado collidevano irrimediabilmente – oltre che tra di loro – anche con svariate consuetudini e prassi

⁵⁰ Su queste fonti e sui loro contenuti, v. soprattutto L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, 333 ss., con altra bibl.; ID., *Gli imperatori*, cit., 89 ss.

⁵¹ Amm. *res gestae* 30.4.13; 15; 18; 21.

⁵² Ma dalle fonti giuridiche ci risulta anche il frequente ricorso, da parte degli istanti, a dichiarazioni mendaci, o artifici e simulazioni (talora con la connivenza dei giudici), al fine di ottenere rescritti favorevoli ai propri interessi: C. 1.14.2; C. 1.22.5.

⁵³ Amm. *res gestae* 30.4.12; ma v. anche CTh. 1.4.3 ('legge delle citazioni').

⁵⁴ Sulla prassi delle *recitationes*, V. MAROTTA, *La 'recitatio' degli scritti giurisprudenziali: premesse repubblicane e altoimperiali di una prassi tardoantica*, in *Ius controversum' e processo fra tarda Repubblica ed età dei Severi. Atti del Convegno di Firenze, 2010*, a cura di V. Marotta ed E. Stolfi, Roma, 2012, 357 ss.

⁵⁵ Su questo problema, S. PULIATTI, *Le costituzioni tardoantiche: diffusione e autenticazione*, in *SDHI*, 74, 2008, 99 ss.

⁵⁶ Amm. *res gestae* 30.4.11.

locali, molto radicate (sebbene in modo disomogeneo) nei tribunali dell'Impero.

Tra i più gravi effetti collaterali di questo disordine vi era da un lato il preoccupante allungamento dei tempi del processo, dall'altro lato la corruzione dei giudici⁵⁷, che attecchiva con estrema facilità nella proliferazione di *leges speciales* e nella confusione dei materiali normativi e della letteratura giuridica (*confusas legum contrariasque sententias*)⁵⁸, ma che trovava terreno fertile anche per l'assenza di efficaci controlli di razionalità sulle sentenze, persino dopo l'introduzione dell'appello, data la mancanza dell'obbligo di motivazione⁵⁹. Altro grave fattore di incertezza del diritto era la non tassatività del principio di irretroattività della legge, che, sebbene enunciato, sul finire del IV sec., ammetteva numerose deroghe, di fatto e di diritto⁶⁰, specie *rei publicae causa* e per *publica utilitas*.

Nel campo del diritto delle persone, va ricordata l'inesistenza dei registri delle nascite e delle morti.

Nello specifico ambito dei diritti reali, l'assenza di un rigoroso sistema di rilevazione topografica dei terreni (assimilabile al catasto nei Paesi dell'Oriente mediterraneo) dette luogo a una serie infinita di conflitti sociali e di liti processuali: già Appiano⁶¹

⁵⁷ *Amm. res gestae* 30.4.3; 13.

⁵⁸ *De reb. bell.* 21.1-2.

⁵⁹ Sui limiti in cui rilevava l'esigenza di dare conto delle ragioni della soluzione adottata, v. ora B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza. Idee vecchie e nuove*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2012, 273 ss.; A. PALMA, *Il luogo delle regole*, cit., 49 ss. V. anche *infra*, § 8.

⁶⁰ CTh. 1.1.3 (a. 393); C. 1.14.7 (a. 440). Sull'applicazione retroattiva v. in partic. CTh. 4.12.1.1 (a. 312); CTh. 3.2.1.20 (a. 320); C. 8.34.3 (a. 326); CTh. 12.1.179 pr. (a. 415).

⁶¹ *App. bell. civ.* 1.7.28-29

narra di occupazioni – alcune autorizzate, altre soltanto tollerate dagli organi pubblici – di vaste aree di *ager publicus*, da parte di privati cittadini, senza alcuna formalità legale e senza limiti di tempo; mentre Cicerone⁶² si diffonde sulle occupazioni anche violente o clandestine di poderi poco sorvegliati e difesi, nonché di immobili abbandonati da proscritti ed esiliati, sottolineando la perdurante incertezza dei possessi così acquisiti. Le terre pubbliche si integrarono e si confusero con le proprietà private, sia per l'omessa riscossione dei canoni periodici dovuti dai concessionari di *ager publicus*, sia per il malcostume di trascurare spesso l'effettuazione della divisione ufficiale dei terreni mediante la redazione di mappe (*formae*)⁶³. Così, quando nel 165 il pretore Lentulo ricevette l'incarico di recuperare l'*ager Campanus* dalle mani degli occupanti (molti dei quali abusivi), risultò impossibile risalire alla definizione dei confini, per assenza, imprecisione o falsificazione delle *formae*, e ciò rese in larga parte irrealizzabile l'operazione affidatagli⁶⁴: alla diffusa e precisa redazione di libri catastali permanenti si pervenne soltanto nel periodo del Dominato.

⁶² Cic. *l. agr.* 2.30.82; 3.3.10-12; 3.4.14. Altri dati in L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano. Storici, giuristi, imperatori*, Napoli, 1989, 17 ss., 22 ss., 26 s.

⁶³ Siculo Flacco (*cond. agr.* 118.16-17; 119. 1-6 Thulin) afferma che in caso di controversia si faceva ricorso alla *forma*. Sulla applicazione non generale dell'istituto *forma regionis* (in cui peraltro solo eccezionalmente venivano riportati i confini dei singoli lotti), dettagli in M. TALAMANCA, voce *Catasto (storia)*, in *Enc. dir.*, 6, Milano, 1960, 479 ss., specialm. 481 s.

⁶⁴ Cic. *ad Att.* 2.16.1; Cic. *l. agr.* 2.30.82; 2.31.84. Sulle cause, v. anche App. *bell. civ.* 1.1.7-10; Sic. Flacc. *cond. agr.* 118.6-10 Thulin; 125. 27-126-18 Thulin. Sulle false o mancate denunce ai censori da parte dei concessionari dell'*'ager privatus vectigalisque'*, *FIRA.*, I², n. 8, 102, ll. 8 ss.

5. *La ricerca della certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*

Dopo l'emanazione delle XII Tavole – volute per offrire finalmente ai *cives*, esasperati dagli arbitri dei Tarquini, un diritto scritto e certo che arginasse i poteri consolari⁶⁵–, Roma attraversò una lunga fase caratterizzata dal riconoscimento – ai *prudentes*, ai magistrati e ai giudici – di una certa autonomia nella interpretazione, evoluzione ed applicazione del diritto; un'autonomia i cui abusi si fecero sentire in modo allarmante nell'ultima fase dell'età repubblicana, come si è accennato⁶⁶, ingenerando nella collettività una certa sfiducia nell'operato delle magistrature (sul piano delle loro attività tanto amministrative quanto giurisdizionali), nella preparazione dei giureconsulti, nell'onestà dei giudici, nell'etica degli avvocati. È appunto a quegli anni che si deve fare riferimento per individuare il primo flusso di rimedi escogitati *ut maior iuris auctoritas haberetur*⁶⁷.

Si tratta di misure a tutti ben note, di cui riepilogo *per indices* solo parte delle principali: la *lex Cornelia de iurisdictione* del 68 a.C., plebiscito che limitò fortemente l'emanazione di provvedimenti estemporanei da parte dei magistrati giudicanti, esortando i pretori ad attenersi a quanto stabilito nei loro *edicta* (*perpetua* e *repentina*) e quindi ad evitare un esercizio decretale della loro giurisdizione⁶⁸; le disposizioni augustee relative all'obbligo di rilasciare *responsa signata* (a garanzia di autenticità dei *responsa* prudenziali, constatato il

⁶⁵ Pomp. *l. sing. ench.* D. 1.2.2.1 (*Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur*); Liv. 3.9.2-5: Conway-Walters.

⁶⁶ *Supra*, § 4.

⁶⁷ Pomp. *l. sing. ench.* D. 1.2.2.49.

⁶⁸ Dio Cass. 36.40.1-2; Ascon. *in Cornel.* 1.48 (119 Stangl). In lett., ora A. PALMA, *Il luogo delle regole*, cit., 127 s., con bibl.

dilagare di responsi riferiti verbalmente in modo inesatto o addirittura falsificati) e alla selezione dei giuristi mediante il *respondere ex auctoritate principis*, iniziativa poi evolutasi nello *ius publice respondendi* (inteso alla limitazione dei giuristi rispondenti muniti di riconoscimento ufficiale)⁶⁹; il provvedimento adrianeo che vincolò i giudici ad applicare la soluzione prospettata nel *responsum* fornito da giurista munito di *ius publice respondendi* e prodotto da uno dei litiganti, salvo il caso che fosse stato esibito *ex adverso* un parere giurisprudenziale di contenuto opposto (mirato alla restrizione della discrezionalità del giudicante)⁷⁰; La 'codificazione' (o forse solo 'stabilizzazione') dell'editto perpetuo, opera compiuta da Salvio Giuliano su incarico di Adriano ed approvata (se non addirittura 'ufficializzata') con un senatoconsulto (*edictum divi Hadriani*)⁷¹, con l'indiscusso effetto di produrre il blocco e la quasi totale cristallizzazione della pregressa opera fortemente innovatrice degli editti magistratuali, se non mediante interventi imperiali⁷². Vanno anche ricordati i reiterati, ma infruttuosi tentativi di redigere precise mappe catastali sin dagli albori del Principato⁷³, sul modello dell'efficiente catasto operante nell'Egitto

⁶⁹ Pomp. *l. sing. ench.* D. 1.2.2.49, su cui mi limito a cit. C.A. CANNATA, *Tura condere*, cit., 521 ss., con ampia discussione di fonti e lett.

