CERTEZZA E INCERTEZZA DELLE REGOLE

Un dialogo interdisciplinare

a cura di
Antonio Banfi

Bologna
University Press

Certezza e incertezza delle regole

Un dialogo interdisciplinare

a cura di
Antonio Banfi

Bologna
University Press

Pubblicazione realizzata con il contributo MUR nell'ambito del bando PRIN 2017 - progetto cod. 20177PXSMA dal titolo *La certezza del diritto dal mondo antico alla discussione moderna* - CUP F54I19000960001 - Unità di ricerca dell'Università degli Studi di Bergamo.

Fondazione Bologna University Press
via Saragozza 10 – 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882

info@buponline.com
www.buponline.com

Quest'opera è pubblicata sotto licenza Creative Commons CC BY-4.0

ISBN: 979-12-5477-581-3
ISBN online: 979-12-5477-582-0
DOI: 10.30682/9791254775820

In copertina: Ambrogio Lorenzetti, *Allegoria del Buon Governo*, part., 1338-1339, Sala della Pace, Palazzo Pubblico, Siena

Impaginazione: DoppioClickArt (Bologna)

Prima edizione: febbraio 2025

Sommario

Premessa V

Introduzione 1
Aurelio Gentili

Il problema della certezza del diritto in età greca ed ellenistica. L'originalità del pensiero di Epicuro 17
Antonio Banfi

La regola si fa certa: la determinazione pecuniaria nelle logiche del processo formulare romano 35
Tommaso dalla Massara

Incertezza del diritto e ruolo del giurista 59
Riccardo Cardilli

Il *Corpus Iuris Civilis* come libro-dispositivo. Una ipotesi di lettura e di confronto 83
Paolo Cesaretti

Dal mondo del pressappoco all'universo del certo: la 'rivoluzione' irneriana 107
Luca Loschiavo

Fides, sicurezza, certezza: un percorso fra Antico Regime e scienza di polizia 135
Daniele Edigati

La certezza del diritto nell'era degli algoritmi 167
Pieremilio Sammarco

La intrinseca incertezza della 'certezza del diritto' 179
Vincenzo Zeno-Zencovich

Certezza del diritto e 'regimi processuali' 185
Roberto Pucella

La certezza del diritto nell'ordinamento canonico tra straordinaria plasticità e rischio di abusi: considerazioni alla luce delle recenti evoluzioni della normativa ecclesiale 209
Geraldina Boni

Certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni 267
Giorgio Spangher

Il mito della certezza come mito 275
Massimo Luciani

La certezza delle regole nel diritto commerciale 283
Enrico Ginevra

Premessa

Questo volume riproduce, in forma rivista e ampliata, gli interventi dei relatori al convegno, da me organizzato, svoltosi nel febbraio 2023 presso l'Università degli studi di Bergamo.

Allora pensai di intitolare quelle giornate di studio, nell'ambito di un progetto PRIN del 2017, "Certezza e incertezza delle regole: un dialogo interdisciplinare".

La scelta fu determinata dalla convinzione che l'interdisciplinarità, così spesso evocata e così poco praticata (anche per gli effetti indiretti del sistema di valutazione attualmente affidato ad ANVUR), sia davvero un valore per chi si dedica alla ricerca scientifica.

All'epoca condivisi e discussi il programma di quei giorni con Carla Barbati, già ordinario di Diritto Amministrativo, Presidente del CUN e da poco nominata Consigliere di Stato.

Carla avrebbe dovuto presiedere l'ultima sessione e svolgere le considerazioni conclusive.

Non si sentiva bene e non riuscì ad essere presente: fu sostituita all'ultimo momento dal comune amico Giovanni Luchetti.

Purtroppo, erano i primi segni della malattia che la avrebbe rapita nel giro di pochi mesi.

A Carla Barbati, raffinata studiosa, devota *civil servant* e impareggiabile amica è dedicato questo volume.

Milano, marzo 2025

Antonio Banfi

Ringrazio il dott. Oliviero Galante per l'aiuto prestato nella predisposizione del volume.

Introduzione

Aurelio Gentili
Università degli Studi Roma Tre

1. Certezza e sistema

E se avesse ragione Wittgenstein? Se cioè la certezza avesse senso solo all'interno di un sistema? Perché «Tutti i controlli, tutte le conferme e le confutazioni di un'assunzione, hanno luogo già all'interno di un sistema. E precisamente, questo sistema non è un punto di partenza più o meno arbitrario, e più o meno dubbio, di tutte le nostre argomentazioni, ma appartiene all'essenza di quello che noi chiamiamo argomentazione. Il sistema non è tanto il punto di partenza, quanto piuttosto l'elemento vitale dell'argomentazione»[1].

L'ipotesi calza a maggior ragione alla certezza del diritto[2], che appunto si presenta come certezza di qualcosa all'interno di un sistema, il sistema del diritto. È sempre in riferimento ad esso ed al suo interno che dubitiamo o siamo certi. E il diritto è (o dovrebbe essere) per eccellenza sistema: non a caso non c'è altra espressione che 'sistema', o 'ordinamento', per indicare l'insieme di tutto ciò che è diritto.

Il sistema giuridico[3] non è però il punto di partenza della certezza del diritto, quanto appunto l'elemento vitale dell'argomentazione su cui fondiamo le nostre certezze giuridiche, o invece i dubbi. Quante volte una questione controversa è decisa dall'argomento sistematico? Di ogni assunzione del discorso sul diritto noi possiamo effettuare un controllo, fornire una conferma, condurre una confutazione solo argomentando all'interno del sistema giuridico cui ci riferiamo. È riferirci ad un sistema creduto valido che ci consente di essere certi di qualcosa o disattenderlo.

---

[1] Wittgenstein 1951 (1999), p. 20.

[2] La letteratura in tema è abbondantissima. Limitandosi ai contributi più rilevanti, a partire dalla codificazione vigente, si possono ricordare Lopez de Oñate 1942 (1968); Carnelutti 1943, p. 81 ss.; Bobbio 1951, p. 146 ss.; Longo 1979, p. 124 ss.; Corsale 1988; Pizzorusso 1988; Gianformaggio 1988, p. 274 ss.; Comanducci 1995, p. 27 ss.; Bertea 2001, p. 131 ss.; Alpa 2006; Alexy 2014, p. 441 ss.; Irti 2015, p. 297 ss.; Lipari 2015, p. 1115 ss.; Pino 2018, p. 517 ss.; Avila 2023.

[3] Sul diritto come sistema Losano 2002.

I saggi raccolti nel libro che qui si introduce mi sembrano confermare questa ipotesi. Per il passato, per il presente, il problema della certezza di qual è il diritto si pone all'interno di un sistema e risente della misura di coerenza e coesione che il diritto del tempo riesce a raggiungere. Non a caso il problema si attenua nelle epoche – il diritto romano classico, la codificazione giustinianea, l'epoca dei moderni codici – in cui il sistema si consolida, e invece si ripropone nelle epoche – l'età di mezzo, il tempo che precede la formazione degli Stati nazionali, il presente in cui si intersecano dimensione locale, nazionale, euro-unitaria, internazionale – in cui il sistema è frammentario.

Detto questo, è però meglio partire qui dal problema.

2. I diversi sensi della certezza

Nel diritto il problema della certezza è uno e molteplice.

Per un verso, essendo il diritto un sistema di *regole* (si presentino esse nella forma di *norme*[4], in cui in rapporto alla regola è specificamente individuata la fattispecie cui si applica e la qualificazione del fatto che ne deriva, o nella forma di *principi*[5], in cui la fattispecie non è specificamente individuata e la conseguenza è da determinare)[6], è sempre in relazione alle regole che si pongono problemi di certezza.

Per l'altro, di certezza in relazione alla regola si può parlare in più sensi. Altro è la certezza dell'*autore*, o del *testo*, o della *conoscibilità*, o dell'*effettività* della regola, altro la certezza della sua *fonte*, o del suo *senso*. Nei primi casi la certezza è una certezza di fatto. Nei secondi è una certezza di diritto[7]. Così stando le cose, il problema della certezza si presenta caso per caso al giurista con caratteristiche molto diverse.

Nella storia l'uno o l'altro aspetto del problema della certezza ha volta a volta predominato.

In epoche antecedenti alla formazione degli stati nazionali, in cui concorrevano più centri scoordinati di produzione del diritto, il problema della certezza investiva soprattutto la *fonte di produzione*. Nell'*ancien régime* l'intreccio tra *droit coutumier*, decretazione regia, uso del diritto romano, diritto naturale, poteva rendere molto complessa l'individuazione della regola applicabile. Il problema della certezza era dunque soprattutto riferibile alle fonti di produzione del diritto. Qui il problema della certezza è un problema di *struttura dell'ordinamento*, e quindi di costituzione.

---

[4] Per tutti Bobbio 1958; Bobbio 1994a, p. 177 ss.; Bobbio 1994b, p. 257 ss.; Pintore 1982; Alpa 1993.

[5] Bobbio 1994b, p. 257 ss.; Pintore 1982; Alpa 1993.

[6] Per questa tesi, per tutti, Irti 2014, p. 41 ss.

In realtà è piuttosto vero che la fattispecie è individuata solo genericamente. Altrimenti non si capirebbe perché (per spiegarsi con un esempio) al contratto di intermediazione finanziaria sperequato si ritenga applicabile il principio di solidarietà e non quello del diritto alla salute o della tutela del paesaggio.

[7] Per la distinzione tra certezza del diritto come fatto e certezza del diritto come valore vd. Gianformaggio 1988, p. 276; Diciotti 1999, p. 5; Luzzati 1999, p. 252; Pino 2018, p. 517 ss., p. 520.

Ma in altre epoche, come l'antichità classica, era tutt'altro che marginale, a causa dei limitati mezzi di diffusione del tempo, anche il problema della *cognizione* del diritto applicabile. Sia quando il diritto si confondeva con la religione o la giustizia. Sia quando se ne distingueva: l'affissione dell'Editto pretorio è probabilmente un esempio paradigmatico di rimedio a questa difficoltà.

Inoltre, antecedentemente alle codificazioni, con parziale eccezione per decreti e ordinanze delle autorità politiche del tempo, il problema della certezza era in buona misura un problema di *testo della regola*, e quindi di legislazione, essendo problematico per la consuetudine, per l'uso moderno del diritto romano, per il diritto naturale, stabilire – a fronte della mancanza di un testo, o della sovrabbondanza di testi potenzialmente utili – da quale preciso testo dovesse trarsi la regola.

In tutte le epoche però, con maggiore o minore accento, il problema della certezza è stato anche un problema di individuazione corretta del *senso* della regola. Dai *responsa prudentium*, alla glossa, ai medievali e moderni commentari, fino all'esegesi dei moderni codici, e poi all'interpretazione sistematica e teleologica del contemporaneo concorso di fonti plurime non sempre gerarchicamente ordinate che caratterizza il sistema giuridico dell'Unione Europea, o il diritto internazionale pubblico, o la *lex mercatoria*, noi constatiamo in ogni tempo gli affanni generati dal dubbio sul senso. Qui il problema della certezza è un problema di *interpretazione*, e quindi di giurisdizione.

E in tutte le epoche, sia pure con maggiore o minore sensibilità, il problema della certezza è stato un problema di *effettività* della regola, cioè di certezza che essa sarebbe stata infallibilmente applicata. Le regole, è scontato, servono in via preventiva a guidare i comportamenti e in via successiva a comporre i conflitti. Servono insomma a costituire e conservare un ordine dei rapporti della vita[8]. Ma questo scopo che appartiene ad ogni ordinamento giuridico non è raggiunto sicuramente neppure quando fonte, testo e senso della regola, o delle plurime regole applicabili al caso, sono certi. Si può sapere esattamente come le cose debbono stare e tuttavia non ottemperare. C'è la coazione, certo. Si conviene dalla maggior parte degli autori[9] che la coattività sia elemento indispensabile del diritto, che altrimenti non si distinguerebbe da altre forme dell'etica come la morale o la religione. Ma sebbene suo elemento indispensabile la coattività non è suo elemento infallibile, e per i motivi più vari la regola può restare inapplicata.

Il problema della certezza del diritto ha investito e tuttora potenzialmente investe tutti questi aspetti: fonte, cognizione, testo, senso, effettività. Ma è evidente che nel

[8] Puchta 1854, § XI, p. 8: «Il diritto ha la sua esistenza *nella coscienza giuridica* dell'uomo. Ma per l'esistenza reale del diritto non basta la semplice coscienza. Noi possiamo attribuire ad esso una realtà conforme alla propria natura solo *quando i rapporti della vita siano realmente ordinati a seconda dei suoi principi*».

[9] Marsilio da Padova 1324, Diccio I; Suárez 1612, I, I, 1, 7; Thomasius 1718 (1963), I, V, § 21; Kant 1797 (1995); Bentham 1838-1843 (2000), p. 104; von Jhering 1877 (1972); Kelsen 1934 (1952); Nino 1996; Guastini 2011; Schauer 2015; Pintore 2016.

mondo contemporaneo, in cui le tecniche di produzione e diffusione del diritto si sono affinate, l'accento cade sulla fonte e sul senso.

Sulla fonte, non come un tempo per il dubbio su quali fonti legittimamente regolino i fatti, bensì per l'affollarsi moltiplicarsi e sovrapporsi delle fonti, nazionali, locali, costituzionali, euro-unitarie, internazionali. Con corrispondenti livelli giurisdizionali.

Sul senso, non solo per la potenziale polisemia di ogni formula normativa, quanto e soprattutto per l'intreccio di regole concorrenti che deriva dalla pluralità delle fonti, e per il ruolo dei principi, che vanno sempre in coppie di opposti, non conoscono gerarchia e richiedono un bilanciamento di cui è sempre discutibile il criterio.

Di qui l'odierno problema dell'incertezza. Sovraffollato di fonti e giurisdizioni, sovraffollato di soluzioni possibili, il firmamento del giurista oggi non è meno complesso del cielo sopra di noi. Con inevitabili buchi neri.

3. Tre domande: cos'è la certezza? è un valore? quali gli strumenti per garantirla?

La permanenza trimillenaria, se partiamo dal codice di Hammurabi, del problema della certezza del diritto, permanenza di cui questo libro è prova, fa supporre che esso possa rivelarsi insolubile: c'è e ci sarà sempre un grado più o meno ampio di incertezza nel diritto. Ma in che consiste, esattamente?

I saggi raccolti nelle pagine che seguono danno una risposta a questa domanda. Sia per la vicenda storica, di cui vengono indagate le successive fasi. Sia per il tempo presente, con riguardo ai diversi settori dell'ordinamento.

È possibile, al di là della storia e delle singole parti del sistema, cogliere un senso generale del problema della certezza? Con estrema semplificazione, a me pare che il problema si scinda in tre domande. La prima: che intendiamo esattamente per certezza del diritto? La seconda: un ordinamento giuridico deve o non deve perseguire l'obiettivo della certezza? La terza: con quali mezzi un ordinamento – se deve – può perseguire l'obiettivo della certezza?

Le tre domande mi paiono ben distinte, ed autonome. La certezza intesa come prevedibilità ha ragioni diverse (l'efficacia del diritto come tecnica di guida dei comportamenti) dalla certezza intesa come univocità della soluzione del caso (la necessità di una soluzione davvero giusta) ed ha mezzi diversi (tecniche normative semplici e chiare) dai mezzi adatti all'altra idea di certezza (tecniche normative magari complesse ma rigorose).

Ma queste tre domande possono condurre – e in concreto hanno condotto – a risposte che interferiscono.

Per esempio: è spesso usato come argomento contro l'obiettivo della certezza l'assunto che, desiderabile o no, essa di fatto non sia perseguibile, stante non solo la complessità degli ordinamenti contemporanei ma alla base di tutto la loro stessa

caratteristica ineliminabile di rimettere alla discrezionalità dei giudici la decisione su qual è il diritto (il diritto 'vivente'). E allora non varrebbe la pena di perseguirla[10].

Ancora più diffuso è l'argomento che la certezza sia perseguibile solo a costi troppo alti: un sistema di regole molto specifiche, applicate meccanicamente ai fatti, senza sfumature per le loro particolarità, senza considerazione dello specifico valore del fatto concreto, ammesso che assicuri la certezza lo farebbe a tutto danno della giustizia delle decisioni. E allora non varrebbe la pena di perseguirla.

Queste risposte mi sembrano fallaci.

Quanto alla prima, è verissimo che alla fine è sempre l'interpretazione che definisce il senso della regola, sia norma o principio. Ma è da vedere se lo crei *ad libitum*, ed esso non abbia alcun rapporto necessario con il testo, e allora non può esserci alcuna certezza, o se piuttosto lo ricavi attraverso una discrezionalità che ha precisi limiti, e che consente di sindacare se il senso adottato sia corretto o arbitrario[11], e allora vi è tanto maggiore certezza quanto più la discrezionalità interpretativa è circoscritta.

Quanto alla seconda, la tesi che la meccanica seppur tecnicamente corretta applicazione della norma al caso *sui generis* sacrificherebbe la giustizia della decisione mostra almeno due vizi. Il primo è che in un sistema complesso di norme e principi l'ipotesi che l'interpretazione non riesca ad adeguare la soluzione alla specialità del caso è puramente teorica: è facile vedere che questo assunto è in contraddizione con la risposta precedente, che invece esalta le possibilità dell'interpretazione. I casi di 'ingiustizia' della soluzione sono in realtà casi di cattiva argomentazione. Il secondo, anche più grave, è che la tesi presuppone che ci sia una oggettiva ed evidente giustizia del caso, fuori e contro il suo inquadramento giuridico. Ma desunta da che? Nessuno possiede la giustizia. La pretesa giustizia rispetto alla quale la soluzione tecnica apparirebbe inadeguata è sempre e solo il sentimento giuridico dell'interprete. Sentimento che o può fornire una valida obiezione contro la soluzione tecnica, ma allora vuol dire che questa non è quella corretta perché non ha scontato tutte le obiezioni, o è solo una ideologia personale, tratta dalle tante varianti della coscienza sociale, tutte egualmente legittime sul piano soggettivo e proprio perciò tutte egualmente inadeguate a dare la soluzione oggettivamente giusta.

Qui perciò questi diffusi argomenti contro la certezza non saranno accolti.

Possiamo quindi mantenere separati i tre aspetti del problema, quello definitorio (che si intende per certezza del diritto), quello valoriale (la certezza è un valore?) e

[10] Questo argomento è spesso usato dal realismo giuridico, soprattutto facendo riferimento alla ineludibile discrezionalità giudiziale.

Tale atteggiamento dei giusrealisti è sottolineato da Habermas 1996, p. 239. A questa tesi giusrealista Habermas oppone, a mio avviso a ragione, che «Revocare apertamente la garanzia della certezza giuridica significherebbe togliere alla giurisdizione la possibilità di assolvere la funzione più caratteristica del diritto: quella di stabilizzare in generale le aspettative comportamentali».

[11] È questa l'alternativa sottesa alla letteratura contemporanea sull'interpretazione. Che è amplissima. Il lettore perciò vorrà consentire che io qui lo rinvii alla disamina contenuta nel mio *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione*, Torino 2015, ove si accoglie e si cerca di dimostrare appunto la tesi che la discrezionalità interpretativa è limitata.

quello tecnico (la certezza è perseguibile?). Se la certezza, checché sia, è un valore, se essa è necessaria ad un ordinamento, tale resta anche se nel concreto sia davvero impossibile perseguirla. Si potrà discutere su quale prezzo sia opportuno pagare per ottenere quale grado di certezza. Ma altro è decidere se la certezza è necessaria al diritto, altro se valga la pena di perseguirla. Da vedere, poi, se sia perseguibile, con quali strumenti, e a quale prezzo.

Esamino perciò separatamente le tre domande. Ma per ragioni che diverranno chiare con il procedere del discorso pospongo la questione definitoria, per passare direttamente a quella valoriale e poi a quella tecnica.

4. La certezza come valore

La certezza è un valore?

4.1. L'opinione che la certezza del diritto, la si intenda come chiarezza, o come prevedibilità, o come unicità della soluzione, sia un valore e dunque vada perseguita è stata propria della scienza giuridica fino ad epoca recente. Basta ripercorrere la storia del diritto (e il libro qui introdotto fornisce in proposito numerosi squarci di luce) per constatare che nell'antichità, come nell'età di mezzo, e poi nell'era moderna, si è continuamente rinnovato lo sforzo di rendere il diritto certo. e i saggi storici raccolti nel libro ne danno evidenza. Sempre semplificando, la Legge delle XII Tavole, la pubblicazione dell'Editto pretorio, la Codificazione Giustinianea, glosse e commenti, e poi i trattati del giusnaturalismo razionalista, e infine l'adozione di codici, sia pure in modi diversi rispetto a contesti giuridici diversi, hanno in comune lo sforzo di rendere il diritto – quando non la legge – noto, determinato, stabile, univoco, effettivo. Che la certezza sia necessaria al diritto, in tutti questi atteggiamenti seppure non sia esplicitamente teorizzato non è mai revocato in dubbio. E ancor oggi in Europa le corti non mancano di sottolineare che la certezza è un valore[12].

È abbastanza comune in letteratura l'opinione che la certezza del diritto come valore imprescindibile sia stata pienamente teorizzata dal giuspositivismo. Come più d'uno ha rilevato, la spinta alle codificazioni nasce in epoca illuministica soprattutto dall'aspirazione ad un diritto certo, completamente contenuto in un testo, e non bisognoso di interpretazione[13]. Il positivismo avrebbe fortemente voluto e in buona misura realizzato questo obiettivo.

Di massima vero, non mi pare però che ciò sia del tutto esatto. Dipende dalle epoche e dagli indirizzi.

È vero per il primo positivismo: l'idolatria francese per il testo della legge codificata (chi non ricorda la risposta di Jean Joseph Bugnet: «Non so cosa sia il diritto civile, io insegno il Codice Napoleone»?), l'idolatria germanica per la potenza del

[12] Per la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea vd. Basile 2021, p. 855 ss.

[13] Nella letteratura italiana molto chiaramente sul punto Barberis 1993, pp. 27-39.

concetto (chi non ricorda l'ammirazione di von Savigny per la capacità dei romani di 'calcolare con i concetti'?), avallano l'idea che per il positivismo la certezza è un valore.

Ma è molto meno vero per il giuspositivismo del Novecento. Per questo, da un lato è vero che perentorie affermazioni del valore della certezza si riscontrano in pensatori positivisti come Bobbio[14]. Ma dall'altro è altrettanto vero che pensatori egualmente positivisti come Kelsen parlano senza mezzi termini di «illusione della certezza del diritto»[15]. Il che – utile notarlo – non significa che per il grande giurista austriaco la certezza non sia un valore, quanto che non sia un valore attingibile.

4.2. L'opinione che la certezza non sia un valore (o quantomeno non prioritario) è invece recente[16]. Nasce con l'età contemporanea – quella appunto che stiamo vivendo – caratterizzata da due tratti principali (il discorso sarebbe più complesso, ma qui mi sforzo di semplificare).

Il primo è la disgregazione del sistema delle fonti. All'epoca degli Stati nazionali caratterizzati da ordinamenti unitari succede l'epoca del moltiplicarsi e sovrapporsi di centri di produzione normativa. In cui almeno di fatto si insinua, anche nei sistemi di *civil law*, la fonte giurisprudenziale. Gli ordinamenti odierni non sono più unitari ma strutturalmente plurali. Stando all'esempio dell'Italia, la struttura dell'ordinamento (che forse non merita più questo nome) è intersecata da livelli comunali, provinciali, regionali, statali, costituzionali, euro-unitari, delle convenzioni internazionali, delle carte dei diritti. Il '*sistema* giuridico' esterno[17] continua a denominarsi tale; ma è assai dubbio che sia ancora sistematico.

Il secondo è la disgregazione del sistema delle categorie concettuali. La sovrapposizione allo strumento normativo della regola (precisa, determinata, specifica) dello strumento normativo del principio, o clausola generale (vago, indeterminato, generico) rompe la tessitura logica creata dai codici. E – almeno nella visione di vari autori – il ruolo della coscienza sociale, assunta come criterio ultimo di decisione 'giusta', nega addirittura il ruolo del diritto (se per diritto intendiamo, positivisticamente, il testo delle leggi e tutto ciò che se ne trae argomentativamente). A questa stregua, cioè a fronte dei principi, delle clausole generali e del valore che oggi più d'uno annette alla coscienza sociale, la legge non è più un solo testo, con un solo senso, e soprattutto il diritto va ben oltre la legge, e ogni volta deve essere costruito. E poiché principi e clausole ammettono molti esiti, e la coscienza sociale non ha né

[14] Bobbio 1951.

[15] Kelsen, 1934 (1952), p. 99.

[16] L'origine è forse in Hart 1965, p. 153: «In realtà tutti gli ordinamenti, in modi diversi, fanno un compromesso tra due bisogni sociali: la necessità di certe norme che possano, per ampie sfere di condotta, essere applicate sicuramente da individui a se stessi, senza una nuova guida ufficiale o senza un esame delle questioni sociali, e la necessità di lasciare aperte, per una successiva risoluzione ad opera di una scelta consapevole e ufficiale, delle questioni che possono essere bene valutate e sistemate solo quando sorgono in un caso concreto».

[17] Rinvio ancora a Losano 2002, *passim.*

un unico testo né un unico senso in una società pluralista, molte sono le decisioni plausibili. Il 'sistema giuridico' interno si sganghera, nel rimpianto di pochi[18], e nel giubilo di molti.

Questa duplice trasformazione della struttura del c.d. 'ordinamento' giuridico in sé è solo un fatto: le cose stanno così, e questo effettivamente può rendere molto difficile perseguire l'obiettivo della certezza. Non per ciò è detto che sia un bene. Soprattutto, non per ciò è dimostrato che la certezza non sia un valore. Ma di questo fatto una parte della dottrina[19] fa un valore: poiché così è, così dev'essere. E ciò principalmente sulla base dell'argomento che il diritto, sia pure incerto, fatto per principi, clausole e coscienza sociale, è migliore, perché più giusto.

Ma è davvero così?

Prima di rifletterci però è il caso di considerare l'altra domanda.

5. Gli strumenti della certezza

Anche la questione se la certezza – una volta assunta come valore – sia perseguibile, e con quali mezzi, ha una storia risalente.

Gli strumenti idonei alla certezza sono necessariamente vari perché vari sono i problemi di incertezza. Come detto, altro è la certezza dell'*autore*, o del *testo*, o della *conoscibilità*, o dell'*effettività* della regola, altro la certezza della sua *fonte*, o del suo *senso*. Ma i problemi della certezza di fatto non sembrano più molto attuali: autore, testo, conoscibilità, nel mondo moderno sono problemi di relativamente facile soluzione. Forse non per il *quisque de populo* sperduto tra centomila leggi. Ma questo se mai compromette la certezza intesa come evidenza, o come prevedibilità e riconoscibilità del diritto, non tanto la certezza intesa come univocità ed oggettività della soluzione del caso.

In ogni epoca quando il problema della certezza è stato avvertito sono stati approntati strumenti per garantirla. Non dirò qui di strumenti peculiari, come i divieti di interpretazione, o le gerarchie tra *prudentes*, per citare casi dell'antichità, o il *référé législatif*, per citarne uno della modernità. E non ne dirò anche perché ricorrono come strumento di certezza all'*argumentum ex auctoritate*, che è sempre il peggiore, e dà luogo a tutti quei problemi e costi sociali che scatenano le critiche di coloro che disattendono il valore della certezza in nome della giustizia.

Limitandomi alla modernità, è noto ed è già stato ricordato qui che le oscurità della fonte e del contenuto da cui soprattutto nasce l'incertezza negli ordinamenti moderni furono la preoccupazione dell'*Aufklärung*, che credette di dissiparle con la codificazione: da uno Stato unitario, un *sistema* ordinato di fonti, da cui promanano testi definiti e noti, che in quanto chiari e organici non richiedono interpretazione ma solo esegesi. E allora bastava la sussunzione logica del caso nella sua regola. Non

[18] Per una posizione significativa della letteratura italiana vd. Castronovo 2015.

[19] A titolo di esempio: Grossi 2015; nella stessa direzione Lipari 2015, *passim*.

è senza significato che il *Code civil* non abbia una disposizione sull'interpretazione della legge. E non è senza significato che si sia per tale sistema parlato di giuspositivismo *esclusivo*.

È chiaro che questi rimedi oggi funzionino poco. Erano legati ad un contesto, strutturale e concettuale, in gran parte tramontato, come pure detto, e tramontano con lui. Ma ammesso e non concesso che abbiano in passato funzionato, qual era lo, o gli, strumenti che in questo contesto garantivano la certezza?

È stato forse poco notato che l'efficacia di questo approccio dipendeva meno da ciò che includeva (testualità, sistema e chiarezza) che da ciò che *escludeva*. Escludeva, infatti (almeno come obiettivo) quelle che chiamiamo fonti materiali (come la consuetudine o il diritto naturale, o la natura delle cose), e quelli che chiamiamo criteri integrativi (come la morale, il costume, la coscienza sociale, o principi che fossero non l'espressione di un insieme di regole di ispirazione unitaria, ma espressione di valori). Insomma: riduceva il diritto alla legge, e la legge ad *un* testo con (almeno tendenzialmente) *un* senso.

In questo sistema che cosa garantiva la certezza? La certezza è effettivamente assicurata, e con essa di riflesso la legalità e anche la prevedibilità della giurisdizione, quando il giudice è *bouche de la loi*. E lo è perché a partire da premesse date seguendo la logica del sistema si arriva all'*unica soluzione giusta*. Se c'è una sola soluzione giusta, potrà essere difficile da prevedere, potrà essere difficile da calcolare, ma è certa.

Ma come si vede il vero strumento di certezza non è tanto ciò che in questo sistema c'è, quanto ciò che non c'è. Lo strumento primario della certezza 'di diritto' del diritto è limitare drasticamente le possibilità di argomentazione, cioè escludere in concreto nella decisione del caso *altre premesse*, ed escludere *altre logiche*. Limitate le premesse, unica la logica, la soluzione è una, e chiunque arriva a quella. Insomma: strumento della certezza era il sistema *chiuso*.

Tutti sappiamo che questo rimedio, ammesso che abbia davvero funzionato, oggi fallisce. La sussunzione – si dice – certamente non è ciò che i giudici fanno: essi già in passato, ed oggi apertamente, piuttosto stabiliscono prima quali fra molti disponibili offerti da fonti plurime debbano essere i fondamenti normativi delle loro decisioni attraverso un'opera di scelta della fonte più adatta al caso secondo la sua particolarità; per cui in definitiva è il caso che seleziona la norma piuttosto che il contrario[20]. E poi adottano la particolare logica (più che altro una teleologia) che deriva dall'orientamento (sia questo o quel principio ritenuto nella specie preferibile, o sia questo o quel genere di sentimento giuridico serpeggiante nella società) cui danno preferenza.

Appare così ben chiaro cosa oggi esclude la certezza: il sistema oggi è *aperto*. Il che vuol dire che nell'individuazione della soluzione del caso le premesse non sono date, e la logica non è fissa ma dipende dall'orientamento. Che è appunto ciò che distingue la scomparsa del sistema. E con esso dell'unica soluzione giusta.

[20] L'opinione è oggi diffusa. Per una convinta affermazione Lipari 2015, p. 1129.

6. I pro e i contro della certezza: la tesi della discrezionalità interpretativa contro la tesi dell'unica soluzione giusta

A questo punto si può notare che le indicazioni derivanti dall'esame delle due domande (la certezza è un valore? e come lo si garantisce?) convergono. La certezza è un valore se si assume che le diverse soluzioni proponibili per un caso non si equivalgono e ce n'è una preferibile alle altre. Ed è perseguibile a patto che il sistema sia chiuso.

6.1. Si potrebbe a questo punto concludere così: negli 'ordinamenti' ('ordinamenti'?) contemporanei – che si usa definire 'post-positivisti'[21] – la certezza non è un valore e comunque non è perseguibile, proprio perché gli odierni sistemi sono aperti. In un sistema aperto dato il concorso di principi, tutti validi ma da bilanciare, le premesse non sono date, e le logiche possibili sono plurime. Di conseguenza le soluzioni che si propongono sono molte e potenzialmente equivalenti. Quindi nessuna soluzione è certa.

Se il sistema è aperto (che è come dire che non è sistema), se dato il concorso di principi, tutti validi ma da bilanciare, le premesse non sono date, se le logiche possibili sono plurime, se le soluzioni che si propongono sono molte e potenzialmente equivalenti[22], se quindi non sono disponibili strumenti di certezza, *anything goes*.

In un sistema aperto non soltanto la soluzione del caso non è prevedibile, ma non è neppure univoca. Si apre infatti a diverse possibilità in funzione del diverso principio o valore alla cui stregua la soluzione sarà costruita. Se il sistema fosse chiuso anche tra i principi esisterebbe un ordine gerarchico e l'interprete sarebbe vincolato ad attenervisi. Mancando tale ordine[23], o sistema, l'interprete è libero. Quantomeno nel senso di un'ampia discrezionalità.

Si è molto discusso sulla discrezionalità degli interpreti, soprattutto dei giudici. Si è però quasi ignorato *come* i giudici di fatto individuino la norma adatta al caso, e come dovrebbero fare perché sia davvero quella più adatta. Che criterio seguono? Nel sistema chiuso la sussunzione offriva quello della corrispondenza della fattispecie concreta all'astratta. Qual è il criterio alternativo praticato e debito?

Non è chiaro. Per lo più le sentenze non danno conto del perché facciano ricorso ad un certo principio piuttosto che un altro. E i loro commentatori raramente discettano dell'opportunità del richiamo. Discutono come applicarlo, non se applicarlo e perché applicarlo.

Questo ha un effetto inquietante: da millenni pensiamo che sia il diritto a dover regolare la realtà. E se il diritto è la legge, come accade in un sistema positivo, è la legge che decide. Ma se l'interprete sceglie la legge, in definitiva è il criterio che segue

---

[21] Così con buone ragioni Bertea 2001, p. 144 ss.

[22] L'equivalenza delle soluzioni applicative, come noto, è la tesi di Kelsen 1960 (2021), pp. 449-456. Ed è da notare che Kelsen si riferisce ad un sistema chiuso.

[23] Il punto è pacifico. In relazione ai riflessi sulla certezza del diritto vd. in tal senso Scoditti 2018, § 3.

per sceglierla, che *non* è nella legge, che decide. E il principio di legalità? E comunque è giusto inquadrare il caso in un modo piuttosto che in un altro?

Non è una questione irrilevante. Anzitutto perché le conseguenze possono cambiare. E nemmeno si può giustificare la scelta con le conseguenze. Perché prima bisogna trovare il criterio che giustifichi la preferenza per quelle conseguenze piuttosto che altre. Poi perché in uno Stato di diritto la soluzione deve essere interamente giustificata: non per nulla c'è l'obbligo di motivazione. Ma se il criterio ultimo di decisione è la scelta non motivata del decisore di un approccio al problema piuttosto che un altro, la giustificazione sul punto determinante non c'è.

Chi, come Robert Alexy[24], ha affrontato direttamente il problema ha assunto che il diritto abbia natura duale e quindi sconti tensione tra certezza e correttezza, ma che la via dell'argomentazione possa cogliere, accanto a ciò che è discorsivamente inconcepibile e a ciò che è discorsivamente necessario, ciò – ed è la maggioranza dei casi – che è almeno ragionevole. La proposta è essa stessa ragionevole. Ma la ragionevolezza può escludere tutte le soluzioni tranne una? E non rischia di essere tributaria di modi di pensare, punti di vista, senso comune (che non è sempre il buon senso, e men che meno necessariamente il giusto senso)?

Come che sia, le cose oggi sembrano stare appunto così. Questa caratteristica, di essere sistemi aperti, sembra proprio essere la realtà degli ordinamenti contemporanei. Si potrebbe dunque concludere che negli 'ordinamenti' ('ordinamenti'?) contemporanei la certezza non è un valore e comunque non è perseguibile.

6.2. Si potrebbe se non fosse che proprio uno degli indirizzi post-positivisti più accreditati (a torto o a ragione) e in particolare quello che punta sulla presenza ed il ruolo determinante dei principi, la loro supremazia sulle regole, e la rilevanza preminente dei diritti che ne discendono, se presi sul serio, afferma in modo reciso che – sia pure a prezzo di uno sforzo interpretativo erculeo – è proprio questo il contesto in cui si può finalmente pervenire all'unica decisione giusta[25]. Ed è evidente che se c'è un'unica soluzione giusta, forse non la prevedibilità (non siamo tutti ercoli dell'interpretazione) ma la certezza del diritto è assicurata.

Si può non essere convinti di questo modo di pensare. Ma almeno un punto bisogna per forza riconoscerlo. Il valore della chiarezza, il valore della prevedibilità sono relativi, un diritto può essere più o meno chiaro, più o meno prevedibile. Non che ciò sia indifferente. Un diritto chiaro e prevedibile funzionerà come tecnica sociale di guida dei comportamenti meglio di un diritto oscuro ed imprevedibile. Ma non tradirà il suo compito. Ma *il valore dell'univocità non sembra negoziabile*. Adottare l'idea che la soluzione giuridica del caso può essere questa, ma potrebbe anche essere quella, tradisce completamente la ragion d'essere del diritto. Se le soluzioni possibili sono equivalenti e rimesse ad una discrezionalità senza criteri allora tanto vale tirare i dadi.

[24] Vd. soprattutto Alexy 2014, p. 441 ss.

[25] È ovvio che mi riferisco a Dworkin 1986; Id. 1982.

Moltiplicare i principi cui il diritto si ispira e considerarli equivalenti ha l'effetto di privare il diritto del principio di ragion sufficiente. Ma allora cosa rende la soluzione adottata più legittima delle altre possibili? Una soluzione giuridica non sostenuta da una ragione sufficiente, che supera ed esclude le altre soluzioni in competizione, frustra l'efficienza del diritto non solo come tecnica sociale di guida dei comportamenti ma come tecnica sociale di composizione dei conflitti. O quella soluzione è più giustificata, o come soluzione giuridica non lo è affatto. Il diritto valido è uno o non è.

7. Una proposta definitoria e i suoi riflessi teorici: la certezza in senso proprio è l'oggettività della soluzione meglio giustificata

A questo punto abbiamo gli elementi per riprendere la domanda accantonata, quella cioè di carattere definitorio sul senso proprio della certezza del diritto.

Un sistema giuridico deve guidare i comportamenti e comporre i conflitti. Perciò è efficiente nella misura in cui instaura e mantiene un ordine. Per instaurare e mantenere un ordine occorre anche che i membri della comunità possano stabilire che cosa possono o debbono fare. Ma non è sufficiente che il diritto semplicemente instauri un ordine. Anche ordinamenti profondamente ingiusti instaurano un ordine. Ma se seguiamo la formula di Radbruch questo se non è (almeno in misura minima accettabile) un *buon* ordine non è diritto. Un diritto deve instaurare e mantenere un buon ordine[26]. Cioè un ordine giustificato. Per instaurare e mantenere un buon ordine occorre infatti che la regola del fare sia quella meglio giustificata nel caso concreto. È evidente allora che senza certezza non c'è nessun ordine, ma con la sola certezza nel senso di conoscibilità non c'è necessariamente un buon ordine.

Certezza è dunque l'oggettività che deriva alla regola del caso dall'essere quella meglio giustificata.

Certezza non è solo questo. Certezza è anche chiarezza[27]. Un diritto certo è di riflesso un diritto che chiunque può capire e riconoscere come la regola applicabile al proprio caso, perché è quella meglio giustificata. Certezza è in aggiunta anche prevedibilità[28]. Un diritto certo è di riflesso un diritto che chiunque può antivedere, immaginando quale soluzione sarà data per esempio da un giudice al proprio caso, perché è quella meglio giustificata.

Ma certezza non è essenzialmente questo. Certezza è essenzialmente ed in senso proprio[29] un'altra cosa: è l'univocità non casuale della soluzione, per cui – sia anche

---

[26] Gadamer 1983, p. 382 ss.

[27] Cfr. in giurisprudenza CGUE, 28 marzo 2017, n. 72, in C-72/15, § 167.

[28] Così Falzea 1999, p. 344 ss.

[29] Rileva giustamente Pino 2018, p. 517 ss. e p. 520, che erroneamente si identifica la certezza, che consiste nella «possibilità di individuare, in maniera ragionevolmente attendibile, le conseguenza giuridiche, o la qualificazione giuridica, di determinati atti o fatti» con la prevedibilità o conoscibilità preventiva della soluzione giuridica del caso.

complicato pervenirvi, sia anche praticamente impossibile antivedere – comunque un interprete che non erri darà quella e quella sola soluzione. È in funzione di questo che la regola del caso si fa chiara e può essere antiveduta.

Proprio questo è il punto. Che cioè la certezza non consiste tanto nella prevedibilità o conoscibilità *ex ante*. Questa è solo una ricaduta eventuale. Importante, senza dubbio. Perché un diritto poco prevedibile come tecnica sociale di governo dei comportamenti fallisce in gran parte il suo scopo. Ma il diritto non è solo una tecnica sociale di guida dei comportamenti ma anche, e probabilmente soprattutto, una tecnica sociale di composizione razionale dei conflitti. E da questo punto di vista la sua certezza consiste più esattamente nel fatto che per ogni caso vi sia una ed una sola soluzione corretta, o per meglio dire più corretta di tutte le altre che si propongono, individuabile attraverso quell'unica argomentazione svolta a partire dalle premesse normative pertinenti e dalle premesse fattuali meglio dimostrate, che non è esclusa da confutazioni insuperabili. In quanto tale, quella soluzione potrà anche essere difficile da prevedere, ma è certa, perché non patisce obiezioni. Gli strumenti di certezza che servono sono allora di risulta anche quelli che consentono la prevedibilità, ma di base quelli che permettono di ritenere che esista una soluzione (più) corretta. Sono appunto gli strumenti della certezza 'di diritto' del diritto.

Per secoli questi strumenti sono stati assicurati dal sistema (reale o creduto). Oggi?

8. Ancora su certezza e sistema: il sistema come sistema di giustificazione attraverso l'argomentazione

Torniamo così al principio.

Ma ci torniamo con una consapevolezza diversa. A ben vedere il sistema chiuso di cui potremmo rimpiangere la scomparsa, il sistema cioè delle regole, era *il punto di partenza* verso la certezza. Ma il 'sistema' non è necessariamente questo. Anzi, stando a Wittgenstein il sistema propriamente è altro. «Sistema non è un punto di partenza più o meno arbitrario, e più o meno dubbio, di tutte le nostre argomentazioni, ma appartiene all'essenza di quello che noi chiamiamo argomentazione. Il sistema non è tanto il punto di partenza, quanto piuttosto l'elemento vitale dell'argomentazione».

Non abbiamo più il sistema come quadro chiuso e definito di premesse concettuali e di logiche di materia, ma abbiamo ancora il sistema come elemento vitale dell'argomentazione. Come possibilità cioè, dato un numero anche indefinito di soluzioni possibili di un caso, ispirate a principi diversi, di vagliare la misura di tenuta di ciascuna e di appurare che una tra tutte supera da questo punto di vista le altre perché rende più ampiamente ragione di tutto ciò che converge nel caso. E per questo appare essere la soluzione meglio giustificata.

Inteso in questo senso il sistema è uno strumento razionale assai più maneggevole. Nell'altro senso di sistema la soluzione era tributaria di una ricostruzione globale dell'ordinamento mai realmente fattibile e utile solo come generica idea regolativa. Inteso come sistema argomentativo è invece uno strumento, anche di

certezza, di impiego molto meno pretenzioso. Per individuare la soluzione del caso di maggiore tenuta razionale non ci serve ricostruire la razionalità globale dell'intero ordinamento – un senso iperbolico del sistema che nella realtà non ha mai avuto corso – ma ci basta ricostruire logicamente la sola razionalità delle regole e principi pertinenti al caso.

E quando l'argomentazione di tutto ciò che per il caso rileva ha raggiunto l'esito di maggiore tenuta razionale, contro il quale non restano obiezioni, noi possiamo finalmente dire che siamo certi.

Se io non ho frainteso è questa l'indicazione che scaturisce dai saggi che il lettore trova nelle pagine che seguono.

E questa è forse l'indicazione più realistica, ed operativamente più utile che si possa dare sul tema della certezza.

Bibliografia

Alexy 2014 = R. Alexy, *Legal Certainty and Correctness*, in *Ratio juris*, 2014, p. 441 ss.

Alpa 1993 = G. Alpa, *Principi generali*, Milano 1993.

Alpa 2006 = G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli 2006.

Avila 2023 = H.B. Avila, *Teoria della certezza del diritto*, Torino 2023.

Barberis 1993 = M. Barberis, *Filosofia del diritto*, Bologna 1993.

Basile 2021 = M. Basile, *Le risposte della Corte di giustizia europea all'incertezza del diritto*, in *Ordine internazionale e diritti umani* (2021), pp. 855 ss.

Bentham 1838-1843 (2000) = J. Bentham, *A fragment on Ontology* (1838-1843), trad. it. *Teoria delle finzioni*, Napoli 2000.

Bertea 2001 = S. Bertea, *La certezza del diritto nel dibattito giuridico teorico contemporaneo*, in *Mat. per una storia della cultura giur.* (2001), pp. 131 ss.

Bobbio 1951 = N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.* (1951), p. 146 ss.

Bobbio 1958 = N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino 1958.

Bobbio 1994a = N. Bobbio, *Norma*, in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino 1994, p. 177 ss.

Bobbio 1994b = N. Bobbio, *Principi generali di diritto*, in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, p. 257 ss.

Carnelutti 1943 = F. Carnelutti, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.* (1943), p. 81 ss.

Castronovo 2015 = C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015.

Comanducci 1995 = P. Comanducci, *Aarnio and the Problem of Legal Certainty*, in *Rechtstheorie* (1995), pp. 27 ss.

Corsale 1988 = M. Corsale, *Certezza del diritto*, I) Profili teorici, in *Enc. giur.*, VI, Roma 1988.

Diciotti 1999 = E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino 1999.

Dworkin 1982 = R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna 1982.

Dworkin 1986 = R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.) 1986.

Falzea 1999 = A. Falzea, *I principi generali del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I (Teoria generale del diritto), Milano 1999, p. 344 ss.

Gadamer 1983 = H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, Bologna 1983.

Gianformaggio 1988 = L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, in *Dig. discip. priv., Sez. Civ.*, II, Torino 1988, p. 274 ss.
Grossi 2015 = P. Grossi, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in Id., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015.
Guastini 2011 = R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino 2011.
Habermas 1996 = J. Habermas, *Fatti e norme*, Milano 1996.
Hart 1965 = H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino 1965.
Irti 2014 = N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.* (2014), p. 41 ss.
Irti 2015 = N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.* (2015), p. 297 ss.
Kant 1797 (1995) = I. Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto* (1797), in Id., *Stato di diritto e società civile*, a c. di N. Merker, Roma 1995, p. 215 ss.
Kelsen 1934 (1952a) = H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1934), Torino 1952.
Kelsen 1934 (1952b) = H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino 1952.
Kelsen 1960 (2021) = H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino 2021.
Lipari 2015 = N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (2015), p. 1115 ss.
Longo 1979 = M. Longo, *Certezza del diritto*, in *Nov.mo Dig. It.*, II, Torino 1979, p. 124 ss.
Lopez de Oñate 1942 (1968) = F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto* (1942), Milano 1968.
Losano 2002 = M. Losano, *Sistema e struttura nel diritto*, I-III, Milano 2002.
Luzzati 1999 = C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore*, Milano 1999.
Marsilio da Padova 1324 = Marsilio da Padova, *Defensor pacis*, 1324.
Nino 1996 = C. Nino, *Introduzione all'analisi del diritto*, Torino 1996.
Pino 2018 = G. Pino, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubb.* (2018), p. 517 ss.
Pintore 1982 = A. Pintore, *Norme e principi: una critica a Dworkin*, Milano 1982.
Pintore 2016 = A. Pintore, *La coercitività del diritto. Tra follia consequenzialista e senso comune*, in A. Pintore, S. Zorzetto (a c. di), *Studi di filosofia analitica del diritto per Mario Jori*, Napoli 2016.
Pizzorusso 1988 = A. Pizzorusso, *Certezza del diritto*, II) *Profili applicativi*, in *Enc. giur.*, VI Roma, 1988.
Puchta 1854 = G.F. Puchta, *Corso delle istituzioni*, Napoli 1854.
Schauer 2015 = F. Schauer, *The force of Law*, Cambridge (Mass.) 2015.
Scoditti 2018 = E. Scoditti, *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, in *Questione giustizia* (2018).
Suárez 1612 = F. Suárez, *De legibus ac Deo legislatore*, 1612.
Thomasius 1718 (1963) = Ch. Thomasius, *Fundamenta juris Naturae et Gentium* (1718), Aalen 1963.
von Jhering 1877 (1972) = R. von Jhering, *Lo scopo nel diritto* (1877), Torino 1972.
Wittgenstein 1951 (1999) = L. Wittgenstein, *Della certezza* (1951), Torino 1999.

Il problema della certezza del diritto in età greca ed ellenistica. L'originalità del pensiero di Epicuro

Antonio Banfi
Università degli Studi di Bergamo

1. Premessa

Mi rendo conto di esordire con una banalità, dicendo che il tema della certezza del diritto è tanto vasto da rischiare di coincidere – alla fine – con quello della natura stessa del diritto. Prova ne sia, il fatto che il tema si può considerare sotto una pluralità di punti di osservazione, che vanno dalle tecniche redazionali della regola, alla sua struttura, al ruolo del giudice e, più in generale, degli interpreti, al mutamento delle norme nel tempo e così via. Sono tutti profili che hanno una loro validità, sia che si adotti una prospettiva confinata al mondo attuale, sia che essa abbia, invece, carattere storico.

Il tema è tanto centrale e articolato che non manca, come è ovvio, una vasta e continua produzione scientifica in materia, anche se solo raramente di carattere interdisciplinare[1]. Se volgiamo lo sguardo alla storia (ma io direi, anche, alla filosofia) del diritto, si vede bene come «lo stratificarsi nella tradizione di motivi teorici in tema di certezza mette a disposizione del pensiero europeo ed occidentale una serie di modelli argomentativi che in epoche successive ritornano, vengono estratti dalla memoria del pensiero giuridico: sono reinterpretati, vissuti in forme nuove e con funzioni legate agli orizzonti storici della modernità»[2].

Nel dettaglio, per quanto riguarda, in particolare, la storia del diritto romano, il nostro tema permea, in modo più o meno evidente, una larga parte degli studi, benché

[1] Sarebbe vano inserire qui una bibliografia completa degli ultimi studi in materia. Mi limito ad osservare come, nonostante il tema si presti ad essere letto assai proficuamente attraverso lenti diverse, siano relativamente pochi gli sforzi volti ad affrontarlo in una prospettiva interdisciplinare. Oltre al presente volume, e al numero monografico di *Specula Iuris* 2,2 (2022), mi piace di ricordare quello per cura di Piciocchi, Fasan, Reale 2021. Aggiungo un'osservazione di metodo, relativa al presente scritto: tutti i temi trattati coinvolgono una vastissima bibliografia; per renderne più agevole la lettura, ho volutamente scelto di selezionare un numero limitato di indicazioni bibliografiche.

[2] Brutti 2022, pp. 6-7.

quelli monografici non siano numerosi[3]. Le ragioni sono facilmente intuibili: l'esperienza giuridica romana vede, da un canto, il progressivo costituirsi del diritto come 'scienza' e con ciò la possibilità (e la necessità) che il diritto pensi sé stesso, la propria conoscibilità, applicabilità, mutevolezza e così via e, dall'altro, il fatto storico delle codificazioni, la cui natura si collega necessariamente alla questione della certezza.

Al di là di ciò, va anche osservato come l'analisi storica si arricchisca di un tema ulteriore, legato alle ragioni storiche del nostro problema, per così dire al 'perché' della certezza. Sappiamo tutti come una vulgata ancora ben radicata – anche se oggetto di non poche critiche e aggiustamenti – racconti che il primo passo nella direzione della certezza del diritto, ossia la conoscibilità pubblica delle regole attraverso la loro messa per iscritto – vada collocato nel quadro di un'evoluzione resa possibile dal conflitto sociale[4]: è questa una ben nota lettura degli eventi che portarono alla redazione delle Dodici Tavole a Roma ponendo, fra l'altro, le basi per il superamento del 'monopolio' pontificale e per la 'laicizzazione' del diritto[5].

Se si volge lo sguardo, invece, al mondo greco, e agli studi di storia del diritto ellenico, si vede subito che gli studi dedicati in modo specifico alla certezza del diritto sono davvero pochi[6]. A ben vedere, infatti, non sono pochi gli scritti – provenienti dall'area della *common law* – dedicati al *rule of law* nel mondo giuridico greco e in particolare – come è naturale, vista l'abbondanza e la qualità delle fonti – in Atene[7]. Tuttavia, i concetti di *rule of law* e di certezza del diritto sono solo parzialmente sovrapponibili[8] e ragionare sul ruolo del primo nel pensiero greco – almeno a mio avviso –pare compito per certi versi più facile del secondo, non foss'altro che per le differenze in termini di ampiezza e tecnicità che li caratterizzano. Ciò si connette ad un altro aspetto: per le note ragioni, legate allo sviluppo della cosiddetta 'tradizione romanistica', lo studio del diritto greco (o, forse, dei diritti greci) e del 'pensiero giuridico' ellenico, pur frequentato da alcuni storici del diritto romano (Thür, Talamanca, Cantarella, più di recente Stolfi e alcuni altri) è rimasto in larga parte appannaggio degli storici dell'antichità e degli storici della filosofia antica, poco attratti dalle sottigliezze di un ragionamento relativo alla certezza, che presuppone anche – seppure non solo – una certa dimestichezza con la storia e l'evoluzione del pensiero giuridico e dei suoi concetti fondanti.

Tutto ciò premesso, se si pone mente al quadro della Grecia arcaica, si riscontra un panorama certamente complesso, caratterizzato dalla presenza di numerosi

---

[3] Basti qui menzionare il notissimo volume a cura di Sargenti, Luraschi 1987.

[4] Cfr., *ex multis*, Valditara 2008, p. 149 ss.

[5] Su questa complessa vicenda, vedi da ultimo Cursi 2022, p. 103 ss. e anche Stolfi 2022a, p. 210 ss.

[6] Anche se con una rilevante eccezione. Mi riferisco al vasto e documentato studio di Stolfi 2022b.

[7] Fra i tanti penso a Harris, Rubinstein 2004, ma un'ampia (seppur non completa) bibliografia può ricavarsi da Carugati 2024.

[8] Cfr. in proposito Ávila 2016, p. 71 ss.; Ferrajoli 2007, p. 323 ss.

legislatori, la cui fisionomia in alcuni casi è avvolta dalle nebbie di una narrazione mitica o semi-mitica, sia in ambito coloniale che nelle varie madrepatrie: fra questi è naturale menzionare Caronda, Zaleuco, Draconte e Solone. Il caso di Licurgo è molto particolare poiché la tradizione ci riferisce che nel comporre le regole del κόσμος spartano egli avrebbe anche previsto il divieto di mettere per iscritto le sue stesse leggi:

> Νόμους δὲ γεγραμμένους ὁ Λυκοῦργος οὐκ ἔθηκεν, ἀλλὰ μία τῶν καλουμένων ῥητρῶν ἐστιν αὕτη. τὰ μὲν γὰρ κυριώτατα καὶ μέγιστα πρὸς εὐδαιμονίαν πόλεως καὶ ἀρετήν, ἐν τοῖς ἤθεσιν ᾧετο καὶ ταῖς ἀγωγαῖς τῶν πολιτῶν ἐγκατεστοιχειωμένα, μένειν ἀκίνητα καὶ βέβαια, ἔχοντα τὴν προαίρεσιν δεσμὸν ἰσχυρότερον τῆς ἀνάγκης, ἣν ἡ παίδευσις ἐμποιεῖ τοῖς νέοις, νομοθέτου διάθεσιν ἀπεργαζομένη περὶ ἕκαστον αὐτῶν[9].

Alla varietà dei legislatori, corrispondono molteplici realtà politiche, ma anche in questo caso, come già si è detto per Roma, è ampiamente diffusa l'idea che la redazione delle legislazioni cittadine nel periodo arcaico vada letta in un quadro di crisi dell'aristocrazia e di riassestamento degli equilibri politico-sociali[10]. Si tratta dello stesso contesto, caratterizzato da forti tensioni sociali, al quale si possono ricondurre il fenomeno delle tirannidi[11] e quello delle colonizzazioni[12].

Circa il legame fra legislazioni, loro corretta applicazione, amministrazione della giustizia e conflitto sociale, basta qui ricordare Esiodo e il suo cenno ai giudici «divoratori di doni» che rendono «sentenze storte»:

> τῆς δὲ Δίκης ῥόθος ἑλκομένης, ᾗ κ᾽ ἄνδρες ἄγωσι δωροφάγοι, σκολιῇς δὲ δίκῃς κρίνωσι θέμιστας[13].

Un cenno che alcuni interpreti hanno letto come una critica alle strutture aristocratiche più arcaiche e come un elogio di quei luoghi dove le sentenze sono 'diritte' perché tali sono le leggi: ossia proprio perché sono scritte, e dunque conoscibili da chiunque[14].

Ci siamo, dunque, spostati nel mondo greco: è risalente, negli studi, la contrapposizione fra il mondo romano, dove il diritto ha avuto una sua autonomia concettuale, e il mondo greco, dove tale autonomia non si sarebbe mai realizzata. Si tratta,

---

[9] Plut., *Lyc*. 13,1. Al di là di questo famoso passo di Plutarco, la notizia è confermata anche da altre fonti e la tesi che la giustizia (o la legge) debba essere iscritta «nelle anime» piuttosto che in altri luoghi è un *topos* ampiamente diffuso nel pensiero antidemocratico. Cfr. ad es. Isocr., *Areop*. 40-41.

[10] Cfr. Musti 2008, p. 137 ss.; Gagarin 1989, p. 51 ss.

[11] Berve 1967, p. 3 ss.; Musti 2008, p. 160 ss.

[12] Cfr. ad es. Finley 1981, p. 87 ss.; Snodgrass 1981, p. 20 ss.; Musti 2008, p. 179 ss.; Moggi 1995, p. 27 ss.; Cordano 1995, p. 51 ss.; Bearzot 1995, p. 61 ss.

[13] Hes., *Op. et d*., 220.

[14] Cfr. Donoso Johnson 2020, p. 1 ss.; Hölkeskamp 1992, p. 87 ss.

del resto, di uno dei due principali problemi metodologici con i quali hanno a che fare gli studiosi di diritto greco, essendo l'altro costituito dal risalente dibattito su unità o pluralità dello stesso. Insomma, diritto greco o diritti greci?[15]

A proposito del 'pensiero giuridico' greco e della sua difficoltà ad autonomizzarsi dal pensiero più generalmente filosofico, devo in primo luogo osservare che gli studiosi che rivolgono il loro sguardo al diritto vivente, sia pure in modo teorico, come i filosofi del diritto, non si pongono affatto questo tipo di problemi e attingono a piene mani alle fonti elleniche per trattare di questioni del tutto attuali[16].

Al di là di ciò, io credo che si tratti di una questione più complessa e ricca di sfumature di quel che sembra, e per questa ragione vi tornerò fra breve. Basti, per ora, dire che la mancanza di un ceto di giuristi e di una scienza giuridica per come essa avrebbe poi preso forma in Roma, non significa che in Grecia sia mancata una 'cultura giuridica' nel senso più ampio, come ha ribadito di recente anche Emanuele Stolfi[17]. Ciò autorizza, quindi, un'indagine sul tema della certezza del diritto nel mondo ellenico[18].

Non voglio discutere qui dell'epoca arcaica, quella in cui si dispiegò l'opera dei primi legislatori; vorrei svolgere, piuttosto, qualche considerazione relativa essenzialmente alla storia del pensiero, con particolare attenzione all'epoca ellenistica. Penso che l'esistenza di un 'pensiero del diritto' nel mondo greco, ancorché non definito come 'scienza' autonoma, autorizzi a indagare il tema della certezza in quel pensiero. Certo, come osserva giustamente Stolfi, non troveremo una riflessione 'tecnica' precisamente incentrata sul tema della certezza, ma semmai una serie di questioni ad essa collegate. Il mio intento è – in questa sede – di selezionarne qualcuna, anche per limitare un campo di indagine che diversamente sarebbe sconfinato, non foss'altro che per il numero e l'importanza delle fonti. Mi limiterò quindi al tema del *fondamento* della norma, in stretta connessione con quello della *permanenza* della norma nel tempo.

Per far ciò debbo però svolgere qualche ulteriore considerazione preliminare, avvicinandomi passo dopo passo all'epoca che ho prescelto. Tornando per un momento a Esiodo, è stato detto che – al di là della questione della scrittura della legge – nel suo pensiero vi è un 'indìamento' – inteso come divinizzazione – della norma: si pone

---

[15] Su tutti e due i punti vedi l'ottima sintesi (con bibliografia) di Stolfi 2006, p. 3 ss. e p. 111 ss.; cfr. anche Bretone, Talamanca 2015, p. 5 ss. e Humphreys 1997, p. 541 ss.

[16] Cfr. ad es. Ricciardi 2025.

[17] Stolfi 2022b, p. 16 ss.; cfr. anche Stolfi 2020, p. 13 ss.

[18] Trovo del tutto condivisibili le argomentazioni di Stolfi 2022b, p. 17: «non avrebbe senso interrogare le fonti greche – anche le più prossime al terreno giuridico – per cercarvi apposite e compiute dottrine attorno alla 'certezza del diritto', magari immediatamente assunta quale un valore preminente, alla cui realizzazione debba aspirare la disciplina dell'umana convivenza (anche a scapito di altre finalità, almeno potenzialmente divergenti). Quel che invece sembra possibile, e proficuo, seguire è una costellazione di questioni che in ampia misura gravitavano attorno a quel tema, o almeno gli sono ai nostri occhi riconducibili – fermo restando che le troviamo costantemente inscritte in speculazioni imperniate sulla giustizia e il 'vivere bene' che l'organizzazione della *pólis* dovrebbe garantire».

insomma un problema di trascendenza, perché la giustizia è giustizia divina e di lì deriva la sua forza[19].

Questo modo trascendentale di pensare il diritto e la giustizia non è solo di Esiodo, poiché caratterizza, sia pure con diverse sfumature, il pensiero di numerosi autori dell'età arcaica; basti pensare a Eraclito (*theios nomos*) e Pindaro (*nomos basileus*)[20].

Per quanto si tratti di pensatori di età arcaica, in loro sono già presenti alcuni fra i temi che saranno ampiamente dibattuti nel periodo classico, e in particolare la questione del rapporto fra regola e giustizia, fra giustizia e forza (*kratos*, *bia*)[21]: sono questioni che – sia pure a un livello per così dire astratto, teoretico, hanno molto a che fare con il problema della certezza, se lo si guarda attraverso il prisma della legittimità e della giustizia. Vedremo che, tuttavia, la ricerca di un fondamento certo della regola su basi metafisiche era ben presto destinata a scontrarsi con potenti forze centrifughe.

2. Da Platone al Peripato

Già in Erodoto[22] inizia a cogliersi l'antitesi fra legge (*nomos*) e natura (*physis*), e così pure nel *de morbo sacro* di Ippocrate si vede apparire una concezione relativistica del *nomos*[23]: si apriva così la strada al relativismo corrosivo di quelli che per antica tradizione siamo soliti chiamare sofisti, e allo sradicamento delle fondamenta metafisiche del *nomos*. Penso, soprattutto, alle opinioni espresse da Trasimaco nella *Repubblica*, ma anche al Gorgia dell'omonimo dialogo[24].

La 'rivoluzione' sofistica, se così vogliamo chiamarla, benché essa in realtà maturi su radici che affondano profondamente nel pensiero precedente, strappa il *nomos* dalla sfera metafisica e lo riporta brutalmente in un mondo terreno fatto di dinamiche e rapporti di potere distruttivi di ogni ordine cosmico[25].

Parimenti distruttiva è anche l'idea gorgiana del dominio della persuasione (attraverso la retorica) su ogni disciplina e sapere tecnico; la fonte di ogni potere, dice Gorgia nel dialogo platonico, è:

> τὸ πείθειν ἔγωγ᾽ οἷόν τ᾽ εἶναι τοῖς λόγοις καὶ ἐν δικαστηρίῳ δικαστὰς καὶ ἐν βουλευτηρίῳ βουλευτὰς καὶ ἐν ἐκκλησίᾳ ἐκκλησιαστὰς καὶ ἐν ἄλλῳ συλλόγῳ παντί, ὅστις ἂν πολιτικὸς σύλλογος γίγνηται[26].

[19] Gigante 1956, p. 25.
[20] Gigante 1956, p. 50 ss.; Stolfi 2020, p. 80 ss.
[21] Dusenbury 2017, p. 60 ss.
[22] Gigante 1956, p. 13 ss.
[23] Gigante 1956, p. 14. Hipp., *De morb. sacr.*, 14.
[24] De Romilly 2005, p. 67 ss.
[25] Irti 2019, p. 77 ss.
[26] Plat., *Gorg.* 452e.

Gorgia prosegue spiegando come pur non disponendo di alcuna *techne* specifica egli sia in grado di prevalere sullo specialista e fa, infatti, l'esempio del medico e del maestro di ginnastica, in quanto entrambi depositari di una conoscenza tecnica, ma entrambi privi del potere psicagogico che sta unicamente nelle mani del retore. In ogni caso, è significativo come in prima battuta la sua definizione del potere della retorica sia interamente focalizzata sui luoghi della 'produzione' del diritto: le assemblee che nomina, infatti, sono quelle che – fra le altre cose – intervengono nell'esercizio del potere legislativo e giudiziario. Per questa via, la sfera del diritto viene interamente risucchiata in quella dell'opinione (*doxa*)[27]. D'altro canto, Trasimaco (o, forse, sarebbe meglio dire il Trasimaco di Platone) identifica il giusto con l'utile del più forte:

φημὶ γὰρ ἐγὼ εἶναι τὸ δίκαιον οὐκ ἄλλο τι ἢ τὸ τοῦ κρείττονος συμφέρον[28].

Di questa tesi si trovano, come è noto, diverse eco in altre fonti del V secolo, a partire da Tucidide, ed essa si lega fortemente al dibattito politico del tempo, poiché qui con 'il più forte' non si intende tanto l'individuo più forte, ma il gruppo sociale dominante; è il caso, per intenderci, della democrazia intesa come esercizio del *kratos* (potere/forza) da parte del *demos* nel proprio interesse[29].

Del resto, negli esponenti della sofistica l'attenzione si appunta su aspetti collegati al funzionamento della contemporanea democrazia ateniese, e in particolare sull'esercizio del potere giudiziario e deliberativo.

Tutti conosciamo la reazione platonica a queste spinte sovversive: da un canto, attraverso l'idealismo, ripristinare il legame trascendentale che lega essere, vero e giustizia e dall'altro sottrarre il 'suo' Socrate – la cui esatta figura, non certo la grandezza, resta per noi misteriosa – al sospetto di essere stato lui stesso una sorta di sofista[30]. La critica platonica ha – naturalmente – un'impostazione idealistica e pertanto la riflessione sulla legge diventa, almeno in parte, una riflessione sulla giustizia e sul bene[31].

Aristotele, e con lui i suoi allievi e successori, invece, scelgono una prospettiva diversa, lontana sia dall'empiria contingente dei sofisti, spesso legata all'esercizio della retorica e alle antilogie tipiche dell'esercizio della funzione giudicante e del potere deliberativo, sia dal trascendente idealismo platonico. Il diverso atteggiamento del Peripato e del suo fondatore rispetto alla legge e agli ordinamenti giuridici costituisce un caso per certi versi unico in quella che è stata definita come la 'cultura giuridica' dell'antica Grecia. In effetti, nessuno studioso di diritto greco – o, come vogliono alcuni, probabilmente a ragione, dei diritti greci – può prescindere da fonti straordi-

[27] Jaeger 1967, p. 553 ss.; Bonazzi 2010, p. 94 ss.; Stolfi 2020, p. 168 ss.

[28] Plat., *Resp*. 338c.

[29] Canfora 2018, p. 5 ss.; Untersteiner 1996, p. 493 ss.

[30] Vlastos 1995, p. 5 ss.; Lombardini 2023, p. 38 ss.

[31] Lombardini 2023, p. 57 ss.; per un'analisi dettagliata della visione platonica del pensiero dei sofisti, cfr. Corey 2015, p. 211 ss.

nariamente preziose quali sono, fra le altre opere platoniche, il *Politico*, la *Repubblica* e le *Leggi*.

Vi è però, una profonda differenza di fondo rispetto alla concezione di scritti aristotelici quali la *Politica*, l'*Etica a Nicomaco*, la *Retorica*, e, ovviamente, la *Costituzione degli Ateniesi*, e i frammenti della perduta raccolta di costituzioni. Infatti, l'atteggiamento di Platone nei confronti della 'legge' può essere correttamente definito, a mio avviso, come strumentale: la prospettiva platonica è allo stesso tempo politica e parte di un sistema filosofico idealistico[32]. Come egli stesso afferma nella *lettera VII*, le leggi delle città si trovano in uno stato «incurabile» a meno di grandi abilità unite a fortuna:

> τὰ γὰρ τῶν νόμων αὐταῖς σχεδὸν ἀνιάτως ἔχοντά ἐστιν ἄνευ παρασκευῆς θαυμαστῆς τινος μετὰ τύχη[33].

Ne segue che, alla fine, l'unico rimedio praticabile si rivela essere o la conversione dei governanti a veri filosofi, o l'assunzione del ruolo di governo da parte dei filosofi stessi. Ciò spiega perché Platone non sia tanto interessato alla legge e alla legislazione in sé e per sé, quanto all'opera (all''arte', *techne*) del legislatore, in quanto egli attraverso la legislazione mira a realizzare il bene e il giusto, conosciuti attraverso la filosofia[34].

Ciò conduce, fra l'altro, Platone a considerare in modo solo marginale i dettagli più minuti di un ordinamento giuridico: le norme relative ai singoli atti leciti e illeciti, il diritto processuale, il diritto commerciale, sono cose che «si ritroveranno da sé», in un sistema correttamente governato[35]. Anzi, un vero legislatore non si occupa di questi dettagli. Il suo compito, casomai, deve tradursi nell'edificazione di un sistema nel quale la legge rispecchi il giusto e, pertanto, si fondi sulla distinzione, acquisita attraverso il ragionamento filosofico, fra bene e male, fra onesto e disonesto.

Insomma, nella concezione profondamente aristocratica – e quindi necessariamente antidemocratica – di Platone, il legislatore deve «insegnare e definire ciò che è buono e ciò che non lo è nei comportamenti di ciascun individuo»[36].

In un quadro del genere, la sfera giuridica risulta davvero priva di qualsiasi autonomia concettuale, e la legge, come è stato giustamente detto, assume anche finalità educative: il suo compito è condurre il cittadino verso ciò che per lui è meglio: vale a dire la virtù[37]. Il legislatore immaginato da Platone è certamente un 'esperto' in

---

[32] Dareste 1893, p. 13 ss.; Jones 1956, p. 293; Cambiano 1991, p. 212 ss.

[33] Plat., *Epist. VII*, 326a.

[34] De Romilly 2005, p. 214 ss.

[35] Plat., *Resp*. 427a.

[36] Plat., *Leg*. 632a.

[37] De Romilly 2005, p. 214; inoltre, vedi Dareste 1893, p. 13 ss.; Gagarin 2000, p. 213 ss.; Jones 1956, p. 293 ss.; Robin 1935, p. 253 ss.; Burnet 1950, p. 301 ss.

quanto detentore della τέχνη βασιλική, ma più che un esperto di diritto o di legge egli lo è per quanto concerne la virtù: la legislazione è così un mezzo per la realizzazione del bene assoluto.

Questa prospettiva non è sovrapponibile, a mio avviso, a quella di Aristotele e della sua scuola[38].

Certo, il mutamento di prospettiva muove dall'abbandono dell'idealismo platonico, a favore di un approccio realistico che finisce per sganciare il governo della vita associata dalla sua rispondenza a un bene trascendente: il saggio legislatore non è necessariamente un filosofo e la sua saggezza non dipende dalle sue inclinazioni verso la filosofia. Ciò si traduce in una critica radicale del ragionamento platonico contenuto nella *Repubblica*: esso è confutato non solo per il suo utopismo che, di fatto, si traduce in irrealizzabilità, ma anche per la ragione che esso, nel suo rigido monismo, prescinde totalmente dalla realtà dei fatti. Così, secondo Aristotele, le tesi di Platone non sono affatto benefiche o salvifiche, come quest'ultimo pretendeva, e anzi condurrebbero alla distruzione la città alla quale fossero applicate:

> ὥστ' εἰ καὶ δυνατός τις εἴη τοῦτο δρᾶν, οὐ ποιητέον· ἀναιρήσει γὰρ τὴν πόλιν. οὐ μόνον δ' ἐκ πλειόνων ἀνθρώπων ἐστὶν ἡ πόλις, ἀλλὰ καὶ ἐξ εἴδει διαφερόντων. οὐ γὰρ γίνεται πόλις ἐξ ὁμοίων[39].

Si usa dire che le *Leggi*, rispetto alla *Repubblica*, avrebbero un'impostazione maggiormente orientata alla prassi[40]; ciò non ostante, Aristotele muove analoghe accuse di impraticabilità, e dunque di assurdità, anche quest'opera[41].

Nel suo radicale rifiuto dell'idealismo del maestro, Aristotele proclama la necessità di esercitare il ragionamento muovendo dal dato concreto, mai contro di esso: ciò vale anche per il diritto, rispetto al quale cade quell'indifferenza, quasi spregiativa, che Platone aveva manifestato nella *Repubblica*, in particolare per quanto riguarda i 'dettagli' della legislazione cittadina.

Questo atteggiamento di Aristotele è ben visibile, direi, già nei notissimi passi dedicati dal filosofo, sia nell'*Etica a Nicomaco* che nella *Retorica*, alla questione dei συναλλάγματα[42]. Lo sguardo del filosofo è dunque del tutto diverso rispetto a quello del suo maestro, più attento alla concreta rilevanza che il mondo del diritto – e la regolazione dei rapporti fra soggetti – presentano nel quadro complessivo della analisi delle istituzioni politiche.

Insomma, seppure non si possa parlare di una vera e propria autonomizzazione della sfera giuridica da quella filosofica, si può ben dire che quest'ultima inizia a

---

[38] Sul tema sono già intervenuto in passato, cfr. Banfi 2010, *passim*; Banfi 2021, p. 3 ss.

[39] Arist., *Pol.* 1261a 21-24.

[40] Cfr. ad es. Laks 2022, p. 3 ss.

[41] Arist., *Pol.* 1265a.

[42] Arist., *E.N.* 1132b ss.; *Rhet.* 1376b; cfr. in proposito Pelloso 2016, p. 1 ss.

guardare al diritto come un oggetto di pensiero specifico e meritevole di apposita indagine: ciò, come si diceva, è frutto del realismo di Aristotele[43].

La differenza profonda fra l'approccio dei due pensatori è visibile anche in riferimento al tema del mutamento delle regole. Platone, naturalmente, considera la permanenza del *nomos* come un valore: ciò è in parte effetto della sua impostazione metafisica, ma su di lui agisce anche la simpatia per le *politeiai* 'immutabili' – su tutte, quella licurghea –, oltre che l'esperienza dei continui rivolgimenti costituzionali determinati dalla Guerra del Peloponneso. Platone, poi, guarda con orrore alla propensione della cosiddetta democrazia 'radicale' al mutamento delle leggi sull'onda delle emozioni del momento: una buona costituzione è ancorata nella trascendenza, omogenea, e nelle mani di coloro che conoscono il vero[44].

Il realismo antidealistico della filosofia aristotelica si accompagna, invece, a una vivace curiosità per il dato concreto e ciò si manifesta anche nell'ambito della storia politico-costituzionale. La soluzione aristotelica al problema del mutamento dei *nomoi* è pragmatica: la *politeia* aristotelica si regge su di un sistema di equilibri, sul coinvolgimento di tutti i gruppi sociali ed anche sull'adozione di strumenti 'costituzionali' che assicurino una revisione ponderata ed armonica delle leggi. Aristotele ricerca, insomma, la stabilità, non l'assolutezza o l'immutabilità[45].

Diversi fra i suoi allievi mostreranno – come il maestro – uno spiccato interesse per la sfera del diritto, a partire da Teofrasto, e sarà un allievo di quest'ultimo, Demetrio del Falero, a introdurre in Atene la magistratura dei nomofilaci, proprio con il compito di soprintendere alla produzione normativa, assicurandone la coerenza con il generale impianto costituzionale e l'assenza di conflitti fra norme[46].

3. Il periodo ellenistico: Epicuro

Tradizionalmente, il passaggio dall'età classica a quella ellenistica, con la fine progressiva delle autonomie politiche a favore delle grandi monarchie, viene associato, nel pensiero greco, a una riduzione dell'interesse per la sfera politico-costituzionale e pertanto anche per quella giuridica, progressivamente sostituite – semmai – da un canto dalla riflessione sul benessere individuale (e non più della comunità), da un altro dalla riflessione sulla 'regalità', più consona alle mutate circostanze storiche: è una tesi, peraltro, sostenuta in un suo famoso scritto da Isaiah Berlin[47], il quale – a sua volta – si collega al pensiero di Hegel[48].

---

[43] Musti 1995, p. 275 ss.; De Romilly 1975, p. 59 ss.; Vinogradoff 1922, p. 46.

[44] Musti 1995, p. 274 ss.

[45] De Romilly 2005, p. 199 ss.

[46] De Romilly 1975, p. 122 ss.; De Romilly 2005, p. 183 ss.; sul punto, mi permetto di rinviare anche a Banfi 2021, *passim*; Banfi 2015, *passim*; Banfi 2012, *passim*.; Banfi 2010, p. 136 ss.

[47] Berlin 2019, p. 292 ss.; cfr. Mitsis 2011, p. 120 ss.

[48] Gray 1941, p. 53 ss.

Questa tesi non è del tutto corretta, e il pensiero politico ellenistico rimane, direi, come una vasta landa, in larga parte inesplorata, per lo studioso del pensiero giuridico greco.

In questa sede mi limiterò a qualche breve considerazione sul pensiero politico-costituzionale di Epicuro; esso, infatti, presenta alcune significative novità e importanti tratti di originalità.

Come già aveva notato Marx[49], la prospettiva di Epicuro sul fondamento e sulla stabilità della norma, per come emerge dalle *Massime capitali*, è giuspositivistica, convenzionale e utilitaristica. Ciò mette immediatamente in discussione la rappresentazione tradizionale del pensiero epicureo come del tutto apolitico, centrato sulla felicità individuale e sul *lathe biosas*.

Cerco ora di procedere sulla base delle fonti; preciso, però, che limiterò la mia analisi alle *Massime capitali*[50]: si tratta dunque di un primo sondaggio, senza pretesa di completezza. È indubbio, infatti, che un'analisi complessiva del pensiero politico e giuridico di Epicuro dovrebbe includere non solo i suoi scritti, ma anche quelli in qualche modo riconducibili alla sua scuola[51], cosa che, in questa sede, per ragioni sia di spazio che di tempo, non è possibile fare. Credo, comunque, che la mia scelta possa essere giustificata, in quanto le *Massime* – come è noto – costituivano una sintesi del pensiero del filosofo ed erano state composte per gli adepti del Giardino, affinché le mandassero a memoria. Per questa ragione, credo che esse possano essere considerate come rappresentative quanto meno dei più rilevanti aspetti del pensiero politico e giuridico di Epicuro.

Nella trentunesima massima, Epicuro afferma:

> Τὸ τῆς φύσεως δίκαιόν ἐστι σύμβολον τοῦ συμφέροντος εἰς τὸ μὴ βλάπτειν ἀλλήλους μηδὲ βλάπτεσθαι[52].

Relativamente a questa massima, non vi è accordo sulla traduzione di σύμβολον; infatti, vi è chi propone di tradurre con 'simbolo', o 'segno'[53]. Anche in considerazione del contenuto delle altre massime che esaminerò fra breve, non concordo con questa traduzione. Penso che qui Epicuro volesse esprimere una visione convenzionale della giustizia, e per questa ragione traduco come segue: «Il giusto di natura è un accordo in vista dell'utile circa il non danneggiare né essere danneggiati reciprocamente».

La sicurezza (*asphaleia*) è uno dei beni di maggior rilievo per la persona nel pensiero epicureo[54]; essa fonda dunque il diritto, concepito quale accordo mirante al

---

[49] Marx 1980, p. 431.

[50] Sull'autenticità delle *Massime*, cfr. Bignone 1920, p. 6 ss.

[51] Sul punto cfr. Alberti 1995, p. 161 ss.

[52] Epic., *Rat. Sent*. 31.

[53] Cfr. ad es. Bignone 1920; Connelly 2023. Sul termine *symbolon*, cfr. Müri 1976, p. 1 ss. Vedi anche Robitzsch 2016, p. 9 ss. Condivido invece l'opinione di Goldschmidt 1977, p. 27 ss.

[54] Long 2006, p. 183; Paganini 2020.

raggiungimento della sicurezza medesima. Questa prospettiva rigorosamente convenzionale è ribadita in altre massime:

> Ὅσα τῶν ζῴων μὴ ἐδύνατο συνθήκας ποιεῖσθαι τὰς ὑπὲρ τοῦ μὴ βλάπτειν ἄλληλα μηδὲ βλάπτεσθαι, πρὸς ταῦτα οὐθὲν ἦν δίκαιον οὐδὲ ἄδικον· ὡσαύτως δὲ καὶ τῶν ἐθνῶν ὅσα μὴ ἐδύνατο ἢ μὴ ἐβούλετο τὰς συνθήκας ποιεῖσθαι τὰς ὑπὲρ τοῦ μὴ βλάπτειν μηδὲ βλάπτεσθαι[55].

Secondo la mia traduzione: «Non vi è giusto né ingiusto per gli animali, poiché non hanno potuto concludere patti circa il non danneggiare e non essere danneggiati reciprocamente; e lo stesso vale per quei popoli che non furono in grado di farlo o non vollero farlo».

Come si vede, il termine qui utilizzato è diverso (συνθήκη) ma, a mio avviso, il contenuto di questa massima rafforza la plausibilità della traduzione che propongo per la precedente. In ogni caso, come si vede, Epicuro non concede alcuno spazio a fondamenti metafisici o trascendentali della giustizia e del diritto; la distanza da Platone è, ovviamente, incommensurabile[56], ma vi sono significative novità anche rispetto al realismo aristotelico, che non arriva a sviluppare una visione contrattualistica della regola. In Epicuro la giustizia è sì frutto della ragione umana (e per questo è estranea al mondo animale), ma essa si lega – in una visione utilitaristica – alla esigenza di non fare né subire danno: cosa che può essere ottenuta solo per mezzo, dice Epicuro, di convenzioni.

Il punto viene ulteriormente ribadito nella massima successiva:

> Οὐκ ἦν τι καθ' ἑαυτὸ δικαιοσύνη, ἀλλ' ἐν ταῖς μετ'ἀλλήλων συστροφαῖς καθ' ὁπηλίκους δήποτε ἀεὶ τόπους συνθήκη τις ὑπὲρ τοῦ μὴ βλάπτειν ἢ βλαπτεσθαι[57].
> La giustizia non esiste di per sé ma solo dove vi sono commerci reciproci e nei tempi e luoghi dove vi sono patti circa il non danneggiare e non essere danneggiati.