⁷⁰ Gai 1.7; I. 1.2.8.

⁷¹ Aur. Victor *de Caes.* 19.1; Eutr. *breu.* 8.17; CTh. 11.36.26.4 (a. 379); CTh. 4.4.7.9 (a. 424); Nov. Val. 21.1.31 (a. 446); C. 4.5.10.1.

⁷² Sull'aggiornamento dei contenuti edittali in età postadrianea, v. ora F. ARCARIA, *Le costituzioni di Settimio Severo tra processo e 'ius novum'*, in *Scritti per A. Corbino*, a cura di I. Piro, Lecce, 2016, 37 ss., specialm. 66 ss., con lett. *ivi cit.*

⁷³ Per le operazioni (*limitatio*, *strigatio* o *scammatio*) risalenti al I e II sec. d.C. siamo informati da Frontino, Igino e Siculo Flacco, le cui testimonianze sono raccolte nel *Corpus* degli agrimensori compilato nel V sec. d.C. e da consultare nella ed. Lachmann, Berlin, 1848, dal momento che la successiva ed. del Thulin, Leipzig, 1913, è parziale. Sulla disorganicità e incompletezza delle rilevazioni

tolemaico, al fine di addivenire ad una qualificazione e certificazione dei poteri proprietari sui beni immobili.

La *scientia iuris*, dal canto suo, si ingegna a contribuire all'unitarietà del diritto, celebrata da Cicerone nel già citato brano del *De legibus* (1.42), nonché alla ricerca di una stabilità e prevedibilità del diritto⁷⁴. Agli albori del Principato essa fa leva sulla formulazione delle *regulae*: è questo uno dei canali attraverso i quali «la *iurisprudencia* reagisce dall'interno alle tendenze dissolutive che il sistema aperto porta con sé, dandosi criteri condivisi d'orientamento dell'interpretazione e difendendo, così, il prestigio del proprio ruolo»⁷⁵.

Le *regulae iuris* sono da intendersi quali enunciati assertivi sintetici, dotati di valore paranormativo⁷⁶ (e tuttavia passibili di eccezioni, confutabili e, di fatto, spesso confutati)⁷⁷. Anche se la

topografiche dei terreni e delle certificazioni dei confini, M. TALAMANCA, voce *Catasto (storia)*, cit., 481 s.

⁷⁴ Sull'ontogenesi della *regula*, v. ora A. PALMA, *Il luogo delle regole*, cit., 84 ss.

⁷⁵ A. PALMA, *Il luogo delle regole*, cit., 85.

⁷⁶ Esplicito, Gai 1 *ad ed. prov.* D. 2.14.28 pr. (*Contra iuris civilis regulas pacta conventa rata non habentur* rell.).

⁷⁷ Tra la sconfinata lett., cfr. soprattutto L. VACCA, *'Interpretatio' e caso concreto*, in *Scienza giuridica e interpretazione e sviluppo del diritto europeo*. Convegno Aristec Roma 9-11 giugno 2011, a cura di L. Vacca, Napoli, 2013, 29 ss., specialm. 41; A. PALMA, *Il luogo delle regole*, cit., 78, 80 s., 90 ss., con prec. lett. *Adde*, per i profili più generali, la lett. cit. *infra*, alle ntt. successive, specie nt. 82.

formazione di regole è ben risalente nel tempo⁷⁸, è Labeone⁷⁹ il primo giurista ad attingere esplicitamente all'idea aristotelica della *regula* (*kanón*), rielaborando in modo originario l'uso che già ne facevano i grammatici⁸⁰: nel *Brutus*, Cicerone assegna al vocabolo *regula* ancora il significato di 'criterio idoneo a distinguere il vero dal falso'⁸¹. Ma poi la *regula* assume il significato di 'principio normativo' che si ricava dal diritto applicato⁸². Con Labeone e poi con Sabino⁸³ la *regula* si avvia a rivestire natura propriamente 'scientifica', nel momento in cui si presenta come il prodotto dell'osservazione di una data regolarità delle soluzioni giuridiche di casi simili e sintesi delle soluzioni individuate attraverso il procedimento interpretativo. La *regula* si conforma insomma in guisa di 'soluzione tipo', astratta dalle peculiarità dei singoli casi.

⁷⁸ Si consideri, per esempio, l'apporto di Publio Rutilio Rufo (Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.8.10.3, dove la terminologia usata è *sententia*, Ulp. 22 *ad Sab.* D. 33.9.3.9; Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.27.1.2), su cui ora A. MANZO, *Magnus munus de iure respondendi substinebat*. *Studi su Publio Rutilio Rufo*, Milano, 2016, 105 s. Sull'origine delle regole: M. MIGLIETTA, *Giurisprudenza romana tardo repubblicana e formazione della 'regula iuris'*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 25, 2012, 187 ss.; ID., *'Servius respondit*'. *Studi su metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana*, I, *Prolegomena*, Trento, 2010, 73 s.

⁷⁹ Rinvio a M. TALAMANCA, *I 'Pithana' di Labeone e la logica stoica*, in *Iura*, 26, 1975, 1 ss.

⁸⁰ P. STEIN, *Regulae iuris*. *From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, 1966, 58; E. PATTARO, *Alle origini della nozione 'Principi generali del diritto'*, in *Soggetto e principi generali del diritto*, a cura di M. Basciu, Milano, 1987, 39 ss.

⁸¹ Cic. *Brut.* 152 (*habere regulam qua vera et falsa iudicarentur*). In lett., A. PALMA, *Il luogo delle regole*, cit., con prec. lett.

⁸² Per i profili che qui rilevano, P. STEIN, *Regulae iuris*, cit., 67 s., 96, 103; B. SANTALUCIA, *Regulae iuris*, in *Labeo*, 20, 1974, 259 ss.; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*¹³, Roma-Bari, 2010, 303 ss.; *Regulae iuris*. *Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto*, Napoli, 2016; A. PALMA, *Il luogo delle regole*, cit., 75 ss.

⁸³ Paul. 16 *ad Plaut.* D. 50.17.1; Paul. *l. sing. de iuris et facti ignor.* D. 22.6.9 pr.-3.

Inizialmente, essa sembra rivestire funzione descrittiva, ma già all'inizio del II sec. d.C. compare un nuovo genere letterario, i *libri regularum*, composti per la prima volta da Nerazio Prisco. Dunque, il concetto e la funzione della *regula* si consolidano e mutano nel corso del Principato. Paolo⁸⁴, sulle orme di Sabino, afferma che la regola consiste in una breve descrizione del diritto vigente applicato al fatto; e così rivela la sua portata normativa o prescrittiva (peraltro attestata già in Gai D. 2.14.28 pr.)⁸⁵, non più meramente descrittiva. D'altronde, la nuova forza della *regula* trova il suo fondamento, oltre che nell'autorevolezza dei *prudentes*, nel potere e nella volontà imperiale. Le raccolte di *regulae* sono infatti gradite ai *principes* e forse da questi favorite e promosse, come si può evincere dalla circostanza che i *libri regularum* elaborati dai giuristi componenti del *consilium principis* hanno come destinatari i funzionari inquadrati nella burocrazia imperiale⁸⁶.

Le iniziative istituzionali collegate con il problema della certezza del diritto si susseguono con crescente intensità nel corso del Dominato. Tra queste, vanno soprattutto ricordate: i provvedimenti relativi alle modalità di pubblicazione e conservazione delle *leges*⁸⁷ (volte a facilitarne la conoscenza, ormai resa obbligatoria per tutti i sudditi dell'Impero); il progressivo contenimento del ruolo creativo dei *prudentes*, a fronte

⁸⁴ Paul. . 16 *ad Plant.* D. 50.17.1.

⁸⁵ V. *supra*, nt. 76.

⁸⁶ In partic., adde agli Autori citati alla nt. 78, F. MERCOGLIANO, *'Le regulae iuris' del 'liber singularis' ulpiano*, in *Index*, 26, 1998, 353 ss.; M. AVENARIUS, *Der pseudoulpianische 'Liber singularis regularum'. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift*, Göttingen, 2005; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni*, cit., 276 ss.

⁸⁷ CTh. 11.27.1 (a. 315); CTh. 16.5.37 (a. 405); NovVal. 13 (a. 445); Nov. 66.1, 3 (a. 538), Nov. 82 ep. (a. 539); Euseb. *hist. Eccl.* 9.7.1. In lett., S. PULIATTI, *Le costituzioni*, cit.

dell'affermazione della *lex imperiale* come sola fonte del diritto⁸⁸; le due disposizioni costantiniane volte a selezionare le opere citabili nei tribunali⁸⁹; l'emanazione nel 426, in Occidente, della 'legge delle citazioni', poi recepita, forse con modifiche di non poco conto, da Teodosio II nel suo codice⁹⁰ (legge anch'essa finalizzata tanto a controllare la qualità delle citazioni effettuate dagli avvocati nei tribunali, escludendo le opere giurisprudenziali non riprodotte in testi conformi all'originale e la cui vetustà ne aveva reso incerto il contenuto⁹¹, tanto a limitare la discrezionalità dell'organo giudicante, prestabilendo un criterio numerico per orientare il giudice nella soluzione del caso, ove vi fosse un contrasto di opinioni prudentiali)⁹²; la legge sulla prescrizione⁹³, emanata nel 424 da Teodosio II con l'intento di contribuire alla certezza del diritto⁹⁴ mediante la chiarificazione e definizione dei rapporti giuridici⁹⁵.