Si comprende, allora, che l'ingiustizia, si definisca come violazione di tali patti; essa è un male, non in sé e per sé, così come non esiste un giusto che sia un bene di per sé, ma è tale perché distrugge la tranquillità, e per questo è contraria all'utile individuale:

> Ἡ ἀδικία οὐ καθ' ἑαυτὴν κακόν, ἀλλ' ἐν τῷ κατὰ τὴν ὑποψίαν φόβῳ, εἰ μὴ λήσει τοὺς ὑπὲρ τῶν τοιούτων ἐφεστηκότας κολαστάς[58].
> L'ingiustizia non è un male in sé, ma lo è a causa del timore generato dal sospetto di non rimanere nascosti a coloro che hanno il compito di punire azioni di questo genere.

---

[55] Epic., *Rat. Sent*. 32.
[56] Goldschmidt 1977, p. 72 ss.
[57] Epic., *Rat. Sent*. 33.
[58] Epic., *Rat. Sent*. 34.

Infatti, nessuno – anche se già fosse riuscito a nascondere molte volte le sue violazioni del patto (di non far danno ad altri) – potrà mai essere privo del timore di essere scoperto, fino alla morte, perdendo – in questo modo – la propria *asphaleia*:

> Οὐκ ἔστι τὸν λάθρα τι ποιοῦντα ὧν συνέθεντο πρὸς ἀλλήλους εἰς τὸ μὴ βλάπτειν μηδὲ βλάπτεσθαι πιστεύειν ὅτι λήσει, κἂν μυριάκις ἐπὶ τοῦ παρόντος λανθάνῃ· μέχρι γὰρ καταστροφῆς ἄδηλον εἰ καὶ λήσει[59].
> Non è possibile che chi ha agito nascostamente per sfuggire ai patti reciproci di non dare e non subir danno possa credere di rimanere nascosto, anche se già – al momento presente – vi è già riuscito diecimila volte: infatti non è certo se rimarrà ignoto fino al momento del suo trapasso.

L'ingiustizia, dunque, è contraria all'interesse dell'individuo perché lo priva della possibilità di vivere una vita felice, ossia caratterizzata da *ataraxia* e *aponia*[60].

Va anche osservato che se, da un canto, non vi è fondamento trascendente del diritto, non ve ne è neppure uno 'naturale':

> Κατὰ μὲν <τὸ> κοινὸν πᾶσι τὸ δίκαιον τὸ αὐτό· συμφέρον γάρ τι ἦν ἐν τῇ πρὸς ἀλλήλους κοινωνίᾳ· κατὰ δὲ τὸ ἴδιον χώρας καὶ ὅσων δήποτε αἰτίων οὐ πᾶσι συνέπεται τὸ αὐτὸ δίκαιον εἶναι[61].
> In generale il diritto è per tutti uguale, perché è qualcosa di utile nei rapporti comuni; ma nello specifico a causa delle differenze di luoghi e condizioni, il diritto non è lo stesso per tutti.

Non esiste, dunque, una giustizia naturale con caratteri di universalità, perché – a ben vedere – l'unica qualità che rende 'giusta' una regola è la sua utilità, ma tale utilità è relativa a dati luoghi e date circostanze; ciò significa, a sua volta, che i *contenuti* dei 'patti' che fondano la giustizia possono variare a seconda dei luoghi e delle circostanze.

Questo ragionamento si estende alla questione della persistenza e del mutamento delle regole:

> Τὸ μὲν ἐπιμαρτυρούμενον ὅτι συμφέρει ἐν ταῖς χρείαις τῆς πρὸς ἀλλήλους κοινωνίας τῶν νομισθέντων εἶναι δικαίων ἔχειν τοῦ δικαίου χώραν <δ>εῖ, ἐάν τε τὸ αὐτὸ πᾶσι γένηται ἐάν τε μὴ τὸ αὐτό· ἐὰν δὲ <νόμον> μόνον θῆταί τις, μὴ ἀποβαίνῃ δὲ κατὰ τὸ συμφέρον τῆς πρὸς ἀλλήλους κοινωνίας, οὐκέτι τοῦτο τὴν τοῦ δικαίου φύσιν ἔχει· κἂν μεταπίπτῃ τὸ κατὰ τὸ δίκαιον συμφέρον, χρόνον δέ τινα εἰς τὴν πρόληψιν ἐναρμόττῃ, οὐδὲν ἧττον ἐκεῖνον τὸν χρόνον ἦν δίκαιον τοῖς μὴ φωναῖς κεναῖς ἑαυτοὺς συνταράττουσιν ἀλλ' εἰς τὰ πράγματα βλέπουσιν[62].

---

[59] Epic., *Rat. Sent.* 35.
[60] Robitzsch 2016, p. 23 ss.; Goldschmidt 1977, p. 91 ss.
[61] Epic., *Rat. Sent.* 36.
[62] Epic., *Rat. Sent.* 37.

> Fra le prescrizioni che sono sancite come giuste dalla legge, quella che risulta confermata come utile nei bisogni dei comuni rapporti ha il carattere del giusto, che sia essa uguale ovunque o meno. Qualora invece qualcuno stabilisca una legge che non risulta conforme all'utilità dei rapporti comuni, questa non ha la natura del giusto. E coloro che non si turbano per vane ciance e badano alla realtà delle cose sanno che, se viene a decadere l'utilità di quello che venne sancito come giusto, ma durante un certo tempo corrispose alla prenozione[63] del giusto, allora – per quel tempo – tale prescrizione non fu meno giusta.

Insomma, la giustizia ha carattere convenzionale, ed essa è tale (giusta) solo finché risponde a criteri di utilità nei rapporti fra consociati. Il concetto è ribadito ancor più chiaramente nella massima successiva:

> Ἔνθα μὴ καινῶν γενομένων τῶν περιεστώτων πραγμάτων ἀνεφάνη μὴ ἁρμόττοντα εἰς τὴν πρόληψιν τὰ νομισθέντα δίκαια ἐπ' αὐτῶν τῶν ἔργων, οὐκ ἦν ταῦτα δίκαια· ἔνθα δὲ καινῶν γενομένων τῶν πραγμάτων οὐκέτι συνέφερε τὰ αὐτὰ δίκαια κείμενα, ἐνταῦθα δὴ τότε μὲν ἦν δίκαια ὅτε συνέφερεν εἰς τὴν πρὸς ἀλλήλους κοινωνίαν τῶν συμπολιτευομένων, ὕστερον δ' οὐκ ἦν ἔτι δίκαια ὅτε μὴ συνέφερεν[64].
> Quando ciò che è sancito come giusto dalla legge, nella pratica, senza che le circostanze siano mutate, appaia non corrispondente alla prenozione del giusto, ciò significa che il precetto non è giusto. Quando invece, per mutate condizioni, le prescrizioni sancite come giuste non giovano più, allora si può dire che esse erano giuste quando utili ai comuni rapporti dei concittadini, ma dopo sono divenute non più giuste, in quanto non più utili.

Credo che questi pochi passi rendano evidente il salto concettuale che Epicuro opera rispetto al pensiero dei suoi predecessori: non vi è alcun 'giusto' universale se non nel senso che il concetto stesso di giusto e di diritto si identifica con l'utile della comunità.

Ciò che Epicuro ha in mente è – dunque – una giustizia non universale, ma particolare. Questo a sua volta significa che il giusto, e dunque il diritto, *non sono immutabili*, ma anzi sono intrinsecamente soggetti a quei mutamenti che vengono resi necessari dalle circostanze. La giustizia, insomma, è un modo per il raggiungimento dell'utile che si realizza per via negoziale; ciò non significa che la giustizia in sé non esista, Epicuro non ha una posizione nichilista come quella che si potrebbe intravedere in certo relativismo della sofistica. Si tratta, piuttosto, di una giustizia che cambia a seconda dei luoghi – al variare delle circostanze delle singole comunità – e che soprattutto *evolve* con il tempo, senza che il fatto stesso del mutamento comporti

[63] Si tratta delle *prolessi*, ossia prenozioni derivate dall'esperienza, uno dei cardini della logica epicurea.

[64] Epic., *Rat. Sent*. 38.

di per sé una perdita di valore della norma vigente – almeno finché essa risponde all'utile collettivo.

Credo si tratti di una prospettiva di straordinaria modernità: questa idea della vera e obiettiva necessità di una giustizia che ciò non ostante non ha la rigidità della giustizia naturale e che pertanto ammette ogni sorta di innovazione – questa idea secondo la quale gli uomini possono e debbono 'credere' in una giustizia 'relativa' è giustamente stata definita come il messaggio più forte e più moderno trasmesso fino a noi dalla teoria epicurea della giustizia[65].

In conclusione, sono consapevole di non aver potuto far altro che esporre alcuni spunti, che tuttavia spero abbiano dato al lettore almeno un'impressione della fecondità del pensiero epicureo. Ma la materia è vastissima e complessa allo stesso tempo. Lo stesso Epicuro, come già si è accennato, richiederebbe un'analisi più approfondita che vada oltre le massime capitali e si estenda, più in generale, all'epicureismo tutto, non dimenticando l'influenza che fu capace di esercitare anche in età romana. Così come credo che tutto il pensiero ellenistico su giustizia e diritto debba essere riletto e rivalutato.

Bibliografia

Alberti 1995 = A. Alberti, *The Epicurean Theory of Law and Justice*, in A. Laks, M. Schofield (eds.), *Justice and Generosity, Studies in Hellenistic Social and Political Philosophy. Proceedings of the Sixth Symposium Hellenisticum*, Cambridge 1995, pp. 161-190.

Ávila 2016 = H. Ávila, *Certainty in Law*, Dordrecht 2016.

Banfi 2010 = A. Banfi, *Sovranità della legge. La legislazione di Demetrio del Falero ad Atene (317-307 a.C.)*, Milano 2010.

Banfi 2012 = A. Banfi, *Qualche considerazione sul controllo di legittimità ad Atene*, in E. Cantarella, M. Gagarin, J. Mélèze Modrzejewski, G. Thür (eds.), *Symposion 2011, Études d'histoire du droit grec et hellenistique,* Wien 2012, pp. 49-76.

Banfi 2015 = A. Banfi, *Metabolai. I rivolgimenti costituzionali fra antico e moderno*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLV, 1 (2015), pp. 209-231.

Banfi 2021 = A. Banfi, *Pensare la legge: a proposito della "cultura giuridica" del Peripato e del cosiddetto* de eligendis magistratibus, in *AUPA* LXIV (2021), pp. 3-22.

Bearzot 1995 = C. Bearzot, *Motivi socio-demografici nella colonizzazione ateniese del V secolo: promozione o relegazione?*, in M. Sordi (a c. di), *Coercizione e mobilità umana nel mondo antico*, Milano 1995, pp. 61-88.

Berlin 2019 = I. Berlin, *A Turning-Point in Political Thought*, in *Common Knowledge* 25 (2019), pp. 292-320 (rist.).

Berve 1967 = H. Berve, *Die Tyrannis bei den Griechen*, München, 2 voll., 1967.

Bignone 1920 = E. Bignone, *Epicuro. Opere, frammenti, testimonianze sulla sua vita*, Bari 1920.

Bonazzi 2010 = M. Bonazzi, *I sofisti*, Roma 2010.

[65] Alberti 1995, p. 190.

Bretone, Talamanca 2015 = M. Bretone, M. Talamanca, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Bari 2015.

Brutti 2022 = M. Brutti, *Nota introduttiva*, in *Specula Iuris* 2,2 (2022), pp. 5-11.

Burnet 1950 = J. Burnet, *Greek Philosophy. Thales to Plato*, London 1950.

Cambiano 1991 = G. Cambiano, *Platone e le tecniche*, Bari 1991.

Canfora 2018 = L. Canfora, *Isonomia, isegoria, demokratia*, in G. Luchetti (a c. di), *Legge eguaglianza diritto: i casi di fronte alle regole nell'esperienza antica: atti del convegno, Bologna-Ravenna, 9-11 maggio 2013*, Roma 2018, pp. 1-8.

Carugati 2024 = F. Carugati, *The Rule of Law through the Ages*, in M. Sevel (ed.), *Routledge Handbook on the Rule of Law*, New York 2024, pp. 42-56.

Connelly 2023 = S. Connelly, *On the Role of Signs in Epicurus' Legal Theory*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 36 (2023), pp. 1033-1057.

Cordano 1995 = F. Cordano, *La forzata partenza dei fondatori di Taranto nell'attualità del V secolo a.C.*, in M. Sordi (a c. di), *Coercizione e mobilità umana nel mondo antico*, Milano 1995, pp. 51-59.

Corey 2015 = D.D. Corey, *The Sophists in Plato's Dialogues*, New York, 2015.

Cursi 2022 = M. F. Cursi, *Ius certum e attività normativa in età monarchica e decemvirale. Lo sguardo di Pomponio*, in *Specula Iuris* 2,2 (2022), pp. 89-132.

Dareste 1893 = R. Dareste, *La science du droit en Grèce. Platon, Aristote, Théophraste*, Paris 1893.

De Romilly 1975 = J. De Romilly, *Problèmes de la démocratie grecque*, Paris 1975.

De Romilly 2005 = J. De Romilly, *La legge nel pensiero greco dalle origini ad Aristotele*, Milano 2005.

Donoso Johnson 2020 = P. Donoso Johnson, *La stásis en la poesía griega de la época arcaica*, in *Talia dixit* 15 (2020), pp. 1-31.

Dusenbury 2017 = D.L. Dusenbury, *Platonic Legislations. An Essay on Legal Critique in Ancient Greece*, Dordrecht 2017.

Ferrajoli 2007 = L. Ferrajoli, *The Past and the Future of the Rule of Law*, in P. Costa, D. Zolo (eds.), *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, Dordrecht 2007, pp. 323-352.

Finley 1981 = M. Finley, *Early Greece. The Bronze and Archaic Ages*, New York 1981.

Gagarin 1989 = M. Gagarin, *Early Greek Law*, Berkeley 1989.

Gagarin 2000 = M. Gagarin, *La codification de Platon et le droit grec*, in E. Levy (ed.), *La codification des lois dans l'antiquité. Actes du colloque de Strasbourg 27-29/11/1997*, Paris 2000, pp. 215-227.

Gigante 1956 = M. Gigante, *Nomos basileus*, Napoli 1956.

Goldschmidt 1977 = V. Goldschmidt, *La doctrine d'Epicure et le droit*, Paris 1977.

Gray 1941 = J.G. Gray, *Hegel's Hellenic Ideal*, New York 1941.

Harris, Rubinstein 2004 = E. Harris, L. Rubinstein, *The Law and the Courts in Ancient Greece*, London 2004.

Hölkeskamp 1992 = K.-J. Hölkeskamp, *Written Law in Archaic Greece*, in *Proceedings of the Cambridge Philological Society*, 38 (1992), pp. 87-117.

Humphreys, 1997 = S.C. Humphreys, *Leggi, tribunali, processi*, in S. Settis (a c. di), *I greci, storia cultura arte società*, vol. II.2, Torino 1997, pp. 541-566.

Irti 2019 = N. Irti, *Destino di nomos*, in M. Cacciari, N. Irti, *Elogio del diritto*, Milano 2019.

Jaeger 1964 = W. Jaeger, *Paideia*, vol. I, Firenze 1964.
Jones 1956 = J.W. Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks*, Oxford 1956.
Laks 2022 = A. Laks, *Plato's Second Republic. An Essay on the Laws*, Princeton 2022.
Lombardini 2023 = J. Lombardini, *Plato's Political Thought*, Leiden 2023.
Long 2006 = A.A. Long, *From Epicurus to Epictetus. Studies in Hellenistic and Roman Philosophy*, Oxford 2006.
Marx 1980 = K. Marx, *Quaderni sulla filosofia epicurea*, in K. Marx, F. Engels, *Opere complete*, vol. 1, Roma 1980, pp. 425-567.
Mitsis 2011 = P. Mitsis, *Hellenistic Political Theory*, in G. Klosko (ed.), *The Oxford Handbook of the History of Political Philosophy*, Oxford 2011, pp. 120-141.
Moggi 1995 = M. Moggi, *Emigrazioni forzate e divieti di ritorno nella colonizzazione greca dei secoli VIII-VII a.C.*, in M. Sordi (a c. di), *Coercizione e mobilità umana nel mondo antico*, Milano 1995, pp. 27-49.
Müri 1976 = W. Müri, *Symbolon. Wort und sachgeschichtliche Studie*, in W. Müri, *Griechische Studien. Ausgewählte wort- und sachgeschichtliche Forschungen zur Antike*, Basel 1976, pp. 1-44.
Musti 1995 = D. Musti, *Demokratia, origini di un'idea*, Bari 1995.
Musti 2008 = D. Musti, *Storia greca. Linee di sviluppo dall'età micenea all'età romana*, Bari 2008.
Paganini 2020 = G. Paganini, *Early Modern Epicureanism: Gassendi and Hobbes in Dialogue on Psychology, Ethics and Politics*, in P. Mitsis (ed.), *The Oxford Handbook of Epicurus and Epicureanism*, Oxford 2020, cap. 26.
Pelloso 2016 = C. Pelloso, G*iustizia correttiva e rapporti sinallagmatici tra dottrina etica e declinazioni positive*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 9 (2016), pp. 1-68.
Piciocchi, Fasan, Reale 2021 = C. Piciocchi, M. Fasan, C.M. Reale (cur.), *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio 17-18 gennaio 2019*, Trento 2021.
Ricciardi 2025 = M. Ricciardi, *Processo, verità e conoscenza. Riflessioni a partire da Platone*, in *Specula Iuris* 4,2 (2024), in corso di stampa.
Robin 1935 = L. Robin, *Platon*, Paris 1935.
Robitzsch 2016 = J.M. Robitzsch, *Epicurean Justice and Law*, Philadelphia 2016 (PhD diss.).
Sargenti, Luraschi 1987 = M. Sargenti, G. Luraschi (a c. di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987.
Snodgrass, 1981 = A. Snodgrass, *Archaic Greece. The Age of Experiment*, Berkeley 1981.
Stolfi 2006 = E. Stolfi, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino 2006.
Stolfi 2020 = E. Stolfi, *La cultura giuridica dell'antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Roma 2020.
Stolfi 2022a = E. Stolfi, *Il fascino delle origini. I molti "inizi" del diritto nell'Enchiridion di Pomponio*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 25 (2022), pp. 209-242.
Stolfi 2022b = E. Stolfi, *Per una ricerca sulla certezza del diritto nell'esperienza greca. Tra speculazione filosofica e prassi retorica*, in *Specula Iuris* 2,2 (2022), pp. 15-88.
Untersteiner 1996 = M. Untersteiner, *I sofisti*, Milano 1996.
Valditara 2008 = G. Valditara, *Lo stato nell'antica Roma*, Catanzaro 2008.
Vinogradoff 1922 = P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence*, vol. II, Oxford 1922.
Vlastos 1995 = G. Vlastos, *Studies in Greek Philosophy vol. II. Socrates, Plato and their Tradition*, Princeton 1995.

Fonti utilizzate

Aristoteles, *Ethica Nicomachea*: I. Bywater, *Aristotelis ethica Nicomachea*, Oxford 1894 (rist. 1962).
Aristoteles, *Politica*: W.D. Ross, *Aristotelis politica*, Oxford 1957 (rist. 1964).
Aristoteles, *Rhetorica*: W.D. Ross, *Aristotelis ars rhetorica*, Oxford 1959 (rist. 1964).
Epicurus, *Ratae Sententiae*: G. Arrighetti, *Epicuro. Opere*, 2ª ed., Torino 1973.
Hesiodus, *Opera et dies*: F. Solmsen, *Hesiodi opera*, Oxford 1970.
Hippocrates, *De morbo sacro*: É. Littré, *Oeuvres complètes d'Hippocrate*, vol. 6, Paris 1849 (rist. Amsterdam 1962).
Isocrates, *Areopagiticus*: G. Mathieu, *Isocrate. Discours*, vol. 3, Paris 1942 (rist. 1966).
Plato, *Opera*: J. Burnet, *Platonis opera*, Oxford, 1900 ss. (rist. 1967)
Plutarchus, *Lycurgus*: B. Perrin, *Plutarch's lives*, vol. 1, Cambridge, Mass., 1914 (rist. 1967).

La regola si fa certa: la determinazione pecuniaria nelle logiche del processo formulare romano

Tommaso dalla Massara
Università degli Studi "Roma Tre"

1. Il farsi della regola

Desidero anzitutto esprimere la mia sincera gratitudine, per il coinvolgimento in questa magnifica giornata, all'amico Antonio Banfi e a tutti coloro che l'hanno resa possibile.

Si tratta di un coinvolgimento che mi fa particolarmente piacere: in effetti, di quest'incontro condivido tanto lo spirito di fondo quanto l'impostazione scientifica; condivido perfino la scelta delle singole parole che compongono il titolo attorno al quale siamo stati invitati a ragionare.

Come si vede, al centro viene posta l'idea di regola; e quell'idea è presa in considerazione un passo prima di ogni sua possibile dogmatizzazione, quasi – potremmo dire – nella sua nudità.

È in tal modo compiuta una scelta che consente a tutti noi di affrontare il tema, tanto largo quanto per più di un verso inafferrabile, passando attraverso molti e differenti problemi. Sicché, entro l'inesauribile polisemia della certezza, immagino che l'obiettivo di ciascuno degli interventori possa essere quello di accendere un fascio di luce sull'idea di certezza, però da un punto prospettico particolare, in modo tale che gli spicchi problematici via via lumeggiati trovino alfine una o più aree di intersezione.

Ebbene, la peculiare prospettiva che intendo oggi adottare è quella del farsi della regola, all'interno delle logiche del processo civile romano; più precisamente, mi concentrerò sulle logiche, proprie del processo *per formulas*, le quali consentono alla *regula iuris* di determinarsi nella sua certezza.

Sicché, una volta adottata questa visuale, cosa deve intendersi per certezza?

Prima di arrivare a ciò, desidero soffermarmi, almeno per un momento, sull'aspetto dinamico – proprio quello del farsi – della regola: quest'ultima, in effetti, risulta il frutto di un *fieri* tutto interno alle logiche del processo civile.

È risaputo che, nella prospettiva dei giuristi romani, la regola non è percepita come un dato pre-costituito, cui si tratti di dare una (più o meno) pedissequa applicazione.

Ponendo mente a ciò, è utile riflettere sulla circostanza che nella lingua latina il termine *regula* evoca non soltanto la linea che si traccia, ma anche lo strumento che quella linea va a disegnare.

In effetti, *regula* indica il regolo, la riga, l'asticella; direi anzi che, nella semantica della *regula*, prevalente è lo strumento di tracciamento, nonché quindi l'azione stessa del tracciare, piuttosto che l'esito.

Nel processo civile, siamo dunque a cospetto di un farsi della regola implicante conoscenze e tecniche che sono specifiche del sistema giuridico romano, da intendersi quest'ultimo nel suo significato più ampio (dunque inclusivo di aspetti etici e, in genere, assiologici che sono necessariamente implicati nell'attività del giudicare).

Si può dire che vengano in rilievo molte e differenti *Leerformeln* – avrebbe suggerito Mario Talamanca[1] –, le quali necessitano volta per volta di essere colmate di contenuto, entro la tessitura di ciascuna specifica controversia.

Così, se la cornice di riferimento è quella di un sistema – come si usa dire – aperto e controversiale, il nodo della certezza può essere affrontato nei termini seguenti: si rende disponibile una tecnica di determinazione della regola, che si realizza dapprima attraverso la fase *in iure* e poi in forza della traduzione in sentenza da parte del giudice. Quella sentenza prevede, come meglio cercherò di dire, una precisa determinazione in termini di denaro. Più esattamente – ecco il punto fondamentale del ragionamento – la *regula iuris* neppure sarebbe concepibile come tale, qualora essa non trovasse un preciso punto di conversione nella determinazione pecuniaria[2].

Se si vuole, da altro punto prospettico, si tratta di osservare come il denaro possa essere inteso come un essenziale fattore di definizione della regola medesima.

---

[1] Alludo, evidentemente, a Talamanca 2003, p. 1 ss.; la medesima idea di fondo si coglie in tanti scritti dell'Autore, tra i quali mi limito a menzionare qui Talamanca 1995, p. 771 ss.; Talamanca 1999a, p. 137 ss., Talamanca 1999b, p. 405 ss.

[2] A monte, s'intravede uno scenario che implica considerazioni antropologiche, sociologiche, economiche e in definitiva – nel senso più largo – culturali. Valga qui il richiamo alle suggestioni ricavabili dalla lettura di Weber 2016, p. 222 ss.: in specie, notevole è l'idea lì affacciata di una calcolabilità giuridica, la quale verrebbe a realizzarsi a mezzo di un sistema processuale, proprio quello *per formulas*, formalizzante e astratto. Il punto che a me preme rimarcare è che quella calcolabilità va a tradursi nella quantificazione in termini di denaro. Ciò induce, per immediata conseguenza, a una riflessione non soltanto sul ruolo della moneta, ma più ampiamente sulla relazione tra regole economiche e regole giuridiche. Così, sarebbe da chiedersi se, ed eventualmente in quale misura, sia dato identificare, con riguardo al mondo antico, regole economiche, le quali siano concepibili in termini essenzialmente differenti rispetto alle regole giuridiche. Su questi problemi, nonché in generale sulle tecniche di regolazione di diritto ed economia, cfr. il lavoro a più voci Lo Cascio, Mantovani 2018, ove sono ampi riferimenti di letteratura. Tra i contributi meno recenti, mi limito a richiamare Bürge 1982, p. 128 ss.

2. La regola come «fatto di normazione»

Se la certezza può intendersi come punto d'approdo di una determinazione pecuniaria, allora occorre chiedersi, un passo a monte: quale idea di regola si tratta di tenere a riferimento?

In prima battuta, occorre attingere all'idea di regola nella sua accezione più lata: può essere utile – a me pare – muovere dall'idea orestaniana di «fatto di normazione»[3]; la regola va intesa, dunque, alla stregua di un'effettività giuridica. In altre parole, la regola è riconoscibile in virtù degli effetti di vincolatività che un certo fenomeno socialmente rilevante mostra di produrre: come a dire che l'attenzione merita di appuntarsi sugli esiti piuttosto che sulla fonte.

Si coglie in tal modo come il processo civile risulti il luogo naturalmente deputato a raccogliere la *regula iuris*, giacché lì a essa si attribuisce l'indispensabile riconoscimento: ma è un riconoscimento da intendersi in senso forte, giacché nella cornice del *iudicium* la regola addiviene alla sua concreta determinazione, dunque sempre in relazione al caso[4]; e – qui è il decisivo passaggio, su cui già prima ho portato l'attenzione – ciò accade nella misura in cui la macchina processuale perviene a una precisa quantificazione pecuniaria.

È chiaro che un discorso sulla certezza giuridica, per quanto lo si volesse limitare in questa prospettiva, risulta – per problemi e relative implicazioni – sconfinato[5].

---

[3] Il riferimento è fin già alle parole del titolo di Orestano 1967.

[4] Sulla relazione tra regola e caso, il pensiero va anzitutto allo scenario esplorato a più riprese da Vacca 2006; cfr., già prima, Vacca 1989, p. 9 ss.; inoltre, Vacca 1976. Nella prospettiva specifica del *fieri* della regola nel processo, in anni recenti, Palma 2016; inoltre, Giunti 2013, p. 47 ss. Un suggestivo quadro sul tema della certezza, con precipuo riferimento alle fonti, tra antico e contemporaneo, nonché con attenzione al definirsi della *regula*, emerge da Solidoro 2018, p. 1 ss. Nella letteratura precedente, sempre efficaci le pagine di Grosso 1960, p. 147 ss.

[5] Né appare possibile una confinazione del quadro bibliografico: con attenzione a Roma antica, rimane ancora proficuo muovere da Sargenti, Luraschi 1987, su cui si veda la recensione di Burdese 1988, p. 420 ss.; cfr., inoltre, De Martino 1988, p. 15 ss.; Mercogliano 1988, p. 417 ss. Di recente, oltre al già richiamato lavoro di Solidoro 2018, con il tema della certezza si è confrontato Angelosanto 2020, specificamente analizzandone connessioni con la tecnica formulare. Al tema della certezza sono dedicati gli studi raccolti nel volume del 2002 di *Specula Iuris*: si tratta di una raccolta di riflessioni diversamente orientate e tra loro complementari, a firma di Emanuele Stolfi, Maria Floriana Cursi, Giuseppe Falcone, Italo Birocchi, Pietro Costa, Ernesto De Cristofaro, Riccardo Guastini, Roberto Bin e Francesco Viganò. Quanto ai profili teorico-generali del tema della certezza del diritto, conviene muovere dagli inquadramenti proposti da Longo 1979, p. 124 ss.; Corsale 1988, p. 274 ss.; Gianformaggio 1988, p. 274 ss. Cfr., inoltre, Caria 2016, p. 5 ss. Nel dibattito civilistico, limito qui il richiamo a Lipari 2015, p. 1115 ss., da cui è possibile muovere per allargare il raggio dell'attenzione a tanti diversi problemi e ad ampia bibliografia. D'altra parte, che quello della (in)certezza del diritto debba intendersi come vero e proprio motivo identificativo della contemporaneità giuridica appare evidente almeno a partire da Lopez de Oñate 1942 (ristampata nel 1950, nonché, in seconda edizione ampliata, nel 1968). Muovendo da quel lavoro, Carnelutti 1943, p. 81 ss.; Bobbio 1951, p. 146 ss. Cfr., inoltre, Guarino 1992, p. 659 ss., poi in Guarino 1994, 26 ss. Almeno un richiamo merita la pluriennale riflessione sulla relazione tra certezza, legalità e storicità, coltivata da Paolo Grossi: tra i tanti

Senz'altro, non si potrebbe sottovalutare l'impostazione gaiana, stando alla quale la *lex* rappresenta il paradigma della normatività; di modo che, muovendo da questa premessa, gli altri fatti di normazione verrebbero a ottenere un riconoscimento di efficacia in prospettiva di equipollenza rispetto alla legge (il pensiero corre, ovviamente, alla celebre sequela del *legis habet vigorem*, di cui in Gai 1.2[6]). Resta però il fatto che, proprio al tempo di Gaio, tanti ed eterogenei sono quei fatti di normazione; più esattamente, tanti quanti il sistema ordinamentale nel suo complesso recepisce, sia quando li ricavi dall'alveo dell'eteronomia (occorre pensare anzitutto al fenomeno legislativo e ai *mores*), sia quando essi provengano dal terreno dell'autonomia.

A tal riguardo, da tempo reputo che sul binomio *lex contractus* meriterebbe riflettere con rinnovata attenzione[7]. Questo vale non tanto per tornare sugli aspetti di regime collegabili alla norma scaturente dalla volontà privata (penso in primo luogo alla vasta problematica delle convenzioni atipiche[8]), bensì per apprezzare, al livello generale del sistema delle fonti, la piena continuità con cui, sempre dal punto di vista della regola che trova concretizzazione nel processo, si trascorra dal piano della *lex publica* (qui da intendersi come *lex* paradigmatica di qualsivoglia atto di normazione, dunque in ogni caso atto ordinamentale) al piano della *lex privata*[9]; e si tratta di un passaggio fluido, che non prevede cesure categoriali.

Non v'è dubbio che la normatività provenga, in ciascun caso, da un movimento ordinatore: in quanto la norma sia quella che trova il suo farsi nel processo, in tanto essa rappresenta il frutto di un *dis-ponere*; centrale è l'attività di chi quella regola definisce, e ciò tanto allorché essa trovi il suo fondamento nella *conventio* (come in D. 16.3.1.6 Ulp. 30 *ad ed.*, da cui emerge chiara l'idea secondo cui i contratti *accipiunt*

---

contributi, cfr. Grossi 2017. Quello tra certezza e legalità è, per l'appunto, un nesso che sempre merita di essere storicizzato, come emerge da Burdese 1991-1992, p. 315 ss.

[6] Ferma restando, evidentemente, la difficoltà di definire l'idea stessa di *lex*: imprescindibile il richiamo a Serrao 1973, p. 794 ss. Più di recente, è da tenersi a mente l'opera a molte voci Ferrary 2011.

[7] Mi permetto di fare richiamo alle attività in corso di realizzazione nella cornice del progetto PRIN *Il volere che si fa norma*: un primo inquadramento di alcuni problemi si ricava dal dialogo tra giuristi e storici della filosofia di cui è testimonianza in https://www.youtube.com/@Ilvolerechesifanorma. Vari lavori, nella cornice di quel progetto, sono in corso di pubblicazione.

[8] Problematica sulla quale oggi non si potrebbe prescindere dal volume collettaneo Albers, Patti, Perrouin-Verbe 2022, da vedere assieme al lavoro di Romano 2021, su cui Beghini 2023, p. 323 ss., e dalla Massara 2023, p. 334 s.

[9] Anche in questo caso, ci si trova di fronte a un problema che è anzitutto di ordine teorico-generale: il privato e il pubblico, che nella visione di Ulpiano notoriamente rappresentavano mere *positiones studii*, nel pensiero giuridico romano mai si sarebbero potute rappresentare in termini di aree tematiche definite e non interferenti. Viceversa, è risaputo che la costruzione dell'edificio concettuale del diritto pubblico, in giustapposizione rispetto al diritto privato, avvenne all'interno di un percorso storico strettamente connesso alla costruzione della sovranità del Leviatano: si tratta di un percorso sul quale, di recente, possiamo far conto sul contributo di Sordi 2020, p. 12 ss. In argomento, da differente prospettiva ma con significative convergenze, cfr. Zoppini 2020. Preziosa, a livello di definizione generale dei problemi (in specie quelli che si pongono sul versante privatistico), si rivela la consultazione dei saggi raccolti in Pistelli 2023.

legem ex conventione), quanto pure nel *contractus* (come in D. 50.17.23 Ulp. 29 *ad Sab*.: *legem enim contractus dedit*), nonché ancora, senza che la funzione fondamentale della regola intesa *lato sensu* quale meccanismo di determinazione abbia a mutare, quando invece sia la *lex publica* a trovare applicazione[10].

Nell'uno come nell'altro caso, l'ordine statico (*Stelle*), quello che è da prendersi in considerazione *in exitu*, in punto di effettività giuridica, ossia al momento decisorio e di definizione della regola, dipende dall'operare di un ordinatore (*Gestell*); l'ordine è il frutto del concretizzarsi della regola, sempre nel momento processuale, a prescindere dal fatto che privata o pubblica ne sia la matrice[11].

Sono persuaso che una rinnovata attenzione per le fonti romane, sotto questo profilo, condurrebbe ad apprezzare la piena porosità che l'ordinamento romano evidenzia tra la sfera del pubblico e quella del privato, giacché l'una e l'altra si rivelano cooperanti rispetto alla produzione della *regula iuris*.

Ma occorre a questo punto soffermarsi sull'incidenza della tecnica formulare, proprio per il suo orientamento verso la determinazione di una certa somma di denaro, entro la dinamica che conduce alla sentenza.

3. Le logiche del processo formulare romano

Nella prospettiva appena evocata, il meccanismo di determinazione della regola trova nella pecunia – come detto – un decisivo strumento del suo *fieri*[12]; si potrebbe addirittura affermare, come già ho anticipato, che nel processo formulare romano – ben più ampio e complesso essendo il tema allorché declinato con riferimento al processo *per legis actiones*[13] – la quantificazione pecuniaria venga a rappresentare l'autentica modalità di determinazione della regola.

È utile allora concentrare l'attenzione sull'*intentio*, nel suo – logico, ma sempre elastico – coordinamento con la *condemnatio* entro la cornice della *formula*[14]; e la *condemnatio*, com'è noto, deve intendersi tanto come *pars formulae* quanto in termini di decisione del giudice, dunque come *iudicium*.

Naturalmente, è nella condanna concretamente irrogata in sentenza che si rinviene l'esito ultimo di un percorso di definizione della regola quale viene nello specifico imposta al convenuto-condannato.

---

[10] Su questi passaggi, sia consentito il rinvio a dalla Massara 2021, p. 36 ss., p. 86 ss.

[11] dalla Massara 2018, p. 87 s.

[12] Fondamentale rimane, a mio parere, il contributo di Burdese 1989, p. 175 ss. Pur orientato in altra prospettiva, incrocia questi problemi (in parte mettendone in discussione gli stessi presupposti), il lavoro di Fiori 2003.

[13] Su cui cfr. Fiori 2003, p. 67 ss.; inoltre, Saccoccio 2002, p. 12 ss.; Varvaro 2008, p. 153 ss., p. 180 ss.

[14] Cfr. Kaser, Hackl 1996, p. 308; Cannata 1961, p. 583; inoltre, Wenger 1909, coll. 2859 ss.; Betti 1932, p. 706. Di recente, affronta la ricostruzione di molti problemi in un percorso che muove dall'interno della *formula* (per spingersi poi alla proiezione *apud iudicem*) Biccari 2017: si veda, in specie, p. 121 ss., p. 135 ss.

Pertanto, è proprio nel nesso intercorrente tra *intentio* e *condemnatio* che si evidenzia in maniera chiara il costituirsi di una regola, la quale deve essere presa in esame tanto nel suo aspetto statico quanto in quello dinamico; dunque, qui intendo riferirmi alla regola come comprensiva tanto dell'accertamento quanto della consequenziale condanna, sempre a misura che siffatte categorie possano efficacemente riferirsi al processo formulare.

Com'è noto, l'*intentio* rappresenta il luogo d'elezione dell'accertamento, giacché in essa è in via generale definito il perimetro imprescindibile della cognizione[15].

Lasciando a margine la sfera dei *praeiudicia*[16], all'accertamento logicamente si connette la condanna. Nel processo formulare, è Gaio stesso a ricordarci nelle sue Istituzioni che la regola definita in processo si estrinseca, in ultima analisi, in un ordine di pagamento avente per oggetto una somma di denaro determinata: 4.48: *omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. itaque et si corpus aliquod petamus, veluti fundum hominem vestemaurum argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quoactum est, sicut olim fieri solebat, aestimata re pecuniam eum condemnat*[17].

Pertanto, quello che tradizionalmente viene indicato come principio di pecuniarietà della condanna condiziona nel profondo le logiche del processo formulare e, con esse, il formarsi della regola; al netto di rilevanti eccezioni (in primo luogo si pensi ai giudizi nossali) e a valle di tante osservazioni di contorno[18], si può dire che il formarsi della regola sia per intero orientato alla quantificazione di una somma di denaro[19].

---

[15] Naturalmente, il discorso andrebbe declinato analizzando *formula* per *formula*; consueto è il rinvio al tenore dell'*actio iniuriarum* quale esempio di formula priva di *intentio*. Utili le precisazioni di Biccari 2017, p. 150 ss. e nt. 59 ss.

[16] Su cui rimangono classici i lavori di Marrone 1955, p. 5 ss., e di Hackl 1976. Cfr., inoltre, Mantovani 1999, p. 83 s., nonché, recentemente, Varvaro 2023, p. 172 s.

[17] Testo che nasconde maggiori insidie di quanto non appaia a una prima lettura: vanno tenute in considerazione le cautele suggerite da Fiori 2003, p. 69 ss.

[18] Superfluo ricordare che, nel caso delle azioni nossali, la condanna era alternativamente indirizzata a *tantam pecuniam vel noxae dedere*, così da consentire all'avente potestà, anche dopo l'avvenuta condanna, di liberarsi di responsabilità mediante la dazione a nossa del soggetto a potestà, il quale avesse commesso delitto in danno della controparte processuale che fosse risultata vincitrice. Inoltre, andrebbero rammentati i temperamenti, rispetto all'esito rappresentato dalla condanna pecuniaria, derivanti dal concreto applicarsi dei meccanismi imposti dall'*arbitratus de restituendo*. In generale, sul maggiore o minore grado di generalità della regola della condanna pecuniaria, Burdese 1989, p. 176 ss.; si veda anche Pugliese 1967, p. 298 ss.; Batista 1970, p. 349 ss.; Blank 1982, p. 303 ss.; Venturini 1988, p. 76 ss.

[19] Il che suggerirebbe una riflessione sulla funzione della moneta nel mondo romano. Oltre al già richiamato Lo Cascio, Mantovani 2018 (entro cui soffermerei l'attenzione in specie su Lovato 2018, 661 ss.), cfr. D'Alessio 2022, p. 57 ss., da collegarsi alla più ampia ricerca D'Alessio 2018; così, occorre muovere dalla «percezione della *pecunia* come di un valido succedaneo delle *res*, contribuendo a sviluppare un'importante riflessione sull'idoneità del denaro (quindi dell'*aestimatio*) ad assicurare la soddisfazione di ogni interesse giuridicamente rilevante»: così in D'Alessio 2022, p. 61. Inoltre, si veda D'Alessio 2011, p. 79 ss. Per un quadro ampio sulla moneta e sulle sue funzioni nella storia, Fox, Ernst 2016, ove in particolare Rüfner 2016, p. 93 ss., oltre al precedente Peruzzi 1985, in specie p. 207 ss.

Le premesse generali del discorso possono cogliersi fin già nella Tavola 3.1: *aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunto*.

Tra i numerosi profili di interesse di queste parole, è qui sufficiente evidenziare il nesso in base al quale la confessione, allorché abbia per oggetto una somma di denaro, viene posta sullo stesso piano del giudicato[20]. In particolare, la confessione di colui che afferma di essere debitore di un certo *aes*, per un verso, e il giudicato, per altro verso, sono da ritenersi equivalenti in funzione del decorrere dei trenta *dies iusti*.

Sebbene non esplicitato, elemento imprescindibile del ragionamento è quello rappresentato dalla determinatezza dell'*aes*[21].

Una siffatta determinatezza deve essere valutata anzitutto nella cornice del sistema processuale *per legis actiones*.

In specie, la precisa quantificazione del denaro merita attenzione in vista della *manus iniectio*: inoltre, proprio muovendo dall'esito della possibile *manus iniectio*, a ben vedere, risulta comprensibile l'equiparazione tra confessione e giudizio.

Come a dire che, una volta che lo sguardo si collochi nella prospettiva esecutiva, il punto di fuga della rappresentazione è quello di un vincolo obbligatorio da intendersi in termini di esposizione di responsabilità.

Si sarebbe a questo punto indotti a estendere il discorso alla concezione primigenia dell'*obligatio*: certamente non è questa la sede per farlo; tuttavia pare sufficiente evocare uno scenario generale nel quale, per un verso, il profilo dell'*Haftung* prevale su quello dello *Schuld* e, per altro verso, il momento processuale assorbe e supera quello sostanziale.

Insomma, nei limiti di una rappresentazione che intende essere di scenario generale, mi limiterei a richiamare nel loro complesso i profili che emergono dalla ricostruzione di questi problemi quale si ricava già dai lavori, davvero imprescindibili, di Emilio Betti[22]; e poi anche, secondo linee differenti eppure coerenti nell'impostazione di fondo, dalle ricerche più recenti di Raimondo Santoro[23] e di Riccardo Cardilli[24].

---

[20] Cfr. Fiori 2003, p. 210 ss.; Burdese 1989, p. 177.

[21] Quanto alla premessa rappresentata dalla certezza del credito, Varvaro 2008; più recentemente, una ripresa di quei temi è in Varvaro 2014, p. 265 ss. Per una messa a fuoco della determinatezza (e determinabilità) della somma di denaro, nella prospettiva del processo, Cannata 2003, p. 198 ss.

[22] La ricostruzione del pensiero bettiano in tema di obbligazione e azione costringe a un lavoro piuttosto complesso di 'montaggio': basti dire che la riflessione prende avvio con la prolusione parmense del 1916, dedicata a *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, prosegue poi con *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi* e si chiude nei primi anni Cinquanta con la *Teoria generale delle obbligazioni*. Ho provato a ripercorrere la costruzione di quel pensiero in dalla Massara 2022, p. 61 ss., in specie p. 62 e ntt. 2, 3, 4, 5 e 6.

[23] Santoro 2020. In precedenza, si veda almeno Santoro 1967, p. 103 ss.; Santoro 2009, p. 61 ss.

[24] Cfr. soprattutto, di recente, Cardilli 2016. In differente prospettiva, ma sulle medesime questioni di fondo, Cardilli 2022.

Dunque, il vincolo di responsabilità è da intendersi nel senso che il debitore rimane tale in quanto esposto alla possibilità di una condanna pecuniaria che colpisca il suo patrimonio, qualora a impedire ciò non intervenga l'esecuzione della prestazione.

Si tratta di un'esecuzione che, nell'assicurare la soddisfazione del creditore, si rivela in grado di impedire la condanna del convenuto; per converso si può affermare che l'esecuzione della prestazione impedisce la condanna del convenuto in quanto assicura la soddisfazione del creditore.

Se, tenendo fede all'idea che ho cercato di illustrare dianzi, da un canto la regola si fa certa precisamente nel senso che essa va a determinarsi in una quantità pecuniaria, dall'altro canto la quantificazione del denaro è da ritenersi essenziale prioritariamente in vista dell'esecuzione.

Non v'è dubbio che l'impronta proveniente già dal processo *per legis actiones* mostri la sua persistenza anche nella cornice del processo formulare.

Celebri sono le parole, già sopra richiamate, con cui Gaio nelle sue Istituzioni esplicita dapprima il principio della pecuniarietà della condanna (4.48); in seguito, andando a osservare più da vicino il nesso intercorrente tra *intentio* e *condemnatio*, Gaio insiste sulla necessità che all'esito di condanna si approdi in ogni caso per un ammontare certo di denaro: 4.51 *iudex si condemnet, certam pecuniam condemnare debet, etsi certa pecunia in condemantione non sit*[25].

Dalla rappresentazione gaiana del sistema processuale *per formulas* è agevole evincere, dunque, non soltanto la proiezione del processo civile verso la condanna pecuniaria, ma più in generale il disegno ampio e coerente di un'architettura che sospinge ad affrontare l'incertezza – quale si dà come premessa indefettibile per il radicarsi stesso del giudizio civile – attraverso raffinate tecniche di monetizzazione[26].

Ciò sottolineo per ribadire che, in un significato che a me pare profondo e rappresentativo di un modello generale, la condanna pecuniaria comporta che il farsi della certezza proceda in tutt'uno con la quantificazione della somma di denaro.

In altre parole, è la pecunia a farsi misura stessa della certezza di una *regula iuris*.

4. Altri meccanismi di determinazione pecuniaria

È utile ora allargare la prospettiva ad altri meccanismi di determinazione pecuniaria.

Si pensi al testo di Ulp. 5 *de omni. trib*. D. 42.2.6 pr.-1: *certum confessus pro iudicato erit, incertum non erit. 1. Si quis incertum confiteatur vel corpus sit confessus Stichum vel fundum dare se oportere, urgueri debet, ut certum confiteatur: item eum, qui rem confessus est, ut certam quantitatem fateatur*.

---

[25] Varvaro 2008, p. 169.

[26] Va ribadito, in premessa, il riconoscimento della funzione del denaro quale misuratore di valore: di recente, in specie ponendo mente a Iav. 10 *ep*. D. 46.1.42, D'Alessio 2022, p. 67. Sul procedimento di stima a mezzo di denaro, nella cornice del processo formulare, rimane essenziale lo studio di Tafaro 1980, dal quale emerge un utile sfondo concettuale, riferibile all'arco tra Servio e Ulpiano. Inoltre, Burdese 1989, p. 175 ss.

La relazione concettuale che viene istituita tra la *confessio* e il *iudicatum* poggia proprio sulla certezza di ciò che ne è oggetto[27].

In questo caso, la produzione del certo giuridico passa attraverso la confessione; anche la confessione, in effetti, si presta a essere presa in esame sotto l'aspetto di una tecnica utile a consentire l'approdo a un *certum* di pecunia.

Viene in luce, qui, un itinerario convergente rispetto a quello segnato dal giudizio civile, in quanto orientato alla determinazione pecuniaria della regola.

Invece, è il giuramento a essere preso in considerazione, in una prospettiva del tutto analoga, in Ulp. 26 *ad ed*. D.12.2.34.6: *Ait praetor: eum, a quo iusiurandum petetur, sovere aut iurare cogam: alterum itaque eligat reus, aut solvat aut iuret: si non iurat, solvere cogendus erit a praetore*. Si tratta di un passo alquanto tormentato, del quale è plausibile la ricostruzione proposta da Mario Varvaro, stando al quale nella formulazione originaria si sarebbe affermato: *si certam pecuniam petetur, solvere aut iurare cogam*, più probabilmente che *si certum petetur, solvere aut iurare cogam*[28].

Il passo appare rimaneggiato[29], eppure non è dubitabile che a sorreggere il ragionamento sia il nesso tra il *solvere* (avente per oggetto un certo, probabilmente di denaro) e il *iurare*.

Che si tratti di confessione oppure di giuramento, quel che qui preme evidenziare – dunque portando lo sguardo al di fuori dei confini del giudizio civile – è che la tecnica di produzione del certo giuridico contempla, quale passaggio essenziale, una determinazione in termini pecuniari.

Com'è noto, il giuramento, in quanto atto sacramentale derivante dal sistema delle antiche *legis actiones* (precisamente, dal *sacramentum in personam*, un tempo in rapporto di cumulabilità alternativo con *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, nonché poi con la *condictio*) costituisce uno dei più solidi paradigmi del certo.

Un ragionamento appena più circostanziato sul giuramento richiederebbe di riflettere sul percorso che fu tracciato dalla giurisprudenza romana in direzione di un'estensione dell'idea stessa del *certum* processuale: in specie, sappiamo che quell'estensione arrivò a ricomprendere – è da seguirsi sul punto l'ampia ricostruzione proposta da Antonio Saccoccio[30] – le *operae libertorum*.

Inoltre, un convergente percorso di estensione è quello che interessò il giuramento *in iure delatum*, il quale dall'area originaria dell'*actio certae creditae pecuniae*

---

[27] Cfr. Fiori 2003, p. 208 ss. e nt. 40; in specie p. 210: «se la *confessio* è *certae pecuniae*, si compie direttamente la *manus iniectio* (tab. 3,1); altrimenti si provvede – esattamente come nel caso di una *iudicatio* che non sia relativa a *certa pecunia* – ad una *damnatio* intesa non come 'condanna', bensì come semplice 'quantificazione del *damnum*', ossia del pregiudizio patrimoniale per il convenuto». Sul testo, si veda inoltre Varvaro 2008, p. 157 s., ove ragguagli bibliografici. Che l'equiparazione tra confessione e *iudicatum* discenda dalle regole decemvirali si ricava già da Betti 1914-1915, p. 705 s.; cfr., inoltre, Kaser, Hackl 1996, p. 137.

[28] Cfr. Varvaro 2008, p. 161 ss.

[29] Autorevolmente, Kaser, Hackl 1996, p. 269, nt. 27. In tal senso, già Wenger 1938, in specie p. 115, nt. 64; Biondi 1913, p. 25; Amirante 1954, p. 11, 55.

[30] Saccoccio 2002, p. 37 ss.

(e dell'*actio consitutae pecuniae*) si sarebbe esteso sino a comprendere il campo della *condictio certae rei*: si tratta di uno scenario che risulta comprovato da uno scolio di Stefano[31].

Già sulla base di quanto detto fin qui, emerge con chiarezza quali siano le logiche di fondo del sistema: attraverso strade differenti, l'obiettivo è pur sempre quello di rendere certa la regola sostanziale in forza dell'impiego di tecniche di determinazione accomunate da un'idea di fondo, quella stando alla quale la pecunia funge da misuratore universale e imprescindibile.

Da questo punto di vista, può cogliersi una certa qual complementarietà tra i percorsi segnati da accertamento processuale, confessione e giuramento.

5. L'efficienza del modello della *condictio*

Nella cornice dei problemi che ho fin qui cercato di rappresentare, un mutamento profondo nelle tecniche di produzione del certo fu quello introdotto dalla *condictio* formulare.

Com'è risaputo, rispetto alle precedenti forme del processo *per legis actiones*, la *legis actio per condictionem* venne a offrire una procedura semplificata per i crediti di *certa pecunia* (a seguito della *lex Silia*), nonché per i crediti di *certa res* (per effetto della *lex Calpurnia*)[32].

Con il passaggio alla *condictio* formulare, la procedura orientata all'ottenimento del *certum* raggiunse uno straordinario livello di razionalizzazione.

Lo schema decisorio imposto dalla formula rivelava la sua preziosa efficienza fin già per l'architettura dell'accertamento che ne costituiva il nucleo: si tratta di un'architettura – anche ciò è quantomai noto – basata sull'alternatività *si paret – si non paret*, sicché in tal caso la scelta del giudice risultava rigorosamente astretta entro le linee di un'indagine di fondatezza della pretesa espressa in *intentio*[33].

Per converso, restava in radice elisa la necessità di una valutazione in ordine al *quantum*.

---

[31] Cfr. Sch. 1 *ad* B. 22.5.34 (Heimb. II, 559), su cui Varvaro 2008, p. 166; cfr., inoltre, Varvaro 2014, p. 267 ss., in specie nt. 95, sulla connessione con Ulp. 27 *ad ed*. D. 13.3.1 pr.

[32] Saccoccio 2002, p. 12 ss. Di recente, nella prospettiva formulare, Fercia 2021, p. 269 ss., il quale su questi temi è tornato nella relazione ARISTEC del 2023, dal titolo *Oggetto della prestazione e configurazione delle tutele: il modello rimediale romano alla prova del presente*, di prossima pubblicazione (si tratta di un testo che ho potuto leggere per la cortesia dell'Autore).

[33] Basti pensare all'impostazione proposta da Kaser 1966, p. 1 ss. Su siffatta alternatività, quale emerge a livello sia logico che grammaticale, sviluppa gran parte delle sue riflessioni critiche Fiori 2003, p. 1 ss., fin già in sede di discussione dell'ampia letteratura consolidatasi sul punto; cfr. anche Varvaro 2008, p. 124 ss., con ripresa di problemi che avevano trovato un'impostazione assai originale in Selb 1974, p. 9 ss.; di recente, si veda inoltre Biccari, 2017, p. 135 ss., p. 144 ss., nonché in relazione a quanto nella *formula* è posto a precedere l'*intentio*, p. 150 ss.; ma, su ciò, si veda soprattutto Pellecchi 2003, in specie p. 171 ss. Nella letteratura precedente, rimane imprescindibile lo scenario rappresentato da Betti 1914, p. 674 ss.

Più ampiamente, l'introduzione della *condictio* formulare comportò la definizione di un modello processuale nuovo, incentrato sul *certum dari oportere*.

Tale modello faceva dell'alternatività tra *si paret* e *si non paret*, sviluppata intorno a un'oggetto di pretesa insuscettibile di ulteriori elementi probatori in ordine al *quantum*, il binario di determinazione della scelta tra *condemna* e *absolve*.

Così, anche nel raffronto con altre formule munite di *intentio certa*, quella della *condictio* appare come una struttura formulare prototipica: il processo civile si presenta allora come il più efficace canale di produzione del certo, precisamente nel senso che la regola fissata in giudizio viene tradotta in un quantitativo di denaro.

Quel modello processuale, sviluppatosi intorno all'idea della determinatezza della somma di denaro, rimase a fungere da riferimento generale nei termini del *certum dari*.

Vale la pena ora precisare, quantomeno per cenni, alcuni aspetti che mi sembrano in grado di integrare il quadro d'insieme.

Anzitutto, occorre rilevare che l'efficienza del modello processuale della *condictio* si collegava all'obliterazione, che la peculiare modalità di costruzione della formula contribuì a comportare, del rilievo della *causa petendi* rispetto al raggio di accertamento del processo.

Il che rappresentava una ragione di distinzione della *condictio* rispetto ad altre procedure più antiche: basti tenere a mente la tecnica processuale dell'*agere per sponsionem*.

Sotto il medesimo aspetto, rappresentato da un tal quale percorso di astrattizzazione della procedura, inoltre, viene ad apprezzarsi la maggior efficienza della *condictio* rispetto alla *postulatio.*

Nelle logiche del giudizio introdotto dalla *condictio* (e ancora una volta si tratta di logiche intrinseche alla conformazione della formula), la fonte dell'obbligazione restava dunque al di fuori dell'area della rilevanza giuridica; quale architrave fondamentale su cui far poggiare il funzionamento del processo era adottato, invece, proprio il tratto della certezza della pretesa.

Orbene, una siffatta tensione, interamente rivolta all'obiettivo rappresentato dalla determinazione pecuniaria del credito, aveva a manifestare la sua efficienza anche sotto un altro profilo: mi riferisco all'eliminazione radicale delle esimenti di responsabilità.

In effetti, a mente della natura della condanna, si sarebbe dimostrata irrilevante qualsiasi valutazione in ordine a un'eventuale *difficultas adimplendi* del debitore.

Com'è noto, il principio di indistruttibilità del denaro – a voler utilizzare in questo modo il linguaggio contemporaneo – rende per definizione illimitata la responsabilità del debitore pecuniario. Secondo altra prospettiva, il denaro rappresenta un bene di genere e, come si sa, *genus numquam perit*. Pertanto, nessuna ragione di impossibilità ovvero di ritardo assume rilevanza giuridica quando a risultare dovuta sia una somma di denaro.

L'esito, che in antico era rappresentato dalla possibilità di attivare la *manus iniectio*, illumina la *ratio* fondamentale su cui poggia l'intero regime della *condictio*:

per un verso, il processo civile mira alla pronta determinazione della regola in termini pecuniari e, per altro verso, l'epilogo è quello rappresentato dall'inesorabile esecutività della condanna.

Tra gli effetti che si potrebbero definire correlati, rispetto al consolidarsi del modello della *condictio*, merita di essere segnalato il percorso di progressiva definizione del ruolo del *iudex*, in specie quale figura differenziata rispetto a quella dell'*arbiter*[34].

È opinione consolidata che i poteri del *iudex* si caratterizzassero, almeno in linea del tutto generale, per i minori margini di discrezionalità che ne definiscono la perimetrazione, rispetto a quanto avveniva in presenza di un giudizio dell'*arbiter*.

Va detto che un siffatto sistema di produzione del certo conosceva articolazioni significative.

Se l'intera vicenda collegata alla *condictio* si presta a essere osservata sotto il riguardo della conformazione di un meccanismo di determinazione del certo, ben si comprende come la formula della *triticaria* rappresenti, per più di un aspetto, una deviazione.

In effetti, con la *triticaria* viene a mancare una correlabilità, per lo meno se la si intenda come diretta e immediata, tra *intentio* e *condemnatio*. Per la *triticaria*, la certezza si sarebbe riferita alla *res*, non invece alla *pecunia*, sicché si sarebbe data la necessità di trascorrere dall'*intentio* alla *condemnatio* facendo applicazione di specifici criteri di quantificazione, ossia proprio quei criteri che avrebbero assicurato la determinabilità della somma posta in *condemnatio*[35].

Nel novero degli strumenti rispondenti a una funzione liquidatoria della pretesa, che dunque potrebbero dirsi *lato sensu* complementari rispetto all'accertamento in senso stretto, quale si sarebbe svolto entro il recinto del processo, infine merita una menzione l'*arbitrium liti(s) aestimandae.*

Dell'*arbitrium liti(s) aestimandae* ci dà testimonianza Cicerone, nel *de oratore*[36].

---

[34] Cfr. XII Tab. 2.2; 9.3; 2.1b = Gai. 4.17; *Frag. Atestinum* 1.7. In argomento, Broggini 1957, punto di partenza per una letteratura ispirata a una certa revisione delle posizioni wlassakiane; si veda quindi l'inquadramento proposto da Crifò 1958, p. 894 ss. Di recente, in prospettiva di sintesi sulla monografia del 1957, Broggini 2002, p. 425 ss., poi Broggini 2007, p. IX ss. In anni recenti, una rappresentazione perspicua dei problemi posti dall'arbitrato romano si ricava da de Giovanni 2010, p. 333 ss.; inoltre, Rampazzo 2012; Sitzia 2014, p. 239 ss. Mi permetto infine di richiamare dalla Massara 2012a, p. 113 ss.; dalla Massara 2012b.

[35] Cfr. Mantovani 1999, p. 49; Varvaro 2023, p. 103 ss. e 111 ss.

[36] Mi riferisco a 1.36.166-67: *potes igitur, inquit Crassus – ut alia omittam innumerabilia et immensa, et ad ipsum tuum ius civile veniam –, oratores putare eos, quos multas horas exspectavit, cum in campum properaret, et ridens et stomachans Scaevola, cum Hypsaeus maxima voce, plurimis verbis, a M. Crasso praetore contenderet, ut ei, quem defendebat, causa cadere liceret, Cn. autem Octavius, homo consularis, non minus longa oratione recusaret, ne adversarius causa caderet, ac ne is, pro quo ipse diceret, turpi tutelae iudicio,* 167 *atque omni molestia, stultitia adversarii, liberaretur? Ego vero istos, inquit – memini enim mihi narrare Mucium –, non modo oratoris nomine, sed ne foro quidem dignos putarim. Atqui non defuit illis patronis, inquit Crassus, eloquentia, neque dicendi ratio aut copia, sed iuris civilis prudentia: quod alter*

In antico, una tal quale valutazione rimessa all'arbitro si sarebbe dovuta richiedere mediante *postulatio*.

Resta inteso che, in quel caso, la procedura si sarebbe compiuta senza che l'esito fosse quello di delineare un'alternativa tra *condemna* e *absolve*; per l'appunto, quello strumento si sarebbe rivolto unicamente alla *aestimatio litis*.

Pur non avendo notizie sicure intorno all'*arbitrium liti(s) aestimandae*, credo sia da reputarsi ancora affidabile l'ipotesi avanzata da Paul Huvelin, nel senso che «il faut bien, pour parvenir à l'exécution par la *manus iniectio*, liquider en argent le droit du demanduer, qui ne porte pas sans doute sur une *certa pecunia*, et, pour cela, il faut demander au magistrat la nomination d'un *arbiter*, en la forme d'une *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Nous assistons précisément au débat qui tend à cette nomination»[37]. Il meccanismo messo in campo sarebbe in tal modo quello in base al quale si sarebbe chiesto al magistrato la nomina di un arbitro, però senza che in questo caso si aprisse lo spazio per un accertamento, giacché la finalità era proprio quella di addivenire a una monetizzazione.

Secondo Huvelin, l'inaridirsi post-ebuziano del *sacramentum* avrebbe lasciato in campo una «fiction d'un *sacramentum* accompli»[38], che nella cornice formulare avrebbe manifestato la sua utilità in vista del processo esecutivo.

Il nodo colto da Huvelin si rivela prezioso, allorché s'intenda comprendere la razionalità dell'intero sistema: per un verso, sulla scorta di Wlassak[39], egli collega la formula della *postulatio* a quella che sarebbe stata necessaria in ipotesi di *confessio certae rei*, giacché lì la *certa res* non si sarebbe rivelata immediatamente indicativa di una determinata quantità di moneta; per altro verso, egli chiude il suo saggio ponendo la domanda più impegnativa, ossia quella che sospinge a riflettere sul collegamento tra l'*arbitrium liti(s) aestimandae* e la formula delle *condictio*.

Si tratta di scenari vasti e per larga parte aperti, entro i quali rimane comunque centrale il ruolo svolto dalla quantificazione della moneta, di cui anche l'*arbitrium liti(s) aestimandae* si rende fattore[40], ancora una volta in funzione della determinazione della regola.

6. Un modello del giudicare

Per quel che – sempre privilegiando in queste pagine una visione generale e di sintesi – ho creduto di poter evidenziare, il processo formulare romano conosceva un modello, quello della *condictio*, immediatamente identificabile per le sue peculiarità.

---

plus, lege agendo, petebat, quam quantum lex in Duodecim Tabulis permiserat; quod cum impetrasset, causa caderet: alter iniquum putabat plus secum agi, quam quod erat in actione; neque intellegebat, si ita esset actum, litem adversarium perditurum.

[37] Cfr. Huvelin 1907, p. 319 ss., in specie p. 329 s.

[38] Huvelin 1907, p. 248.

[39] Cfr. Wlassak 1904, p. 165 s.

[40] In questa prospettiva, Burdese 1989, p. 191 e 194.

Naturalmente, si tratta per l'appunto di un modello, riconoscibile entro una varietà quantomai larga e multiforme di strutture processuali.

In specie, se il modello della *condictio* appare rappresentabile nei termini di una macchina produttiva di certezza, tale esito si sarebbe reso attingibile fondamentalmente sulla base di un artificio: le logiche sottese al funzionamento del nesso intercorrente tra *intentio* e *condemnatio* erano esattamente quelle che avrebbero condotto il giudice a emettere una condanna (sempreché la pretesa si fosse rivelata fondata) avente per oggetto una somma di denaro; insomma, forte e immediata era la linea di trazione che, in presenza di *condictio*, avrebbe sospinto alla certezza pecuniaria.

Sul versante opposto, si lasciava identificare un modello basato su una tecnica affatto differente di produzione del certo pecuniario: alludo ai giudizi basati su *intentio incerta*.

In tali casi, la *demonstratio*, posta a precedere un'*intentio* imperniata sul *quidiquid dare oportere*, avrebbe spostato il baricentro dell'intero processo sul momento dell'istruzione probatoria[41].

Così, tutt'all'opposto rispetto alle ipotesi in cui la pretesa espressa in *intentio* avrebbe fin da subito incanalato il giudizio sulla debenza di una somma predeterminata verso una netta alternativa (*aut aut*), qui il giudizio di fondatezza si sarebbe sviluppato necessariamente in tutt'uno con la valutazione sul *quantum* di denaro.

Ecco allora che si sarebbe rivelata decisiva la presa in considerazione di tutti gli elementi fattuali emergenti nella fase *apud iudicem*: in primo luogo, testimonianze e documenti.

Per un verso, viene pertanto a stagliarsi un modello processuale ispirato alla massima efficienza processuale, e ciò soprattutto in forza di un'istruttoria processuale grandemente ridotta; per altro verso, invece, s'identifica un modello processuale caratterizzato da discrezionalità ampia. In questo secondo caso, il giudice è chiamato a valutare il *quidiquid* che, per l'appunto, risulti dovuto sulla base di ogni possibile elemento di valutazione.

---

[41] Per una ricostruzione della storia delle formule con *demonstratio*, Fiori 2003, cit., in specie p. 237 ss. Nella letteratura recente, Gröschler 2017, p. 122 ss.; cfr. anche Gröschler 2002; in precedenza, Varvaro 2008, p. 167 ss.; inoltre, resta fondamentale il disegno tracciato da Talamanca 1987, p. 44 ss.; ancor prima, Arangio-Ruiz 1974, p. 357 ss. Che poi, entro una prospettiva differente, l'incertezza dell'*intentio* rappresenti una ragione di minor rischio di perdere la lite, rispetto all'ipotesi in cui l'*intentio* sia *certa*, è constatazione banale, ma non inutile rispetto alla comprensione del quadro generale: in altri termini, è in presenza di *intentio certa*, per la connessione tra questa e il *plus petere*, che si riscontra il *periculum*. Muovendo da Gai 4.53, si veda Angelosanto 2020, p. 54 ss. Tenendo in considerazione anche Cicerone (*pro Rosc. Com.* 11) e Seneca (*de benef.* 3.7.5), si può affermare che le *intentiones certae* nonché, in generale, i certi limiti delle formule definiscono lo scenario più adeguato alla protezione degli interessi dell'attore quando quest'ultimo sia ragionevolmente confidente nella vittoria processuale. Viceversa, «se l'attore non gode di 'certe' prospettive di successo è per lui invece conveniente confidare nella discrezionalità e libertà decisionale dell'*arbiter*»: così Angelosanto 2020, p. 55; in generale, si tratta di considerazioni che meritano di essere inquadrate nella prospettiva che lo studioso definisce «cautelare», proprio quella di cui si è soliti parlare con particolare riferimento al commentario quarto di Gaio.

È chiaro che il discorso fin qui proposto risulta prospettabile soltanto nei termini di un'ampia ricognizione di modelli generali. Mi pare tuttavia innegabile che, entro una scala pressoché inesauribile di gradazioni della discrezionalità del giudicante, un nucleo originario, nitido nei suoi profili, si lascia identificare.

Una certa idea del *iudicare*, risalente già al processo *per legis actiones* e persistente nel processo formulare romano, è quella che si collega all'accertamento di una pretesa avente per oggetto un *certum* di *pecunia.*

In tal senso, non può sfuggire che in un passo della *pro Roscio*, Cicerone lasci affiorare l'idea secondo cui *iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae*[42]; tra i tanti profili di interesse del passo[43], mette conto evidenziare che il *iudicare*, in un senso che si potrebbe a questo punto definire ristretto e per taluni versi prototipico, sarebbe dunque quello che si esercita a fronte della pretesa diretta alla *certa pecunia*[44].

Diversamente, quando il giudizio sia viceversa orientato all'*incertum*, occorrerebbe por mente piuttosto al modello generale dell'*arbitrium*.

Quanto a una siffatta caratterizzazione della relazione tra *iudicium* e *arbitrium*, alcune consonanti riflessioni sembra di poter ricavare dalla lettura di Seneca[45].

Insomma, quella che emerge è una (possibile) visione di sintesi del processo civile.

L'immagine di un'idea stretta del *iudicare*, in quanto attività articolata attorno a un *aut aut*, trova corrispondenza nell'etimologia di *ius* e di *ius-dicare* proposta da Varrone nel *de lingua latina*[46].

---

[42] Mi riferisco a 10-11: *pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem, in qua legitimae partis sponsio facta est. Hic tu si amplius HS nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti, propterea quod aliud est iudicium, aliud est arbitrium. Iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae; ad iudicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus; ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil neque tantum, quantum postulavimus, consequamur.*

[43] Faccio rinvio al lavoro di Angelosanto 2020, p. 41 ss., in specie p. 43, nt. 33.

[44] La considerazione è da inquadrarsi in una prospettiva più ampia di giustapposizione tra le formule *Si-Satz* e *Quod-Satz*, per utilizzare la terminologia di Selb 1974; cfr., inoltre, Kaser 1976, in specie p. 10. In precedenza, Magdelain 1954, p. 10 ss. Esiti originali si ricavano da Carcaterra 1973, p. 532 ss. In tempi più recenti, questi problemi ha affrontato soprattutto il lavoro di Fiori 2023, p. 121 ss.; p. 186 ss. e, in via di sintesi, p. 193 s.

[45] Si pensi al passaggio del *de beneficiis* 3.7.5: *praeterea, quaecumque in cognitionem cadunt, conprendi possunt et non dare infinitam licentiam iudici; ideo melior videtur condicio causae bonae, si ad iudicem quam si ad arbitrum mittitur, quia illum formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit, huius libera et nullis adstricta vinculis religio et detrahere aliquid potest et adicere et sententiam suam, non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia inpulit, regere.* Sul punto, proficua la lettura di Angelosanto 2020, p. 47 ss., ove viene tracciato un percorso senecano nel quale trova spazio anche il passo del *de clem.* 2.7.3, ove si precisa: *clementia liberum arbitrium habet; non sub formula, sed ex aequo et bono iudicat et absolvere illi licet et, quanti vult, taxare litem*.

[46] Cfr. 6.7.61: *dico originem habet Graecam, quod Graeci* δεικνύω *Hinc <etiam dicare, ut ait> Ennius: Dico hunc dicare <circum metulas>. Hinc iudicare, quod tunc ius dicatur; hinc iudex, quod iu<s> dicat accepta potestate; <hinc dedicat>, id est quibusdam verbis dicendo finit: sic enim aedis sacra a magistratu pontifice prae<e>unte dicendo dedicatur. Hinc, ab dicendo, indicium; hinc illa: indicit <b>ellum, indixit funus, prodixit diem, addixit iudicium; hinc appellatum dictum in mimo, ac dictiosus; hinc in manipulis castrensibus <dicta ab> ducibus; hinc dictata in ludo; hinc dictator magister populi, quod is a consule debet dici; hinc antiqua illa <ad>dici numo et dicis causa et addictus.*

Viene lì istituito un collegamento con il greco δεικνύω: in forza di ciò, risulterebbe accreditata l'idea secondo cui il giudicare sarebbe, almeno in un certo senso (senza dubbio non esaustivo, eppure senza dubbio significativo) quello di indicare[47], entro un percorso che lascia al giudice la scelta alternativa tra fondatezza e infondatezza della pretesa.

Proprio in questa funzione del 'discernere' sarebbe, allora, la funzione caratterizzante del giudice, e ciò a distinguere la sua attività rispetto a quella svolta dall'*arbiter*.

In altre parole 'giudice', in un certo (e antico) significato, è colui che risulta chiamato a decidere quale tra le parti in contesa abbia avanzato una pretesa conforme al *ius*. In origine, come si sa, si trattava di valutare propriamente la conformità dell'affermazione presa in quanto tale.

Né quell'idea del *iudicare* avrebbe contemplato margini di estensione o riduzione rispetto alla valutazione del *quantum* pecuniario, giacché invero il meccanismo della formula impostata sul *si paret certum dari* avrebbero razionalizzato, già a monte, quel problema.

7. *Gewissheit*, *Aufklärung*, *Sicherheit*

Torniamo alla domanda iniziale: cosa deve intendersi per certezza?

Se obiettivo di queste riflessioni è quello di ricostruire talune linee caratterizzanti di un peculiare modello di determinazione della *regula iuris* all'interno del processo formulare, confido che sia fin qui emersa la piena centralità del profilo rappresentato dalla determinazione pecuniaria.

Si può dire che, proprio in tal modo, venga a realizzarsi una *Gewißheit*[48].

Ciò deve intendersi nel senso che la funzione del giudicare corrisponde al rendersi certa della regola secondo quella funzione essenziale di accertamento che si sviluppa sulla base dell'*intentio* costruita in forma alternativa (*aut aut*).

Dunque, la certezza della regola si manifesta in termini di *Gewißheit*, nella misura in cui abbia a realizzarsi un processo di costruzione di conoscenza[49]; in questo modo, la regola viene ad apparire come un'evidenza.

È questo un primo modo di intendere la certezza all'interno del processo formulare romano.

---

[47] Cfr. Fiori 2003, p. 87 s. e nt. 60. Si tratta della medesima prospettiva generale entro cui si collocano le osservazioni di Varvaro 2008, p. 168, nt. 587.

[48] Sulle polisemie della certezza, nonché in specie sulla polarizzazione tra certezza intesa come *Gewißheit* e certezza in termini di *Sicherheit*, Angelosanto 2020, p. 2 s., nt. 6, anche con richiamo alla polemica tra Thibaut e Savigny, declinata nel senso dell'alternativa tra sistema codicistico e sistema giurisprudenziale. Sull'ambivalenza semantica collegabile ai segni *Gewißheit* e *Sicherheit*, Schulz 1934, in specie p. 162 ss. Inoltre, si veda la discussione sviluppatasi nel contesto del convegno su *La certezza del diritto nell'esperienza storica e attuale*, organizzato dalla Società Italiana di Storia del Diritto nel 2010: di quella discussione è testimonianza in tv.unimore.it; inoltre, da quel convegno discendono le riflessioni proposte da Solidoro 2018, p. 321 ss.

[49] Viene in rilievo uno dei molti significati del latino *certus*: cfr. Heumann, Seckel 1907, p. 65 s.

In una diversa prospettiva, si potrebbe parlare di *Aufklärung*; quest'ultima si darebbe in quanto si richieda un'attività che sia, al contempo, interpretativa e certificativa: o meglio, risulta certificativa nella misura in cui è interpretativa.

Nel richiamare l'idea di *Aufklärung*, una suggestione che propongo è quella che proviene dall'attività interpretativa e determinativa che pure viene svolta dal direttore d'orchestra, il quale è chiamato a leggere lo spartito musicale per tradurlo in musica; ma, come avrebbe suggerito Theodor Adorno, soltanto nella messa in atto, dunque a valle dell'interpretazione dello spartito, la musica esiste[50]: prima dell'esecuzione, fatalmente, quella musica non è.

Dunque, si potrebbe anche dire che, mediante *Aufklärung*, si perviene a *Gewißheit.*

Nel momento stesso del farsi certa della *regula iuris*, si realizza un superamento del piano della mera persuasione soggettiva, a vantaggio del raggiungimento di quella che viene proposta in termini di sicura conoscenza.

Il processo di conoscenza si presenta, a quel punto, in guisa di fatto oggettivo; proprio per effetto di un processo di conoscenza, la regola conquista per sé una precisa obiettività.

Rispetto a ciò risulta decisiva – il punto va ancora ribadito – la dimensione processuale entro cui si colloca l'intera vicenda.

Ulteriore aspetto della certezza è quello che si coglie *ab externo*, su un piano generale e – per dir così – dei valori dell'ordinamento.

Ecco allora che qui viene in rilievo un'idea di certezza che suggerirei di intendere come *Sicherheit*[51]: se la regola che trova determinazione nel processo civile risponde a razionalità, allora i consociati percepiscono una generale affidabilità del sistema; in qualche misura, la *Sicherheit* implica anche una certa prevedibilità, la quale appaga un'esigenza generale.

In altre parole, è una prospettiva di politica del diritto quella nella quale può apprezzarsi la certezza del sistema processuale nel suo complesso.

8. Profili di un modello processuale

Almeno un cenno merita di essere riservato, prima di concludere, alle prospettive che si dischiudono nel pensiero del Novecento, qualora si presti attenzione alla peculiare struttura del credito avente per oggetto una somma di denaro.

Occorre por mente, anzitutto, alla ricostruzione proposta da Tullio Ascarelli: in specie, se si pensa alla teorica (esposta dapprincipio ne *La moneta*[52]) attorno ai debiti

[50] Adorno 2001.

[51] Sulla distinzione tra *Gewißheit* e *Sicherheit*, in termini parzialmente differenti, Lombardi 1967, p. 567 ss., nonché p. 588 ss. Come detto, la polarità tra *Gewißheit* e *Sicherheit* è letta invece alla luce di quella tra la legge, paradigmaticamente nella forma del codice, e l'attività interpretativa sviluppata dalla scienza giuridica, nella polemica tra Thibaut e Savigny: in questa prospettiva, più ampiamente, Thibaut, Savigny 1982. Nel senso di una certezza giuridica che trova fondamento nella funzione insostituibilmente svolta dalla giurisprudenza romana, Grosso 1956, p. 1319 s.

[52] Alludo ad Ascarelli 1928.

di valuta, è noto che il loro tratto identificativo è ravvisato nel fatto che essi abbiano per oggetto originario una somma di denaro; diversamente, nei debiti di valore il denaro non costituirebbe l'oggetto originario della prestazione, bensì sarebbe rappresentativo di un valore altro, tipicamente il bene giuridicamente tutelato di cui il denaro è chiamato a misurare la lesione[53]. Com'è risaputo, il terreno d'elezione dei debiti di valore si ritrova nell'area della responsabilità extracontrattuale.

Dato per presupposto l'impianto ascarelliano, fondato quindi sull'idea della differente funzione sottesa ai debiti del denaro e a quelli di valuta, è utile soggiungere che specialmente a far data da una pronuncia a Sezioni Unite della Suprema Corte del 2016, il debito di valuta sembra doversi identificare, ancora una volta nel necessario raffronto con il debito del valore, in ragione degli «stringenti criteri» che sono alla base della sua determinazione in termini pecuniari[54].

Torna dunque l'idea di fondo che la determinatezza ovvero la determinabilità in termini di denaro assurgano a parametro di determinazione della regola applicabile.

Ciò va inteso nel senso che l'intero regime giuridico applicabile ai debiti di valuta – per intenderci, la sequenza che va dall'art. 1277 all'art. 1284 c.c., oltreché l'art. 1224 c.c. – presuppone che l'obbligazione imponga l'adempimento a mezzo di una somma di denaro determinata o determinabile, senza che possano sussistere margini di discrezionalità.

Basti giust'appena rammentare che la qualificazione del debito in termini di valuta comporta l'applicazione di regole che si differenziano rispetto a quelle chiamate a governare i debiti di valore. Come si sa, nell'ambito dei debiti di valuta l'architrave è rappresentato dall'art. 1277 c.c., nel quale gli interpreti ravvisano il riconoscimento del principio nominalistico. Oltre a ciò, basti por mente alla regola della mora automatica al momento della scadenza del debito, cui si collega anche la regola dell'identificazione del luogo dell'adempimento presso il domicilio del debitore, nonché, conseguentemente, quella che segna il foro competente.

Orbene, giunto al termine di questa panoramica in sorvolo su taluni tatti caratterizzanti del processo formulare romano, mi sembra sia consentito trarre qualche conclusione.

Credo di non ingannarmi se scorgo tutt'oggi, al di sotto del modello dei debiti di valuta, il pulsare di un'idea antica: l'idea è quella che, nel giudizio civile, la *regula iuris* trovi la ragione della sua definizione, anzi del suo stesso *fieri*, in forza della determinazione che essa riceve in termini di pecunia.

---

[53] Sulla ricostruzione ascarelliana, sia consentito il rinvio a dalla Massara 2012c, p. 3 ss., in specie nt. 3.

[54] Più precisamente, il riferimento è a Cass. Sez. Un., 13 settembre 2016, n. 17989: mi ero occupato delle implicazioni sistematiche di quella pronuncia, con particolare attenzione alla costruzione ascarelliana, in dalla Massara 2018, p. 536 ss. Recentemente, ho ripreso quel tema nella relazione, dal titolo *Le trasformazioni della moneta*, da me proposta il 2 dicembre 2022 all'Assemblea dei Civilisti Italiani svoltasi a Roma, all'Università 'La Sapienza', in corso di pubblicazione in *Accademiaassociazionecivilisti.it*; da quelle riflessioni scaturisce anche dalla Massara 2024, p. 36 ss.

In questa prospettiva, più esattamente la certezza è da intendersi come il punto di approdo di una quantificazione pecuniaria.

Come già ho detto, la pecunia si rende misura di certezza della regola.

Se si guarda al processo formulare romano, essenziale è il nesso intercorrente tra *intentio* e *condemnatio*: su di esso si reggeva l'efficiente funzionamento della *condictio*, formula prototipica del *certum dari oportere*.

Si tratta di un modello processuale di straordinaria razionalità: la rigida alternativa tra *si paret* e *si non paret* avrebbe astretto il giudice a compiere una scelta entro le linee di un'indagine sulla fondatezza della pretesa; e si tratta di un'indagine che avrebbe invece escluso la necessità di ogni valutazione in ordine al *quantum.*

In precedenza, si è visto come alla medesima efficienza avessero contribuito, per un verso, l'espunzione del rilievo della *causa petendi* dal raggio di accertamento del processo e, per altro verso, la proiezione verso la condanna pecuniaria, di talché ogni valutazione in ordine alla *difficultas adimplendi* del debitore si sarebbe dimostrata irrilevante.

Eccoci al termine di queste considerazioni attorno alla certezza.

Confido che si siano almeno intravisti i profili generali di un modello processuale che ha percorso la linea della storia dal processo formulare romano fino al contemporaneo.

Mi è parso possibile, in tal modo, prendere consapevolezza di un peculiare modo di intendere il *fieri* della regola, dunque il suo rendersi certa a misura del tradursi in una somma di denaro.

Così si sarà potuto forse cogliere qualche fascio di luce sull'idea, inafferrabile non meno che necessaria, della certezza.

Bibliografia

Adorno 2001 = Th. W. Adorno, *Zu einer Theorie der musikalischen Reproduktion*, hrsg. von H. Lonitz, Frankfurt am Main 2001.

Amirante 1954 = L. Amirante, *Il giuramento prestato prima della 'litis contestatio' nelle 'legis actiones' e nelle 'formulae'*, Napoli 1954.

Albers, Patti, Perrouin-Verbe 2022 = G. Albers, F.P. Patti, D. Perrouin-Verbe (eds.), *Causa contractus*, Tübingen 2022.

Angelosanto 2020 = A. Angelosanto, *Prevedibilità degli esiti giudiziali e 'ius controversum'. Tecniche di 'calcolo' attraverso le 'formulae': tracce nel pensiero dei giuristi romani*, Napoli 2020.

Arangio-Ruiz 1974 = V. Arangio-Ruiz, *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, p. 357 ss.

Ascarelli 1928 = T. Ascarelli, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova 1928.

Batista 1970 = N.M. Batista, *Condemnatio pecuniaria*, in *Romanitas* 10 (1970), p. 349 ss.

Beghini 2023 = M. Beghini, *Giurisprudenza e convenzioni atipiche*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto* 13 (2023), p. 323 ss.