⁸⁸ CTh. 1.1.2 = C. 1.18.12 (a. 391).

⁸⁹ CTh. 1.4.1 (a. 321); CTh. 1.4.2 (a. 328).

⁹⁰ CTh. 1.4.3.

⁹¹ CTh. 1.4.3 (...*si tamen eorum libri propter antiquitatem incertum codicum collatione firmentur* rel.).

⁹² Per la controversa ricostruzione dei contenuti e degli obiettivi della legge, cfr. in partic. G. BASSANELLI SOMMARIVA, *La legge di Valentiniano III del 7 novembre 426*, in *Labeo*, 29, 1983, 280 ss.; G.L. FALCHI, *La codificazione di Teodosio II e la legge delle citazioni nella parte orientale dell'Impero*, in *AARC*, 5, 1983, 209 ss.; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni*, cit., 335 ss.

⁹³ CTh. 4.14.1; C. 7.39.3.

⁹⁴ Così M. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, 212.

⁹⁵ *Amplius*, sul punto, L. SOLIDORO MARUOTTI, *La perdita dell'azione civile per decorso del tempo nel diritto romano. Profili generali*, in EAD., *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, I, Torino, 2011, 75 ss., specialm. 137 ss.

Rientra nei medesimi intenti anche la preoccupazione degli Imperatori tardoantichi di formare un ceto forense ben preparato alla professione, all'interno delle scuole (specie quelle, rigorose, di Berito e Costantinopoli)⁹⁶. In materia, per porre rimedio al degrado dell'avvocatura denunciato con dovizia di particolari da Ammiano Marcellino⁹⁷, si emanano diversi provvedimenti. Di essi, il primo a noi noto è quello relativo all'obbligatorietà, sancita da Leone I nel 460, della frequenza di una scuola di diritto e della necessità di un attestato – rilasciato al termine degli studi dai professori di diritto – di buona preparazione giuridica (*peritia iuris*), per quanti intendessero esercitare l'avvocatura nel prestigioso tribunale presieduto dal prefetto del pretorio⁹⁸. Leone equipara gli avvocati ai difensori dell'Impero e ai tutori della pubblica sicurezza, a una *militia* posta a difesa della certezza del diritto. Nel complesso, l'attenzione degli ultimi Imperatori per la formazione dei consulenti e degli altri pratici⁹⁹ – dimostrata anche dagli interventi sui piani di studio delle scuole di diritto¹⁰⁰ – è con tutta evidenza intimamente legata all'esigenza di restituire autorevolezza, e cioè prevedibilità, all'operato di giudici, avvocati e burocrati,

⁹⁶ A.M. GIOMARO, *Sulla presenza delle scuole di diritto e la formazione giuridica nel Tardoantico*, Soveria Mannelli, 2011; S. PULIATTI, 'Officium iudicis' e certezza del diritto in età giustiniana, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustiniana, tra passato e futuro. Atti del Convegno di Modena, 21-22 maggio 1998*, Milano, 2000, 91 ss.

⁹⁷ Amm. *res gest.* 30.4, su cui v. ora L. DE GIOVANNI, *Gli Imperatori*, cit., 90 ss.

⁹⁸ C. 2.7.11 (a. 460), su cui v. A.S. SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, Milano, 1997, 318 ss.; G. FALCONE, *Teodosio II e la 'compensata divalium constitutionum scientia'*, in *Sem. Compl.*, 28, 2015, 339 ss., specialm. 352, nt. 35.

⁹⁹ Sulla preparazione degli avvocati, dopo il 460, C. 2.7.22.4 (a. 505); C. 2.7.24.4 (a. 517).

¹⁰⁰ Fonti e lett. in A.M. GIOMARO, *Sulla presenza*, cit., 13 ss., 49 ss. e *passim*.

sottoponendo, al tempo stesso, i loro saperi e la loro attività alle linee-guida della politica imperiale.

Chiarezza, sicurezza, stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sono tra i concetti più largamente richiamati dalle cancellerie tardoimperiali ed evidenziano le preoccupazioni dei privati che a loro si rivolgono¹⁰¹. Nei testi dei provvedimenti imperiali diviene frequente, quasi ossessivo, il ricorso ai vocaboli *firmitas*, *securitas*, *perpetuitas*, con riguardo alla situazione giuridica di volta in volta in oggetto. Esso diviene addirittura uno dei tratti distintivi delle costituzioni tardoantiche e poi dei documenti privati altomedioevali (nei quali si aggiunge il richiamo alla *stabilitas*¹⁰²). Per indicare la validità dei patti conclusi, l'osservanza delle forme prescritte da parte dei contraenti, o la legittimità delle situazioni giuridiche, specie in materia contrattuale e di appartenenza dei beni (ambito nel quale sono frequenti la formula *secure possidere, firma proprietas, certum dominium*)¹⁰³, si fa riferimento alla imperturbabilità da eventuali attacchi in sede giudiziaria con la terminologia in oggetto. Osservanza delle formalità richieste, definizione dei rapporti, anelito alla certezza del diritto si saldano e si esprimono in queste espressioni: *firmitas* e *securitas*.

¹⁰¹ Rinvio a L. SOLIDORO MARUOTTI, *'Abstraktes Eigentum' e forme di appartenenza fondiaria nell'Impero romano*, in *SDHI*, 67, 2001, 135 ss., specialm. 170 ss., 183, con fonti e lett.

¹⁰² M. LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, 1994, 61, 560 ss., 568 ss.

¹⁰³ In ordine cronologico: CTh. 4.11.1 (a. 316); CTh. 5.10.1 (a. 318 o 319); CTh. 10.8.3 (a. 326); CTh. 11.7.4 (a. 327); C. 4.21.14 (a. 333); CTh. 11.9.2 (a. 337); C. 11.7.4 (a. 397); C. 1.11.5 (a. 415); Nov.Th. 22.2.8 (a. 443); NovAnth. 3.1 lin. 37 (a. 468); C. 8.37.10 (a. 472); Nov. 22.46; Nov. 37.1.3 (a. 535); Nov. 120 6.2. v. anche *ed. Roth*. 173 (*quod alii dederit, sit illi stabilem et firmum qui acceperit*).

6. La 'forma-codice', nuovo presidio e baluardo della prevedibilità giuridica

Un discorso a parte meritano le codificazioni ufficiali del V e VI sec., quali strumenti di riordino, selezione, aggiornamento, semplificazione e chiarificazione delle norme in vigore, a fini eminentemente pratici.

Il codice Teodosiano¹⁰⁴, promulgato nel 438, fu un'opera progettata sin dall'inizio per porre fine alla confusione delle norme, ai loro errori o ambiguità e difficoltà¹⁰⁵, offrendo ad avvocati e giudici materiali normativi brevi e chiari, tanto nei contenuti quanto nella interpretazione¹⁰⁶: nelle originarie previsioni imperiali, l'opera completa, inclusiva di una raccolta di leggi imperiali in vigore e di un raffronto tra queste e una cernita di brani giurisprudenziali, avrebbe rappresentato una guida e un insegnamento per la vita (*magisterium vitae*), dal quale sarebbero state assenti le aborrite 'varianti del diritto' (*omnis iuris diversitates exclusa*)¹⁰⁷. Teodosio non perde occasione per esprimere la sua

¹⁰⁴ Tra la sterminata lett. mi limito a citare, per gli aspetti qui considerati, G.G. ARCHI, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli, 1976; ID., *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Le codificazioni postclassiche*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del Convegno Pavia 26-27 aprile 1985*, a cura di M. Sargenti e G. Luraschi, Padova, 1987, 149 ss., anche in *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, Madrid, 1988, 65 ss.; F. DE MARINI AVONZO, *La politica legislativa di Valentiniano III e Teodosio II*, Torino, 1975; G.L. FALCHI, *Sulla codificazione del diritto romano nel V e VI secolo*, Roma, 1989; efficace sintesi, con fonti, lett. e ulteriori spunti, in L. DE GIOVANNI, *Istituzioni*, cit., 341 ss.

¹⁰⁵ CTh. 1.1.5 (a. 429): *...nullum errorem, nullas... ambages rell. Ambages* assume nel V secolo il significato prevalente di difficoltà, tortuosità: G. FALCONE, *Teodosio II*, cit., 358 s.

¹⁰⁶ CTh. 1.1.6 (*...solum ius reliquatur...brevitate constrictum claritate luceat rell.*); Nov.Th. 1 (*...purgata interpretatione...brevitatis lumen legibus rell.*).