Betti 1914 = E. Betti, *Su la formola del processo civile romano*, in *Filangieri* 49 (1914), p. 674 ss.

Betti 1914-1915 = E. Betti, *L'effetto della 'confessio' e della 'infitiatio certae pecuniae' nel processo civile romano*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino* 50 (1914-1915), p. 705 s.

Betti 1932 = E. Betti, voce *Formula*, in *Enciclopedia italiana*, IV, Roma 1932, p. 706 ss.

Biccari 2017 = M.L. Biccari, *Dalla pretesa giudiziale alla 'narratio' retorica (e viceversa). Spunti di riflessione sulla formazione dell'avvocato romano e la sua azione*, Torino 2017.

Biondi 1913 = B. Biondi, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo 1913.

Blank 1982 = H. Blank, *'Condemnatio pecuniaria' und Sachzugriff*, in *ZSS* 99 (1982), p. 303 ss.

Bobbio 1951 = N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?* in *Riv. int. fil. dir.* (1951), p. 146 ss.

Bretone 2008 = M. Bretone, *'Ius controversum' nella giurisprudenza classica*, in *Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei* 23 (2008), p. 755 ss.

Broggini 1957 = G. Broggini, *'Iudex arbiterve'. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957.

Broggini 2002 = G. Broggini, *Iudex arbiterve*, in *RDR* 2 (2002), p. 425 ss.

Broggini 2007 = G. Broggini, *Studi di diritto romano e storia del diritto*, Napoli 2007, p. IX ss.

Burdese 1988 = A. Burdese, Rec. a *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, in *SDHI* 54 (1988), p. 420 ss.

Burdese 1989 = A. Burdese, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *Sem. Compl.* 1 (1989), p. 175 ss.

Burdese 1991-1992 = A. Burdese, *La certezza del diritto nell'esperienza di Roma antica*, in *Atti dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti* 150 (1991-1992), p. 315 ss.

Bürge 1982 = A. Bürge, *Geld- und Natural- Wissenschaft im Vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in *ZSS* 99 (1982), p. 128 ss.

Cannata 1961 = C.A. Cannata, voce *Formula*, in *Nov. dig. it.*, VII, Torino 1961, p. 583.

Cannata 2003 = C.A. Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.1, Torino 2003.

Carcaterra 1973 = A. Carcaterra, *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani ('interpretatio iuris')*, in *SDHI* 39 (1973), p. 532 ss.

Cardilli 2016 = R. Cardilli, '*Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione*, Napoli 2016.

Cardilli 2022 = R. Cardilli, *Obbligazione e diseguaglianza. Per una lettura critica dell'obbligazione in Friedrich Karl von Savigny*, Bologna 2022.

Caria 2016 = C. Caria, *Certezza del diritto e prevedibilità. Una riflessione sul tema*, in *D@S* 14 (2016), p. 5 ss.

Carnelutti 1943 = F. Carnelutti, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.* (1943), p. 81 ss.

Corsale 1988 = M. Corsale, voce *Certezza del diritto. Profili teorici*, in *Enc. dir.*, VI, Roma 1988, p. 274 ss.

Crifò 1958 = G. Crifò, voce *Arbitrato (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, p. 894 ss.

D'Alessio 2011 = R. D'Alessio, *Pecuniae nomine non solum numerata pecunia*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto* 1 (2011), p. 79 ss.

D'Alessio 2018 = R. D'Alessio, *Il denaro e le sue funzioni nel pensiero giuridico romano. La riflessione giurisprudenziale nel Principato*, Lecce, 2018.

D'Alessio 2022 = R. D'Alessio, *Alcune note minime su 'aestimatio' e 'pretium'*, in *Sem. Compl.* 35 (2022), p. 57 ss.

dalla Massara 2012a = T. dalla Massara, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e 'iudicium': un itinerario della giurisprudenza classica*, ne *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, II, Padova 2012, p. 113 ss.

dalla Massara 2012b = T. dalla Massara, *Studio sui rapporti tra 'sententia iudicis' e decisione arbitrale*, Napoli 2012.

dalla Massara 2012c = T. dalla Massara, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova 2012.

dalla Massara 2018 = T. dalla Massara, *Liquidità e illiquidità, valuta e valore: per una ridefinizione dei confini concettuali*, in *Riv. dir. civ*. (2018), p. 536 ss.

dalla Massara 2021 = T. dalla Massara, *Il consenso annichilito*, Bologna 2021.

dalla Massara 2022 = T. dalla Massara, *Emilio Betti, l'obbligazione, il processo*, in *Emilio Betti e il processo civile*, a cura di A. Carratta, L. Loschiavo, M.U. Sperandio, Roma 2022, p. 61 ss.

dalla Massara 2023 = T. dalla Massara, *Postilla*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto* 13 (2023), p. 334 s.

dalla Massara 2024 = T. dalla Massara, *Trasformazioni della moneta e nuove configurazioni del rapporto obbligatorio*, in *Contr. impr.* (2024), p. 36 ss.

De Giovanni 2010 = L. de Giovanni, *L'arbitrato nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, p. 333 ss.

De Martino 1988 = F. De Martino, *Certezza del diritto in Roma antica*, in *Fondamenti* 12 (1988), p. 15 ss.

Fercia 2021 = R. Fercia, *La 'doppia veste' processuale del certum. Quinto Mucio e 'la conceptio verborum' della 'condictio formulare'*, in *MEP* 24 (2021), p. 269 ss.

Ferrary 2011 = J.L. Ferrary (a c. di), *'Leges publicae'. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2011.

Fiori 2003 = R. Fiori, *'Ea res agatur'. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003.

Fox, Ernst 2016 = D. Fox, W. Ernst (eds.), *Money in the Western Legal Tradition: Middle Ages to Bretton Woods*, Oxford 2016.

Gianformaggio 1988 = L. Gianformaggio, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. discipl. priv. - Sez. civ*., II, Torino 1988, p. 274 ss.

Giunti 2013 = P. Giunti, *'Iudex' e 'iurisperitus'. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in *Iura* 61 (2013), p. 47 ss.

Gröschler 2002 = P. Gröschler, *'Actiones in factum'. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin 2002.

Gröschler 2017 = P. Gröschler, *'Demonstratio' e 'intentio': antinomia nel processo formulare?*, in *LR* 6 (2017), p. 122 ss.

Grossi 2017 = P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari 2017.

Grosso 1956 = G. Grosso, *Intervento di chiusura*, in *Atti del convegno degli amici de 'Il diritto dell'economia' (Torino, 20-21 ottobre 1956)*, in *Il diritto dell'economia* 2.10 (1956), p. 1319 s.

Grosso 1960 = G. Grosso, *Premesse generali al corso di diritto romano*[4], Torino 1960, p. 147 ss.

Guarino 1992 = A. Guarino, *L'incertezza del diritto*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, Milano 1992, p. 659 ss.

Guarino 1994 = A. Guarino, *Pagine di diritto romano*, I, Napoli 1994, p. 26 ss.

Hackl 1996 = K. Hackl, *'Praeiudicium' im klassischen römischen Recht*, München 1976.
Heumann, Seckel 1907 = H. Heumann, E. Seckel, voce *Certus*, in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1907, p. 65 s.
Huvelin 1907 = P. Huvelin, *L'arbitrium liti aestimandae' et l'origine de la formule*, in *Mélanges Gérardin*, Paris 1907, p. 319 ss.
Kaser 1966 = M. Kaser, *'Oportere' und 'ius civile'*, in *ZSS* 83 (1966), p. 1 ss.
Kaser 1976 = M. Kaser, *Formeln mit 'intentio incerta', 'actio ex stipulatu' und 'condictio'*, in *Labeo* 22 (1976), p. 7 ss.
Kaser, Hackl 1996 = M. Kaser, K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*[2], München 1996.
Lipari 2015 = N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.* (2015), p. 1115 ss.
Lo Cascio, Mantovani 2018 = E. Lo Cascio, D. Mantovani (a c. di), *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, Pavia 2018.
Lombardi 1967 = L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967.
Longo 1979 = M. Longo, voce *Certezza del diritto*, in *Nov. dig. it.*, II, Torino 1979, p. 124 ss.
Lopez de Oñate 1942 = F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Roma 1942.
Lovato 2018 = A. Lovato, *'Pretium' e 'quanti ea res est' nei giuristi: rapporto fra il prezzo di mercato e il calcolo giuridico*, in *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, Pavia 2018, p. 661 ss.
Magdelain 1954 = A. Magdelain, *Les actions civiles*, Paris 1954.
Mantovani 1999 = D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Padova 1999.
Marrone 1955 = M. Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA* 24 (1955), p. 5 ss.
Mercogliano 1988 = F. Mercogliano, *La certezza del diritto nell'antica Roma*, in *Index* 16 (1988), p. 417 ss.
Orestano 1967 = R. Orestano, *I fatti di normazione nell'esperienza giuridica romana*, Torino 1967.
Palma 2016 = A. Palma, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino 2016.
Pellecchi 2003 = L. Pellecchi, *La 'praescriptio'. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova 2003.
Peruzzi 1985 = E. Peruzzi, *Money in Early Rome*, Firenze, 1985.
Pistelli 2023 = F. Pistelli (a c. di), *Diritto pubblico e Diritto privato. La grande 'dicotomia' ieri e oggi*, Bologna 2023.
Pugliese 1967 = G. Pugliese, *Principi teorici e realtà pratica nei processi romani*, in *TR* 35 (1967), p. 298 ss.
Rampazzo 2012 = N. Rampazzo, *'Sententiam dicere cogendum esse'. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli 2012.
Romano 2021 = G. Romano, *Giuliano e i 'nova negotia'. Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi*, Torino 2021.
Rüfner 2016 = Th. Rüfner, *Money in the Roman Law Text*, in *Money in the Western Legal Tradition. Middle Ages to Bretton Woods*, cur. D. Fox, W. Ernst, Oxford 2016, p. 93 ss.
Saccoccio 2002 = A. Saccoccio, *'Si certum petetur'. Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustinianee*, Milano 2002.

Santoro 1967 = R. Santoro, *Potere e azione in diritto romano antico*, in *AUPA* 30 (1967), p. 103 ss.

Santoro 2009 = R. Santoro, *Per la storia dell'"obligatio'. Il 'iudicatum facere oportere' nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in *IAH* 1 (2009), p. 61 ss.

Santoro 2020 = R. Santoro, *Per la storia dell'"obligatio'*, Palermo 2020.

Sargenti, Luraschi 1987 = M. Sargenti, G. Luraschi (a c. di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del convegno (Pavia, 26, 27 aprile 1985)*, Padova 1987.

Schulz 1934 = F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, Leipzig 1934.

Selb 1974 = W. Selb, *Formeln mit unbestimmter Intentio iuris. Studien zum Formelaufbau*, I, Wien-Köln-Graz 1974.

Serrao 1973 = F. Serrao, voce *Legge (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, p. 794 ss.

Sitzia 2014 = F. Sitzia, *Riflessioni in tema di arbitrato in diritto Giustiniano e bizantino*, in *AUPA* 57 (2014), p. 239 ss.

Solidoro 2018 = L. Solidoro, *'Habent sidera lites': l'imponderabile nell'avventura processuale*, in *TSDP* 11 (2018), p. 1 ss.

Sordi 2020 = B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

Tafaro 1980 = S. Tafaro, *La 'interpretatio' ai 'verba' 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli 1980.

Talamanca 1987 = M. Talamanca, voce *Processo civile*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano 1987, p. 1 ss.

Talamanca 1995 = M. Talamanca, *Il 'Corpus iuris' giustinianeo fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova 1995, p. 771 ss.

Talamanca 1999a = M. Talamanca, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in I. Piro (a c. di), *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité*, Soveria Mannelli 1999, p. 137 ss.

Talamanca 1999b = M. Talamanca, *Il diritto romano come fattore di unificazione nel mondo antico*, in *Studi in memoria di G. Impallomeni*, Milano 1999, p. 405 ss.

Talamanca 2003 = M. Talamanca, *La 'bona fides' nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in L. Garofalo (a c. di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. IV, Padova 2003, p. 1 ss.

Thibaut, Savigny 1982 = A.F.J. Thibaut, F.C. Savigny, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. Marini, trad. it. a cura di M. Peretti, Napoli 1982.

Vacca 1976 = L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano 1976.

Vacca 1989 = L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino 1989.

Vacca 2006 = L. Vacca, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova 2006.

Varvaro 2008 = M. Varvaro, *Per la storia del 'certum'. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008.

Varvaro 2014 = M. Varvaro, *'Condictio' e 'causa actionis'*, in *AUPA* 57 (2014), p. 265 ss.

Varvaro 2023 = M. Varvaro, *Lineamenti di procedura civile romana*, Napoli 2023.

Venturini 1988 = C. Venturini, *Condanna 'in ipsam rem' e condanna pecuniaria*, in *Labeo* 34 (1988), p. 76 ss.

Weber 2016 = M. Weber, *Economia e società*, III, *Diritto*, trad. it. a c. di M. Palma, Roma 2016.
Wenger 1909 = L. Wenger, voce *Formula*, in *RE*, VI.2, Stuttgart 1909, coll. 2859 ss.
Wenger 1938 = L. Wenger, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. ital. di R. Orestano, Milano 1938.
Wlassak 1904 = M. Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in *ZSS* 25 (1904), p. 165 s.
Zoppini 2020 = A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020.

Incertezza del diritto e ruolo del giurista

Riccardo Cardilli
Università di Roma "Tor Vergata"

1. La 'certezza del diritto': storia di una ideologia

A. Certezza e norma giuridica scritta

L'obiettivo di un diritto certo non assicura quello di un diritto giusto. L'applicazione certa di una cattiva norma giuridica può soddisfare solo chi si accontenti di una ponderazione valoriale del giuridico al ribasso, simile per intenderci a quella prevalente nello statual-legalismo, dove l'idea dell'eguaglianza formale dei cittadini davanti alla legge prevale su quella di un diritto in continuo movimento, orientato al superamento delle diseguaglianze e, quindi, funzionale in un preciso momento storico alla costruzione di una società più giusta. D'altronde, privilegiare nel diritto la forma normativa, rende la certezza connaturata alla norma giuridica scritta (sia nella forma assertiva, prevalente nelle moderne costituzioni, sia nella forma dell'imperativo ipotetico, prevalente nei codici) quale strumento esclusivo di conoscenza e comprensione di ciò che è il diritto di uno stato.

A questa veste privilegiata, nella odierna concezione del diritto prodotto dallo stato, viene riconosciuto il compito di limitare l'incertezza del diritto. La natura statica e formalistica delle norme generali ed astratte, prodotte validamente dall'ordine giuridico, è sembrata, cioè, poter realizzare un diritto sempre e comunque certo, di fronte a situazioni ancora in esse non previste o regolate, in quanto attraverso l'interpretazione della norma si potrebbe dedurre il diritto da applicare. Per questa ragione, nella prospettiva kelseniana del cd. diritto puro, la certezza del diritto sarebbe una «illusione», in quanto per dedurre dalle norme positive in via di interpretazione nuovo diritto certo quel significato dovrebbe essere già contenuto nella norma stessa[1].

[1] Kelsen 1934 [2008], pp. 99-100, [p. 109]; al contrario, per Kelsen, «Das ist, da Gesetze Menschenwerk sind, nicht ausgeschlossen. Eine Norm kann auch einen sinnlosen Inhalt haben. Dann ist aber keine Interpretation imstande, ihr einen Sinn abzugewinnen. Denn durch Interpretation kann aus einer Norm nicht herausgeholt werden, was nicht schon vorher in ihr enthalten war.» p. 104, [p. 114] [lo spaziato è mio].

B. Incertezza del diritto e separazione dei poteri

V'è un punto nel quale due giganti del pensiero, quali Charles Louis de Secondat, barone de La Brède et de Montesquieu (1689-1755) e Johann Wolfgang Goethe (1749-1832), seppur espressione di due movimenti di idee molto distanti tra loro, sorprendentemente si incontrano. È quella della libertà politica quale rispetto dei doveri fissati nelle leggi.

In una conversazione del 19 febbraio 1831, Wolfgang Goethe affermò in relazione all'obbligo di vaccinazione, in risposta al medico Carl Vogel che lo aveva in cura:

> Io sono sempre perché ci si attenga strettamente alla legge, in particolare in età nelle quali prevale una eccessiva liberalità[2].

Il motto sarà ripreso, significativamente, da Justus Wilhelm Hedemann, nel suo libro sulle 'clausole generali', in un contesto storico di preoccupazione delle conseguenze sulla certezza del diritto dell'inserimento delle stesse clausole generali nei codici[3].

Il contesto storico e ideologico che porta a considerare il problema della incertezza del diritto quale disvalore – e il correlato principio della certezza del diritto quale obiettivo da perseguire –, è quello dell'illuminismo giuridico, nel quale si contrappone la libertà politica, realizzabile nella veste teorica della separazione dei poteri, al modello dispotico della monarchia assoluta. La soggezione del giudice alla legge vi assume quindi una sproporzionata importanza[4].

A tale riguardo vale la pena rileggere Montesquieu:

> È vero che nelle democrazie il popolo sembra fare ciò che vuole; ma la libertà politica non consiste affatto nel fare ciò che si vuole. In uno Stato, vale a dire in una società nella quale esistono delle leggi, la libertà non può consistere che nel poter fare ciò che si deve volere, e nel non essere costretti a fare ciò che non si deve volere. Bisogna avere ben chiaro in mente che cosa sia l'indipendenza e cosa sia la libertà. La libertà è il diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono; e se un cittadino potesse fare ciò che esse proibiscono, non ci sarebbe più libertà, perché tutti gli altri avrebbero del pari questo potere.
> [Montesquieu, *Esprit des Lois*, L.XI, Cap. 3 (1748) edizione Paris, 1851, 127-128].

> la libertà consiste nella sicurezza o almeno nella sensazione che si ha della propria sicurezza.
> [Montesquieu, *Esprit des lois*, L.XI, Cap. 6; l'affermazione si ripete in L.XII, Cap. 2].

---

[2] Goethe 1828-1832, pp. 270-272 (la frase è a p. 271).

[3] Sul tema delle clausole generali, per il mio punto di vista, si vd. Cardilli 2021a, pp. 365-396.

[4] Gallo 2014.

Nel primo orientamento interpretativo, Montesquieu fonda il principio «secondo il quale nessuno deve essere punito per aver commesso un'azione non vietata in precedenza dalla legge: questo è un principio fondamentale e necessario per la libertà politica, ma non sufficiente, dato che possono esistere delle leggi certe ma tiranniche»[5].

Nel secondo emerge l'altra faccia della medaglia del dispotismo, quello dell'arbitrio del potere del tiranno, arginabile con forme di «moderazione» del potere, il che evidenzia, almeno in Montesquieu che «la libertà politica non è quindi legata a una particolare forma di governo (monarchia e repubblica), ma è propria degli stati moderati, dove non si abusa del potere, dove il "potere frena il potere" (*Esprit des lois* L.XI, Cap. 4); di qui la necessità della separazione dei poteri)»[6].

Proprio questo nesso significativo tra certezza del diritto ed esercizio moderato del potere svela la chiave ideologica che spinge nel XVIII secolo il problema della incertezza del diritto nelle maglie della separazione dei poteri, quest'ultima quale scelta teorica del grande pensatore francese, il quale scarta consapevolmente l'alternativa del tribunato romano come strumento efficace di moderazione del potere[7].

C. Le clausole generali nei codici quale causa di incertezza del diritto

Espressione della preoccupazione dell'inserimento delle clausole generali nei codici è proprio il libro di Hedemann, sopra richiamato, terminato nel 1932 (prima della presa del potere da parte di Adolf Hitler), ma pubblicato poi nel 1933[8]. L'opera che – a detta del suo stesso autore – andava letta in chiave storica, sembra essere pervasa

[5] Cattaneo 1967, p. 57.

[6] Cattaneo 1967, p. 57.

[7] A differenza di Rousseau. Vd. al riguardo, sul confronto Rousseau-Montesquieu e sull'alternativa «divisione dei poteri» e «potere negativo», le pagine di Catalano 1971, pp. 59-62; pp. 116-125. Per Robespierre, che ricorda il tribunato accanto alla separazione dei poteri come strumenti di solito menzionati nella difesa della libertà politica dalla tirannide (la valorizzazione della notizia è in Catalano 1996, p. 123 ss.; p. 124), né l'una, né l'altro sarebbero in realtà efficaci allo scopo: «Commencez par modérer la puissance des magistrats. Jusqu'ici, les politiques qi ont semblé vouloir faire quelqu'effort, moins pour défendre la liberté, que pour modifier la tyrannie, n'ont pou immaginer que deux moyens de parvenir à ce but; l'un est l'equilibre des pouvoirs et l'autre le tribunat. […] C'est par la morne raison que je ne suis pas plus partisan de l'institutiton du Tribunat; l'histoire ne m'a pas appris à la respecter. Je ne confie point la défense d'une si grande cause à ces hommes foibles ou corruptibles. […] Il n'y a qu'un seul Tribun du peuple que je puisse avouer; c'est le peuple lui-même. C'est à chaque section de la République française que je renvoie la puissance tribuaiicienne; et il est facile de l'organiser d'une manière également éloignée des tempêtes de- la démocratie absolue, de la perfide tranquillité du despotisme représentatif.»; Discorso *Sur la constitution*, 10 maggio 1793, in Robespierre 1793, pp. 499-500.

[8] Hedemann 1933. Per Wegerich 2004, p. 44, la critica di Hedemann punta alla società liberale e non ai rischi connessi alla incontenibile ascesa nazionalsocialista, che prenderà il potere di lì a poco il 3 marzo del 1933. Del libro di Hedemann esiste ora un'ottima traduzione in italiano di Luca Nivarra, nella Collana *Bebelplatz,* con una introduzione dove si approfondisce anche il contesto storico; Hedemann 2022. Si vd. anche Stolfi 2023, pp. 1-29.

da due prospettive di fondo. Da un lato essa esprime la preoccupazione dell'abuso interpretativo che nell'attuazione giudiziale le clausole generali codificate possono indurre, dall'altro, sebbene in misura nettamente inferiore alla prima prospettiva, evidenzia anche una apertura al potenziale insito nel loro corretto uso[9].

Clausole generali e codici sembrano, comunque, divenire, nella nuova temperie nazionalsocialista, un possibile grimaldello contro il modello giuridico liberale. Heinrich Lange le qualificò quali «orologi a cucù nel sistema giuridico liberale» in un libricino[10] che Emilio Betti non mancò, nel 1935, nella prefazione del suo monumentale volume sul *Diritto romano*, di additare quale esempio di uso distorto del diritto romano[11]. La metafora di Lange, che di per sé non sarebbe degna di attenzione, venne sviluppata ed approfondita nel 1934 da Carl Schmitt, il quale vide nelle clausole generali del BGB proprio i 'vettori' di un pensiero giuridico innovativo e i 'punti di intrusione' di nuove idee della nuova società tedesca nazionalsocialista, in sostituzione di quelle del liberismo prima e del giuspositivismo poi. Alla «società borghese ed individualista» si veniva a sostituire – secondo Carl Schmitt – una interpretazione dei concetti quali '*Treu und Glauben*' e '*gute Sitte*' funzionali all'interesse nazional-popolare, appunto per l'affermazione di un nuovo pensiero giuridico[12].

I decenni della Germania nazista evidenziano come le clausole generali possano essere non soltanto una «concessione del Positivismo legislativo all'autoresponsabilità del giudice e ad un'etica sociale metapositiva», ma anche la possibile «strada a pressioni politiche ed ideologiche sulla giurisprudenza», con gravi effetti distorsivi sulla tenuta dell'ordine giuridico in chiave di incertezza del diritto applicato[13].

La corretta attuazione dell'ordinamento attraverso la concretizzazione giudiziale dei valori evocati nelle clausole generali dovrebbe ancorarsi alla esistenza di una morale omogenea e compatta nella società dove devono trovare attuazione e di cui la magistratura giudicante deve essere adeguata espressione. Ciò emerge con chiarezza nella prospettiva dogmatica di alcuni studi giuridici che negli stessi anni

---

[9] Hedemann non sembra pensare (o quanto meno non sembra rendersi conto della natura profetica delle sue parole) all'avanzata nazionalsocialista, di cui sarà anche sostenitore, sebbene egli resti per formazione un giurista dogmatico (allievo di Fischer) che intuisce l'importanza dei fattori economici per il diritto.

[10] Lange 1933, p. 5.

[11] «A prescindere dal modo affatto antistorico di porre le questioni, mi terrò qui pago di notare che le precipue critiche mosse dall'autore al dir. romano […] vanno piuttosto indirizzate contro la pandettistica tedesca tipo Windscheid»; Betti 1935, p. XXVI n.36. Non dimentica di segnalarlo, in una riconsiderazione delle reazioni della romanistica italiana agli attacchi al diritto romano tra le due guerre, Bartocci 2012, pp. 69-70 n. 27.

[12] Schmitt 1934, p. 49. Il rilievo del collegamento tra Schmitt e Lange è in Monhaupt 1989, p. 107 ss., in particolare p. 142. Sul Carl Schmitt del decennio dal '28 al '38 si vd. Rückert 2015, pp. 347-348.

[13] Wieacker 1980, pp. 180-190. Sulla prassi giudiziale durante il nazismo si vd. l'importante studio di Rüthers 1968, p. 210 ss.

evidenziarono il nucleo forte di significato che doveva riconoscersi al ricorso alla tecnica legislativa della clausola generale per dare concretezza ai principi e ai valori in essa codificati, in funzione di una valorizzazione del profilo solidaristico della comunità su quello individuale del singolo. Secondo le parole di Karl Larenz: «La richiesta di lealtà va oltre quella di una moderata restrizione del proprio interesse; richiede un'azione che tenga sempre d'occhio il legame con l'altro e, inoltre, la grande comunità di cui siamo responsabili. … Ogni tedesco sa cosa si intende; tuttavia, quale comportamento questo comandamento richiede in dettaglio, risulta in ogni caso dalla situazione concreta, nella misura in cui è visto dalla visuale della moralità nazionale, nel suo aspetto concreto come costume e come convinzione di chi pensa responsabilmente»[14].

Nei Codici civili (e non solo) successivi al BGB il ricorso alla tecnica legislativa della clausola generale si è fatta più frequente, dimostrando storicamente come essa fosse uno strumento adeguato di resistenza del Codice civile nel tempo, ove le nuove istanze economiche, politiche e sociali si affacciavano nelle società democratiche in Europa (ma anche in altre aree del mondo).

Possiamo dire che la clausola generale è stata nel XX secolo lo strumento normativo antitetico al modello chiuso della separazione dei poteri, che ha permesso una maggiore resistenza del Codice nel tempo, quale àncora di stabilità ed adeguamento del giuridico in epoche lontane dalle realtà sociali e politiche nelle quali il Codice aveva preso forma. Ciò sembra aver necessariamente determinato, dato il contesto politico connesso all'ideologia della separazione dei poteri nello stato democratico, un protagonismo del momento giudiziale e della formazione del ceto dei giudici e della loro cultura giuridica come *medium* (non automatico, ma ponderato e filtrato) di 'intrusione' di nuovi valori giuridico-morali e giuridico-politici emersi negli svolgimenti storici delle società europee del secondo dopo guerra[15]. Ciò ha in sostanza confermato quanto già avevano notato i primi commentatori del Progetto di BGB sopra richiamati, nell'evidenziare la clausola generale come strumento legislativo per addolcire la chiusura ordinamentale del modello del 'codice nazionale'. Le clausole generali hanno, in sostanza, permesso una parziale apertura del sistema chiuso, proprio dell'idea statual-legalista dell'ordinamento giuridico, determinando un'importante tenuta nel tempo dei contenuti codificati, senza pregiudicare di per sé la sicurezza del diritto.

La scelta sembra ora, nella nuova stagione di ri-codificazione oppure di modernizzazione dei codici esistenti, rafforzarsi, con un ricorso ancora più esteso alle clau-

[14] Larenz 1936, p. 109: «Die Forderung der Treue geht weiter als die einer mäßigen Beschränkung des eigenen Interesses; sie verlangt ein Handeln, das jederzeit die Verbundenheit mit dem andern und darüber hinaus die große Gemeinschaft im Auge behält, der wir verantwortlich sind. … Jeder Deutsche weiß, was gemeint ist; welches Verhalten im einzelnen aber dieses Gebot erfordert, das ergibt sich jeweils aus der konkreten Lage, sofern sie gesehen wird im Blick auf die völkische Sittlichkeit, in ihrer konkreten Erscheinungsweise als Sitte und als Überzeugung der verantwortlich Denkenden».

[15] Vd., al riguardo, con approfondimenti, Rückert 2015, pp. 307-311.

sole generali nella 'parte generale' dei codici civili, affidando quindi al momento interpretativo e giudiziale la loro sempre più ampia concretizzazione[16].

D. Diritto libero e realtà della incertezza del diritto

Nel 1906, sei anni dopo l'entrata in vigore del BGB, Hermann Kantorowicz, con l'evocativo pseudonimo di *Gneus Flavius*, si scagliò contro l'*idolum fori* della sentenza che applica la legge:

> "Tutte le sentenze sono fondate sulla legge!" Ma già oggi ci sottomettiamo volentieri ai tribunali arbitrali, nei quali il diritto statuale è espressamente escluso. E gli stessi tribunali statali si riferiscono sempre di più alla 'buona fede', ai 'buoni costumi', agli 'usi del traffico', all''equa valutazione' e ad altri surrogati legali. Certamente: "seguendo l'ordine espresso, statuale", dice l'obiezione popolare, – che è quindi ancora in grado di riconoscere la volontà dello Stato nella sua auto-negazione. O si direbbe anche che il giudice giudica secondo la legge se la nostra legge avesse un solo paragrafo: il giudice decide secondo la sua equa discrezione?![17]

Come è noto Gneo Flavio (figlio di un liberto di Appio Claudio e suo *scriba*) pubblicò (squarciando il velo di segretezza dell'operato del collegio sacerdotale dei pontefici) un libro sulle *actiones* (D. 1.2.2.6-7 Pomponius l.s. *enchir.*[18]).

Il 'movimento del diritto libero', evocando come momento simbolico l'atto rivoluzionario di Gneo Flavio, indicò nella previsione di articoli contenenti principi o concetti generali, l'espressione più evidente della natura non statuale di produzione del diritto privato e della ideologia sottesa alla separazione dei poteri nell'attuazione giudiziale dell'ordinamento come possibile strumento di maggiore certezza del di-

---

[16] Si vd. per il nuovo Codice civile del Brasile e dell'Argentina, quanto ho avuto modo di precisare in Cardilli 2003, p. 217 ss. e in Cardilli 2017, p. 763 ss. Per il Codice civile della Repubblica popolare cinese del 2020, entrato in vigore l'1 gennaio 2021, si vd. Cardilli 2019, p. 25 ss.

[17] Kantorowicz 1906, p. 39 s.: «"Begründung aller Urteile auf Gesetz!" Aber schon heute unterwerfen wir uns in immer steigendem Maß freudig Schiedsgerichten, in denen ausdrücklich staatliches Recht ausgeschlossen sein soll. Und die staatlichen Gerichte selbst beziehen sich immer mehr auf Treu und Glauben, auf gute Sitten, auf die Anschauung des Verkehrs, auf billiges Ermessen und andere Gesetzessurrogate. Freilich: "dem ausdrücklichen, staatlichen Befehl folgend", sagt der beliebte Einwand, – der demnach staatlichen Willen noch in seiner Selbstverneinung zu erkennen vermag. Oder würde man vielleicht auch dann noch sagen, daß der Richter nur nach dem Gesetz urteilt, wenn unser Gesetz nur den einen Paragraphen hätte: der Richter entscheide nach billigem Ermessen?!».

[18] : … *et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt. omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est. Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba eius libertini filius subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret et senator et aedilis curulis. hic liber, qui actiones continet, appellatur ius civile Flavianum, sicut ille ius civile Papirianum: nam nec Gnaeus Flavius de suo quicquam adiecit libro.*

ritto. Il modello liberale e l'orientamento giuspositivista portarono alla critica della presunta natura formale e a-valoriale dei contenuti giuridici codificati, insieme con la presa di coscienza dell'impossibilità di arginare l'incertezza del diritto derivante dall'attuazione giudiziale e dalla connessa (umanissima) discrezionalità del giudice[19]. In sostanza, quella del movimento del diritto libero era una presa d'atto della difficoltà di limitare l'incertezza dell'attuazione giudiziale della regola giuridica pur in un ordine giuridico codificato, in quanto proprio le formulazioni normative esprimenti valori generali sono declinabili nel concreto della vita giuridica a seconda della coscienza politica e sociale del tempo, quali vere e proprie 'porte di passaggio' per contenuti morali o politico-sociali nel diritto.

Da un punto di vista storico, poi, la tecnica legislativa delle «clausole generali» non ebbe una immediata presa all'interno dei contenuti normativi dei Codici civili giusnaturalisti[20], quanto rappresentò piuttosto l'espressione (forse inevitabile) della resa testuale del Codice civile più algido e freddo del panorama europeo dell'epoca, quel BGB del 1900 che tradusse l'opera concettuale e sistematica della scuola storica prima e pandettistica poi in un sistema normativo chiuso, risultato di un metodo fortemente orientato verso l'astrazione e la *reductio ad unitatem* del sistema del diritto privato. Il BGB, infatti, è il primo tra i codici che sembra, appunto, avere fatto ricorso coscientemente e in modo più ampio a questa tecnica legislativa, sebbene la presenza delle clausole generale non alimenti innovative attuazioni giudiziali nell'ordinamento tedesco per alcuni decenni dopo la sua entrata in vigore. Ciò conferma come non sia tanto di per sé sufficiente la loro previsione normativa, affinché queste inizino a produrre nuovo diritto, integrando e modificando quello esistente e veicolando contenuti non predeterminati nella norma codificata, quanto piuttosto sia necessaria la maturazione di un contesto giuridico-culturale che ne permetta una utilizzazione coerente alla coscienza sociale nella quale venga ad attuarsi giudizialmente quel diritto.

La previsione nel diritto liberale codificato di paragrafi che esprimevano l'accoglimento di concetti giuridici la cui natura 'principiale' ne impediva una concretizzazione normativa ex ante, lasciando come unica alternativa o quella di prevederli in chiave enunciativa nel testo codificato oppure di non prevederli affatto nel Codice,

[19] Si vd. come esempio della reazione al dogmatismo formale del BGB oltre che la conferenza tenuta il 5 aprile del 1889 alla Società giuridica a Vienna da Gierke 1889, anche la forte presa di posizione di Stammler 1902, in rapporto ad es. alla buona fede quale espressione di diritto giusto, p. 330 ss. Sull'importanza del problema delle clausole generali come momento di verifica della contrapposizione tra individualismo e collettivismo, si vd. ora lo studio approfondito di Auer 2005, p. 10 ss.

[20] Con ciò non voglio dire che nei codici civili preesistenti (in particolare quello francese, quello prussiano, quello bavarese, quello austriaco) gli articoli dei codici civili non includessero principi generali e concetti ampi che sostanzialmente potevano determinare problematiche simili, rispetto all'attuazione giudiziale del contenuto valoriale evocato. Nei contesti storici di loro emanazione, però, manca la consapevolezza del problema sollevato dalla prospettiva giuspositivistica, nella quale la contraddizione stridente tra il codice quale sistema chiuso e fondamento della dialettica legge-giudice che applica la legge e l'inclusione di principi nel tessuto normativo diventa un ossimoro da spiegare.

diede vita immediatamente (e già prima della sua promulgazione) a valutazioni critiche del loro ruolo nel Codice.

Già rispetto al Progetto del Codice civile, infatti, la dottrina tedesca si era soffermata sul problema, affermando che la previsione di tali paragrafi avesse la funzione di prevedere norme o clausole generali idonee a costruire un ponte di collegamento tra morale e diritto, e ciò soprattutto rispetto al § 106 dell'*Entwurf* in materia di nullità del negozio giuridico per sua contrarietà ai 'buoni costumi' (*die guten Sitten*)[21]. Nei *Motivi al Progetto di Codice civile tedesco* si evidenzia la natura consapevole della scelta normativa fatta, la quale garantirebbe «*alla discrezionalità dei giudici un margine di manovra in un modo fino ad oggi sconosciuto in un settore così ampio del diritto. Non possono escludersi errori*»[22]. Secondo Eduard Hölder era questo un rischio necessario che bisognava correre, escludendo in ogni caso che il giudice potesse esprimere attraverso questi paragrafi una concezione individuale della moralità, in quanto in questi casi il modello da prendere in considerazione avrebbe dovuto essere la moralità propria della comunità dei consociati[23].

Anche il giuspositivista Paul Laband[24] trovava la ragione di tale tecnica legislativa nell'impossibilità di predeterminare sempre ex ante il contenuto giuridico applicabile attraverso una normazione generale ed astratta. In particolare, per il giurista tedesco proprio la centralità del concetto di negozio giuridico nel diritto privato liberale renderebbe necessaria una interpretazione creativa e integrativa del contenuto degli effetti della volontà manifestata, la quale non potrebbe essere delimitata a monte nelle previsioni normative codificate, ma dovrebbe per forza rimettersi al momento decisorio del giudice. La *medietas* per Laband sarebbe la virtù da seguire nell'àmbito di queste formulazioni generali, le quali imporrebbero la formazione di un 'giudice' dotto e giurista preparato, che sia in grado di attuare tali valori senza cadere nell'arbitrio discrezionale.

Proprio gli sviluppi storici della compenetrazione tra esercizio della giurisdizione e decisione che interpreta la legge (e non semplicemente la applica, come avrebbe voluto l'ideologia della separazione dei poteri), ha determinato dopo la seconda guerra mondiale una grande produzione del diritto da parte dei giudici, presentata però nei panni della applicazione della legge, svelando la carica ideologica dell'*idolum fori*

---

[21] §106: «Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßt, ist nichtig»; *Entwurf* 1888, p. 25.

[22] *Motive zu dem Entwurfe* 1888, p. 211: «Dem richterlichen Ermessen wird ein Spielraum gewährt, wie ein solcher grossen Rechtsgebieten bisher unbekannt ist! Fehlgriffe sind nicht ausgeschlossen».

[23] Hölder 1888, p. 1 ss., in particolare pp. 102-103.

[24] Laband 1888, p. 161 ss., in particolare pp. 162-166 (p. 166: «Der Entwurf will nicht eine Dienstanweisung zur Civilrechtssprechung sein, die dem Richter die Mühe und Arbeit juristischen Denkens erspart; anderseits gebt er nicht soweit, eine richterliche Willkhür und Ungebundenheit einzuführen, welche mit der historischen Entwicklung, der nationalen Auffassung und der in den Reichsjustizgesetzen zu Gründe gelegten Stellung des Richtersamtes in Deutschland sich nicht vertragen würde… denn es ist besser, ein Rechtssatz ist trivial aber richtig, als er ist geistreich und originell aber falsch.»).

del collegamento inderogabile tra separazione dei poteri e certezza del diritto, quale frutto della stagione illuministica[25].

Il secondo Novecento e l'inizio del nuovo Millennio hanno ulteriormente confermato la sostanziale difficoltà della tenuta dell'ideale della certezza del diritto nelle premesse ideologiche della separazione dei poteri, in ragione di una crescente complessità delle fonti di produzione del diritto, sia nella dimensione nazionale, sia in quella sovranazionale, complessità che, trovandosi di fronte ad una scienza giuridica formata per lo più in chiave settoriale e nazionale, ha finito per assegnare definitivamente al solo momento giudiziale l'àncora di stabilità del momento attuativo dell'ordinamento[26]. La ricerca di una prevedibilità degli esiti di una controversia insegue percorsi sempre meno ancorati alla lettera certa della legge, e si dirige inevitabilmente verso gli orientamenti giudiziali, che nella loro intrinseca natura umana, provano (non senza difficoltà) ad essere riletti ex post in chiave di calcolabilità (*ratio*) delle soluzioni possibili[27].

2. Il problema della «incertezza del diritto» nel *ius Romanum*

Al contrario dei moderni, i giuristi romani considerano il *ius* una *ars boni et aequi*. La definizione di *ius* del giurista adrianeo Celso, tramandata nelle prime parole dei *Digesta* di Giustiniano (Ulpianus *libro primo institutionum* D. 1.1.1 pr.), è una definizione di genere e differenza specifica. *Ars* evidenzia la natura artificiale del diritto, correlata strettamente alla natura umana del fenomeno relazionale. Qui *ars* (in italiano arte, più artificio che scienza, in greco *technē* e non *epistēmē*) esprime un quid di dinamico, non rappresentativo di un contenuto percepito in chiave statica come nell'idea di norma giuridica. Il produrre, interpretare e attuare sono inclusi in una visione dinamica del giuridico, i quali non possono eludere ciò che per il giurista Celso è la stella polare che il *ius* come *ars* deve seguire, cioè il *bonum et aequum*.

L'immagine romana non si caratterizza né per una particolare fissità dei contenuti, né per una sua specifica forma di espressione, mostrandosi invece come un contenuto in movimento, in costante tensione verso il *bonum et aequum*. *Aequum* non sta qui né per eguaglianza di tutti davanti alla legge, né per 'equità canonica' (cioè la deviazione per ragioni di opportunità dalla regola comune normalmente applicata), ma sta per 'eguale' in proporzione. La misura romana dell'eguale nel diritto come arte significa alimentare il giuridico, nella produzione, nell'interpretazione e nell'at-

[25] Rispetto alla dottrina civilistica italiana, si vd. Lipari 2015, pp. 55-76. Si veda anche quanto evidenziato in Gallo 2014.

[26] Si vd. sul problema Zaccaria 2012, pp. 4-80. Rispetto al problema, collegato con l'incertezza, della (im)prevedibilità del diritto, si vd. Mazzamuto 2002, pp. 157-176.

[27] Si vd. al riguardo Irti 2016, che evidenzia tra le concause il «tramonto della sovranità» e la «diffusione del potere» (p. 151 ss.). Si vd. per una declinazione del problema nell'esperienza giuridica romana, Solidoro 2018, pp. 1-53.

tuazione, con l'eguagliamento di posizioni sentite eguali e differenziazione di regime giuridico per le posizioni diseguali.

Si tratta, quindi, di una concezione nella quale la dimensione della 'certezza' non è ricercata necessariamente né *ex ante*, nel momento della forma espressiva della fonte del diritto, e nemmeno *ex post* nel raggiungimento dell'obiettivo. Di qui una non rigida gerarchia delle fonti di produzione, né una sicura prevalenza valoriale del diritto scritto, su quello non scritto[28]. Al massimo la certezza del diritto potrà essere, in una visione di questo genere, una possibile ma non caratterizzante ricaduta dell'attuazione in concreto dell'ordine giuridico.

Questa importante costruzione del *ius* come *ars boni et aequi* è coerente alla stessa percezione romana della giustizia come virtù umana universale, inderogabilmente collegata al *ius* (*ius a iustitia appellatum est*; Ulp. *l.1 inst.* D. 1.1.1 pr.).

D. 1.1.10 pr. Ulpianus *libro primo regularum*
Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.
La giustizia è la costante e perpetua volontà di attribuire a ciascuno il suo diritto.

Secondo Ulpiano, ci sono esseri umani giusti ed esseri umani ingiusti, caratterizzandosi i primi come coloro che orientano – con fermezza e costanza – le proprie azioni cercando di attribuire a ciascuno il suo in base alla posizione di ciascuno nella comunità. L'attività umana orientata verso il giusto (che in quanto tale può essere fallace e non perfetta) non può intendersi in chiave esclusivamente attributiva di posizioni positive, ma è necessario accordargli anche il significato di attribuzione di posizioni negative. *Ius suum tribuere* va reso con il verbo italiano 'distribuire' o 'ripartire', più che attribuire. L'idea di attribuzione, infatti, rischia di trascinare con sé l'idea del vantaggio. Così come il segno *ius* qui usato non deve essere riletto in chiave di diritto soggettivo[29].

---

[28] D. 1.1.6.1 Ulpianus *l. 1 inst.*: *Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud Graecos:* τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ ἄγραφοι. D. 1.3.32 pr.-1 Iulianus *l. 84 dig.: De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs roma utitur, servari oportet. / 1.Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

[29] Per il significato storico della distinzione concettuale tra diritto oggettivo e diritto soggettivo, si vd. per tutti Albanese 1963, p. 1 ss.; Albanese 1978, p. 75 ss.; p. 197 ss. Per lo svelamento delle premesse ideologiche della distinzione, si vd. Catalano 2001, pp. 95-117. Che *ius suum* nella definizione ulpianea di giustizia non possa essere inteso né come diritto in senso oggettivo, né come diritto soggettivo, è affermato da Villey 1954, p. 364 s.; velocemente anche in Gallo 1988, p. 15 ss., in particolare p. 20 n. 80. Sul punto insiste giustamente Falcone 2007-2008, p. 133 ss. che interpreta la frase ulpianea quale «attribuzione della "posizione giuridica" che spetta a ciascuno: posizione non necessariamente favorevole quale la titolarità di un diritto, di una pretesa ecc., bensì anche, a seconda dei casi, di svantaggio», p. 136. Per il mio punto di vista, qui ribadito, si vd. Cardilli 2021b, p. 3 ss.

La difficoltà del normativismo di cogliere il significato romano di giustizia e il suo collegamento dinamico col diritto, svela la distanza ideologica delle due prospettive, in quanto, ricercando nella *voluntas* costante e perpetua la volontà dell'ordinamento giuridico positivo si rimane intrappolati nell'ossimoro del diritto giusto in quanto validamente posto, al di là dei suoi contenuti concreti, anche eventualmente molto ingiusti[30].

È altresì chiaro che – come Filippo Gallo ha dimostrato in uno studio rimasto classico[31] – la *permutatio legum* realizzatasi con la codificazione giustinianea può aver impresso alla definizione ulpianea di giustizia una sua stabilizzazione di contenuto, funzionale a giustificare l'intera opera di codificazione dall'imperatore Giustiniano, come realizzazione stabile ed imperitura della giustizia stessa (si vd. il concetto giustinianeo di *templum iustitiae* nelle costituzioni *Deo auctore* 5 e *Tanta* 20)[32].

I. 1.1 pr.: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*.
La giustizia è la volontà costante e perpetua che attribuisce a ciascuno il suo diritto.

La giustizia nei codici giustinianei viene cioè ad assumere una sua più statica determinazione collegata al contenuto del diritto fissatosi in essi e finalizzato alla applicazione giudiziale, come nella riflessa definizione delle Istituzioni imperiali (I. 1.1 pr.), dove la *tribuens voluntas* si incarna oramai nel contenuto certo dei codici, fondato sulla volontà dell'imperatore come personificazione stessa della giustizia. Qualcosa di analogo accadrà nella costruzione della cosiddetta «equità positiva» nei moderni diritti codificati[33].

Al contrario, la concezione del giurista classico Ulpiano è caratterizzata da una dinamica della giustizia che non è ingabbiata inesorabilmente nel contenuto normativo esistente in un certo momento storico, ma rappresenta una forza potenzialmente innovatrice e modificativa del diritto esistente, forza di critica e miglioramento espresse bene nell'attività caratteristica della giurisprudenza nella concezione ulpianea in Ulp. l. 1 *inst.* D. 1.1.1.1, quella appunto secondo la quale i giuristi «coltivano» la virtù della giustizia (*iustitia enim colimus*).

La giustizia di Ulpiano resta, quindi, coerente alla concezione propria della società romana – anche nel periodo cosmopolita dell'impero – come riflessa non soltanto nella giustizia correttiva, ma anche in quella distributiva, nell'apporzionamento

[30] Kelsen 1934 [2005], pp. 12-16 [pp. 25-29].

[31] Gallo 2010, p. 42 ss. (ne esiste una traduzione in lingua spagnola nella Collana *Tradición y Dogmatica* della editrice Eudeba di Buenos Aires, 2015). Si vedano anche le riflessioni di Miglietta 2016, p. 3 ss.

[32] Si vd. al riguardo Archi 1981, 39 ss.; Schipani 1999², p. 19 ss. Sull'importanza della codificazione nel tardoantico vd. Solidoro 2018, che parla di «'forma-codice'» quale «nuovo presidio e baluardo della prevedibilità giuridica» (p. 32).

[33] Vd. ora per l'approfondimento del ruolo di Vittorio Scialoja nella costruzione della nozione di «equità» positiva, Brutti 2013, p. 34 ss.

diseguale delle posizioni giuridiche[34]. Ciò se da un lato impone determinazioni di attribuzioni giuridiche diseguali e non esclusivamente di vantaggio, coerentemente alla diseguaglianza degli *status* delle *personae* e alle condotte compiute, dall'altro lato conduce ad un tendenziale eguagliamento del diritto degli esseri umani realizzato non esclusivamente sul piano della cittadinanza, ma anche dei contenuti del *ius gentium*, quale sistema aperto a tutti gli esseri umani.

In coerenza a questa dimensione universale del diritto, che porta Roma verso la realtà cosmopolita della tarda repubblica e dei primi secoli dell'impero, la scienza giuridica romana realizza nuove forme terminologiche dotate di maggiore astrazione. Ciò significa, per intenderci che, se da un lato resta nella visione romana come netta la concreta distinzione tra liberi e schiavi (così come d'altronde resta quella tipicamente romana tra padri e figli), dall'altro ciò non è di impedimento per la realizzazione di schemi unificanti, quali quelli delle *personae* (distinte in *liberi, liberti, servi*), degli *animalia* (distinti in domestici, mansuefatti e selvatici), delle *res* (distinte in private, pubbliche e comuni, in *mancipi* e *nec mancipi*, in mobili ed immobili, in corporali ed incorporali), dei *dominia* (distinti in civile, pretorio e provinciale), dei *contractus* (distinti in verbali, reali, letterali e consensuali), delle *obligationes* (distinte in civili, pretorie e naturali), delle *successiones* (distinte in testamentarie, legittime, pretorie, fedecommissarie), ecc. Tali forme linguistiche di espressione costruiscono categorie ordinanti la realtà, divenendone la struttura di riferimento, la quale viene a svincolarsi dalla vischiosità del quotidiano, del casistico, del subitaneo. Ora è il lessico giuridico a dominare la realtà e non è più il contrario[35].

Emerge così, dal II sec. a.C., la costruzione di una dimensione fortemente tecnica del pensiero giuridico, vero fondamento dei diritti odierni che ne sono gli eredi,

---

[34] Si tratta com'è noto di una concezione che Roma ha ereditato dal pensiero greco: Plat. *Rep.* I, 332β-ξ: ἠνίξατο ἄρα, ἦν δ' ἐγώ, ὡς ἔοικεν, ὁ Σιμωνίδης ποιητικῶς [332ξ] τὸ δίκαιον ὃ εἴη. διενοεῖτο μὲν γάρ, ὡς φαίνεται, ὅτι τοῦτ' εἴη δίκαιον, τὸ προσῆκον ἑκάστῳ ἀποδιδόναι, τοῦτο δὲ ὠνόμασεν ὀφειλόμενον.; Arist. *Eth. Nic.* 1130b30: τῆς δὲ κατὰ μέρος δικαιοσύνης καὶ τοῦ κατ' αὐτὴν δικαίου ἓν μέν ἐστιν εἶδος τὸ ἐν ταῖς διανομαῖς τιμῆς ἢ χρημάτων ἢ τῶν ἄλλων ὅσα μεριστὰ τοῖς κοινωνοῦσι τῆς πολιτείας (ἐν τούτοις γὰρ ἔστι καὶ ἄνισον ἔχειν καὶ ἴσον ἕτερον ἑτέρου) [1131 a 1] ἓν δὲ τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν. […] [1131a10] εἰ οὖν τὸ ἄδικον ἄνισον, τὸ δίκαιον ἴσον: ὅπερ καὶ ἄνευ λόγου δοκεῖ πᾶσιν. ἐπεὶ δὲ τὸ ἴσον μέσον, τὸ δίκαιον μέσον τι ἂν εἴη. ἔστι δὲ τὸ ἴσον ἐν ἐλαχίστοις δυσίν. ἀνάγκη τοίνυν τὸ δίκαιον μέσον τε καὶ ἴσον εἶναι καὶ πρός τι καὶ τισίν, καὶ ᾗ μὲν μέσον, τινῶν (ταῦτα δ' ἐστὶ πλεῖον καὶ ἔλαττον, ᾗ δ' ἴσον, δυοῖν, ᾗ δὲ δίκαιον, τισίν.; *Stoicorum Veterum Fragmenta* (von Arnim), III. 266 (Chrysippus): δικαιοσύνη δὲ ἕξις ἀπονεμητικὴ τοῦ κατ΄ἀξίαν ἑκάστω; *Rhet.ad Her*. 3.3: *Iustitia est aequitas ius unicuique rei tribuens pro dignitate cuiusque*; Cic. *de inv*. 2.160: *Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem*. Per una lettura del rapporto tra *iustitia* ed *aequitas* nella *Rhetorica ad Herennium*,. Schiavone 2005, p. 259 ss. Per un approfondimento delle basi filosofiche greche della nozione di giustizia come virtù soggettiva e della verifica storica delle loro concrete penetrazioni nella cultura giuridica romana, si vd. Atkins 1990, p. 258 ss. Sul tema si vd. ora, con valorizzazione della prospettiva giuridica romana, Mantovani 2017, pp. 27-55, in particolare p. 34 ss.

[35] Tocco problemi sui quali è ancora ampio il dibattito: si veda per le diverse posizioni Talamanca 1981, p. 35 ss. e Schiavone 1987, p. 25 ss.; Schiavone 2005, p. 171 ss.

alla quale si accompagna l'individuazione di regole giuridiche orientata a costruire parità di trattamento di sempre maggiori coorti di destinatari, espandendo in chiave circolare (ma con una tendenziale vocazione universale) la sensazione di giustizia dell'ordine giuridico attuato, coerentemente alla estensione trasversale della misura dell'eguale. Si realizza, cioè, un superamento dell'idea che la società umana sia regolata dalla sola mutevolezza dell'arbitrio del potere, e si fa strada l'idea del giuridico come alterità di contenuto e limite stesso al potere, divenendo strumento essenziale di gestione pacifica della società.

In un contesto di questo genere, la certezza del diritto non è una priorità, in quanto l'incertezza nell'attuazione di un *ius* percepito come un sistema dinamico ed in movimento verso obiettivi condivisi dalla comunità, esprime un valore sacrificabile sull'altare della ricerca della giusta soluzione del caso, che impatta su un ambito limitato dei soggetti coinvolti e non pretende di assumere il ruolo di un diritto eguale in astratto per tutti.

È chiaro che la costruzione di regole giuridiche induttivamente enucleate dai giuristi dalla realtà delle soluzioni giurisprudenziali (pareri), negoziali (prassi) e giudiziali[36], dirige a regolare situazioni seriali simili, movimento costruttivo che proprio dal II secolo a.C. si accompagna alla sopramenzionata costruzione di un nuovo lessico giuridico ordinante, determinando un cambio di paradigma. L'omogeneità della *regula iuris* realizza, per così dire, un ordine giuridico con maggiore similitudine seriale delle soluzioni e per ciò solo ordine sentito come maggiormente stabile[37], nel quale non si percepiscono tendenze discriminatorie ingiustificate, sebbene le regole possano in concreto non essere sentite come giuste. In sostanza, l'eguale trattamento di situazioni eguali, pur nella eventuale ingiustizia del precetto giuridico applicato, viene sentita di per sé più giusta, determinandosi così una rete regolativa resistente nel tempo.

In realtà, anche nella prospettiva odierna del diritto come sistema statico di norme validamente poste, un tale salto di qualità non sarebbe di per sé di impedimento alla formazione di norme dispotiche, condizionandone solo l'eguale applicazione.

---

[36] Sull'enucleazione in chiave induttiva della regola giuridica dalla realtà e non come diritto da cui si deduce il diritto applicabile, si vd. D. 50.17.1 Paulus *libro decimo sexto ad Plaut.*: *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*. È il giurista romano che tipizza la *regula iuris* dalla prassi quotidiana negoziale o giudiziale del diritto. Si confronti ad esempio il rapporto tra la *poena reticentiae a iurisconsultis constituta* in Cic. *de off.* 3.16.65-67 e la sentenza giudiziale di Catone padre dell'Uticense, sul quale vd. per la mia prospettiva Cardilli 2014, p. 77 ss. La *regula* è sempre criticabile e modificabile; si vd. ad esempio Celso sulla *regula Catoniana* in D. 34.7.1 Celsus *libro 35 digestorum.*

[37] Si vd. sull'importanza della costruzione delle *regulae iuris* dalla fine della repubblica, il fondamentale studio di Stein 1966, pp. 26-73. Palma 2016, p. 85 ss., ha accentuato come in tal modo la *iurisprudentia* reagisca «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» (p. 85). L'importanza delle *regulae iuris* come strada per dare stabilità e certezza al diritto è sottolineata anche da Solidoro 2018, pp. 26-28, ove anche l'evidenziazione puntuale del pensiero di Palma.

Ma è certamente in una concezione dinamica del giuridico, come quella romana, dove la complessità delle fonti di produzione del diritto trova nel momento prudenziale dei giuristi il suo faro di stabilità, momento orientato verso criteri migliorativi delle regole giuridiche in termini di eguaglianza proporzionale, la stabilità non è cercata nel formalismo della norma scritta che immagina in chiave utopica soluzioni identiche a livello giudiziale, ma nel concreto e mutevole operare dei giuristi, che è frutto di una omogenea concezione del giuridico, la quale li guida nelle soluzioni indicate ai giudici nel momento decisorio.

Ciò non significa, quindi, che il diritto romano non abbia la percezione del problema, ma che anche quando le fonti la segnalano, essa non è mai un valore autonomo, ma si innerva su un contenuto giuridico, percepito come più giusto per la comunità. Un esempio evidente si incontra nel contrappunto narrativo tra esercizio arbitrario del potere e certezza del diritto instaurata dal giurista Pomponio, il quale coglie a Roma un movimento dall'incertezza del diritto alla sua maggiore certezza nella *origo* e nel *processus iuris*. La fase dell'incertezza (*sine lege certa, sine iure certo*) è colta nell'esercizio quotidiano di tutte le cose attraverso il potere arbitrario (*manus*) dei re (*omnia manu a regibus gubernabantur*), quale caratteristica fondamentale dell'*initium civitatis*, la seconda nel *ius* creato dopo la divisione del popolo in *curiae*, l'emanazione di *leges* da parte dei re e la loro scritturazione in un *liber* da parte di Papirio, che così le compose ordinandole nel *ius Papirianum*[38].

Anche nell'ambito della tutela, la forma stessa del processo civile arcaico è costruita su un *lege agere*, cioè su un *agere per certa verba*[39]. Così, anche Gaio, rispetto alle *legis actiones*, evidenzia la natura immutabile delle parole da usare (Gai.IV.11)[40], prova di *certa verba* (Gai.IV.29)[41]. La pronuncia di parole certe e solenni, stabilmente

[38] D. 1.2.2.1-2 Pomponius *l.s. enchir.*: *Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur. / Postea aucta ad aliquem modum civitate ipsum Romulum traditur populum in triginta partes divisisse, quas partes curias appellavit propterea quod tunc reipublicae curam per sententias partium earum expediebat. et ita leges quasdam et ipse curiatas ad populum tulit: tulerunt et sequentes reges. quae omnes conscriptae exstant in libro Sexti Papirii, qui fuit illis temporibus, quibus Superbus Demarati Corinthii filius, ex principalibus viris. is liber, ut diximus, appellatur ius civile Papirianum, non quia Papirius de suo quicquam ibi adiecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit.* Sulla fonte, si vd. Lantella 1987, p. 223 ss. Sul *ius Papirianum* cfr. Mantovani 2002, pp. 59-70; Laurendi 2013, e in questi Atti la relazione di Oliviero Diliberto.

[39] D. 1.2.2.6 Pomponius l.s. enchir.: *Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret certas solemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones.*

[40] Gai.IV.11.: *Actiones, quas in usu ueteres habuerunt, legis actiones appellabantur uel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, uel ideo, quia ipsarum legum uerbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges obseruabantur. unde eum, qui de uitibus succisis ita egisset, ut in actione uites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de uitibus succisis actio conpeteret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.*

[41] Gai.IV.29.: *Ex omnibus autem istis causis certis uerbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse.*

fissate nei *mores* o nella *lex*, e il compimento di gesti simbolici rispondono, però, più che ad una esigenza di certezza dell'azione quale esigenza di certezza del diritto, alla costruzione di un *agere* 'rituale' (di qui i gesti simbolicamente compiuti e le parole pronunciate) che ingabbia nel *ius* la rappresentazione civile della *lis*.

La stessa natura 'certa' della pretesa, che nel processo *per legis actiones* assume un un suo specifico valore, è conseguente, più che ad una esigenza specifica di certezza del diritto, ad una politica di estensione della 'doverosità' tra i consociati propria dello schema dell'*oportere* quale tutela specializzata, dapprima per l'*oportere ex sponsione* con le XII Tavole, e poi in termini di *condictio* con le leggi Silia e Calpurnia[42].

Anche l'immagine ciceroniana dell'editto pretorio quale *lex annua*, che potrebbe assumere un significato rispetto al problema della incertezza del diritto, è a sua volta connessa, nella costruzione ciceroniana, più che al senso della stabilità, a quello della copertura della volontà popolare dell'*edictum perpetuum* attraverso l'elezione diretta del pretore[43].

L'importanza di una stabilizzazione in chiave di maggiore certezza del *ius*, rilevata comunque dai giuristi romani stessi, assume un suo più specifico valore nel tardo antico, dove emerge con maggiore sollecitudine la necessità di una codificazione del *ius Romanum*. L'obiettivo di dare maggiore stabilità e sicurezza nel tempo all'ordine giuridico e nel provare a limitare l'arbitrio giudiziale in chiave di eguale attuazione del diritto a situazioni eguali e, in parte, anche alla prevedibilità degli esiti di una controversia, sembra affacciarsi con maggiore consapevolezza, sebbene tale obiettivo non è scisso dalla selezione dei contenuti da fissare come diritto certo.

In questa prospettiva, più concreta e realistica, le soluzioni storicamente affacciatesi nella storia del diritto romano non sembrano tanto essere condizionate a monte da una preoccupazione della incertezza del diritto, ma possono dirsi a valle utili allo scopo, almeno per un certo periodo di tempo. Il problema dell'incertezza del diritto, infatti, seppur colto, attraversa senza particolare centralità la storia del diritto romano. In altri termini, il suo protagonismo come problema centrale nel giuridico contemporaneo è conseguenza di un condizionamento ideologico, più che storico, dovendosi al suo collegamento con lo stato di diritto nell'illuminismo giuridico, ove la proposta di una soluzione per così dire definitiva esprime il significato di una scelta teorica di politica del diritto che ha subito poi la realtà della storia.

Per questa ragione, ed in chiave di modello alternativo a quello utopico dell'illuminismo giuridico, voglio soffermare, in questa sede, la mia attenzione sulla realtà della incertezza del diritto e il ruolo della *interpretatio* del giurista in Roma antica, *interpretatio* che nelle fonti è considerata come fondante una stabilità nel tempo del

[42] Su questi problemi, mi permetto di rinviare a quanto ho avuto modo di precisare in *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione*, Napoli, 2016, pp. 64-81; pp. 212-232. Si vd. altresì in questi Atti, il contributo di Tommaso dalla Massara.

[43] Si potrebbe, invece, pensare alla figura dell'editto tralatizio, come fenomeno di consolidazione consuetudinaria del diritto pretorio in funzione di stabilizzazione nel tempo del testo normativo. Si vd. rispetto alla *lex annua* l'efficace immagine di «codice aperto» in Serrao 1987, pp. 51-100.

ius per la comunità, come è affermato a chiare lettere da Pomponio nel suo *enchiridion* (*proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*; D.1.2.2.12).

3. Un valido modello storico di incertezza: *responsa prudentium* e decisione giudiziale

Nel 1934, Fritz Schulz intese la certezza del diritto (*Sicherheit*) in due modi: «innanzitutto, la certezza che nella lotta contro il torto il diritto prevalga; in secondo luogo, la certezza del diritto esistente, la sicura riconoscibilità dell'ordinamento giuridico e la prevedibilità degli effetti giuridici che siano per nascere da una determinata situazione di fatto»[44].

Nella difesa di Savigny rispetto alla sua opposizione alla codificazione in Germania, Schulz stesso ebbe a precisare che: «La codificazione conduce all'interpretazione letterale ed allontana dalla considerazione della natura delle cose; essa simula una definitività ed una completezza che in realtà non possiede; essa suggerisce una formulazione astratta delle regole di diritto, che ai romani sembrava pericolosa, e irrigidisce troppo fortemente l'ordine giuridico anche per il futuro. […] L'epoca repubblicana e la classica ritengono che il modo più adatto per l'evoluzione delle norme giuridiche sia la loro determinazione attraverso una prassi guidata dalla giurisprudenza»[45].

D'altronde è proprio di fronte alla valutazione di casi atipici, in relazione ai quali la trama dei pareri tramandata poteva non essere di aiuto, che i giuristi romani non sembrano evidenziare una particolare sensibilità alla esplicitazione dell'iter logico-argomentativo che li ha condotti alla soluzione, dimostrando una forte sensibilità 'intuitiva' che è comunque considerata affidabile data l'*auctoritas* che i consociati gli riconoscono[46].

Come è stato efficacemente scritto da Max Kaser: «Dato che classici traggono il diritto in ultima analisi dalla loro intuizione, che è stata sviluppata al più alto grado di certezza, allora il riferimento ad argomenti deduttivi ha il solo valore confermativo, talvolta ritenuto superfluo»[47].

In questa prospettiva, il diritto romano tardo-repubblicano e dell'età classica è stato riconosciuto «instabile e sovrastabile insieme. È instabile, poiché la casistica e il dibattito tra giuristi spesso impediscono di determinare quale proposizione

[44] Schulz 1934, p. 162 ss.; Schulz 1936, p. 239 ss.; Schulz 1946, p. 206 ss.

[45] Schulz 1934, p. 9; Schulz 1936, pp. 13-14; Schulz 1946, pp. 11-12.

[46] Wieacker 1961, pp. 151-152; si vd. anche pp. 26-28. Sul tema problematico delle *rationes decidendi,* resta classico il lavoro di Horak 1969. Per un esempio emblematico si vd. il parere del giurista Labeone, ora in Ulp. l.11 *ad ed.* D.4.3.9.3, su cui rimando al mio, Cardilli 2023, pp. 341-364.

[47] Kaser 1962, p. 68: «Schöpfen die Klassiker das Recht letzlich aus ihrer zu höchster Sicherheit fortgebildeten Intuition, so hat die Zurückführung aus deduzierte Argumente daneben nur den Wert einer – bisweilen als entbehrlich empfundenen – Bestätigung».

legale 'si applichi'. È sovrastabile, poiché le asserzioni giuridiche critiche e criticate possono ugualmente essere considerate come appartenenti al diritto 'applicabile'»[48].

D'altronde, il giurista romano nel dare il parere al privato non emette sentenze in un giudizio, ma è elemento guida della futura decisione giudiziale, e questo ben prima del *ius respondendi ex auctoritate principis*[49].

La forza del *responsum ex collegio* nella *interpretatio* pontificale concretizza una interpretazione 'nel' diritto, propulsiva di produzione consuetudinaria della comunità cittadina quale *ius receptum*[50]. Statuizione topica caratterizzata da vincolatività per la comunità ed anche per i giudici che era direttamente proporzionale al ruolo, per così dire, 'costituzionale' del collegio sacerdotale all'interno della *res publica*, dimensionandosi su strati gerarchici dell'ordine giuridico del Comune di molto superiori al privato scelto dalle parti per decidere la controversia. Ma anche quando, con la tendenziale e sempre più marcata 'laicizzazione' della *interpretatio prudentium* nei secoli II e I a.C., il responso del giurista diviene in definitiva il parere di un privato cittadino, la sua percezione quale contenuto giuridico guida e stabilizzante il *ius* nel suo momento attuativo è direttamente proporzionale alla *auctoritas* che la comunità riconosce al giurista consultato. La possibile 'instabilità' di pareri contrastanti rilasciati da giuristi, quindi, trovava un contrappunto nello 'spazio' delimitato del numero dei pareri, elemento di certezza nella controversialità (*ius controversum*) che non intacca l'*auctoritas* dei *prudentes*, ma in realtà, a veder bene, la rafforza, perché concretizza nel tempo la rete monopolista della *prudentia iuris*[51]. Gli interlocutori immediati del responso sono i richiedenti, coloro quindi che hanno scelto liberamente di andare a chiedere il parere a quel giurista (per la sua *auctoritas*) e non a un altro. Degli interlocutori mediati (il pretore per questioni di azionabilità ed il giudice privato per questioni di relative a *quid venit in actionem*) è, però, il *iudex* scelto dalle parti quello più imbrigliato nella vincolatività del parere del giurista o nella rete delle possibilità date dai pareri contrastanti dei giuristi sul punto[52].

---

[48] Nörr 1974, p. 16.

[49] Gai. I, 7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur*. Si vd. la lettura approfondita fattane da Cannata 2003.

[50] Fondamentale, Gallo 1993, *passim*; sulle ragioni che hanno portato la moderna scienza giuridica a disconoscere o a svalutare la complessa interconnessione tra *interpretatio* e recezione *moribus* nella produzione consuetudinaria del diritto, si vd. 9 ss.; per esempi relativi all'introduzione di nuovi schemi negoziali (*mancipatio* come *imaginaria venditio*; *fiducia cum creditore* e *cum amico*; *emancipatio; testamentum per aes et libram; manumissio vindicta; stipulatio*) e di nuove figure di diritto sostanziale (*iura in re aliena*), si vd. 92 ss. Lantella 1997, p. 559 ss. qualifica l'interpretazione pontificale di questo periodo come *interpretatio* 'nel' diritto che si atteggia ad *interpretatio* della legge.

[51] Di qui la 'sovrastabilità' della instabilità, colta da Nörr 1974, p. 16. D'altronde, è stato autorevolmente precisato che anche il dibattito tra giuristi tardorepubblicani si proietta nella storia in chiave di 'prevalenza' di una soluzione sulle altre; si vd. il quadro ricostruito da Bona 1987, pp. 101-148, dove la ponderazione del rapporto problematico tra *ius receptum* e *ius controversum* (p. 126 ss.).

[52] Bona 1987, pp. 138-139.

I *responsa prudentium* sono, d'altronde, in un'altra prospettiva una dimensione diversa rispetto al giudizio. Il giurista, infatti, non accerta il fatto sottopostogli all'esame dai richiedenti il parere, cioè la veridicità dell'asserito, non ricerca una rispondenza tra fattispecie concreta e fattispecie astratta fissata nella norma giuridica. La descrizione del caso posto a fondamento del parere non è, infatti, verificata nella sua oggettiva realtà, a seguito di una indagine dettagliata e terza dell'accaduto, come nel processo, ma proviene dalla parte che richiede il responso (che avrà l'onere di provarlo in giudizio se necessario) e non viene messa in dubbio dal giurista. Egli la presuppone come comunque vera e ne trae, operando una selezione, ciò che ritiene dirimente per il parere stesso, proponendo anche possibili varianti di soluzione a seconda di possibili varianti di accertamento futuro in giudizio dei particolari dell'accaduto.

Il parere del giurista romano è, quindi, una dimensione altra rispetto al *iudicium* del giudice privato scelto dalle parti della controversia ed anche altra rispetto alla *iurisdictio* del pretore annualmente eletto dal popolo. Il parere del giurista romano riflette un *officium* tipico dell'esperienza giuridica romana, attraverso il quale è governata la società umana ed istituzionale, leggendone la trama concreta e tentandone di imbrigliare la complessità in una rete concettuale dotata di stabilità terminologica, divenendo a mano a mano una chiave di lettura privilegiata nel tempo, in chiave di omogenee linee di soluzione[53].

Al contrario l'*officium* del *iudex privatus* scelto dalle parti trova nella *formula* dell'azione un suo àmbito ineludibile di delimitazione, tanto da incorrere nel *litem suam facere* se non ne tiene conto, abusando così del suo potere decisionale e commettendo un (quasi) delitto privato (Gai. *l. tertio aureorum* D. 44.7.5.4). In un famoso testo del *liber singularis de iuris et facti ignorantia* di Paolo, ora in D. 22.6.9.3[54], rispetto alla *regula iuris ignorantia iuris non excusat,* Labeone indica il sapere giurisprudenziale e non il momento giudiziale quale strumento essenziale per la conoscenza del *ius*.

Nel parere del giurista romano si riflette un certo modo di ragionare nella valutazione empirica delle situazioni sottopostegli, dato che l'obiettivo non è quello di accertare la verità di quanto dichiarato dalla parte richiedente in relazione al fatto sottoposto a parere, da cui poi poter individuare la regola giuridica da applicare e, quindi, anche l'indicazione della possibile soluzione del caso. Il giurista romano col parere scioglie, risolvendolo, il problema giuridico posto dal caso specifico, parere che il richiedente potrà utilizzare nella fase giudiziale come argomento di autorità, senza però affidargli l'ulteriore compito di regola inalterabile nel tempo, preoccupazione che emerge invece con sempre maggior forza nella politica imperiale, fino alla

[53] A tale riguardo, gli ultimi secoli della repubblica rappresentano quella che è stata chiamata efficacemente l'«età della svolta»; Schiavone 1987, p. 25 ss. e «nuovo paradigma», Schiavone 2005, p. 155 ss.

[54] D. 22.6.9.3 Paulus *l.s. de iuris et facti ign.*: *Sed iuris ignorantiam non prodesse Labeo ita accipiendum existimat, si iuris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est.* Vd. sul testo la lettura fattane di recente da Angelosanto 2023, pp. 1-32, in particolare pp. 7-9.

definitiva codificazione nei *Digesta* giustinianei della *interpretatio prudentium* quale *lex* dell'imperatore[55].

I meccanismi attuativi del diritto moderno, invece, sono condizionati dalla esatta ponderazione del fatto, al fine di inquadrare giuridicamente la soluzione, in quanto si presuppone – nella falsa prospettiva del sistema chiuso e deduttivo dell'ordinamento giuridico moderno – che di fronte allo stesso fatto la soluzione giuridica debba essere unica (di qui l'utopica convinzione della certezza del diritto realizzata nella separazione dei poteri dello stato liberale).

Nella prospettiva moderna, cioè, si porta l'enorme quantità di informazioni relative all'accertamento del fatto quale attività inderogabilmente presupposta per poter maturare il giudizio, necessariamente inclusa in esso, determinando così un naturale rallentamento ed una complessa (se non impossibile) ponderazione della esatta configurazione della fattispecie in decisione che incide inevitabilmente sia sull'efficacia del momento attuativo dell'ordinamento, sia la sua stessa stabilità in chiave di eguaglianza delle soluzioni, incidendo inevitabilmente sul senso di giustizia nella comunità.

Da questo punto di vista, cioè, vi è una tendenziale dialettica di resistenza tra valutazione del fatto e momento giudiziale nella struttura attuativa dell'attuale ordinamento giuridico statuale, all'interno della logica della tripartizione dei poteri. Tale dialettica di resistenza condiziona una minore capacità di adeguamento e di risposta dell'ordinamento alle esigenze concrete della società. Se tale capacità, da un lato, subisce, quindi, la vischiosità di tale dialettica nel momento del giudizio, d'altro lato è tendenzialmente bloccata nella fase di produzione di nuovo diritto dall'ideologia del primato della legge, finendo per determinare una naturale espansione della produzione del diritto attraverso il momento giudiziale, incrinando lo stesso 'calcolo' (*ratio*) di prevedibilità dei possibili esiti delle controversie.

Il rapporto tra realtà e diritto nella esperienza dell'ufficio del giurista romano sembra al contrario rappresentare l'occasione per una riflessione che si nutre della realtà, ma non in termini di condizionamento esaustivo e limitante della realtà sul diritto, ma quale occasione di riflessione che tende ad espandersi e ad aprirsi alle possibili (infinite ma geometriche) varianti, in un procedere di accrescimento del discorso giuridico e conseguentemente, anche, della sua efficacia di gestire la complessità della relazione tra i consociati, condizionando nel rapporto *responsum-iudicium* l'attuazione in concreto dell'ordine giuridico, con l'obiettivo di perseguire la realizzazione pacifica del superamento delle tensioni sociali.

È chiaro che un tale modello presuppone un forte ruolo dei giuristi nel *ius*, ruolo guida anche del momento giudiziale[56]. Nel diritto romano dell'età classica, è nella complessa dialettica tra *interpretatio/responsum* del giurista e *iudicium* del giudice che

[55] Gallo 2010, p. 42 ss. Si vedano anche le riflessioni di Miglietta 2016, p. 3 ss.

[56] Non mi sembra, al riguardo, possibile attribuire ad un singolo giurista piuttosto che ad un altro un ruolo protagonista, per intenderci quale paladino della 'certezza' del diritto, o 'innovatore' in materia; a tale riguardo mi sembra, invece, si orienti il recente scritto di Angelosanto 2023, pp. 1-32, rispetto al giurista Labeone.

si gioca il momento attuativo del *ius*, senza che emerga una specifica preoccupazione relativa ad una sua necessaria serialità/stabilità delle soluzioni, preoccupazione che invece tende a pervadere l'occhiale dell'interprete odierno. Il privato consulta, infatti, il giurista non tanto per conoscere il diritto, ma per avere contezza di una adeguata previsione degli esiti dell'eventuale controversia, cosa che necessariamente permetteva di ponderare (molto meglio della odierna incalcolabilità nel circuito legge-giudice-giudizio) le scelte da operare nel processo[57].

Mi sembra che possano trarsi alcune brevi considerazioni da quanto detto. Innanzitutto il diritto, come espressione dell'umano, è sempre in movimento nello spazio e nella storia, naturale fluidità che si può cercare di imbrigliare, con diverse tecniche e modelli ideologici, ma che conferma l'incertezza nel giuridico quale dato della realtà. Direi, quindi, che sarebbe utopico individuare una tecnica adeguata a rendere certo il diritto per ogni tempo. Saranno la conformazione dell'ordine giuridico, le sue caratteristiche fondative e portanti, il rapporto tra le varie fonti del diritto in uno specifico contesto storico, ad orientare le scelte di politica del diritto più in un senso che in un altro, determinando anche una variabilità della percezione dell'importanza della certezza nel giuridico rispetto ad altri profili considerati più rilevanti (come in diritto romano, quello della realizzazione di un diritto adeguato al caso concreto).

Nel XVIII secolo, la divisione dei poteri è stata una strada intrapresa, in chiave teorica che, però, ha evidenziato una resistenza nel tempo di corta durata, in quanto condizionata da una forte condivisione del valore della separazione dei poteri come strumento di concreta moderazione dell'arbitrio nella gestione del potere.

Si potrebbe dire, forzando un po' le cose, che la certezza non sia un valore portante nell'esperienza giuridica romana, almeno nel suo periodo di maggiore fulgore (II sec. a.C.-III sec. d.C.), quando cioè la grande creazione di un impero universale strutturato in una organizzazione umana prevalentemente cittadina, sintesi non omologante di popoli, culture, lingue e religioni, trova nel ruolo del giurista, né quindi nella legge, né nel giudice, né nel pretore e nemmeno – ancora – nel *princeps*, il suo fondamentale faro di orientamento, verso la difficilissima costruzione e gestione di una società del benessere, non rinunciando a migliorarla attraverso il diritto e i suoi contenuti come strumento privilegiato di mezzo di pacificazione delle tensioni sociali.

---

[57] Un caso emblematico è quello risolto con un parere di Alfeno (Alfenus *libro secundo digestorum* D. 9.2.52.2), relativo ad un grave incidente mortale avvenuto sul Campidoglio. La complessità dell'accadimento sollevava numerose questioni di legittimazione passiva all'azione e di responsabilità per la morte del giovane schiavo, che il giurista repubblicano scioglie con una precisa indicazione al richiedente il parere (il padrone dello schiavo) nei confronti di chi agire per la persecuzione della pena a seconda della dinamica dell'accaduto. Perentoria è peraltro l'esclusione dell'azionabilità sempre e comunque nei confronti del padrone delle mule del secondo carro (*illud quidem certe, quoquo modo res se haberet, cum domino posteriorum mularum agi non posse, quoniam non sua sponte, sed percussae retro redissent*.). Si vd. per una lettura del passo, quanto ho avuto modo di precisare in Cardilli 2018, pp. 89-99.

Nel tardo antico, lo sfaldamento della tenuta del modello classico indirizza la politica degli imperatori verso la stabilizzazione dei contenuti giuridici ereditati dall'età classica nella codificazione. L'*interpretatio prudentium* che si fa codice diviene, quindi, il contenuto (certo) del *ius Romanum* tramandato nella storia. Si indica una strada, la quale a differenza della scissione moderna tra valore della certezza del diritto e quello della giustizia dei suoi contenuti, riesce, forse irripetibilmente, a realizzarne una fusione.

Bibliografia

Albanese 1963 = B. Albanese, *Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo*, in *Scritti in onore A.C. Jemolo*, IV, Milano 1963, pp. 1-13.

Albanese 1978 = B. Albanese, *Premesse allo studio del diritto romano*, Palermo 1978.

Angelosanto 2023 = A. Angelosanto, *La certezza del diritto nell'età del processo formulare. Conoscibilità dello* ius *e prevedibilità degli esiti giudiziali tra 'modello repubblicano' e modello 'imperiale': il contributo di Labeone*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato* XVI (2023), pp. 1-32.

Archi 1981 = G.G. Archi, *Il diritto nell'azione politica di Giustiniano*, in *SDHI* 47 (1981), pp. 31-46.

Atkins 1990 = E.M. Atkins, '*Domina et Regina Virtutum': Justice and Societas*, in *Phronesis* 35/3 (1990), pp. 258-289.

Auer 2005 = M. Auer, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Tübingen 2005.

Bartocci 2012 = U. Bartocci, *Salvatore Riccobono: il diritto romano e il valore politico degli 'studia humanitatis'*, Torino 2012.

Betti 1935 = E. Betti, *Diritto romano I. Parte generale*, Padova 1935.

Bona 1987 = F. Bona, *La certezza del diritto nell'età repubblicana*, in M. Sargenti (a c. di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987, pp. 101-148.

Brutti 2013 = M. Brutti, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni del diritto civile*, Torino 2013.

Cannata 2003 = C.A. Cannata, *'Iura condere'. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e 'auctoritas principis'*, in *'Ius controversum' e 'auctoritas principis'. Giuristi, principe e diritto nel primo impero*, Napoli, 2003, pp. 27-58.

Cardilli 2003 = R. Cardilli, *Brevi note sul nuovo Codice civile del Brasile*, in *Roma e America* 16 (2003), pp. 217-230.

Cardilli 2014 = R. Cardilli, *«Bona fides» tra storia e sistema*, Torino 2014[3].

Cardilli 2016 = R. Cardilli, *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione*, Napoli 2016.

Cardilli 2017 = R. Cardilli, *Nuovo Codice civile argentino e sistema giuridico romanistico*, in Aa.Vv., *Nuovo Codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano* [Collana *Roma e America* n. 11], Milano 2017, pp. 763-785.

Cardilli 2018 = R. Cardilli, *Alf. 2 dig. D. 9.2.52.2. Responsabilità e nesso di causalità: un incidente stradale con conseguenze mortali a Roma antica*, in L. Solidoro Maruotti (a c. di), *Il diritto romano caso per caso*, Torino 2018, pp. 89-99.

Cardilli 2019 = R. Cardilli, *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice civile della Rpc*, in *Mondo Cinese* 167 (2019), p. 25 ss.

Cardilli 2021a = R. Cardilli, *Considerazioni romanistiche sulle ‚Generalklauseln'*, in R. Sacchi (a c. di), *Il ruolo delle clasuole generali in una prospettiva multidisciplinare*, Milano 2021, pp. 365-396.

Cardilli 2021b = R. Cardilli *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino 2021.

Cardilli 2023 = R. Cardilli, *Un* responsum *di Labeone tramandato in* Ulpianus libro undecimo ad edictum *(D.4.3.9.3) tra* dolus *e* conventio *atipica*, in F. Fasolino (a c. di), Ius hominum causa constitutum. *Studi in onore di A.Palma*, I, Torino 2023, pp. 341-364.

Catalano 1971 = P. Catalano, *Tribunato e resistenza*, [Collana *Historica Politica Philosphica. Il pensiero antico – Studi e testi n. 4* / a c. di L. Bertelli, I. Lana, A. Pennacini], Torino 1971.

Catalano 1996 = P. Catalano, *Divisione del potere e potere popolare. Da Rousseau a Bolívar*, in *Costituzionalismo latino*, II, [Ricerche giuridiche e politiche Rendiconti IX], Sassari 1996, pp. 121-134.

Catalano 2001 = P. Catalano, *Diritto Soggetti Oggetti. Un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1.1.12*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli 2001, pp. 95-117.

Cattaneo 1967 = M.A. Cattaneo, *Montesquieu, Rousseau e la rivoluzione francese*, Milano 1967.

Entwurf 1888 = *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung, (Amtliche Ausgabe)*, Berlin-Leipzig 1888.

Falcone 2007 = G. Falcone, *Ius suum cuique tribuere*, in AUPA.LII (2007-2008), pp. 133-176.

Gallo 1988 = F. Gallo, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in SDHI.LIV (1988), pp. 1-36.

Gallo 1993 = F. Gallo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, [Edizione completata], Torino 1993.

Gallo 2010 = F. Gallo, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino 2010.

Gallo 2014 = F. Gallo, *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Torino 2014.

Gierke 1889 = O. Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin 1889.

Goethe 1828-1832 = J. P. Eckermann, *Goethes Gespräche mit J. P. Eckermann (1828-1832)*, II Teil, Leipzig 1908.

Hedemann 1933 = Justus W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Staat und Recht*, Tübingen 1933.

Hedemann 2022 = Justus W. Hedemann, *La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato*, introduzione e traduzione critica a c. di L. Nivarra, Pisa 2022.

Hölder 1888 = E. Hölder, *Zum allgemeinen Theile des Entwurfes eines bürgherlichen Gesetzesbuches für das Deutsche Reich*, in *Arch. civ. praxis* 73 (1888), pp. 1-160.

Horak 1969 = Fr. Horak, Rationes decidendi. *Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, Innsbruck 1969.

Irti 2016 = N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016.

Kantorowicz 1906 = Gnaeus Flavius [Hermann Kantorowicz], *Der Kampf und die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906.

Kaser 1962 = M. Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Göttingen 1962.

Kelsen [1934], 2008 = H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, [Studienausgabe der 1. Auflage 1934], hrsg. M. Jestaedt, Tübingen 2008.

Laband 1888 = P. Laband, *Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgherlichen Gesetzesbuches für das Deutsche Reich I Absch*., in *Arch. civ. Praxis* 73 (1888), pp. 161-208.

Lange 1933 = H. Lange, *Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht*, Tübingen 1933.

Lantella 1987 = L. Lantella, 'Ius certum' *in D. 1.2.2*, in M. Sargenti (a c. di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987, pp. 223-234.

Lantella 1997 = L. Lantella, *Dall'*interpretatio iuris *all'interpretazione della legge*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, Napoli 1997, III, pp. 559-603.

Larenz 1936 = K. Larenz, *Vertrag und Unrecht I. Vertrag und Vertragsbruch*, Hamburg 1936.

Laurendi 2013 = R. Laurendi, Leges Regiae *e* Ius Papirianum. *Tradizione e storicità di un* corpus *normativo*, Roma 2013.

Lipari 2015 = N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi* 2 (2015), pp. 55-76.

Mantovani 2002 = D. Mantovani, *Le due serie di* leges regiae, in *Rendiconti Istituto Lombardo di Scienze e Lettere* CXXXVI (2002), pp. 59-70 [= *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* XV (2003), pp. 185-196].

Mantovani 2017 = D. Mantovani, *L'*aequitas *romana: una nozione in cerca di equilibrio,* in *Antiquorum philosophia* 11 (2017), pp. 27-55.

Mazzamuto 2002 = S. Mazzamuto, *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di enforcement del precedente*, in *Politica del diritto* XXXIV/2 (2002), pp. 157-176.

Miglietta 2016 = M. Miglietta, *All'origine della rimozione del pensiero celsino: la* 'legum permutatio' *giustinianea*, in L. Garofalo (a c. di), *Celso teorico del diritto*, Napoli 2016, pp. 3-62.

Monhaupt 1989 = H. Monhaupt, *Justus Wilhelm Hedemann als Rechtshistoriker und Zivilrechtler vor und während der Epoche des Nationalsozialismus*, in M. Stolleis, D. Simon (hrsg.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, Tübingen 1989, pp. 107-160.

Motive zu dem Entwurfe 1888 = *Motive zu dem Entwurfe eines bürgherlichen Gesetzesbuches für da Deutsche Reich*, Band I, *Allgemeiner Theil*, Berlin-Leipzig 1888.

Nörr 1974 = D. Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974.

Palma 2016 = A. Palma, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino 2016.

Robespierre 1793 = Discorso *Sur la constitution*, 10 maggio 1793, in *Œuvres de Maximilien Robespierre, IX. Discours, (4e Partie) Septembre 1792-27 Juillet 1793)*, a c. di M. Bouloiseau, G. Lefebvre, J. Dautry, A. Soboui, Paris 1958, pp. 499-500.

Rückert 2015 = J. Rückert, *Abschiede vom Unrecht. Zur Rechtsgeschichte nach 1945*, Tübingen 2015.

Rüthers 1968 = B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen 1968 (2012[7]).

Schiavone 1987 = A. Schiavone, *Giuristi e nobili nella Roma tardorepubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma-Bari 1987.

Schiavone 2005 = A. Schiavone, Ius. *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005.

Schipani 1999 = S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1999[2].

Schmitt 1934 = C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934.
Schulz 1934 = Fr. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934.
Schulz 1936 = Fr. Schulz, *Principles of Roman Law*, engl. transl. M. Wolff, Oxford 1936.
Schulz 1946 = Fr. Schulz, *I principii del diritto romano*, trad. it. V. Arangio Ruiz, Firenze 1946.
Serrao 1989 = F. Serrao, *Dalle XII Tavole all'editto del pretore*, in M. Sargenti (a c. di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987, pp. 51-100 [= *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989, pp. 263-308.].
Solidoro 2018 = L. Solidoro, *'Habent sua sidera lites'. Sulla storia dell'imponderabile nell'avventura processuale*, in *Teoria e storia del diritto privato* XI (2018), pp. 1-53.
Stammler 1902 = R. Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Recht*, Berlin 1902.
Stein 1966 = P. Stein, Regulae iuris. *From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh 1966.
Stolfi 2023 = E. Stolfi, *A proposito di clausole generali e ‚guerra' tra Corti. Appunti di due incontri senesi*, in *Teoria e storia del diritto privato* XVI (2023), pp. 1-29.
Talamanca 1981 = M. Talamanca, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in A. Giardina, A. Schiavone (a c. di), *Società romana e produzione schiavistica, III. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, [Roma-Bari], 1981, pp. 15-39.
Villey 1954 = M. Villey, *Suum jus cuique tribuens*, in *Studi in onore De Francisci*, I, Milano, 1954, 361-370.
Wegerich 2004 = Chr. Wegerich, *Die Flucht in die Grenzenlosigkeit. Justus Wilhelm Hedemann (1878-1963)*, Tübingen 2004.
Wieacker 1961 = F. Wieacker, *Vom römischen Recht*, Stuttgart 1961.
Wieacker 1980 = F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, II, (trad. it. di S.A. Fusco dell'edizione Göttingen, 1967), Milano 1980.
Zaccaria 2012 = G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari 2012.

Il *Corpus Iuris Civilis* come libro-dispositivo
Una ipotesi di lettura e di confronto*

Paolo Cesaretti
Università degli Studi di Bergamo

Quindi [Giustiniano] affrontò le leggi divenute oscure per indebita proliferazione,
nonché confuse per le loro evidenti contraddizioni,
ed egli le purificò da quella pedante verbosità
e con somma fermezza ne dominò le reciproche discrepanze,
riuscendo così a salvaguardarle.
Procopio di Cesarea, *Edifici* I 1,10

Giustiniano e Maometto: correva il 1982 e così si intitolava il terzo dei 18 volumi in cui la "Universale Laterza" si proponeva di pubblicare il *Profilo di 2000 anni di storia*, ampio progetto di Armando Saitta (1919-1991), studioso le cui competenze e attenzioni travalicavano gli ambiti disciplinari e implicavano aspetti politici e – nel senso più alto del termine – civili[1]. Il titolo del libro[2] evocava con ogni evidenza il celeberrimo *Maometto e Carlomagno* di Henri Pirenne, disponibile nella collana laterziana sin dal 1939[3]: il pubblico italiano aveva familiarità con la 'tesi Pirenne' (in base alla quale le invasioni arabe del VII secolo avrebbero caratterizzato la fine dell'unità mediterranea antica, che sarebbe poi venuta a ricostituirsi con l'impero carolingio), e lo stesso

* Riprendo e approfondisco in questa sede alcuni spunti che ho enucleato in diversa forma e con diverso ordine nel mio intervento *Per una poetica del "vero" nel* Corpus Iuris Civilis, in occasione del convegno *Certezza e incertezza delle regole: un dialogo interdisciplinare* promosso dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo (10-11 febbraio 2023), anche in quanto partecipo al Programma di ricerca PRIN 2017 *La certezza del diritto dal mondo antico alla discussione moderna* (coordinatore scientifico prof. Oliviero Diliberto, responsabile scientifico prof. Antonio M. Banfi).

[1] Profilo di Armando Saitta in Criscuolo 2017. In Laruffa, Verga 2023 sono raccolti numerosi e preziosi contributi al Convegno organizzato dall'Istituto Storico Italiano per l'Età Moderna e Contemporanea (27-28 maggio 2021) in occasione del trentennale della morte di Saitta, che ne fu presidente dal 1973 al 1991.

[2] Oltre a Saitta 1982, furono solo tre i volumi effettivamente pubblicati: Saitta 1978, Saitta 1979, Saitta 1983.

[3] Pirenne 1939, per le cure di M. Vinciguerra (1887-1972). L'edizione originale, postuma (Pirenne morì nel 1935), era uscita a Parigi-Bruxelles nel 1937.

Saitta l'aveva discussa e problematizzata in più occasioni[4]. Lo storico belga aveva dunque istituito tra Maometto e Carlomagno una relazione non solo cronologica ma causale e concettuale (un 'periodizzamento', in termini crociani) che continua a essere discussa[5] ma che resta ineludibile. Anche nel *Giustiniano e Maometto* di Saitta troviamo elementi che possano 'giustificare' il titolo allusivo, legando tra loro l'«*ultimo* [corsivo mio. *N.d.A.*] imperatore romano sul trono di Bisanzio» (così G. Ostrogorsky su Giustiniano[6]) e il 'sigillo dei Profeti', cioè l'*ultimo* profeta delle tradizioni monoteistiche abramitiche? La risposta è sì, anche se in modo non manifesto. Saitta si interroga infatti sulle attenzioni *occidentalizzanti* di Giustiniano con le sue campagne belliche (Africa 533-534, Italia 535-553, penisola iberica 552-555) come causa che indirettamente potrebbe avere agevolato la successiva espansione arabo-islamica nel Mediterraneo *orientale* bizantino[7]; al contempo sottolinea che «un cataclisma come quello del popolo arabo, sino allora quasi privo di storia e balzato improvvisamente a protagonista di una storia veramente mondiale, superava le capacità di previsione di qualsivoglia uomo del secolo VI», Giustiniano incluso (*Giustiniano e Maometto*, cit., p. 214). Inoltre, sulla scorta di un esemplare contributo del Pertusi[8], contesta certe suddivisioni artificiose tra Oriente e Occidente, e aggiunge che «potrebbe dirsi che per Giustiniano mandare Belisario in Africa o in Italia era pur sempre un giuocare in casa» (ivi, p. 216), sicché nel rapporto tra Oriente e Occidente «il dare e l'avere» non è «poi tanto privo di pareggio» (ivi, p. 214). Un rapporto sostanziale tra Giustiniano e Maometto insomma esiste ma è sottile, da cogliersi all'interno di un contesto storico e geografico policentrico, dove l'antico è «duro a morire» (ivi, p. 250).

Tale contesto, in cui si illumina e si giustifica il rapporto, è quello della Tarda Antichità, che soprattutto grazie allo studio di Peter Brown *Il mondo tardo antico. Da Marco Aurelio a Maometto*[9] ha diffuso presso un più ampio pubblico, oltreché nel suo

[4] Vd. per es. Saitta 1957, con la riproposizione della recensione di De Ruggiero 1938 all'edizione francese di *Mahomet et Charlemagne*. Cfr. Torchiani 2023, p. 70.

[5] Vd. per es. il ribaltamento della 'tesi Pirenne' proposto nel colossale McCormick 2007. Rimando alla mia recensione dell'edizione originale (Cesaretti 2004).

[6] Ostrogorsky 1968, p. 66. Georg Ostrogorsky (1902-1976) era il riferimento principale di Saitta per gli studi bizantini: a parte le citazioni in Saitta 1982, nella sua preziosa *Introduzione* a Diehl 1957, Saitta lo definisce «il migliore, forse, comunque il più autorevole, bizantinista di oggi» (p. 10). Sul magistero pluridecennale e internazionale di Ostrogorsky vd. per es. Maksimović 2013.

[7] Risuonano qui, a distanza di decenni dalla sopracitata *Introduzione*, le riserve sulla politica giustinianea verso l'Oriente che erano state espresse in Diehl 1957, p. 79: «L'evoluzione che trascinava Bisanzio verso l'Oriente sembrava già prossima a compirsi. Durante il lungo regno di Giustiniano (527-565) questa evoluzione si interruppe»; p. 80: «Trascurando però troppo l'Oriente senza curarsi dei pericoli che minacciavano l'Impero da questa parte […] Giustiniano fece senza dubbio all'Impero più male che bene; l'imperatrice Teodora […] vedeva forse più chiaro […] allorché si sforzava […] di creare così uno Stato più unito, più omogeneo, più forte, che sarebbe stato *capace nel VII secolo di resistere meglio all'invasione araba* [corsivo mio. *N.d.A.*]».

[8] Pertusi 1964, pp. 78-80.

[9] Brown 1974 e succ.; si noti l'adattamento italiano del titolo originale *The World of Late Antiquity: AD 150-750* (London 1971). Opportune ulteriori contestualizzazioni sono avanzate in Donner 2005, specie pp. 520-521 per l'ambito legislativo.

ambito di ricerca, consapevolezze che hanno superato opinioni radicate e convenzionali[10]. Saitta si mostrò tanto consapevole della concettualizzazione del Brown che la accolse e la impiegò fin dall'inizio del primo volume del suo *Profilo*, dedicato a *Cristiani e barbari* (Roma-Bari 1978)[11], il cui primo capitolo si intitola *Realtà nuove e mondo romano tardo antico*. Soprattutto, sensibile quale era agli studi innovativi che mettessero in discussione «idee per troppo tempo accolte pacificamente»[12], Saitta avrebbe di certo mostrato interesse per contributi che al di là di affinità e risonanze sottili, avessero anche sostanza ed evidenza materica. Tra questi, potrebbero oggi annoverarsi – a distanza di decenni dall'orizzonte di tempo che gli fu concesso vivere – i recenti lavori che hanno postulato influsso diretto della codificazione giustinianea su alcuni passi del *Corano*, mettendo in nuova luce la relazione tra Giustiniano e Maometto. In particolare, sono stati due studi di Jonathan Cole a collegare la *Novella* 134, del 556[13], a passi del *Corano*: e ciò per quanto attiene al furto con violenza (*Nov.* 134,13 = *Corano* 5,33)[14] e alle punizioni per adulterio (*Nov.* 134,10 accostata a una pluralità di passi)[15]. La morte di Maometto cade nel 632 e una formulazione come «roughly 70 years after the Justinianic Novel on adultery and 2,900 km. to the southeast of Constantinople, very similar punishments for adultery were prescribed in the Qūr'an»[16] ha ben ragione di essere; anche se è da escludere, a quell'altezza cronologica, la rappresentazione del *Corano* come 'libro' manoscritto, quale invece era la produzione legislativa giustinianea, ricca di informazioni e prescrizioni in merito alla sua realtà di oggetto fisico oltre che di testo. All'epoca il *Corano* era essenzialmente ed etimologicamente 'recitazione': indagare la storia del suo passaggio dall'oralità alla scrittura, con il ruolo prevalente della redazione promossa dal califfo 'Uth'mān (ca. 650-655 AD) in tutte le sue implicazioni, esula da questo contributo, come pure la ricognizione delle implicazioni giuridiche e normative del testo sacro dell'Islam[17].

---

[10] Non è questa la sede per una valutazione critica dell'opera e del suo influsso, basta ricordare che all'affermazione del concetto hanno contribuito anche studiosi quali H.-I. Marrou – vd. Cesaretti 2018, pp. 173-187 – e S. Mazzarino. Vd. per es. fra i vari contributi Giardina 1995; Giardina 1999; Marcone 2001; Marcone 2004; il quadro d'insieme, con ricca bibliografia, dato da Marcone 2020.

[11] Alle pp. 6-7 del testo una ampia ed elogiativa citazione dall'opera di Brown. Il nesso 'tardo antico' compare anche nel titolo del § 6 (p. 22).

[12] Saitta 1982, p. 225.

[13] *Corpus Iuris Civilis*, III, *Novellae* ed. R. Schoell, G. Kroll, Berlin 1954[6] fotorist. Hildesheim 2009, pp. 676-689: il cap. 10 alle pp. 685-686, il cap. 13 alle pp. 688-689.

[14] Cole 2020.

[15] Cole 2022.

[16] Ivi, p. 214.

[17] Rimando al proposito alla agile quanto esaustiva monografia di Branca 2016, specie pp. 53-66. Tra i principali e più agevoli repertori accessibili anche ai non specialisti per una prima informazione da me consultati segnalo Gibb, Kramer 1995, *s.v. al-Kur'ān*, pp. 273-286, specie pp. 277 ss.; McAuliffe 2003, *s.v. Manuscripts of the Qur'ān*, pp. 254-275 (ma vd. anche McAuliffe 2002, *s.v. Fātiḥa*, pl. III, una scapola di cammello inscritta); Amir-Moezzi 2007, *s.vv. Manoscritti del Corano*, pp. 490-494; *Recensioni del Corano*, pp. 696-698; *Redazioni del Corano*, pp. 701-705. A parte la prima, tutte le voci citate si devono a uno studioso di riconosciuta autorità internazionale come François Déroche. Segnalo anche le pp. 48-49 (*Il testo sacro dell'Islàm*) del recentissimo Montecchi 2023, il cui autore mi ha

Resta che le tangenze tra il *Corpus* giustinianeo e il *Corano* colpiscono, anche al di là della precisa datità referenziale. Infatti questi due libri di enorme importanza per la storia del 'cammino umano' (come l'avrebbe chiamato Saitta[18]) – l'uno testo sacro per «un miliardo e mezzo di fedeli tra i quali gli arabi non sono che il 20%»[19], l'altro «il libro più importante della civiltà europea dopo la Bibbia»[20] – hanno in comune il fatto di essere *alla base* di enormi sviluppi in ambiti diversi pur essendo nati entrambi nel grande contesto tardo antico e *alla fine* di lunghi processi storici: la rivelazione dei profeti monoteisti di cui Maometto è l'ultimo – il Sigillo – per quanto riguarda il *Corano*, la tradizione legislativa romana cui Giustiniano esprime *antiquitatis reverentia* (vd. *Tanta*, 10)[21] invece per quanto attiene al *Corpus*. Ma non è tutto: essi si presentano, entrambi, e sono stati percepiti, entrambi, come *immutabili*, come fonti certe cui ricorrere nei loro rispettivi contesti sociali di riferimento. In questo modo davvero il rapporto tra Giustiniano e Maometto prende una diversa connotazione, sulla quale merita interrogarsi in termini storico-culturali, come si proverà a fare qui, proponendo alcune riflessioni e ipotesi di lavoro[22].

La ricerca internazionale ha profuso enormi energie – anche confrontandosi con profonde convinzioni religiose[23] – per quanto attiene ai processi in cui contestualizzare l'uno e l'altro di questi monumenti. Però essi non ci sembrano abbastanza lumeggiati nelle loro implicazioni in quanto *testi*, prescindendo dai loro contenuti prescrittivi di procedure e norme e punizioni (come per es. quelle della *Novella* che J. Cole ha messo in rapporto al *Corano*), e privilegiando semmai quella *lignée* che parte dalla teoria di Jakobson in merito alle diverse funzioni del linguag-

---

generosamente messo a parte delle recenti ricerche di A. Fedeli in merito al 'palinsesto Mingana-Lewis' della Cambridge University Library (MS Or. 1287).

[18] Alludo qui al titolo del famoso manuale per le scuole superiori di Saitta, le cui fortunate ma anche controverse vicende (il testo fu oggetto di 'censura democratica' da parte della sua stessa casa editrice) sono state in parte ricostruite in Rabà 2023.

[19] Branca 2016, p. 11. Stime del Pew Research Center (5 aprile 2017), di cui sono debitore alla cortesia di Antonio Cuciniello, segnalano nel 2015 la presenza sul pianeta di un miliardo e ottocento milioni di musulmani, poco meno di un quarto della popolazione mondiale. Si prevede che intorno alla metà del XXI secolo l'Islam soppianterà il Cristianesimo per numero di fedeli nel mondo.

[20] Il giudizio è frequente soprattutto in ambito angloamericano, dove però la *common law* segue itinerari *altri* rispetto alla codificazione giustinianea. Vd. ad es. https://amesfoundation.law.harvard.edu/digital/CJCiv/CJCivMetadata.html#meta (ultima consultazione 22 dicembre 2023). Forse influì il giudizio del Gibbon, per cui i «vani titoli delle vittorie di Giustiniano sono caduti nella polvere, ma il nome del legislatore è iscritto su un nobile e imperituro monumento» (Gibbon 1967, vol. 2, p. 1661). Al Gibbon si deve anche (*ibidem*, n. 1) il 'moderno' criterio di citazione del *Corpus*.

[21] *Corpus Iuris Civilis,* I, *Digesta* ed. Th. Mommsen, retr. P. Krueger, Berlin 1963[8] fotorist. Hildesheim 2000, p. 18 (*tanta autem nobis antiquitati habita est reverentia*).

[22] Desidero in merito ringraziare amici e colleghi alle cui competenze ho fatto ricorso su alcuni punti specifici: Cristina Rognoni, Edi Minguzzi, Elena Gritti, Paola Gandolfi, Antonio Cuciniello, Luca Montecchi, Paolo Branca, Roberto Pertici, Salvatore Cosentino. Resta inteso che errori e inadeguatezze si devono solo a me.

[23] Si pensi al caso di N.Ḥ.A. Zayd (1943-2010), di cui anche *infra*, ricordato opportunamente anche in un'opera destinata ad ampio pubblico come Hillenbrand 2016, pp. 73-74.

gio[24] e che poi si è sviluppata attraverso contributi illuminanti e problematizzanti in una bella sinfonia di ricerca internazionale[25]. Anzi, e un poco paradossalmente, se si seguisse questo metodo, il *Corano* si troverebbe oggi probabilmente in posizione di vantaggio rispetto al *Corpus*, nonostante la sua apparizione in un quadro di cultura orale, laddove il *Corpus*, nonostante la formidabile tradizione di critica storico-filologica che l'ha avuto a oggetto, e la mole dei riferimenti alla tradizione legislativa precedente oltreché suoi interni, non sembra essere espressamente studiato come 'testo', esplorato cioè nei suoi princìpi di funzionamento impliciti e nel suo orizzonte di produzione e destinazione, in una parola nella sua 'poetica' (nel senso di Sergej Averincev). In estrema sintesi, non ci pare che il *Corpus* sia stato mai sottoposto organicamente a una analisi simile a quella che per il Corano ha condotto Naṣr Ḥāmid Abū Zayd, che ha saputo porre la ricezione del testo coranico entro un contesto storico e sociale ben determinato in base a una precisa teoria della comunicazione, che pur rispettosa della lunga tradizione in merito al 'Corano increato', è stata comunque capace di «interrogarsi sulla natura stessa del Corano in quanto testo linguistico»[26]; una lettura di questo tipo sarebbe invece auspicabile per il *Corpus*, in sé e per meglio coglierne affinità e differenze rispetto al *Corano*, cui è accostabile sia per il comune ruolo di *regolatore sociale* (di comunità ben definite: qui l'Impero romano cristiano, lì la comunità dei fedeli) sia per la dichiarata *immutabilità*: al dettato del *Corano*, rivelazione (e non ispirazione!) divina, non può essere tolta né aggiunta una sola sillaba (*vv.* 2,185; 4,136; 10,15; 18,27[27]), al testo scritto del *Corpus* non può

[24] Jakobson 1966, specie pp. 181-216 (*Linguistica e poetica*). Nel notevolissimo Mantovani 2018 trovo attenzioni squisite per l'aspetto letterario delle opere dei giuristi antichi, fino alla loro *mise-en-page*, e sottoscrivo il suo appello (p. 13) a studiare quei testi come letteratura; la prospettiva che perseguo qui è però più centrata sulle *funzioni* del testo. In Lanata 1984 l'importante e seminale tentativo di «interpretare Giustiniano con Giustiniano» (p. ix). Preziose osservazioni, anche linguistiche e stilistiche, si leggono in Matino 2012.

[25] Non è questa la sede per una rassegna organica in merito: chi scrive dichiara la propria vicinanza nella sua epoca formativa alle rivisitazioni della struttura di Jakobson proposte in Italia per es. da Maria Corti (1915-2002) e da Cesare Segre (1928-2014) fra i molti, e nella cultura russa da J. Lotman (1922-1993) e B. Uspenskij (n. 1937) oltreché e forse soprattutto da S. Averincev (1937-2004) e dal suo concetto di 'poetica', a sua volta indebitato verso le ricerche dello storico dell'arte D.S. Lichacëv (1906-1993, di cui in italiano vd. Lichacëv 1991). Vd. in merito S. Averincev, *Poétika rannevizantijskoj literatury* (*ad litteram, Poetica della letteratura protobizantina*, Mosca 1977), tradotta in Italia grazie a P.C. Bori (1937-2012) con il titolo *L'anima e lo specchio. L'universo della poetica bizantina,* Bologna 1988 (Averincev 1988, vd. mia recensione Cesaretti 1989, specie pp. 337, 348-355). In Averincev l'idea di 'poetica' si esplica come «sistema dei principi operativi di un qualunque autore, di una scuola letteraria o di un'intera epoca letteraria» (Averincev 1988*,* p. 27), sistema che influisce sull'incontro tra la parola e la storia e che in qualche misura lo determina. Potremmo definirla una ricerca sulla 'koiné culturale', che lo studioso applica con esiti notevoli a capolavori della letteratura dei primi secoli bizantini, come ad es. quelli di Nonno di Panopoli, Romano il Melodo, lo pseudo-Dionigi Areopagita. Per ulteriori cenni vd. Cometa 2004, *s.vv*. *culturologia* (G. Ghini), pp. 159-163; *semiosfera* (I. Pezzini, F. Sedda), pp. 368-379.

[26] Così Zayd 2002, p. 15. Anche Zayd 2012, specie pp. 107-145 (*Il progetto incompiuto: il commentario del Corano*).

[27] Perciò il ruolo del Corano nell'Islam non è assolutamente assimilabile a quello dei Vangeli nella tradizione cristiana: all'interno dei reciproci sistemi religiosi va semmai accostato al Cristo. Vd. Branca

essere nemmeno praticata una forma di tachigrafia. E pure le differenze esistono, ché il *Corano* rappresenta la prima formalizzazione scritta della lingua araba, laddove il *Corpus* sigilla un millennio di storia della legge romana[28]. Al proposito: se accettiamo la versione liviana (*Ab Urbe Condita* III 31-38) in merito alla pubblica esposizione delle dieci e poi dodici tavole *anno trecentesimo altero quam condita Roma erat* (Liv. III 33), il millenario della legge scritta romana sarebbe caduto proprio al tempo di Giustiniano, che ne fu il codificatore per eccellenza in senso sia proprio sia traslato[29].

L'asserita immutabilità dei due testi nel corso della storia nasce da due orizzonti comunicativi diversi, che provo ad analizzare in base al noto schema jakobsoniano[30]. Comincio dal *Corano*, dove lo specifico *contesto* della situazione è quello dell'Arabia nel VII secolo. Attraverso una serie di episodi che si svolgono lungo l'arco di 23 anni, il *mittente* (Allah: 'Iddio') avvalendosi di un eletto *canale* di comunicazione, ossia l'arcangelo Gabriele, comunica al *destinatario* Maometto il *messaggio* della Rivelazione (ossia il Corano stesso, la cui forma è inizialmente orale). Questo atto di comunicazione avviene all'interno di un *codice* linguistico prescelto, che è la «lingua araba chiara» (*vv.* 16,103; 29,195). Fin qui non c'è nessun riferimento a un oggetto-libro: sarà compito del destinatario provvedere a irradiare il messaggio, attraverso l'oralità (si pensi al prestigio degli *ḥāfiẓ* in grado di recitare l'intero Corano a memoria) o grazie a un supporto scritto; e se un filone tradizionale, come già detto, ipostatizza un Corano celeste vicino al trono d'Iddio, altre e più terrestri tradizioni accettano che al tempo del primo califfo Abū Bakr (632-634) esistesse una stupefacente pluralità di supporti. Tralascio la complessa e controversa questione della dimestichezza di Maometto con la parola scritta[31]: resta che lui, destinatario della rivelazione divina, se ne fa a sua volta mittente dischiudendole un nuovo tempo nella storia degli uomini. Dall'alto dell'unico Dio – il Dio, Iddio – alla molteplicità dei viventi sulla Terra. Ai quali è necessariamente vietato alterare un messaggio che è di diretta emissione divina.

Del tutto diverso è l'orizzonte del *Corpus*, che cerco necessariamente di semplificare riportando per quanto possibile a un minimo denominatore le diverse enunciazioni di *Codex, Institutiones*, *Digesta* e *Novellae*[32]. Ricordo solo che il complesso di ciò

2016, p. 23 *et al.*; Montecchi 2023, p. 49. Uno straordinario 'irregolare' della nostra cultura, Fosco Maraini, si espresse con accenti affini: Maraini 2003, p. 71.

[28] Si veda la sintesi del diritto romano «in un solo e per quanto possibile breve capitolo» (il quarantaquattresimo del suo capolavoro, Gibbon 1967, vol. 2, pp. 1661-1722: ivi, p. 1662).

[29] Vd. per es. *Deo auctore*, 5, riprodotto *infra*, n. 98 e contesto, per la coscienza cronologica della lunga durata della legislazione romana.

[30] Ho trovato significative e sorprendenti coincidenze tra la mia esposizione in occasione del congresso bergamasco di cui *supra*, n. *, e la relazione di Antonio Cuciniello, *Corano: lingua di Dio e/o lingua dei profeti?* in occasione del convegno *Il Corano tra testi e contesti. Nuovi strumenti e nuove interpretazioni* (Università Cattolica, sede di Brescia, 20 ottobre 2023; https://www.youtube.com/watch?v=fU54ViOpu5I). Desidero ringraziarlo sentitamente per la sua liberalità intellettuale.

[31] Branca 2016, pp. 18-19.

[32] Indico qui di seguito le monografie e gli articoli che hanno costituito la principale impalcatura concettuale per le mie indagini su temi giuridici, che non rievocherò puntualmente se non quando strettamente indispensabile nel corso del testo, dove intendo privilegiare il rapporto diretto con la fonte.

che chiamiamo codificazione giustinianea è altra cosa dal *Corpus:* infatti le *Novellae constitutiones*, ossia le leggi promulgate – già a partire dal 1° gennaio 535 – dopo la pubblicazione della seconda edizione del *Codex* (l'unica che da allora si dovesse e si potesse tenere in uso), non furono mai raccolte in una compilazione a sé, che pure era prevista, come ci informa la costituzione *Cordi*, 4[33], facendo riferimento a una *alia congregatio* da intitolarsi appunto *Novellae Constitutiones*. All'età giustinianea rimonta comunque, ed è da sempre percepita come parte integrante del *Corpus*, la *Raccolta delle 168 novelle*, che però non va di per sé equiparata alla totalità della legislazione giustinianea a partire dal 1° gennaio 535[34]. Nella tabella che segue presento la successione delle costituzioni preliminari, munite di istruzioni per i compilatori e di indicazioni sulla diffusione e sull'utilizzo del prodotto finale.

Data	**Costituzione**	**Destinatario**	**Codificazione**
13.2.528	*Haec*[35]	al Senato – presentazione del progetto di codice	
7.4.529	*Summa*[36]	al prefetto Mena – pubblicazione del *Codice*	*Novus Codex Iustinianus*
15.12.530	*Deo auctore*[37]	al *quaestor Sacri Palatii* Triboniano – progetto del *Digesto*	
15.11.533	*Imperatoriam*[38]	agli studenti di diritto – presentazione di nuovi libri (*Digesto, Codex, Istituzioni*)	
16.12.533	*Omnem*[39]	ai docenti di diritto (C.poli, Berito) – presentazione del nuovo curriculum (*Istituzioni, Digesto, Codex*)	
16.12.533	*Tanta/Δέδωκεν*[40]	al Senato e a 'tutte le genti' – pubblicazione di *Digesto* e *Istituzioni* 'con forza di legge'	*Digesta*/Πανδέκτης *Institutiones*
16.11.534	*Cordi (nobis est)*[41]	al Senato – pubblicazione della seconda versione del *Codice*	*Codex Repetitae Praelectionis*

Riferimenti puntuali ad altri studi specifici saranno prodotti *ad loc*. E dunque Amelotti, Migliardi Zingale 1977; gli studi raccolti in Archi 1978a; Honoré 1978; Lanata 1979; Ead. 1984; van der Wal, Lokin 1985; i saggi presenti in Archi 1985; De Giovanni 2007; Wallinga 2009; i contributi in Lokin, Stolte 2011; Lovato 2013 (disponibile anche online: https://journals.openedition.org/mefra/1842?lang=it); De Giovanni 2015; Kaiser 2015; Miller, Sarris 2018, con la preziosa *Introduction: The Novels of the Emperor Justinian* di P. Sarris (vol. 1, pp. 1-51); Loschiavo 2019.

[33] *Si quid in posterum melius inveniatur et ad constitutionem necessario sit redigendum, hoc a nobis et constituatur et in aliam congregationem referatur, quae novellarum nomine constitutionum significetur* (*Corpus Iuris Civilis, II, Codex Iustinianus*, ed. P. Krueger, Berlin 1954[11] fotorist. Hildesheim 1997, p. 4).

[34] Come avviamento bibliografico alla questione segnalo Kaiser 2015, pp. 137-141.

[35] *Cod. Iust*., ed. Krueger cit., p. 1.

[36] Ivi, pp. 2-3.

[37] *Dig.*, ed. Mommsen, Krueger cit., pp. 8-9.

[38] *Corpus Iuris Civilis*, I, *Novellae Institutiones*, ed. P. Krueger, Berlin 1963[8], fotorist. Hildesheim 2000, p. xxiii.

[39] *Dig.*, ed. Mommsen, Krueger cit., pp. 10-12.

[40] Ivi, pp. 13-24.

[41] *Cod. Iust*., ed. Krueger cit., p. 4.

Altri hanno lumeggiato lo sviluppo dei lavori nel corso degli anni, le diverse composizioni delle équipe di lavoro e il loro metodo, nonché il crescente ruolo e lo stile del dotto Triboniano; quanto ai mutati confini dell'impero durante il regno di Giustiniano a causa della sua ben nota espansione in ambito mediterraneo, le acquisizioni territoriali trovano costante (e anche sonoro[42]) riscontro nelle titolazioni delle costituzioni stesse, come vediamo dalla progressiva variazione dei titoli (indico in corsivo le variazioni rispetto alla formulazione di volta in volta precedente).

Data	**Titolazione**
13.2.528	IMPERATOR IUSTINIANUS AUGUSTUS
7.4.529	IMPERATOR IUSTINIANUS *PIUS FELIX INCLITUS VICTOR AC TRIUMPHATOR SEMPER* AUGUSTUS
15.12.530	IMPERATOR *CAESAR FLAVIUS* IUSTINIANUS PIUS FELIX INCLUTUS VICTOR AC TRIUMPHATOR SEMPER AUGUSTUS
21.11.533	*IN NOMINE DOMINI NOSTRI IHESU CHRISTI* IMPERATOR CAESAR FLAVIUS IUSTINIANUS *ALAMANNICUS GOTHICUS FRANCICUS GERMANICUS ANTICUS ALANICUS VANDALICUS AFRICANUS* PIUS FELIX INCLITUS VICTOR AC TRIUMPHATOR SEMPER AUGUSTUS
16.12.533	(Omnem – n.n.)
16.12.533	IN NOMINE DOMINI *DEI* NOSTRI IHESU CHRISTI, etc.
29.12.534	IN NOMINE *DOMINI NOSTRI* IHESU CHRISTI, etc.

Sorvolo su queste e su altre implicazioni per sottolineare che nel *Corpus* è non solo sottinteso ma è decisamente espresso l'intento unitario. Le opere che lo costituiscono non sono accenti staccati ma costituiscono un quadro connesso di codificazione, dando vita a quella che Jill Harries ha ben definito «la più lunga legge della storia antica» e forse non solo antica[43]. Una legge anch'essa inalterabile, come quella coranica? Sì, ma in base a presupposti del tutto diversi, come rivela con forza icastica la costituzione *Tanta/Δέδωκεν*, 19:

> *Nec in iudicio nec in alio certamine, ubi leges necessariae sunt, ex aliis libris, nisi ab iisdem institutionibus nostrisque digestis et constitutionibus a nobis compositis vel promulgatis aliquid vel recitare vel ostendere conetur*[44].

E dunque non solo «non avrai altra legge all'infuori di questa»: non l'avrai al di fuori di questi *libri*. La codificazione è il punto di arrivo, è la formulazione non solo concettuale ma anche materica del progetto giustinianeo, quale egli l'aveva con ogni probabilità delineato interiormente già prima del febbraio 528 (data della prima costituzione rilevante), e cioè negli anni in cui collaborava con Giustino I imperatore, lo zio per parte materna che lo associò al trono. Allora Giustiniano aveva 'studiato

[42] Vd. *supra*, n. 20 (Gibbon).
[43] Harries 2013, p. 193.
[44] *Dig.*, ed. Mommsen, Krueger cit., p. 21.

da imperatore'[45] ed elaborato la sua agenda di governo, in cui aveva ruolo quella che definiremmo ora una 'riforma della giustizia' basata su regole certe che eliminassero confusioni, ambiguità, contraddizioni, ripetizioni: le commissioni potevano procedere sia quantitativamente (per aggiunta/sottrazione), sia qualitativamente per modifica o ridistribuzione, raggiungendo formulazioni univoche, *certas et indubitatas* (*Haec* § 3)[46]. Per attuare tale riforma era necessario che si lavorasse sulle tre grandi codificazioni precedenti, la gregoriana, l'ermogeniana e la teodosiana[47], aggiungendovi tutte le costituzioni emanate dopo la pubblicazione di quest'ultima (ivi incluse le sue personali). Era necessario organizzare il materiale e indirizzarlo verso un fine, e ciò fu realizzato: l'imperatore osserva con soddisfazione in *Tanta*, 12[48] che era stato compiuto in soli tre anni ciò che non si pensava di poter fare in dieci: *perfecta et in tribus annis consummata, quae ut primum separari coepit, neque in totum decennium compleri sperabatur.* Ma nella ricezione culturale della grande intrapresa giustinianea la considerazione dell'aspetto *tassonomico* della classificazione e organizzazione sembra aver prevalso rispetto a quello *assiologico*, relativo cioè alla selezione e alla valutazione del materiale in vista di un fine. Ma era invece quel *fine*, ossia la certezza della legge, che soprattutto contava per Giustiniano.

In merito all'attività, promossa dall'imperatore, di ricerca, di raccolta, di selezione e di vaglio, si è fatto riferimento a una specificità 'enciclopedica' della committenza imperiale, che nei *Digesta/Pandette* troverebbe il primo e il più illustre esempio. Sulla scelta e sulla fortuna dei termini esistono buoni studi monografici[49]; in questa sede, a me basta osservare che l'intento imperiale non era di carattere conoscitivo e accademico. Anzi, gli accademici avevano ben poco di cui rallegrarsi[50]. L'*intento* era quello del buon governo cristiano imperiale attraverso l'operato di nuove generazioni di avvocati e di giudici appositamente formate e controllate sì da assicurare al sistema giudiziario un corretto funzionamento. «Egli non desidera degli eruditi cultori del passato per il passato; vuole delle forze capaci di intendere le esigenze del presente»[51].

Il fatto che la formazione di queste nuove generazioni fosse inizialmente limitata alle sole sedi di insegnamento di Costantinopoli e di Berito[52] (Roma non era ancora

[45] Tra le più autorevoli e accessibili fra le recenti sintesi segnalo i saggi raccolti in Maas 2005; le monografie di Tate 2006, Meier 2007, Ravegnani 2019, nonché l'incisivo profilo dato da Cosentino 2009, dove si legge che «la formazione di Giustiniano, prima della sua ascesa al trono, dovette […] essere caratterizzata dalla lettura di testi amministrativi, giuridici e teologici» (p. 240) e che «egli aveva maturato una lunga esperienza politica e amministrativa già prima di indossare la porpora» (p. 242).

[46] *Cod. Iust.*, ed. Krueger cit., p. 1.

[47] Per un avviamento di lettura vd. Wallinga 2009, pp. 605-609.

[48] *Dig.*, ed. Mommsen, Krueger cit., p. 19.

[49] Oltre a Harries 2013 segnalo Piccione 2003; Roberto 2009, p. 72 e n. 5; Cohen-Skalli 2013.

[50] Harries 2013, p. 194, segnala con efficacia la visione giustinianea di un «futuro senza giuristi».

[51] Archi 1978b, p. 128.

[52] *Omnem* 7, in *Dig.*, ed. Mommsen, Krueger cit., p. 11.

stata conquistata dalle armate bizantine nel novembre 534 della costituzione *Cordi*[53]) agevolava il controllo sul processo formativo. Nel contempo, tagliava fuori dall'ereditato policentrismo culturale dell'impero tardo antico sedi di grande prestigio storico, come Alessandria e Cesarea di Palestina e altre non nominate. Tutto il patrimonio di competenze che vi era accumulato era in questo modo cancellato, annullato. Se nell'antico *ῥήτωρ* / *orator* risiedeva l'espressione tradizionale della antica civiltà del διάλογος (anche nei suoi estremi, e però ben storicizzati, sviluppi sofistici, che la lama imperiale poteva ritenere corrotti) ora emergono nuovi funzionari organici al potere: non a caso gli studenti agli esordi del loro percorso giuridico sono detti *novi Iustiniani* (*Omnem*, § 2[54]). Aveva già mostrato in un suo famoso saggio Agostino Pertusi che con Giustiniano la cultura «tende a diventare appannaggio dei funzionari di Stato» a discapito delle 'libere professioni' (grammatici, retori, medici, giuristi) svincolate da un impegno politico nell'Impero[55]. Che dire allora di chi non seguiva le implicazioni religiose e ortodosse di Giustiniano? Dalla chiusura – invero non resa efficace – della Scuola platonica di Atene al tempo degli esordi sul trono (529) ai roghi di libri nel Cinegio (562, quando Giustiniano ha 80 anni) si dipana una fitta trama censoria evidenziata dalla critica[56] con un susseguirsi di processi, deposizioni, condanne, torture, di cui troviamo a volte traccia in quel *pamphlet* sulfureo che sono gli *Anecdota* di Procopio di Cesarea[57], dove al cap. 26 si tratteggia la fine delle professioni liberali «a Bisanzio e in ogni altra città»[58], con un occhio di riguardo per il suo Levante, escluso dalla centralizzazione tecnocratica costantinopolitana perseguita da Giustiniano.

La certezza della legge, dunque, non solo implica il controllo fisico sulle sedi in cui la sua conoscenza viene elaborata e la loro irreggimentazione a scopo di controllo; ha come corollario – e in qualche misura come contrappeso dialettico – il *sacrificio* almeno parziale di una classe sociale. Erano implicati anche i suoi orizzonti mentali? Ricordiamo al proposito che i testi selezionati e ordinati dalle commissioni chiamate a lavorare per la codificazione giustinianea non possono essere commentati, né può esserne alterata la forma grafica, come ricordano perentoriamente due importanti costituzioni. Prima, il 15.12.530, *Deo auctore* 12-13[59];

---

[53] Per l'insegnamento del diritto a Roma in età giustinianea rimando a Loschiavo 2019, pp. 205-214; Loschiavo 2024, specie pp. 236-245. Ringrazio sentitamente l'Autore per avermi messo a parte di questo suo recentissimo studio.

[54] In *Dig*., ed. Mommsen, Krueger cit., p. 10.

[55] Vd. Pertusi 1978, p. 188. Ad affini conclusioni giunge Rapp 2005.

[56] Quadro a tinte fosche in Lemerle 1971, pp. 68-73; ma vd. anche Pertusi 1978, pp. 185-187.

[57] Per una valutazione dell'opera inserita nel contesto dell'opera procopiana e più in generale della *Kaiserkritik* di età giustinianea rimando a Kaldellis 2004, che alle pp. 150-159, 223-228 sottolinea anche implicazioni giuridiche nel testo dell'autore (il dibattito acceso dal testo di Kaldellis esula dagli scopi del presente scritto). Nel recentissimo Meier, Montinaro 2022 la formazione giuridica di Procopio non è particolarmente sottolineata. Più citato che veramente letto è un libro di idee – e non di mera consultazione – come Tinnefeld 1971 (su Procopio vd. in ispecie le pp. 17-36).

[58] Sul rapporto tra Procopio e la città rimando a Cesaretti 2010.

[59] *Dig*., ed. Mommsen, Krueger cit., p. 9.

sancimus, nullis iuris peritis in posterum audentibus commentarios illi applicare et verbositate sua supra dicti codicis compendium confundere. quemadmodum et in antiquioribus temporibus factum est, cum per contrarias interpretantium sententias totum ius paene conturbatum est: sed sufficiat per indices tantummodo et titulorum suptilitatem quae paratitla nuncupantur quaedam admonitoria eius facere, nullo ex interpretatione eorum vitio oriundo. 13. *Ne autem per scripturam aliqua fiat in posterum dubitatio, iubemus non per siglorum captiones et compendiosa aenigmata, quae multas per se et per suum vitium antinomias induxerunt, eiusdem codicis textum conscribi: etiam si numerus librorum significatur aut aliud quicquam: nec haec etenim per specialia sigla numerorum manifestari, sed per litterarum consequentiam explanari concedimus.*

Poi, a distanza di tre anni, la costituzione *Tanta*, 21-22[60], del 16.12.533:

21. *Hoc autem, quod et ab initio nobis visum est, cum hoc opus fieri deo adnuente mandabamus, tempestivum nobis videtur et in praesenti sancire, ut nemo neque eorum, qui in praesenti iuris peritiam habent, nec qui postea fuerint audeat commentarios isdem legibus adnectere: nisi tantum si velit eas in Graecam vocem transformare sub eodem ordine eaque consequentia, sub qua voces Romanae positae sunt (hoc quod Graeci* κατὰ πόδα *dicunt), et si qui forsitan per titulorum suptilitatem adnotare maluerint et ea quae* παράτιτλα *nuncupantur componere. alias autem legum interpretationes, immo magis perversiones eos iactare non concedimus, ne verbositas eorum aliquid legibus nostris adferat ex confusione dedecus. quod et in antiquis edicti perpetui commentatoribus factum est, qui opus moderate confectum huc atque illuc in diversas sententias producentes in infinitum detraxerunt, ut paene omnem Romanam sanctionem esse confusam. quos si passi non sumus, quemadmodum posteritatis admittatur vana discordia? si quid autem tale facere ausi fuerint, ipsi quidem falsitatis rei constituantur, volumina autem eorum omnimodo corrumpentur. si quid vero, ut supra dictum est, ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari*. 22. *Eandem autem poenam falsitatis constituimus et adversus eos, qui in posterum leges nostras per siglorum obscuritates ausi fuerint conscribere. omnia enim, id est et nomina prudentium et titulos et librorum numeros, per consequentias litterarum volumus, non per sigla manifestari, ita ut, qui talem librum sibi paraverit, in quo sigla posita sunt in qualemcumque locum libri vel voluminis, sciat inutilis se esse codicis dominum: neque enim licentiam aperimus ex tali codice in iudicium aliquid recitare, qui in quacumque sua parte siglorum habet malitias. ipse autem librarius, qui eas inscribere ausus fuerit, non solum criminali poena (secundum quod dictum est) plectetur, sed etiam libri aestimationem in duplum domino reddat, si et ipse dominus ignorans talem librum vel comparaverit vel confici curaverit quod et antea a nobis dispositum est et in Latina constitutione et in Graeca, quam ad legum professores dimisimus.*

Il ben noto divieto di fare uso di sigle e di abbreviazioni nelle trascrizioni viene infatti interpretato come attentato alla stessa maestà imperiale, implicando gravi punizioni. Pur essendo dibattuto se il divieto di commento riguardasse la stesura di opere indipendenti o di sole annotazioni a margine (ed è stato sottolineato come tale divieto

[60] Ivi, pp. 22-23.

riguardasse il solo *Digesto*[61]), resta che in questo modo il contenuto della legge viene a coincidere in modo pressoché totale con il suo contenitore: *la certezza della legge si identifica con il libro della Legge*. Un esempio ben noto – ancorché non ne siano chiariti appieno tutti gli aspetti – è il codice fiorentino del *Digesto*, opera monumentale che la ricerca attuale postula essere realizzata a Costantinopoli nel periodo immediatamente successivo alla promulgazione[62] (non per questo si trattava necessariamente di copia 'ufficiale', se mai copie ufficiali vi furono[63]). Come fu scritto, anche con capacità suggestive,

> … il codice fiorentino delle Pandette rappresenta una mutata mentalità, quella del diritto dall'immenso cumulo di norme, inaccessibile nella sua chiusa monumentalità e perciò strumento ambiguo di mediazioni e di imposizioni; una mentalità che attraversa il medioevo e si proietta in età moderna fino a diventare dimensione dell'assurdità dell'esistenza nelle allucinazioni letterarie di un Franz Kafka[64].

Sottolineo qui come la codificazione giustinianea che accolse e riordinò nei *Digesta* la giurisprudenza antica contribuì a sopprimere le condizioni che potevano consentirne il possibile perpetuarsi. Viene definitivamente congelato (e già era inceppato di suo) il processo dialogico e dialettico che aveva caratterizzato la cultura antica, e di cui l'elaborazione giurisprudenziale non solo accolta ma elevata a legge nel *Digesto* è uno dei risultati.

Ciò appare ancor più evidente se ci spostiamo sul terreno dei metodi di lavoro. Triboniano e i suoi colleghi non avrebbero potuto lavorare in tempi strettissimi e con esiti insperati su «quasi duemila libri e tre milioni di righe» (*Omnem,* §1)[65] se non avessero avuto alle spalle, e non avessero assimilato, otto secoli di tradizione filologica: dalla scuola alessandrina del III sec. a.C. agli sviluppi allora più recenti, legati soprattutto al testo sacro dei Cristiani, la Bibbia. Orbene, Giustiniano chiedeva ai suoi commissari legislativi formati sulla tradizione classica (Triboniano su tutti, l'ultimo giurista, nella definizione di Honoré[66]) ciò che proprio grazie a loro (o a causa loro) sarebbe stato impossibile a chiunque altro in futuro realizzare, perché la codificazione giustinianea amputava le linfe della tradizione classica, come lamentavano Procopio e altri. Ma intanto, di quella tradizione, essa godeva i vantaggi.

---

[61] Vd. Scheltema 1977; Falcone 2014.

[62] Vd. Baldi 2010.

[63] Cfr. la committenza di cinquanta copie della Bibbia da parte di Costantino I a Eusebio di Cesarea, in Eus. Caes. *Vit. Const*. IV 36-37; erano necessariamente copie 'monumentali', come giustamente osservano Grafton, Williams 2006, pp. 215-223: opportuno, per il nostro tema, pensare invece a ca. settanta copie prodotte nel più breve tempo possibile per soddisfare alle necessità degli 'operatori della giustizia' nell'Impero. Vd. Stolte 1984, p 79 (per l'insigne studioso il *Florentinus* era un manoscritto di uso 'universitario' più che una copia ufficiale ad uso istituzionale e pratico).

[64] Cavallo, Magistrale 1987, p. 104.

[65] *Dig*., ed. Mommsen, Krueger cit., p. 10.

[66] Honoré 1978, p. 256.

Che cosa si erano infatti riproposti i filologi, da quelli alessandrini in avanti, per il beneficio di un pubblico colto di lettori, professionisti delle lettere o meno? Ricostruire le opere degli antichi – a partire dai poemi di Omero – attraverso un lavoro che raccogliesse i testi e i materiali in essere e poi li ordinasse eliminando superfluità e ripetizioni e contraddizioni, ove necessario correggendo in base a *iudicium* maturato sulle ragioni profonde del testo, persino aldilà dell'orizzonte materico delle testimonianze[67]. Le commissioni giustinianee, in base al lavoro che viene espresso e descritto soprattutto nella costituzione *Tanta*, non fanno niente di diverso dal punto di vista metodologico. È loro concessa non solo la raccolta e la selezione ma anche l'intervento, definito *interpolatio*[68]. Tutto ciò che destasse ulteriore perplessità andrà riportato all'unico interprete certo della legge, l'imperatore. E non al ruolo imperiale in astratto, momentaneamente interpretato da Giustiniano: ma Giustiniano una volta e per sempre, in quanto egli postula la sua opera come destinata a valere *in omne aevum* (*Tanta*, 23 *leges nostras* […] *in omne aevum valituras*[69]). Così nel 533. Nel 536 della *Novella* 105, 2, 4 presenta la βασιλέως τύχη come «legge incarnata» (*νόμος ἔμψυχος* / *lex animata*), cui per volontà divina sono soggette le stesse leggi[70].

Nei decenni immediatamente precedenti la grande 'macchina' del *Corpus* erano apparse alcune codificazioni dell'Occidente 'barbarico'[71]: in ambito visigotico il *Codice Ericiano* (475), poi la *Legge romana dei Visigoti* (506), in ambito burgundo la *Legge dei Burgundi* (*ante* 516) e la *Legge romana dei Burgundi* (ca. 520), in ambito franco la *Legge Salica* (507-511); nell'Italia del regno ostrogoto, il più vicino a Costantinopoli in termini non solo territoriali, è controverso l'*Editto di Teoderico*[72]. È possibile che il *basileus* abbia voluto firmare anch'egli il suo codice, per orgoglio romano e ortodosso a fronte di imprese 'barbariche' e pure, ai suoi occhi, eretiche. Ma è soprattutto una considerazione dell'aspetto propriamente religioso che ci aiuta a entrare meglio in quei princìpi di poetica cui si è fatto riferimento in precedenza. La prospettiva di Giustiniano è fraintesa se non si considera la dimensione religiosa, che invece – se opportunamente compresa – gli restituisce il ruolo che gli è proprio: non tanto quello delle caduche assimilazioni a dittatori novecenteschi, ma quello del *titano* (per il gigantismo ma anche per la fragilità delle sue realizzazioni, di cui è detto in apertura) e più propriamente del *titano cristiano*.

---

[67] Per un primo avviamento in una bibliografia sterminata rimando a un *evergreen* illustre, Pfeiffer 1973, e a due raccolte internazionali recenti: Montanari, Pagani 2011; Montanari, Matthaios, Rengakos 2015. Integrazione tra 'critica filologica' e studio giuridico per es. in De Marini, Lanza 2001, per l'epoca giustinianea specie alle pp. 82-114.

[68] Vd. in merito gli esempi offerti da Kaiser 2015, pp. 128-130.

[69] *Dig.*, ed. Mommsen cit., p. 23. Per la dialettica tra l'aspirazione alla *perennitas* e la consapevolezza della perfettibilità di ogni misura legislativa vd. Lanata 1984, specie alla luce del concetto di *natura* / *physis*, e Puliatti 2013.

[70] *Nov.*, ed. Schoell, Kroll cit., p. 507.

[71] Cenni in merito in Wallinga 2009, pp. 609-611.

[72] Non è menzionato ivi; vi fa invece frequente riferimento Loschiavo 2019.

Giustiniano aveva infatti agito anche durante gli anni di Giustino imperatore con grande attenzione e prudenza nei confronti della comunità cristiana, sia per quanto attiene alla ricomposizione dei rapporti con la sede papale di Roma dopo il cosiddetto 'scisma acaciano'[73] sia nei confronti delle comunità eretiche, che già dall'inizio del suo regno con varie costituzioni aveva posto al bando della vita civile. La sua enfasi sul suo lavoro – di cui sottolinea non solo l'unicità (*unus, unum)* ma anche l'appartenenza (*noster, nostrum*), come si dirà – va colta alla luce della sua proclamata e asserita scaturigine divina, la medesima che verrà evocata ad es. dalla propaganda giustinianea per la concezione e la realizzazione della basilica di Santa Sofia[74]. Ed è la radice divina con la formulazione ortodossa degli articoli della fede che egli pone ad apertura del *Codice* del 534, che sancisce la fusione del trono e dell'altare, già ben prima della formulazione ritenuta 'cesaropapistica' della *Praefatio* alla famosa *Novella* 6 (del 535)[75] sui limiti reciproci dell'*imperium* e del *sacerdotium*. Una concezione del mondo di questo genere si dispiega non solo in formulazioni come *In nomine Domini* (*Dei*) ecc. inserite nei titoli prodotti *supra* ma nei ricorrenti appelli alla divinità[76]. Di questa relazione positiva con Dio sono prova tra l'altro le vittorie militari, per cui la coppia *arma/leges* – da Giustiniano specialmente elaborata[77] – si pone sotto speciale protezione divina.

La certezza e la verità della codificazione promulgata dal potere imperiale ha dunque una duplice sanzione di verità al di là della forza: da un lato essa dipende dal favore divino conquistato attraverso la fede cristiana e la purezza dogmatica, dall'altro dall'autorità del passato attraverso la retta enunciazione che toglie spazio al dialogo ormai percepito come superfluo e che sfocia *non solo in un testo ma specificamente in un libro che è il dispositivo attuativo del certo e del vero e che ha la forma e il nome del codice*[78], forma privilegiata del libro giuridico e del libro cristiano tardo antico, come più volte osservato dagli studiosi. Il *Corpus* giustinianeo, dunque, con le sue definizioni dogmatiche cristiane che hanno forza di legge, e insieme con il suo valore

---

[73] Vd. von Falkenhausen 1985; Cracco Ruggini 1985.

[74] Con particolare riferimento agli *Edifici* di Procopio di Cesarea vd. Cesaretti 2011, specie pp. 54-62.

[75] *Nov.*, ed. Schoell – Kroll cit., pp. 35-36.

[76] *Haec*, *praef.*, *auxilio dei omnipotentis* (*Cod. Iust.,* ed. Krueger cit., p. 1); *Summa*, 1 *deo praesule* (ivi, p. 2); 2 *deus omnipotens adnuit* (*ibid.*)*; Deo auctore, praef., Deo auctore … caelesti maiestate … dei omnipotentis*; 2 *manibus ad caelum erectis et aeterno auxilio invocato … Deo freti* (*Dig*, ed. Mommsen, Krueger cit., p. 8).

[77] *Summa*, *praef.*, in *Cod. Iust*., ed Krueger cit., p. 2: *Summa rei publicae tuitio de stirpe duarum rerum, armorum atque legum veniens … tam militaris res legibus in tuto collocata est, quam ipsae leges armorum praesidio servatae sunt*; *Imperatoriam*, *praef.* (*Inst*, ed. Krueger cit., p. xxiii).

[78] Vd. Cavallo 1978, p. 232: «una parabola in cui, ormai, Codice e Legge si identificano». Nella ricchissima produzione dello studioso, corredata da imponenti bibliografie, ricordo anche le storiche considerazioni sul 'libro cristiano' in Cavallo 1975a, *Introduzione*, pp. xix-xxii; Cavallo 1975b; Cavallo 2000, dove alle pp. 3-26 si riporta Petrucci 2000. Vd. anche Grafton, Williams 2006. Da segnalare le osservazioni di Crisci 2012, con ricca documentazione visiva, nonché le preziose riflessioni storico-culturali di Marcone 2019.

di compendio universale della legge, appare un oggetto dotato di un *super-valore*, in quanto fonde in un tutto unitario i due aspetti.

Sulla base di queste osservazioni possiamo avanzare uno schema di comunicazione da confrontare con quello coranico, per cogliere ragioni e presupposti dell'affine e diversa immutabilità del *Corpus*. Il *contesto* è quello imperiale romano[79] della *confusio legum* (*Deo auctore*, 1[80]; *Imperatoriam,* 2[81]) che porta alla necessità di un riordino finalizzato a una auspicata «vita felice»[82]. Il *mittente* del messaggio è decisamente l'imperatore che parla sulla base di due diverse spinte[83], l'una dall'alto – in base alla sua enunciata e già menzionata ispirazione e sinergia divina – l'altra per così dire dall'antico: parla in base alla ricerca dei precedenti legislativi in una *antiquitas* esplorata con *reverentia*[84]. Il *messaggio* di cui si tratta è il composto di *Codex* e *Novelle* (*leges*), *Digesta* (*iura*), *Institutiones* (formazione della classe dirigente). Questo messaggio unico sviluppato nell'arco di 32 anni (il *Corano* 23 anni), quindi a partire dal 533 del *Digesto* e delle *Istituzioni* (escludendo per ora il primo *Codex* del 529) fino al 565, ha una pluralità di *destinatari*. Abbiamo anzitutto coloro che possiamo definire i destinatari *formali*, cioè i consoli o i funzionari in carica al momento delle singole promulgazioni di legge; poi troviamo i destinatari *sostanziali*, cioè i magistrati, i funzionari, i giudici, gli avvocati, i docenti e gli studenti di legge, cui tocca apprendere e soprattutto applicare le norme contenute nel messaggio, cui dovranno soggiacere non tanto i singoli individui e nemmeno i cittadini ma *omnes populi*[85] in quanto soggetti al potere imperiale. Il *codice* privilegiato della comunicazione, come ognuno sa, e che sta alla radice del plurisecolare successo del *Corpus* in Europa, è la lingua latina (solo per le *Novelle* solidale *ab origine* al greco), e ciò benché il nerbo dell'Impero giustinianeo fosse nella parte prevalentemente ellenofona, dove però il latino aveva ancora valore di lingua veicolare nel campo della legge, dell'amministrazione e dell'esercito (ma anche il suo valore nella cultura non va trascurato: si pensi a Corippo). Ciò non tanto perché in Giustiniano esistesse una 'nostalgia per l'antico' o una 'diffidenza per l'Oriente', ma perché la tradizione latina aveva enucleato – mai come in questo caso possiamo dire:

[79] Vd. *supra*, nn. 28-29.

[80] *Dig*., ed. Mommsen, Krueger cit., p. 8.

[81] *Inst*., ed. Krueger cit., p. xxiii.

[82] Vd. *infra*, n. 97 e contesto.

[83] Non sbaglierebbe chi contestualizzasse queste spinte nel pieno solco della tradizione romana, nella dialettica cioè tra *pax deorum* e *mos maiorum*. Giustiniano come nessuno prima di lui e dopo di lui trasla nella *pax Dei* e nella *pax Ecclesiae* cattolica e ortodossa il primo elemento, mentre scioglie nella *antiquitatis reverentia* – interpretata con le armi della cultura scritta libraria e libresca – il lascito grandioso del passato romano.

[84] Nelle *Stanze Vaticane* di Raffaello, *Triboniano che consegna le Pandette a Giustiniano* è inginocchiato dinanzi all'imperatore, e il gesto esprime un moto *ascensionale* (sottolineato anche dallo sguardo del giurista). All'epoca la forma di *proskynesis* imperiale innovativa, stigmatizzata da Proc. Caes. *Anecd*. 30,21 ss. non era nota (l'edizione di N. Alemanni del testo è del 1623). Nell'iconografia islamica la rivelazione coranica procede invece *dall'alto* dell'arcangelo alato.

[85] *Imperatoriam*, 1, in *Inst*., ed. Krueger cit., p. xxiii. In merito ai diversi livelli del pubblico di destinazione vd. Lanata 1984, pp. 107 ss.

'codificato'[86] – le istruzioni per l'uso del linguaggio giuridico, contenendo in sé un grado di affinamento tecnico che proteggeva il messaggio dalla sua distorsione. Il *canale* della comunicazione è infine il libro, l'oggetto libro (codice pergamenaceo all'epoca) cui neppure una sillaba può essere tolta o aggiunta e cui neppure gli acronimi possono essere applicati, pena severe punizioni per i copisti.

Può dunque esistere un *Corano* senza libro, e davvero esiste nella sua recitazione mnemonica e cantillata (questo, come detto, il significato primo), se propriamente eseguita; ma non può esistere un *Corpus* senza libro, la cui stessa materia fisica avvalora il testo, dando prova e certezza a legge e diritto. Del resto conosciamo tutti quel mosaico ravennate di San Vitale, in cui l'imperatore Giustiniano appare con un seguito di armati (alla sinistra dell'osservatore) espressione tangibile del suo successo militare. Dall'altro lato, alla destra dell'osservatore, appare il vescovo Massimiano – da lui prescelto per il ruolo – che impugna una croce gemmata. Accanto al vescovo, un diacono regge un libro (si direbbe un evangelario) dalla copertina tempestata di gioielli. Questo elemento è indicativo della sua sacralità in quanto oggetto, giacché all'epoca era sempre più infrequente che il libro venisse esposto aperto. Come ben scritto a suo tempo da Armando Petrucci,

> il libro stesso doveva gradualmente trasformarsi da strumento di scrittura e di lettura, fruibile e perciò aperto, in oggetto di adorazione e in scrigno di misteri, non fruibile direttamente e perciò chiuso. […] Chiusi reliquiari rutilanti di gemme, rigidamente esposti alla venerazione, e non alla comprensione, dei fedeli[87].

Sempre a Ravenna, nella cupola musiva del Battistero degli Ariani, abbiamo – di pochi decenni anteriore a Giustiniano – una straordinaria raffigurazione della Etimasia, ossia del trono vuoto in attesa del Giudizio Finale. Più tardi, la cultura bizantina proietterà finalmente sul trono un codice. Accade ad esempio nel manoscritto *Par. Gr.* 510 contenente le omelie di Gregorio di Nazianzo, realizzato per Basilio I imperatore[88] (che non a caso aveva portato a una reviviscenza del diritto di matrice giustinianea), con una rappresentazione del II Concilio ecumenico (Costantinopolitano I). Sono, queste, immagini il cui specifico accento all'interno della koiné culturale bizantina aiuta a cogliere l'idea del codice della legge insieme civile e religiosa come immagine di autorità e strumento di governo.

Un passo in cui confluiscono alcune delle immagini cui talvolta la codificazione giustinianea fa ricorso per dare espressione vivida e intuitiva a concetti spesso 'sommersi' nel viluppo delle frasi e delle argomentazioni (in cui si è voluto scorgere

[86] Sulla scelta 'ideologica' del latino come lingua del *Corpus* in un contesto culturale ellenofono vd. per es. le osservazioni di Mazzucchi 2011. Vd. anche il classico Dagron 1969; da segnalare Corcoran 2017.

[87] Petrucci 1973, pp. 970 s.

[88] Studio classico di Brubaker 1994.

il marchio della personalità e della cultura di Triboniano[89]) appare assai significativo per questa ricostruzione di una selettività esclusiva, con l'*unicità* dell'imperatore (*auctoritate Augusta … cui soli concessum est leges et condere et interpretari*, *Tanta/Δέδωκεν*, 21[90]) inverata nell'*unico* codice (*unus codex*[91]) che costituisce l'*unico* corpo della legge (*unum corpus*[92]), oggetto fortemente identitario e autorevole (*leges … nostras*[93], *nostrum … imperium, quod nobis a caelesti maiestate traditum est*[94]), radicato sia nei cieli delle enunciazioni teologiche (*Deo auctore*, come nella più volte citata costituzione che così ha inizio; *deo adnuente*[95]) sia in un passato del quale si trattiene il meglio (dalla già citata *antiquitatis reverentia* alle espressioni di elogio nei confronti di Papiniano[96]) e di cui si impedisce la continuità e la diffusione, per rappresentare il mondo in cui si vive – ed esso solo – come un paradiso in terra (*Deo auctore, praef.*: *et bella feliciter peragimus et pacem decoramus et statum rei publicae sustentamus*[97]), al di fuori del quale non esiste nulla che possa veramente 'darsi'. Faccio riferimento ancora a *Deo auctore*, 5:

> *Cumque haec materia summa numinis liberalitate collecta fuerit, oportet eam pulcherrimo opere extruere et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare et in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digerere, tam secundum nostri constitutionum codicis quam edicti perpetui imitationem, prout hoc uobis commodius esse patuerit, ut nihil extra memoratam consummationem possit esse derelictum, sed his quinquaginta libris totum ius antiquum, per millesimum et quadringentesimum paene annum confusum et a nobis purgatum, quasi quodam muro vallatum nihil extra se habeat: omnibus auctoribus iuris aequa dignitate pollentibus et nemini quadam praerogatiua servanda, quia non omnes in omnia, sed certi per certa vel meliores vel deteriores inveniuntur*[98].

Sono qui raccolti molti temi di nostro interesse per la poetica del testo: il 'nulla' al di fuori di ciò che è stato recuperato dal 'tutto' e che si presenta con esibizione orgogliosa dei suoi numeri (dai 1400 anni ai 50 libri) in senso quantitativo e che soprattutto sottolinea l'aspetto qualitativo. *Certos titulos*, *certi per certa* indica la affidabilità e la precisione. Ma soprattutto conta la proiezione sacrale cui avevo alluso prima: il

[89] Nel capolavoro di Honoré 1978 vd. specie le pp. 70 ss.

[90] *Dig.*, ed. Mommsen, Krueger cit., p. 22.

[91] *Haec*, *praef.*, in *Cod. Iust.*, ed. Krueger cit., p. 1 (*uno autem codice sub felici nostri nominis vocabulo componendo*); *Summa*, 1 *in unum codicem felici nostro vocabulo nuncupandum* (ivi, p. 2).

[92] *Cordi*, *praef., in unum corpus colligere* (*Cod. Iust.*, ed. Krueger cit., p. 4).

[93] *Tanta/Δέδωκεν,* 23 (*Dig.*, ed. Mommsen, Krueger, cit, p. 23).

[94] *Deo auctore*, *praef.*, ivi, p. 8.

[95] *Tanta/Δέδωκεν* 21, ivi, p. 22. Ricordiamo, nella *Introduzione storico-giuridica* di M. Amelotti ad Amelotti, Migliardi Zingale 1977, p. xxix, l'efficace chiusa: «per Giustiniano la teologia si fa diritto, e l'una e l'altro sono al servizio del potere imperiale».

[96] *Splendidissimus Papinianus* in *Deo auctore,* 6, in *Dig.*, ed. Mommsen, Krueger cit., p. 8; *sublimissimus Papinianus* in *Omnem* 1, ivi, p. 10*, al.*

[97] *Deo auctore, praef.*, ivi, p. 8.

[98] Ivi, p. 8.

codice è un *sanctissimum templum iustitiae*, non una casa o un riparo ma proprio un tempio, etimologicamente spazio separato dagli altri[99]. Questo libro-tempio (che in qualche modo prefigura successivi sviluppi che troveremo nel corso dell'avventura bizantina[100]) si nega a qualsiasi indagine dialogica e dialettica. Questo luogo sacro della giustizia si presenta impermeabile a tutto ciò che è al di fuori di sé, come se fosse protetto da un muro: non si sbaglia se si interpreta questo *murus* e questo *vallare* nel senso di una fortificazione militare, di una palizzata.

La legge come muro e difesa era stata immagine plastica già impiegata da Cicerone[101] ma c'è novità se l'imperatore la utilizza per escludere ogni accesso al tempio della giustizia che ha ideato e promosso. Di questo tempio i funzionari dell'impero saranno i sacerdoti: finito il tempo delle *curiae* colte nelle *poleis* che potevano interpretare e commentare altri libri, magari commissionarli. Questo *nihil extra* comporterà la perdita calcolata[102] delle tradizioni manoscritte cui si è avuta la possibilità di fare ricorso per la stesura del *Corpus* stesso[103], perché è vietato trascrivere le codificazioni precedenti a quella giustinianea: come accade in certi restauri troppo invasivi che cancellano dal monumento ogni traccia del suo sedimento storico, sottraendo in qualche modo storicizzazione dialettica al proprio stesso operare, che viene così assolutizzato e ritenuto come unico vero. Ciò varrà ovviamente anche per la prima versione del codice di Giustiniano stesso, oltre che per le altre opere dei giurisperiti.

Si può a questo punto avanzare l'ipotesi che la grandiosa codificazione giustinianea sia pienamente concepibile solo accettandola e in qualche modo accertandola nella sua matericità di codice e di libro scritto all'interno di una visione del potere che scavalca ogni struttura intermedia di mediazione e confronto, a partire da quella attività di critica e di dialogo in cui era nata la grande cultura antica delle *poleis* e di cui la stessa codificazione è un risultato. Un quadro di concezione politica che è solidale con il quadro della struttura di comunicazione cui abbiamo fatto riferimento.

Il certo e il vero abitano dunque nella fissità del libro scritto d'autorità, dispositivo eletto (canale e codice) di regolamentazione e controllo capace di conciliare, all'interno di un Impero istituzionalizzato, due spinte diverse ma non contrastanti: dall'alto, come detto, l'elemento religioso; dal profondo del tempo, invece, la lunghissima durata della tradizione del diritto romano. Se Peter Brown aveva in termini

---

[99] Per un immediato avviamento vd. Cesaretti, Minguzzi 2018, pp. 287-288.

[100] Vd. Cavallo 2007, specie p. 181.

[101] Cic. *in Pison*. 9,4 *lex Aelia et Fufia … propugnacula murique tranquillitatis.*

[102] La mia interpretazione è accostabile a quella proposta da Mazzucchi 2011, p. 71, in relazione alle conquiste territoriali giustinianee: «azioni preventive, incuranti dei costi, anche se terribili, per le popolazioni. *Mors tua vita mea* fu la logica della sua politica».

[103] In Piccione 2003, p. 45, trovo l'opinione del grande Conrad Gesner in merito: «L'unico difetto di Giustiniano, conclude Gesner, è che non ha conservato gli archetipi testuali, in modo che lo studioso del futuro potesse effettuare un confronto con le opere utilizzate per il *Digesto*, nel caso sorgano dubbi di interpretazione». Vd. anche Archi 1978b, p. 119: dopo la riforma di Giustiniano «non si può più dire che nel *curriculum* degli studi trovi posto l'opera del singolo giurista in quanto tale». Vd. *supra* (n. 49), Harries 2013.

generali espresso la sacralità intrinseca del libro all'altezza cronologica considerata[104], conta specificamente qui la puntuale osservazione del Wallinga per cui «The words *liber* and βιβλίον, in fact, are probably the most frequently used ones in *Tanta* and *Δέδωκεν*»[105]. Sono elementi questi, con l'identificazione tra libro e testo, in cui si scorgono segni di novità – anche nell'ideale ponte con il *Corano* cui abbiamo fatto cenno – più che di una mera *renovatio Imperii*[106]. «La nostra è l'epoca di Giustiniano imperatore», come scrive negli *Edifici* – qui menzionati in epigrafe – il suo storico e critico Procopio di Cesarea[107] che in questo caso volge in connotazione positiva quell'amore giustinianeo per l'innovazione che gli aveva invece rimproverato nella *Historia Arcana* (6,21; 8,26; 11,1-2, *al.*).

Congediamoci dall'imperatore insonne[108], dal titano cristiano, dalla *lex animata*, e rappresentiamolo idealmente in trono sotto una croce gemmata, con il suo *Corpus* in mano: il suo libro-muro-presidio *nihil extra se habens*. Ma anche, come sarà poi per il *Corano*, libro pervasivo, libro-dispositivo come quello, regolatore di *ogni* processo come quello. E al contempo, se quello è direttamente religioso e indirettamente politico, e non necessariamente scritto, il *Corpus* è necessariamente scritto, e in primo luogo legato all'esistenza sia del libro sia di realtà istituzionali che invece nella *umma* islamica si dissolvono. Il mondo giustinianeo e la lunga durata bizantina vengono così a distinguersi dagli sviluppi islamici non meno che da quelli che la cristianità conoscerà nell'Europa occidentale del Papato istituzionalizzato e dei regni romano-germanici, privi di rapporto diretto con la tradizione romana antica[109]. Sicché l'età che si apre con Giustiniano, prosegue con Gregorio Magno e giunge poi a Maometto, quale l'aveva periodizzata lo storico del 'cammino umano', si pone come snodo densissimo. Essa espone ormai con ogni evidenza la prima divaricazione di strade che prenderanno itinerari divergenti e poi conflittuali nei secoli a venire.

---

[104] Brown 1974, p. 146.

[105] Wallinga 1989, p. 2.

[106] Ho in preparazione uno studio su come e perché si faccia uso di tale etichetta, che connota in maniera a mio avviso eccessiva il monumentale Tate 2006. Può essere utile in merito Noethlichs 2000. Nel più volte citato Honoré 1978, la portata 'eversiva' e radicale dell'azione di Giustiniano è sottolineata sin dall'inizio, p. 14, p. 16, *al.*

[107] Proc. Caes. *Aed.* I 1, 6.

[108] Vd. *Nov*. 8, *Praef.,* ed. Schoell, Kroll cit., p. 64: *Omnes nos dies noctesque cum multis vigiliis et curis solemus transigere, perpetuo deliberantes, quomodo utile quid et quod deo placeat in subditos a nobis conferatur. Neque subsiciva opera vigilias ducimus, sed eiusmodi consiliis eas impendimus, et toto die id agentes et noctibus aeque ac diebus utentes, ut subditi nostri bona condicione fruantur ab omni cura liberati, nobis in nosmet ipsos curas pro omnibus recipientibus.* Al medesimo torno di tempo (535) risale l'epigramma inscritto nella chiesa ottagonale dedicata a Sergio e Bacco in Costantinopoli dove al v. 9 si prega san Sergio affinché «protegga il potere dell'insonne imperatore» L'insonnia dell'imperatore e la sua attività notturna è ribaltata negativamente e corrosivamente da Proc Caes. *Hist. Arc*. 12, 20.27; 13, 28-32. Vd. anche Id. *Bell.* VII 32, 9 (l'immagine di Giustiniano insonne nelle parole di Arsace ad Artabane).

[109] Vd. in merito anche alcune tracce interpretative presenti in Sarris 2011. Del medesimo autore, il recentissimo *Justinian; Emperor, Soldier, Saint*, New York 2023, è uscito contestualmente alla mia consegna di questo contributo; non ho potuto tenerne conto.

Bibliografia

Amelotti, Migliardi Zingale 1977 = M. Amelotti, L. Migliardi Zingale (a c. di), *Scritti teologici ed ecclesiastici di Giustiniano*, Milano 1977.

Amir-Moezzi 2007 = M.A. Amir-Moezzi (a c. di), *Dizionario del Corano*, trad. it., Milano 2007 (ed. or. 2007).

Archi 1978a = G.G. Archi (a c. di), *L'imperatore Giustiniano. Storia e mito. Giornate di studio a Ravenna. 14-16 ottobre 1976*, Milano 1978.

Archi 1978b = G.G. Archi, *Giustiniano e l'insegnamento del diritto*, in Archi 1978a, pp. 97-131.

Archi 1985 = G.G. Archi (a c. di), *Il mondo del diritto nell'epoca giustinianea. Caratteri e problematiche*, Ravenna 1985.

Averincev 1988 = S. Averincev, *L'anima e lo specchio. L'universo della poetica bizantina*, trad. it., Bologna 1988 (ed. or. 1977).

Baldi 2010 = D. Baldi, *Il* Codex Florentinus *del Digesto e il 'Fondo Pandette' della Biblioteca Laurenziana con un'appendice di documenti inediti*, in *Segno e Testo* 8 (2010), pp. 99-186.

Branca 2016 = P. Branca, *Il Corano. Il Libro sacro della civiltà islamica*, Bologna 2016[2].

Brown 1974 = P. Brown, *Il mondo tardo antico. Da Marco Aurelio a Maometto*, trad. it., Torino 1974 (ed. or. 1971; nel 1989 comparve una nuova edizione, trad. it. Torino 2017).

Brubaker 1994 = L. Brubaker, *To legitimize an emperor: Constantine and visual authority in the eighth and ninth centuries*, in P. Magdalino (a c. di), *New Constantines: the rhythm of imperial renewal in Byzantium, 4th-13th centuries (Papers from the Twenty-sixth Spring Symposium of Byzantine Studies, St Andrews, March 1992)*, Aldershot 1994, pp. 139-158.

Cavallo 1975a = G. Cavallo (a c. di), *Libri, editori e pubblico nel mondo antico. Guida storica e critica*, Roma-Bari 1975.

Cavallo 1975b = G. Cavallo, *Libro e pubblico alla fine del mondo antico*, in Cavallo 1975a, pp. 83-132.

Cavallo 1978 = G. Cavallo, *La circolazione libraria nell'età di Giustiniano*, in Archi 1978a, pp. 201-236.

Cavallo 2000 = G. Cavallo (a c. di), *Libri e lettori nel Medioevo*, Roma-Bari 2000[4].

Cavallo 2007 = G. Cavallo, *Leggere a Bisanzio*, Milano 2007.

Cavallo, Magistrale 1987 = G. Cavallo, F. Magistrale, *Libri e scritture del diritto nell'età di Giustiniano*, in *Index* 15 (1987), pp. 97-110.

Cesaretti 1989 = P. Cesaretti, Rec. a S. Averincev 1988, in *Strumenti critici* N.S. 4,3 (1989), pp. 337-355.

Cesaretti 2004 = P. Cesaretti, Rec. a M. McCormick, *Origins of the European Economy: Communications and Commerce, AD 300-900*, in *Aevum* 78 (2004), pp. 615-624.

Cesaretti 2010 = P. Cesaretti, *«Bona civitatibus ex historia» (Proc. Anec. I 1,2)*, in *Nea Romi* 7 (2010 ([ma 2011]), pp. 41-56.

Cesaretti 2011 = P. Cesaretti, *Procopio tra storia e visione*, in P. Cesaretti, M.L. Fobelli (a c. di), Procopio di Cesarea, *Santa Sofia di Costantinopoli. Un tempio di luce (Aed. I 1,1-78)*, Milano 2011, pp. 3-66.

Cesaretti 2018 = P. Cesaretti, *Il mondo tardoantico secondo Marrou*, in A. Scotto Di Luzio (a c. di), *Crisi della storia, crisi della verità. Saggi su Marrou*, Roma 2018, pp. 173-187.

Cesaretti, Minguzzi 2018 = P. Cesaretti, E. Minguzzi, *Il Dizionarietto di latino. La rete comune d'Europa*, Brescia 2018.

Cohen-Skalli 2013 = A. Cohen-Skalli, *Les Excerpta Constantiniana: une συλλογή conçue d'après un modèle juridique?*, in *Jahrbuch der Österreichischen Byzantinistik* 63 (2013), pp. 33-52.

Cole 2020 = J. Cole, *Muhammad and Justinian: Roman Legal Traditions and the Qur'an*, in *Journal of Near Eastern Studies* 79,2 (2020), pp. 183-196.