¹⁰⁷ CTh. 1.1.5.

riprovazione per lo stato in cui versa la materia giuridica prima della codificazione. Tra i fattori di disorientamento, l'Imperatore annovera la commistione tra leggi speciali e leggi generali: ecco perché progetta una raccolta di costituzioni imperiali in vigore limitata alle *leges generales*, le sole idonee ad eliminare i particolarismi, le oscillazioni e la diversità di vedute¹⁰⁸. Per altro verso, Teodosio imputa i mali del diritto all'*ambiguitas* (*sedula ambiguitate*) nascente dalla *copia immensa librorum* (il riferimento è qui ai materiali prodotti dai giuristi-consulenti, gli 'avvocati', di cui l'Imperatore denuncia l'*inscientia*, non alle opere scientifiche della giurisprudenza romana)¹⁰⁹, perché la varietà di opinioni (probabilmente derivante dalla gran quantità di scritti prodotti dagli avvocati e dagli altri pratici del diritto, contenenti travisamenti delle costituzioni imperiali)¹¹⁰ insidia la chiarezza e la certezza del diritto¹¹¹. Per contro, Teodosio esalta l'obiettivo dell'opera, ovvero la sintesi che produce chiarezza: *brevitate constrictum claritate luceat* (CTh. 1.1.6.1) e *lux brevitatis* (Nov.Th. 1.3) sono le efficaci espressioni utilizzate al riguardo¹¹². Le leggi brevi e la luce, la chiarezza, costituiscono un binomio inscindibile e il prerequisito di un diritto certo.

E infatti, anche se l'ambizioso progetto iniziale (raccolta, coordinamento e raffronto di *iura* e *leges*), illustrato in CTh. 1.1.5, non viene portato a compimento¹¹³ (e non certo a caso, data

¹⁰⁸ Dettagli in G.G. ARCHI, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli, 1976.

¹⁰⁹ Dimostrazione in G.G. ARCHI, *Teodosio II*, cit., 197; G. FALCONE, *Teodosio II*, cit., 349 ss., con particolare riferimento ad Aug. *epist.* 153.23; *conf.* 8.6.13.

¹¹⁰ In questo senso v. la robusta argomentazione di G. FALCONE, *Teodosio II*, cit., 352 ss.

¹¹¹ Nov.Th. 1 (a. 438).

¹¹² G. FALCONE, *Teodosio II*, cit., 357.

¹¹³ L'*aliud codex*, quello incompiuto, avrebbe dovuto contenere, all'interno di ciascun titolo, un raffronto, per ciascuna materia, tra leggi imperiali e passi giurisprudenziali tratti da *tractatus et reponsa prudentium* (CTh. 1.1.5). Sui limiti in

l’enorme difficoltà di *reductio ad unum* delle configgenti soluzioni prospettate nella sconfinata letteratura giurisprudenziale della tradizione, con l’altrettanto contraddittoria legislazione imperiale, anche se più recente), la codificazione è acclamata dal senato per la rimozione delle pregresse discordanze e oscurità delle costituzioni imperiali¹¹⁴. In buona parte, dunque, l’Imperatore persegue l’obiettivo originario, ovvero quello di «indicare a tutti le condotte da seguire e quelle da evitare» (CTh. 1.1.5: *...sequenda omnibus vitandaque monstrabit*), mediante un’opera di semplificazione e chiarificazione delle leggi.

Quanto al patrimonio della scienza giuridica classica elaborata dai *prudentes* – che i commissari non riescono a ridurre in forma sintetica e organica, secondo le prime indicazioni imperiali – Teodosio¹¹⁵ vi si riferisce costantemente con rispetto e ammirazione, ne elogia la chiarezza (*claritudo*), ma fissa, mediante un’accorta sequenza dei titoli iniziali del primo libro del suo Codice, «una gerarchia delle fonti che chiaramente subordina gli scritti dei giuristi alle costituzioni imperiali»¹¹⁶.

cui il progetto originario si possa considerare ‘fallito’, v. soprattutto M.G. BIANCHINI, *Rileggendo CTh. 1.1.5*, in EAD. *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino, 2008, 56 ss., da cfr. con D. MANFREDINI, *Il ‘Codex Theodosianus’ e il ‘codex magisterium vitae’*, in *AARC*, 5, 1983, 180 ss.

¹¹⁴ *Gesta Senatus Romani* 5 (...*constitutionis ambiguum removistis* rell.).

¹¹⁵ Nov.Th. 1.1, 3.

¹¹⁶ Così ora G. FALCONE, *Teodosio II*, cit., 350, nt. 30, richiamandosi a una consolidata opinione degli interpreti contemporanei, di cui è tra gli esponenti più significativi B. ALBANESE, *Sul programma legislativo esposto nel 429 da Teodosio II*, in *AUPA*, 38, 1985, 261 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, 1679 ss. Per una impostazione parzialmente diversa, A. LOVATO, *Teodosio II e i ‘prudentes’*, in *Scritti in onore di G. Nicosia*, IV, Milano, 2007, 531 ss.

La grande compilazione giustiniana¹¹⁷ – che invece realizza, almeno in buona parte, l'ambizioso progetto originario di Teodosio, poi fallito – testimonia lo sforzo estremo dei bizantini di avvicinarsi il più possibile ad una unificazione del diritto giurisprudenziale e legislativo, da applicare ad un Impero riunificato (*ius Romanum*)¹¹⁸.

Così, la redazione del *novus Codex*, caratterizzato da un radicale lavoro di selezione, aggiornamento, riformulazione e taglio (*reductio ad brevitatem*) dei testi originari delle costituzioni imperiali (benché da *inscriptio* e *subscriptio* risultino autori, destinatari, luoghi di emanazione e date delle leggi), fu concepito come prodromico alla prevedibilità delle sentenze dei giudici e alla riduzione della lunghezza dei processi¹¹⁹. Giustiniano ebbe cura di proibire agli avvocati, equiparando al *crimen falsi*, l'utilizzazione nelle loro *recitationes* di costituzioni non comprese nel codice¹²⁰. In occasione della redazione della seconda edizione, l'Imperatore vietò il ricorso a sigle e abbreviazioni nella trascrizione dei testi normativi raccolti

¹¹⁷ Per gli aspetti che qui interessano, mi limito a cit. G.G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970; M. AMELOTTI, *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*², II, Torino, 1983; M. TALAMANCA, *Il 'Corpus iuris' giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *D@S, L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giuroromanisti contemporanei*, a cura di A. Corbino, Padova, 1995, 209 ss.; A. WATSON, *The spirit of Justinian's law*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, VIII, Napoli, 2001, 383 ss.; M. AMELOTTI, *Giustiniano interprete del diritto*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto*, I, cit., 3, anche in ID., *Scritti giuridici*, Torino, 1996, 688 ss.

¹¹⁸ L'espressione unificata e unificante *ius Romanum*, usata con accezione universalistica nelle fonti tardoantiche, ricorre nella cost. *Deo auctore* 4. Ampia trattazione in P. CATALANO, *Diritto e persone*, I, Torino, 1990, 63 ss., 79 ss.

¹¹⁹ Lo scopo di *amputare la prolixitas litium* offrendo ai pratici del diritto un compendio di leggi imperiali aggiornato, sintetico, chiaro e privo di contraddizioni è esplicitato nella cost. *Haec quae necessario* (a. 528).

¹²⁰ Const. *Summa rei publicae* 3.

nel codice, al fine di evitare il riprodursi di una nuova oscurità del dettato normativo¹²¹.

Quanto ai Digesti, la raccolta di *iura* in cui aveva fallito la commissione teodosiana, lungi dal costituire un omaggio di Bisanzio all'ideale di conservazione dell'antica *scientia iuris* (l'*antiquitatis reverentia* di Giustiniano si esaurì, in questo ambito, nell'istruzione di premettere a ciascun frammento l'indicazione del giurista e dell'opera escerpita)¹²², fu una gigantesca e sapiente opera di selezione, assemblaggio per materia, taglio, aggiornamento, correzione e manipolazione dei materiali giurisprudenziali. Questi, una volta riorganizzati all'interno della nuova forma-codice¹²³, risultavano finalizzati a rappresentare le fondamenta e la trama dell'ordinamento giuridico romano giustiniano, dopo essere stati più o meno accuratamente privati di 'superfluità' e 'imperfezioni' (*supervacuum vel imperfectum*)¹²⁴, di riferimenti a soluzioni, regole o figure giuridiche ormai sorpassate o in contrasto con le costituzioni imperiali in vigore e purgati il più possibile da ambiguità (*ambiguitates*), incertezze (*nullo titubante relicto*) e soprattutto dalle tracce dell'antica controversialità (*discordia*)¹²⁵.

¹²¹ Const. *Cordi* 5.

¹²² Ampia discussione soprattutto in G. DONATUTI, '*Antiquitatis reverentia*', in *Studi parmensi*, III, 1953, 207 ss., anche in ID., *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1977, 829 ss.; S. PULIATI, '*Antiquitatis reverentia*' e funzionalità degli istituti nelle riforme costituzionali di Giustiniano, in *Tradizione romanistica e costituzione*, II, dir. da L. Labruna, a cura di M.P. Baccari e C. Cascione, Napoli, 2006, 1377 ss.