Cole 2022 = J. Cole, *Late Roman Law and the Quranic Punishment for Adultery*, in *The Muslim World* 112,2 (2022), pp. 207-224 (online: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/muwo.12436).

Cometa 2004 = M. Cometa, *Dizionario degli studi culturali*, a c. di R. Coglitore, F. Mazzara, Roma 2004.

Corcoran 2017 = S. Corcoran, *Roman Law and the Two Languages in Justinian's Empire*, in *Bulletin of the Institute of Classical Studies. Univ. London* 60,1 (2017), pp. 96-116.

Cosentino 2009 = S. Cosentino, *Giustiniano*, in Traina 2009, pp. 239-286.

Cracco Ruggini 1985 = L. Cracco Ruggini, *Giustiniano e la società italiana*, in Archi 1985, pp. 173-207.

Crisci 2012 = E. Crisci, *Il libro greco tra tarda antichità e alto medioevo bizantino: materiali, tipologie, scritture*, in C. Casetti Brach (a c. di), *Scrittura e libro nel mondo greco-bizantino* (*Atti del corso. Ravello, Villa Rufolo, 6-9 novembre 2007)*, Ravello 2012, pp. 109-153.

Criscuolo 2017 = V. Criscuolo, *s.v. Saitta, Armando*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, LXXXIX, Roma 2017, pp. 634-637 (online, https://www.treccani.it/enciclopedia/armando-saitta_%28Dizionario-Biografico%29/).

Dagron 1969 = G. Dagron, *Aux origines de la civilisation byzantine: Langue de culture et langue d'État*, in *Revue Historique*, fasc. 489, t. 241, a. 93 (1969), pp. 23-56.

De Giovanni 2007 = L. De Giovanni, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007.

De Giovanni 2015 = L. De Giovanni, *Diritto e storia. La tarda antichità*, Napoli 2015.

De Marini, Lanza 2001 = F. De Marini, C. Lanza, *Critica testuale e studio storico del diritto*, Torino 2001[3].

De Ruggiero 1938 = G. De Ruggiero, Rec. a H. Pirenne, *Mahomet et Charlemagne*, in *La Critica* 36 (1938 [20 luglio 1938]), pp 279-284.

Diehl 1957 = Ch. Diehl, *I grandi problemi della storia bizantina*, trad. it., Bari 1957 (ed. or. 1947[2]).

Donner 2005 = F.M. Donner, *The Background to Islam*, in Maas 2005, pp. 510-531.

Falcone 2014 = G. Falcone, *The Prohibition of Commentaries to the Digest and the Antecessorial Literature*, in *Subseciva Groningana* 9 (2014), pp. 1-36.

von Falkenhausen 1985 = V. von Falkenhausen, *I rapporti dei ceti dirigenti romani con Costantinopoli dalla fine del V secolo alla fine del VI secolo*, in Archi 1985, pp. 59-90.

Giardina 1995 = A. Giardina, *s.v. Tardoantico* in *Enciclopedia Italiana. Appendice V, 1979-1992*, vol. 5, Roma 1995, pp. 392-393.

Giardina 1999 = A. Giardina, *Esplosione di Tardoantico*, in *Studi Storici* 40 (1999), pp. 157-180.

Gibb, Kramer 1995 = H.A.R. Gibb, H. Kramer (eds.), *Shorter Encyclopaedia of Islam*, Leiden-New York-Köln 1995.

Gibbon 1967 = E. Gibbon, *Storia della decadenza e caduta dell'impero romano*, trad. it., Torino 1967, 3 voll. (ed. or. 1776-1789).

Grafton, Williams 2006 = A. Grafton, M. Williams, *Christianity and the Transformation of the Book*, Cambridge-London 2006 [trad. it. *Come il cristianesimo ha trasformato il libro*, Roma 2019].

Harries 2013 = J. Harries, *Encyclopaedias and autocracy: Justinian's* Encyclopaedia *of Roman law*, in J. Konig, G. Woolf (eds.), *Encyclopaedism from Antiquity to the Renaissance*, Cambridge 2013, pp. 178-196.

Hillenbrand 2016 = C. Hillenbrand, *Islam. Una nuova introduzione storica*, trad. it., Torino 2016 (ed. or. 2015).

Honoré 1978 = T. Honoré, *Tribonian*, Ithaca NY 1978.

Jakobson 1966 = R. Jakobson, *Saggi di linguistica generale*, trad. it., Milano 1966.

Kaiser 2015 = W. Kaiser, *Justinian and the* Corpus Iuris Civilis, in D. Johnston (ed.), *The Cambridge Companion to Roman Law*, Cambridge 2015, pp. 119-148.

Kaldellis 2004 = A. Kaldellis, *Procopius of Caesarea. Tyranny, History, and Philosophy at the End of Antiquity*, Philadelphia 2004.

Lanata 1979 = G. Lanata, *Le* Novelle *giustinianee e la traduzione dell'Autentico*, in *Byzantion* 49 (1979), pp. 239-265.

Lanata 1984 = G. Lanata, *Legislazione e natura nelle Novelle giustinianee*, Napoli 1984.

Laruffa, Verga 2023 = A. Laruffa, M. Verga (a c. di), *Cultura e organizzazione. Armando Saitta e la storiografia italiana del secondo Novecento*, Roma 2023.

Lemerle 1971 = P. Lemerle, *Le premier humanisme byzantin. Notes et remarques sur enseignement et culture à Byzance des origines au X^e siècle*, Paris 1971.

Lichacëv 1991 = D.S. Lichacëv, *Le radici dell'arte russa. Dal Medioevo alle avanguardie*, trad. it., Milano 1991.

Lokin, Stolte 2011 = J.H.A. Lokin, B.H. Stolte (a c. di), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011.

Loschiavo 2019 = L. Loschiavo, *L'età del passaggio. All'alba del diritto comune europeo (secoli III-VII)*, Torino 2019[2].

Loschiavo 2024 = L. Loschiavo, *Le leggi di Giustiniano in Italia prima e dopo la guerra gotica*, in H. Dey, F. Oppedisano (eds.), *Justinian's Legacy – L'Eredità di Giustiniano. The Last War of Roman Italy – L'ultima guerra dell'Italia romana*, Roma 2024, pp. 227-255.

Lovato 2013 = A. Lovato, *Giustiniano e la consummatio nostrorum digestorum*, in *Mélanges de l'École française de Rome: antiquité* 125,2 (2013), pp. 397-405 (disponibile anche online: https:// journals.openedition.org/mefra/1842?lang=it).

Maas 2005 = M. Maas (ed.), *The Cambridge Companion to the Age of Justinian*, Cambridge 2005.

Maksimović 2013 = L. Maksimović, *George Ostrogorsky*, in P. Armstrong (ed.), *Authority in Byzantium*, Farnham 2013, pp. 327-335.

Mantovani 2018 = D. Mantovani, *Les juristes écrivains de la Rome antique. Les œuvres des juristes comme littérature*, Rome 2018.

Maraini 2003 = F. Maraini, *Paropàmiso. Storie di popoli e culture, di montagne e divinità*, Milano 2003.

Marcone 2001 = A. Marcone, *Gli studi italiani sulla tarda antichità nel secondo dopoguerra*, in *Studia historica: Historia antigua* 19 (2001), pp. 79-92.

Marcone 2004 = A. Marcone, *La Tarda Antichità o della difficoltà delle periodizzazioni*, in *Studi storici* 45 (2004), pp. 25-36.

Marcone 2019 = A. Marcone, *L'evoluzione della circolazione libraria in età imperiale: la letteratura giuridica e cristiana*, in *Studia historica: Historia antigua* 37 (2019), pp. 269-283.

Marcone 2020 = A. Marcone, *Tarda Antichità: profilo storico e prospettive storiografiche*, Roma 2020.

Matino 2012 = G. Matino, *Giustiniano e la retorica del potere*, in *Paideia* 67 (2012), pp. 203-221.

Mazzucchi 2011 = C.M. Mazzucchi, *Il contesto culturale e linguistico. Introduzione al lessico giuridico greco*, in Lokin, Stolte 2011, pp. 71-78.

McAuliffe 2002 = J.D. McAuliffe (ed.), *Encyclopaedia of the Qur'ān*, II, Leiden-Boston 2002.

McAuliffe 2003 = J.D. McAuliffe (ed.), *Encyclopaedia of the Qur'ān*, III, Leiden-Boston 2003.

McCormick 2007 = M. McCormick, *Le origini dell'economia europea: comunicazioni e commercio 300-900 d.C.*, trad. it., Milano 2007 (ed. or. 2001).

Meier 2007 = M. Meier, *Giustiniano*, trad. it., Bologna 2007 (ed. or. 2004).

Meier, Montinaro 2022 = M. Meier, F. Montinaro (eds.), *A Companion to Procopius of Caesarea*, Leiden-Boston 2022.

Miller, Sarris 2018 = D.J.D. Miller, P. Sarris (eds.), *The Novels of Justinian. A Complete Annotated English Translation*, 2 voll., Cambridge 2018.

Montanari, Pagani 2011 = F. Montanari, L. Pagani (eds.), *From Scholars to Scholia. Chapters in the History of Ancient Greek Scholarship*, Berlin-New York 2011.

Montanari, Matthaios, Rengakos 2015 = F. Montanari, S. Matthaios, A. Rengakos, *Brill's Companion to Ancient Greek Scholarship*, 2 voll., Leiden-Boston 2015.

Montecchi 2023 = L. Montecchi, *Maometto. L'anno dell'Égira*, Azzano S. Paolo (BG) 2023.

Noethlichs 2000 = K.L. Noethlichs, *Quid possit antiquitas nostris legibus abrogare? Politische Propaganda und praktische Politik bei Justinian I im Lichte der kaiserlichen Gesetzgebung und der antiken Historiographie*, in *Zeitschrift für Antikes Christentum* 4 (2000), pp. 116-132.

Ostrogorsky 1968 = G. Ostrogorsky, *Storia dell'impero bizantino*, trad. it. Torino 1968 (ed. or. 1963).

Pertusi 1964 = A. Pertusi, *Bisanzio e l'irradiazione della sua civiltà in Occidente nell'Alto Medioevo*, in *Centri e vie di irradiazione della civiltà nell'Alto Medioevo. XI Settimana di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo. Spoleto 18-23 aprile 1963*, Spoleto 1964, pp. 75-133.

Pertusi 1978 = A. Pertusi, *Giustiniano e la cultura del suo tempo*, in Archi 1978a, pp. 181-199.

Petrucci 1973 = A. Petrucci, *Scrittura e libro nell'Italia altomedievale*, II, in *Studi medievali*, S. III, 14 (1973), pp. 961-1002.

Petrucci 2000 = A. Petrucci, *La concezione cristiana del libro fra V e VII secolo*, in Cavallo 2000, pp. 3-26.

Pfeiffer 1973 = R. Pfeiffer, *Storia della filologia classica. Dalle origini alla fine dell'età ellenistica*, trad. it., Napoli 1973 (ed. or. 1968, poi 1970).

Piccione 2003 = R.M. Piccione, *Scegliere, raccogliere e ordinare. La letteratura di raccolta e la trasmissione del sapere*, in E.V. Maltese (a c. di), *Bisanzio tra storia e letteratura* [= *Humanitas* 1 (2003)], Brescia 2003, pp. 44-63.

Pirenne 1939 = H. Pirenne, *Maometto e Carlomagno*, trad. it., Bari 1939 (ed. or. 1937).

Puliatti 2013 = S. Puliatti, *Mea sanxit aeternitas. Giustiniano e l'"eterno conflitto" tra ideale e realtà*, in *Mélanges de l'École Française de Rome. Antiquité* 125,2 (2013), pp. 2-15 (versione online: https://journals.openedition.org/mefra/1920#ftn10).

Rabà 2023 = M.M. Rabà, *Un manuale di storia per la "nuova Italia". Armando Saitta e* Il cammino umano, in Laruffa, Verga 2023, pp. 45-60.

Rapp 2005 = C. Rapp, *Literary circles under Justinian*, in Maas 2005, pp. 376-397.

Ravegnani 2019 = G. Ravegnani, *L'età di Giustiniano*, Roma 2019.

Roberto 2009 = U. Roberto, *Byzantine Collections of Late Antique Authors: Some Remarks on the* Excerpta Historica Constantiniana, in M. Wallraff, L. Mecella (Hrsg.), *Die Kestoi des Julius Africanus und ihre Überlieferung*, Berlin – New York 2009, pp. 71-84.

Saitta 1957 = A. Saitta, *Antologia di critica storica*, 3 voll., Bari 1957.

Saitta 1978 = A. Saitta, *Cristiani e barbari*, Roma-Bari 1978.

Saitta 1979 = A. Saitta Saitta, *Dall'impero di Roma a Bisanzio*, Roma-Bari 1979.

Saitta 1982 = A. Saitta, *Giustiniano e Maometto*, Roma-Bari 1982.

Saitta 1983 = A. Saitta, *L'impero carolingio*, Roma-Bari 1983.

Sarris 2011 = P. Sarris, *Empires of Faith: The Fall of Rome to the Rise of Islam, 500-700*, Oxford 2011.

Scheltema 1977 = H.J. Scheltema, *Das Kommentarverbot Justinians*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'histoire du droit / The Legal History Review* 45 (1977), pp. 307-331.

Stolte 1984 = B.H. Stolte, *The partes of the Digest in the Codex Florentinus*, in *Subseciva Groningana* 1 (1984), pp. 69-91.

Tate 2006 = G. Tate, *Giustiniano. Il tentativo di rifondazione dell'impero*, trad. it., Roma 2006 (ed. or. 2004).

Tinnefeld 1971 = F.H. Tinnefeld, *Kategorien der Kaiserkritik in der byzantinischen Historiographie. Von Prokop bis Niketas Choniates*, München 1971.

Torchiani 2023 = F. Torchiani, *Lo storico e l'editore. Armando Saitta e Laterza*, in Laruffa, Verga 2023, pp. 61-79.

Traina 2009 = G. Traina (a c. di), *Storia d'Europa e del Mediterraneo.* I, *Il Mondo antico*, III. *L'ecumene romana*, VII. *L'Impero tardoantico*, Roma 2009.

van der Wal, Lokin 1985 = N. van der Wal, J.H.A. Lokin, *Historiae Iuris Graeco-Romani Delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985.

Wallinga 2009 = T. Wallinga, *Le codificazioni giuridiche*, in Traina 2009, pp. 601-649.

Zayd 2002 = N.A. Zayd, *Islām e storia. Critica del discorso religioso*, trad. it., Torino 2002.

Zayd 2012 = N.A. Zayd, *Testo sacro e libertà. Per una lettura critica del Corano*, trad. it., Venezia 2012.

Dal mondo del pressappoco all'universo del certo: la 'rivoluzione' irneriana

Luca Loschiavo
Università di Teramo

1. Un mito che è necessario inseguire

Il titolo di questo intervento s'ispira, evidentemente, a quello che gli editori scelsero per la versione (e riduzione) italiana di un libro che Alexandre Koyré aveva pubblicato nel 1950: il titolo scelto fu *Dal mondo del pressappoco all'universo della precisione*[1]. Il richiamo al filosofo e storico del pensiero scientifico vuol essere in certo modo lo spunto per ricordare (anche ai cultori delle cosiddette *hard sciences*) come la 'precisione' sia un mito della modernità, un po' come lo è la 'certezza del diritto'. Si tratta, nell'uno come nell'altro caso, di miti certamente positivi, anzi necessari, in quanto ci motivano e ci spingono a migliorarci sempre. Però rimangono pur sempre dei miti ed è bene non dimenticarlo.

E come per le scienze della natura, così anche per il mondo del diritto l'apparizione del mito che maggiormente interessa i giuristi – l'idea, cioè, che 'giustizia' e 'certezza del diritto' debbano necessariamente accompagnarsi – segna in qualche modo la nascita della modernità giuridica. In queste pagine, in particolare, vorrei cercare di mostrare come tale apparizione – e quindi, appunto, l'avvio della modernità giuridica – cada molto prima di quando solitamente si pensi. Occorre, infatti, risalire al momento in cui l'alto medioevo si conclude e si apre l'età del cosiddetto rinascimento giuridico. È allora che emerge la consapevolezza dei considerevoli costi sociali che comporta l'incertezza del diritto e ci si comincia a interrogare seriamente su come superarla.

[1] Koyré 1967. Come accennato nel testo, il volume italiano traduce solo una parte del più ampio libro pubblicato a Parigi nel 1950 col titolo *Etudes sur l'histoire de la pensée philosophique en Russie*). A sua volta, il titolo in italiano s'ispira ovviamente a un successivo e più famoso libro dello stesso studioso: *From the Closed World to the Infinite Universe* (1956).

2. Uno sguardo fra tardoantico e alto medioevo

Si può, infatti, affermare con una certa sicurezza che nel medioevo più remoto la certezza del diritto non era tra i problemi che maggiormente assillavano le menti degli uomini che avevano responsabilità di governo. Guidati più o meno da vicino dalle gerarchie ecclesiastiche, quegli uomini ritenevano che la loro maggiore preoccupazione dovesse piuttosto consistere nell'attuare sulla terra una giustizia che non spiacesse troppo a Dio. Già in età tardoantica, il complesso sistema della giustizia imperiale romana era stato contestato dai cristiani. A questo, i *fideles* opponevano un ideale di giustizia caratterizzato da finalità e modalità che dovevano davvero apparire nuove e alternative. Dalle parole di Cristo, i cristiani apprendevano che, in attesa della vera giustizia, quella che Dio stesso avrebbe dispensato alla fine dei tempi, sopra di essi incombeva un duplice obbligo: essi dovevano disporsi al perdono nei confronti del peccatore/malfattore (che si era fatto 'strumento del male'[2]) e quindi – e soprattutto – superando ogni considerazione meramente remuneratoria o formalistica, rendersi parte attiva in un percorso che conducesse il peccatore a ravvedersi e a recuperare la strada verso la salvezza[3]. In quest'ottica, la misericordia e il desiderio caritativo di salvare l'anima del 'fratello che ha sbagliato' erano (e sono) valori più alti e da preferire persino al rispetto pieno della legge e al trionfo della verità (legge e verità umane, s'intende)[4].

Non è difficile comprendere come l'attuazione pratica di tale impostazione ideale abbia incontrato difficoltà varie e abbia spesso condotto a singolari compromessi. E se indicazioni preziose erano state offerte ai primi cristiani già da Paolo di Tarso in un famoso passaggio della I lettera ai Corinzi[5], passi concreti furono compiuti almeno a partire dal IV secolo[6]. La giustizia dei cristiani contempla certamente un'altra storia rispetto a quella che si vorrebbe ripercorrere qui e però – come si vedrà – questa nuova concezione introdotta dal cristianesimo ebbe riflessi decisivi sul tema della certezza per molti secoli a venire. Qui sarà sufficiente ricordare l'ammonimento che Ambrogio, vescovo di Milano, rivolse contemporaneamente ai suoi colleghi vescovi e alle autorità romane: quando si tratta di giudicare, nessuno può imporre al vescovo la maniera di comportarsi e, tantomeno, può imporre di applicare in maniera automatica questa o quella norma terrena[7].

---

[2] Egli era infatti il 'cattivo', cioè «captivus dyaboli», secondo un chiaro spostamento semantico; cfr. Corti 2002, p. 26.

[3] È la cosiddetta *fraterna correptio* di cui parla, in particolare, il Vangelo di Matteo (Mt., 5.20). Si v. Bellini 1986, qui, soprattutto, pp. 13-77 e 85-91.

[4] Cfr. da ultimo Fantappiè 2020, pp. 4-5 che, fra l'altro, precisa (p. 4 nt. 9) come «essendo legata alla fede, la giustizia non corrisponde all'osservanza della legge ma al compimento della volontà di Dio. Perciò essa trova il suo metro ideale nella *perfezione di Dio* (Mt. 5.48)». V. inoltre Loschiavo 2019, pp. 70-86.

[5] Per l'analisi del quale si rinvia a Diliberto 1978/79.

[6] Rinvio per brevità a Loschiavo 2020a.

[7] «Quales illi, qui volunt praescribere sacerdotibus quid sequi debeamus?», così in *Epist.* 56 § 15 (ed. Faller- Zelzer, pp. 84-97).

Lasciando però la tarda antichità per guardare all'alto medioevo, è al complesso mondo dei barbari – o se si preferisce dei 'nuovi venuti' – che si deve volgere l'attenzione. Questi ultimi, una volta preso il potere nelle regioni del vecchio Impero Romano d'Occidente, trovarono utile far proprie (certo adattandole) talune soluzioni già diffuse nel mondo provinciale tardoromano. Ed è subito evidente come – sia pure perché sospinti da altre motivazioni – nemmeno i *novi domini* percepirono la certezza del diritto come una vera urgenza.

In Italia, per esempio, il goto Teoderico (assistito certamente dal romanissimo Cassiodoro) era assai più preoccupato di come assicurare la convivenza all'interno del suo regno. Qui la popolazione romana, di gran lunga maggioritaria, si confrontava con gli uomini di Teoderico, che da guerrieri mercenari si volevano trasformare in proprietari terrieri, pur conservando l'uso e il controllo della forza. Allo scopo di mantenere i due popoli, per quanto possibile, l'uno di fianco all'altro 'in spirito di amicizia', il sovrano previde un sistema di giustizia articolato. Lo vediamo descritto nella notissima *varia* 7.3, meglio conosciuta come *Formula comitivae Gothorum per singulas civitates*[8].

> *Cum deo iuvante sciamus Gothos vobiscum habitare permixtos, ne qua inter consortes, ut assolet, indisciplinatio nasceretur, necessarium duximus illum sublimem virum, bonis nobis moribus hactenus comprobatum, ad vos comitem destinare, qui secundum edicta nostra inter duos Gothos litem debeat amputare, si quod etiam inter Gothum et Romanum natum fuerit fortasse negotium, adhibito sibi prudente Romano certamen possit aequabili ratione discingere. Inter duos autem Romanos, romani audiant quos per provincias dirigimus cognitores, ut unicuique sua iura serventur et sub diversitate iudicum una iustitia complectatur universos. …*
>
> Essendo a noi noto che, accanto alle vostre, anche i Goti hanno le loro case, affinché non siano occasione di disordini tra consorti (come pure spesso accade), con l'aiuto di Dio, riteniamo necessario inviarvi quale *comes* quell'ottima persona [la formula andava qui integrata col nome del designato], la cui condotta di vita ci ha sinora dimostrato i buoni costumi, in modo che secondo i nostri editti tronchi le liti che insorgano tra due Goti e se poi nasca una qualche controversia tra un Goto e un Romano, dopo aver chiamato al suo fianco un giurisperito romano possa, con equa ragionevolezza, sciogliere il contrasto. Le liti che invece oppongano due romani siano risolte dinanzi ai giudici romani che abbiamo distribuito per le varie province, e in questo modo a ciascuno sia consentito di conservare i propri diritti e, per mano di giudici differenti, tutti ricevano una giustizia uniforme. …

La particolare connotazione pubblicistica del sovrano Amalo – capo tribale e militare del popolo-esercito ostrogoto e, al contempo, massimo rappresentante dell'imperatore costantinopolitano nella diocesi italiciana[9] – imponeva anzitutto di confermare

[8] *Var*. 7.3 (*Cassiodorus Variae*, ed. Mommsen 1894, pp. 202-203); per un commento, sia consentito rinviare qui alle argomentazioni già svolte in Loschiavo 2019, pp. 162-169.

[9] Cfr. Licandro 2010/2011, pp. 126-154 e Loschiavo 2019, pp. 150-166.

ai Romani, quando litigassero tra loro, il diritto di far riferimento ai loro giudici naturali (*cognitores*) e alla loro complessa tradizione giuridica (all'epoca incarnata dal *Codex Theodosianus* e dalle raccolte degli antichi *iura*). I Goti avrebbero invece risolto i loro contrasti affidandosi ai rispettivi comandanti, i *comites* (anch'essi autorità militari e politiche a un tempo), e seguendo le proprie consuetudini e le disposizioni del re. Qualunque fosse la natura e il contenuto di tali consuetudini, sul piano ordinamentale esse andavano intese come *ius militare*, alimentando la consueta dialettica *ius commune/ius speciale* (dove 'diritto comune' era il *ius civile romanorum*, che dopo il 212 accomunava tutti gli abitanti dell'Impero, e 'diritto speciale' era quello che si ammetteva potessero seguire i soldati, in considerazione della loro specifica funzione, vitale per la sopravvivenza dello stato imperiale).

Nel più complesso caso, infine, di controversie che contrapponessero Romani e Goti (ed era appunto l'eventualità che più preoccupava, perché facilmente metteva a rischio quella amichevole convivenza che tanto stava a cuore a Teoderico e Cassiodoro), secondo un privilegio che da tempo il diritto romano imperiale riconosceva ai soldati, a giudicare sarebbe stato il giudice militare e cioè ancora il *comes* goto (proprio perché 'goto' e 'soldato' erano ormai divenuti sinonimi). In questo caso, a maggior garanzia dei litiganti civili (e cioè romani), il *comes* sarebbe stato però affiancato da un *prudens*, cioè un esperto di diritto romano.

Problema, tuttavia, non meno serio di quello costituito dal magistrato giudicante, era quello di individuare il diritto che questi avrebbe dovuto applicare. Al di là dei dubbi avanzati parecchi decenni fa circa la sua vera paternità[10], si può credere che la legge da applicare coincidesse per lo più con quella raccolta nell'*Edictum Theoderici regis* e cioè, sostanzialmente, con il diritto applicato normalmente nella prassi dell'epoca e che noi siamo abituati a qualificare come 'diritto romano volgare' (oggi forse parleremmo preferibilmente di 'diritto liquido'). In ogni caso – ed è cosa da sottolineare – siffatto diritto doveva applicarsi in modo tale che l'*aequitas* avesse a prevalere ampiamente sul *rigor iuris*. Le parole – scelte come sempre con grande cura da Cassiodoro – sono rivelatrici: mentre, infatti, per le liti tra due Goti si dice che il giudice dovrà principalmente preoccuparsi di *litem amputare*, quando invece la controversia contrappone un Goto (militare) a un Romano (civile), il *comes* (col supporto del *prudens*) è chiamato a *certamen … aequabili ratione discingere*. Ora, per un verso va notato come l'espressione *litem amputare* non appartenga al frasario tipico dei giurisperiti romani e faccia implicito riferimento all'impiego dell'autorità (*iurisdictio*) che il giudice militare trae dal grado gerarchico[11]. Per altro verso, è poi

[10] Dubbi che furono dapprima avanzati da Piero Rasi (Rasi 1953, 1956 e 1961) e poi ripresi e ulteriormente argomentati da Giulio Vismara (Vismara 1987) e ancora oggi ribaditi da Orazio Licandro (Licandro 2008) e Claudio Azzara (Azzara 2013). La maggior parte degli studiosi li ritiene però oggi superati; cfr. per tutti Cortese 1995, I, pp. 76-84 e da ultimo Lafferty 2013.

[11] I quali preferiscono invece espressioni come *litem solvere* o similari. L'espressione utilizzata nella formula cossiodorea è invece molto vicina a quella *pro ampotandam intentionem* che ritroviamo in età longobarda (Schiaparelli 1929, I, pp. 77-84 nr. 20 del 20 luglio 715).

chiaro come il verbo *discingere*, riferito qui alle controversie 'miste', alluda con sicurezza al cinturone militare – il *cingulum*, simbolo dell'autorità di cui è investito – che in questi casi il *comes* è invitato a slacciare. Insomma, per arrivare all'obiettivo di facilitare quello 'spirito di amicizia' tra Goti e Romani tante volte auspicato, il sovrano e il suo ministro non hanno esitazioni nel sacrificare il valore del diritto 'certo' a favore di una soluzione equitativa, aperta anche a idee nuove e costruzioni inedite (cioè non previste in precedenza da alcuna norma).

L'Italia ostrogota rimane comunque ben dentro l'orbita della tradizione giuridica romana. Proviamo allora ad allontanarci da questa per gettare lo sguardo sulla realtà dei regni costruiti dai Franchi e dai Longobardi. In entrambi i casi, le più antiche leggi scritte – cioè il *Pactus legis Salicae* da una parte e l'Editto di Rotari dall'altra – presentano evidenti i caratteri di quel peculiare sistema che uno storico attento alle dinamiche della giustizia medievale come Paolo Prodi ha definito del 'diritto tariffato'[12]. Si allude ovviamente al sistema delle *compositiones* spesso tradotte in norma attraverso il caratteristico stile 'siquato': se qualcuno (*si quis*) provoca tale danno, allora paghi tale somma quale *compositio* (cioè come risarcimento). Il sistema ben si accorda con un contesto sociale e culturale in cui si crede assai poco nella capacità e terzietà del giudice di far giustizia sulla base di un corretto procedimento euristico che consenta (allo stesso giudice e a quanti assistono al giudizio) di riconoscere il torto e la ragione.

Come spiega lo stesso Rotari nel prologo del suo 'codice', il re-legislatore intendeva appunto rispondere alle lamentele dei suoi *exercitales* i quali si sentivano vessati dai potenti perché i giudici – che certo appartenevano anch'essi alla classe più alta – disponevano per i medesimi fatti composizioni assai lievi quando a pagare doveva essere un *potens* (*qui maiore virtute habeat*) e invece molto più gravose per i meno abbienti[13]. La risposta del sovrano fu nel senso di rendere il più possibile puntuali e precise le tariffe, in modo da escludere l'arbitrio dei giudicanti. Un unico esempio può essere sufficiente per dar conto di come Rotari intendesse raggiungere quell'obiettivo.

I capitoli dell'Editto che vanno dal 69 al 73 puniscono chi cagioni ad altro uomo libero (qualunque sia la classe sociale cui appartiene) una menomazione del piede (ma la stessa cosa, a maggior ragione, si verifica per la mano). I capitoli dal 96 al 100 colpiscono invece chi provochi le medesime menomazioni a un uomo di condizione semilibera (aldio) o servile.

> Roth. 69[14]: *Si quis alii policem de pede excusserit, conponat solidos sedicem*.
> Se qualcuno stacca l'alluce ad un altro [uomo libero] paghi una composizione di 16 solidi.

[12] Prodi 2000, p. 50.
[13] Cortese 1995, I, pp. 132-133 e 142-144.
[14] Ed. e trad. Azzara, Gasparri, *Le leggi dei Longobardi*, pp. 30-31.

> Roth. 70[15]: *Si quis alii secundum digitum de pede excusserit, conponat solidos sex*.
> Se qualcuno stacca il secondo dito del piede ad un altro [uomo libero] paghi una composizione di 6 solidi.

Si prosegue con i capitoli 71 e 72 che prevedono una *compositio* di tre solidi per il terzo e quarto dito e il cap. 73 che prevede due solidi per il quinto dito.

> Roth. 96[16]: *Si quis aldium alienum aut servum ministerialem policem de pede excusserit, conponat solidos quattuor, excepto operas et mercedes medici.*
> Se qualcuno stacca l'alluce ad un aldio o a un servo altrui paghi una composizione di 4 solidi oltre alle cure e al compenso del medico.

> Roth. 97[17]: *Si quis aldium alienum aut servum ministeriali secundum digitum pedis excusserit, conponat solidos duo.*
> Se qualcuno stacca il secondo dito del piede ad un aldio o a un servo altrui paghi una composizione di 2 solidi.

Anche qui la serie continua con il capitolo 98 che punisce con due solidi l'escissione del terzo dito del piede e i capitoli 99 e 100 che prevedono una multa di un solido per il quarto e quinto dito.

Leggendo queste norme – tante quante sono le dita del piede! – viene spontaneo pensare che il legislatore longobardo abbia qui superato il limite del grottesco: va bene differenziare l'alluce dalle altre dita del piede, ma per queste ultime – lo comprenderebbe chiunque – una previsione generica sarebbe stata più che sufficiente. In realtà, non è il caso di vituperare troppo gli antichi legislatori germanici. L'idea secondo la quale la previsione di pene edittali il più possibile puntuali comporterebbe una forte limitazione della discrezionalità del giudicante e quindi una giustizia più giusta perché meno incline a far differenze, è anch'essa un mito. Un miraggio nel quale spesso, nel corso della storia, i legislatori sono incorsi, anche in epoche assai meno barbariche di quelle vissute da Clodoveo e Rotari. Se non possiamo biasimare troppo i legislatori franchi e longobardi, possiamo però essere sicuri che si tratta, appunto, di una soluzione che ben difficilmente riuscirebbe a garantire il risultato sperato.

3. Il sistema dell'*utraque lex*, la sua 'pericolosa' applicazione pratica e la lucidità di Matilde

Di ciò, se ce ne fosse bisogno, troviamo un'interessante conferma non appena ci spostiamo in avanti di qualche secolo e giungiamo appunto al termine dell'alto medioevo. L'episodio, piuttosto conosciuto, ci è noto attraverso il racconto di Radulfus

[15] Ed. e trad. *ibidem*.
[16] Ed. e trad. Azzara, Gasparri, *Le leggi dei Longobardi*, pp. 34-35.
[17] Ed. e trad. *ibidem*.

Niger, teologo, moralista e storico inglese, appassionato seguace di Thomas Becket e attivo, soprattutto in Francia, dove visse esule tra la fine del XII e il principio del XIII secolo[18].

> *Cum enim coram imperatore in Lombardia convenissent iudices tocius regni, occiso servo a quodam quesitum est iudicium de homicida. … Cum igitur multiplici allegatione iuris sui inebriarentur … pravi iudices dictaverunt sentenciam in homicidam solam mulctam pecuniariam. Surrexit autem Magister Peppo in medium, tamquam Codicis Iustiniani et Institutionum baiulus, utpote Pandecte nullam habens noticiam, … enervans sentenciam priorum iudicum. Quippe allegavit eum, qui exemisset hominem de grege hominum … hominem ademisset universitati hominum, quia violasset naturale communionis consorcium, ipse pariter de medio tolleretur et homicida occideretur. Sive enim servus sive liber foret, idem ait esse iudicium quoniam addictio servitutis delere non poterat communionem naturehumane conditionis. Legibus igitur et sacris constitutionibus imperatorum firmato iudicio optinuit Magister Peppo coram imperatore aliis iudicibus in confusione recedentibus*.
> Si erano allora riuniti in Lombardia al cospetto dell'imperatore tutti i giudici del regno, in occasione di un giudizio in merito all'uccisione di un servo da parte di un tale … quei malvagi giudici – inebriati da innumerevoli allegazioni di norme del loro diritto *[presumibilmente ci si riferisce qui ai capp. 14 e 130-137 di Rotari]* – formularono una sentenza che puniva l'omicida con la sola comminazione di una pena pecuniaria. Insorse allora in mezzo a loro il maestro Pepo – quale insegnante del Codice di Giustiniano e delle Istituzioni, non avendo alcuna conoscenza delle Pandette – … e tolse ogni forza alla precedente sentenza. Sostenne, infatti, che chi aveva eliminato un uomo dal gregge degli uomini … aveva in realtà sottratto un uomo all'intero genere umano e poiché aveva con ciò violato la società naturale, quello parimenti doveva esser tolto di mezzo e l'omicida ucciso. Fosse servo o libero, identico doveva essere il giudizio poiché la sopraggiunta servitù non poteva cancellare la comune appartenenza al genere umano. Rafforzato quindi il giudizio richiamando leggi e sacre costituzioni imperiali, il maestro Pepo riuscì a gettare nella confusione gli altri giudici al cospetto dell'imperatore.

Al di là degli intenti polemici che ispiravano Radulfus, questo racconto ci consente di vedere in maniera icastica l'urgenza con la quale si presentava, in quell'epoca così agitata per via del contrasto sulle investiture, il problema di individuare la norma da applicare al caso concreto. Insomma, il tema dell'incertezza del diritto (declinato, nella maniera che si è appena indicata, nel contesto del pluralismo normativo che caratterizzava la vita giuridica del continente europeo al momento del conflitto tra Impero e Chiesa) assumeva ben precisa e stringente rilevanza. E occorreva affrontarlo.

Rodulfus riferisce che, durante una delle sue discese in Italia (forse quella del 1090), l'imperatore sassone Enrico IV, giunto in qualche centro lombardo, si trovò

[18] Il passo è edito da Schmugge 1977 (la trad. è mia) ed è ampiamente commentato da Cortese 1995, I, pp. 383 ss. e II pp. 33-55.

a presiedere un giudizio (forse, ma non è sicuro, in seconda istanza) relativo all'uccisione di un servo. I giudici lombardi erano concordi nel condannare l'uccisore a una composizione pecuniaria applicando, secondo ogni probabilità, alcuni puntuali capitoli che rinvenivano nell'Editto rotariano. Contro tale decisione insorge tuttavia il maestro Pepo, che viene qui dipinto come esperto conoscitore del diritto romano e, in particolare, delle Istituzioni e del Codice di Giustiniano (cosa peraltro confermata dalle poche notizie che su questo personaggio è stato possibile raccogliere negli ultimi decenni)[19]. Stando al racconto di Radulfus, Pepo avrebbe piuttosto invocato la pena capitale in forza di un ragionamento in cui si mescolavano principi tratti, piuttosto rozzamente, dal diritto divino (in particolare dal Vecchio Testamento, non certo dal Nuovo che sul punto ne rappresenta un superamento) e da non meglio specificate norme romane[20]. Su tali basi, Pepo avrebbe sostenuto che era stato violato l'ordine su cui si fonda la società naturale che raccoglie tutti gli uomini. Di conseguenza, l'omicida andava punito con la sanzione che lo stesso ordine divino imponeva, vale a dire il taglione[21]. Ogni esitazione a proposito della circostanza che norme umane disponessero il contrario andava superata. Il ragionamento rispecchia in pieno certe posizioni gregoriane di quegli anni e perciò suscita qualche meraviglia apprendere che esso avrebbe convinto lo stesso imperatore.

Ora, la nostra moderna sensibilità ci consente di comprendere l'avversione di Pepo (e del moralista Radulfus) per il fatto che si potesse punire un omicidio (sia pure di un servo) con il semplice versamento di una somma. E il nostro (anch'esso moderno) senso di giustizia (che però non è un carattere naturale dell'uomo, bensì un portato dell'educazione e della tradizione nelle quali cresciamo) ci condurrebbe a condividere almeno parte delle argomentazioni di Pepo. Tuttavia, non possiamo non rimanere sorpresi nel vedere come qui si arrivi alla sentenza, non attraverso il consueto sillogismo per cui dal confronto tra il fatto e una norma del diritto vigente che gli si attagli, si giunge al giudizio. Qui la pena (e si tratta della pena massima, quella capitale) viene comminata sulla base di un costrutto dai contorni giuridici alquanto labili e anzi ispirato a principi che appartengono per lo più all'ordine morale[22].

Al di là delle possibili fonti immediate utilizzate da Pepo (da riconoscere probabilmente in un paio di passaggi di Isidoro di Siviglia a sua volta tributario di Cice-

---

[19] Su questo personaggio, oltre alla voce di Cortese in DBGI, II, pp. 1532-1533, cfr. Loschiavo 1995.

[20] Per le fonti giuridiche romanistiche che Pepo potrebbe avere utilizzato in quell'occasione, si vedano Liebs 2017 e Loschiavo 2006, qui pp. 87-90.

[21] Previsto in effetti sia in *Es.* 21.24-27 (ma per il caso dell'omicida del servo si v. anche *Es.* 21.20) sia in *Lv.* 24.17-21 sia, infine, in *Dt.* 19.21. Come tutti sanno (e avrebbero dovuto saperlo anche il misterioso Pepo e il dotto Radulfus), per i cristiani tale legge è da considerarsi superata con il 'discorso della montagna' (Mt. 5.38-41).

[22] Per intendersi, è come se qualcuno, lasciata l'auto in seconda fila, essendo sì consapevole che si tratta di un comportamento proibito, ma sapendo anche che la sanzione prevista sarebbe di tipo amministrativo…, si vedesse invece comminare una pesante sanzione di carattere detentivo o addirittura afflittivo!

rone[23]), questo misterioso personaggio si muoveva evidentemente all'interno di una tradizione (o meglio di una ideologia) le cui origini si possono individuare addirittura nel IV secolo e in particolare negli scritti del già ricordato Ambrogio di Milano[24]. Conosciuta come il sistema dell'*utraque lex*, essa si fonda sulla convinzione che le azioni del cristiano debbano improntarsi sia alla legge umana sia a quella divina e che, però, laddove si configuri un contrasto, la seconda debba sempre prevalere sulla prima (prescindendo dalla circostanza che questa sia la legge romana o che invece si tratti della legislazione longobardo-franca).

Il funzionamento del sistema è descritto in maniera chiarissima, sul finire del IX secolo (882), dal potente Incmaro, vescovo di Reims, nel suo *De ordine palatii*. In un noto passaggio di quell'opera, così strumentalmente nostalgica della prima stagione carolingia, Incmaro si sofferma a spiegare quale sia il ruolo del sovrano che voglia essere giusto – cioè rispettoso del volere di Dio – e quale sia quello dei sacerdoti che gli sono accanto e che hanno il compito di consigliarlo[25]. A questi – i quali conoscono le leggi di Dio e quelle degli uomini e certamente rispettano più le prime che le seconde – il sovrano deve dare ascolto proprio perché è da loro che, quando si tratti di applicare la legge in caso di controversie giudiziarie, può attingere la soluzione che meglio gli consente di avvicinarsi alla vera giustizia[26]. E poco importa che la soluzione proposta contraddica la norma vigente (quella scritta dall'uomo, certamente,

[23] Isidorus, *Etym.* V.4.1 (traduzione mia): «Il diritto naturale è comune a tutti i popoli ed esiste ovunque, non già in virtù di una qualche costituzione, bensì di un istinto di natura: ad esempio l'unione del maschio con la femmina … Analogamente la restituzione di un bene dato in deposito … o il respingere la violenza con la forza. Ciò, e quanto sia simile a ciò, mai può essere ingiusto, ma va considerato conforme alla natura e all'equità» e V.27.24 (traduzione mia) «Il taglione è una prassi simile alla vendetta per la quale qualcuno soffre allo stesso modo (*pariter*) il male che ha arrecato ad altri. Per natura e per legge è stabilito che 'Chi cagioni un danno, subisca un castigo analogo'. Così è anche nella Legge: 'Occhio per occhio, dente per dente'». Per i possibili echi ciceroniani, v. Loschiavo 2006, p. 86 nt. 9.

[24] Quella visione, almeno in certa misura, fu poi recepita anche da Giustiniano. Calasso 1954, p. 332-333, ricorda il passo «certamente interpolato» di Paolo inserito come D. 39.3.2.5 e quello di D. 1.1.11 ove si descrive il *ius naturale* come «la più pura e immediata attuazione dell'*aequitas* e, quindi, come il diritto *quod semper aequum ac bonum est* e che, proprio per questo, si presenta come «un sistema normativo che supera a un tempo *ius civile* e *ius gentium*». Non minore importanza ebbe il contenuto della Nov. 6.1.8 in cui si dispone che i canoni hanno almeno pari valore delle *leges*.

[25] Così già Calasso 1954, p. 335.

[26] Hincmarus Remensis (a. 882) *De ordine palatii* III.21: (traduzione mia) «I conti palatini avevano, tra le altre innumerevoli, come preoccupazione principale quella di definire in maniera giusta e ragionevole tutte quelle contese giudiziarie che, sorte altrove, invadevano il tribunale (regio) e di ricondurre ad equità quelle che fossero state decise in maniera erronea, in modo tale che a tutti piacesse di fronte a Dio per la giustizia e di fronte agli uomini per la conformità alle leggi. E se poi vi fosse qualcosa che non si trovasse statuito nelle leggi mondane o la cui disciplina nelle consuetudini secolari apparisse crudele e cioè inaccettabile alla morale cristiana o per l'autorità ecclesiastica, questo veniva ricondotto alla considerazione del sovrano di modo che questi, insieme con coloro che conoscono l'una e l'altra legge e rispettano più le leggi di Dio di quelle degli uomini, così decidesse, così ordinasse affinché, lì dove fosse possibile osservarle entrambe, entrambe si osservassero e altrimenti si comprimesse giustamente la legge del mondo e si conservasse la giustizia di Dio».

e che, però, a colui che si trova in quel momento sotto giudizio era parso di dover rispettare!).

Quel sistema era sicuramente ancora ben vivo alla fine dell'XI secolo, quando si svolge il placito descritto da Radulfus, e ancora nel secolo successivo quando sarà nuovamente rilanciato – oltre che da Graziano nel suo *Decretum*[27] – dagli anonimi autori di quelle singolari compilazioni giuridiche che chiamiamo *Libro di Tubinga* (poi ricompreso nelle *Exceptiones legum Romanarum Petri*) e *Brachylogus iuris civilis*. Opere, queste ultime, di difficile datazione e localizzazione, ma che sono sicuramente prodotti concepiti e realizzati lontano dalle scuole bolognesi in un'epoca che potrebbe ben essere quella irneriana o quella immediatamente successiva[28]. Soprattutto il primo usa toni vivaci e tali da non lasciare dubbi circa l'appartenenza al medesimo filone ideologico: se infatti – dice l'anonimo autore – nel raccogliere le antiche norme si troverà qualcosa che apparisse iniquo – cioè contrario all'ordine naturale impresso da Dio al creato – allora questo calpesteremo con i nostri piedi: *si quid inutile, ruptum equitative contrarium in legibus reperitur nostris pedibus subcalcamus*[29]. Ritroviamo qui l'atteggiamento, non scevro da una certa violenza ideologica, ostentato da Pepo nel placito lombardo.

Un secondo esempio – relativo ai medesimi anni, ma apparentemente di segno opposto – chiarirà ancora meglio i termini del problema costituito dal coesistere di più ordinamenti e la sua urgenza alla fine del secolo XI. Dalla Lombardia ci trasferiamo nell'Appennino reggiano, a Garfagnolo. Nel 1098, raccogliendo la richiesta della parte soccombente in un precedente giudizio, Matilde di Canossa, signora di Toscana, impone ai suoi giudici di rifare il giudizio, perché la controversia era stata decisa con una procedura improntata al diritto romano e non secondo il rito longobardo della prova per duello[30].

La precisa indicazione della Contessa ha sconcertato quegli studiosi che erano abituati a riconoscere in Matilde una paladina del ritorno al diritto di Giustiniano e del 'rinascimento giuridico'. In effetti, in un noto passo del *Cronicon* che Burcardo, priore dell'importante monastero bavarese di Ursperg redasse intorno al 1220, si accenna ad una *petitio* che la stessa Matilde di Canossa avrebbe rivolto al *dominus Wernerius* (cioè Irnerio, il fondatore della scuola dei glossatori), invitandolo a *renovare libros legum*, vale a dire – lo chiariscono le parole immediatamente successive – a restituire alla loro forma originaria i libri contenenti la compilazione di Giustiniano[31]

---

[27] Nel *Dictum* alla II parte della dist. IV dove si afferma che i diritti che *naturali iuri fuerint adversa, vana et irrita sunt habenda*.

[28] Cfr. Cortese 1995, II, pp. 45-55. Alla letteratura ivi ricordata devono aggiungersi Gouron 2001 e Gouron 2003.

[29] Il prologo che contiene questo passaggio è edito da Mor (1938) come proprio delle *Exceptiones legum Romanarum Petri* (p. 47). V. però Cortese 1995, II, p. 51, nt. 113.

[30] Si v. Santoni 2004 dove anche ampia allegazione della precedente letteratura.

[31] Cortese (1995, II, pp. 59-61) ha spiegato quale doveva essere il contenuto della richiesta che Matilde fece a Irnerio: si tratta di qualcosa che assomiglia molto a quella che oggi definiremmo una 'edizione critica' del testo normativo giustinianeo. Per una differente la lettura, v. Spagnesi 2013, spec. pp. 57 e ss.

(e noi sappiamo per certo che Matilde e Irnerio si incontrarono realmente, almeno una volta, nel 1113).

E tuttavia, se si approfondisce lo sguardo, l'atteggiamento della signora di Canossa si dimostra tutt'altro che contradditorio. Certamente Matilde riconosceva nelle leggi di Giustiniano un possibile, importante contributo alla realizzazione di quella nuova società vagheggiata dai partigiani della Riforma della Chiesa alla cui causa si era votata. E però la contessa non poteva nemmeno ignorare che l'ordinamento vigente nei suoi territori rimaneva pur sempre quello del Regno italico – e cioè, all'epoca, ancora il diritto longobardo-franco – e questo imponeva nel caso di specie di adottare la legge del convenuto e cioè il diritto longobardo (i giudici parevano averlo dimenticato). Matilde – diversamente da Enrico IV che, suggestionato dall'argomentare di Pepo, aveva rifiutato la sentenza legittimamente fondata sulle vigenti norme rotariane – non ritiene di poter ignorare le ragioni della parte ricorrente, la quale chiedeva appunto l'applicazione delle norme in vigore[32]. Più dell'imperatore sassone, Matilde – e certo era questo un insegnamento ricevuto dalla madre Beatrice[33] – mostra di voler tendere a una giustizia che, prima di ogni altra cosa, sia il frutto della corretta applicazione della legge vigente.

Ritornando al diritto romano, la signora di Canossa certamente era decisa ad agevolarne il ritorno (si può credere che pensasse in questo modo di favorire un significativo salto di civiltà). Altrettanto sicuramente, però, ella comprendeva anche i gravi inconvenienti che comportavano i 'salti in avanti' dei suoi giudici condizionati da eccessivo entusiasmo, come pure le pericolose conseguenze di ragionamenti come quello che si è visto svolgere dal 'romanista' Pepo. In questo senso, Matilde riconosceva nel 'nuovo' diritto di Giustiniano non solo e non tanto un diritto dotato di superiore autorità, bensì – più concretamente – lo strumento per realizzare nei suoi domini una giustizia più razionale e più credibile. L'inserimento del diritto romano giustinianeo nell'ordinamento – che era e rimaneva quello postcarolingio, caratterizzato dal pluralismo giuridico e dal principio di personalità della legge – doveva perciò avvenire nel rispetto dei limiti posti da quest'ultimo, senza cioè prevaricare le altre leggi vigenti.

Matilde, per altro verso, nemmeno ignorava che quel diritto di Giustiniano, dopo cinque secoli di sostanziale abbandono, non poteva essere semplicemente rimesso nell'uso. Occorreva renderlo conoscibile. Ancor prima, si doveva restituir-

[32] In questo caso, Matilde avrà imposto ai suoi giudici di rispettare le norme di Ottone I (in *Liber Papiensis* Otto, 1.3.[2] e 1.9[10]) che prevedono, la prima, il duello come mezzo probatorio per le cause *de investitura predii* e, la seconda, che alla stessa procedura siano soggetti anche i Romani); cfr. Nicolaj 1991, pp. 73-74 e Santoni 2004, p. 5.

[33] Il ruolo di Beatrice di Canossa nel 'ritorno a Giustiniano' non è stato sino ad ora adeguatamente apprezzato. Eppure, secondo ogni probabilità, c'è la sua 'regia' dietro la brillante soluzione giuridica che consente al giudice Nordilo, nel 1076 a Marturi, di sanare, attraverso l'allegazione di un passo del Digesto, una precedente ingiustizia che pesava sulle spalle dei signori di Canossa; cfr. Padoa Schioppa 1970, qui pp. 234-237 [270-273]; Paradisi 1994; Theisen (1994).

gli una consistenza e una forma certe. Consistenza e forma che i libri giustinianei avevano perduto durante i secoli precedenti, quando una parte rilevante era stata praticamente dimenticata e ciò che aveva continuato a circolare consisteva in riduzioni più o meno abborracciate (la *Summa Perusina* le varie versioni del cosiddetto 'Codice epitomato') o collezioni di varia entità e composizione (*Excerpta bobiensia*, *Lex romana canonice compta*) e dubbia autenticità (come nei *Fragmenta Gaudenziana* dove, assieme alle norme giustinianee, si trovavano norme non genuine o di altra provenienza). Ed era, in effetti, ben possibile che in tribunale fossero prodotti testi differenti della stessa norma giustinianea o anche norme mancanti in altre raccolte[34].

In un contesto dominato da una simile incertezza, era difficile governare così come desiderava fare Matilde e cioè puntando non sulla forza, ma sul 'buon governo' e, quindi, in primo luogo, su una corretta amministrazione della giustizia. La contessa aveva dunque bisogno di un testo delle leggi di Giustiniano che fosse affidabile e tale da non poter essere contestato nei tribunali. Questo spiega bene il senso della richiesta che Matilde rivolge a Irnerio e spiega anche perché la rivolgesse proprio a Irnerio: questi doveva esser noto per le sue doti di filologo ed è ovviamente al filologo che ci si rivolge per una ricostruzione testuale[35].

4. Irnerio: la filologia cambierà il mondo

E *Wernerius*/Irnerio non si sottrasse.

Il lavoro di recupero dei testi giustinianei era, in realtà, in corso già da qualche tempo come le ricerche condotte negli scorsi decenni da Charles Radding e Antonio Ciaralli hanno messo in evidenza[36]. Che però in quest'opera Irnerio abbia dato un contributo importante (da valente filologo) lo dice la tradizione della scuola bolognese dei glossatori e lo confermano, soprattutto, le glosse che ancora si leggono sui margini dei manoscritti medievali. Proprio la lettura di queste glosse ci consente di comprendere come Irnerio, aiutato dei suoi allievi, davvero si sia sforzato di costruire un 'canone testuale' affidabile, certo, autoritativamente incontestabile.

---

[34] Va pure detto che, sotto questo profilo, a lungo nemmeno l'ordinamento longobardo franco presentava una situazione migliore. Né Carlo Magno né i suoi successori si erano infatti troppo preoccupati di garantire l'uniformità delle norme (i capitolari) che venivano emanando. I testi normativi circolavano così in versioni anche molto differenti tra loro anche per via dell'importanza della tradizione orale che sempre ne accompagnava la diffusione (cfr. da ultimo Balossino 2005, pp. 3-4). Si può pensare che proprio l'esigenza di fare fronte alle difficoltà che quella tradizione comportava in un mondo che si faceva via via più complesso abbia fatto sorgere l'idea di raccogliere le leggi longobardo-franche in un'ordinata' compilazione qual era dapprima il cosiddetto *Liber Papiensis* (X sec.) e fu poi la *Lombarda* (XI sec.).

[35] Tema sul quale – riprendendo un discorso già iniziato da Cortese 1995, II pp. 61-67 – ha di recente insistito Conte 2009, pp. 43-84.

[36] Oltre che al denso volume di Radding, Ciaralli 2007, si rinvia qui pure a Radding 2013 e Ciaralli 2000.

Sarebbe, in effetti, difficile negare la paternità irneriana di alcune glosse, in particolare, che si trovano nei manoscritti risalenti ai primi decenni del sec. XII, apposte proprio all'inizio del *Codex Iustinianus*.[37] Proprio queste note, se per un verso documentano il recupero delle costituzioni proemiali al Codice dopo che le stesse erano state tagliate via assieme a molte altre norme dai redattori delle versioni epitomate che di quel libro circolavano nei secoli precedenti, per altro verso spiegano il singolare atteggiamento tenuto dallo stesso Irnerio nei confronti dell'*Authenticum*, la raccolta delle *novellae* di Giustiniano in versione latina[38].

Non solo. La lettura di quelle medesime glosse ci consente infatti anche di comprendere come Irnerio fosse ben più dell'eccellente filologo al quale si era rivolto Matilde. Irnerio era anche – anzi principalmente – un giurista e il suo impegno andava ben oltre la corretta ricostruzione di un prezioso 'tesoro' proveniente dal passato. Il suo principale obiettivo era invece un altro. E diviene chiaro se, appunto, si leggono le sue parole.

Cominciamo con le costituzioni proemiali che Giustiniano antepose alla prima e alla seconda edizione del suo *Novus Codex*. Si tratta di tre lunghe costituzioni (le costituzioni cui in genere si fa riferimento ripetendo le prime parole di ciascuna: *Haec quae necessario*, *Summa rei publicae* e *Cordi nobis*)[39]. In esse l'imperatore si sofferma a spiegare: a) perché si fosse deciso a commissionare un nuovo Codice delle leggi imperiali dopo quello di Teodosio II e perché, dopo appena pochi anni, del suo nuovo Codice avesse poi voluto ordinarne una sua seconda edizione; b) quale sia, in particolare, il contenuto del Codice; c) quali modalità siano stati autorizzati ad applicare i commissari incaricati della compilazione; d) finalmente, in che rapporto si ponga il *novus Codex* con le altre fonti giuridiche (passate, presenti e future).

Irnerio, come si è accennato, è sicuramente il responsabile del recupero di queste costituzioni proemiali – che la tradizione altomedievale aveva invece preferito trascurare – e del loro inserimento all'interno del canone testuale (il *Corpus iuris*). Nelle glosse che appose ai margini delle stesse costituzioni, il grande maestro bolognese spiega i motivi di tale recupero. In una glossa che le considera cumulativamente (e che appunto inizia con le parole *Hee constitutiones*) Irnerio chiarisce come esse siano norme vere e proprie dal momento che sono tutte portatrici di un contenuto

[37] In questi ultimi anni si è assistito al deciso tentativo di ridimensionare l'importanza storica di Irnerio. E lo si è fatto sia su un piano generale – negando l'eccellenza della scuola da lui fondata a paragone di scuole sorte in altre sedi – sia, più specificamente, ponendo in dubbio il ruolo e i meriti che la tradizione bolognese gli ha sempre riconosciuto. Inoltre, gli si è negata la paternità di molte glosse per via della sigla utilizzata e si è financo ipotizzato che si sia trattato di un personaggio mitico, creato ad arte dai successivi maestri della glossa bolognese. Lo *status quaestionis* è ricostruito in Cortese 2013. Va detto che, in tempi ancora più recenti, più d'uno studioso ha tuttavia reagito contro questi tentativi: Pennington 2017 e 2019; Padovani 2019, spec. pp. 61-70.

[38] La parte finale di questo paragrafo ripropone in grande sintesi il contenuto di Loschiavo 2020b.

[39] Furono i glossatori a iniziare l'abitudine di citarle con le rispettive parole iniziali. I titoli originali delle stesse costituzioni suonano tuttavia: *De novo Codice componendo* (a. 528); *De Iustiniano Codice confirmando* (a. 529); *De emendatione Codicis Iustiniani et secunda eius editione* (a. 534).

precettivo (poiché impongono di osservare il Codice). Esse meritano pertanto di essere considerate alla stregua di tutte le altre costituzioni incluse nel Codice[40]. In altre glosse (*Videndum est*, *Sicut iste liber*; *Ex constitutionibus* e *Post compositionem*[41]) sempre Irnerio – riprendendo le parole di Giustiniano[42] – pone l'accento sull'ampiezza del mandato che lo stesso imperatore affidò in quell'occasione ai commissari e ne descrive l'operato sottolineando l'importante azione di selezione e correzione/integrazione delle norme già emanate dai precedenti imperatori. Infine, il caposcuola bolognese insiste anche sul fatto che il Nuovo Codice e le costituzioni in esso raccolte (e solo quelle) possono propriamente portare i nomi di 'codice' e di 'costituzioni' e sono perciò meritevoli di attento studio (*inspectionem*). E ciò perché il nuovo codice e tutte le norme in esso contenute sono provvisti di piena validità giuridica, sia in senso formale (*quantum ad auctoritatem*) sia sostanziale (*ad materiam*)[43].

Una ulteriore glossa al § 4 della *const. Cordi*, lì dove l'imperatore accenna a una ulteriore collezione (*alia congregatio*) di *novae constitutiones* alla quale prevede in futuro di dover mettere mano[44], consente di comprendere i motivi che spinsero Irnerio a rigettare la collezione dell'*Authenticum* (collezione ignota nei secoli precedenti) escludendola quindi dal canone testuale che andava costruendo.

---

[40] Ecco il testo dell'intera glossa che fu edita per la prima volta da Kantorowicz 1938, p. 238, come § 6 della pretesa *Materia Codicis* irneriana, ma che compare anche, con lievi varianti e in forma isolata, nei margini di un antico ms. bambergese; cfr. Loschiavo 2020b, p. 375-376 (la traduzione è mia): «Queste costituzioni sono proemio e prologo del presente libro. Come infatti i rapporti giuridici sono oggetto delle singole costituzioni, così queste costituzioni hanno ad oggetto questo intero volume, e dunque fungono da proemio in quanto costituzioni: infatti prescrivono qualcosa. Tutte le leggi o ordinano di fare alcunché o proibiscono o puniscono o permettono. E se nulla di questo fanno, non sono leggi. Talvolta, è vero, (la legge) descrive un certo rapporto giuridico, ma lo fa per dettarne la disciplina».

[41] Le glosse *Videndum est* e *Ex constitutionibus* sono edite in Loschiavo 1996, p. 219 nr. 1 e 2. La glossa *Sicut iste liber* è edita in Dolezalek 1985, I, pp. 131, 249 e 456 (ma compare anche in altri antichi mss.; cfr. Loschiavo 1996, p. 34 nt. 35).

[42] In particolare, quelle contenute nei §§ 2 e 3 della costituzione (trad. mia): «2. … ci è sembrato perciò indispensabile raccogliere quelle nostre stesse costituzioni e, dopo averle opportunamente divise in capitoli, collocarle nei titoli adatti … 3. Abbiamo autorizzato i sapientissimi collaboratori a fare tutto ciò e a procedere anche, quando se ne presentasse la necessità, a correzioni del testo senza titubanze, ma *forti della nostra autorità*; gli stessi sono stati altresì incaricati di eliminare le costituzioni superflue o superate … e quelle simili o contraddittorie … di completare quelle imperfette, di far risplendere di chiarezza quelle avvolte nell'oscurità di espressioni confuse …».

[43] Gl. *Ex constitutionibus* (trad. mia): «Dalle costituzioni (dei precedenti imperatori) Giustiniano estrasse con scrupolo il meglio che poi, una volta corretto e integrato da lui stesso, raccolse in un solo libro ordinandolo in maniera opportuna. *Quanto all'autorità*, si può senza dubbio dire che la disposizione e la decisione imperiale di ciascuna di queste costituzioni faccia parte del diritto. *Quanto all'oggetto*, dal momento che investe quasi ogni aspetto del diritto, merita di tutto il diritto il nome e lo studio … se infatti in genere ogni diritto viene detto 'costituzione', tuttavia solo la 'costituzione imperiale' rivendica per sé questo nome in senso proprio …».

[44] Ecco il passaggio della *Cordi nobis* (§ 4 *in fi.*): *… si quid in posterum melius inveniatur et ad constitutionem necessario sit redigendum, hoc a nobis vel constituatur et in aliam congregationem referatur, quae novellarum nomine constituionum significetur*.

Hinc connicitur librum quem novellarum constitutionum appellant, 'autenticum' dictum, quod ex codice fuerit pars quedam excerpta, Iustiniani non esse. Novelle quippe constitutiones, de quibus hic loquitur, non nisi de novis negotiis et que nondum laqueis legum sunt innodati, promittuntur. At leges ille – si modo 'leges' dicende sunt – de his dumtaxat loquuntur de quibus et Codex cui et in pluribus adversantur. Non est enim verisimile Iustinianum huic operi toties ac tanto labore tantaque diligentia confecto mox adversa constituisse, ut scilicet contra suum propositum repperiatur aliquid in legum articulis contrarium. Set nec eius operis stilus <cum> indubitabilibus constitutionibus Iustiniani congruit, cuius etiam nullum principium extat, nullusque finis, ordo nec certo.

Da qui si ricava che il libro che dicono delle novelle costituzioni, detto anche *Authenticum* … non è di Giustiniano. Infatti, le 'novelle costituzioni' di cui qui si dice, sono quelle che dovranno trattare dei nuovi rapporti giuridici, non ancora annodati coi lacci della legge. Invece quelle leggi – se proprio vogliamo chiamarle leggi – s'occupał no solo di rapporti che già sono normati nel Codice e, oltretutto, lo fanno spesso in maniera contraria. E non è credibile che Giustiniano, dopo aver appena realizzato la sua opera con tanta fatica e tanta attenzione, abbia subito legiferato in senso contrario … Inoltre, nemmeno lo stile di quelle costituzioni coincide con quelle che sono senza dubbio di Giustiniano. Né in quel libro [cioè l'*Authenticum*] si riconosce alcun principio, alcuna conclusione, alcun ordine[45].

A parere di Irnerio, dunque, il cosiddetto *Authenticum*, cioè la collezione contenente le 'costituzioni novelle' (quelle emanate dopo la pubblicazione del Codice), in una versione integrale latina, non era attribuibile a Giustiniano. E questo, anzitutto, per ragioni sostanziali: se l'imperatore – così ragiona Irnerio – promette in questo passaggio di normare in futuro materie non considerate nella presente compilazione (il *Novus Codex*), perché nel cosiddetto *Authenticum* sono invece trattati argomenti che non contengono *aliquid novi*, ma che proprio nel Codice hanno già la loro disciplina? E ancora: dopo aver messo tanto impegno al fine di ottenere un'opera qualitativamente impeccabile[46], perché Giustiniano avrebbe, quasi subito, tolto forza alla sua compilazione legiferando nuovamente e per di più in senso contrario alle disposizioni in esso già contenute?

L'ultima e decisiva contestazione all'autenticità del *Liber Authenticorum* tocca poi il profilo formale. Le norme contenute in questo libro – sostiene il glossatore – non possono dirsi propriamente norme, dal momento che esse non presentano tutti quei requisiti formali che le costituzioni del Codice hanno ricevuto grazie al lavoro svolto dai materiali estensori del *Codex*. Chiaramente, Irnerio si riferisce a quel lavoro – *in componendo* – che lo stesso Giustiniano si era premurato di descrivere meticolosa-

[45] Di questa glossa (nota anche come *refutatio Authentici*) conosciamo due versioni, le quali però ripropongono sostanzialmente i medesimi argomenti. Per l'edizione di entrambe si rinvia a Loschiavo 2011, p. 129, mentre nel testo è riprodotta la mia traduzione della sola versione più estesa.

[46] Come si è accennato nel testo, nelle glosse prima considerate Irnerio aveva più volte sottolineato il significato dell'attività svolta dai compilatori in questo senso.

mente nelle costituzioni proemiali[47] e per il quale Edoardo Volterra[48] parlò di 'massimazione' delle costituzioni imperiali (in realtà, il lavoro dei commissari giustinianei riguardava anche la raccolta nel suo complesso, assomigliando così a quell'attività che noi oggi definiamo di 'editing').

Di questo complesso lavoro editoriale, nell'*Authenticum* non v'è in effetti traccia. Il rifiuto della collezione – un rifiuto sul quale non pare che Irnerio abbia mai avuto ripensamenti[49] – appare quindi pienamente fondato sul piano della critica filologica. Irnerio non poteva sapere ciò che sappiamo oggi e cioè che l'*Authenticum* è una raccolta di origine privata e che il latino confuso e approssimativo che caratterizza molti dei testi che raccoglie si deve al fatto che esso non nasce come una versione attendibile in lingua latina delle norme originariamente redatte in greco, ma è una traduzione *kata poda* e quindi destinata al solo insegnamento e a rimanere congiunta con il testo originale greco[50].

5. La 'rivoluzione' irneriana: l'*aequitas* non va cercata al di fuori dell'ordinamento perché è essa stessa contenuta nella compilazione giustinianea

Ovviamente, però, è soprattutto quando comincia a commentare il Codice di Giustiniano vero e proprio che Irnerio può rivelare al meglio le sue qualità di giurista. Si è visto come l'antico maestro abbia riconosciuta l'importanza dell'opera di codificazione delle norme (compreso, come s'è detto, il lavoro di 'riscrittura' operato dai

[47] Nella *const. Haec quae necessario*, in relazione alla stesura del primo codice e poi, con altrettanta precisione, nei §§ 2 e 3 della stessa *const. Cordi* con specifico riferimento alle costituzioni da lui stesso emanate tra il 529 e il 534. In sostanza, i commissari avevano provveduto a eliminare quanto avevano riconosciuto come superato e superfluo, ad aggiungere ciò che era apparso loro mancante e a concentrare in costituzioni singole disposizioni sparse ma vicine nel contenuto, per poi collocarle nei titoli adatti e secondo l'ordine più opportuno. Essi, inoltre, erano stati autorizzati a correggere quanto andava corretto e, finalmente, a curare che il testo finale riuscisse chiaro, sintetico e senza contraddizioni.

[48] Volterra 1971, qui partic. pp. 1027-1093.

[49] Come invece spesso si ripete (fa eccezione Tamassia 1967, pp. 399-400), sulla base del racconto che Odofredo formula, peraltro, in forma ipotetica e con chiaro riferimento alla *refutatio Authentici* di cui si è appena discusso (Odofredus *Lect. super Codice – ad const. Cordi*, 4vb §§ 2-3): *Or segnori ex ista litera colligitur ar. contra dominus Ir(nerius). … quia liber ille [il liber Authenticorum] non erat a Iustini(ani) factus sed a quodam monacho et ideo non erat authenticus et pro ista sua opi(nione) inducebat quod liber authen. non habet similem modum vel stylum sicut alii libri Iusti(niani), immo omnino discordat … Nec obstat quod liber Authen. non habet similem modum, seu stylum ut alii libri legales, quia Iustinianus Imperator bene potest tenere unum modum in uno libro et alium modum in alio libro … Sed credo, quod dominus Irn(erius) ei qui allgavit contra eum l. auct. dum esset in iudicio, dedit tunc tale responsum ut s. dixi ideo, quia non studuerat adhuc in libro illo; unde necesse habuit dare tale responsum. Sed ipse postea mutavit opinionem suam et dixit quod standum erat illi libro et in illo libro studuit optime et bene scivit eum, quod apparet ex eo quod ipse totam utilitatem posuit super Codice signando authenticas quae leguntur super Codice*. Cfr. Pennington 2017, p. 17.

[50] Conoscenze che dobbiamo anzitutto agli studi di Herman Jan Scheltema sulle tecniche d'insegnamento dei professori delle scuole di Costantinopoli, raccolti ora in Scheltema 2004, pp. 91-100 (1970), 130-131 (1963), 133-137 (1963).

compilatori). Ora il glossatore può affermare che, se le costituzioni che il Codice raccoglie, in quanto emanate dagli imperatori romani, sono indubbiamente *leges* in senso formale, la loro validità ed immediata cogenza derivano, tuttavia, dall'essere state inserite da Giustiniano nel suo Codice e dall'esser state, a tale scopo, rielaborate dai commissari. Solo una volta eseguito con scrupolo tale lavoro, il Codice è stato confermato e caricato del nome e dell'*auctoritas* dall'imperatore. L'operazione filologica e di ricostruzione editoriale portata avanti da Irnerio rivela a questo punto un preciso carattere ideologico e/o politico (non sappiamo fino a che punto condiviso dalla contessa Matilde). Non basta che il testo normativo sia certo, occorre anche che ne sia indubbia la validità e quindi la sua immediata cogenza, la quale è indissolubilmente legata all'autorità universale dell'Impero[51].

Irnerio rimane però pur sempre 'uomo del medioevo' ed è quindi convinto che la validità di una norma debba poggiare non solo sulla sua correttezza formale (il suo discendere dall'autorità imperiale), ma anche sull'oggettiva 'bontà' del suo contenuto e cioè sulla sua conformità a un ordine preesistente e di per sé giusto[52]. Il tema è ritenuto a tal punto centrale che il maestro comincia a proporlo ai suoi allievi sin dalla prima delle lezioni da lui dedicate al Codice di Giustiniano. Il contenuto di tale lezione è condensato in quella che, nella terminologia della *scientia* medievale, sarebbe la *materia operis*: una sorta di introduzione, detta anche *accessus* o *introitus*, tesa a chiarire – attraverso le risposte a una serie di domande specifiche – il significato e l'importanza dell'opera che ci si accinge a studiare.

Tralasciando qui l'analisi della complessa struttura di questo schema introduttivo e del suo adattamento al mondo del diritto[53], sarà sufficiente soffermarsi sul punto in cui Irnerio illustra ai suoi studenti il contenuto (appunto la 'materia' in senso proprio) del *Codex Iustinianus* e delle costituzioni che esso raccoglie[54]:

> *Huius operis materia est negotiorum gestorum equitas et iustitia, sive nondum sit constituta, sive constituta sit set contempta; alias ipsum ius; alias id quod pro iure habetur ut hominum voluntas, sive viventium, ut contractus, sive morientium, ut testamenta. Et ita materia est tripertita. …*
>
> La 'materia' di quest'opera comprende: l'*equitas et iustitia* dei rapporti giuridici, sia quando non sia ancora tradotta in norme, sia quando sia stata normata ma rimanga contrastata; il diritto vero e proprio (*ipsum ius*); ciò che consideriamo alla stregua del diritto, come le legittime volontà degli uomini, sia viventi come nel caso dei contratti, sia sul punto di morire com'è per i testamenti. E perciò la materia è tripartita. … (trad. mia)

[51] A questa «important theory» di Irnerio circa il carattere imperativo delle norme contenute nel Codice accenna Kantorowicz 1938, p. 48. Essa è esplicitata anche in una glossa apposta sempre da Irnerio a C. 1.14.1 ed edita da Pescatore (1896, p. 91) alla fine del XIX secolo: *Cum equitas et ius in hisdem rebus versentur, differunt tamen. Equitatis enim proprium est id quod iustum est simpliciter proponere. Iuris autem idem proponere volendo scilicet aliquantum auctoritate subnecti …*

[52] D'obbligo qui il rinvio alla densa e ormai classica ricerca di Cortese 1962/1964.

[53] Analisi per la quale cfr. Loschiavo 1996, pp. 23-61.

[54] Ed. in Loschiavo 1996, p. 29.

La *materia* del Codice – dice dunque Irnerio – si compone di tre elementi. Nel Codice sono infatti compresi: a) il diritto vero e proprio (cioè le costituzioni imperiali, secondo i ragionamenti già svolti commentando le costituzioni proemiali); b) ciò cui l'ordinamento attribuisce analogo valore vincolante (fa in particolare gli esempi dei contratti e dei testamenti) e, prima ancora (si direbbe seguendo l'esposizione del glossatore), c) l'*aequitas et iustitia*.

È quest'ultima un'endiadi che ha una storia molto lunga alle spalle. Sostanzialmente, attraverso di essa ci si riferisce alla difficile e delicata trasposizione sul piano umano – e quindi soggettivo – di ciò che è 'giusto' secondo la natura creata[55]– e quindi sul piano dell'oggettività (si usa allora anche l'espressione *aequitas rudis* volendo specificare che questa particolare specie di *aequitas* è quella che si coglie 'nei fatti stessi' prima ancora di essere formulata verbalmente)[56]. Si tratta, in altre parole, dell'operazione per la quale la *iustitia* diviene *ius* o *lex* grazie all'intervento della *voluntas legislatoris*.

Quanto qui interessa, comunque, è che, con questo semplice accenno, il glossatore sposta immediatamente l'attenzione dal tema della validità formale della legge a quello della sostanza normativa. E subito ci dice che l'*aequitas* è cosa che può e deve essere trattata dal legislatore imperiale. È al principe che spetta di convertire l'*aequitas* (dapprima 'rude', e cioè informe, poi resa *iustitia*, cioè tradotta in termini razionali) in *aequitas constituta* (cioè in norma giuridica vera e propria) dotandola di forma e di sanzione (non a caso Irnerio sceglie qui il verbo *constituere* che ha la stessa radice del termine *constitutio*).

Può valere, per comprendere questo complicato passaggio, l'esempio tralatizio dell'oro: se la pepita (l'oro come si presenta in natura) è l'*aequitas rudis*, allora il lingotto (l'oro già raffinato e tuttavia ancora inadatto all'uso pratico, quotidiano) è la *iustitia*. Perché infine il metallo prezioso assuma una più precisa funzione ed utilità è poi necessario l'intervento dell'orafo (il legislatore) che lo trasformi in questo o quell'oggetto (una coppa, un candeliere, un monile). E tale manufatto sarà il *ius* (la norma) in senso proprio.

E però, nella sua *Materia Codicis*, Irnerio – e qui emerge il 'genio' di questo personaggio – allude anche a un ulteriore compito che compete al principe. A questo, infatti, spetta di intervenire anche quando la norma esista già, ma sia *contempta*, e cioè mal formulata, e perciò inidonea a raggiungere lo scopo per il quale è stata creata. Volendo riprendere l'esempio dell'oro, è come se l'oggetto uscito dalle mani dell'orafo si riveli difettoso – come quando la chiusura del bracciale non chiuda – e si debba tornare dall'artigiano affinché ponga rimedio e elimini il difetto.

---

[55] Come aveva insegnato nel VI secolo Isidoro di Siviglia (*Etymologiae*, X.7) «è equo ciò che è *secundum naturam* giusto». Un insegnamento che – come ebbe a scrivere Calasso 1951, p. 169 – avrebbe dominato «tutto il pensiero speculativo del medioevo, compreso quello giuridico».

[56] Dopo Calasso 1951, pp. 166-172, v. Cortese 1964, pp. 1-5, 36-37.

6. Anche il 'certo' ha bisogno d'essere interpretato

Con questo rapido accenno all'*aequitas constituta sed contempta* (o anche *aliter constituta quam debeat*[57]) – tanto rapido da esser persino foriero di equivoci[58] – Irnerio introduce, in realtà, un tema fondamentale, e strettamente legato a quello della certezza, qual è quello dell'interpretazione.

Preme evidentemente a Irnerio chiarire, sin da questo primissimo approccio alla codificazione, come anche l'*interpretari ius* – e cioè la delicatissima operazione di contemperare il diritto già scritto all'*aequitas* – sia un'attività che appartiene al principe al pari del *constituere ius*. Irnerio, del resto, non sta facendo opera di storia o di pura teoria e ha ben chiaro il problema (già presente, come si è visto, nella mente di Matilde di Canossa) rappresentato dall'applicabilità di norme concepite in un mondo assai lontano (e non solo nel tempo). Di fronte a un complesso normativo così ampio e sofisticato come quello approntato da Giustiniano, più importante ancora dell'opera di promulgazione e compilazione di eventuali nuove norme, è, di conseguenza, proprio quella dell'interpretazione delle norme già esistenti (e rese ora disponibili grazie alla ricostruzione filologica dei *libri* giustinianei).

Il rapido accenno fatto nella glossa introduttiva viene ripreso e sviluppato dal glossatore alla prima occasione possibile, e cioè al momento di commentare la famosissima legge di Costantino che, dopo tredici titoli dedicati a temi di argomento religioso od ecclesiastico, apre la materia del diritto civile. Si tratta della costituzione con cui comincia, appunto, il titolo *De legibus et constitutionibus principum et edictis* (C. 1.14.1) e che i compilatori hanno fissato in poche e secche parole:

> *Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere*.
> Spetta ed è lecito solo a noi (cioè all'imperatore) valutare l'interpretazione inserita fra *aequitas* e *ius*.

Una glossa, anch'essa molto nota e che possiamo senz'altro credere irneriana[59], spiega:

> *Dissidet ius ab equitate quandoque, vel quia verba iuris latius patent quam equitas suadeat, vel quia minus continent, vel quia omnino contradicitur ei: que concordari et interpretari – ad hoc ut eius interpretatio sit lex, et quidem generalis et necessaria – soli imperatori concessum est. Est enim interpretatio que nec generalis est nec necessaria, ut preceptorum. Est*

[57] Il modello irneriano fu subito seguito e riproposto in varie versioni con qualche variante. Tra queste vanno ricordate in particolare la *materiae Codicis Fuldensis* e *Claostroneoburgensis* e quelle che introducono le *Summae Codicis Berolinensis* e *Londiniensis*; cfr. Loschiavo 1996, pp. 23-44, 195, 205-206 e 219 (n. 3).

[58] Sia all'epoca sua (cfr. Kantorowicz 1938, p. 48) sia in tempi a noi molto più vicini (cfr. Loschiavo 1996, pp. 39-40).

[59] La glossa è anonima. Cortese 1964, p. 366, nt. 4, che per primo l'ha editata, la riporta all'ambiente gosiano (ed in effetti in qualche manoscritto reca la sigla 'm'). Martino però doveva averla ripresa dal maestro. Essa, infatti, oltre che dai gosiani, fu adottata anche da Bulgaro che la tradizione contrappone costantemente a Martino Gosia. Se ne farà un cenno più avanti.

> *iterum et alia necessaria set non generalis, ut iudicum in quolibet negotio. Imperatoris vero et necessaria est et omnes astringit. Est etiam alia que dicitur consuetudinis, cui etiam parere necesse habemus: 'est enim optima legum interpres consuetudo'* (D. 1.3.37).
> Differisce talvolta il *ius* dall'*aequitas*, o perché le parole del *ius* estendono il loro significato oltre ciò che l'*aequitas* richiederebbe, o perché decisamente appaiono in contraddizione con questa. In tali evenienze è consentito al solo imperatore concordare e interpretare e questa sua interpretazione ha valore di legge in quanto certamente generale e necessaria. Esiste però anche una *interpretatio* la quale non è né generale né necessaria, e cioè quella dei maestri. E ve ne è poi ancora un'altra che è necessaria ma non generale, come quella dei giudici quando giudicano di una qualsivoglia controversia. Quella dell'imperatore certamente è necessaria e vincola tutti. Ma vi è anche quella che dicono della consuetudine, cui pure dobbiamo obbedire: 'la consuetudine è infatti un ottimo criterio interpretativo delle leggi' (trad. mia).

Tra le varie possibili, l'*interpretatio* del principe ha dunque un valore superiore a tutte: essa sola, infatti, ha i caratteri della imperatività e della generalità. Diversamente dalla nostra interpretazione autentica, la quale ha per oggetto solo i *verba legis* quando questi diano luogo a dubbi, l'interpretazione del principe è operazione creativa. Attraverso di essa il legislatore imperiale provvede a tradurre in precetto positivo quelle istanze di *aequitas rudis* che egli ritiene di dover raccogliere. Essa compete al sovrano (e a lui solo) perché – come si legge in altre parti della stessa compilazione – questi è *lex animata*[60] e custodisce l'intero diritto nei suoi *scrinia*[61].

Quegli stessi caratteri della *necessitas* (cogenza) e della *generalitas* – per la verità – secondo una tradizione che affonda profondamente le sue radici nell'alto medioevo, avrebbe anche l'*interpretatio* suggerita dalla consuetudine[62]. Verso la consuetudine, tuttavia, Irnerio nutriva – com'è noto – una certa diffidenza. Ne abbiamo conferma in un paio di glosse a lui riferibili. La prima è apposta alle parole *toto iure quod nostris est scriniis constitutus* dettate dall'imperatore Onorio (C. 6.23.19.1). Vi si spiega che l'imperatore ha ricevuta dal popolo ogni *iuris auctoritas* a seguito della famosa *lex regia de imperio*[63]:

> § *Idest tocius iuris auctoritas que in nobis deprehenditur lege regia lata de nostro imperio.*
> Vale a dire l'*auctoritas* di tutto il diritto che è riconosciuta in noi dalla legge regia concessa intorno al nostro potere.

La seconda glossa – nota già dai tempi di Savigny – si trova invece a margine del tit. *De legibus* del Digesto (D. 1.3.32):

---

[60] Nov. 105.2.4.

[61] C. 6.23.19.1. Come da questo passo del Codice si sia arrivati alla singolare affermazione secondo cui l'imperatore e, in epoca successiva, il pontefice conterrebbero tutto il diritto *in scrinio pectoris*, è stato spiegato da Cortese 1999.

[62] Ascheri 2000.

[63] La glossa è stata edita da Cortese 1999, p. 279 ([= 51] nt. 7) dal ms. Bamberg, SB, Jur 20.

§ *Loquitur hec lex secundum sua tempora, quibus populus habebat potestatem condendi leges, ideo tacito consensu omnium per consuetudinem abrogabantur. Set quia hodie potestas translata est in imperatorem, nihil faceret desuetudo populi.*
Questa legge va intesa secondo i suoi tempi, quando cioè il popolo aveva effettivamente il potere di fare le leggi e quindi, con il tacito consenso di tutti, poteva anche abrogarle per consuetudine. Poiché però oggi quel potere è stato trasferito all'imperatore, non può valere la desuetudine del popolo.