¹²³ V. sul punto G. CAVALLO, *Libro e cultura scritta*, in *Storia di Roma*, dir. da A. Schiavone, 4. *Caratteri e morfologie*, Torino, 1989, 728 ss.; A. SCHIAVONE, '*Ius*'. *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 12; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni*, cit., 443.

¹²⁴ Const. *Tanta* 10. In lett., M. CAMPOLUNGHY, '*Tanta*'. *Analisi di una costituzione programmatica*, in *SDHI*, 71, 2005, 35 ss.

¹²⁵ Const. *Tanta* 1; 10.

Attraverso le attività rimesse ai compilatori (*corrigenere, emendare, purgare, eliminare, resecare*), Giustiniano intendeva soprattutto debellare la *confusio legum*¹²⁶ e realizzare una grandiosa opera di 'unificazione' dei diversi, possibili orientamenti sulle soluzioni dei casi (*in unam reducere consonantiam*)¹²⁷. In questa cornice, l'Imperatore si preoccupava anche di provvedere ad una formazione dei nuovi operatori del diritto che risultasse omogenea con queste linee di politica legislativa; si spiega così l'inserimento nella compilazione di un'opera destinata alla didattica basilare (ma al tempo stesso dotata di forza di legge)¹²⁸, ovvero una nuova versione delle Istituzioni gaiane¹²⁹ di matrice 'imperiale' (*ab imperiali splendore*), cioè rispettata nel suo originario impianto e nella sua prospettiva storica, ma corretta degli errori, privata delle superfluità ed aggiornata dal diritto vigente (*ab imperiali remedio illuminatum*)¹³⁰.

Considerato quanto fin qui esposto – circa l'intento giustiniano di approntare, con le tre parti della sua compilazione, una raccolta organica ed esaustiva del diritto applicabile nell'Impero romano, raccogliendo e sistemando *iura* e *leges* in modo sintetico (l'Imperatore esplicitamente finalizzava l'operato dei compilatori ad una *reductio ad brevitatem*¹³¹ del materiale normativo accumulatosi nel corso dei secoli), chiaro e univoco, per fornire 'diritto certo' ai suoi sudditi (*leges certae et brevi sermone conscriptae*)¹³²,

¹²⁶ Const. *Deo auctore* 1.

¹²⁷ Const. *Tanta* pr.

¹²⁸ Const. *Imperat.* 6 (*plenissimum nostra rum constitutionum robur*).

¹²⁹ Sulla complessa individuazione delle fonti delle Istituzioni, rinvio in partic. a C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR*, 13, 1900, 101 ss.; G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle 'Institutiones' di Giustiniano*, in *AUPA*, 45.1, 1998, 223 ss., con disamina di fonti e lett.

¹³⁰ Const. *Imperat.*

¹³¹ Const. *Summa rei publicae* (a. 529).

¹³² Const. *Haec quae necessario* 2-3 (a. 528).

– meritano specifica menzione le *quinquaginta decisiones*¹³³, il discusso complesso di costituzioni volute da Giustiniano per comporre vecchi dissidi giurisprudenziali, in previsione della collazione e della rielaborazione del vecchio diritto (*antiqui iuris altercationes placavimus*)¹³⁴. Sebbene di queste *decisiones* imperiali non ci sia pervenuta una raccolta autonoma – e risulti perciò difficile la loro enucleazione all'interno delle varie parti della compilazione – esse sono comunque indice di un ragguardevole sforzo di trasformazione di quanto fosse *dubium* e *incertum*¹³⁵ in *ius certum*, affinché la disparità delle opinioni espresse dagli antichi giureconsulti e le loro *controversiae* non potessero più incidere negativamente sulla prevedibilità dell'esito delle liti e sulla lunghezza dei tempi processuali.

7. Giustiniano e la certezza del diritto

Nel complesso, si può dire che la compilazione giustiniana resta forse il più significativo monumento occidentale alla tensione del legislatore verso la certezza del diritto.

Nonostante l'*antiquitatis reverentia* professata verbalmente da Giustiniano, il suo intento di ripristinare l'*auctoritas legum* aveva un fine prevalentemente pratico, quello di ridurre, semplificare e ordinare il materiale normativo, all'interno della forma-codice, l'unica idonea a rendere i testi di facile reperibilità e consultazione.

¹³³ Const. *Cordi* 1(a. 534); I. 1.5.3. In lett., tra la vasta bibl. in materia, v. in partic. C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle 'Quinquaginta Decisiones'*, Milano, 1999; M. VARVARO, *Contributo allo studio delle 'quinquaginta decisiones'*, in *AUPA*, 46, 2000, 359 ss.

¹³⁴ I. 1.5.3.

¹³⁵ Const. *Tanta* pr.

Le chiare istruzioni imperiali inducono i compilatori a non prodigarsi affatto per la conservazione dei testi originali, pur riconoscendone la paternità ai loro autori. È infatti ai pratici del diritto e agli studenti che l'opera è destinata. L'Imperatore rivendica espressamente la coincidenza delle tre parti della sua compilazione con la rappresentazione complessiva ed esaustiva dell'ordinamento giuridico in vigore (*omni igitur Romani iuris dispositione composita*)¹³⁶ e stabilisce che essa contenga l'unico diritto applicabile nell'Impero, con esclusione di ogni altra fonte (*omne quod hic positum est unicum et solum observari censemus*)¹³⁷, comminando la pena prevista per i falsari a carico delle parti processuali, degli avvocati o dei giudici contravventori. Anche commenti e interpretazioni sono vietati, pena l'accusa di falso¹³⁸, con il proposito esplicitato di sventare il pericolo che attraverso improprie operazioni ermeneutiche si ricrei la confusione e l'incertezza del diritto, cui Giustiniano ha appunto inteso porre rimedio con la compilazione¹³⁹. E l'autoproclamazione dell'Imperatore come unico creatore e interprete del diritto (*si quid vero... ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per indices referatur et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui solo concessum est leges et condere et interpretari*)¹⁴⁰ si accompagna alla netta restrizione delle valutazioni

¹³⁶ Const. *Tanta* 12.

¹³⁷ Const. *Tanta* 19.

¹³⁸ Const. *Tanta* 19, 21.

¹³⁹ Const. *Tanta* 21.

¹⁴⁰ Const. *Tanta* 23. Già Costantino limita l'interpretazione non autentica (C.Th. 1.2.3), ma solo con Giustiniano l'Imperatore si autoproclama in via esclusiva *tam conditor quam interpret* (C. 1.14.12.5, oltre alla già cit. const. *Tanta* 23), qualificando *perversio* ogni forma di interpretazione non autentica (Const. *Tanta* 21). Emblematico, al riguardo, anche il divieto di *commentarii* al Codice e ai Digesti, per la preoccupazione che questi potessero ingenerare nuove e contraddittorie interpretazioni (Const. *Deo auctore* 12). In lett., v. soprattutto G.

discrezionali del giudice non soltanto in sede di interpretazione delle norme, ma anche in materia di ammissione e valutazione delle prove¹⁴¹.

A completare il disegno imperiale, di controllo totale del diritto (la cui unica fonte è ormai l'imperatore), nelle fasi di creazione, interpretazione e applicazione, si aggiunge l'intervento profondamente incisivo in ambito didattico¹⁴². Secondo quanto viene esplicitamente affermato nella *Const. Imperatoriam* (§3: *ut et initium et finis legum eruditionis a voce principali procedat*), sin dalla loro prima formazione, gli operatori del diritto dovranno assimilare le linee-guida del disegno giustiniano, compiendo i loro studi in via integrale ed esclusiva su programmi e testi indicati dall'Imperatore¹⁴³. Questi si caratterizzano per lo studio del diritto vigente in prospettiva storica e in una dimensione di 'continuità', affinché il discente possa comprendere gli assetti attuali alla luce dei percorsi di pensiero e delle esperienze istituzionali del

BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore e interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano, 1983, 7 ss.; F. GALLO, *La codificazione giustiniana*, in *Index*, 14, 1986, 33 ss.

¹⁴¹ C. 1.14.12.3, 5; *Const. Tanta* 21. Sul successivo temperamento della disposizione, per necessità imposte dalla prassi, v. *infra*, § 9. Sulla limitazione dei poteri del giudice in materia di acquisizione e valutazione delle prove, disamina delle fonti in U. ZILLETI, *Sul valore probatorio della testimonianza nella 'cognitio extra ordinem'*, in *SDHI*, 29, 1963, 124 ss.; ID., *Studi sulle prove nel diritto giustiniano*, in *BIDR*, 67, 1964, 167 ss.; e ora S. PULIATTI, *Giudizio di fatto e nuovi principi nel processo romano tardoantico. La regola 'unus testis nullus testis'*, in *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, a cura di F. Reinoso Barbero, Madrid, 2014, 131 ss., con lett. *ivi cit.*

¹⁴² Ampia discussione in A.M. GIOMARO, *Sulla presenza*, cit., 49 ss.

¹⁴³ Lo sottolinea G. FALCONE, *'Legum cunabola' e 'antiquae fabulae'* (*const. Imperatoriam* 3), in *Scritti in onore di A. Metro*, II, a cura di C. Russo Ruggeri, Milano, 2010, 283 ss.

passato¹⁴⁴. Nel 533, immediatamente dopo la pubblicazione delle Istituzioni, Giustiniano provvede con la costituzione *Omnem* (indirizzata a otto prestigiosi docenti di Costantinopoli e Berito¹⁴⁵) alla riforma degli studi giuridici quinquennali, rendendo la sua compilazione oggetto (unico) di insegnamento e apprendimento del diritto e vietando che la formazione tecnica continui a svolgersi in scuole (come quelle di Alessandria e Cesarea) diverse da Costantinopoli e Berito, le sole ufficialmente riconosciute dall'Imperatore.

È chiaro che la riorganizzazione degli studi giuridici mediante la selezione delle scuole, l'imposizione di programmi e di libri di testo mirava a impartire ai futuri burocrati, giudici e avvocati un'istruzione non soltanto di buon livello e omogenea, ma anche ben controllata – nei suoi contenuti e soprattutto nei suoi principi di base – dal potere politico. Tra i corollari di siffatta riforma va pure considerata la forte costrizione della libertà didattica sofferta dagli *antecessores* di Costantinopoli e Berito (*nutrix legum*)¹⁴⁶, ma soprattutto dai docenti attivi nelle altre scuole di diritto, cui Giustiniano nega espressamente ogni autorevolezza¹⁴⁷, vietando l'insegnamento e comminando una pena pecuniaria e l'espulsione

¹⁴⁴ Const. *Omnem* 2 (*legitimos thesauros volentibus aperimus, quibus per vestram prudentiam quodammodo erogatis ditissimi legum oratores efficiantur discipuli*). Sul punto, S. PULIATTI, *'Antiquitatis reverentia'*, cit., specialm. 1379 ss.; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni*, cit., con altra lett.

¹⁴⁵ Const. *Omnem* pr. I professori sono qualificati *antecessores*. Dettagli in G. COPPOLA, *Giustiniano e i 'doctores legum'*, in *Labeo*, 41, 1995, 238 ss.; G. FALCONE, *Giustiniano, i giuristi classici e i professori di diritto*, in *Lezioni Emilio Betti. Camerino 2001-2005*, a cura di P. de Lucia e F. Mercogliano, Napoli, 2006, 73 ss.

¹⁴⁶ Così Giustiniano definisce la scuola di Berito in Const. *Omnem* 7.

¹⁴⁷ Const. *Omnem* 7: v. P. PASQUINO, *La fortuna della 'Omnem' in età medioevale: i luoghi di insegnamento del diritto*, in *TSDP*, 7, 2014, 7 ss.

dalla *civitas* ove avessero osato impartire lezioni sulla materia giuridica, in violazione della disposizione imperiale¹⁴⁸.

L’aspirazione ad una maggiore ‘certezza del diritto’ ebbe dunque un prezzo molto elevato. Occorreva sradicare abuso, strumentalizzazione e falsificazione dei materiali normativi (prudenziali e legislativi), selezionare i giureconsulti i cui pareri fossero atti ad incidere in modo anche determinante sulle decisioni dei giudici, limitare alle opere di indubbia autenticità e qualità la citazione nei tribunali, circoscrivere al massimo l’arbitrio e la corruzione dei giudici, controllare la qualità della didattica. E tali propositi non si ricollegavano a critiche pretestuose. Ma per perseguire questi obiettivi si dovettero sacrificare da un lato la tradizionale autonomia della *scientia iuris* romana, la creatività dell’interprete, la libertà di insegnamento; dall’altro lato l’ampiezza dei poteri del giudicante e in particolare il ricorso, da parte di quest’ultimo, ad applicazioni estensive delle norme e a valutazioni equitative¹⁴⁹. Si produsse insomma, nel complesso, un significativo svilimento della figura e dell’operato del giurista.

8. *Le incognite del processo romano e l’abuso del processo’*

Con queste ultime osservazioni siamo approdati all’eterna questione delle incognite riservate dallo svolgimento del processo.

¹⁴⁸ Const. *Omnem* 7.

¹⁴⁹ Esplicita, al riguardo, la disposizione costantiniana, poi riprodotta in C. 1.14.1, con cui l’Imperatore avoca a sé, in via esclusiva, ogni interpretazione che incida sui rapporti tra *ius* ed *aequitas* (*Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis soli set oportet et licet inspicere*). Sulla *lex* rinvio a L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto*, cit., 139 s., 146, 176; in generale, sul tema, v. anche gli spunti in G. BASSANELLI SOMMARIVA, *La legge*, cit., 312; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni*, cit., 340 s.

Il problema delle insidie procedurali e dal condizionamento esercitato sull'esito finale da una serie di circostanze difficilmente prevedibili *a priori* è da sempre legato ai poteri del giudice, ma non si è mai esaurito in questo circoscritto ambito. Tanto l'incidenza di fattori imprevedibili, quanto il c.d. 'abuso del processo' costituiscono elementi di deviazione, che nell'esperienza romana precedente il tardo Principato (cioè nella fase antecedente la piena affermazione delle *cognitiones* imperiali) presentavano diverso carattere, in ragione della natura privatistica o pubblicistica del processo.

Per quanto concerne l'autonomia e la discrezionalità del magistrato giurisdicente e del giudice, queste toccarono vette altissime nella fase anteriore alla piena affermazione del potere imperiale. Il processo civile formulare poteva prendere una piega assai diversa, o non avere del tutto inizio, a seconda delle valutazioni discrezionali del magistrato in ordine alla eventuale decisione di *denegare actionem*¹⁵⁰, alla concessione o rifiuto della *exceptio* e *replicatio* o della *restitutio in integrum* e di tutti gli altri mezzi processuali previsti dall'editto e non spettanti di pieno diritto all'istante; il processo poteva protrarsi senza limiti di tempo¹⁵¹, fino all'età augustea¹⁵² e, più incisivamente, ai provvedimenti tardo imperiali sul contenimento dei tempi processuali¹⁵³ (culminate nella costituzione giustiniana *Properandum*, in C. 3.1.13, con cui Giustiniano dispose la durata massima triennale per tutte le cause

¹⁵⁰ Sugli effetti della decisione magistratuale di non accogliere la *postulatio* dell'attore, v. ora A. PALMA, *Il luogo delle regole*, cit., 116 ss., con fonti e bibl.

¹⁵¹ Gai 3.180.

¹⁵² Gai 4.104-105. Altre fonti e lett. in L. SOLIDORO MARUOTTI, *La perdita dell'azione*, cit., 75 ss., specialm. 81 ss.

¹⁵³ CTh. 11.30. 14, 21; CTh. 11.31.1, 2, 3; C. 7.39.9 (a. 529); C. 7.40.1e; C. 3.1.13 (a. 530). Altre fonti e lett. in L. SOLIDORO MARUOTTI, *La perdita dell'azione*, cit., 79 ss., 83 ss., 88 ss.

civili); inoltre alcune incognite erano costituite dalla possibilità di applicazione analogica delle clausole edittali, possibilità estesa anche alle liti concernenti il diritto penale privato. Quanto alla fase *apud iudicem*, basti ricordare quanto evanescente fosse la materia delle prove, che anticamente erano concepite come meri mezzi di persuasione liberamente valutabili¹⁵⁴. Vigeva anche, fino all'età imperiale, una quasi totale assenza di regole precise e costanti in ordine all'onere probatorio¹⁵⁵ e ai criteri di acquisizione e valutazione delle prove¹⁵⁶. Prima dell'avvento delle *cognitiones extra ordinem*, ampia era la potestà del giudice nell'eventuale rifiuto di decidere la controversia, pronunciando il *non liquet*¹⁵⁷; e in ordine

¹⁵⁴ Rinvio, sul punto, a fonti e lett. discusse in L. SOLIDORO, *Interferenze tra diritto penale sostanziale e diritto penale processuale nell'esperienza giuridica romana*, in *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di G. de Francesco e E. Marzaduri, Torino, 2016, 37 ss. Uno dei primi tentativi di indirizzare il giudice verso un procedimento di valutazione razionale e legalmente prefissato risale a Callistrato (Call. 4 *de cogn.* D. 22.5.3 pr.), il quale fissa alcuni indici di riferimento per la determinazione del valore probatorio delle testimonianze: parametri di ordine sociale e morale, condizioni economiche, eventuale rapporto di amicizia o inimicizia con le parti processuali: sul testo, S. PULIATTI, *Alla ricerca della verità. La discrezionalità del giudice tra retorica e diritto*, in *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio. Trani, 22-23 maggio 2009*, Bari, 2011, 43 ss., specialm. 52 s.

¹⁵⁵ Il percorso verso la generalizzazione della celebre regola *probatio incumbit ei qui dicit, non ei qui negat* ha inizio con Celso (Cels. 1 *dig.* D. 22.3.9; Ulp. 7 *disp.* D. 22.11.17) e viene portata a compimento da Ulpiano (Ulp. 7 *disp.* D. 22.3.19.1.2) e da Paolo (Paul. 69 *ad ed.* D. 22.3.2).

¹⁵⁶ In Call. 4 *de cogn.* D. 22.5.3.1-2 Callistrato riporta un rescritto di Adriano, in cui il *princeps* rimette al giudice la valutazione discrezionale dell'attendibilità del teste, secondo il suo libero ed intimo convincimento (*ex sententia animi tui*).