Secondo Irnerio, dunque, a seguito del trasferimento del potere in capo al sovrano operato per il tramite della *lex regia*, le consuetudini (gli usi contrari al dettato normativo) hanno perso per sempre la capacità di far cadere in desuetudine le leggi[64].

Lo sfavore con il quale Irnerio considerava la consuetudine quale possibile sorgente interpretativa conferma l'impressione che l'ultima frase della glossa prima esaminata sull'interpretazione sia probabilmente un'aggiunta posticcia, dovuta a qualche altro glossatore. È del resto quanto suggerisce anche la singolare versione della stessa glossa che troviamo conservata in un manoscritto dal quale si sono prese già varie glosse tra quelle esaminate sin qui[65]:

Dissidet ius ab equitate, vel quia verba iuris latius patent quam equitas suadeat [*ut in senatusconsulto macedoniano ubi pro mutuo pecunia datur filio familias, equitate vero non solum filio det et nepoti*], vel quia minus continent [*ut in lege fufia caninia*], vel quia omnino contradicitur ei: que concordari et interpretari – ad hoc ut eius interpretatio sit lex, et quidem generalis et necessaria – soli imperatori concessum est. Est enim interpretatio que nec generalis est nec necessaria, ut preceptorum [*artium*]. Est iterum et alia necessaria set non generalis, ut iudicum in quolibet negotio. Imperatoris vero et necessaria est et omnes astringit. [*Quid de consuetudine – que est optima legum interpres – dicemus? Consuetudo est interpres iuris non scripti, princeps vero scripti. Et hoc est inter equitatem et ius. b.*]

Le parole in corsivo si trovano apposte tra le righe – quasi glosse alla glossa – e la sigla finale pare riportarle all'insegnamento di Bulgaro (e, a questo punto, appare molto probabile che la glossa originale sia davvero riconducile a Irnerio[66]). In questa versione, la frase in questione è assente, mentre all'*interpretatio* che viene dalla consuetudine fa riferimento l'aggiunta bulgariana (secondo la quale, peraltro, essa andrebbe relegata alle sole tradizioni tramandate oralmente)[67].

---

[64] Occorre nuovamente rinviare qui a Cortese 1964, II, p. 126 e Id. 1995, II, pp. 71-74.

[65] La glossa si legge a margine della legge *Inter aequitatem* nel ms. Bamberg, SB, Jur. fol. 20. Il testo principale è della mano più antica (*BamY*), mentre le aggiunte appartengono a una mano successiva (*BamB*); cfr. Loschiavo 1996, p. 43 nt. 64, 53 nt. 96 e 225-226.

[66] Cfr. *supra*, nt. 59.

[67] Anche su questi riflessi che la posizione irneriana ebbe nella scuola, cfr. Cortese 1964, II, pp. 364-368 e nt. 4.

Qui però va posta attenzione sulla precisazione appuntata alla parola *preceptorum* che si legge nella glossa principale. L'integrazione *artium* sembra voler specificare che solo l'interpretazione dei *magistri artium* è priva sia del requisito della *necessitas* sia del carattere della *generalitas*. Si voleva con ciò suggerire che l'interpretazione dei *doctores legum* potesse avere un valore differente tanto da poter incidere sulla effettiva applicazione della legge nella vita reale?

Quello che a prima vista potrebbe apparire uno scherzo o una provocazione da parte di chi insegnava il diritto ai danni di chi insegnava altre discipline (le *artes*), pare invece trovar conferma in una ulteriore glossa, posta questa volta a commento di un frammento del *Digestum vetus* (D. 1.3.13). In questo passo Ulpiano avalla l'integrazione della legge volta a coprire fattispecie che tendano al medesimo obiettivo attraverso l'attività interpretativa e di giurisdizione. La glossa riguarda la parola *interpretatione* e reca la sigla 'Y' premessa, cosa che parrebbe suggerirne l'attribuzione proprio a Irnerio[68]:

> § *Scilicet legislatoris perpetua, idest vel principis vel ciuslibet alterius cui hoc a principe concessum est.*
> Vale a dire quella generale del legislatore, e cioè del principe o di chiunque altro cui il principe l'abbia concessa.

Il principe può dunque delegare ad altri il suo potere di *interpretatio*. Ma chi sono questi 'altri'? Irnerio – viene da domandarsi – pensava ai commissari cui Giustiniano aveva dato mandato di redigere il *Codex* (si torni alla glossa *Videndum est*) o pensava piuttosto a sé stesso e ai nuovi giuristi che si venivano formando alla sua scuola?

6. Conoscere il diritto per saperlo maneggiare senza violarlo

È utile fare un passo indietro e ricordare come il problema di interpretare norme che potessero apparire oscure o comunque contrarie all'*aequitas* non fosse certo una novità per gli uomini del medioevo. E anche nel passato, emergendo uno di questi casi, appariva naturale chiamare a intervenire il sovrano. In questi termini, per esempio, si era espresso già Carlo Magno, quando, appena cinta la corona imperiale, aveva appunto avocato a sé il potere di intervenire con una propria statuizione laddove le legislazioni vigenti apparissero lacunose. E ciò affinché le cause non fossero decise secondo l'arbitrio dei giudicanti[69]. Allo stesso modo, due secoli e mezzo più tardi, nel

[68] La glossa è apposta alla parola *interpretatione* e fu edita dal Besta (Besta 1896, p. 6) dai ms. di Padova e Torino.

[69] Precisamente nel prologo del Capitolare italico dell'801, che riporto per comodità del lettore nella traduzione curata da Azzara e Moro 1998, pp. 72-75): «Nel nome di nostro Signore Gesù Cristo. [Da] Carlo, incoronato per segno divino, detentore dell'autorità di Roma, serenissimo augusto, a tutti i duchi, conti, gastaldi e a tutti i preposti alla cosa pubblica nelle province d'Italia dalla nostra benevolenza. … considerando l'interesse nostro e del popolo a noi affidato da Dio, abbiamo avuto cura di aggiungere secondo la considerazione delle cose e del tempo, quelle questioni che sono state trascurate

1047, in quel di Rimini Enrico III era stato invitato a dare l'interpretazione di una costituzione del Codice giustinianeo il cui significato appariva dubbio. In casi come questo ci si attendeva, tuttavia, che lo stesso sovrano ascoltasse e recepisse il parere di coloro che – per usare le parole di Incmaro di Reims prima ricordate – conoscono entrambe le leggi (quella umana e quella divina), ma «rispettano assai più quella di Dio che quella degli uomini»[70]. E anche in quel frangente, in effetti, accadde la stessa cosa. Una volta di più, troviamo qui in funzione il sistema dell'*utraque lex*, il quale, sempre sostenuto dalla chiesa, doveva rendere evidente ai cristiani l'utilità del ricorso al diritto romano, purché lo si sapesse usare senza farsene assorbire.

Una soluzione del genere la quale conduceva fin troppo facilmente all'abbandono della *lex humana* ogni qual volta questa potesse apparire in contrasto con la *lex divina* (e occorre ricordare come questa espressione, all'epoca, non fosse ancora precisamente definita nel suo contenuto) – poteva certamente andar bene per correggere le varie legislazioni in vigore nei singoli regni e ducati europei che si erano lentamente costruiti durante i secoli precedenti. Ora però, agli occhi di Irnerio, ben difficilmente poteva considerarsi idonea quando si trattasse di intervenire su norme che godevano della piena *auctoritas* imperiale (in senso sia formale che sostanziale, come s'è visto) e che per di più, come lo stesso Giustiniano ripete più volte, erano state suggerite da Dio stesso al cuore e alla mente dell'imperatore[71].

A ben vedere, in effetti, già il fatto che Irnerio comprendesse l'*aequitas rudis* tra le componenti della *materia* del *Codex Iustinianus* – come appare chiaramente dalle glosse introduttive prima considerate – significava averla collocata all'interno e non più all'esterno del *Corpus iuris*. Un complesso normativo, quest'ultimo, della cui validità universale nessuno doveva dubitare. Secondo lo schema irneriano, insomma,

---

dai re d'Italia nostri predecessori negli editti della legge longobarda dagli stessi emanati, appunto perché quelle necessarie che mancarono alla legge vengano aggiunte, e nelle cose incerte non prevalga l'arbitrio di qualsiasi giudice, ma la sanzione della nostra regia autorità».

[70] … *Si quid vero tale esset, quod leges mundanae hoc in suis diffinitionibus statutum non haberent aut secundum gentilium consuetudinem crudelius sancitum esset, quam christianitatis rectitudo vel sancta auctoritas merito non consentiret, hoc ad regis moderationem perduceretur, ut ipse cum his qui utramque legem nossent et Dei magis quam humanarum legum statuta metuerent, ita decerneret, ita statueret, ut, ubi utrumque servari posset, utrumque servaretur, sin autem, lex saeculi merito comprimeretur, iustitia Dei conservaretur*. (… Se poi vi fosse qualcosa che non si trovasse statuito nelle leggi mondane o la cui disciplina nelle consuetudini secolari apparisse crudele e cioè inaccettabile alla morale cristiana o per l'autorità ecclesiastica, questo veniva ricondotto alla considerazione del sovrano di modo che questi, insieme con coloro che conoscono l'una e l'altra legge e rispettano più le leggi di Dio di quelle degli uomini, così decidesse, così ordinasse affinché, lì dove fosse possibile osservarle entrambe, entrambe si osservassero e, altrimenti, si comprimesse giustamente la legge del mondo e si conservasse la giustizia di Dio). Il brano è tratto dal cap. 21 del *De ordine palatii* (ed. Gross, Schieffer 1980, pp. 70-72), la trad. è mia.

[71] A partire dalle costituzioni proemiali: v. infatti, già nelle frasi iniziali della *Haec quae*, poi al § 2 della const. *Summa rei*, oltre che nella tradizionale *invocatio* premessa a ogni sua costituzione. *Cor regis in manu Dei est* aveva detto Ambrogio ripetendo il Vecchio testamento (Prov. 21.1) e poi anche papa Giovanni II e, per il suo tramite, lo stesso Giustiniano lo avevano ripreso in C. 1.1.8.3).

l'*aequitas* (anche quella ancora grezza e informe) è già dentro il *corpus iuris* e non c'è bisogno di andare a cercarla altrove. Sarà allora sufficiente saperla estrarre dalla gran massa di norme di cui il *corpus* è composto. Si tratterà, in altre parole, di *eruere aequitatem* attraverso l'*interpretatio*.

Nondimeno, non si poteva pensare di lasciar soli gli imperatori – quelli contemporanei non diversamente da quelli del passato – a svolgere un compito così delicato. L'imperatore era dunque certamente titolare dell'*interpretatio* che *omnes adstringit* ma, nell'esercitare tale prerogativa, non poteva non avvalersi del consiglio di esperti. È chiaro che simili esperti dovevano essere uomini cólti e timorosi di Dio. Siffatti esperti però – ed ecco la novità che segnerà per secoli la storia giuridica dell'Occidente – dovevano anche essere tecnicamente preparati e cioè conoscere perfettamente l'intero *Corpus* giustinianeo e pure tutte le tecniche esegetiche necessarie a maneggiarlo con intelligenza[72].

L'*interpretatio*, in conclusione, soprattutto quando si tratta di *eruere aequitatem* e di correggere il *ius scriptum*, è effettivamente operazione difficile e ad essa bisogna attendere con perizia e anche con estrema circospezione. E vale senz'altro la pena – a questo punto – ricordare un'ultima glossa, anch'essa quasi certamente irneriana e sempre relativa all'*interpretatio*, la quale ha avuto minore fortuna delle altre e, tuttavia, contiene un insegnamento che ogni giurista dovrebbe sempre ricordare. La glossa si trova apposta alla parola *aequitatem* della legge costantiniana *Inter aequitatem iusque* (C. 1.14.1) già ricordata in precedenza[73]:

> *Scilicet non scripta ut, cum ius videatur contrarium dictare iustitie, recedendum sit a verbis iuris et accedendum sit ad iustitiam, ipso etiam iure hoc volente. Set cum ius dictat, quid autem dictat iustitiam in obscuro sit, melius est immorari in verbis iuris quam in cetera mutari et sic proprio arbitrio vagari.*

Quando dunque – per tradurre il pensiero di Irnerio – *il diritto sembri disporre in maniera contraria alla giustizia*, quando cioè la norma scritta paia scontrarsi con qualche principio equitativo già chiaramente formulato anche se «non ancora annodato nei lacci della legge»[74], *ci si allontani allora dalle parole del diritto e si acceda invece nella giustizia, come del resto impone lo stesso diritto* (il riferimento è chiaramente alle parole di C. 3.1.8: *Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris ratione*).

Quando però il diritto dispone qualcosa – quando cioè esiste una norma formalmente valida – *e ciò che invece comanda la giustizia rimanga oscuro* (in altri termini: non si sia ancora trovata una formulazione del principio che rimane perciò solamente percepito

---

[72] Cosa che Giustiniano stesso non aveva mancato di precisare, per es. nella *Const. Omnen rei publicae* (a. 533).

[73] Ed. in Loschiavo 1996, p. 225 (n. 26) dai mss. di Bamberg e Stuttgart (in questo secondo caso con la sigla 'Y' premessa).

[74] L'espressione è chiaramente tolta da *Const. Tanta* c. 18 «… non desperamus quaedam postea emergi negotia, *quae adhuc legum laqueis non sunt innodata* …».

«con animo perturbato e commosso» e tale da non riscuotere un generale consenso), *sarà allora meglio* – ecco l'insegnamento che Irnerio rivolge sia agli imperatori sia ai loro consiglieri-giuristi – *rimanere fermi alle parole del diritto dato, anziché deviare verso altre direzioni e così vagare al solo lume del proprio arbitrio*.

Credo che si possa qui leggere con chiarezza la consapevole esaltazione della certezza del diritto come pure l'inizio, per il diritto e la giurisprudenza, di un'età nuova, quella che è ancora la nostra.

Bibliografia

Ascheri 2000 = M. Ascheri, *Tra legge e consuetudine: qualche problema dell'alto Medioevo (e dell'età contemporanea)*, in G. Rossetti, G. Vitolo (a c. di), *Medioevo Mezzogiorno Mediterraneo. Studi in onore di Mario Del Treppo*, Napoli 2000, II, pp. 313-327.

Azzara 2013 = C. Azzara, *Teoderico*, Bologna 2013.

Azzara, Gasparri 2005 = C. Azzara, S. Gasparri (ed. e trad. ita. a c. di), *Le leggi dei Longobardi. Storia, memoria e diritto di un popolo germanico*, Roma 2005.

Azzara, Moro 1998 = C. Azzara, P. Moro (ed. e trad. ita. a c. di), *I capitolari italici. Storia e diritto della dominazione carolingia in Italia*, Roma 1998.

Bellini 1986 = P. Bellini, *Denunciatio evangelica e «denunciatio judicialis privata». Un capitolo di storia disciplinare della Chiesa*, Milano 1986.

Besta 1896 = E. Besta, *L'opera di Irnerio*, II, *Glosse inedite di Irnerio al Digestum vetus*, Torino 1896.

Calasso 1951 = F. Calasso, *Il diritto comune come fatto spirituale* (1948) ora in Id., *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951 (= 1970), pp. 137-180.

Calasso 1954 = F. Calasso, *Medioevo del diritto* I. *Le fonti*, Milano 1954.

Ciaralli 2000 = A. Ciaralli, *Ancora sul manoscritto pistoiese del* Codex *(Arch. Cap. C 106). Note paleografiche e codicologiche*, in *Scrittura e civiltà* 24 (2000), pp. 173-226.

Conte 2009 = E. Conte, *Diritto Comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico*, Bologna 2009.

Cortese 1962/1964 = E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel Diritto comune classico*, I-II, Milano 1962 e 1964 (ried. in forma digitale e in accesso aperto al link: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg19/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVIII/La_Norma_Giuridica_vol_1.pdf).

Cortese 1995 = E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. 2 voll. I. *L'alto medioevo*, II. *Il basso medioevo*, Roma 1995.

Cortese 1999 = E. Cortese, *An papa qui habet totum ius in scrinio pectoris efficiator doctor in utroque*, in *Studi in onore di Piero Bellini*, Soveria Mannelli, 1999, pp. 277-290 (rist. in Id., *Scritti*, a c. di A. e F. Cortese, Roma 2013, pp. 49-61).

Cortese 2013 = E. Cortese, *v. 'Irnerio'*, in DBGI, 2013, I, pp. 1109-1113.

Corti 2002 = M. Corti, *Un ponte tra latino e italiano*, Novara 2002.

DBGI = I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti (a c. di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, I-II, Bologna 2013.

Diliberto 1978/79 = O. Diliberto, *Paolo di Tarso, I ad Cor., VI, 1-8, e le origini delle giurisdizione ecclesiastica nella cause civili*, in *Studi economico-giuridici della Fac. di Giurisprudenza dell'Univ. di Cagliari* 49 (1978/79), pp. 183-219.

Dolezalek 1985 = G. Dolezalek (u. M. v. L. Mayali), *Repertorium manuscriptorum veterum Codicis Iustiniani*, [Ius Commune – Sonderhefte, 23] I-II, Frankfurt am Main, 1985.

Faller, Zelzer 1990 = O. Faller, M. Zelzer (éds.), *Sancti Ambrosii Opera*, X.2, *Corpus scriptorum ecclesiasticorum latinorum* (CSEL) 82, Wien 1990.

Fantappiè 2020 = C. Fantappiè, *Il diritto canonico nella società postmoderna*, Torino 2020.

Gouron 2001 = A. Gouron, *L'auteur du'Brachylogus': un compagnon de Thomas Becket en exil?*, in *A Ennio Cortese*, II, Roma 2001, pp. 163-173.

Gouron 2003 = A. Gouron, *Sur la patrie et la datation du "Livre de Tubingue" et des "Exceptiones Petri"*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 14 (2003), pp. 15-39.

Hincmar von Reims = Hincmar von Reims, *De ordine palatii*, ed. T. Gross, R. Schieffer, in MGH, *Fontes iuris Germanici antiqui*, 3, Hannover 1980.

Isidorus Hispaliensis = Isidorus Hispaliensis, *Etymologiarum sive originum libri XX*, ed. W.M. Lindsay, 2 vols., Oxford 1911.

Kantorowicz 1938 = H.U. Kantorowicz (with the collaboration of W.W. Buckland), *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge 1938 (rist. con addenda et corrigenda di P. Weimar, Aalen 1969).

Koyré 1967 = A. Koyré, *Dal mondo del pressappoco all'universo della precisione*, trad. ita. di P. Zambelli, Torino 1967.

Lafferty 2013 = S. Lafferty, *Law and Society in the Age of Theoderic the Great: a Study of the Edictum Theoderici*, Cambridge 2013.

Licandro 2008 = O. Licandro, *Edictum Theoderici*, Torino 2008.

Licandro 2010/2011 = O. Licandro, *Dalla reggenza imperiale al protettorato goto. L'esperienza costituzionale di Teoderico tra continuità e fine della pars Occidentis dell'impero romano*, in *AUPA – Annali dell'Università di Palermo* 54 (2010/2011), pp. 95-180.

Liebs 2017 = D. Liebs, *La protezione degli schiavi contro i maltrattamenti dei loro padroni in età precristiana, cristiana e nell'Alto Medioevo*, in *Ravenna Capitale. Dopo il Teodosiano. Il diritto pubblico in Occidente nei secoli V-VIII*, Santarcangelo di Romagna 2017, pp. 19-39.

Loschiavo 1996 = L. Loschiavo, *Summa Codicis Berolinensis. Studio ed edizione di una composizione 'a mosaico'*, [Ius Commune – Sonderhefte, 89] Frankfurt am Main 1996.

Loschiavo 2006 = L. Loschiavo, *La Legge che Dio trasmise a Mosè. Fortuna medievale di un'operetta volgare*, in M. Bellomo, O. Condorelli (a c. di), *Proceedings of the Eleventh International Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano 2006, pp. 85-102.

Loschiavo 2011 = L. Loschiavo, *La riscoperta dell'Authenticum e la prima esegesi dei glossatori*, in L. Loschiavo, G. Mancini, C. Vano (a c. di), *"Novellae Constitutiones". L'ultima legislazione di Giustiniano tra oriente e occidente da Triboniano a Savigny*. Atti del Convegno internazionale (Teramo, 30-31 ottobre 2009), Napoli 2011, pp.111-139.

Loschiavo 2019 = L. Loschiavo, *L'età del passaggio. All'alba del diritto comune europeo (secoli III-VII)*, Torino 2019.

Loschiavo 2020a = L. Loschiavo, *La Didascalia Apostolorum e la giustizia del vescovo prima di Costantino*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* (fasc. speciale - agosto 2020), pp. 135-158.

Loschiavo 2020b = L. Loschiavo, *Irnerius and the Imperial Legislator. Between Justinian and Henry V*, in *Teijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 88 (2020), pp. 367-391.

Mor 1938 = C.G. Mor, *Scritti giuridici preirneriani.* II. *Exceptiones legum Romanarum*, Milano 1938 (rist. Torino 1980).

Mommsen 1894 = Th. Mommsen (ed.), *Cassiodorus Senatoris Variae*, in MGH, *Scriptores – Auct. ant.* XII, Berlin 1894.

Nicolaj 1991 = G. Nicolaj, *Cultura e prassi dei notai preirneriani. Alle origini del rinascimento giuridico*, Roma 1991.

Odofredus = Odofredus, *Lectura super Codice. In primam Codicis partem*, Lugduni 1552 (rist. in *Opera iuridica rariora*, a c. di D. Maffei, E. Cortese, G. Rossi, Bologna 1968).

Padoa Schioppa 1970 = A. Padoa Schioppa, *Il ruolo della cultura giuridica in alcuni atti giudiziari italiani dei secoli XI e XII* (1970) ora in Id., *Giustizia medievale italiana. Dal 'Regnum' ai Comuni*, Spoleto 2015, pp. 229-253 [265-289].

Padovani 2019 = A. Padovani, *Abelardo e Irnerio. Pensieri sulla servitù*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 30 (2019), pp. 45-70.

Paradisi 1994 = B. Paradisi, *Il giudizio di Marturi. Alle origini del pensiero giuridico bolognese*, in *Rendiconti della classe di scienze morali storiche e filologiche dell'Accademia dei Lincei*, ser. IX.5, Roma 1994, pp. 3-21.

Pennington 2017 = K. Pennington, *Odofredus and Irnerius*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 28 (2017), pp. 11-27.

Pennington 2019 = K. Pennington, *Per un 'Corpus Irnerianum'*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 30 (2019), pp. 29-43.

Pescatore 1896 = G. Pescatore, *Kritische Studien auf dem Gebiete der civilistischen Literärgeschithe des Mittelalters*, Greifswald 1896 (rist. in Id., *Beiträge zur mittelalterlichen Rechtsgeschichte*, Torino 1967).

Prodi 2000 = P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000.

Radding 2013 = Ch.M. Radding, *Le origini della giurisprudenza medievale*, trad. ita. A. Ciaralli, Roma 2013.

Radding, Ciaralli 2007 = Ch.M. Radding, A. Ciaralli, *The Corpus Iuris in the Middle Ages. Manuscripts and Transmission from the Sixth Century to the Juristic Revival*, Leiden-Boston 2007.

Santoni 2004 = F. Santoni, *Tra lex e pugna: il Placito di Garfagnolo (1098)*, in *Scrineum – Rivista* 2 (2004), http://lettere.unipv.it/scrineum/rivista/2-2004/santoni.html.

Scheltema 2004 = H.J. Scheltema, *Opera minora ad iuris historia pertinentibus*, N. van der Wal, J.H.A. Lokin, B.H. Stolte, R. Meijering (a c. di), Groningue 2004.

Schiaparelli 1929 = L. Schiaparelli (a c. di), *Codice diplomatico longobardo*, I, [Fonti per la storia d'Italia], Roma 1929.

Schmugge 1977 = L. Schmugge, *"Codicis Iustiniani et Institutionum baiulus". Eine neue Quelle zu Magister Pepo von Bologna*, in *Ius Commune*, 6 (1977), pp. 1-9.

Spagnesi 2013 = E. Spagnesi, *Libros legum renovavit. Irnerio lucerna e propagatore del diritto*, Pisa 2013.

Tamassia 1967 = N. Tamassia, *Odofredo. Studio storico giuridico* (1894), ora in Id., *Scritti di storia giuridica*, II, Padova 1967, pp. 335-461.

Theisen 1994 = F. Theisen, *Die Wiederentdeckung des Römische Recht im Alltag des 11. Jahrhunderts. Dargestellt an einer Urkunden von 1076*, in *Teijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 62 (1994), pp. 127-143.

Volterra 1971 = E. Volterra, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *Atti del II Congr. Int. della Soc. ital. di Storia del diritto*, Firenze 1971, II, pp. 821-1097.

Fides, sicurezza, certezza: un percorso fra Antico Regime e scienza di polizia

Daniele Edigati
Università degli Studi di Bergamo

1. Premesse. Inesistenza della certezza del diritto negli ordinamenti di Antico Regime

Che la certezza del diritto, nelle sue molteplici sfaccettature[1], possa assurgere a valore cardine dell'ordinamento oppure a un'illusione o, infine, a vero e proprio mito[2], non v'è dubbio che, per come è stata formulata, essa riposa su un modello di diritto che «coincide con quello che il giuspositivismo illuminista e liberale»[3] ha tracciato. Essa presuppone infatti i principi di legalità, con i suoi vari corollari (fra cui pubblicità, irretroattività, tassatività e determinatezza della norma), e di completezza dell'ordinamento, non slegati dalla predisposizione di un solido canale di pubblicazione che assicuri la conoscibilità delle disposizioni fra i destinatari. In altre parole, solo se il diritto coincide con la legge scritta prodotta dallo stato e applicata in termini più possibilmente meccanici si può concepire un sistema basato sulla certezza. Un'altra premessa imprescindibile, che forse talora non si rammenta a sufficienza, è quella dell'esistenza di una struttura istituzionale e pubblica atta, per risorse, continuità ed effettività, a sorreggere un ordinamento con le caratteristiche anzidette, requisito oggi dato per scontato o comunque sottovalutato.

È già risaputo che non si può riscontrare alcunché di analogo nella dimensione effettiva del diritto nei secoli dell'età moderna, nei quali il problema della certezza, come ha brillantemente spiegato Birocchi, non era neppure posto su un piano teorico all'interno del pensiero giuridico[4]. È ben noto come gli ordinamenti di Antico Regime ebbero caratteri antinomici rispetto a quelli appena riassunti. Li ricapitolo qui fugacemente, senza pretesa di esaustività, ma neppure di originalità, dato che il

[1] Bertea 2001, p. 132 ha correttamente parlato di un insieme di problemi eterogenei più che di un solo e semplice tema.

[2] «una sorta di araba fenice», così Alpa 2006, p. 337.

[3] Jori, Pintore 1995, p. 196.

[4] Birocchi 2022, specialm. p. 163.

grande tema delle fonti del diritto è da sempre oggetto di studi e anche di ottime ricostruzioni di ampio respiro. Ci si limiterà, quindi, a mettere alcuni punti fermi dai quali prendere le mosse per sviluppare la presente indagine.

Partendo dal problema della legalità, non è da dubitarsi che già nel tardo Medioevo si fosse fatta largo la legge, concepita come espressione della volontà del signore e poi del principe, con una tendenza ad affermarsi nei confronti delle altre fonti, talora consacrata per mezzo di dichiarazioni espresse. È altrettanto pacifico, tuttavia, come la legge non abbia costituito né l'unica fonte del diritto, né quella realmente prevalente. Non l'unica, in quanto nessuno, ivi compresi l'Imperatore e i monarchi più potenti, poteva pretendere di svincolarsi *in toto* e tanto meno di cancellare l'eredità del passato, dal quale erano pervenute consuetudini e diritti su base corporativa o cetuale, come quello feudale, o altri diritti positivi di antichi ordinamenti inglobati nei più ampi stati territoriali, come gli statuti cittadini, senza contare il grande complesso del diritto romano-canonico, racchiuso nei due *Corpora*, testi avvolti in un'aura di sacralità. Non quella prevalente, al di là delle dichiarazioni di principio di cui si diceva, che la volevano primeggiare sulle altre fonti, poiché vi era uno iato incolmabile tra tali asserzioni e la realtà effettiva. Nella concretezza delle aule di giustizia, così come nella quotidiana azione di governo, era la prassi, variamente appellata come *stylus* o *usus*[5], a costituire la bussola per quanti erano chiamati ad applicare il diritto. E senz'altro la mediazione del giurista, inteso quale *doctor in utroque* e non già come *bouche de la loi*, era un filtro necessario e dal quale spesso scaturiva la «sistematica deroga alle norme nella *routine* quotidiana dell'amministrazione della giustizia»[6]. Studi oramai divenuti classici, in particolare di Ajello[7] e della sua scuola, hanno limpidamente tracciato un affresco della lotta di potere fra il «ministero togato» o, se vogliamo, il ceto dei *doctores*, e l'autorità del sovrano. Ne è emerso un quadro a chiare tinte della forza della «mediazione patriarcale»[8] esercitata dal primo, attraverso il suo esclusivo sapere e il dominio di strumenti di tutt'altro che banale accessibilità, come i *Corpora* stessi. Si sottintende pertanto che l'*interpretatio*, come intesa nella scienza giuridica medievale e moderna, era tutt'altra cosa rispetto al concetto attuale di interpretazione, non essendo affatto attività passiva e meccanica, bensì a pieno titolo creativa[9]. Del resto, non si deve dimenticare come alcuni alti consessi avevano anche formalmente il potere di emettere atti a carattere normativo, come gli *arrêts de règlements* francesi, prodotti malgrado un divieto espresso del monarca di apportare modifiche o limitazioni alle proprie leggi[10].

D'altra parte, le leggi dei principi erano concepite quali interventi mirati su questioni specifiche, di rilievo concreto, e non si appoggiavano su un edificio di nozioni

[5] Massetto 1989, spec. p. 1210 ss.; si veda poi Miletti 1998.
[6] Torre 1983, p. 277.
[7] Cfr. in part. Ajello 1976.
[8] Di Donato 2016, ma anche molti dei saggi contenuti in Di Donato 2021.
[9] Sbriccoli 1968; Santarelli 1989.
[10] Richet 1998, p. 29.

teoriche o di strumenti tecnici indispensabili per l'applicazione del diritto, che piuttosto i *doctores* cercavano nel *mare magnum* del diritto romano-canonico. Insomma, non si concepiva neppure una «volontà capace di realizzare un programma di governo con un minimo di coerenza, di continuità, di efficienza»[11]. Campeggiava sullo sfondo, piuttosto, l'idea che il diritto emanato dal detentore della somma *iurisdictio* servisse a rispondere a problemi di volta in volta affacciatisi nella società e che pertanto fosse una deroga singolare rispetto a ciò che già esisteva. Da questo discendeva l'affastellarsi alluvionale, nel corso di decenni se non di secoli, di una cospicua massa di disposizioni vertenti su fenomeni e istituti analoghi, che generavano costanti e talora insanabili problemi di coordinamento interpretativo.

A lungo, almeno fino alla seconda metà del Seicento, gli stessi lavori di risistemazione più ambiziosi, malgrado annose discussioni dei redattori, finivano per tradursi in «un testo di leggi in cui è affrontato un numero piuttosto limitato di problemi, in forma a volte disordinata e disorganica»[12], come è stato scritto per le *Leges novae* genovesi del 1576. Se qualche mente più lucida, soprattutto tra gli esponenti dei ceti dirigenti, più che fra i giuristi, poteva avanzare l'idea di ridurre in «un sol volume stampato, si breve e sì chiaro che ogn'uno possa con non molta difficoltà informarsene, senza poi ad haversi a disputar sopra ad ogni passo»[13], questo avveniva più per esasperazione che per una scelta razionale. In ogni modo, l'impresa si rivelava troppo ardua e veniva ben presto abbandonata, affidandosi in sostanza alla mediazione del giurista dotto, oramai non più soltanto protagonista delle aule di giustizia, ma ben addentro nelle stanze delle corti principesche[14].

È doveroso rimarcare come non si avesse a che fare sempre e comunque con un diritto scritto e come, quand'anche lo fosse, le modalità con cui era formulato erano molto distanti da quelle attuali. Dal primo punto di vista, sicuramente le consuetudini, che avevano avuto la funzione di fonte primaria per gran parte del Medioevo, adesso perdevano di centralità o comunque erano oggetto di redazioni e di edizioni a stampa[15], ma non si dovrebbe dimenticare che la società d'Antico Regime continuava a riconoscere in un diritto non scritto, quello naturale, una significativa sorgente da cui scaturivano quanto meno i principi di intere branche dell'ordinamento.

Basta avere davanti una qualsiasi legge o uno statuto risalenti a questi secoli per rendersi conto che l'enunciazione delle norme era inconciliabile con quei canoni che l'illuminismo giuridico avrebbe in seguito auspicato, in particolare quello della determinatezza. Le leggi erano formulate con lunghi periodi, sovente pletorici, farraginosi o di ardua comprensibilità; ampi e articolati proemi servivano a spiegare l'intenzione del legislatore e a mandare un messaggio a destinatari (sudditi e/o funzionari-ma-

[11] Ajello 1968, p. 9; Fasano Guarini 2008, p. 110.

[12] Savelli 1981, p. 213.

[13] Savelli 2006, p. 264.

[14] Fasano Guarini 1983.

[15] Cfr. in part. l'enorme sforzo di cristallizzazione delle *coutumes* in Francia: basti qui rinviare a Birocchi 2002, pp. 105 ss.

gistrati); il lessico non era utilizzato in modo tecnico e con significati univoci; non vi era alcun ordine logico interno; molte sarebbero le lacune sostanziali rinvenibili agli occhi di un giurista di oggi. La lingua del diritto non era una sola, nel senso che l'introduzione del volgare in alcuni ambiti dell'ordinamento e della giustizia (specie quello criminale) non determinò l'abbandono completo del latino, il cui impiego generava l'ulteriore problematica ermeneutica data dal processo di traduzione[16]. Ancor prima di ogni altra considerazione, la norma aveva un impianto casistico, affatto generale e astratto; un punto, quest'ultimo, già toccato, ma che merita di essere rimarcato ulteriormente. Il diritto positivo d'Antico Regime rifuggiva ogni sistematicità e organicità e aveva uno spiccato carattere giurisprudenziale, congiunturale e pragmatico. In questo senso, non è affatto sorprendente che per esempio in materia penale la legislazione si occupasse di stabilire le pene, ma non di definire e delineare le fattispecie. Del resto, l'area dei delitti era già riconoscibile e persino naturalmente percepibile[17], in quanto in buona misura coincidente con quella del peccato, cioè dell'azione commessa con volontà perversa. Il problema era semmai quello di capire cosa e come punire con sanzioni temporali attraverso un sapiente e oculato dosaggio del parametro dello scandalo e una adeguata valutazione della volontà del reo.

Anche l'ambito spaziale e personale di vigenza delle leggi non era affatto determinato in modo univoco o, per lo meno, non lo era a chiunque. Quanto al livello territoriale, porzioni più o meno vaste dei vari regni erano esenti, parzialmente o integralmente dalle leggi a portata generale, emanate dai principi o dai magistrati centrali. Si trattava di feudi o di zone dotate di franchigie (si pensi a certe città portuali, come Genova, Livorno, Ancona o Messina) o semplicemente di città o stati acquisiti nel corso dei secoli con un impegno specifico a rispettare consuetudini o diritti ivi vigenti da secoli[18]. Una legge a tenore generale, pertanto, non era immediatamente vigente in tutto il proprio dominio territoriale, sì che per ottenere tale effetto occorrevano clausole specifiche, con le quali si rendesse esplicita la volontà di vincolarle all'osservanza di quanto disposto, cosa che poteva pur sempre esser impugnata, qualora potesse cozzare con gli spazi di libertà garantiti dalle pattuizioni intercorse con il sovrano. Ma non era solo questo, in realtà: in molti casi, ancora nel Settecento, era tutt'altro che banale distinguere fra di loro signorie e feudi, come anche i titoli di legittimazione del potere feudale e i confini delle prerogative dei signori, fissati da investiture e documenti antichi, talora evanescenti o contrastanti tra di loro. Sul piano personale, incidevano gli *status* o le appartenenze cetuali, da cui discendevano diritti e doveri differenti, ma questi in sé non possono reputarsi come cause di incertezza, se assumiamo il concetto in senso puramente formale. Certezza del diritto è del resto un ideale che prescinde dagli elementi sostanziali, ossia dai

[16] Anche di questo si lamentava Muratori 1742, p. 11.

[17] Birocchi 2022, p. 167.

[18] Si prendano a solo scopo di esempio le dedizioni alla Repubblica di Venezia (Varanini 2010, p. 33 ss; Rizzi 2010).

contenuti delle disposizioni. Una società fondata sulla diseguaglianza[19], come quella d'età moderna, teneva particolarmente ai *signa* del *decorum*[20] e dunque avere un certo *honor* si traduceva anche in una sua esteriorizzazione *erga omnes* sul piano materiale e in definitiva in una qualche certezza del medesimo. Tuttavia, al di là di questo, erano presenti leggi personali fondate su privilegi elargiti a comunità, gruppi o anche a singoli, come avveniva per esempio con gli ebrei[21]. Ogni caso aveva una propria legge, accertare la quale era non di rado un processo impervio e che non permetteva affatto la prevedibilità delle conseguenze giuridiche e delle reazioni dell'ordinamento alle proprie condotte.

Non solo lo statuto delle persone, bensì pure quello delle cose era tutt'altro che certo e ciò non solo in relazione ai beni mobili. Basti solo pensare, sempre in ottica 'pubblicistica', al grande tema dei confini, la cui definizione fu così labile da costituire una pietra d'inciampo per tutti gli stati in larga parte dell'età moderna[22]. Oppure, in ambito 'privatistico', alla polemica muratoriana[23] sulle conseguenze sulla circolazione dei beni derivanti dall'inserimento di immobili all'interno di disposizioni fedecommissarie, cosa che determinava l'inalienabilità, senza provvedere a rendere nota a tutti i terzi potenzialmente interessati tale peculiare condizione degli stabili con idonee forme di pubblicità.

Discontinuo e deficitario era il processo di pubblicazione delle leggi: chi ha analizzato da vicino le procedure usate, come Aliani per il ducato di Parma e Piacenza[24], ha descritto tecniche di stampa e affissione assai rodate già nel Seicento, ma non ha esitato a concludere che esse non assicuravano affatto la diffusione dei contenuti dei provvedimenti in tutto lo stato. Non è solo il fatto che non ovunque e non sempre le disposizioni venivano stampate: il punto è che non erano approntati bollettini o gazzette ufficiali e che addirittura non sempre venivano tenuti appositi libri nei quali trascrivere o conservare le disposizioni di volta in volta emanate[25]. Ne derivava una limitata conoscibilità, non già per i soli sudditi, bensì per gli stessi magistrati, per segretari e ufficiali che lavoravano presso la corte del principe, nei dicasteri o nei tribunali. A Napoli, i dispacci regi più rilevanti erano stampati su fogli volanti e spesso erano inviati ai soli magistrati cui erano diretti, ma non esisteva un ente che avesse la mansione di farne una cernita e di conservarli[26].

Si pensi per esempio che nella Toscana della seconda metà del Seicento importanti ministri criminali fiorentini non avevano copie degli statuti delle città soggette e che la magistratura penale centrale, quella degli Otto di guardia e balia, possedeva un

[19] Petronio, p. 168.
[20] Montorzi 1984, p. 177.
[21] Edigati 2020.
[22] Stopani 2008; Pastore 2007.
[23] Muratori 1742, pp. 148 ss.
[24] Aliani 1985, pp. 49-50.
[25] Cfr. quanto ho osservato per la Repubblica di Lucca in Edigati, 2010, p. 285.
[26] Ajello 1968, p. 86.

solo volume contenente tutti gli ordini e le normative pertinenti all'ufficio, che per giunta spesso veniva portato presso le proprie abitazioni da singoli segretari o auditori[27]. Non è affatto insolito che, fra XVII e XVIII secolo, gli statuti comunali, ancora almeno parzialmente vigenti, si trovassero in uno stato deplorevole, quasi illeggibili, tanto da indurre alcune città a realizzare edizioni a stampa per non compromettere definitivamente la conoscibilità dei testi. Se poi in certi stati, come in Toscana grazie alle riforme di Cosimo I de' Medici[28], fu istituito un archivio centrale degli statuti del territorio, non così avveniva in un'altra repubblica, pur antica e potente, come la Serenissima[29].

Le celebri relazioni di Pompeo Neri proprio sulla Toscana[30] forniscono un vivido affresco dello stato delle fonti di cognizione del diritto, estendibile pure agli altri stati della penisola, in molti dei quali non è affatto ardito ritenere che potesse regnare maggiore confusione e ignoranza delle disposizioni vigenti, a causa di una scadente o irregolare conservazione e archiviazione degli atti, nonché della maggior debolezza dell'apparato istituzionale, che non riusciva a formare una memoria di sé. Per molto tempo – fino alle prime grandi compilazioni –, bandi, ordini, editti e leggi erano radunati in raccolte fattizie – realizzate privatamente da qualche giurista e in mano a pochi fortunati –, quando non perdute, magari a seguito di eventi bellici o naturali.

Oltre a questo, alcuni orientamenti a carattere normativo si modellavano attraverso percorsi alternativi e che tendenzialmente non prevedevano modalità di pubblicazione[31], come i rescritti a tergo delle suppliche, lettere in cui si manifestava la volontà del principe od ordini passati per canali interni. Nel corso del tempo, tuttavia, si rendeva palese la loro rilevanza e poteva avvenire, come nel caso del ducato di Milano, che il compilatore di un regesto delle gride decidesse di «inserire alcuni altri Decreti seguiti in materie diverse sopra Ricorsi particolari usciti, e dalla Cancellaria Segreta, e dalla Segretaria di Guerra, giudicandoli profittevoli, non tanto perché si veda lo pratticatosi per lo passato in certi Emergenti, quanto per norma di quelli che potessero succedere in avvenire, servendo alle volte di grandissima regola, e lume i casi seguiti»[32]. Eppure, il valore di precedente dei rescritti, ad esempio, era tutt'altro che pacifico e, al di là di questo, essi furono al centro di dispute e tensioni fra *doctores* e principe.

Infine, riprendendo una considerazione svolta all'inizio, è ben noto che l'età moderna veda ovunque, sia pure in misura differente – ma sempre proporzionata all'ampliarsi delle materie di competenza del principe –, un'espansione di corti, magistrature e organi che coadiuvano quest'ultimo; ciononostante, gli stati europei conservano una debolezza intrinseca e molto avvertita al momento dell'esecuzio-

[27] Edigati 2006, p. 105.
[28] Fasano Guarini 1991; Tanzini 2007.
[29] Varanini 2020.
[30] Cfr. l'edizione critica in Verga 1990.
[31] Di Noto 1980, pp. 25-26.
[32] *Gridario generale delle gride* 1638, premessa al lettore.

ne delle norme. Al proliferare degli enti, peraltro frutto di politiche empiriche e quindi disorganico, non corrisponde affatto una crescita del novero degli esecutori di giustizia atta a coprire i sempre più gravosi oneri di cui si fanno carico gli ordinamenti. Né – potremmo aggiungere, quanto meno fino alle riforme tardo settecentesche – una precisa determinazione delle competenze[33] delle molteplici magistrature interessate secondo criteri materiali o personali, che al contrario si intersecavano e sovrapponevano, generando una conflittualità permanente e una profonda incertezza non solo nel merito, bensì anche sul foro da adire per rivendicare la tutela dei propri diritti.

2. Lo specchio rovesciato: il differente universo valoriale d'Antico Regime

Il quadro appena tracciato, sia pure in modo rapsodico, si fonda sull'angolo prospettico e sulle categorie del giurista odierno. Per dare una chiave di lettura più completa, oltreché più conforme al metodo storico, credo sia interessante assumere adesso la visuale della società d'Antico Regime, le cui fondamenta si innervano in una dimensione assiologica e in un sistema filosofico molto differenti. Ha a tal proposito colto nel segno chi ha asserito che «lo spirito cartesiano», alla base del pensiero moderno, «è nella massima parte dei casi agli antipodi dello spirito dell'Antico Regime»[34]. Si potrebbe aggiungere che fra gli scopi per cui si riteneva istituita e a cui era preposta la monarchia e fra i principi fondamentali degli ordinamenti non vi fossero affatto l'instaurazione di ordinamenti centrati su legalità e certezza del diritto. La giustificazione e l'impalcatura concettuale su cui si reggeva il potere politico, ereditata dal Medioevo e fondata sulla legittimazione divina, restò tale, anche se non per questo immobile, per buona parte dell'età moderna. Come è stato con acume osservato, in realtà, l'istituzione politica in Antico Regime non ebbe «propri fini, diversi da quelli della Chiesa»[35]. La priorità assoluta, a cui doveva esser subordinata in realtà ogni altra considerazione, era – per usare il proemio di una legge di Emanuele Filiberto di Savoia del 1567 – la «cura, che dobbiamo haver di far vivere cattolicamente li nostri sudditi e la carità christiana»[36]. Non può sorprendere che, così come aveva fatto Giustiniano, le compilazioni legislative dei sovrani dell'Europa di Antico Regime, ancora nel XVIII secolo[37], esordissero con la materia della fede cattolica e della sua salvaguardia.

Pierre Goubert ha scritto che nella Francia di età moderna «l'immagine del re è sempre l'immagine del Dio»[38]: egli doveva conservare il buon ordine della società,

[33] Petronio 1989, p. 1155.
[34] Goubert 1984, p. 331.
[35] Mozzarelli 2008, p. 332.
[36] *Editti antichi, e nuovi*, p. 200.
[37] Un esempio sono le *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà* nel Piemonte sabaudo.
[38] Goubert 1984, p. 355.

non artificialmente costruito, ma ricevuto, dando a ciascuno ciò che spetta. Insomma, come Dio, egli era giudice supremo, dispensatore di giustizia e clemenza o, come scrive Pedro de Ribadeneira, facendo quasi eco al *Magnificat*, era colui che «abbasserà i superbi, innalzerà gli humili, reprimerà i grandi, e possenti; difenderà gl'innocenti, e i deboli; e darà vita al corpo tutto della Republica»[39]. Nessun dubbio, dunque, sul fatto che per rispondere ai propri doveri di buon principe, egli dovesse rendere la giustizia non già con un criterio di certezza, ma attraverso un contemperamento fra rigore e misericordia, come del resto chi ha cura di anime deve fare per poter garantire la loro *salus*, cosa che richiede non già l'applicazione di una norma uniforme e astratta, bensì della legge della carità (*epikeia*). Tradotto in termini giuridici, potremmo dire con i giuristi francesi che l'equità doveva essere «âme de la loi», manifestazione del diritto naturale e della stessa giustizia[40]; o, servendosi di una categoria molto cara ai *doctores*, che era l'*arbitrium*[41] a dover guidare ogni manifestazione del potere di *iurisdictio*, sia pure differentemente a ogni specifico stadio di *iurisdictio*. L'*arbitrium* non era soltanto uno strumento cui ricorrere per oltrepassare il dettato normativo o per colmare le sue lacune, ma un filtro costantemente impiegato, sia pure con una diversa latitudine, nel rendere giustizia, per adattare il diritto scritto ai casi e all'evoluzione della società nel tempo. Proprio perché non si poteva dare giustizia scissa dall'*aequitas*, altrimenti si sarebbe commesso un'iniquità.

In questa società, inoltre, la giustizia non riposava sulla inequivocabile e necessaria riaffermazione dell'ordinamento, bensì principalmente sul consenso[42], che a sua volta rimandava alla pace e alla concordia sociale: per riprendere le parole di Sbriccoli, «solo là dove l'approvazione della comunità è presunta, si dà preminenza alla certezza». Se si sfogliano editti, bandi e gride fino a tutto il Seicento appare evidente che le parole chiave sono quiete, conservazione, tranquillità – non già la sicurezza, che vedremo protagonista più avanti e che richiama un movimento dall'alto da parte dell'autorità pubblica – attraverso cui si esplica il buon governo del principe, così come delle repubbliche. La concordia e il ristabilimento degli equilibri rotti non passano necessariamente attraverso sanzioni e meccanismi giuridici[43]; è – anzi – l'esito della conformazione della società a un ordine ideale dato, innervato dalla fiducia reciproca e da una prospettiva comunitaria, che deve per l'appunto esser solo conservato da chi ha ricevuto l'autorità da Dio. Riprendendo alcune felici intuizioni di Mario Montorzi, si può dire che sia stata la *fides* il «fondamento ed insieme […] limite del potere del sovrano» o, ancor più incisivamente, «regola e […] fondamento intimo della *legalitas* delle azioni del Principe»[44]. *Fides* che del resto costituiva la spina dorsale di ogni rapporto gerarchico e interperso-

[39] Ribadeneira 1599, premessa «Al Principe di Spagna D. Filippo».
[40] Krynen 2009, p. 158 ss.
[41] Meccarelli 1998.
[42] Sbriccoli 2009, I, p. 6, da cui è tratta la seguente citazione.
[43] Broggio 2021, spec. p. 147.
[44] Montorzi 1984, p. 18.

nale[45], del negozio giuridico[46], oltre che della stessa obbligazione politica, e che era riconosciuta come «fundamentum iustitiae»[47]. Nel concetto di *fides*, secondo la glossa canonistica[48], rientravano la *promissio*, ossia l'impegno contrattuale, ma anche – punto sul quale presto torneremo – «securitas sive pactum», il vincolo costituito dalla promessa e il suo valore di assicurazione[49].

Assodato tutto questo, possiamo comprendere meglio la dinamica che, almeno secondo il nostro modo di vedere, accompagna quella tensione verso un diritto certo effettivamente introdottasi in alcuni specifici frangenti dell'esperienza giuridica, specie nell'età moderna. E, in ultima analisi, possiamo constatare come tale tensione non sia stata sempre e solamente il prodotto di una ricerca di certezza secondo l'attuale concezione e come, pertanto, essa non abbia mai consentito un risultato in termini netti, né assoluti. Vorrei qui proporre soltanto alcuni esempi chiarificatori.

Penso in primo luogo a ciò che oggi definiamo certezza della pena. Si è già visto come l'autorità del sovrano fin dal Medioevo sia rivolta alla garanzia della giustizia e alla protezione dei deboli, che passa anche attraverso la punizione dei colpevoli; già dal tardo Medioevo e poi sempre più dal Cinquecento s'infittirono i provvedimenti diretti a inasprire le sanzioni e a colpire esemplarmente un nucleo di delitti atti a turbare o sconvolgere l'ordine pubblico e la pace sociale. Al di là dei tentativi di classificazione da parte della dottrina, che parlava di *delicta atrocia* (con le varie declinazioni di *atrociora*, *atrocissima* o *enormia*)[50], si trattava per lo più di assassinii, rapine, furti qualificati e devastazioni, non di rado commesse da vagabondi o gruppi di persone armate e violente, additate in termini nebulosi come banditi (*latrones*)[51]. Se a livello edittale le pene si facevano sempre più crude e draconiane, le falle negli apparati repressivi e i meccanismi della giustizia inquisitoria – segnatamente l'esigenza di raggiungere la *plena probatio* legale – finivano per vanificare gli intenti punitivi. Di qui alla predisposizione di meccanismi *extra ordinem*, già in parte noti fin dal Medioevo, il passo fu breve: prove privilegiate, finzioni giuridiche, semplificazioni probatorie, più o meno ardite, in modo particolare dal Seicento si diffusero un po' ovunque per via legislativa, sebbene non senza esser osteggiate e spesso disinnescate da giurisprudenza e dottrina[52]. Il dato è apprezzabile e costituisce senza dubbio una forzatura da cui traspare quanto nel XVII secolo la riaffermazione dell'ordine giuridico violato dal delitto cominciasse a esser percepita quale valore o almeno obiettivo da perseguire in sé e per sé. Ciò detto, non deve esser sottovalutato il peso assunto,

[45] Si pensi ai rapporti di natura feudale: come noto, alcuni giuristi sosterranno che la provenienza etimologica della stessa parola *feudum* da *fides* (cfr. sul punto Del Gratta 1994, spec. pp. 89 ss. e Zendri 2008, pp. 291-303).

[46] Calasso 1959, pp. 179 ss., 252 ss.

[47] Calepino 1558, I parte, p. 128.

[48] Piergiovanni 2006, p. 94, che si riferisce alla glossa di Bernardo da Parma a X, II, 22.

[49] Lombardi 1961, pp. 107-108.

[50] Per tutte queste classificazioni si veda Geri 2011.

[51] Lacchè 1988.

[52] Rosoni 1995; Alessi Palazzolo 1987.

ancora in epoca tarda, dalla vecchia logica dello scandalo. Questo concetto, elaborato in seno al pensiero teologico e poi canonico in una prospettiva comunitaria, serviva a indicare il turbamento e il cattivo esempio prodotto dall'azione iniqua e dalla sua eventuale impunità. La preoccupazione di chi doveva far giustizia, se vogliamo, era dunque prioritariamente di natura morale e spirituale; essa non era centrata sull'atto che causava scandalo – in questo caso, il delitto e dunque la violazione della norma –, quanto sulle conseguenze che poteva procurare nella società la mancata repressione del male[53], ossia lo sviamento delle anime e la loro perdizione, oltre che l'ira e il castigo divino scagliato sull'intera società. D'altra parte, come scriveva Francisco Suàrez[54], se da un castigo rigoroso potesse derivare un pericolo di mali maggiori, il giudice aveva la facoltà di tollerare prudentemente, così come se da una condotta pur riprovevole non derivasse uno scandalo per la comunità. Infine, la scelta verso il rigore e la 'certezza' era comunque relativa, in quanto temperata dalla prerogativa della grazia[55], che restava sempre in capo al principe anche per i casi più gravi.

Un ambito di norme da ritenersi come certo in senso assoluto appare *prima nuce* quello del diritto divino. Si è sostenuto che per il legislatore, così come per la società dell'età moderna, esso assurga a un rango costituzionale[56] e in ogni modo sia considerato come intangibile e immutabile e, dunque, in ultima analisi certo. Ed è senz'altro vero che un sovrano che avesse violato la norma proveniente da Dio sarebbe stato bollato come iniquo, fino al punto di rischiare di compromettere l'obbedienza ai propri ordini o di perdere il proprio trono. Eppure, anche il diritto divino non ebbe una cristallizzazione in norme scritte e determinate, come osservava lo stesso San Tommaso nella *Summa Theologiae*[57]. Il *doctor angelicus*, sulla scorta del passo evangelico di Giovanni 20, 30-31[58], poneva un quesito sul motivo per cui Gesù Cristo non avesse messo per scritto la sua volontà, a differenza di quanto avvenuto con la legge mosaica, impressa nei Dieci Comandamenti. Agli occhi di un pagano, la redazione scritta della legge avrebbe contribuito in modo formidabile alla sua conoscenza, nonché alla sua rigorosa osservanza. La risposta di Tommaso riprendeva considerazioni già sopra intraviste: la dottrina di Cristo non poteva esser contenuta in uno scritto, poiché parlava ai cuori, ossia alle anime. A differenza dell'Antico Testamento, quella di Cristo era una legge dello spirito di vita, non più contenuta in «tavole di pietra, ma su tavole di carne». Ritornava, insomma, prepotente un'idea antiformalistica relativamente allo stesso diritto divino, che per quanto non togliesse in nulla alla volontà di Cristo il carattere e la forza invincibile di legge suprema, era assolutamente agli

[53] Bianchi Riva 2022, p. 15.
[54] Birocchi 2012, p. 35.
[55] Härter, Nubola 2011.
[56] Grossi 1995, p. 87 ss.
[57] III p., q. 42, art. 3.
[58] «Molti altri segni fece Gesù in presenza dei suoi discepoli, ma non sono stati scritti in questo libro. Questi sono stati scritti, perché crediate che Gesù è il Cristo, il Figlio di Dio e perché, credendo, abbiate la vita nel suo nome».

antipodi rispetto ai dettami del giuspositivismo e al concetto di certezza, così come enunciato dalla nostra scienza giuridica. Manco a dirlo, fu proprio tale connotazione non scritta né tassativa della legge divina, al momento in cui cominciarono a porsi le basi per un conflitto fra norma e coscienza[59], a finire per innescare polemiche accese fra i teologi. Alludo allo scontro che fra XVII e XVIII secolo si accese fra i probabilisti e i rigoristi. Per parafrasare le parole di un celebre religioso e predicatore secentesco, la legge eterna costituiva un vincolo insuperabile, in quanto «verità manifesta»[60]; se non lo era, si entrava nel campo della «verità probabile», nel quale vi erano solo opinioni, seguendo le quali non si commetteva affatto peccato[61]. Si aveva così dunque una parcellizzazione di soluzioni ai singoli casi di coscienza, che si rifletteva peraltro poi anche nel campo del diritto, dove fiorivano intensi dibattiti sulle *opiniones* dottrinali. Dall'altra parte, si replicava che nel dubbio non poteva esservi libertà di determinarsi in base a probabilità, ma un dovere; altrimenti ne sarebbe derivato un minor ossequio di Dio, «supremo Sovrano e Superiore dell'uomo»[62], addirittura rispetto ai superiori umani, verso i quali si predicava il dovere di obbedire anche se si potesse sospettare della legittimità del loro comando. Concina, su tali premesse, attaccava i probabilisti sostenendo che, secondo la loro tesi, il dubbio sull'estensione della legge metteva in discussione la legge stessa e concludeva, forse con una qualche esagerazione, ma senz'altro con retorica efficace, che alla fine così sarebbe andato «in fumo il Decalogo, e tutte le leggi naturali, divine, ed umane»[63].

Un ultimo esempio di questa fugace rassegna riguarda i diritti di corpo, vale a dire quelli attribuiti dall'appartenenza a un ceto o un gruppo sociale di diversa composizione. Si diceva sopra che il sovrano stesso doveva ritenersi custode, e non già padrone, di un ordine pluralistico scaturito dalle pulsioni delle varie forze espressione della società. Cancellare i diritti derivanti dallo *status* di ecclesiastico o di nobile, abrogare le corporazioni o violare franchigie di cui i suoi predecessori avevano garantito il rispetto era in qualche misura intaccare la *fides* su cui si cementava l'obbligazione politica. «Graviusque peccat Princeps frangendo fidem quam inferior»[64], tuonavano i trattati dottrinali e ciò è inopinabile, quanto meno se restiamo in superficie o se pretendiamo di valutare con i nostri occhi gli sviluppi del diritto del passato. È tuttavia oramai noto come proprio il carattere flessibile e pragmatico del diritto d'Antico Regime consentì di combinare il formale rispetto dei diritti di *status* con la predisposizione di soluzioni che, nel corso del tempo, determinarono una compressione e, in alcuni frangenti, almeno nello stadio finale, uno svuotamento sostanziale di essi. Si potrebbe citare il caso del vincolo al rispetto degli statuti dei centri assoggettati, pian

[59] Prodi 2000, pp. 325 ss.

[60] Segneri 1732, p. 378. Cfr. Colombo 2008, spec. pp. 85 ss.

[61] Segneri 1732, p. 379: «Dio ha voluto, che dovunque ci manchi la manifesta, o perché non v'è, o perché, se v'è, non è facile a ravvisarsi, ci possiamo valere, quasi in luogo di essa, della probabile».

[62] Concina 1743, II, p. 23.

[63] *Ibidem*.

[64] Rodolfini 1606, p. 37.

piano tuttavia limato in diversi campi – su tutti il criminale – dalla legislazione del principe o dall'effettivo ruolo giocato da alcune magistrature rispondenti a una logica diversa da quella strettamente locale. Forse ancor meglio è rammentare i privilegi del clero, di cui la dottrina disputava persino il possibile radicamento nel diritto divino. Seguendo strade già in parte calcate nel tardo Medioevo, molte monarchie riuscirono a circoscrivere le immunità non scopertamente, mediante proclami o leggi, bensì per mezzo di espedienti pratici, all'apparenza di modesto impatto e in realtà atti a far guadagnare loro un reale dominio sui membri e in parte sui beni della Chiesa nei loro territori. Si pensi solo all'acquisizione di giuspatronati, al progressivo sviluppo di eccezioni al privilegio di foro o all'immunità reale o allo sviluppo del potere economico per aggirare lo scudo dei privilegi fiscali o giurisdizionali[65].

3. L'emergere della dimensione immanente: il giusnaturalismo e l'affacciarsi della sicurezza

Il moto di cambiamento è innescato dall'infiltrarsi di una mentalità immanente, che si nutre di una nuova visione filosofica, quella giusnaturalistica, nel solco della quale si traccia una diversa forma di legittimazione dell'autorità civile, fondata sul patto sociale. In stretta connessione a questa tesi contrattualistica dell'origine della società si concepiscono e tracciano finalità *tout court* terrene e materiali che devono esser perseguite da colui che vanta la sovranità; dapprima, questi nuovi scopi del potere politico si affiancano a quello tradizionale, restando sempre netta, nelle dichiarazioni, la priorità di quest'ultimo. Nella realtà, tuttavia, già nel secondo Seicento i nuovi oneri di cui si fa carico il sovrano legittimano l'espandersi della legislazione regia. Per quanto ancora scarsamente razionale, è chiaro che si fa largo l'idea che l'ordine e il diritto siano realtà da costruire in funzione di obiettivi e pertanto quest'ultimo sia strumentale e relativo[66]; i nuovi scopi del potere politico, primo fra tutti la sicurezza, costituiranno il volano delle riforme e delle politiche dei principi nel Settecento. Sebbene non menzionata, la sicurezza aleggia già nei proemi delle celebri *Ordonnances civile* e *criminelle* di Luigi XIV (1667-1670), nelle quali si allude con terminologia classica al *repos* delle famiglie, al benessere dei popoli (*bonheur*), alla conservazione dei beni. Sempre nel 1667 un altro editto di Luigi XIV istituiva la Luogotenenza di polizia come magistratura incaricata di assicurare «le repos du Public et des Particulieres»[67], compito che spetta adesso proprio alla *police*, non alla *justice*. Non è casuale, peraltro, che contestualmente, specie nella prima delle due *Ordonnances* rammentate, si insinui una nuova concezione, di marcato carattere gerarchico, del rapporto fra il principe e la magistratura, nei confronti della quale sono posti paletti molto

[65] Sul caso francese si veda sempre Goubert 1984, pp. 559 ss.; sul contesto italiano, in generale si vedano i vari saggi in Edigati, Tanzini 2015.

[66] Ottimamente Birocchi, 2012, p. 32; Costa 2008, p. 376. Cfr. anche Sellin 1993, p. 81.

[67] Lo si veda in *Recueil général* 1822-1833, XVIII, p. 100.

rigidi in fase di interpretazione e applicazione della legge regia[68]. Siamo – è d'uopo precisarlo – ancora entro una spinta ideale voluta da un sovrano che senz'altro pone in essere un'accelerazione nel processo di accentramento, senza peraltro giungere a perfezionarlo, a motivo delle diffuse resistenze incontrate[69].

Il termine «sicurezza» non compare in effetti in modo ricorrente nelle fonti, specie in quelle giuridiche, normative o dottrinali. Ciò non significa – già lo si è detto – che non ci siano leggi che mirino anche ad assicurare il buon ordine o all'incolumità di cose e persone, ma che questo non è uno dei valori o dei cardini su cui si costruisce l'ordinamento, bensì uno dei molteplici obiettivi congiunturali di singoli provvedimenti. Anche al di fuori del mondo del diritto, è rimarchevole il fatto che, ancora nell'edizione del 1623, la sicurezza non occupi neppure una voce del celebre *Vocabolario della Crusca*, dove sono invece presenti i lemmi «sicuranza», «sicurtà»[70], con accezione non del tutto coincidente[71]. Altrove si trova anche una sorta di equiparazione fra «sicurtà», «sicuranza» e «fede» e i latini *securitas*, *tutamen*, *fides*[72]: del resto, *dare fides* – così si legge sul *Dictionarium* del Calepino – è «publico nomine securitatem, vel impunitatem promittere»[73]. Infatti, la *securitas* è la necessaria conferma che si ricerca, secondo la filosofia stoica, quando non opera la *fides*[74]. Questo è lo snodo fondamentale, perché per l'appunto nell'età moderna matura non basta più la *fides*: con la diffusione delle nuove scuole giusnaturalistiche, la *fractio fidei* conseguente agli scismi e l'aprirsi di una lunga stagione di guerre, si fa largo quel «paradigma sfiduciario» – come recentemente lo ha definito Tommaso Greco[75] –, secondo il quale il ruolo del diritto è di «dare ordine e sicurezza in un mondo che altrimenti ne sarebbe privo», dal momento che la libertà naturale viene usata dall'uomo in modo da costituire fonte di instabilità e di pericolo, più che di equilibrio. È proprio la sicurezza ad assurgere a chiave di volta, come ebbe a dire Pierangelo Schiera, del passaggio dalla vecchia alla nuova idea di bene comune[76]. Si apre la ricerca della certezza di un bene minimo, per quanto adesso fondamentale, ossia la conservazione di sé, intesa in un senso prettamente fisico[77], che costituisce il fondamento della nuova antropologia, cui è connessa una diversa idea di diritto naturale e di *ius* individuale[78]. È per questo che nel lessico giuridico di alcune lingue europee – per esempio nel francese *sécurité juridique* o nel tedesco *rechtsichereit* – si conserva un evidente legame fra i concetti di

[68] Krynen 2009, pp. 150 ss.

[69] Mannori, Sordi 2001, pp. 111 ss.; Di Donato 2021.

[70] *Vocabolario* 1623, p. 789. La voce è invece inserita nella terza edizione, nel 1691 (*Vocabolario* 1691, III, p. 2527, ma con significato di «sicurtà»).

[71] Sicurtà indica infatti principalmente la garanzia che corrobora un'obbligazione di varia natura.

[72] Marinelli 1568, p. 43.

[73] Calepino 1558, I parte, p. 128.

[74] Vergeer 2018, p. 97.

[75] Greco 2020, pp. 197 ss; Id., 2021.

[76] Schiera 1968, p. 259.

[77] Silvestrini 2010, p. 99.

[78] Izzo 2007, p. 10, 15. Su questi temi, si veda più ampiamente Villey 2013.

certezza del diritto e di sicurezza[79]. Un legame stretto, di recente fatto oggetto di una acuta messa a punto di Antonio Punzi, che ha scritto che la sicurezza è per un verso una condizione e per l'altro l'effetto della certezza e che le due «si coappartengono»[80].

Preme qui porre il *focus* sul percorso storico di affioramento della sicurezza e di definizione del suo nucleo costitutivo, più che di affrontare il passaggio successivo, che porta a restringere quest'ultimo concetto a ciò che riguarda l'ordine pubblico, in un'ottica prioritariamente pubblicistica[81], e d'altra parte ad affinare il paradigma della certezza del diritto, approfondendo altri aspetti insiti in origine nella sicurezza. La vita – già così scrive Ugo Grozio – «fundamentum est omnium bonorum temporalium et aeternorum occasio, pluris esse quam libertatem»[82]. Se dunque la vita costituisce il bene supremo e se sul soggetto grava un diritto-dovere di conservarla, è sul principe e sullo stato, una volta stipulato il patto sociale, che si viene a configurare l'onere primario di preservarla. La sua autorità e la stessa concessione di ogni potere da parte della *multitudo* sono fondamentalmente giustificate dal dovere morale di preservare l'esistenza dei sudditi da ogni minaccia.

Questi temi si rincorrono in tutto il giusnaturalismo, nel quale la sicurezza popola la discussione relativa alla costituzione della società. Così in Pufendorf, dove la pulsione egoistica alla conservazione si unisce all'utilitarismo[83], ma ancor più in Burlamaqui, nel quale la «conservation» e la «*sûreté* commune» sono disciplinati fin dalla prima convenzione stipulata dalla moltitudine in fase aggregativa, ma in seguito sono la misura con la quale viene determinata la forma di governo, individuata mediante una *ordonnance*; infine, un'altra convenzione designa coloro che saranno rivestiti di autorità suprema che «s'engagent à veiller avec soin à la sûreté et à l'utilité commune»[84].

Il tutto si rende ancor più palese a motivo dell'accentuazione della fragilità e della precarietà della condizione del singolo nello stato di natura hobbesiano, notoriamente concepito come *bellum omnium contra omnes*. In tale contesto, la pulsione egoistica diretta ad appagare i propri desideri, non contenibile da parte di alcuna autorità, genera un pericolo costante per l'esistenza di chiunque. L'unico modo per poter costituire un «potere comune» atto a difendere da minacce esterne e interne «e quindi [a] garantire una sicurezza tale che [i consociati] possano sostentarsi e viver bene»[85] è di conferire ogni loro diritto a un uomo solo o a un'assemblea. È

[79] Cfr. anche Alpa 2006, p. 338. Di sicurezza giuridica parla Peces-Barba Martínez 1993, pp. 223 ss.

[80] Punzi 2017, p. 81, ma cfr. anche le riflessioni di Corsale 1979, pp. 31 ss, 191 ss, ma anche Gianformaggio 1988, pp. 275, 278, per la quale la sicurezza dei rapporti giuridici costituisce la concezione *lato sensu* della certezza del diritto.

[81] Moderne 1992, p. 1007.

[82] Grozio 1680, 2, 24, VI, p. 448.

[83] Fiorillo 1992, pp. 40 ss.

[84] Burlamaqui 1820, IV, p. 60. Più avanti (ivi, p. 420) additerà la *sûreté* come «la plus grande fin de l'association civile». La prima edizione dell'opera di Burlamaqui risale al 1747.

[85] Hobbes 2012, parte II, § 17, p. 83.

utile osservare che se nel *Leviatano* la sicurezza ha il senso di salvaguardia dell'incolumità personale, in altre opere di Hobbes, come il *De cive*, affiorano aspetti diversi che, pur restando maggiormente in ombra nell'economia della sua teoria politica e giuridica, richiamano la certezza del diritto, segnatamente quella della pena. Se infatti il patto sociale ha una ragion d'essere, è quella di poter finalmente permettere ai sudditi di essere certi di alcuni beni essenziali, come la stessa vita, nel senso di non dover subire sanzioni imprevedibili o inattese, e tale risultato è il prodotto del governo della paura del Leviatano[86], che agisce come una macchina prevedibile, quanto inesorabile.

Quest'altra accezione di sicurezza appare molto più distintamente in Locke, per il quale il fine prioritario della società politica è la «conservazione della […] proprietà»[87] dei consociati, da non intendersi tuttavia in senso letterale, in quanto inclusiva della vita, dei beni e della libertà dei sudditi[88]. La sicurezza, insomma, per quanto concepita sempre nel senso di uno scudo offerto contro possibili atti lesivi della persona, si allarga ai diritti, assumendo una valenza che ci riporta, almeno in parte, alla moderna concezione di certezza. Con una felice sintesi, è stato detto che se in Hobbes si affermava «l'ordine della sicurezza», in Locke piuttosto emergeva la «sicurezza di un ordine»[89] dei diritti, senza tuttavia ancora che vi fosse una declinazione concreta di quest'ultimo. Il percorso appare oramai compiuto in Montesquieu, nel quale la libertà politica «consiste dans la sureté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sureté»[90], definizione nella quale si valorizza non solo la certezza in sé, ma anche la percezione che di essa ha colui che è titolare dei diritti, ossia insomma l'affidamento che il singolo matura nei confronti dell'ordinamento. È logico che il campo maggiormente investito da questa certezza è quello più sensibile, ossia il diritto e le leggi in materia criminale, da cui dipendono le più gravi lesioni della libertà e dei diritti del cittadino.

In tale quadro, «procurare a una collettività una perfetta sicurezza»[91] è un fine dell'istituzione politica, affermazione sulla quale convergeranno più avanti pure le tesi tendenti a ridurre in modo consistente lo «spettro di azione dello stato»[92], come quella illuminista di Kant. A livello giuridico, sempre più si parla di un dovere che grava sul principe[93] e sul suo governo, in correlazione con tale dovere il pensiero giusnaturalistico inizia a configurare un diritto in capo ai consociati. Ecco che, se Grozio

[86] Greco 2008, p. 9.

[87] Locke 1982, trattato II, cap. IX, p. 319.

[88] Così ancora Greco 2009, p. 18.

[89] Belloni 2009, p. 86.

[90] Montesquieu 1867, liv. 12, cap. 2, p. 155. Colpiscono i punti di contatto con la definizione di sicurezza in von Humboldt, come «certezza della libertà conforme alla legge» (Fiorillo 2008, p. 85).

[91] Sellin 1993, p. 88.

[92] Stolleis 2008, I, p. 425.

[93] «Le principal devoir d'un souverain» (Burlamaqui 1820, IV, p. 450), tanto che se il sovrano non prendesse le difese di un proprio suddito «il manquerait essentiellement à ses engagemens».

aveva collocato il *neminem laedere* fra i principi di diritto naturale, Christian Wolff costruiva un rapporto giuridico fra stato e suddito, dove da un lato esisteva un'obbligazione e dall'altro un diritto innato perfetto, quello di non esser costretti a soffrire che altri commettessero qualche azione che doveva esser omessa. Nella traduzione in francese della sua opera sul diritto di natura e delle genti, Wolff usa esplicitamente l'espressione «droit de la sûreté»[94], consistente nella sicurezza rispetto alla lesione della propria sfera da parte di altri.

Un altro salto di qualità si ha con Burlamaqui e quindi con Emer de Vattel, la cui teoria – è stato scritto – ha un «fond hobbesien»[95], ma che invero recupera anche le tesi di Pufendorf. Il che è tangibile proprio a proposito di sicurezza, individuando entrambi nella *sûreté* una parte essenziale della sovranità[96]. Vattel dedica un capitolo allo *jus securitatis*, che egli, così come del resto Burlamaqui[97], declina sia come diritto del singolo individuo, che come diritto dello stato e soprattutto comincia a fare della *sûreté* un vero e proprio parametro per orientare l'azione del legislatore, del governo e soprattutto della giustizia. Così, se il diritto di punire si fonda sulla *sûreté*, allora le pene non si devono estendere al di là di ciò che esige la sicurezza dello stato e degli individui[98]. Il giurista svizzero comincia a tratteggiare in modo più concreto i vari provvedimenti da adottare per adempiere ai doveri di una nazione, fra i quali quello di garantire una giustizia «esatta» ai sudditi. Non è un caso che nel *Droit des gens*, accanto alla *justice*, compaia la *police*, vocabolo che in questo torno di anni è oramai entrato a far parte del lessico del pensiero politico e giuridico. La *police* è secondo Vattel «l'attention du Prince et des Magistrats à maintenir tout en ordre», a dettare cioè regolamenti e norme circostanziate per realizzare la «sûreté, […] l'utilité et […] la commodité publique»[99]. Una definizione non distante da quella che troviamo nella traduzione francese di una delle più celebri opere di von Justi, per il quale «le mot de police (…) comprend tout ce qui peut contribuer au bonheur des Citoyens, et principalement le maintien de l'ordre et de la discipline, les réglemens qui tendent à leur rendre la vie commode, et à leur procurer les chose dont ils ont besoin pour subsister»[100]. Questo richiamo al *bonheur* e alla *vie commode*, che si trova anche nella

[94] Wolff 1772, I, cap. 3, § 89, p. 37. Sul tema, cfr. anche Fiorillo 2008, p. 85, che distingue diversi aspetti in cui si articola il pensiero di Wolff al riguardo, ossia la *vitae sufficientia*, la *tranquillitas civitatis* e la *securitas*. La medesima conclude comunque che la sicurezza in Wolff è intesa come salvaguardia della sfera giuridica individuale. Nel successivo dibattito giusnaturalistico del tardo Settecento – che coinvolge Klein, Humboldt, Kant e altri grandi pensatori – la concezione di sicurezza è oramai *in nuce* corrispondente alla certezza del diritto; essa non è più vista in osmosi, ma semmai in contrasto con la felicità e le finalità eudemonistiche dello stato, connesse alla vecchia idea di benessere.

[95] Haggenmacher 2011, p. 34.

[96] Vattel 1758, I, cap. 1, § 6, p. 2. Per Burlamaqui e Pufendorf, cfr. Desmons 2011, pp. 248-249.

[97] Burlamaqui 1820, IV, pp. 446 ss.

[98] Vattel, *Le droit des gens*, cit., lib. I, cap. XIII, § 171, p. 69. Anche qui si vedano Burlamaqui 1820, IV, p. 381 e in Id. 1751, I, pp. 262-263 la sicurezza è il fine della pena.

[99] Vattel, *Le droit des gens*, cit., lib. I, cap. XIII, § 174, p. 70.

[100] von Justi 1769, § 3, p. 18.

Idée générale de la police di Delamare[101], sembra ricondurre soprattutto sul versante della certezza del diritto, vista come il naturale effetto della sicurezza.

4. La scienza di polizia e l'elaborazione delle politiche di sicurezza

A sviscerare e delineare i contenuti della sicurezza contribuì la scienza di polizia, etichetta sotto la quale sono comprese spesso diverse correnti di pensiero. Già è stata rimarcata la grossa differenza[102] intercorrente fra gli scritti apparsi nel contesto francese, a partire dal trattato «fondativo» di Nicolas Delamare[103], e quelli di area tedesca[104], riuniti talora sotto la così detta cameralistica, aventi caratura scientifica più marcata[105], per quanto affatto accomunabile ai canoni della scienza giuridica coeva, rispetto alla quale si creò sin da subito un clima di reciproca diffidenza[106]. Ciò che qui rileva è però quanto accomuna questo filone multiforme di studi, ossia la carica «progettuale»[107] che vi è insita e che discende dal fatto che lo stato e l'istituzione politica non sono più considerati come un dato da prendere come tale e al più da governare nel miglior modo, bensì come un qualcosa da plasmare e trasformare in ottica efficientista, secondo finalità ben precise[108], imperniate sulla felicità, oramai guardata nel suo senso materiale, più che in quello soprannaturale[109]. Sebbene le premesse del *Traité* di Delamare siano tutte intrise di concezioni tradizionali, anche nella sua opera lo scopo della *police* è la «conservation de la vie», nella quale la «santé» e le «substances des citoyens»[110] sono applicazioni specifiche, che si traducono ulteriormente in leggi e regolamenti analitici. In Delamare non si rinviene una riflessione teorica sulla sicurezza, perché non è questo lo scopo del magistrato francese, ma essa campeggia in alcune delle undici sezioni che rappresentano i campi in cui si esplica la *police*, a partire ovviamente dalla «sûreté et tranquilité publique»; se in quest'ultima è menzionata espressamente, la sicurezza è sottintesa in diverse altre voci del *Traité*, come vedremo fra poco. Tutto questo è rinvenibile altresì negli scritti degli autori tedeschi, per quanto la storiografia abbia accentuato, con lo stesso termine cameralismo, il *focus* sulla dimensione economica della ricerca della prosperità da parte del sovrano e dei suoi ministri[111]. Quest'ultima è senz'altro la

[101] Delamare 1729, I, p. 4, che parla di «commodité de la vie».

[102] Sul punto Napoli 2003, p. 14, ma anche Sordi 2020, p. 55.

[103] Delamare 1729.

[104] Per l'area tedesca, la monografia di riferimento è sempre Schiera 1968.

[105] Ma su Delamare vedi ora una nuova chiave di lettura offerta in Dyonet 2017.

[106] Stolleis 2008, I, pp. 497-498.

[107] Schiera 1988, p. 142.

[108] Sellin 1993, pp. 81-82.

[109] Sul punto, nonché sul tema della configurazione di un diritto alla felicità, in una vasta bibliografia mi limito a richiamare l'importante opera di Trampus 2008 e poi i più recenti Birocchi 2012 e Spagnesi 2021.

[110] Delamare 1729, cit., I, liv. I, tit. I, cap. I, p. 3, ma cfr. anche Dyonet 2017, p. 416.

[111] Cfr., in part. per Justi, Nokkala 2019, ma prima anche Schiera 1968, pp. 436, 439.

priorità sostanziale su cui si sostiene l'elaborazione di un complesso assai articolato di politiche che portano lo stato ad avere un ruolo attivo sul versante dell'economia e la cui illustrazione occupa uno spazio largamente predominante in molte delle opere degli autori qui considerati, *in primis* quelle di von Justi e di Darjes[112]. Se questo è vero, è comunque altrettanto inopinabile che nelle riflessioni di questi pensatori sicurezza e benessere siano connesse al punto da esser interdipendenti e talora difficili da distinguere, almeno nei loro riflessi pratici. Sul piano logico, inoltre, il *prius*[113] per tutti era la sicurezza, in assenza della quale non si avrebbero avuto le condizioni che potevano permettere il dispiegarsi delle iniziative statali in materia economica. In questi studi sullo stato coltivati in area austriaca e tedesca continua a mancare qualsiasi esplorazione teorica del concetto di sicurezza che, come scrive Schiera[114] viene usato – del pari a quello di benessere – in modo confuso, ma ciò che essi vi comprendono è chiarito indirettamente dall'approfondimento sulle azioni dello stato in materia.

Ecco che in von Justi la sicurezza costituiva una vera e propria obbligazione, di natura morale più che giuridica, ricadente in capo al sovrano e per soddisfare la quale si veniva a configurare un ramo specifico della polizia, suddiviso poi in un'articolazione interna e una esterna[115]. A differenza degli scritti giusnaturalistici, la *Policeywissenchaft* non si attarda a sviscerare il piano filosofico-teorico, che prende le mosse dal patto sociale, ma si preoccupa di formulare insegnamenti e direttive per realizzare gli obiettivi della sicurezza e del benessere. Quanto alla prima, è ovvio che ciò si traduca in provvedimenti diretti a porre le condizioni per la tranquillità pubblica e dunque a garantire la vita dei sudditi contro minacce presenti nella società o che provengono dall'esterno dello stato, con evidente allusione ai principati confinanti. Questo può e deve farsi attraverso il potenziamento del controllo sulla società e la predisposizione di nuove politiche in via preventiva. Di qui ovviamente l'intensificarsi della sorveglianza sui luoghi pubblici e su persone sospette, il controllo sugli spostamenti e sullo svolgimento di attività, il contrasto di fenomeni svariati di violenza (tumulti, scontri, insulti), lo sforzo diretto a evitare che i sudditi utilizzino le vie di fatto per farsi giustizia, l'adozione di una disciplina edilizia atta a garantire la stabilità degli immobili, la prevenzione degli incendi e via dicendo, con una pletora di scrupolosi e minuziosi precetti che finiscono per favorire la superfetazione della regolamentazione statale. L'impiego di tecniche provenienti da altri saperi, una su tutte la raccolta di dati elaborati dalla statistica[116], è finalizzato ad acquisire una fotografia nitida dei fenomeni sociali per poter attuare politiche efficaci. È dunque logico coronamento l'invito a istituire e rafforzare apparati di polizia moderni, sufficientemente numerosi, addestrati e retribuiti per assicurare

[112] Darjes 1768.
[113] von Justi 1759b, p. 98 lo dice espressamente.
[114] Schiera 1991, I, p. 622.
[115] Cfr. sul punto Bussi, 1971, pp. 74 ss.
[116] In generale cfr. Valera 1986; in specifico su Bielfeld, vedi ora: Ycart 2016.

a società e individui la cura di tutti questi settori in cui si va espandendo il ruolo dello stato[117].

Preme qui, tuttavia, sottolineare che sarebbe riduttivo assumere questo come significato esclusivo della sicurezza. Il campo semantico occupato da quest'ultima nella scienza di polizia ha una portata che si estende ben oltre l'ordine pubblico, sia visto come difesa dello stato, che come protezione del suddito. Mi pare infatti molto significativo che von Justi non apra il capitolo sulla *innerlichen sicherheit* parlando di ordine pubblico in senso stretto, bensì dell'amministrazione della giustizia[118], tema che aveva trovato spazio già nell'edizione del *Politisches Testament* (1717) di Melchior Osse da parte di Christian Thomasius, autorevolmente vista come la prima grande manifestazione del cameralismo tedesco[119]. Non si tratta solo di un mezzo attraverso cui dispiegare il volto repressivo e deterrente dello stato, poiché in von Justi la giustizia è ritenuta fondamento anche del benessere dello stato: essa deve esser amministrata in modo imparziale, rapido ed equo. Qui troviamo una prima manifestazione dell'esigenza di certezza nella fase applicativa del diritto con questioni tutt'oggi centrali nel dibattito politico e giuridico. Pensiamo soltanto al problema annoso della durata spropositata dei processi e dell'incapacità dello stato di dare soddisfazione alle istanze dei privati, prime tra tutte quelle dei creditori. Von Justi molto lucidamente rileva il danno che queste aporie del sistema giudiziario causano al commercio, generando un rallentamento della circolazione della moneta e degli affari. Bielfeld parla della lunghezza del processo come «le vrai malheur» e «la ruine des familles»[120]; del problema del contenzioso civile e della temerarietà delle liti è ben conscio anche Darjes, che chiede meccanismi punitivi idonei per ostacolare la condotta ispirata da mala fede delle parti[121]. Von Justi rincara la dose, additando le responsabilità dei difensori per le infinite lungaggini processuali determinate da eccezioni pretestuose o da atti a scopo puramente dilatorio, alimentando una polemica che nel corso del Settecento divampa contro avvocati e procuratori[122] e che troverà poi coronamento nelle riforme adottate durante la Rivoluzione francese. Ma gli stessi giudici finiscono nel mirino in alcune prospezioni avanzate della *science de police*, come in Fortunato Bartolomeo de Felice, per il quale non basta che il principe si premuri solo di scegliere persone integre, come già propone von Justi: è infatti necessario controllarne l'operato e sanzionarli in caso di iniquità o di errori[123]. Si tratta di concetti che alla comparsa dell'opera di de Felice erano oramai già stati tradotti in concreta legislazione nel contesto prussiano e non solamente.

---

[117] Cfr. ad es. De Felice, 1781, II, p. 93.
[118] von Justi 1759, pp. 252 ss. Cfr. in sintesi Bussi 1971, p. 75.
[119] Schiera 1991, I, p. 621.
[120] Bielfeld 1768, I, p. 151.
[121] Darjes 1768, pp. 466-468, §§ 215-218.
[122] Mi permetto di rinviare a quanto *amplius* ho osservato in Edigati 2021, pp. 131 ss.
[123] De Felice 1781, II, p. 151.

Che l'esperimento stesso di un'azione per via giudiziaria dovesse esser scongiurato il più possibile viene raccomandato da un altro scrittore francese, ben poco noto, Gaspard Réal de Curban, autore della monumentale *Science du gouvernement*[124]. Un passaggio di Réal de Curban, in cui si evoca la necessaria e assoluta uniformità dei giudicati, è a mio avviso particolarmente significativo della tensione verso la certezza dell'amministrazione della giustizia, considerata non solo sotto l'angolo prospettico dell'istituzione politica e della sua affermazione, bensì anche come traguardo vitale per la tutela dei diritti e degli interessi economici dei sudditi. Per Réal de Curban occorre «faire régner une telle conformité dans le décisions, que si les plaideurs ne sont pas assez sages poir être leurs premiers juges, ils sachent au moins que dans tous les tribunaux, ils trouveront une justice toujours semblable à elle même, par l'observation constante de ces mêmes regles»[125]. La macchina della giustizia statale deve così esser prevedibile nel suo operare, garantendo un pieno affidamento dei diritti dei sudditi. Jakob Bielfeld, autore di diffuse e largamente apprezzate *Institutions politiques*, reputa persino «affreux»[126] che un principe ribalti per una sua volontà arbitraria e bizzarra un giudizio uniforme di corti inferiori.

Di pari passo, la scienza di polizia, intrecciandosi in questo senso con le suggestioni del pensiero illuminista – con il quale, come noto, vi sono molteplici punti di contatto e sovrapposizioni – insiste sull'interpretazione letterale e meccanica delle norme da parte del giudice, sovente con richiami espliciti a Montesquieu, nonché sul miglioramento della tecnica legislativa, sempre nell'ottica di rendere più certe le situazioni giuridiche soggettive. La polemica, talora con toni che riportano alla mente l'opera muratoriana, si concentra *in primis* verso l'ambiguità e la contraddittorietà delle disposizioni, da superare attraverso la semplicità e la chiarezza delle norme, che devono permettere a ciascuna persona di buon senso, non dotata di una speciale preparazione tecnica, di comprenderne e rispettarne il dettato. Non appare pertanto casuale l'esortazione di Bielfeld a curare molti profili essenziali ad agevolare la conoscenza diffusa delle norme: il legislatore deve raccoglierle in un codice che ognuno dovrebbe possedere presso di sé; le leggi devono esser generali, non prolisse, vergate in modo succinto, in lingua corrente, quasi da non necessitare di alcuna forma di esegesi per esser capite e applicate[127]. Non diverso è il pensiero di von Justi, che intravede proprio nei caratteri delle norme uno degli appigli ai quali si aggrappano le astuzie dei difensori.

Ritengo comunque anche più sintomatico lo sforzo che viene profuso sul più vasto tema dell'effettività dell'ordinamento e, nello specifico, dell'osservanza delle leggi e della stabilità delle medesime come precondizione per la certezza. Come afferma Delamare, «la salut de quelque Etat que ce soit dépend de l'observation des Loix.

[124] Réal de Curban, 1762-1765, 8 voll.
[125] Réal de Curban 1762-1765. VI, sect. IX, p. 177.
[126] Bielfeld 1768, I, cap. VI, § XXVI, p. 156.
[127] Bielfeld 1768, I, cap. VI, §§ XVI-XVIII, pp. 148 ss.

Plus elles sont religieusement gardées, plus les personnes et les bien des citoyens son en *surêté*»[128]. Tanto che poco dopo Delamare esclude qualsiasi meccanismo atto a ostacolare una perfetta, quanto letterale applicazione delle leggi, estromettendo ad esempio ogni argomento fondato sul principio di equità. Certo, qui si esalta dapprima la «salut» dello stato e la potenza del legislatore, ma in seguito si rammenta che da tutto ciò dipende la sicurezza di beni e persone dei sudditi. Bielfeld è, se possibile, ancor più netto: non è tanto di leggi nuove che abbisogna, quanto dell'esecuzione di quelle in vigore; anzi, è persino pericoloso modificare le norme senza una necessità urgente[129]. Per Réal de Curban la più importante fra le regole della politica è proprio quella di non impiegare mai l'autorità invano, onde le decisioni adottate devono esser eseguite senza eccezioni e senza lassismo[130]. Una insistenza analoga è per l'appunto dedicata alla certezza delle pene e pertanto alla loro esecuzione, che deve essere inflessibile e inesorabile, indipendentemente dal tipo di sanzione e dall'eventuale eccesso di rigore utilizzato in fase di irrogazione.

C'è insomma una circolarità di concetti e una salda interconnessione fra gli obiettivi, giacché il potere politico non è giustificato più soltanto in se stesso, ma come funzione, talora come missione, da compiere verso la società. Emilio Bussi riportava al riguardo alcuni passaggi densi di Zimmermann, per il quale la polizia è «il vincolo che stringe il più prossimo fine dello stato con quello della determinazione dell'individuo; che collega la legalità colla moralità; la sicurezza alla felicità»[131]. L'immagine più nitida è offerta da Von Justi il quale, come già si è detto, scorge nella sicurezza del cittadino il pilastro della sicurezza dello stato e nella prima comprende, con palesi influssi montesquiviani[132], anche la garanzia della proprietà privata da ingiustizie o violenze altrui[133]; non a torto, dunque, è stato rilevato come in lui il concetto di polizia sia liberato da un senso meramente unilaterale[134].

5. Sicurezza come prevenzione e le minacce alla certezza del diritto

Con la cameralistica più avanzata si fa avanti una prima classificazione delle diverse manifestazioni della polizia di sicurezza.

A farlo è in particolare Joseph von Sonnenfels nella celebre *Grundsätze*, opera imperniata sulla sicurezza. Quest'ultima è al centro della stessa scienza del governo, concepita per l'appunto come disciplina grazie alla quale si conserva e aumenta la

[128] Delamare 1729, I, p. 278, corsivo nostro. Cfr. anche Dyonet 2017, p. 195.

[129] Bielfeld 1768, I, cap. VI, §§ XXII, XLII, pp. 152, 167-168.

[130] Réal de Curban 1762-1765, VI, sect. IX, p. 155.

[131] Bussi 2002, p. 279.

[132] Schulze 1982, p. 95.

[133] Nokkala 2019, p. 103 (ma cfr. anche p. 93, a proposito del conflitto fra gli interessi del suddito e quelli dello stato, in cui i primi non sono comunque e sempre subordinati ai secondi).

[134] Schulze 1982, p. 94.

sicurezza[135], vista quale condizione per cui lo stato non ha da temere dai suoi sudditi e viceversa[136]. Vale a dire, insomma, che sicurezza non è solo protezione dello stato (sicurezza interna pubblica), ma anche del cittadino da altri consociati e dal potere politico (sicurezza interna privata). Essa è una condizione nella quale esiste una certezza di tutto ciò che attiene alla propria situazione giuridica soggettiva da ogni pericolo; è possibilità effettiva di godere dei diritti, condizione indispensabile affinché si possa concretizzare la stessa libertà personale[137]. Se in Bielfeld si dice che il suddito deve esser sicuro nella sua persona, nel suo onore e nei suoi beni[138], Sonnenfels opta per una quadripartizione della sicurezza interna privata («securitas actionum, personarum, honoris et bonorum»[139]), destinando un'attenzione nettamente superiore alla sicurezza dell'individuo[140].

In questo senso, è una conseguenza la difesa della proprietà privata da ogni forma di arbitrio o da lesioni provenienti da abusi o frodi[141], ma assai rilevante è a mio avviso anche l'idea di sicurezza delle azioni, che egli concepisce come la certezza di non violare le leggi e di non dover temere alcuna conseguenza nel caso di condotte non contrarie a disposizioni di diritto positivo. Insomma, il suddito deve poter esser in grado di conoscere chiaramente e preventivamente la valutazione che l'ordinamento ha dato, attraverso le norme giuridiche, a una condotta astratta.

Si perfeziona così una concezione ampia di sicurezza, che racchiude in sé anche (parte di) ciò che oggi definiamo certezza del diritto. Tutto trova una disciplina accurata proveniente dallo stato e applicata secondo un principio di legalità, declinato in diverse sfaccettature[142].

Eppure, contemporaneamente si infiltra una tensione che mina nelle fondamenta la coesistenza fra le diverse facce della medaglia. Ciò del resto discende da alcuni semi presenti *in nuce* nella scienza di polizia, che in Sonnenfels affiorano a tutto tondo e ancor più si concretizzano nella prassi e nel pensiero politico e giuridico dominante fra il XVIII secolo e buona parte dell'Ottocento. In particolare, alludo alla priorità assoluta della sicurezza rispetto a qualsiasi altro valore, che finisce per generare almeno due ricadute, a loro volta confliggenti in modo insanabile con la certezza del diritto. Mi riferisco, per un verso, alla superfetazione di funzioni dello stato, che si incunea in ogni segmento della vita della società civile, ivi compresi quelli più reconditi,

---

[135] Anche Pfeiffer 1783, nella premessa, parla della scienza di polizia come dottrina della sicurezza interna dello stato.

[136] von Sonnenfels 1787, I, pp. 17-18, ma anche p. 26.

[137] Di Simone 1984, p. 176.

[138] Bielfeld 1768, I, p. 173 «Le premier devoir de la Police, c'est de procurer aux Citoyens la sûreté pour la vie et leurs personnes, pour l'honneur et pour leurs biens».

[139] Von Sonnenfels 1806, I, p. 54.

[140] Lo nota correttamente Magnusson 2019, p. 38.

[141] Di Simone 1984, pp. 190 ss.

[142] Sottoposizione del giudice alla legge, esclusione dell'interpretazione dottrinale, impossibilità di abrogazione della legge per mezzo della desuetudine sono alcuni dei profili trattati da Sonnenfels, su cui Di Simone 1984, pp. 164-165.

attraverso una disciplina minuziosa quanto asfissiante, che *de facto* finisce per causare incertezza del diritto; per l'altro, alla predisposizione di una fitta rete di controlli affidati a organi di polizia e compiuti con ampia discrezionalità. La *potestas inspiciendi* dello stato non è invero finalizzata alla mera acquisizione di dati e informazioni in vista di futuri provvedimenti atti a correggere storture o a rimediare a disfunzioni, essendo al contrario strumentale all'anticipazione dell'intervento dell'autorità pubblica, allo scopo di prevenire qualsiasi evento potenzialmente lesivo della sfera dei singoli, anche se solo ipotetico e distante dal concretizzarsi. Basti pensare per un attimo alla vigilanza su attività considerate rischiose, come acrobazie o salti pericolosi, che per Sonnenfels devono esser persino proibite[143]. Si tratta di risalire indietro entro una concatenazione causale i cui anelli sono tuttavia il frutto di mere speculazioni, nella migliore delle ipotesi guidate dal criterio dell'*id quod plerumque accidit*.

Già gli scritti di von Justi non sono affatto esenti da questa prospettiva, se solo si scorrono le pagine dedicate all'occhio dello stato sui costumi e sulla condotta di vita dei sudditi, fattori dai quali dipendono la prosperità di una nazione, ma contestualmente pure l'ordine e la sicurezza. Per questa via si giustifica la vigilanza della polizia su certi fenomeni, come il gioco d'azzardo, il libertinaggio, la crapuloneria, l'ubriachezza, la prodigalità, la mendicità, ossia ciò che nel lessico italiano si definisce il vizio («laster» in von Justi[144]), sul quale lo stato deve intervenire mediante una corretta educazione. Nel pensiero di von Justi predomina l'ansia per il riflesso che queste modalità disordinate di vita hanno sull'economia più che sulla sicurezza e, inoltre, via via si affaccia la preoccupazione per un controllo esasperato e lesivo della libertà dei sudditi che può esser causato dal potere di polizia. Si guardi ad esempio al problema dell'ozio, ossia della presenza di individui non dediti al lavoro: per von Justi è giusto raccogliere informazioni sui mezzi di sussistenza dei singoli, ma ciò non deve spingersi fino a restringere la libertà personale[145]. In Sonnenfels l'approccio al tema è molto più sbilanciato nella direzione della sicurezza: l'ozio – scrive – è il seme dei delitti e deve esser punito anche nei sudditi facoltosi. Lo stato possiede il diritto di sradicare tutto quanto corrompe i costumi e che, di conseguenza, costituisce un motivo di promozione di condotte criminose[146]. Di qui passa il sostegno per l'apertura di case di lavoro e di correzione per mendicanti e una serie indeterminata (e in continua espansione) di categorie di persone («discoli», «oziosi») necessitanti di una rieducazione[147], legittimando così persino il reclutamento coatto nelle milizie o la stessa sottrazione della libertà personale in assenza di un delitto e senza un solido fondamento giuridico[148].

---

[143] von Sonnenfels 1787, I, § 173, pp. 91-92.

[144] von Justi 1787, § 287, p. 213.

[145] von Justi 1787, § 329, pp. 245-246.

[146] von Sonnenfels 1806, I, pp. 98-99.

[147] Raimondo 2015; Dani 2018, spec. pp. 139 ss.

[148] Sul tema rinvio a quanto ho scritto in Edigati 2017 in relazione al caso della Casa di correzione di Firenze.

Non è che un esempio, a cui se ne potrebbero aggiungere svariati altri. Pensiamo solamente alla proposta di Sonnenfels di istituire una magistratura allo scopo della vigilanza sui costumi dei sudditi, non nascondendo la sua distanza sul punto da von Justi. Non sorprende neppure il favore per la censura libraria – che trova la sua *ratio* nella tutela dell'onore, che fa parte della sicurezza della fama[149] –, ritenuta «uno dei più necessari istituti della polizia»[150]; o il fatto che per proteggere i beni egli possa reputare utile vietare il gioco come attività privata o che infine per preservare lo stato da sollevazioni popolari si possa pensare a controllare l'opinione pubblica o vietare qualsiasi manifestazione del pensiero atta, secondo parametri indefiniti, a ritenersi scandalosa, erronea o pericolosa[151].

Non è solo una questione di contrasto fra sicurezza e libertà: il complesso dei dispositivi eretti a salvaguardia della sicurezza non si può insomma avvalere solo di binari legislativi e di forme rispettose della certezza del diritto, poiché ciò in realtà costituisce sovente un impaccio rispetto all'efficacia delle operazioni di polizia. Si accese un dibattito, anche fra i giuristi pratici, fra coloro che auspicavano che questo «gius coattivo», pur oramai indispensabile, fosse impiegato con «moderazione»[152], ossia in modo proporzionato al carattere non delittuoso della condotta, e quanti al contrario ne propugnarono un uso esteso e in tutto lo spettro delle sue modalità[153]. Ben presto la conclusione sarà che l'azione e i mezzi degli organi di polizia non possono esser predeterminati per via legislativa e debbono esser lasciati alla discrezionalità o – *rectius* – all'arbitrio dei funzionari[154], categoria esclusa dall'agire giudiziario e che ritornava prepotentemente nell'operato delle forze di polizia[155].

6. Qualche riflessione finale su un tema quanto mai attuale

La conclusione ci proietta così entro un quadro di problemi tutt'altro che distante da quello che va affacciandosi negli ultimi decenni. Mentre la certezza del diritto fondata su un ordine liberale, giuspositivistico e basato sulla legalità è sempre più una chimera e, malgrado i principi costituzionali, viene smentita dalla prassi giuridica, lo scenario attuale pare infatti percorso da una crescente brama di sicurezza individuale, intesa in un'accezione stretta di protezione materiale della persona, non troppo distante da quanto emergeva nella prima riflessione giusnaturalistica. Tale esito è senz'altro favo-

[149] Di Simone 1984, p. 189.

[150] Bussi 2002, p. 368.

[151] Molto sul punto in Bussi 2002, pp. 363 ss.

[152] Biondi 1801, p. 117.

[153] Così ad es. Paoletti 1804, p. 214 «Subito che egli abbia in qualche guisa esternata la sua cattiva intenzione, deve la polizia servirsi di *tutti*, o ciascheduno di quei mezzi, che *reputa* confacienti al caso, ed alle circostanze per impedirgli che non delinqua» (corsivo nostro).

[154] Molto netto è sempre Paoletti 1804, p. 214: «Per far tutte queste operazioni non è dato prescrivere al ministro di polizia i mezzi, dei quali deve prevalersi».

[155] Cfr. quanto osservato in una ricerca su un caso specifico, ma emblematico, da Mori 2017 per la Lombardia ottocentesca.

rito da una realtà nella quale vanno moltiplicandosi e susseguendosi emergenze, di diversa origine e gravità e da una società nella quale aleggia una diffusa aspirazione all'eterodirezione e alla protezione da parte di un ente, lo stato, a cui si è disposti a cedere volentieri libertà pur di esser messi al riparo da pericoli di ordine materiale. È quasi superfluo constatare come lo stato si faccia volentieri carico della soddisfazione di tale pressante richiesta attraverso politiche attive e forme di controllo sempre più invasive, godendo di un elevato consenso in vasti strati della società e con un'azione che ha profili difficilmente compatibili con gli ideali di certezza del diritto. Di evoluzione (o involuzione?) verso uno «Stato di sicurezza», in risposta all'emergere di «pericoli creduti, molto più che […] fatti dimostrati», ha parlato un grande storico del diritto penale come Mario Sbriccoli[156]. Per parte sua, un rinomato costituzionalista come Denninger ha tratteggiato il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato di prevenzione[157], che si sorregge su un'idea «utopico-escatologica» della sicurezza, da qualcuno elevata a diritto fondamentale della persona. Per Denninger, questo nuovo Stato si contraddistingue proprio per un agire di polizia proattivo, ossia che si innesca prima che un danno diventi anche solo probabile, per l'indeterminatezza che caratterizza la previsione del rischio e le misure di prevenzione, per l'inversione generale dell'onere della prova nel rapporto fra cittadino e stato. Il tutto elevando la funzionalità e l'efficienza – e non già la certezza e la libertà – a parametri primari dell'azione di governo. L'acuta analisi di Denninger, insomma, non può se non coadiuvare la convinzione per la quale l'idea di sicurezza, se assunta in questa prospettiva assolutizzante e al contempo dai contorni vaghi, costituisca un serio *vulnus* nei confronti della certezza del diritto e dei diritti, non solo con una proiezione temporanea, bensì in modo stabile e durevole[158]. Tornano alla mente, allora, certe acute intuizioni – che risuonano come moniti su cui riflettere – di Emilio Bussi proprio a proposito delle concezioni di benessere, della scienza di polizia, che potremmo ovviamente estendere al tema della sicurezza: «il miraggio di un benessere tanto futuro da divenire evanescente può costringere a sacrifici attuali penosissimi, brutali ed inutili»[159].

Bibliografia

Ajello 1968 = R. Ajello, *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, Napoli 1968.

Ajello 1976 = R. Ajello, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976.

Alessi Palazzolo 1987 = G. Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Evo medio e moderno*, Napoli 1987.

Aliani 1985 = A. Aliani (a c. di), *I regesti del Gridario della Biblioteca civica comunale di Parma, 1526-1802*, Parma 1985.

[156] Sbriccoli 2009, I, pp. 43-44.

[157] Cfr. Denninger 1990, 2005.

[158] Cfr. anche Ruotolo 2012.

[159] Bussi 2002, p. 288.

Alpa 2006 = G. Alpa, *I principi generali*, Milano 2006.
Belloni 2009 = I. Belloni, *Metamorfosi della sicurezza. Dall'ordine della sicurezza alla sicurezza (dell'ordine) dei diritti*, in T. Greco (a c. di), *Dimensioni della sicurezza*, Torino 2009, pp. 75-105.
Bianchi Riva 2022 = R. Bianchi Riva, *Lo scandalo tra Alto Medioevo e prima età moderna. Itinerari tra dimensione giuridica, politica e sociale*, Torino 2022.
Bielfeld 1768 = J. Bielfeld, *Institutions politiques*, Leyde 1768.
Biondi 1801 = J. Biondi, *Opuscoli*, Firenze 1801.
Birocchi 2002 = I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine: fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002.
Birocchi 2012 = I. Birocchi, *Diritto alla felicità e leggi per essere felici: torsioni individualistiche della felicità nella dottrina giuridica*, in A.M. Rao (a c. di), *Felicità pubblica e felicità privata nel Settecento*, Roma 2012, pp. 31-49.
Birocchi 2022 = I. Birocchi, *Certezza del diritto e ordine giuridico moderno: un inventario tra ieri e oggi*, in *Specula iuris* 2/2 (2022), pp. 159-178.
Broggio 2021 = P. Broggio, *Governare l'odio. Pace e giustizia criminale nell'Italia moderna (secoli XVI-XVII)*, Roma 2021.
Burlamaqui 1751 = J.J. Burlamaqui, *Principes du droit politique*, Amsterdam 1751.
Burlamaqui 1820 = J.J. Burlamaqui, *Principes du droit de la nature, et des gens*, Paris 1820.
Bussi 1971 = E. Bussi, *Diritto e politica in Germania nel XVIII secolo*, Milano 1971.
Bussi 2002 = E. Bussi, *Evoluzione storica dei tipi di stato*, III ed., Milano 2002.
Calasso 1959 = F. Calasso, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, II ed., Milano 1959.
Calepino 1558 = A. Calepino, *Dictionarium, in quo restituendo, atque exornando haec praestitimus […]*, Venetiis 1558.
Colombo 2008 = E. Colombo, *Contro il probabilistico sistema. Lettere di Gaetano da Bergamo a Pietro Ballerini (1734-1738)*, in *Rivista di storia della Chiesa in Italia* 62/1 (2008), pp. 81-111.
Concina 1743 = D. Concina, *Della storia del probabilismo, e del rigorismo. Dissertazioni teologiche, morali, e critiche, nelle quali si spiegano, e dalle sottigliezze de' Moderni Probabilisti si difendono i Principj Fondamentali della Teologia Cristiana*, Lucca 1743.
Corsale 1979 = M. Corsale, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano 1979.
Costa 2008 = P. Costa, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, vol. 2, Milano 2008, pp. 365-417.
Dani 2018 = A. Dani, *Vagabondi, zingari e mendicanti. Leggi toscane sulla marginalità sociale tra XVI e XVIII sec*olo, Firenze 2018.
Darjes 1768 = J.G. Darjes, *Erste Gründe der Cameral-Wissenschaften darinnen die Haupttheile sowohl der Oeconomie als auch der Policey und besondern Cameral-Wissenschaft in ihrer natürlichen Verknüpfung zum Gebrauch seiner academischen Fürlesung entworfen*, Leipzig 1768.
De Felice 1781 = F.B. De Felice, *Élémens de la police générale d'un état*, Yverdon 1781.
del Gratta 1994 = R. del Gratta, *Feudum a fidelitate. Esperienze feudali e scienza giuridica dal medioevo all'età moderna*, Pisa 1994.
Denninger 1990 = E. Denninger, *Der Präeventions-Staat*, in Id. (a c. di), *Der Gebändigte Leviathan*, Baden Baden 1990.

Denninger 2005 = E. Denninger, *Dallo 'Stato di diritto' allo 'Stato di prevenzione' e l'autonomia della persona*, in V. Baldini (a c. di), *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino 2005, pp. 45-60.

Desmons 2011 = É. Desmons, *La notion d'exécution chez Pufendorf et Burlamaqui*, in *Revue français d'histoire des idées politiques* 2 (2011), pp. 245-252.

Di Donato 2016 = F. Di Donato, *La mediazione patriarcale nella monarchia assoluta: mutazioni del sapere nella costruzione dello Stato moderno*, in A. Romano (a c.di), *Culture parlamentari a confronto: modelli della rappresentanza politica e identità*, Bologna 2016, pp. 83-98.

Di Donato 2021 = F. Di Donato, *9871. Statualità civiltà libertà. Scritti di storia costituzionale*, prefaz. di F.P. Casavola, Napoli 2021.

Di Noto Marrella 1980 = S. Di Noto Marrella, *Le istituzioni dei ducati parmensi nella prima metà del Settecento*, Parma 1980.

Di Simone 1984 = M.R. Di Simone, *Aspetti della cultura giuridica austriaca nel Settecento*, Roma 1984.

Dyonet 2017 = N. Dyonet, *Nicolas Delamare théoricien de la police*, Paris 2017.

Edigati 2006 = D. Edigati, *Da una raccolta di leggi e bandi alla letteratura "d'apparato" nella Toscana mediceo-lorenese*, in M. Montorzi (a c. di), *Tecniche di normazione e pratica giuridica in Toscana in età granducale. Studi e ricerche a margine della Legislazione toscana raccolta ed illustrata dal dottore Lorenzo Cantini. Firenze, 1800-1808*, Pisa 2006, pp. 93-147.

Edigati 2010 = D. Edigati, *Ridurre in un solo volume… Strumenti e norme della giustizia criminale a Lucca fra XVI e XVIII secolo*, in *Rivista di storia del diritto italiano* LXXXIII (2010), pp. 273-343.

Edigati 2017 = D. Edigati, *La Casa di correzione e lo scontro intorno alla giustizia di polizia nella seconda metà del Settecento*, in *Annali di storia di Firenze* 12 (2017), pp. 59-87.

Edigati 2020 = D. Edigati, *La tolleranza per privilegio nell'Italia di Antico Regime. Il caso degli ebrei e dei cristiani orientali*, in *Archivio giuridico F. Serafini* 152/3 (2020), pp. 927-982.

Edigati 2021 = D. Edigati, *Avvocati e procuratori nella Toscana d'Antico Regime. Le professioni forensi dalla tutela alla disciplina di polizia*, Bologna 2021.

Edigati, Tanzini 2015 = D. Edigati, L. Tanzini (a c. di), *La prassi del giurisdizionalismo negli stati italiani. Premesse, ricerche, discussioni*, Roma 2015.

Editti antichi, e nuovi = Editti antichi, e nuovi de' sovrani Prencipi della Real Casa di Savoia. Delle loro Tutrici, e de' Magistrati di quà da' Monti, raccolti d'ordine di Madama Reale Maria Giovanna Battista dal senatore Gio. Battista Borelli, Torino 1681.

Fasano Guarini 1983 = E. Fasano Guarini, *I giuristi e lo stato nella Toscana medicea cinque-seicentesca*, in *Firenze e la Toscana dei Medici nell'Europa del Cinquecento*, Firenze 1983, I, pp. 229-248.

Fasano Guarini 1991 = E. Fasano Guarini, *Gli statuti delle città soggette a Firenze tra '400 e '500: riforme locali e interventi centrali*, in G. Chittolini, D. Willoweit (a c. di), *Statuti città territori in Italia e Germania tra medioevo ed età moderna*, Bologna 1991, pp. 69-124.

Fasano Guarini 2008 = E. Fasano Guarini, *L'Italia moderna e la Toscana dei principi: discussioni e ricerche storiche*, Firenze 2008.

Fiorillo 1992 = V. Fiorillo, *Tra egoismo e socialità. Il giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, Napoli 1992.

Fiorillo 2008 = V. Fiorillo, *Wilhelm von Humboldt ed il tardo giusnaturalismo. Lo scopo dello stato: felicità o sicurezza?*, in F. Sciacca (a c. di), *Studi in memoria di Enzo Sciacca*, II, *Liber amicorum*, Milano 2008, pp. 79-92.

Geri 2011 = M.P. Geri, *Dal textus all'ordine sanzionatorio. La classificazione dei crimini tra tecnica giuridica e logica di edificazione istituzionale*, Pisa 2011.

Gianformaggio 1988 = L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, *Sezione civile*, Torino 1988, II, pp. 274-278.

Goubert 1974 = P. Goubert, *L'Ancien Régime. 1. La società 2. I poteri*, Milano 1974.

Greco 2009 = T. Greco, *Sicurezza/insicurezza: figure e paradigmi di un dibattito*, in Id. (a c. di), *Dimensioni della sicurezza*, Torino 2009, pp. 1-40.

Greco 2020 = T. Greco, *Il diritto della fiducia*, in A. Petrucci (a c. di), *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, Torino 2020, pp. 195-225.

Greco 2021 =T. Greco, *La legge della fiducia: alle radici del diritto*, Roma-Bari 2021.

Gridario generale 1638 = *Gridario generale delle gride, bandi, ordini, editti, provisioni, prematiche, decreti, et altro. Fatti, e pubblicati per ordine delli Eccellentissimi Signori Governatori, che hanno governato lo Stato di Milano, tanto usciti dalla Cancellaria Segreta, quanto dalla Segretaria di Guerra […]*, Milano 1638.

Grossi 1995 = P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995.

Haggenmacher 2011 = P. Haggenmacher, *Le modèle de Vattel et la discipline du droit international*, in V. Chetail, P. Haggenmacher (eds.), *Vattel's international law in a XXI century perspective. Le droit international de Vattel vu du XXI siècle*, Leiden-Boston 2011, pp. 1-48.

Härter, Nubola 2011 = K. Härter, C. Nubola (a c. di), *Grazia e giustizia. Figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*, Bologna 2011.

Hobbes 2012 = T. Hobbes, *Leviatano*, Roma 2012.

Izzo 2007 = F. Izzo, *Introduzione*, in U. Grozio, *Mare liberum*, a c. di F. Izzo, Napoli 2007.

Jori, Pintore 1995 = M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, II ed., Torino 1995.

von Justi 1759a = J.H.G. von Justi, *Grundästze der Policeywissenchaft in einem vernünftigen, auf den Entzweck der Policey gegründeten, Zusammenhange und zum Gebrauch Academischer Vorlesungen abgefasset*, Göttingen 1759.

von Justi 1759b = J.H.G. von Justi 1759, *Der Grundriß einer guten Regierung in fünf Büchern*, Frankfurt und Leipzig 1759.

von Justi 1769 = J.H.G. von Justi, *Élémens généraux de police, démontrés par des raisonnemens fondés sur l'objet et la fin qu'elle se propose*, Paris 1769.

Krynen 2009 = J. Krynen, *L'État de justice. France, XIIIe-XXe siècle*, I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris 2009.

Lacchè 1988 = L. Lacchè, *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in antico regime*, Milano 1988.

Locke 1982 = J. Locke, *Due trattati sul governo*, a cura di L. Pareyson, Torino 1982.

Lombardi 1961 = L. Lombardi, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano 1961.

Magnusson 2019 = L. Magnusson, *On happiness: Welfare in Cameralist Discourse in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, in E. Nokkala, N.B. Miller (eds.), *Cameralism and the Enlightenment: Happiness, Governance and Reform in Transnational Perspective*, New York 2019, pp. 23-46.

Mannori, Sordi 2001 = L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari 2001.

Marinelli 1568 = G. Marinelli, *Dittionario di tutte le voci italiane, usate da' migliori scrittori antichi, et moderni, tratto da' proprij scritti di M. Giovanni Marinello, et aggiunto nuovamente al Calepino*, Venetia 1568.

Meccarelli 1998 = M. Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998.

Miletti 1998 = M.N. Miletti, *Stylus judicandi. Le raccolte di «decisiones» nel Regno di Napoli*, Napoli 1998.

Moderne 1992 = F. Moderne, *Sûreté*, in O. Duhamel, Y. Mény (a c. di), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris 1992, pp. 1006-1007.

Montesquieu 1867 = Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu, *Esprit des lois*, Paris 1867.

Montorzi 1984 = M. Montorzi, *Fides in rem publicam. Ambiguità e tecniche del diritto comune*, Napoli 1984.

Mori 2017 = S. Mori, *Polizia e statualità nel primo Ottocento: l'esperienza lombardo-veneta e la cultura professionale italiana*, Soveria Mannelli 2017.

Mozzarelli 2008 = C. Mozzarelli, *Antico regime e modernità*, Roma 2008.

Napoli 2003 = P. Napoli, *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, Paris 2003.

Nokkala 2019 = E. Nokkala, *From natural law to political economy: J.H.G. von Justi on state, commerce and international order*, Wien-Zürich 2019.

Paoletti 1804 = J.M. Paoletti, *La politica o sia il governo di polizia ragionamento*, Firenze 1804.

Pastore 2007 = A. Pastore (a c. di), *Confini e frontiere nell'età moderna. Un confronto fra discipline*, Milano 2007.

Peces-Barba Martínez 1993 = G. Peces-Barba Martínez, *Teoria dei diritti fondamentali*, a c. di V. Ferrari, Milano 1993.

Petronio 1989 = U. Petronio, *Senato (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Milano, 1989, pp. 1151-1164.

Petronio 2002 = U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002.

von Pfeiffer 1783 = J.F. von Pfeiffer, *Grundsätze der Universalkameral Wissenschaft oder deren vier wichtigsten Säulen nämlich der Staats-Regierungskunst, der Policey-Wissenschaft, der allgemeinen Staats-Oekonomie, und der Finanz-Wissenschaft*, Frankfurt am Main 1783.

Piergiovanni 2006 = V. Piergiovanni, *Fides e bona fides: spunti dalla scienza e dalla pratica giuridica medievale*, in Id. (a c. di), *Hinc publica fides. Il notaio e l'amministrazione della giustizia. Atti del convegno internazionale di studi storici organizzato dal Consiglio notarile di Genova sotto l'egida del Consiglio nazionale del notariato, Genova, capitale europea della cultura, 8-9 ottobre 2004*, Milano 2006, pp. 91-107.

Prodi 2000 = P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000.

Punzi 2017 = A. Punzi, *Diritto certezza sicurezza*, Torino 2017.

Raimondo 2015 = R. Raimondo, *Discoli incorreggibili. Indagine storico-educativa sulle origini delle case di correzione in Italia e in Inghilterra*, Milano 2015.

Réal de Curban 1762-1765 = G. Réal de Curban, *La science du gouvernement, ouvrage de morale, de droit, et de politique, qui contient les principes du commandement et de l'obéissance […]*, Paris 1762-1765.

Recueil général 1822-1833 = *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, a c. di A.J.L. Jourdan, N. Decrusy, F.A. Isambert, A.H. Taillander, Paris 1822-1833.

Ribadeneira 1599 = P. de Ribadeneira, *Trattato della religione, e virtuti che tener deve il principe cristiano, per governare, e conservare i propri stati. Contra quel che Nicolò Machiavelli, dannato auttore, et i politici (cosi indegnamente chiamati) di questo tempo empiamente insegnano*, Genova 1599.

Richet 1998 = D. Richet, *Lo spirito delle istituzioni: esperienze costituzionali nella Francia moderna*, introduzione e traduzione di F. Di Donato, Roma-Bari 1998.

Rodolfini 1606 = L. Rodolfini, *Tractatus de suprema seu absoluta Principis potestate sive de plenitudine potestatis*, in Id., *Opera diversa*, Venetiis 1606, pp. 1-42.

Rosoni 1995 = I. Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano 1995.

Ruotolo 2012 = M. Ruotolo, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in G. Cocco (a c. di), *I diversi volti della sicurezza. Atti del convegno. Milano, 4 giugno 2009*, Milano 2012, pp. 17-80.

Santarelli 1989 = U. Santarelli, *Ius commune e iura propria: strumenti teorici per l'analisi di un sistema*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXII, 1989, pp. 417-428.

Savelli 1981 = R. Savelli, *La Repubblica oligarchica: legislazione, istituzioni e ceti a Genova nel Cinquecento*, Milano 1981.

Savelli 2006 = R. Savelli, *Che cosa era il diritto patrio di una repubblica?*, in I. Birocchi, A. Mattone (a c. di), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Roma 2006, pp. 255-295.

Sbriccoli 1968 = M. Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi in età comunale*, Milano 1968.

Sbriccoli 2009 = M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009.

Schiera 1968 = P. Schiera, *Dall'arte di governo alle scienze dello stato. Il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano 1968.

Schiera 1988 = P. Schiera, *Nascita della modernità e scienza di polizia*, in *Filosofia politica* 2/1 (1988), pp. 141-147.

Schiera 1991 = P. Schiera, *Cameralismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma 1991, I, pp. 620-626.

Schulze 1982 = R. Schulze, *Policey un Gesetzgebungslehre im 18 Jahrhundert*, Berlin 1982.

Segneri 1732 = P. Segneri, *Lettere del padre Paolo Segneri sulla materia del probabile*, Colonia 1732.

Sellin 1993 = V. Sellin, *Politica*, Venezia 1993.

Silvestrini 2010 = G. Silvestrini, *Diritto naturale e volontà generale. Il contrattualismo repubblicano di Jean-Jacques Rousseau*, Torino 2010.

von Sonnenfels 1787 = J. von Sonnenfels, *Grundsätze der Policey, Handlung und Finanzwissenchaft*, München 1787.

von Sonnenfels 1806 = J. von Sonnenfels, *Principia politiae, commercii, et rei aerariae*, Posonii 1806.

Sordi 2020 = B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna 2020.

Spagnesi 2021 = E. Spagnesi, *Arte di governo, pubblica felicità e diritti umani*, Firenze 2021.

Stolleis 2008 = M. Stolleis, *Storia del diritto pubblico in Germania, I, Pubblicistica dell'Impero e scienza di polizia 1600-1800*, Milano 2008.

Stopani 2008 = A. Stopani, *La production des frontières. État et communautés en Toscane (XVIe-XVIIIe siècles)*, Roma 2008.

Tanzini 2007 = L. Tanzini, *Alle origini della Toscana moderna. Firenze e gli statuti delle comunità soggette tra XIV e XVI secolo*, Firenze 2007.

Trampus 2008 = A. Trampus, *Il diritto alla felicità. Storia di un'idea*, Roma-Bari 2008.

Valera 1986 = G. Valera, *Statistik, Staatengeschichte, Geeschichte im 18 Jahrhundert*, in H.E. Bödeker, G.G. Iggers (a c. di), *Aufklärung und Geschichte: Studien zur deutschen Geschichtswissenschaft im 18 Jahrhundert*, Göttingen 1986, pp. 119-143.

Varanini 2020 = G.M. Varanini, *La fruizione degli statuti cittadini nella pratica amministrativa e giudiziaria delle città venete durante la dominazione veneziana (secolo XV e ss)*, in D. Lett (sous la dir. de), *Les statuts communaux vus de l'extérieur dans les sociétés méditerranéennes de l'Occident (XII-XV siècle)*, Paris 2020, pp. 187-208.

Vattel 1758 = E. Vattel, *Le droit des gens. Ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Leide 1758.

Verga 1990 = M. Verga, *Da "cittadini" a "nobili". Lotta politica e riforma delle istituzioni nella Toscana di Francesco Stefano*, Milano 1990.

Vergeer 2018 = C. Vergeer, *Philosophy in Ancient Rome: A Loss of Wings*, Cambridge 2018.

Villey 2013 = M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris 2013.

Vocabolario 1623 = *Vocabolario degli Accademici della Crusca*, II ed., Venezia 1623.

Vocabolario 1691 = *Vocabolario degli Accademici della Crusca*, III ed., Firenze 1691.

Wolff 1772 = C. Wolff, *Institutions du droit de la nature et des gens, dans lesquelles, par une chaine continue, on déduit de la nature même de l'homme, toutes ses obligations et tous ses droits*, Leyde 1772.

Ycart 2016 = B. Ycart, *Jakob Bielfeld (1717–1770) and the diffusion of statistical concepts in eighteenth century Europe*, in *Historia mathematica* 43 (2016), pp. 26-48.

Zendri 2008 = C. Zendri, *Feudum a fidelitate*, in L. Peppe (a c. di), *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Padova, 2008, pp. 291-303.

La certezza del diritto nell'era degli algoritmi

Pieremilio Sammarco
Università degli Studi di Bergamo

1. La certezza nel diritto tecnologico

Nell'età romana il diritto era sinonimo di certezza e stabilità; con il brocardo ciceroniano *omnia sunt incerta, cum a iure discesseris*, si faceva riferimento al diritto come punto fermo nella società civile e il discostarsi da esso significava affidarsi alla mutevolezza che equivale all'incertezza.

La certezza del diritto si traduce sia nell'esigenza per un membro di una collettività di conoscere appieno le norme presenti nell'ordinamento cui appartiene e che ha l'obbligo di osservare, così da poter poi consapevolmente indirizzare la propria condotta e sia nella pretesa che, in caso di deviazione dal precetto normativo, vi sia una risposta da parte del sistema ordinamentale che sia indubbia e coerente. Sono i due aspetti che compongono il diritto certo e ciascuno di essi è intimamente connesso all'altro e rispondono entrambi ad un bisogno collettivo[1].

Ma questa concezione del diritto come garante della certezza è ancora valida in una società contemporanea caratterizzata da una incontenibile e aumentata complessità?

In un mondo contemporaneo dominato dalla precarietà e caducità delle cose, in cui tutto scorre incessantemente e il tempo deforma i contorni di ogni entità, il diritto mantiene la sua naturale aspirazione a farsi presidio di certezza. Ma in un contesto sociale ed economico dominato dalle nuove tecnologie, segnatamente dall'informatica e dalla digitalizzazione di ogni aspetto della vita, anche il diritto odierno subisce delle trasformazioni per conformarsi necessariamente alla nuova realtà tecnologica.

La metamorfosi è riscontrabile in tutti i formanti del diritto: a partire da quello primario, il formante legislativo, che subisce le incontenibili forze tecnologiche saldate a quelle economiche che producono incessanti modelli di regolazione in cui

[1] Nella letteratura giuridica, sul tema della certezza del diritto, sono numerosi i contributi della dottrina; senza pretesa di completezza, Lopez De Oñate 1942; Carnelutti, 1943 e 1950; Bobbio 1951; Longo 1958; Corsale 1988; Gianformaggio 1988; Alpa 2006; Grossi 2014.

la regola astratta e il linguaggio puro del diritto perdono terreno per accogliere fattispecie dominate dalla moderna specificità settoriale. In un siffatto contesto, come è stato definito, di disagio per il giurista, «costretto a disimparare vecchi nomi e concetti per apprenderne in fretta di nuovi […] per avere a che fare con cose in perenne movimento e nemmeno ben definite per via della complessità stessa dei fenomeni e processi cui si riferiscono»[2], la spinta dell'innovazione tecnologica contribuisce in buona parte non solo a disgregare il modello di normazione basato essenzialmente sul monopolio statale della legge, ma anche ad accelerare ed accrescere il processo 'multilivello' di produzione normativa, soprattutto con riferimento alla regolamentazione di quei settori in cui la tecnica assume un ruolo preponderante ed è soggetta a mutazioni ed evoluzioni continue.

Le nuove tecnologie informatiche e telematiche hanno prodotto un micro-sistema, dotato di una propria unità ed autonomia logica, in cui viene incessantemente travasato nel linguaggio giuridico un numero indefinito di locuzioni di natura tecnica o gergale. Emergono con forza, sia nel lessico del legislatore che in quello degli operatori del diritto, locuzioni e neologismi principalmente di marca anglosassone che riflettono le soluzioni tecniche proprie della materia regolata. In particolare, il linguaggio tecnico, dotato di una sua propria logica ed una sua semantica, si integra – in qualche caso fino a plasmarli – con i linguaggi giuridici della tradizione. La lingua del settore tecnologico di riferimento penetra nel linguaggio giuridico portando con sé i suoi termini tecnici ed i suoi neologismi. E, dopo questo primo passaggio, i codici linguistici propri del settore tecnico in questione irrompono nella terminologia adottata dal legislatore che li contempla per descrivere le soluzioni tecnologiche, i beni o le operazioni su di essi.

In questo modo, attraverso la spinta delle nuove tecnologie informatiche, si produce una uniformità lessicale planetaria che rimane intatta in ogni contesto territoriale in cui è richiamata. In qualunque spazio giuridico nazionale, nell'individuazione di una soluzione tecnica o di un bene proprio dell'economia digitale, si fa ricorso al medesimo neologismo, il quale non muta il suo carattere semantico, neanche se trasferito in un contesto giuridico territorialmente diverso.

Questo processo di innovazione tecnologica che attraversa anche il diritto produce come risultato una riduzione dei margini di incertezza interpretativa, laddove anche negli ordinamenti giuridici nazionali diversi, i principi e le regole di questo micro-ordinamento dotato di una sua ormai connotata autonomia, sono sostanzialmente i medesimi, come la giurisprudenza delle corti evidenzia. Questa uguaglianza non riguarda solamente le fonti normative, i singoli beni o le soluzioni tecniche e le loro interpretazioni, ma si riscontra anche negli schemi negoziali o nelle operazioni

[2] Irti 1979. Il fenomeno della decodificazione, così come l'aveva tracciato l'Autore nei suoi scritti, ha assunto ora una dimensione più ampia e considerevole e abbraccia tutte le aree del diritto che sono costantemente oggetto di innovazioni e modifiche legislative che progressivamente ne minano i loro tradizionali principi, ne cambiano le sembianze ed i destinatari a secondo dell'appartenenza a specifichi gruppi o a definite categorie di interessi.

contrattuali che hanno ad oggetto tali beni o che prevedono l'erogazione di servizi a contenuto tecnologico. Ugualmente per la previsione e la sanzione di fattispecie illecite realizzate per mezzo della tecnica, che è il solo strumento attraverso il quale la condotta si può attuare.

In questo passaggio, il legislatore, sempre più contaminato da queste nomenclature tecniche, nella sua produzione normativa, perde il suo connotato di astrattezza e generalità, frutto di soluzioni linguistiche ampie e ricercate, per scendere di livello ed abbracciare la specificità propria della realtà materiale e del singolo caso concreto. Oramai, la legislazione speciale, in modo particolare quella che regola fattispecie proprie di un settore economico in cui la tecnologia esercita un ruolo essenziale e dominante, tende a regolare il fenomeno nei suoi aspetti più minuziosi e circostanziati, rinunciando all'intento di introdurre principi generali e di regolare casi più ampi.

In questo modo, però, il legislatore, scegliendo una formulazione non generale, aumenterà la sua già spiccata tendenza a far continuamente ricorso ad ulteriori interventi legislativi speciali per regolamentare i sopraggiunti casi analoghi a quello specificamente previsto dalla normativa precedente, alimentando quel criticato fenomeno della iperproduzione normativa.

In quest'ottica, si può constatare un indebolimento del diritto, una *weak law*, contaminata e dunque per questo indebolita, questa volta non da culture giuridiche diverse o da formulazioni incerte, ma dalla forza della tecnica[3].

E il risultato che si ottiene è un diritto diverso, meno astratto e dogmatico e più ancorato al mero dato tecnico e, per coloro che conoscono l'aspetto tecnologico, più semplice nell'interpretazione.

2. Il diritto della datasfera

Il progresso tecnologico ha prodotto un nuovo ecosistema giuridico chiamato datasfera fatto di miliardi di miliardi di dati prodotti dalla collettività. In questa entità affluiscono senza sosta e in ogni istante milioni di dati mediante flussi non governabili[4]. Nello specifico, i dati vengono immessi attraverso tre modalità:

a) forniti volontariamente da un utente del servizio;

b) acquisiti automaticamente dalle attività poste in essere dagli utenti o dalle apparecchiature informatiche;

c) acquisiti automaticamente attraverso l'elaborazione, la trasformazione e l'aggregazione delle due tipologie di modalità di acquisizione precedentemente esposte.

Inoltre, la digitalizzazione del mondo reale con i suoi oggetti ne ha prodotto una sua duplicazione, tradotto in dati, che possono essere utilizzati da qualsiasi luogo ed in qualsiasi momento. Si sostiene che gli oggetti, una volta datificati, abbiano

[3] Sia consentito il rimando a Sammarco 2008.

[4] Sul tema, cfr. Zeno-Zencovich 2018a e 2020.

una seconda vita, quella dello spazio fisico e quella dello spazio digitale in costante comunicazione tra loro[5].

Anche l'essere umano, oltre ad essere una persona fisica in carne ed ossa, viene rappresentato o identificato in milioni di dati che lo contraddistinguono, che sono attinenti alla sua storia personale, alle sue scelte, alle sue abitudini e stile di vita. E durante il suo ciclo di vita produce incessantemente altri dati che aumentano esponenzialmente in base alle continue ed inevitabili relazioni o interazioni che sviluppa con altri individui. Se poi aggiungiamo a questo enorme volume di dati, quelli prodotti dall'Internet delle cose, il fenomeno acquista una dimensione ancora maggiore forse incalcolabile dalla mente umana.

E a chi appartengono questi dati? alle persone che li hanno generati, al proprietario del bene che li produce? A chi li raccoglie e li organizza? Vi è una fondata incertezza che genera delle dispute che non trovano una soluzione interpretativa univoca o certa.

Di certo c'è solo la consapevolezza che si tratta di forme di appartenenza lontane dalla tradizione romanistica di proprietà quale diritto assoluto, per avvicinarsi, alla stregua della categoria dei beni immateriali, al diritto della *common law*, che contempla titolarità di diritti e facoltà con specifici limiti e rimedi[6].

Ma non trovando riconoscimento quali beni giuridici tipici e dunque dotati di una specifica regolazione che ne accordi protezione, possono ricevere tutela solo indirettamente attraverso la disciplina della concorrenza sleale, dei segreti d'impresa, delle clausole negoziali, della responsabilità civile, del patrimonio aziendale[7].

Ma siamo certi che questa mole di dati possa essere oggetto di concreta protezione, che si traduce nella non rivalità (cioè che più soggetti non possano contemporaneamente farne uso) e quindi che vi sia uno *ius excludendi alios* in termini di assolutezza?

La pretesa appropriativa in esclusiva appare, per le dimensioni della massa dei dati raccolta, comunque illusoria e questo anche perché la loro circolazione e duplicazione è estremamente facile da realizzare e senza particolari oneri. Si pensi alle attività automatizzate di raccolta di dati sulla rete (*web scraping* o *data mining*) che, benché contrarie ai termini di uso di natura negoziale, sono sostanzialmente impossibili da impedire[8].

Dunque, non essendo una risorsa scarsa, il valore economico di tali dati è pressoché pari a zero e risiede unicamente nelle apparecchiature informatiche che analizzano e classificano questa enorme mole di dati e solo chi dispone di tali mezzi e programmi informatici può utilizzarli in modo produttivo. E dunque la privativa,

---

[5] Se poi si considera l'ambiente digitale del c.d. metaverso, si ha una ulteriore dimensione dello spazio digitale e dei dati che lo compongono.

[6] In tal senso Zeno-Zencovich 2018a, p. 100.

[7] Così Zeno-Zencovich 2018b.

[8] Sammarco 2020 e 2022.

vale a dire la tutela si sposta inevitabilmente sui programmi informatici e gli algoritmi che vengono impiegati per compiere tali attività[9].

3. Quale diritto applicabile?

Le regole del mondo fisico non possono applicarsi alla datasfera. In primo luogo non è dato comprendere con certezza quali regole possano definirsi per sovrintendere a procedimenti automatizzati di acquisizione e gestione di dati e poi vi è una incertezza su quale diritto nazionale sia applicabile, perché vi è anche poca conoscenza sul luogo ove i dati sono effettivamente conservati e se poi sono conservati in uno unico spazio.

Nel mondo fisico, il diritto internazionale privato ha tracciato dei criteri di collegamento di ausilio per l'interprete per l'individuazione della legge applicabile, ma questi principi non possono essere esportati in questo diverso contesto digitale, dove finora è stato prevalente il diritto pubblico con il suo impianto regolatorio, circoscritto però al suo stretto ambito territoriale e dunque difficilmente esportabile in altri ordinamenti.

Ma l'elemento differenziale che incide maggiormente è rappresentato dal fatto che la datasfera è interamente governata da strumenti tecnologici, i quali sono asserviti a ferree regole di natura tecnica fondate per lo più su algoritmi e procedura di auto-apprendimento. Così, la tecnica si fa norma e quindi la regola è il codice; i due concetti si fondono fino a diventare un tutt'uno[10].

Le norme comportamentali sono scandite dalle tecnologie digitali che, solamente se seguite alla lettera, consentono o non consentono di pervenire ad un determinato risultato (l'esempio più semplice è quello dei campi digitali da riempire all'interno di una maschera per una qualunque operazione attraverso la connessione alla rete). E la procedura non è certamente imposta dal legislatore, ma da chi ha realizzato il modulo, definendone preventivamente tutti gli snodi.

Nei contesti in cui risiedono procedure automatizzate l'intervento umano non è contemplato nella fase attuativa e l'intero processo operazionale è governato dagli algoritmi che conducono in via autonoma la raccolta dei dati e la loro analisi a fini descrittivi, prescrittivi e predittivi. Nel primo caso forniscono risultati per lo più statistici dello specifico ambito in cui gli algoritmi hanno operato; nel secondo caso, gli algoritmi elaborano regole di condotta sempre per quello specifico ambito e, nell'ultimo caso, invece prevedono comportamenti o decisioni umani, o eventi.

---

[9] L'algoritmo è una sequenza di istruzioni che consente di risolvere un quesito o di calcolare un risultato di un problema matematico. La sua esecuzione deve portare ad un risultato univoco (si parla di effettività) in un tempo definito. Dunque, l'utilizzo di algoritmi, nelle scienze matematiche – e ora informatiche – garantisce una certezza in ordine di risultato e di tempo.

[10] Si ha così un riscontro effettivo a quell'acuta intuizione di Lessig 1999, secondo cui *code is law*.

4. Le decisioni basate sui dati

Gli algoritmi vengono oggi sempre di più utilizzati nell'ambito dell'elaborazione dei dati per:

a) ispirare scelte da compiersi;

b) prevedere, cioè calcolare in anticipo, comportamenti futuri posti in essere da terzi;

c) fondare decisioni automatizzate.

Per il primo caso, si pensi a quei programmi informatici, chiamati 'app' che suggeriscono al suo utente, visitatore di una certa località turistica, determinati luoghi da vedere, o esercizi commerciali dove recarsi, o il tragitto per raggiungere uno specifico luogo costellato di indicazioni e proposte.

In questo contesto, sono messe in atto sempre più sofisticate tecniche di profilazione dell'individuo, che, per mezzo di queste analisi automatizzate, non viene più considerato quale soggetto titolare di dati personali a cui competono diritti o facoltà riconosciute dal corposo assetto normativo di matrice europea, ma come il prodotto di dati anonimi che sono il risultato del suo tracciamento di condotte, movimenti reali o virtuali, da egli posti in essere. Così configurato l'individuo trascende dalla tutela legislativa perché perde il riferimento dell'identità e diviene un dato anonimo e obiettivo di società commerciali che hanno il solo intento di annoverarlo quale cliente dei propri beni o servizi.

Non vi sono leve normative che possano ostacolare tali processi ricostruttivi perché essi sono anonimizzati, ma può intervenire la sanzione unicamente nel caso in cui vi fossero algoritmi preventivamente predisposti per compiere discriminazioni tra categorie di soggetti, quali ad esempio quelle di genere, di razza, di età. Ma tale verifica tecnica, in verità, si mostra estremamente complessa da accertare in concreto.

Nella seconda ipotesi, gli algoritmi, con i dati raccolti e analizzati, svolgono una funzione predittiva, cioè di anticipare quelle che saranno i modelli comportamentali di una determinata categoria o cerchia di soggetti preventivamente individuata in base a specifiche caratteristiche ed ai dati raccolti. Queste previsioni sono molto utili perché possono essere fatte in qualsiasi ambito: economico, sociale e giuridico.

Nella terza ipotesi, i dati processati dagli algoritmi sono alla base di decisioni automatizzate sia in ambito privato che in ambito pubblico e naturalmente hanno rilievo giuridico. In questo caso, ai fini della correttezza del processo decisionale è indispensabile verificare la qualità dei dati e la metodologia della loro raccolta e la logica sottostante alla loro elaborazione. Su questo tema, però, non esistono regole condivise, né codici di condotta che possono essere imposti, ma ci si affida a rare forme di autodisciplina.

Nell'ambito della pubblica amministrazione si sta affermando l'adozione di provvedimenti amministrativi all'esito di un processo decisionale basato sugli algoritmi, collegato ad esigenze di speditezza e semplificazione dell'azione amministrativa. La

decisione affidata alla sola tecnologia riguarda per lo più quegli atti c.d. a bassa discrezionalità, richiedenti accertamenti tecnici, rispetto ai quali è prevedibile una limitata gamma di soluzioni a partire da specifici e predefiniti presupposti.

La giurisprudenza amministrativa, al riguardo, ha comunque precisato che

> le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possano mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere e che pertanto, al fine di assicurare l'osservanza degli istituti di partecipazione, di interlocuzione procedimentale, di acquisizione degli apporti collaborativi del privato e degli interessi coinvolti nel procedimento, deve seguitare ad essere il dominus del procedimento stesso all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt'oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo.
> Questo perché la procedura amministrativa non può legittimare la sua devoluzione ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimentali incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati. Infatti, gli istituti di partecipazione, di trasparenza e di accesso, di relazione del privato con i pubblici poteri non possono essere legittimamente mortificati e compressi soppiantando l'attività umana con quella impersonale, che poi non è attività, ossia prodotto delle azioni dell'uomo, che può essere svolta in applicazione di regole o procedure informatiche o matematiche. Ad essere inoltre vulnerato non è solo il canone di trasparenza e di partecipazione procedimentale, ma anche l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost., diritto che risulta compromesso tutte le volte in cui l'assenza della motivazione non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al Giudice, di percepire l'iter logico – giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimentale[11].

Il Consiglio di Stato, invece, nell'affermare l'utilità di tale modalità operativa di gestione dell'interesse pubblico con riferimento a procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti informazioni, ne sottolinea i numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata.

In tale contesto, infatti, il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, sog-

[11] Così, Tar Lazio, 13 settembre 2019, n. 10964.

getto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il *modus operandi* della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere[12].

Ed al fine di evitare di incorrere nel vizio dell'illegittimità, premessa la generale ammissibilità di tali strumenti assumono rilievo fondamentale due aspetti preminenti, quali elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica:

a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati;

b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo.

Sul versante della piena conoscibilità, rilievo preminente ha il principio della trasparenza, da intendersi sia per la stessa p.a. titolare del potere per il cui esercizio viene previsto il ricorso allo strumento dell'algoritmo, sia per i soggetti incisi e coinvolti dal potere stesso. Ed il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) deve essere 'conoscibile', secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico.

Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori, al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato.

In proposito, va ribadito che, la caratterizzazione multidisciplinare dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la formula tecnica, che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella regola giuridica ad essa sottesa e che la rendano leggibile e soprattutto comprensibile.

4.1. L'algoritmo per la politica del diritto

Il diritto, in tutti suoi formanti, alla stregua di ogni altro fenomeno sociale e scientifico, può essere considerato come un insieme di dati da raccogliere e analizzare attraverso le tecnologie basate sugli algoritmi. Attraverso questa pratica, l'operato-

[12] Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472. Si veda anche Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2021, n. 7981.

re del diritto (sia esso magistrato, avvocato, legislatore, ricercatore o studente) può condurre ed ottenere dei risultati informativi che migliorano la comprensione di un istituto nella sua interpretazione ed il suo grado di efficienza e di effettività. L'output informativo prodotto dall'analisi dei *legal big data* è dunque uno strumento che si rivela molto utile come ausilio sia per lo studioso del diritto e sia per il decisore politico che, in base ai dati ottenuti, può fondare la scelta di introdurre una nuova previsione normativa o di modificarne una preesistente.

4.2. L'algoritmo in funzione predittiva

Naturalmente, l'analisi dei dati legali si rivolge principalmente ai prodotti giudiziari delle corti – dunque alla giurisprudenza – e consente di avere risultati obiettivi che l'interprete scevro da pregiudizi soggettivi può riscontrare[13].

Un ulteriore aspetto significativo è da ricercarsi nell'analisi dei dati giudiziari per prevedere la soluzione di casi analoghi, attività già in fase avanzata nel mondo anglosassone (previsioni azzeccate quasi all'80% per le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo). Siamo di fronte ad una razionalizzazione modernizzata dell'antico principio dell'*id quod plerumque accidit*, che si compie per mezzo di un ragionamento probabilistico che si fonda sull'analisi di tutti i casi che presentano *a priori* tratti caratteristici comuni.

4.3. L'algoritmo per l'applicazione automatica del diritto

Si ipotizza che in un prossimo futuro vi sarà l'applicazione automatizzata delle regole giuridiche nei confronti di gruppi di soggetti accomunati da medesimi requisiti: ad esempio, qualifica professionale, età, fascia di reddito, ecc., che, a vario titolo, hanno relazioni con la pubblica amministrazione, o nei rapporti tra privati. Le norme saranno operanti in modo automatico unicamente per quella specifica categoria di soggetti – e quindi non anche per la generalità dei consociati – preventivamente identificati dal trattamento automatizzato dei loro dati personali che il soggetto che definisce la regola già possiede.

[13] Sono note le riflessioni di P. Calamandrei, in *Processo e democrazia*, sulla non prevedibilità delle decisioni giudiziarie e sul ripudio della concezione meccanicistica delle sentenze emesse dai giudici, influenzate dall'intuizione e dal sentimento umano che intaccano il principio di legalità; secondo l'Autore, «il giudice non è un meccanismo: non è una macchina calcolatrice. È un uomo vivo: e quella funzione di specificare la legge e di applicarla nel caso concreto, che in vitro si può rappresentare come un sillogismo, è in realtà una operazione di sintesi, che si compie a caldo, misteriosamente, nel crogiuolo sigillato dello spirito, ove la mediazione e la saldatura tra la legge astratta e il fatto concreto ha bisogno di compiersi, della intuizione e del sentimento acceso in una coscienza operosa. […] bisogna persuadersi che ogni interpretazione è una ricreazione: e che in ogni interpretazione l'ispirazione individuale è decisiva». Secondo l'Autore, dunque, ridurre la funzione del giudice a un «puro sillogizzare vuol dire impoverirla, inaridirla, disseccarla» (Calamandrei 2019, p. 647).

Si parla, secondo una definizione che ci viene consegnata dagli Stati Uniti, di norme granulari, cioè di regole giuridiche che, anziché rivolgersi alla collettività, si indirizzano con la loro efficacia verso una sola classe di destinatari[14]. Il diritto granulare è una versione atomistica di una materia composita quale è il diritto generalmente inteso.

Così come gli algoritmi sono in grado di personalizzare le offerte commerciali in relazione ai destinatari del messaggio pubblicitario, o di personalizzare le cure mediche di un paziente affetto da una specifica patologia, possono anche definire norme personalizzate per i singoli destinatari.

È una tendenza che si scontra con la secolare tradizione kelseniana secondo cui legiferare significa generalizzare, in quanto le norme sono formulate da regole impersonali ed astratte idonee a coprire il più vasto campo di singoli casi. Con il diritto granulare, invece, la società e gli individui che la compongono vengono scomposti e suddivisi in molteplici ed ordinate categorie che racchiudono dati omogenei.

Si passa dunque da un diritto impersonale che non tiene in minimo conto delle differenze soggettive degli individui, ad un diritto settoriale, cioè delimitato, che si indirizza verso una cerchia di soggetti preventivamente individuati e che possiedono caratteristiche comuni.

In questo modo, il concetto o il precetto giuridico contenuto nella norma perde la sua astratta purezza per scendere di livello perché dal punto di vista formale subisce una specificazione, che però le attribuisce una maggiore applicabilità pratica.

Si dice che attraverso questa personalizzazione delle norme per mezzo della tecnologia algoritmica verrebbe riequilibrato il rapporto tra equità del diritto (individuale) e certezza del diritto. In sostanza, si creerebbe un diritto più equo che tiene in considerazione le specificità soggettive dei suoi destinatari, differenziandoli dalla collettività indistinta che soggiace alle norme di portata generale.

Il progetto di un diritto personalizzato può trovare una sua applicazione nel prossimo futuro nell'area del diritto civile e soprattutto nel campo della responsabilità civile; in questa branca, specialmente negli ordinamenti di *common law*, come noto, vige il criterio della *standard of care*, vale a dire un livello di diligenza media che l'agente, compiendo una specifica attività, deve osservare per non incorrere in responsabilità in caso di evento dannoso.

Si pensi, ad esempio, al guidatore di un veicolo, che, in base alla disciplina generale, deve rispettare lo standard di diligenza medio percorrendo la strada ad una velocità consentita dalla legge per quella strada; ma se il guidatore è affetto da una specifica patologia che lo porta ad avere un rallentamento dei riflessi, i cui dati ed effetti sono noti al creatore dell'algoritmo, dovrà attenersi ad una velocità ridotta rispetto al valore consentito dalla regola generale imposta al guidatore 'medio'. E,

[14] Cfr. sul tema, Busch, De Franceschi 2021, contenente, fra gli altri, Zeno-Zencovich 2021.

in caso di incidente, qualora non si fosse attenuto a quello specifico e personalizzato obbligo di condotta imposto dalla norma granulare, anche se tutte le disposizioni del codice della strada fossero state rispettate (ad esempio sulla precedenza), concorrerebbe nella produzione dell'illecito.

In altri termini, si verrebbe a configurare un illecito personalizzato basato non sul criterio del *reasonable man* o dell'uomo con media diligenza, ma fondato sulla persona in concreto con le sue particolarità, la cui condotta è specificatamente presa in considerazione.

Secondo questa impostazione, si garantirebbe così una applicazione più equa della responsabilità civile che tratta invece indistintamente allo stesso modo situazioni e condotte diseguali.

Se la personalizzazione delle norme giuridiche sia auspicabile o meno è una questione aperta, anche sotto il profilo etico. Ovviamente, la legge personalizzata offre non solo vantaggi, ma è anche associata ad aspetti che devono essere attentamente esaminati: oltre al costo necessario per allestire l'infrastruttura tecnologica per la raccolta ed il trattamento di una mole così grande di dati, ai sistemi di sicurezza contro la perdita dei dati e il loro accesso non autorizzato, vi sono ragioni che coinvolgono principi e diritti fondamentali dell'ordinamento, quale *in primis* quello dell'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge che bandisce trattamenti discriminatori e quello del rispetto dei dati personali (art. 22, par. 1 del Regolamento CE 679/2016, c.d. GDPR secondo cui «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona»).

Peraltro, con l'ingresso nel nostro ordinamento e in quello unionale del Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, viene espressamente vietata l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di intelligenza artificiale per la valutazione o la classificazione delle persone fisiche o di gruppi di persone per un determinato periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note, inferite o previste, in cui il punteggio sociale così ottenuto comporti il verificarsi di uno o di entrambi gli scenari seguenti: i) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di gruppi di persone in contesti sociali che non sono collegati ai contesti in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti; ii) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di gruppi di persone che sia ingiustificato o sproporzionato rispetto al loro comportamento sociale o alla sua gravità (art. 5).

Ciò sta a significare che seppur appare suggestiva l'ipotesi delle norme giuridiche personalizzate, vi sono insormontabili ostacoli normativi a presidio del principio di uguaglianza dell'individuo di fronte alla legge.

Bibliografia

Alpa 2006 = G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli 2006.

Bobbio 1951 = N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.* (1951), p. 146 ss.

Busch, De Franceschi 2021 = C. Busch, A. De Franceschi (a c. di), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, München 2021.

Calamandrei 2019 = P. Calamandrei, *Processo e democrazia*, in Id., *Opere giuridiche. Problemi generali del diritto e del processo*, vol. I, rist., Roma 2019.

Carnelutti 1943 = F. Carnelutti, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ*. (1943), p. 81 ss.

Carnelutti 1950 = F. Carnelutti, *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.* 5 (1950), p. 115 ss.

Corsale 1988 = M. Corsale, *Certezza del diritto I. Profili teorici*, in *Enc. Giur*., VI, Roma 1988.

Gianformaggio 1988 = L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, in *Dig. Disc. Priv*. – *sez. civ*., II, Torino 1988, p. 274 ss.

Grossi 2014 = P. Grossi, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.* (2014), p. 921 ss.

Irti 1979 = N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano 1979[1].

Lessig 1999 = L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York 1999.

Longo 1958 = G. Longo, *Certezza del diritto*, in *Nov. Dig. It.*, III, Torino 1958, p. 125.

Lopez De Oñate 1942 = F. Lopez De Oñate, *La certezza del diritto*, Roma 1942.

Sammarco 2008 = P. Sammarco, *Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie della comunicazione*, in *Dir. inf*. (2008), p. 711 ss.

Sammarco 2020 = P. Sammarco, *L'attività di web scraping nelle banche dati ed il riuso delle informazioni*, in *Dir. inf.* (2020), p. 219 ss.

Sammarco 2022 = P. Sammarco, *Il trasferimento di dati da una banca dati all'altra mediante l'attività dei motori di ricerca*, in *Dir. inf.* (2022), p. 383 ss.

Zeno-Zencovich 2018a = V. Zeno-Zencovich, *La "datasfera". Regole giuridiche per il mondo digitale parallelo*, in L. Scaffardi (a c. di), *I profili del diritto. Regole, rischi e opportunità nell'era digitale*, Torino 2018, p. 99 ss.

Zeno-Zencovich 2018b = V. Zeno-Zencovich, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *MediaLaws* (2018), 2, p. 32 ss.

Zeno-Zencovich 2020 = V. Zeno-Zencovich, *Big data e epistemologia giuridica*, in S. Faro, T.E. Frosini, G. Peruginelli (a c. di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Bologna 2020, p. 13 ss.

Zeno-Zencovich 2021 = V. Zeno-Zencovich, *"Smart Contract", "Granular Norms" and Non-Discrimination*, in Busch, De Franceschi 2021, p. 264 ss.

La intrinseca incertezza della 'certezza del diritto'

Vincenzo Zeno-Zencovich
Università degli Studi "Roma Tre"

Il tema della certezza del diritto è stato analizzato, decostruito, ricostruito, promosso o contestato in migliaia di libri, articoli, decisioni giudiziarie.

È difficile, davvero, dire qualcosa di nuovo, ma soprattutto presentare tesi ed argomenti che possano avere un qualche impatto concreto e non rimangano soltanto parole scritte su una pagina bianca.

Tale cautela è tanto più giustificata da parte di chi non ha la struttura mentale, né la esperienza del teorico del diritto. D'altronde, la nozione di certezza del diritto dipende massimamente dalla posizione dell'osservatore: individuo o istituzione; e dalla ragione, generale o specifica, pratica o teorica per la quale la si vuole affermare.

La prima considerazione che chi scrive può trarre dalle migliaia e migliaia di pagine dedicate al tema è che vi sono poche espressioni giuridiche – si perdoni il bisticcio – così incerte. L'espressione 'certezza del diritto' contiene – anche a prescindere dalla naturale variabilità degli interpreti e dal contesto nel quale scrivono[1] – una intrinseca multi-valenza semantica legata alla indeterminatezza dei due sostantivi 'certezza' e 'diritto'.

Il primo di questi termini si presta ad essere declinato in molteplici direzioni di cui le più evidenti sono prevedibilità, stabilità, chiarezza, applicabilità. Si tratta di termini vicini, ma non sinonimici, ed è facile comprendere che l'uno non comprende, ma nemmeno esclude, l'altro. Una norma chiara non è detto che sia stabile: il divieto categorico viene successivamente attenuato da eccezioni; eventi sopravvenuti rendono inapplicabile una norma di cui in origine era prevista la casistica.

Spesso di queste caratteristiche si richiede la compresenza; in altri casi solo di alcune. Ma soprattutto il termine 'certezza' sembra esprimere una concezione che può apparire *naif* nel profano, ma che evidenzia una illusione, un travisamento, una astrazione, da parte dell'esperto.

---

[1] Appare ovvia la curvatura ideale sottesa all'ampio, e citatissimo, scritto di Jemolo 1932.

Ciò che si vuole dire è che essa tradisce una visione atomistica del fenomeno normativo, come se le norme fossero degli elementi tratti in purezza da una tabella naturalistica o chimica.

La 'certezza' – quale che sia la curvatura che vogliamo dare al termine – non può essere riferita ad una norma perché questa vive in un contesto nel quale la sua interpretazione e la sua applicazione dipendono da centinaia, migliaia di altre norme.

Dunque, quella norma può essere chiara, stabile, applicabile, prevedibile, ma se mutano altre norme ad essa collegate la 'certezza' si rileva illusoria: si pensi banalmente alla disciplina processuale sulla ammissibilità delle prove e come ciò può incidere sulla posizione di forza delle parti in un giudizio civile. Oppure ad un abbassamento generalizzato del limite della pena edittale per usufruire della sospensione condizionale della pena; oppure la equiparazione di taluni soggetti che consente loro di partecipare ad una gara pubblica.

E poiché questo contesto diviene sempre più fittamente popolato da migliaia, centinaia di migliaia, milioni di norme, la 'certezza' sembra risolversi in una utopica istanza di immobilità[2].

Ma anche a voler limitare la istanza di 'certezza' ad un ambito ristretto, ci si avvede che anche il secondo sostantivo (diritto) presenta molteplici varianti. Ci riferiamo al diritto espresso attraverso un testo di applicazione generale emanato dalla autorità competente? Ci riferiamo alla giurisprudenza? Consideriamo solo gli atti normativi di fonte primaria? Oppure anche quella secondaria, e a che livello di secondarietà? Comprende allegati tecnici, linee-guida, modelli standard?

Quando poi ci si riferisce alla giurisprudenza, l'aspirazione alla certezza intesa nel senso di prevedibilità appare collegata da una parte a fattori generali – la vincolatività o meno dei precedenti delle corti di ultima istanza; dall'altro confligge con l'essenza del giudizio, ovvero la *res dubia*. Se questa mancasse non vi sarebbe ragione – se non emulativa – per instaurare un giudizio.

È possibile poi distinguere le norme 'certe' in relazione alle situazioni giuridiche disciplinate? Diritti fondamentali? Relazioni interpersonali? Rapporti del privato con soggetti pubblici? *In bonam partem* (e quale?) ovvero *in malam partem*? E dobbiamo distinguere fra rapporti di durata e quelli che *uno actu perficitur* (con riguardo ai quali sono evidenti le implicazioni che lo *ius superveniens* porta con sé)? E poi i *revirements* giurisprudenziali, il *prospective overruling*, l'efficiacia *ex nunc o ex tunc* della decisione[3].

Più in generale, si può affermare che il concetto di 'certezza' cambia valenza nel diritto penale, nel diritto civile, nel diritto amministrativo, nel diritto costituzionale[4]?

---

[2] v. Popelier 2008.

[3] Sulla dimensione valoriale della certezza del diritto si sofferma Comanducci 1995.

[4] In quest'ultimo ambito v. Pino 2018; v. pure Manili 2019.

Quanto appena assai sommariamente esposto non è ispirato da un nichilismo giuridico, ma dalla esigenza di interrogarsi su quale sia il senso della espressione 'certezza del diritto', volendo escludere che essa sia soltanto una delle tante 'formule magiche' che i giuristi amano usare e coltivare.

In termini costruttivi quel che si vuole evidenziare è che l'espressione 'certezza del diritto' costituisce una convenzione linguistica[5] cui si attribuisce un significato variante a seconda del momento storico, della cultura giuridica, del contesto operazionale nella quale viene collocata[6].

Da questo punto di vista l'analisi comparativa è di ausilio nella misura in cui è in grado di verificare se e in che misura la espressione si rinvenga nei diversi ordinamenti della tradizione giuridica occidentale.

Si parta dell'ordinamento comunitario il quale presenta, all'osservazione, un duplice vantaggio: da un lato esso si è formato, quantomeno nel suo primo quarantennio, attingendo alle tradizioni degli Stati membri, di cui almeno tre (Francia, Germania e Italia) con un elevato livello di elaborazione dottrinale e istituzionale di molti concetti chiave (fra cui, appunto, quello di 'certezza del diritto').

Dall'altro, tale ordinamento progressivamente ha plasmato quelli degli Stati membri con una migrazione al loro interno del c.d. *acquis communautaire*. Ora, riguardo al principale motore di tale processo uniformante – per via della cogenza delle sue decisioni – cioè alla giurisprudenza della Corte di Giustizia si constata che in oltre duemila sentenze – a partire dal caso C-7/56 (quando le istituzioni europee erano ancora allo stato embrionale) *Algera c. Parlamento* – l'espressione è utilizzata sia come termine finalistico (la certezza del diritto come fattore che caratterizza e deve plasmare l'ordinamento giuridico), sia come regola applicativa (quando occorre motivare la non conformità di una norma o di una sua interpretazione). Il ricorso ad esso è peraltro crescente, il che pare spiegabile proprio in relazione al moltiplicarsi della produzione normativa, alla interferenza fra norme e agli inevitabili dubbi che ne derivano[7].

La espressione, dunque, si colloca nella panoplia dei principi ordinanti dall'ordinamento euro-unitario accanto ad altri di pari importanza – come stato di diritto, proporzionalità, non discriminazione – e la cui determinazione è rimessa da un lato al caso concreto *sub iudice*, dall'altro allo stratificarsi della casistica giurisprudenziale.

Il giusrealista[8] quindi constata che il termine 'certezza del diritto' ben lungi dall'essere campo di dialettiche teoriche, costituisce una porzione concreta, attuale e importante nella interpretazione e applicazione del sistema. Il suo significato – per

[5] Con la ovvia conseguenza che, cambiando la lingua, cambia la convenzione: v. Gerkens 2010.

[6] E che anche in contesti nei quali si tende ad invocare la 'certezza', la si piega ad esigenze equitative: Alexy 2015.

[7] Pare utile richiamare qui la chiara posizione di J. Braithwaite secondo cui la certezza del diritto è assai meglio servita da 'principi' adattabili che da 'regole' casuistiche (Braithwaite 2002).

[8] Ben consapevole delle diverse, prevalenti anche per autorità, letture *in subiecta materia*: v. Pfersmann 2002.

riprendere la abusata frase di Humpty Dumpty in *Alice nel Paese delle Meraviglie* – è esattamente quello che la Corte di Giustizia decide di attribuirvi, né più, né meno.

La conclusione è che non v'è questione di opportunità, utilità, coerenza: la 'certezza del diritto' è un elemento formativo del sistema, utilizzato dai molteplici attori (istituzioni, giudici, soggetti privati) per il raggiungimento di precisi obiettivi.

La dissezione operata nel primo paragrafo è dunque inane: quand'anche essa fosse condivisa, ciò non diminuirebbe di una piuma il peso che la 'certezza del diritto' svolge nell'ordinamento euro-unitario e, ovviamente, in quelli degli Stati membri.

Ma è proprio l'approccio gius-realistico[9] a mettere in luce la natura eminentemente convenzionale della espressione, giacché non appena l'osservazione si sposti verso altri lidi ci si rende conto del suo diverso peso e dunque significato.

Volendo cercare delle realtà funzionalmente comparabili, una indagine sulla 'certezza del diritto' come *ratio decidendi* ovvero anche solo come argomento di sostegno alla motivazione nella secolare giurisprudenza della House of Lords britannica – ora trasmutata in UK Supreme Court – ovvero in quella della Corte Suprema degli Stati Uniti evidenzia una generalizzata occasionalità del termine ed un suo confinamento con riguardo a specifici ambiti.

Nello specifico la esigenza di 'certezza' viene ravvisata essenzialmente nel campo del diritto penale – che noi racchiuderemmo nella formula *scripta, stricta, praevia et certa* – sia con riguardo alla norma trasgredita, sia con riguardo alla dimensione – fondamentale negli ordinamenti anglo-americani – della prova.

In ogni caso, non è possibile confrontare anche solo numericamente (e non solo nel loro impatto) le duemila decisioni della Corte di Giustizia nei suoi 70 anni di attività con forse un centinaio di decisioni, fra le due somme autorità inglese e statunitense, sparse fra migliaia nell'arco di – per limitare l'ambito temporale – di due secoli.

Ora, posto l'assunto che nella tradizione giuridica occidentale, il diritto e le sue istituzioni perseguono comuni obiettivi di Giustizia (beninteso, coerenti con ciascuna epoca storica) e di governo pacifico della società, la circostanza che sul continente europeo la 'certezza del diritto' assuma una importanza così manifesta, che invece è assente oltre Manica e oltre Atlantico porta a interrogarsi in primo luogo sulla esistenza di equivalenti funzionali: ovverosia, scartata la provinciale supposizione di una 'superiorità' di un modello rispetto ad un altro, la domanda che il comparatista si pone è con quali strumenti (istituzionali, concettuali, teorici, procedimentali) medesimi obiettivi vengono perseguiti ed assicurati in diversi sistemi.

Sarebbe davvero strano, infatti, tornare a prospettare in versione moderna, quelle screditate teorie dell'Ottocento secondo le quali non vi era diritto oltre Manica

[9] Aderendo alla visione – scarsamente compresa e condivisa da questo lato dell'Atlantico – di J. Frank, secondo cui «much of the uncertainty of law is not an unfortunate accident: it is of immense social value». «The law can make only relative and temporary compromises between stability and indispensable adjustment to the constantly shifting factors of social life» (Frank 2009, p. 7).

perché non vi erano codici e leggi cogenti[10]. E, di converso, che l'Amministrazione continentale fosse retta dal puro arbitrio perché i suoi atti non erano sindacabili dal giudice ordinario.

In questa prospettiva funzionale si può ipotizzare che le funzioni del principio continentale della 'certezza del diritto' sono svolte, oltre Manica e oltre-Atlantico dall'amplissima teoria della 'rule of law'. Come è noto, in quegli ordinamenti il concetto – ben differente dai nostri *état de droit*, *Rechtsstaat*, stato di diritto[11] – ha una curvatura tutta processuale in quanto la legalità è affidata ai giudici, sicuramente 'padroni' delle regole di procedura e al cui controllo tutti gli atti, pubblici e privati, sono sottoposti.

L'esigenza di 'certezza' è assicurata attraverso due parametri. Il primo è quello della attenta verifica dello *ius superveniens* la cui validazione giudiziaria non è automatica, bensì richiede un intervento della Corte.