¹⁵⁷ La possibilità di giurare il *sibi non liquere* è attestata in varie fonti, tra cui Gell. *noct. Att.* 14.2 e Paul. 17 *ad ed.* D. 42.1.36. Con l'affermazione delle *cognitiones extra ordinem*, al giudice non fu più consentito di giurare il *sibi non liquere*: egli poteva però, prima di emettere la sentenza, chiedere chiarimenti all'Imperatore,

alla sentenza rilevano la mancanza di obbligo di motivazione (che precludeva ogni controllo, anche sociale, sulla razionalità del procedimento seguito e sulla ragionevolezza della decisione)¹⁵⁸ e l'inappellabilità della sentenza (limite superato poi con le procedure *extra ordinem*).

Nel processo criminale, il tasso di imprevedibilità della decisione era ancora più alto, per l'assenza di applicazione generale dei principi moderni di irretroattività della legge penale e di legalità penale (*nullum crimen sine lege*)¹⁵⁹. A ciò si aggiungano l'assenza del divieto di analogia della legge penale¹⁶⁰ e la quasi totale inoperatività dei principi del contraddittorio (il dibattito tra accusatore e accusato venne svalutato e talora eliminato nelle *cognitiones*, ma già in età repubblicana si verificano frequenti violazioni delle prassi procedurali relative al dibattito)¹⁶¹ e *in dubio pro reo* (con la conseguente assenza di un criterio legale che, in caso di dubbio, obbligasse a decidere in senso favorevole all'imputato)¹⁶². Inoltre, in alcune fasi storiche incidevano lo

oppure deferirgli per intero la questione. In lett., v. soprattutto G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali: 'iuravi mihi non liquere'*, in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio*, a cura di E. Cantarella, Milano, 2004, 333 ss., specialm. 341; A. PALMA, *Il luogo delle regole*, cit., 100 ss.

¹⁵⁸ Sull'assenza dell'obbligo di motivazione e per il commento delle numerose motivazioni ciononostante pervenuteci, M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honneur de C.A. Cannata*, Genève, 1999, 53 ss.; B. BISCOTTI, *Dispositivo*, cit.; A. PALMA, *Il luogo delle regole*, cit., 49 ss. e nt. 131, con prec. lett.

¹⁵⁹ Rinvio a M. SCOGNAMIGLIO, *'Nullum crimen sine lege'. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, Salerno, 2009.

¹⁶⁰ Si v. anzi Mod. 12 *pand.* D. 48.4.7.3, Gai 13 *ad ed. prov.* D. 47.2.55.2; Gai 1 *ad leg. duod. tab.* D. 50.16.233.2; Quint. *inst. orat.* 10.1.12.

¹⁶¹ Cic. *pro Quint.* 2.9.

¹⁶² Fino all'epoca di Traiano (Ulp. 7 *de off. procons.* D. 48.19.5 pr.), la prassi dei processi criminali era piuttosto quella dell'applicazione di una 'presunzione di

squilibrio nella composizione delle giurie (quando queste vennero chiamate ad operare) e il principio del libero convincimento del giudice penale nella ammissione e nella valutazione delle prove, specie se testimoniali¹⁶³.

Era questo l'ambito in cui, anticamente, risultavano determinanti l'*ars oratoria*, dunque le capacità retoriche degli avvocati e le relative valutazioni discrezionali dei giudici: le prove, prima del Dominato, erano libere e il giudice era chiamato ad apprezzare la loro verosimiglianza, senza dover decidere della loro ammissibilità con riferimento ad alcuna norma. Il perfetto oratore, dal canto suo, secondo Cicerone¹⁶⁴ per vincere la causa doveva dilettere con soavità i giudici, provocando in loro commozione e un forte impatto emotivo: *innocentia eloquentia est* (l'innocenza dipende dalla capacità retorica dell'avvocato), affermava Apuleio verso la metà del II sec. d.C. (*Apol.* 5.3-5)¹⁶⁵. Valevano dunque più gli espedienti retorici che la rappresentazione dei fatti nella loro oggettività.

E infatti, nei processi penali potevano avere un ruolo determinante persino le vociferazioni e l'opinione pubblica, i *rumores*, che Cicerone¹⁶⁶ analizza tra le prove 'inartificiali', per la loro forte potenzialità persuasiva. Di per sé, sostiene il Retore, le voci, i *rumores*, hanno scarsa attitudine probatoria, ma tanto l'accusa quanto la difesa le possono sfruttare abilmente, se ne sono capaci,

colpevolezza': Cic. *pro Cluent.* 1.3; Cic. *pro Sull.* 13.39. Fonti e lett. ora in F. FASOLINO, *Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza*, in *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, a cura di L. Solidoro, Torino, 2016, 33 ss.

¹⁶³ Call. 4 *de cogn.* D. 22.5.3.

¹⁶⁴ Cic. *de invent.* 1.2.3.

¹⁶⁵ Articolata trattazione in L. PELLECCHI, *Innocentia eloquentia est'. Analisi giuridica dell'Apologia' di Apuleio*, Como, 2012.

¹⁶⁶ Cic. *rhet. ad Her.* 2.12.

per esempio sostenendo che esse contengono un fondamento di verità. Sebbene i giudici, in linea di principio, dovessero evitare di cedere a condizionamenti di tal fatta, secondo quanto sostiene ancora Cicerone¹⁶⁷, in Valerio Massimo¹⁶⁸ leggiamo invece un folto resoconto di vicende giudiziarie condizionate in modo determinante da voci e pregiudizi. Queste le parole introduttive dello Scrittore: «ci occuperemo ora di coloro ai quali, in sede di difesa, situazioni estranee ai fatti in questione nocquero più di quanto non abbia loro giovato la stessa innocenza».

Tra i principali espedienti retorici equivalenti a 'prove di rincalzo' utilizzate dall'accusa, va annoverata anche la *reprehensio vitae anteactae*, luogo retorico secondo il quale l'accusa acquistava maggiore credibilità se collimante con la generale condotta di vita dell'imputato¹⁶⁹.

Va infine presa in considerazione, tra i fattori di 'incertezza' dell'antico diritto penale, l'estrema vaghezza delle pene, per la variabilità (non predeterminata legislativamente in modo chiaro e preciso)¹⁷⁰ della pena *pro modo admissi* ma anche *pro qualitate personarum*¹⁷¹. Tutti questi elementi, nel loro complesso,

¹⁶⁷ Cic. *pro Cluent.* 1.1-2; 2-6. In lett., V. GIUFFRÉ, *Avvocati, imputati e giudici nella 'pro Cluentio' ciceroniana*, Napoli, 1993, 188 ss.

¹⁶⁸ Val. Max. *mem.* 8.1, su cui P. CERAMI, *'Aequum iudicium' e 'giusto processo'. Prospettive romane e moderne*, in *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Torino, 2003, 3 ss., specialm. 26, nt. 29.

¹⁶⁹ Cic. *pro Mur.* 11-53; Quint. *inst. orat.* 4.2.52; 5.10.28; Call. 4 *de cogn.* D. 22.5.3.2. Sui testi, L. PELLECCHI, *'Innocentia'*, cit., 142 s., con lett.

¹⁷⁰ Ancora nel primo Principato ai giudici era consentito di valutare molto liberamente le 'circostanze del reato', al fine di commisurare la pena alle peculiarità del caso concreto.

¹⁷¹ Ampia disamina delle fonti in U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, 189 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena 'pro*

consentivano e favorivano, oltre un alto tasso di imprevedibilità della decisione, anche un 'abuso del processo' (ampiamente illustrato da Cicerone). In altri termini, la cosciente distorsione delle regole procedurali o la interpretazione deviata del diritto penale sostanziale, attuabili in sede processuale da avvocati e giudici, potevano portare a verdetti imprevedibili.

Tra i principali rimedi adottati progressivamente, alcuni nel corso dell'età imperiale – in coincidenza con la svolta autocratica – altri nell'età immediatamente post-giustiniana, grazie al c.d. processo romano-canonico, ricordiamo: le prime limitazioni alla variabilità della pena *pro modo admissi*, introdotte grazie alla articolata classificazione delle cause di variazione ed esclusione della pena e dei criteri di valutazione da applicare a tutti i reati¹⁷²; l'ammissione delle prove legali¹⁷³; la pubblicità del dibattimento; la verbalizzazione degli atti processuali; la limitazione delle valutazioni discrezionali¹⁷⁴ e dei poteri di interpretazione delle norme da parte dei giudici, anche mediante l'affermazione di criteri quali il *favor rei*, o di presunzioni, quale quella di non colpevolezza (*in dubio pro reo*); l'obbligo di motivazione della sentenza (introdotto dalla Sacra Rota).

qualitate personarum' nel diritto penale romano, in *RISG*, n.s. 14, 1939, 58 ss., anche in *ID.*, *Scritti vari di diritto romano*, III, *Diritto penale*, Bari, 1987, 484 ss.; B. SANTALUCIA, *Adriano e il rango sociale dei rei*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, cit., 473 ss.

¹⁷² Sat. *l. sing. de poen. pag.* D. 48.19.16.

¹⁷³ Per l'individuazione delle prove ammissibili da parte del legislatore, CTh. 4.19.25 (a.382).

¹⁷⁴ Si pensi alla politica giudiziaria varata già da Settimio Severo, il quale, pur nel rispetto formale della giurisdizione, limita fortemente i poteri discrezionali pretori: Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.11.2, di cui approfondita esegesi in F. ARCARIA, *Le costituzioni di Settimio Severo tra processo e 'ius novum'*, in *Scritti per A. Corbino*, I, Lecce, 2016, 37 ss., specialm. 62 s.

Si tratta di innovazioni destinate a segnare una svolta decisa nella concezione e nella struttura del processo. Invece, la rigidità della regola giustiniana, secondo cui il giudice avrebbe dovuto rivolgersi all’imperatore in caso di dubbia interpretazione della legge, enunciata nel 529 e nuovamente nel 533 (rispettivamente, C. 1.14.12.3; Const. *Tanta* 21), fu di lì a breve temperata con Nov. 113 del 541 e 125 del 543: per esigenze di snellezza e brevità dei processi, constatato l’allungamento dei tempi processuali prodotto dal deferimento all’Imperatore di ogni questione interpretativa, Giustiniano riconobbe ai giudici il potere di interpretare le norme nei casi sottoposti alla loro giurisdizione.

9. *L’aspirazione alla certezza: soltanto una illusione?*

Questo rapido e certamente non esaustivo *excursus* sul tormentato percorso verso il conseguimento della ‘certezza del diritto’, ha mostrato un dato inequivocabile: l’incessante impegno profuso nella ricerca della stabilità e della prevedibilità del diritto, culminato nell’*evo* antico nella grande compilazione giustiniana, e poi, molti secoli dopo, nelle codificazioni e ricodificazioni moderne e contemporanee.

Oggi questo impegno sembra avere segnato una battuta dall’arresto, o quanto meno un significativo rallentamento, per la presa d’atto della pratica impossibilità di preordinare un diritto stabile, perpetuo, immutabile e quindi del tutto prevedibile¹⁷⁵. Al campanello d’allarme agitato da Kelsen, che nella prima metà del Novecento ha rappresentato la certezza del diritto come una illusione, ha fatto immediato riscontro una demolizione violenta

¹⁷⁵ V. soprattutto N. IRTI, *‘L’età della decodificazione’*, cit.

del 'mito' della certezza¹⁷⁶ da parte del realismo americano, impegnato ad abbattere l'edificio delle finzioni giuridiche che – a giudizio degli appartenenti a questa corrente di pensiero – dà corpo ad una vera e propria mistificazione. Secondo Jerome Frank¹⁷⁷, soltanto i legal magicians, ovvero coloro che non guardano la realtà del diritto per quella che essa è, ma attraverso la lente dei propri ideali o interessi individuali, rifiutano di tenere conto che non vi è, e non vi può essere, alcuna certezza del diritto: nei fatti, l'esito delle cause è affidato al caso. *Habent sua sidera lites*, dunque, più che un aforisma di ritorno, in quella linea di pensiero diviene uno slogan.

Non vi è dubbio che la società attuale, parcellizzata in gruppi culturali e religiosi, categorie e lobbies, non può più condividere valori comuni, come invece era in un lontano passato, quando principi ed ideali da rispettare erano quelli espressi dal ceto egemone. Negli aggregati sociali odierni strutturati secondo criteri democratici coesistono valori e interessi dotati di pari dignità, ma spesso tra loro in aperto conflitto e, oltre a ciò, in veloce evoluzione. Il pluralismo e i rapidi mutamenti dei valori non consentono ai legislatori e agli operatori del diritto di esprimere ed applicare un diritto in assoluto stabile e prevedibile, divenuto anche difficilmente conoscibile per la immane proliferazione del materiale normativo, proveniente peraltro da plurime fonti, non più ordinate all'interno di una gerarchia.

Eppure, non si può ignorare l'istanza di 'prevedibilità giuridica' quotidianamente espressa dai consociati-utenti del diritto. L'aspirazione alla prevedibilità del diritto non è una mistificazione, è un obbligo cui lo Stato non può sottrarsi. Un atteggiamento rinunciatario è inaccettabile. Alla persona umana va

¹⁷⁶ V. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Roma-Bari, 1989, 150 ss.

¹⁷⁷ J. FRANK, *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton, 1973, di cui si l. in partic. il cap. IV, dal titolo *Modern Legal Magic*.

riconosciuto, se non proprio un ‘diritto alla certezza’, almeno un ‘diritto alla sicurezza’ (che oggi si ritiene collocabile tra i c.d. diritti di terza generazione), ovvero alla ragionevolezza dell’operato del giudice, all’osservanza della regolarità delle procedure, alla correttezza del procedimento argomentativo, alla ‘prevedibilità’ dell’applicazione di un certo numero di principi e regole basilari¹⁷⁸. In questa prospettiva, il principio di certezza non va inteso come assoluta (ed altrettanto illusoria) prevedibilità dell’esatto contenuto della decisione che verrà assunta dall’organo giudicante, quanto piuttosto «come astratta possibilità delle conseguenze correlate dall’ordinamento a un determinato comportamento, nelle ipotesi in cui l’ordinamento medesimo preveda l’interposizione dell’esercizio di un potere autoritativo»¹⁷⁹: un diritto alla ‘sicurezza’, questo, che non può essere disgiunto né dal diritto di libertà all’autodeterminazione¹⁸⁰, secondo le logiche attualmente seguite in Europa, dalla Corte di Giustizia (che invita gli stati membri alla redazione di leggi brevi e chiare), né dal diritto al ‘giusto processo’ (art. 6 CEDU), tutelato dalla Corte EDU.

Se pure è vero che le analisi capillari effettuate dai realisti americani in ordine all’effettivo funzionamento delle Corti devono essere rese oggetto di attentissima considerazione, il disfattismo professato nell’ambito di questa corrente di pensiero non ci appartiene. Nell’ambito di un *iter* senz’altro non rettilineo, ma

¹⁷⁸ Tornerò su questo tema, che tratto qui sono per cenni, in uno studio di prossima pubblicazione. Sul ‘diritto alla sicurezza’, v. in partic. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993.

¹⁷⁹ W. TROISE MANGONI, *L’esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell’individuo*, Torino, 2016, 210 ss.

¹⁸⁰ Ove manchi la calcolabilità delle conseguenze del proprio agire, la persona risulta deprivata della propria libertà di autodeterminazione: lo sottolinea F. PALAZZO, voce *Legalità (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, dir. da S. Cassese, Milano, 2006, 3376.

contrassegnato da momenti di forte avvicinamento e fasi di pericoloso distacco, rispetto al principio di 'certezza del diritto', la tradizione storica ci mostra quali siano i rimedi – validati da una plurisecolare esperienza – atti a contrastare o quanto meno a contenere nei limiti del possibile l'imprevedibilità delle decisioni dei giudici; si possono evitare atteggiamenti aprioristicamente rinunciatori, senza cadere nell'eccesso di auspicare un – peraltro utopistico – esautoramento totale dalle valutazioni discrezionali, proprio dei regimi autocratici.

ABSTRACT

Il saggio (il cui titolo è ispirato da una nota sentenza della Suprema Corte di Cassazione del 1931), nel prendere le mosse dal fondamentale interrogativo circa la calcolabilità dei tempi e degli esiti delle liti giudiziarie, affronta il tema della difficile vigenza del principio della certezza del diritto, con particolare attenzione al pensiero di Calamandrei e alle influenze che su di esso esercitò il relativismo etico kelseniano. La problematica viene analizzata alla luce dell'esperienza dell'ordinamento giuridico romano, osservato nelle sue varie, diversissime, epoche, in cui si registrò una crescente attenzione verso il problema della certezza del diritto, con sempre più numerose iniziative istituzionali, fino ad arrivare alle codificazioni del V e del VI sec. d.C. e, soprattutto, agli interventi di Giustiniano. La riflessione si sofferma poi specificamente sull'aspetto processuale, delineando le differenze tra *ordo* e *cognitiones extra ordinem*, in ambito civile e in ambito criminale. Attraverso l'esame della tradizione storica viene quindi suggerita la strada per l'individuazione di rimedi atti a garantire alla persona umana almeno un 'diritto alla sicurezza', che, nei suoi

contenuti, contempi anche la limitazione, per quanto possibile, dell’imprevedibilità delle decisioni dei giudici.

The essay (whose title is inspired by a famous 1931 Italian Supreme Court decision), starting from the fundamental question about the calculability of the times and outcomes of judicial litigations, addresses the issue of the difficulty of the principle of certainty of law, with particular attention to the thought of Calamandrei and to the influences exercised on it by the Kelsenian ethical relativism. The problem is analyzed in the light of the experience of the Roman legal system, observed in its various, very different, periods, in which there was a growing attention to the problem of legal certainty, with rising institutional initiatives, up to the codifications of the fifth and sixth centuries AD and, above all, to Justinian’s interventions. The essay then specifically focuses on the procedural aspect, outlining the differences between *ordo* and *cognitiones extra ordinem*, both in civil and criminal law. Through the examination of the historical tradition, is therefore suggested the way to the identification of remedies to ensure to the human person at least a ‘right to security’, which, in its contents, also contemplates the limitation – as far as possible – of the unpredictability of judges’ decisions.

LAURA SOLIDORO

Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano

Università degli Studi di Salerno

E-mail: lsolidoro@unisa.it