Il secondo è quello del vincolo del precedente. Per quanto sullo *stare decisis* si siano versati fiumi di inchiostro critico, se guardiamo il complesso – e non le sue inevitabili eccezioni – della produzione giurisprudenziale si constata che i mutamenti decisionali si fondano, in genere, su un attento *distinguishing* nel quale l'elemento normativo costituisce non un comando, bensì un fatto al pari di quelli materiali. E sempre con tale finalità si può leggere il consolidato istituto del *prospective overruling*[12]. La certezza impone la validazione nel caso concreto di interpretazioni superate ma che hanno creato un affidamento nei consociati.

Se ne trae una considerazione di fondo, e cioè che la 'certezza del diritto' (quale che sia il significato che vogliamo attribuirvi) come tante altre nozioni giuridiche dipende dalla importanza che la comunità, in primo luogo quella dei giuristi, vi attribuisce: *It is in the eyes of the beholder.*

Bibliografia

Alexy 2015 = R. Alexy, *Legal Certainty and Correctness*, in *Ratio Juris* 28 (2015), p. 441 ss.

Braithwaite 2002 = J. Braithwaite, *Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty*, in *Australian J. Leg. Phil.* 27 (2002), p. 47 ss.

Comanducci 1995 = P. Comanducci, *Aarnio and the Problem of Legal Certainty*, in *Rechtstheorie* 26 (1995), p. 27 ss.

Frank 2009 = J. Frank, *Law & the Modern Mind*, Piscataway (NJ) 2009 (riedizione della sesta ristampa del 1948).

Gerkens 2010 = J-F Gerkens, *Legal Certainty v Legal Precision*, in *Fundamina* 16 (2010), p. 121 ss.

Jemolo 1932 = A.C. Jemolo, *Il nostro tempo ed il diritto*, in *Arch. Giur.* (1932), p. 129 ss.

[10] E tuttavia non manca, tutt'oggi, chi vorrebbe 'correggere' i giuristi statunitensi portandoli a seguire il modello europeo di certezza del diritto: v. Maxeiner 2007.

[11] Cfr. i numerosi saggi in Pino, Villa 2016.

[12] v. Wade 1941.

Manili 2019 = P.L. Manili, *La seguridad jurídica en el derecho constitucional comparado*, in *Lex* (2019), p. 277 ss.

Maxeiner 2007 = J.R. Maxeiner, *Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy*, in *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 15 (2007), p. 541 ss.

Pfersmann 2002 = O. Pfersmann, *Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation*, in P. Comanducci, R. Guastini (a c. di), *Analisi e diritto 2001 – Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino 2002, p. 231 ss.

Pino 2018 = G. Pino, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico* (2018), p. 517 ss.

Pino, Villa 2016 = G. Pino, V. Villa, *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna 2016.

Popelier 2008 = P. Popelier, *Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker*, in *Legisprudence* 2 (2008), p. 47 ss.

Wade 1941 = H.W.R. Wade, *The Concept of Legal Certainty. A Preliminary Skirmish*, in *Modern L. Rev.* 4 (1941), p. 183 ss.

Certezza del diritto e 'regimi processuali'

Roberto Pucella
Università degli Studi di Bergamo

1. Una premessa

La 'certezza del diritto' per il giudice di merito chiamato ad applicare la legge e per l'avvocato che quella applicazione sollecita con riguardo al caso di specie è un presupposto di sicurezza e di garanzia.

L'azione giudiziale contiene fisiologicamente, in sé, un margine variabile di rischio di insuccesso, legato alla circostanza che il diritto non è una scienza esatta: evoluzione e mutamento degli orientamenti interpretativi, défaillance probatorie di varia origine e natura, limiti di capacità del giudicante, debolezza delle tesi spese in giudizio costituiscono altrettanti fattori in grado di orientare la decisione in un senso (inaspettato) o nell'altro.

Il rischio più insidioso è tuttavia rappresentato da un diritto 'incerto' perché la sua applicazione è l'effetto di accomodamenti, di assestamenti, di semplificazioni applicative frutto di influssi esercitati dal 'diritto vivente' che, a loro volta, traggono origine e spinta dal sentire comune, da bisogni sociali, da ragioni di *policy,* da pulsioni disarmoniche all'interno della comunità degli studiosi, espressiva della dottrina, ma soprattutto, per questo aspetto, della giurisprudenza.

Se l'esito del processo diviene incerto *oltre* la fisiologica misura che lo contraddistingue, allora l'avvio dell'azione o la difesa giudiziale vengono accompagnati da margini di alea che espongono in misura più marcata le parti al rischio e agli oneri della soccombenza, condizionano le strategie difensive e rendono più complesso il rapporto cliente-avvocato.

Una delle sfaccettature che ben rappresenta questa dimensione *incerta* la si coglie nella dinamica processuale e, in particolare, nella 'manipolazione' delle regole che la contraddistinguono.

A tale aspetto saranno dedicate le pagine che seguono; in particolare mi soffermerò sia sul modo attraverso il quale la sistematica rilettura della regola probatoria (può) genera(re) incertezza, vuoi per l'affastellarsi di *revirement,* vuoi per il consoli-

darsi di regole applicative che, con l'apparente obbiettivo di semplificare il regime probatorio, di fatto lo alterano e lo modificano; sia sui modi attraverso i quali l'incisione della regola probatoria mira, per contro, a risolvere profili di incertezza originati dalla complessità dei fatti posti al vaglio del giudice.

2. Verità processuale e onere della prova

La prassi giurisprudenziale mostra che le regole processuali che attengono alla prova si prestano ad essere integrate, adattate al caso (o, meglio, alle tipologie di casi) posto al vaglio del giudicante, interpretate in vista di un fine, che muta – o può mutare – in ragione della variata sensibilità del giurista, dell'evolversi del costume sociale, e, più in generale, di esigenze collegate ai variati assetti economico-giuridici del sistema.

Perché proprio la regola probatoria?

Il fenomeno ha una spiegazione immediata ed intuitiva: il giudizio è deciso alla luce della 'verità processuale'[1] e la verità processuale è accertata in ragione dell'onere probatorio posto a carico delle parti.

Ne consegue che, dal momento che il giudice decide *secundum alligata ac probata,* non solo l'esito del processo è condizionato da ciò che è dato di provare, ma anche da ciò che non si riesce a provare, conseguendo, di norma, a tale impedimento il rigetto della domanda.

La conseguenza, ovvia, è che alla maggiore complessità del carico probatorio posto in capo ad una delle parti del processo corrisponde un maggior rischio di non raggiungere la soglia probatoria che consenta di ritenere acquisita una 'verità processuale'.

La regola contenuta nell'art. 2697 c.c. appare formalmente equilibrata perché pone in capo a ciascuno dei protagonisti dell'agone giudiziale, attore e convenuto, ricorrente e resistente, l'onere di dimostrare i fatti posti a sostegno delle proprie allegazioni processuali.

Ma all'equilibrio della forma non necessariamente corrisponde l'equilibrio della sostanza, perché la dimostrazione dei 'fatti' posta a carico delle parti può comportare difficoltà di varia natura che sbilanciano il peso reale dell'onere probatorio.

Si pensi alla complessità che può presentare la dimostrazione di una circostanza che richieda il ricorso a regole tecniche, come la natura colposa di una prestazione professionale; o la difficoltà di dimostrare fatti che esulano da quelli posti sotto il proprio controllo o conoscenza; o la complessità di ricostruire eventi accaduti decine di anni prima, o di provare accadimenti ai quali la parte onerata non ha assistito.

L'esperienza degli ultimi quarant'anni mostra che l'intervento integrativo e correttivo della giurisprudenza è stato incessante, ininterrotto, funzionalmente volto

[1] Dunque una verità 'relativa': cfr. Taruffo 1997, p. 16.

alla creazione di nuove regole destinate ad incidere significativamente sugli assetti dell'onere probatorio.

Vi è un denominatore comune che lega i vari ambiti e contesti nei quali la giurisprudenza è intervenuta creando, di fatto, nuovi sistemi di regole, rappresentato dall'esigenza di proteggere categorie deboli, come ad esempio il paziente nella relazione di cura, o il consumatore; o addirittura macrocategorie ritenute 'deboli', come i creditori che debbano offrire prova dell'altrui inadempimento; o persino categorie per nulla deboli, ma ritenute 'meritevoli di tutela', come l'Amministrazione finanziaria nel processo tributario.

Il fine che la giurisprudenza ha perseguito è la semplificazione dell'onere probatorio; gli strumenti adoperati sono stati diversi, a seconda dei tempi e dei contesti: il più diffuso è certamente l'utilizzo delle presunzioni.

3. Le presunzioni, il criterio di 'normalità' e *l'id quod plerumque accidit*

La presunzione è, in sé, uno strumento di alleggerimento del carico probatorio; se legale, incide direttamente sulla ripartizione dell'onere della prova; se semplice, esonera la parte dall'onere di dimostrare direttamente il fatto o la circostanza da provare, pur rimanendo a carico della parte stessa l'indicazione di elementi e indizi, circostanziati, rilevanti e non contraddittori, che consentono al giudice di trarre la presunzione.

Proprio per questo la presunzione semplice è mezzo di prova attendibile, in quanto fondata su un processo logico secondo cui il fatto da provare dev'essere desumibile dal fatto noto come conseguenza ragionevolmente possibile.

Questo collegamento avviene, a volte, in forza dell'applicazione di regole scientifiche; così nel caso di scuola in cui la massa del veicolo e la lunghezza della frenata (fatti noti) danno conto della velocità dell'automezzo al momento del sinistro (fatto ignoto).

Ma per i rilievi che si vanno facendo appaiono più interessanti e complessi i casi nei quali la connessione tra fatto noto e fatto ignoto è giustificata alla luce di un *criterio di normalità* basato sull'*id quod plerumque accidit*; la presunzione – si osserva – è una deduzione logica che, in quanto tale, «deve essere probabilmente convincente, non oggettivamente inconfutabile»[2]; un tale criterio di normalità va adattato alle peculiarità della fattispecie esaminata[3].

[2] Così Cass., 21 luglio 2022, n. 22824, in *De Jure.*

[3] Così in materia tributaria la rettifica del reddito del contribuente da parte dell'Amministrazione finanziaria richiede, a fronte dell'asserita inattendibilità di scritture contabili formalmente corrette, «di indicare quali circostanze contrastino con i risultati della gestione ufficiale delineando un quadro probatorio di supporto in grado di dare corpo alle presunzioni poste a base dell'accertamento» (nella specie sono stati ritenuti rilevanti elementi di fatto in palese contrasto con il limitato numero di incarichi ufficialmente ricevuti dalla società e risultanti ai fini fiscali, quali «l'alto numero di inserzioni promozionali per gli immobili da vendere, agende dense di numerosi appuntamenti, block notes pieni di appunti» (Cass., 13 maggio 2015, n. 9732).

La 'normalità' è una valvola che si presta ad essere aperta o chiusa, a seconda delle esigenze; è concetto sufficientemente ampio da poter essere definito sulla scorta di leggi scientifiche, di massime di esperienza, di semplici generalizzazioni del senso comune.

Per questo, il diffuso richiamo alla 'normalità' e all'*id quod plerumque accidit* ha dato adito, nel corso del tempo, ad improprie applicazioni estensive del mezzo di prova.

Nel suo utilizzo più consono la 'normalità' giustifica e spiega la connessione *tra fatti* collegati tra loro; così, la conclusione di un contratto di noleggio di materiali (fatto ignoto) può essere dimostrata facendo ricorso ad elementi presuntivi, quali la mancata contestazione della fattura, l'intervenuto pagamento di un acconto e l'avvenuta messa a disposizione dei materiali (fatti noti)[4]; circostanze – queste – che rendono del tutto verosimile (e dunque rispondente all'*id quod plerumque accidit*) la stipulazione, a monte, di un atto negoziale che le giustifica.

Spesso, però, la forza che contraddistingue la verosimiglianza della connessione tra fatti è labile e la 'normalità' che li porrebbe in connessione diviene criterio soggettivo ed opinabile; in questi casi il giudice è portato a forzare il ricorso allo strumento della presunzione, dimenticando che 'gravi' devono essere gli indizi che consentono il collegamento tra i fatti.

Un interessante esempio di quanto si va dicendo lo si rinviene in quella pronuncia della S.C. che, a fronte dell'incertezza sulle cause che avevano provocato l'infezione da epatite C in un'infermiera impiegata in un reparto ospedaliero psichiatrico, ha cassato la sentenza di merito per non aver adeguatamente considerato alcuni elementi presuntivi quali la maggior esposizione al rischio dell'infermiera, «ancor più accentuato ove il servizio venga prestato in favore di pazienti con problemi psichiatrici, ed il fatto che, in tale tipo di infezioni, sia difficilissimo in genere stabilire con certezza il momento esatto di penetrazione di un agente virulento»[5].

Il 'maggior rischio' cui è esposto un operatore sanitario non rende, infatti, *normale* che un'infezione – che può essere veicolata in modi molto diversi – sia stata contratta in occasione dell'attività lavorativa svolta in un ambiente ove vi può essere contatto con soggetti infetti.

Né condivisibile (se non nella logica 'protettiva' cui si faceva cenno), e in parte contraddittorio, appare l'argomento secondo il quale la semplificazione probatoria è giustificata proprio in ragione delle difficoltà di dimostrare in altro modo la causa del contagio.

---

[4] Cass., 5 gennaio 2024, n. 315, in *Mass. Giust. civ.* (2024).

[5] Cass., 8 aprile 2004, n. 6899, in *Ragiusan* (2004), p. 248. Nel caso di specie non era stata offerta prova di alcuno specifico evento idoneo a spiegare il contagio; osserva la S.C., nel cassare con rinvio al giudice di appello, che «sarebbe stato necessario accertare, in primo luogo, se, per il tipo di reparto, le modalità di prestazione del servizio effettuato dall'A. e le mansioni dalla stessa svolte, le infermità presenti nei ricoverati, secondo l'*id quod plerumque accidit*, cioè in base a ciò che avviene normalmente e non eccezionalmente, la ricorrente avesse contratto la malattia nello svolgimento della sua professione».

Viene così a mancare il requisito della gravità dei fatti e delle circostanze a fondamento del ragionamento presuntivo, che la legge pone a presidio dell'efficacia del mezzo di prova. Non appare, invece, snaturato il processo logico che porta a ritenere dimostrato il fatto da provare desumendolo dal fatto noto.

4. Le presunzioni 'giurisprudenziali', la *res ipsa loquitur* e la giurisprudenza creativa della Cassazione

Un utilizzo diverso ancora si registra in relazione a quelle presunzioni che, non per nulla, vengono comunemente definite 'giurisprudenziali'[6], distinguendosi, così, da quelle regolate dalla legge.

L'elemento che sembra accomunare presunzioni disciplinate dalla legge e presunzioni giurisprudenziali è dato dal ricorso alla 'normalità', fondata sull'*id quod plerumque accidit,* per ricostruire processualmente l'elemento ignoto.

Due aspetti, invece, le diversificano significativamente: il primo risiede nel fatto che il ricorso a questo tipo di ragionamento presuntivo è spesso estraneo all'accertamento di *fatti*, ed è piuttosto finalizzato alla dimostrazione di altri elementi, come ad esempio, la natura colposa di una condotta. Il secondo riguarda invece il diverso valore che le circostanze e le peculiarità proprie del caso concreto vengono a rivestire nel ragionamento presuntivo: massime, nelle presunzioni semplici, in larga parte irrilevanti nelle presunzioni 'giurisprudenziali'.

Si consideri il caso di scuola affrontato dalla oramai lontana sentenza n. 6141/1978 della Cassazione[7]: «quando l'intervento operatorio non sia di difficile esecuzione ed il risultato conseguitone sia peggiorativo delle condizioni finali del paziente, il cliente adempie l'onere a suo carico provando che l'intervento operatorio era di facile esecuzione e che ne è conseguito un risultato peggiorativo, dovendosi presumere l'inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale del chirurgo».

Oggetto del ragionamento presuntivo non è, qui, *una circostanza di fatto*, bensì l'accertamento della natura colposa della condotta medica. La colpa indica lo scostamento, più o meno marcato, della condotta rispetto al modello di comportamento da tenersi; nel caso in esame questa indagine è omessa, e la conclusione cui la Corte perviene – la colpa va presunta – trova spiegazione nella regola di esperienza secondo la quale l'insuccesso non atteso, perché contrastante con il dato statistico, e non diversamente giustificabile va ricondotto ad un'inadeguata prestazione professionale.

Non sono, dunque, circostanze proprie della singola vicenda (né appurate né richieste) ad orientare il giudice verso la soluzione del caso, ma una regola di esperienza, riproducibile, come tale, in ogni fattispecie che presenti caratteristiche analoghe.

---

[6] Su cui ampiamente Faccioli 2014 e, prima di lui, Verde 1971.

[7] Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro it.* (1979), I, c. 4.

Il processo argomentativo seguito dalla Corte richiama il modello della c.d. prova *prima facie*, tipica di altri ordinamenti (accostabile in Germania all'istituto della *Anscheinsbeweis*)[8].

L'esperienza mostra che certi generi di accadimenti presentano schemi causali tipici e ricorrenti, la cui dimostrazione probatoria può essere soddisfatta semplicemente allegando l'appartenenza del caso concreto al più ampio genere: se, ad esempio, un'autovettura esce di strada e danneggia un veicolo parcheggiato, si presume la negligenza alla guida dell'automobilista, e ciò perché il dato esperienziale insegna che eventi di questo tipo sono, di regola, imputabili ad un'impropria condotta del conducente.

L'esempio nostrano di cui alla sentenza n. 6141 rientra in questo modello argomentativo.

Opera, qui, il principio della *res ipsa loquitur*[9]*;* e se i fatti parlano da sé, allora sul piano degli assetti probatori la parte onerata della prova potrà semplicemente limitarsi a dimostrare la riconducibilità del caso di specie al più ampio genere, dando conto, nell'esempio fatto, della natura routinaria dell'atto medico e del suo insuccesso, senza dovere provare la colpa del sanitario; mentre su quest'ultimo farà carico la dimostrazione di circostanze che rendono inoperante la regola di esperienza (ad esempio, la dimostrazione di un'inaspettata ed imprevedibile reazione allergica al farmaco; o, nell'altro esempio, dell'improvviso cedimento del manto stradale, causa unica dell'uscita di strada del veicolo).

Rimettere la decisione giudiziale ad una regola di esperienza è scelta aleatoria, perché la regola di esperienza, per un verso, non presenta confini netti e, per altro verso, si sottrae ad una verifica di attendibilità, con la conseguenza che essa rischia di diluirsi, sino a confondersi con – ed assorbire – le più evanescenti generalizzazioni del senso comune.

La nostra giurisprudenza ha di frequente fatto ricorso a questo tipo di argomentazione, massimamente in tema di responsabilità sanitaria, ove merita di essere richiamato il seguente principio: «se la prestazione dell'attività non consegue il risultato normalmente ottenibile in relazione alle circostanze concrete» e dunque «in caso di mancata o inesatta realizzazione di tale intervento il medico e la struttura sono conseguentemente tenuti a dare la prova che il risultato "anomalo" o anormale rispetto al convenuto esito dell'intervento o della cura, e quindi dello scostamento da una legge di regolarità causale fondata sull'esperienza, dipende da fatto a sé non imputabile»[10].

---

[8] Il rinvio è a Patti 1987, p. 169 ss.

[9] Formula assai efficace, anche se non più in uso in giurisprudenza (la si rinviene in Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno e resp.* (2000), p. 157 ss., con nota di Grondona 2000 e in Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Giur. it.* (2000), p. 740 ss., con nota di Pizzetti 2000.

[10] Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Danno e resp.* (2007), p. 811 ss. e commentata da Pucella 2007. Sugli aspetti critici conseguenti ai ripetuti interventi 'correttivi' della Cassazione v. Faccioli 2023; sull'impatto della legge n. 24/2017 sul fronte dell'accertamento della responsabilità sanitaria si rinvia a Scognamiglio 2017 e a Pucella 2022.

«Risultato "anomalo" – osserva la Corte – che deve in realtà ravvisarsi non solo allorquando alla prestazione medica consegua l'aggravamento dello stato morboso o l'insorgenza di nuova patologia, ma anche quando l'esito risulti come nella specie caratterizzato da inalterazione rispetto alla situazione che l'intervento medico-chirurgico ha appunto reso necessario».

La Corte muove dalla premessa secondo la quale l'esperienza, basata sulla regolarità delle relazioni di causa-effetto, consente di individuare risultati *normalmente* ottenibili per ciascun tipo di prestazione sanitaria; il mancato raggiungimento, nel caso concreto, del risultato atteso per quel tipo di prestazione autorizza la conclusione secondo cui lo scostamento è frutto di negligenza del sanitario, con conseguente trasferimento a carico di quest'ultimo dell'onere di dimostrare l'assenza di responsabilità.

Appare in qualche misura paradossale che l'esito dell'indagine – vale a dire l'ascrizione della responsabilità in ragione della colpa (salvo prova contraria) – prescinda dall'accertamento tipico e diretto della qualità della prestazione; ma proprio in ciò si rinviene forse la principale funzione delle presunzioni *giurisprudenziali:* nel liberare la parte che a ciò sarebbe tenuta – il danneggiato – da una difficoltà probatoria che potrebbe compromettere l'esito favorevole dell'azione.

Se questa funzione sia apprezzabile[11], ed in quale misura essa si dimostri compatibile con gli assetti probatori operanti nel nostro sistema è questione sulla quale mi soffermerò nel prosieguo.

Va da sé che il modo più adeguato ad accertare se la prestazione resa sia *anomala o anormale* rispetto alla prestazione dovuta non può che consistere in un'indagine che verifichi, sotto il profilo tecnico, se la prestazione sia o meno conforme alle regole della diligenza professionale. L'insuccesso dell'atto sanitario può avere, infatti, molteplici cause e la mera consequenzialità del danno all'intervento terapeutico può dare conto della relazione causale che lega il secondo al primo, ma nulla ancora dice circa la ricorrenza dell'elemento (la colpa) che consente di imputare sul piano giuridico il danno (risarcibile) al suo autore.

La materia sanitaria è, non a caso, l'ambito privilegiato nel quale la responsabilità civile diventa «satellite sperimentale di ingegneria sociale (che si allontana definitivamente dall'orbita dello speculare sottosistema penalistico), demandata, quanto a genesi e funzioni, quasi interamente agli interpreti, il cui compito diviene sempre più lo studio dei criteri di traslazione del danno»[12].

Così – e per limitarci ad un altro esempio – nelle pronunce rese a sezioni unite nel gennaio 2008[13] la Cassazione ha utilizzato un ulteriore e distinto strumento di semplificazione dell'onere probatorio, stabilendo che ove il danneggiato alleghi l'ina-

[11] In questi termini Patti 2021, p. 775. Sul punto, in senso critico, Faccioli 2023, p. 120.

[12] Noto passaggio di Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Danno e resp.* (2008), p. 43 ss., con nota di Pucella 2008.

[13] Cfr. Cass., 10 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ.* (2008), p. 849 ss., con nota di Gorgoni 2008: osserva la Corte «che l'allegazione del creditore non può attenere ad un inadempimento, qualunque esso

dempimento *qualificato* del medico (e «cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno»), sarà quest'ultimo a dover offrire prova liberatoria al fine di evitare la condanna[14].

Anche in questo caso opera un meccanismo presuntivo: la verificazione di un danno quale affermata conseguenza di una condotta *astrattamente* idonea a produrla, legittima la duplice conclusione secondo cui la condotta è stata impropria e va posta in connessione causale con il danno stesso.

Il ragionamento seguito dalla Corte è implementato dal ricorso allo strumento della *allegazione,* vale a dire di un'ulteriore facilitazione concessa al danneggiato, il quale può limitarsi ad affermare che l'inadempimento sussiste, senza però doverne dare dimostrazione concreta.

La presunzione opera qui in relazione al nesso di causalità, dal momento che, come la prassi insegna, il solo inadempimento della prestazione non è per ciò stesso causa necessaria del danno che ne abbia fatto seguito; tema, questo, ben noto alla stessa Corte che ha sempre chiarito che altro è l'inadempimento, inteso quale scostamento della prestazione resa rispetto a quella dovuta, ed altra è la connessione che lo lega al danno; se il primo può essere *allegato,* in applicazione del principio affermato dalle sezioni unite nel 2001[15], la seconda va invece puntualmente dimostrata[16].

5. Le circostanze non dimostrabili in via diretta: le 'regole di esperienza' e il 'notorio' vengono in soccorso

Il ricorso alla prova per presunzioni si rende inevitabile tutte le volte in cui una determinata circostanza non può essere oggetto di dimostrazione in senso proprio; l'esempio forse più calzante riguarda il danno morale per la morte di un congiunto stretto.

La perdita del rapporto parentale può ingenerare nei superstiti reazioni molto diversificate, che spaziano dal dolore inestinguibile, all'indifferenza, sino – e non

---

sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno». Sul punto ampiamente Tassone 2018.

[14] Si consenta il rinvio a Pucella 2014.

[15] Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, pubblicata, tra gli altri, in *Nuova giur. civ. comm.* (2002), I, p. 349 ss., con nota di Meoli 2002; in *Foro it.* (2002), I, p. 769 s., con nota di Laghezza 2002; in *Contratti* (2002), p. 113 ss., con nota di Carnevali 2002.

[16] Osserva la Cassazione (Cass., 11 novembre 2005, n. 22894, in *Mass. Giust. civ.* 2005) che «il tema non è quello della distribuzione tra le parti del contratto della prova dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento. Ma è l'altro – diverso dal primo – della prova del nesso di causalità tra la patologia e l'azione o l'omissione imputabile all'ente ospedaliero», ritenendo che «questo principio non soffre deroga in materia di responsabilità medica, restando a carico del paziente la prova dell'esistenza del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'azione o dell'omissione».

è raro – a sentimenti di sostanziale gradimento, magari alimentati dalle ambizioni ereditarie.

Dare conto di ciò che cova nell'animo di una persona non può essere oggetto di dimostrazione in senso stretto; e per quanto la giurisprudenza si premuri di ribadire che il danno non è mai *in re ipsa,* di fatto gli esili indizi di cui i giudici si accontentano per consentirne la liquidazione (quali, ad esempio, la prova della convivenza, o le certificazioni che attestino cure psicologiche o l'assunzione di farmaci calmanti o antidepressivi, o, ancor più semplicemente, la mera affermazione di avere molto sofferto, opportunamente confezionata da un esperto avvocato) appaiono funzionali più a salvaguardare l'integrità astratta del principio che distingue la lesione del diritto dal danno che ne consegue, che non a dare effettiva prova del patimento sofferto[17].

Per quanto formalmente liquidato nel rispetto delle regole sull'onere della prova, il danno morale è sostanzialmente accertato in ragione del dato di esperienza, che testimonia il profondo valore affettivo, sociale e morale dei legami familiari e il ragionevole stato di sofferenza che consegue alla loro distruzione.

Così che, in assenza di circostanze che diano conto del contrario, la perdita del congiunto legittima ragionevolmente il riconoscimento del danno morale e la sua liquidazione; le tabelle in uso nei vari distretti giudiziari, d'altronde, che modulano il risarcimento secondo parametri generici (età della vittima e del superstite, convivenza o meno, esistenza in vita di altri familiari, e salvo i ristretti margini riconosciuti alla c.d. 'personalizzazione') confermano che la liquidazione prescinde, nella sostanza, dalla prova concreta del danno e della sua reale intensità ed è modellata alla luce di convenzioni sociali e di regole di esperienza (che vogliono, ad esempio, che la preesistente convivenza accentui la sofferenza di chi rimane o che il superstite più giovane soffra in misura maggiore rispetto a quello più anziano).

L'efficacia della regola di esperienza appare pertanto massima lì dove non vi sia un diverso modo di pervenire all'accertamento del fatto, del quale non può essere offerta rappresentazione immediata e diretta, e nei casi in cui il *range* di opzioni idonee a spiegare la circostanza oggetto di prova appaia ristretto, così che l'esperienza, basata sulla ripetitività dei casi e sulla regolarità degli accadimenti, si dimostri convincente (ed unico) strumento di accertamento, in via induttiva, della verità processuale.

Un percorso argomentativo non dissimile – anche se funziona a contrario – è quello seguito dai giudici tutte le volte in cui il difetto di informazione da parte dei sanitari porti alla verificazione di lesioni biologiche che costituiscono rischio insito nell'atto terapeutico (indipendentemente, dunque, dalla colpa medica, che può mancare del tutto).

[17] Osservano correttamente Mezzanotte, Parisi 2023, p. 600, come «per essere effettivamente strumenti di selezione dei danni risarcibili, i ragionamenti indiziari non dovrebbero essere tali da far sì che, a partire dall'accertamento di una certa condotta del preteso danneggiante, consegua per ciò solo la ritenuta sussistenza di un certo pregiudizio».

È noto che in questi casi il presupposto per l'accoglimento della domanda risiede nella dimostrazione della circostanza che il danneggiato avrebbe rifiutato di sottoporsi alla prestazione se correttamente informato dei rischi[18].

L'esperienza insegna, qui, che di norma il paziente non mette in discussione le scelte terapeutiche suggerite dal medico, cosicché grava su di lui la prova che, nel caso di specie, egli si sarebbe discostato dall'*id quod plerumque accidit,* rifiutando l'intervento proposto in ragione delle possibili complicanze che ne potevano conseguire. Ma l'esperienza ed il notorio operano anche a suo favore dal momento che – così come per la sofferenza interiore – anche la prova di quale sarebbe stata, *ex ante,* la decisione del paziente se correttamente informato non è soggetta a criteri di verifica obbiettivi o ad accertamento documentale[19]; potrà così il paziente avvalersi del notorio (ad esempio del fatto che, secondo ciò che normalmente accade, non si presta il consenso ad un trattamento che presenti poco margine di beneficio e molti rischi; o che, se rischioso, non si riveli urgente e necessario)[20].

Il tema della prova dovrebbe presentarsi in modo diverso lì dove l'esperienza od il notorio non appaiano da soli sufficienti a sostenere l'ipotesi; un'applicazione interessante riguarda l'onere di cui è gravata la madre, che abbia dato alla luce un figlio affetto da malformazioni, di dare prova della propria volontà di interrompere la gravidanza ove fosse stata correttamente informata.

Alla luce di un più risalente indirizzo della Cassazione si riteneva che *rispondesse a regolarità causale* che la gestante, se informata correttamente e tempestivamente della gravità delle patologie cui andava incontro il nascituro, avrebbe deciso di interrompere la gravidanza[21]; osservava la Corte che «L'omessa rilevazione, da parte del medico specialista, della presenza di gravi malformazioni nel feto, e la correlativa mancata comunicazione di tale dato alla gestante, deve ritenersi circostanza idonea a porsi in rapporto di causalità con il mancato esercizio, da parte della donna, della facoltà di interrompere la gravidanza, in quanto deve ritenersi rispondente ad un criterio di re-

---

[18] In questi termini una vasta giurisprudenza: da ultimo Cass., 26 maggio 2020, n. 9887, in *Resp. med.*, all'indirizzo *https://www.rivistaresponsabilitamedica.it*; Cass., 10 giugno 2020, n. 11112, in *Danno e resp.* (2021), p. 231 ss., con nota di Guastadisegni 2021; Cass., ord. 19 luglio 2018, n. 19199, in *Foro it.* (2018), c. 3570 ss.

[19] Osserva la Corte (Cass., n. 9887/2020 cit.) come «le conseguenze dannose che derivino, secondo un nesso di regolarità causale, dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, verificatasi in seguito ad un atto terapeutico eseguito senza la preventiva informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli, e dunque senza un consenso legittimamente prestato, devono essere debitamente allegate dal paziente, *sul quale grava l'onere di provare il fatto positivo del rifiuto che egli avrebbe opposto al medico*, tenuto conto che il presupposto della domanda risarcitoria è costituito dalla sua scelta soggettiva (criterio della cd. vicinanza della prova), *essendo, il discostamento dalle indicazioni terapeutiche del medico, eventualità non rientrante nell'id quod plerumque accidit; al riguardo la prova può essere fornita con ogni mezzo, ivi compresi il notorio, le massime di esperienza e le presunzioni, non essendo configurabile un danno risarcibile* "in re ipsa" *derivante esclusivamente dall'omessa informazione*».

[20] Cass., 23 febbraio 2023, n. 5631, in *Resp. med.* (2023), p. 441 ss., con nota di Scognamiglio 2023.

[21] Sul punto Cerea 2022, spec. nt. 24 e la giurisprudenza ivi richiamata.

golarità causale che la donna, ove adeguatamente e tempestivamente informata della presenza di una malformazione atta ad incidere sulla estrinsecazione della personalità del nascituro, preferisca non portare a termine la gravidanza»[22].

Questo orientamento è stato successivamente rivisto, in modo ritenuto «più rispettoso delle regole probatorie stabilite *ex lege* in seno al processo civile»[23]; in particolare, è stato posto l'accento sulla circostanza che la donna deve pur sempre adempiere all'onere probatorio posto a suo carico; quest'onere – hanno osservato le sezioni unite – «può essere assolto tramite "*praesumptio hominis*", in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova, quali il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, che la donna non si sarebbe determinata all'aborto per qualsivoglia ragione personale»[24].

La Cassazione ha rafforzato questo orientamento, stabilendo, ad esempio, che la scelta di sottoporsi ad amniocentesi rappresenta di per sé un fattore non dirimente ai fini dell'accertamento della volontà abortiva della donna, dal momento che lo screening genetico è solo uno degli indici corroboranti la ricerca della prova del fatto volitivo di interrompere la gravidanza, ma non va considerato come un fatto noto da cui pretendere di desumere fatti ignoti, tra cui, in primis, la volontà abortiva, tenuto conto che la gestante potrebbe sottoporsi ad esami diagnostici per ragioni non causalmente e specificamente orientate all'aborto[25].

Ma il terreno è assai scivoloso e di recente la Cassazione, tornando a pronunciarsi sull'accertamento, *ex post,* della volontà della donna di interrompere la gravidanza[26], ha ritenuto che «il ragionamento presuntivo non avrebbe potuto che fondarsi sui fatti certi costituiti dall'errore medico e dalla sottoposizione ad un'indagine altamente significativa sul piano diagnostico[27], per dedurne la inevitabile conclusione, sul piano probabilistico, della esistenza di una volontà abortiva della gestante in caso di accertato rischio di malformazioni genetiche». Là dove è evidente che ritenere che l'errore medico sia di per sé indizio probante la volontà di abortire equivale a restaurare un dato esperienziale assai grossolano, mentre la scelta di sottoporsi ad esami clinici approfonditi (come la traslucenza nucale) non di necessità si spiega (come la

[22] Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, in *Giust. civ.* (2011), I, p. 2443 ss., con nota di Rossetti 2011.

[23] Cass., 30 maggio 2014, n. 12264, in *Resp. civ.* (2014), p. 1363 ss.

[24] Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Danno e resp.* (2016), p. 349 ss., con nota di Cacace 2016; Cass., 19 luglio 2018, n. 19151, in *De Jure*; Cass., 31 ottobre 2017, n. 25849, in *Riv. it. med. leg.* (2018), p. 1179 ss.; da ultimo Cass., 27 giugno 2023, n. 18327, in *De Jure.*

[25] Così Cass., 25 gennaio 2022, n. 2150, cit., che richiama la precedente Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, in *Nuova giur. civ. comm.* (2013), II, p. 654 ss., con nota di Pucella 2013.

[26] Cass., 27 giugno 2023, n. 18327, in *Resp. civ.* (2024), p. 483 ss., con nota di Fusco 2024.

[27] La donna si era infatti sottoposta a traslucenza nucale, ma l'erroneo inserimento dei dati ad opera del medico aveva prodotto un risultato falsato, che non evidenziava il rischio reale che il bambino nascesse affetto da sindrome di Down, come poi è avvenuto.

stessa Corte ha osservato)[28] quale indice dell'intenzione di abortire per l'ipotesi in cui l'esito non sia incoraggiante.

Entra, dunque, in gioco un *favor* probatorio per la parte gravata di una prova ostica, funzionale all'obbiettivo di salvaguardare gli interessi della parte debole, alla luce di un principio di ragionevolezza[29].

6. L'*id quod plerumque accidit* e l'intreccio con il groviglio spinoso della causalità

La questione è delicata perché la regolarità causale, *l'id quod plerumque accidit*, che sta alla base dell'esperienza e del notorio – che trovano ragion d'essere in ragione della ripetitività, e dunque della predittività, nel tempo degli eventi – è al contempo elemento costitutivo dell'indagine causale e, in particolare, dell'idea di adeguatezza causale, vale a dire dell'idoneità di un fatto a generare determinate conseguenze, la quale trova fondamento proprio nella ripetitività delle relazioni causali nel tempo; ripetitività che richiama e fonda, a sua volta, anche il ragionamento probabilistico, dal momento che consente la misurazione degli eventi anche in termini di frequenza statistica.

Va, ovviamente, tenuto fermo il fatto che ragionamento presuntivo e dimostrazione causale costituiscono processi argomentativi diversi tra loro, che si possono avvalere dei medesimi strumenti di indagine, quali le massime di esperienza e il calcolo delle probabilità.

Ma mentre nel ragionamento presuntivo il fatto (noto) è funzionale a stabilire l'esistenza di altro fatto (quello ignoto), nell'argomentazione causale i fatti sono connessi da un vincolo logico che individua nel primo *la causa* del secondo; vi sono dunque meccanismi di collegamento di fatti ad altri fatti, ma solo per alcuni di essi questa relazione ha natura causale in senso proprio[30].

Questo, d'altronde, ne giustifica anche la diversità ontologica: mentre le presunzioni appartengono ai mezzi di prova[31], il nesso causale è elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità, e dunque *oggetto* dell'accertamento probatorio.

Orbene, la transizione, nel tempo, da modelli monocausali e deterministici di giustificazione dei fenomeni a modelli fondati sulla spiegazione probabilistica ha condotto all'affermazione, in ambito civilistico, di una regola che accoglie, al fine

[28] È il caso di cui alla nota n. 24.

[29] Così Patti 2021, p. 775.

[30] Il canto del gallo fa intendere a chi si trovi al buio in una stanza che è giunta l'alba, senza per questo essere causa del sorgere del sole, così come i frequenti accessi ad una cassetta di sicurezza consentono di presumere che essa contenga al suo interno dei beni di valore, senza che i due fatti si pongano in relazione di causa-effetto l'uno con l'altro (diversamente Rizzo 2024, p. 397 s., secondo cui anche «quando dall'esistenza di un fatto si vuole inferire l'esistenza un altro fatto – dimostrazione per presunzioni del factum probandum – … si compie un'indagine eziologica per rispondere a una domanda sulla causa»).

[31] Ma sul punto cfr. Comoglio 1985, p. 312 ss.

della ricostruzione della catena causale, il criterio del più probabile che non (o della probabilità prevalente, in presenza di più possibili cause dell'evento).

Nella ricostruzione del nesso causale, tuttavia, la probabilità oggetto di valutazione giudiziale definisce l'attendibilità dell'ipotesi alla luce dei dati e degli elementi specifici che caratterizzano la fattispecie oggetto di indagine.

Più che nella sua dimensione quantitativa, la probabilità funge qui da 'conferma logica' di un enunciato sulla base di altri enunciati[32]; proprio l'esperienza giudiziale insegna che l'elevata frequenza statistica, se può fondare una 'causalità generale' che mette in relazione tra loro classi di eventi (es., l'assunzione di un farmaco antiabortivo da parte delle madri e le gravi malformazioni sviluppate dai nascituri) non di necessità è in grado di provare una relazione di causa-effetto nella specifica vicenda (vale a dire che la malformazione di *quel* figlio sia conseguenza dell'assunzione del farmaco da parte di *quella* madre).

In quest'ottica un diffuso e consolidato orientamento della nostra giurisprudenza di legittimità chiarisce che l'accertamento giudiziale della relazione causale, pur se meno stringente che nel processo penale, è comunque sottoposto a vincoli, il cui comune denominatore consiste nella compatibilità ed adattabilità degli elementi probatori al caso di specie; e se la questione non ha ragione di essere posta ove l'oggetto della prova sia frutto di accertamento oggettivo e diretto, lì dove, invece, il riscontro probatorio sia l'effetto di un processo inferenziale, il dato probabilistico indicherà il grado di credibilità dell'ipotesi, ma sulla scorta dell'accertata, concreta, rilevanza dei singoli indizi[33].

---

[32] Taruffo 2007, p. 1029, il quale osserva: «Mentre, infatti, i tentativi di applicare al ragionamento probatorio il calcolo della probabilità quantitativa si sono sostanzialmente arenati, il concetto di probabilità logica appare particolarmente idoneo per l'analisi dei rapporti tra enunciati in cui si articola il nucleo del ragionamento probatorio. Dunque ha senso parlare di verità relativa nel processo per fare riferimento al grado di giustificazione che le prove forniscono al convincimento che un certo enunciato fattuale sia vero: il modello logico nel quale si articola questa idea di verità ha carattere probabilistico ma non corrisponde al calcolo della probabilità quantitativa. Esso corrisponde invece al modello della probabilità logica che fa perno sui rapporti tra enunciati e sul grado di conferma che gli enunciati che esprimono l'esito delle prove conferiscono all'enunciato che riguarda il fatto da provare».

[33] Il principio è tradizionalmente espresso dalla seguente massima (qui tratta da Cass., 26 aprile 2023, n. 10978, in *Resp. civ.* (2024), p. 531 ss.): «qualora l'evento dannoso sia ipoteticamente riconducibile a una pluralità di cause, si devono applicare i criteri della "probabilità prevalente" e del "più probabile che non"; pertanto, il giudice di merito è tenuto, dapprima, a eliminare, dal novero delle ipotesi valutabili, quelle meno probabili … poi ad analizzare le rimanenti ipotesi ritenute più probabili e, infine, a scegliere tra esse quella che abbia ricevuto, secondo un ragionamento di tipo inferenziale, il maggior grado di conferma dagli elementi di fatto aventi la consistenza di indizi, assumendo così la veste di probabilità prevalente … Naturalmente la probabilità riguarda il grado dell'inferenza, ossia: dai determinati indizi è probabile (più probabile che no) che la causa sia quella indicata dal danneggiato, ma non riguarda la rilevanza degli stessi indizi, che invece devono essere non già probabili, ma gravi, precisi e concordanti. Con la conseguenza che il giudice di merito deve porre a base della decisione fatti che siano gravi, precisi e concordanti, e non meramente ipotetici o supposti come probabili, e da quei fatti deve indurre ipotesi ricostruttive del nesso di causa escludendo quelle meno probabili, e scegliendo, tra quelle rimaste, l'ipotesi che spiega il fatto con maggiore probabilità, sulla base degli indizi raccolti».

7. Le presunzioni 'giurisprudenziali', le ragioni di *policy* e l'insostenibile dilagare delle azioni di danno

Le presunzioni giurisprudenziali semplificano, dunque, il processo di accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie dal momento che, nella sostanza, riconoscono a ciò che appare verosimile alla luce dell'esperienza e del notorio, secondo l'*id quod plerumque accidit,* la capacità di essere ritenuto processualmente vero, pur senza le garanzie offerte dai requisiti di serietà e precisione che la legge pone a baluardo della rilevanza probatoria delle presunzioni semplici.

Il meccanismo segue una precisa ed ovvia logica: la presunzione (semplificata) operante a beneficio della parte che se ne avvantaggia la esonera dal dover concretamente dimostrare l'elemento processuale posto a suo carico (la colpa altrui, il nesso di causalità) e determina la traslazione della fatica probatoria sulla controparte, gravata della prova liberatoria (l'assenza di colpa, il fortuito, una diversa catena causale).

L'inversione dell'onere della prova assicura, su larga scala, un migliore esito processuale per chi si avvale delle presunzioni giurisprudenziali, la cui vera funzione appare rispondente a ragioni di *policy* più che ad esigenze, in senso stretto, di natura processuale.

L'ininterrotto susseguirsi, per decenni, di mutamenti della giurisprudenza di legittimità in tema di accertamento della responsabilità sanitaria dà conferma della continua ricerca di assetti processuali in grado di assicurare sintonia con l'evoluzione nel tempo dei delicati equilibri della relazione di cura e delle rilevantissime ricadute economiche che ad essa hanno fatto seguito.

È evidente che incidere sulla regola processuale è una conseguenza, non il problema.

I Consiglieri della Terza Sezione civile della Corte hanno così dato prova della più eclatante applicazione di un diritto 'vivente', capace di adattarsi di continuo al mutare della sensibilità sociale, delle complesse dinamiche tra le parti del rapporto, degli interessi in gioco[34].

In questo senso le presunzioni giurisprudenziali costituiscono – ed hanno rappresentato – lo strumento più fluido ed efficace per garantire una continua interazione tra diritto, costume sociale, evoluzione culturale.

La fluidità della regola la rende però, per definizione, in qualche misura incerta.

Altro è l'introduzione di un principio che si limita a ripartire in modo diverso l'onere della prova (quale quello, anch'esso di matrice giurisprudenziale, cui ha dato avvio la nota pronuncia a sezioni unite n. 13533 del 2001[35]); ed altro è un modello argomentativo nel quale l'inversione dell'onere probatorio è effetto della semplificazione delle modalità di accertamento della verità processuale (in ragione, appunto, delle presunzioni giurisprudenziali); l'inversione dell'onere probatorio è qui condi-

[34] Con le incertezze che questo comporta, rilevate ad es., da Longobucco 2012.

[35] Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, cit.; il creditore non deve più dare prova dell'inadempimento, gli è sufficiente limitarsi ad *allegarlo*. Si veda sul punto Gorgoni 2010.

zionata dall'esito di un ragionamento presuntivo di matrice giurisprudenziale, che si colloca oltre la linea del sistema delle norme scritte[36].

La fluidità della regola ha fatto sì che essa, in qualche misura sfuggisse di mano al suo controllore; gli effetti che ne sono conseguiti si sono tradotti, come noto, in un vasto fenomeno di *overcompensation,* anche in ragione dell'impressionante incremento del contenzioso giudiziario nel corso degli anni, alimentato dalle sempre più allettanti prospettive di successo.

Il legislatore, intervenuto per arginare le gravi ricadute sul sistema assicurativo e sulla stessa relazione di cura, ha optato per la soluzione più semplice, riportando su un terreno di maggiore rigore, ma soprattutto di chiarezza nella ripartizione dei carichi probatori, la dinamica processuale.

La soluzione offerta (*ex* art. 7, comma 3, l. n. 24/2017) – che grava il danneggiato della prova della colpa e del nesso di causalità – rischia, però, di mostrarsi inefficace, qualora la prova degli elementi costitutivi dell'illecito continui ad essere raggiunta tramite lo strumento semplificativo delle presunzioni giurisprudenziali; ma, come si è osservato in altro scritto[37], sembra che la funzione primaria dell'intervento legislativo sia principalmente deterrente, nella misura in cui, nella sostanza, rende poco vantaggioso aggredire il medico, a fronte del più favorevole regime processuale garantito al danneggiato dalla natura contrattuale della responsabilità in capo alla struttura sanitaria pubblica o privata.

Altri segnali dell'intervenuta attenzione verso l'utilizzo eccessivo e inappropriato delle presunzioni giurisprudenziali si rinvengono in contesti diversi dal diritto civile.

In ambito tributario, in particolare, il comma 5-*bis* del d. legis., 31 dicembre 1992, n. 546, aggiunto dall'art. 6, comma 1, l. 31 agosto 2022, n. 130, ha stabilito che «L'amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato. Il giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e annulla l'atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria *o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni.* Spetta comunque al contribuente fornire le ragioni della richiesta di rimborso, quando non sia conseguente al pagamento di somme oggetto di accertamenti impugnati».

I numerosi commenti alla nuova disposizione hanno messo in luce l'esigenza di limitare il potere del giudice tributario di ricorrere in modo disinvolto a presunzioni non legali, in una materia, quale quella fiscale, nella quale gli accertamenti presuntivi giocano, per definizione, un ruolo di primo piano[38].

---

[36] Piraino 2020, p. 566.

[37] Pucella 2022, p. 369 s.

[38] Si pensi all'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale gli utili di cui è presunto l'incasso concorrono per intero al reddito dei soci; o a quello che imputa ai soci come dividendi il maggior reddito societario derivante da costi effettivi ma fiscalmente indeducibili, non emergendo da tali recuperi delle somme distribuibili. Osserva la dottrina che, anche alla luce del recente intervento legislativo, questi

La Cassazione, intervenuta sul punto con una recentissima pronuncia[39], ha osservato come «la necessità di una valutazione complessiva delle presunzioni offerte dall'Ufficio è oggi specificamente richiesta dall'art. 7, comma 5 bis, del D. Lgs. 31 dicembre 1992 … Detta disposizione va, infatti, interpretata nel senso per il quale *le cd. presunzioni giurisprudenziali* (diverse da quelle conseguenti ad espresse previsioni di legge) *devono essere sufficienti e circostanziate e, come tali, oggetto di opportuna valutazione da parte del giudice di merito*».

Il sistema persegue così l'obbiettivo di assicurare un maggior controllo sui poteri processuali del giudice.

8. Il principio di 'vicinanza della prova' e le sue declinazioni

Ragioni diverse stanno alla base del c.d. principio di '*vicinanza della prova*' (o 'alla prova')[40].

Mentre, infatti, le presunzioni giurisprudenziali rappresentano uno strumento che avvantaggia l'attore mediante la semplificazione dell'onere probatorio posto a suo carico, il principio di vicinanza della prova, pur prestandosi, come subito si dirà, ad applicazioni eterogenee, ha come funzione caratterizzante, pur nella sua genericità, quella di addossare la prova alla parte che si trovi nella migliore condizione per offrirla, anche alla luce del principio di ragionevolezza e di regole di equità.

Il principio viene declinato secondo due distinte modalità di applicazione: in una prima accezione la vicinanza della prova si riduce a motivo (*rectius*: ad uno dei motivi) di spiegazione delle varie forme di inversione (o diversa allocazione) degli oneri probatori espressione del 'diritto vivente' caro alla S.C.; in un secondo senso, invece, esso interviene modificando, alla luce di ragioni che lo giustificano *hic et nunc,* quella che sarebbe l'ordinaria distribuzione del carico probatorio tra le parti.

Nel primo senso il principio è richiamato in contesti molto diversi: per giustificare (a far data dalla richiamata Cass., n. 13533 del 2001) l'esonero del creditore dall'onere di provare l'altrui inadempimento, sostituito dalla mera *allegazione*; ciò in quanto vi è l'opportunità di far gravare sul debitore la dimostrazione dell'avvenuto adempimento o della sua impossibilità, «sulla base del criterio della maggiore vicinanza della prova, secondo cui essa va posta a carico della parte che più agevolmente può fornirla»[41].

---

indirizzi giurisprudenziali vanno dunque rimeditati, onde ricondurre l'azione dell'Amministrazione finanziaria al fondamento di essa, cioè una presunzione semplice di distribuzione tra i soci di somme conseguite dalla società ma delle quali non risulti un altro impiego (così Schiavolin 2023; in senso analogo Zanotti 2024).

[39] Cass., sez. trib., 14 giugno 2024, n. 16629, in *DeJure.*

[40] Per un'ampia rassegna si rinvia a Franzoni 2016.

[41] Cass., 7 febbraio 2024, n. 3491, in *DeJure.* Si ricorderà che nella pronuncia n. 13533 del 2001 la Cassazione ha rilevato che dall'art. 2697 c.c. «si desume il principio della presunzione di persistenza del diritto. Ed il principio – pacificamente applicabile all'ipotesi della domanda di adempimento, in relazione alla quale il creditore deve provare l'esistenza della fonte negoziale o legale del credito e, se

Sempre in ambito contrattuale il principio è ripreso qualora la circostanza da provare consista in una manifestazione di volontà rimessa alla libera decisione della parte[42] o relativa a *status* la cui dimostrazione non può che spettare a chi li riveste[43]. Del pari, è a carico di chi agisce in revocatoria offrire la prova dell'*eventus damni* e non a carico del convenuto beneficiario dell'atto, «in quanto, in ossequio al principio della vicinanza della prova, quest'ultimo non è tenuto a conoscere l'effettiva situazione patrimoniale del suo dante causa»[44].

In ambito di diritto di famiglia il principio è invocato per giustificare l'onere in capo al figlio divenuto maggiorenne della prova, anche per presunzioni, delle circostanze che legittimano il suo diritto al mantenimento, tra le quali l'assenza di indipendenza economica nonché il fattivo impegno negli studi e nella ricerca di un lavoro[45].

---

previsto, del termine di scadenza, in quanto si tratta di fatti costitutivi del diritto di credito, ma non l'inadempimento, giacché è il debitore a dover provare l'adempimento, fatto estintivo dell'obbligazione deve trovare applicazione anche alle ipotesi in cui il creditore agisca per la risoluzione o per il risarcimento del danno da inadempimento richiesto in via autonoma». Per la Corte, l'esenzione del creditore dall'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento «è conforme al principio di riferibilità o di vicinanza della prova» ed appare «coerente alla regola dettata dall'art. 2697 c.c., che distingue tra fatti costitutivi e fatti estintivi, ritenere che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto azionato dal creditore, spetti al debitore convenuto, che dovrà quindi dare la prova diretta e positiva dell'adempimento, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione».

[42] Come nel ricordato caso del paziente che, lamentando la lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, deve offrire la prova che avrebbe rifiutato il trattamento se informato dei rischi: Cass., 26 maggio 2020, n. 9887, cit.; Cass., 26 agosto 2020, n. 17806, in *DeJure* («il presupposto della domanda risarcitoria è costituito dalla scelta soggettiva del paziente, sicché la distribuzione del relativo onere *va individuato in base al criterio della cd. "vicinanza della prova"*»); negli stessi termini Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, in *Corr. giur.* (2020), p. 348 ss., con nota di Facci 2020 e in *Danno e resp.* (2020), p. 11 ss., con nota di Cacace 2020; nella giurisprudenza di merito si v. Trib. Napoli, 27 maggio 2020, in *Resp. med.*, all'indirizzo *https://www.rivistaresponsabilitamedica.it*.

[43] Così il chiamato all'eredità, pur non assumendo la qualità di erede per il solo fatto di aver accettato la notifica dell'atto di citazione, ha l'onere di contestare, costituendosi in giudizio, l'effettiva assunzione di tale qualità; «*Sovviene al riguardo il generale principio di vicinanza della prova,* in quanto il chiamato all'eredità ha l'agevole possibilità di costituirsi e di allegare di non aver accettato l'eredità, mentre la parte non colpita dall'evento interruttivo si troverebbe nella difficoltà di dimostrare l'effettiva qualità di erede del chiamato, vista la complessità dei fenomeni ereditari»: in questi termini Cass., 28 giugno 2019, n. 17445, in *De Jure.*

[44] Cass., 31 gennaio 2018, n. 2336, in *De Jure.*

[45] Cass., ord. 14 agosto 2020, n. 17183, in *Fam. e dir.* (2020), p. 1015 ss. La giurisprudenza più risalente tendeva invece ad addossare al genitore la dimostrazione dell'autosufficienza economica del figlio; sul punto si v. Danovi 2020, p. 1022. Se si ragiona nei ricordati termini della presunzione di persistenza del diritto, l'onere di provare il fatto estintivo (vale a dire la cessazione dei presupposti per il mantenimento) dovrebbe gravare sul genitore; ma la Cassazione muove qui dalla diversa prospettiva secondo la quale il diritto al mantenimento cessa al raggiungimento della maggiore età, salvo che sussistano ragioni che ne giustificano il protrarsi oltre quel termine. Appare evidente che, secondo questa impostazione, l'assetto probatorio delineato dalla Corte risulta rispettoso delle modalità di riparto probatorio cristallizzate nella sentenza n. 13533 del 2001 e in sintonia con la lettura dell'art. 2697 c.c.: è infatti il figlio a dover (e a trovarsi nella migliore condizione per) dimostrare le circostanze a fondamento della persistenza di un diritto altrimenti cessato al raggiungimento della maggiore età.

Il principio trova applicazione anche nell'ambito della responsabilità extracontrattuale; ad esempio lì dove si afferma che l'eccesso colposo dell'aggredito deve essere dimostrato dall'aggressore[46] e che grava sul custode la prova del fortuito[47].

In questi termini il principio funge da mero rinforzo alla previsione di cui all'art. 2697 c.c.: l'onere della prova si ripartisce in ragione dei fatti costituitivi di domanda ed eccezione[48].

I due princìpi, a ben vedere, a volte si intersecano e si confondono nella misura in cui la prova data dalla parte tenuta a dimostrare i fatti posti a fondamento del proprio diritto (o dell'eccezione) è data anche dalla parte che ne ha la disponibilità e la controlla.

È oltretutto opportuno precisare che la formula con la quale il principio viene tradizionalmente descritto (la prova va posta a carico della parte che più agevolmente può fornirla) non va intesa in senso lato; essa non si riferisce alla circostanza che deve essere oggetto di indagine e che deciderà il giudizio (ad esempio la sussistenza – o meno – della responsabilità medica, o di altro professionista[49], in relazione ad un evento di danno) bensì ai singoli elementi o fattori che vanno a comporre il quadro oggetto di dimostrazione. Per intenderci: pur essendo certamente il medico il soggetto che si trova nella migliore condizione per spiegare le ragioni che hanno causato il danno del paziente, ciononostante la prova della relazione eziologica tra atto medico e danno va fornita dal danneggiato e, in mancanza, la domanda è respinta; ciò per l'opinabile (implicita) ragione che essendo il danneggiato ad aver subito il danno sarebbe per lui più agevole ricondurlo all'atto del sanitario anziché a fattori causali diversi[50].

---

[46] Cass., 29 gennaio 2016, n. 1665, in *Giur. it.* (2016), p. 821 ss., con nota di Mirmina 2016.

[47] Cass., 12 maggio 2020, n. 8811, in *Mass. Giust. civ.* (2020).

[48] Bene chiarisce il rapporto tra il principio di cui all'art. 2697 c.c. e quello di vicinanza della prova Barcellona 2021, p. 177, lì dove osserva che il primo cessa di operare e fa luogo al secondo «*solo quando, ma anche ovunque*, la prova concerna fatti che ricadono esclusivamente nella sfera di controllo del debitore/danneggiante».

[49] Ad esempio un progettista: Cass., 17 luglio 2023, n. 20707, in *De Jure.*

[50] Così secondo Cass., 7 febbraio 2024, n. 3491, grava «sulla parte che si assume inadempiente, o non esattamente adempiente, l'onere di fornire la prova positiva dell'avvenuto adempimento o dell'esattezza dell'adempimento, sulla base del criterio della maggiore vicinanza della prova, secondo cui essa va posta a carico della parte che più agevolmente può fornirla, mentre la prova del nesso causale fra la condotta inadempiente dell'obbligato e il danno lamentato dal creditore soggiace al principio generale espresso dall'art. 2697 cod. civ., che onera colui che agisce in giudizio (il creditore) della prova dei fatti costitutivi della propria pretesa, non essendo coinvolto dal principio di vicinanza dell'onere della prova». Nei medesimi termini Trib. Firenze, 21 maggio 2020, in *Resp. med.*, all'indirizzo *https://www.rivistaresponsabilitamedica.it*. È evidente che in tanto un paziente può provare che il danno sofferto è conseguenza, sul piano causale, della prestazione medica in quanto il *thema probandum* coinvolga anche quest'ultima, la sua qualità e la sua attitudine a cagionare una lesione come quella lamentata. Causalità e colpa sono strettamente intrecciate e dare prova della relazione eziologica va, qui, ben oltre la semplice dimostrazione del collegamento, logico e temporale, tra causa ed effetto. In questa prima accezione la formula 'vicinanza della prova' ha, dunque, un'estensione minore di quanto la sua tradizionale definizione lascerebbe intendere.

L'applicazione del principio non sposta dunque, in questa sua prima applicazione, le coordinate tradizionali in materia di onere della prova[51].

E neppure le sposta nel caso in cui «le disposizioni attributive delle situazioni attive non offrano indicazioni univoche per identificare i fatti costitutivi»; osserva la Corte come «di fronte a una pluralità di significati plausibilmente ricavabili dalla disposizione di riconoscimento dell'interesse di cui viene domandata tutela, l'interprete è chiamato a privilegiare quel senso che individua i fatti costitutivi in funzione della maggiore accessibilità ai relativi mezzi di prova da parte dell'attore». Ma al «cospetto, però, di scelte normative che, come nella specie, identificano in maniera inequivocabile i fatti costitutivi oppure di ragioni di ordine dogmatico che subentrano tanto più nel silenzio del legislatore, il principio di vicinanza della prova nulla può invece; e certamente esso non consente all'interprete di riscrivere la ripartizione operata dalla norma attributiva»[52].

Nella seconda accezione il principio consacrato dalle sezioni unite nel 2001 trova due declinazioni.

Per un primo aspetto esso subisce una dilatazione, non risponde più alla sola logica secondo cui la distribuzione della prova va operata alla luce dei fatti costitutivi ed estintivi del diritto.

In particolare, esso trova applicazione in alcune fattispecie nelle quali appare opportuno tenere conto delle difficoltà (o dell'impossibilità) che la parte onerata può incontrare nella dimostrazione di certi fatti, trasferendo l'onere probatorio sulla controparte, in grado di offrirla: ad esempio in materia di lavoro, quando un premio di produttività sia vincolato alla dimostrazione dei risultati economici legati all'andamento dell'impresa, noti all'imprenditore, ma non anche al lavoratore[53]; o quando oggetto di dimostrazione deve essere il 'requisito occupazionale', vale a dire della forza-lavoro dell'impresa, risultante non soltanto dal numero degli occupati ma anche ed eventualmente dal loro *status* nell'impresa[54].

O quando, alla luce del principio *negativa non sunt probanda,* si rileva che «la prova dell'esistenza del vizio della cosa è una prova positiva (di un fatto costitutivo del diritto alla risoluzione o modificazione del contratto) e pertanto … va giudicata più agevole di quella (negativa) della inesistenza del vizio medesimo»[55]; o, non dissi-

[51] Cass., 22 aprile 2022, n. 12910, in *Mass. Giust. civ.* (2022), ribadisce che «Il principio di vicinanza della prova non deroga alla regola di cui all'art. 2697 c.c.».

[52] Cass., 22 aprile 2022, n. 12910, in *Giur. it.* (2023), p. 1852, con nota di Sacchetto 2023.

[53] Osserva la Cassazione nel caso di specie (Cass., 25 luglio 2008, n. 20484) come «L'onere della prova dev'essere ripartito, oltreché secondo la descrizione legislativa della fattispecie sostanziale controversa, con l'indicazione dei fatti costitutivi e di quelli estintivi o impeditivi del diritto, anche secondo il principio della riferibilità o vicinanza, o disponibilità del mezzo; principio riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge rendendone impossibile o troppo difficile l'esercizio …».

[54] Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Corr. giur.* (2006), p. 651 ss.

[55] Nella pronuncia da cui è tratto il passaggio trascritto nel testo – Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Resp. civ.* (2019), p. 1860 ss., con nota di Luminoso 2019 – ove la questione posta al vaglio

milmente, in materia di appalto quando è il committente che ha accettato l'opera e che ne ha la disponibilità fisica e giuridica a dovere dimostrare l'esistenza dei vizi (e delle conseguenze dannose lamentate)[56].

Frequente, in queste vicende, è l'ancoraggio del principio di vicinanza della prova all'art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione giudiziaria.

Tuttavia – e nonostante l'aggancio costituzionale – l'applicazione del principio in questa sua seconda declinazione appare soggetta a limiti piuttosto rigidi e non opera, ad esempio, se la parte tenuta alla prova avrebbe avuto la possibilità di procurarsela in altro modo, ad esempio chiedendo l'esibizione della documentazione a ciò necessaria[57].

Per un secondo aspetto, invece, il principio rappresenta lo strumento, logico ed equitativo, prima ancora che giuridico in senso stretto, di superamento delle condizioni di incertezza che siano dovute ed imputabili alla condotta di una delle parti.

'Vicinanza della prova' significa, in questo diverso contesto, che la parte che ha il controllo e la gestione del mezzo di prova si fa carico della sua indisponibilità per fatto proprio; ciò vale anche con riferimento alla circostanza che tale indisponibilità possa danneggiare la controparte che, grazie a quel mezzo di prova, si troverebbe a sua volta nella condizione di poter assolvere al proprio onere probatorio[58].

---

delle sezioni unite riguarda l'individuazione della parte obbligata a dare prova dei vizi della cosa venduta – se il venditore o il compratore – la Corte, per vero, nell'individuare in quest'ultimo il soggetto tenuto alla prova non ravvisa incompatibilità con la regola di giudizio dettata dall'art. 2697 c.c., «giacché tanto l'applicazione di tale principio, quanto l'applicazione di detta regola di giudizio conducono alla stessa conclusione, ossia che il compratore che esercita le azioni edilizie è gravato dell'onere di provare il vizio della cosa venduta. L'esistenza del vizio, infatti, è il fatto costitutivo del diritto alla risoluzione o alla modificazione (quanto al prezzo) del contratto di compravendita, e, allo stesso tempo, è il fatto la cui prova è più vicina al compratore; è proprio il compratore infatti, dopo che la cosa venduta gli è stata consegnata dal venditore, ad averne la disponibilità, necessaria per lo svolgimento degli esami funzionali all'accertamento del vizio lamentato». Nel commentare la pronuncia un Autore (Giussani 2020) osserva come l'applicazione di criteri di ripartizione della prova cui la decisione fa richiamo, quali la minore gravosità della prova o la significativa deviazione del fatto dal normale corso degli eventi, «permetta di giustificare gli accertamenti di fatto in modo intersoggettivamente più condivisibile di quanto accada laddove gli stessi criteri operino *sub specie* di manipolazioni della qualificazione del fatto come impeditivo, o in base a strategie argomentative fondate sulla creazione *ex nihilo* di presunzioni *ad hoc*».

[56] Cass., 9 agosto 2013, n. 19146, in *Mass. Giust. civ.* (2013).

[57] Così, in ambito fallimentare, Cass., 12 febbraio 2014, n. 3181, in *Fallimento* (2014), p. 1274 ss., con nota di Conte 2014.

[58] Osserva la Cassazione, argomentando in tema di responsabilità sanitaria (v. *infra* nel testo), che «il principio della vicinanza della prova, [è] fondato sull'obbligo di regolare e completa tenuta della cartella clinica, le cui carenze e omissioni non possono andare a danno del paziente»: Cass., 13 luglio 2018, n. 18567, in *Guida al dir.* (2018), 34, p. 53 ss., con nota di Piselli 2018; talvolta la giurisprudenza si riferisce al pregiudizio che ne consegue parlando di 'danno evidenziale' (da ultimo App. Ancona, 6 ottobre 2023, n. 1455). Sul punto Tassone 2009.

L'esempio ricorrente è quello della incompleta o mancata tenuta della cartella clinica, di cui è gravata la struttura sanitaria, che impedisca al paziente danneggiato di provare l'impropria condotta dei sanitari nell'esecuzione della prestazione terapeutica e/o il nesso causale che la lega al danno di cui è invocato il risarcimento[59].

La giurisprudenza mette in moto due schemi argomentativi funzionali a spostare sui sanitari le conseguenze del proprio inadempimento: il primo, più semplice ed immediato, perché fondato sul principio di ragionevolezza, è incentrato sul fatto che l'ostacolo alla prova, se conseguenza di una condotta colposa, non può ripercuotersi a danno della vittima, così che l'onere probatorio posto in capo a quest'ultima si trasferisce sulla controparte[60].

Il secondo, invece, arriva alla medesima conclusione, ma per altra via, utilizzando il principio[61] secondo cui l'impossibilità di provare in via diretta una determinata circostanza legittima il ricorso alle presunzioni[62].

Ne consegue, per giurisprudenza consolidata, che si trasferisce sulla struttura sanitaria anche la prova (dell'inesistenza) del nesso causale, diversamente gravante sul danneggiato[63].

9. Una conclusione

Ne risulta un quadro articolato, dal quale emergono le forti spinte contrapposte dei complessi interessi in gioco, in un incerto equilibrio tra le esigenze protettive delle parti 'deboli' del processo – al cui richiamo la nostra Cassazione non si è sottratta – il doveroso rispetto dei principi normativi e le garanzie di sufficiente prevedibilità degli esiti del giudizio, proprio alla luce del sistema normativo.

Ne è conseguito il sedimentarsi l'una sull'altra di regole di matrice pretoria, legate da un evidente cordone di fondo, il *favor* verso la parte debole, non sempre omo-

[59] Numerose le pronunce sul punto, di legittimità e di merito; tra le prime v. Cass., 18 febbraio 2021, n. 4424, in *Resp. med.*, all'indirizzo *https://www.rivistaresponsabilitamedica.it*; Cass., 14 novembre 2019, n. 29498, in *Rass. dir. farm.* (2020), 25; Cass., ord. 23 marzo 2018, n. 7250, *Resp. med.*, all'indirizzo *https://www.rivistaresponsabilitamedica.it*; tra le seconde Trib. Catania, 20 maggio 2024, *ibidem*; Trib. Firenze, 11 dicembre 2020, *ibidem.*

[60] Cass., 13 luglio 2018, n. 18567, cit.; Trib. Milano, 11 gennaio 2022, in *Rass. dir. farm.* (2022), p. 810 ss.

[61] Cui si è fatto in precedenza richiamo con riferimento al danno morale soggettivo.

[62] Cass., 22 marzo 2021, n. 8018, in *Mass. Giust. civ.* (2021); Cass., 18 febbraio 2021, n. 4424, cit.; Cass., 31 marzo 2016, n. 6209, in *Riv. it. med. leg.* (2016), p. 1703 ss., con nota di Ferrara 2016. Sul punto cfr. anche Occorsio 2013, p. 1264.

[63] «… quando la mancata prova derivi dalle carenze colpose della condotta del medico, tipicamente omissive, e astrattamente idonee a causare il pregiudizio lamentato, quel deficit rileva non solo in punto di accertamento della colpa ma anche di quello del nesso eziologico, non potendo logicamente riflettersi a danno della vittima, sia pur in generale onerata della dimostrazione del rapporto causale»: Cass., 11 dicembre 2023, n. 34427, in *Guida al dir.* (2024), 8; analogamente Cass., 8 novembre 2016, n. 22639, in *Resp. civ.* (2016), p. 2025 ss.

genee né sempre coese, ma, nel bene e nel male, indubitabilmente espressive della lettura della dinamica processuale imposta dalla Suprema Corte.

La spinta creativa della giurisprudenza di legittimità, durata decenni, ha incontrato nell'insostenibilità del sistema il suo ostacolo più grande e nell'intervento del legislatore un tentativo di riequilibrio.

Il tempo dirà se l'obbiettivo è stato raggiunto.

Bibliografia

Barcellona 2021 = M. Barcellona, *La responsabilità civile*, Torino 2021.

Cacace 2016 = Cacace, nota a Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Danno e resp.* (2016), p. 349 ss.

Cacace 2020 = Cacace, nota a Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, in *Danno e resp.* (2020), p. 11 ss.

Carnevali 2002 = Carnevali, nota a Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti* (2002), p. 113 ss.

Cerea 2022 = F. Cerea, *Interruzione volontaria di gravidanza, prova degli elementi costitutivi della fattispecie e danno da nascita «indesiderata»*, nota a Cass., 25 gennaio 2022, n. 2150, in *Resp. civ.* (2022), p. 791 ss.

Conte 2014 = Conte, nota a Cass., 12 febbraio 2014, n. 3181, in *Fallimento* (2014), p. 1274 ss.

Comoglio 1985 = L.P. Comoglio, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 19, Torino 1985.

Danovi 2020 = F. Danovi, *Obbligo di mantenimento del maggiorenne, autoresponsabilità e vicinanza della prova: si inverte l'*onus probandi*?*, in *Fam. e dir.* (2020), p. 1015 ss.

Facci 2020 = Facci, nota a Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, in *Corr. giur.* (2020), p. 348 ss.

Faccioli 2014 = M. Faccioli, *"Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria*, in *Contr. e impr.* (2014), p. 79 ss.

Faccioli 2023 = M. Faccioli, *Mezzi e risultato nelle prestazioni sanitarie,* in *Resp. med.* (2023), p. 137 ss.

Ferrara 2016 = Ferrara, nota a Cass., 31 marzo 2016, n. 6209, in *Riv. it. med. leg.* (2016), p. 1703 ss.

Franzoni 2016 = M. Franzoni, *La «vicinanza della prova», quindi…*, in *Contratto e impresa* (2016), p. 360 ss.

Fusco 2024 = V. Fusco, *La responsabilità medica per i danni da «nascita indesiderata»: l'interesse giuridico tutelato e la difficile prova dei presupposti*, nota a Cass., 27 giugno 2023, n. 18327, in *Resp. civ.* (2024), p. 483 ss.

Giussani 2020 = A. Giussani, *Sulla «vicinanza» della prova del vizio della cosa venduta*, in *Riv. dir. proc.* (2020), p. 1320 ss.

Gorgoni 2008 = M. Gorgoni, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, nota a Cass., 10 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ.* (2008), p. 849 ss.

Gorgoni 2010 = M. Gorgoni, *Gli obblighi sanitari attraverso il prisma dell'onere della prova*, in *La resp. civ.* (2010), p. 669 ss.

Grondona 2000 = M. Grondona, *Responsabilità del medico, nesso di causalità, risarcimento del danno morale riflesso: la cassazione fa il punto*, nota a Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno e resp.* (2000), p. 157 ss.

Guastadisegni 2021 = M. Guastadisegni, *L'autodeterminazione terapeutica tra tautologie e finzioni*, nota a Cass., 10 giugno 2020, n. 11112, in *Danno e resp.* (2021), p. 231 ss.

Laghezza 2002 = P. Laghezza, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, nota a Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.* (2002), I, p. 769 s.

Longobucco 2012 = F. Longobucco, *L'onere della prova nella malpractice medica: dalla responsabilità accertata alla responsabilità sentita*, in *Resp. civ.* (2012), p. 1391 ss.

Luminoso 2019 = A. Luminoso, *Due pronunce contrastanti delle sezioni unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e di prescrizione)*, nota a Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Resp. civ.* (2019), p. 1860 ss.

Meoli 2002 = B. Meoli, *Risoluzione per inadempimento e onere della prova*, nota a Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Nuova giur. civ. comm.* (2002), I, p. 349 ss.

Mezzanotte, Parisi 2023 = F. Mezzanotte, G. Parisi, *La prova presuntiva del danno (-conseguenza) non patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2023), p. 598 ss.

Mirmina 2016 = V. Mirmina, *Il principio di vicinanza della prova quale deroga dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c.*, nota a Cass., 29 gennaio 2016, n. 1665, in *Giur. it.* (2016), p. 821 ss.

Occorsio 2013 = V. Occorsio, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, in *Riv. dir. civ.* (2013), p. 1249 ss.

Patti 1987 = S. Patti, *Prove. Disposizioni generali. Art. 2697-2698*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1987.

Patti 2021 = S. Patti, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano 2021.

Piraino 2020 = F. Piraino, *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno e resp.* (2020), p. 559 ss.

Piselli 2018 = Piselli, nota a Cass., 13 luglio 2018, n. 18567, in *Guida al dir.* (2018), 34, p. 53 ss.

Pizzetti 2000 = F.G. Pizzetti, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*, nota a Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Giur. it.* (2000), p. 740 ss.

Pucella 2007 = R. Pucella, *I difficili assetti della responsabilità medica (considerazioni in merito a Cass., nn. 8826/2007 e 14759/2007)*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2007), II, p. 445 ss.

Pucella 2008 = R. Pucella, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, nota a Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Danno e resp.* (2008), p. 43 ss.

Pucella 2013 = R. Pucella, *Legittimazione all'interruzione di gravidanza, nascita "indesiderata" e prova del danno*, nota a Cass., 22 marzo 2013, n.7269, in *Nuova giur. civ. comm.* (2013), II, p. 654 ss.

Pucella 2014 = R. Pucella, *Inadempimento «qualificato», prova del nesso* di causa *e* favor creditoris, in *Resp. civ.* (2014), p. 1087 ss.

Pucella 2022 = R. Pucella, *Onere della prova nella responsabilità medica: l'impatto della Legge Gelli-Bianco,* in *Resp. med.* (2022), p. 365 ss.

Rizzo 2024 = N. Rizzo, *Ipotesi sulle presunzioni semplici*, in *Resp. civ.* (2024), p. 393 ss.

Rossetti 2011 = M. Rossetti, *Lo stato dell'arte sul danno da nascita indesiderata*, nota a Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, in *Giust. civ.* (2011), I, p. 2443 ss.

Sacchetto 2023 = G. Sacchetto, *L'onere della "vicinanza" della prova*, nota a Cass., 22 aprile 2022, n. 12910, in *Giur. it.* (2023), p. 1852.

Schiavolin 2023 = R. Schiavolin, *La giurisprudenza sulla distribuzione presunta di utili nelle società di capitali a base ristretta si allontana sempre più dai dati normativi*, in *Dir. e pratica trib.* (2023), p. 1244 ss.

Scognamiglio 2017 = C. Scognamiglio, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.* (2017), p. 740 ss.

Scognamiglio 2023 = C. Scognamiglio, *Sul rapporto tra domanda di risarcimento del danno alla salute derivante da negligente esecuzione della prestazione di cura e domanda risarcitoria da lesione del diritto al consenso informato*, nota a Cass., 23 febbraio 2023, n., 5631, in *Resp. med.* (2023), p. 441 ss.

Taruffo 1997 = M. Taruffo, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, Torino 1997.

Taruffo 2007 = M. Taruffo, voce *Prova giuridica*, in *Enc. dir.*, *Annali*, I, Milano 2007.

Tassone 2009 = B. Tassone, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, in *Danno e resp.* (2009), p. 538 ss.

Tassone 2018 = B. Tassone, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, in *Danno e resp.* (2018), p. 14 ss.

Verde 1971 = G. Verde, *Le presunzioni giurisprudenziali (Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Foro it.* (1971), V, c. 177 ss.

Zanotti 2024 = N. Zanotti, *Le prove nel giudizio tributario alla luce degli obbiettivi posti dal PNNR*, in *Dir. e pratica trib.* (2024), p. 34 ss.

La certezza del diritto nell'ordinamento canonico tra straordinaria plasticità e rischio di abusi: considerazioni alla luce delle recenti evoluzioni della normativa ecclesiale*

Geraldina Boni
Università di Bologna

1. Rileggendo un 'classico'

La pretesa di scrivere sulla certezza del diritto nell'ordinamento canonico presumendo di arrecare un contributo critico originale quale si richiede a una dottrina responsabile è indice o di boriosa supponenza oppure di ignoranza abissale: se non di entrambe, quali facce di una stessa e deprimente medaglia. Non è questo, naturalmente, il mio intento e lo enuncio in premessa per schivare da subito gli strali motivatamente avvelenati che esso attirerebbe. Saranno invece, le mie, fugaci riflessioni destate dalla rilettura di alcuni saggi su questo tema capitale intagliati dalle penne canonistiche più sofisticate che il Novecento ha annoverato e con le quali non ardisco certo cimentarmi: ma, supponendo che tali esimi Autori potessero essere improvvisamente catapultati nell'attualità del diritto canonico, per interrogarli ancora una volta al proposito.

L'occasione allo spedito itinerario che percorrerò oggi me l'ha offerta in particolare un noto saggio, poderoso e potentissimo, di Arturo Carlo Jemolo, intitolato *Il nostro tempo e il diritto* e pubblicato sulla rivista *Archivio giuridico Filippo Serafini* nel 1932[1]: una rivista, sin dagli esordi[2], programmaticamente al crocevia tra i saperi giuridici, per assecondare lo scambio intellettuale tra i medesimi. In tale saggio, in piena epoca

* Si precisa che il seguente contributo è stato consegnato per la pubblicazione nell'autunno 2023.

[1] Cfr. Jemolo 1932, pp. 129-170. Lo stesso nucleo concettuale si ritrova nel Discorso inaugurale dell'anno accademico 1931-1932 tenuto da Jemolo all'Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali di Bologna (Id. 1957, pp. 3-25); ma in non pochi altri scritti il tema della crisi dello 'Stato di diritto' ritorna.

[2] Cfr. Ellero 1868, pp. 3-12. Consultando i dati contenuti nelle bibliografie concernenti la produzione scientifica di Arturo Carlo Jemolo risulta che nell'arco temporale compreso tra il 1922 e il 1975, egli pubblicò su tale rivista quaranta contributi, tra saggi e recensioni. Nel 1932, alla morte di Pietro Bonfante, Jemolo fu chiamato a integrare il consiglio direttivo dell'*Archivio giuridico*, del quale diventerà direttore nel 1964 e lo rimarrà fino al 1981 (dal 1975 con Lorenzo Spinelli).

fascista, il geniale studioso attaccava senza alcuna ritrosia – con discorsi generali su tendenze diffuse e in qualche modo allora globali, quindi in maniera indiretta, ma quanto mai affilata e incisiva – l'erosione se non il declino della legalità che si stava consumando sotto gli occhi troppo spesso pavidamente distratti dei giuristi[3]. A lui, invece, la colpa dell'acquiescenza o dell'indifferenza avverso certe degenerazioni giuridiche trainate da quelle politiche – rimprovero che pure gli è stato rivolto – non avrebbe dovuto essere addebitata, come proprio comprova lampantemente tale articolo (e non solo questo[4]): nel quale il grido di dolore dinanzi alla gravissima deriva del diritto in atto a partire dal dopoguerra, ma con un'impennata palpabile in quegli anni, è lancinante, fermo e tenace[5]. Non intendo addentrarmi sulle oscillazioni di Jemolo nei confronti del fascismo che molti hanno scrutato[6]. Ma se è vero che egli stesso

[3] Serra 2014b, p. 16, si sofferma sulla «tensione dello Jemolo per un tema: la dissoluzione del modello dello Stato di diritto – e del principio di legalità quale nucleo costitutivo di tale modello –, in atto nella prima metà del Novecento e sostenuta, teoricamente, dalla dottrina francese della rivincita del fatto sulla legge e dalla scuola del diritto libero. /Una dissoluzione funzionale, difatti, ai regimi totalitari tedesco e sovietico, e in Italia, al regime fascista, la cui ideologia, mascherata sotto il nome spirito del tempo, era invocata e affermata da molti giudici e studiosi quale sostituta della legge» (con indicazioni di ampia letteratura al riguardo). Cfr. anche Ead. 2014b, specialmente p. 6 ss.

[4] Si veda altresì, ad esempio, Jemolo 1933, p. 733, ove, ma solo a conclusione dello studio, tale Autore commentava: «Il diritto penale ecclesiastico conserverà sempre delle caratteristiche sue peculiari, che lo distingueranno da quello degli Stati. Non mi pare tuttavia impossibile che nell'ora storica in cui siamo il distacco possa tendere a divenire meno ingente. Man mano che nei diritti statali penetra il concetto di uno scopo supremo bene determinato, non di mera conservazione dello Stato, ma di suo sviluppo secondo una determinata idea; man mano che i diritti statali tendono a legarsi sempre più ad una fede, ad un insegnamento, il quale debba informare la vita dello Stato e penetrare ed affermarsi nella coscienza dei sudditi; più è probabile ch'essi accolgano alcuni di quest'istituti che abbiamo visto nel diritto penale della Chiesa. Più è probabile cioè ch'essi escludano alcune di queste autolimitazioni, rispondenti obiettivamente al principio della certezza del diritto ma che subiettivamente costituivano un limite che lo Stato credeva di doversi imporre in omaggio alla libertà ed ai diritti subiettivi dei cittadini, che da circa un secolo e mezzo erano apparse essenziali di ogni normazione penale». Va segnalato, peraltro, quanto alla visione del diritto canonico, che Jemolo scrive nel contesto ecclesiologico e giuridico anteriore al Concilio Vaticano II: i contributi canonistici cui si fa riferimento devono quindi essere collocati in questo preciso contesto.

[5] Chiosa Serra 2014a, pp. 14-15: «È, invero, evidente che "*Il nostro tempo ed il diritto*" – oltre a essere un sincero atto di fede nel diritto (certo) quale condizione di esistenza della vita collettiva e individuale –, è, anche, un atto di (sottile) contestazione degli Stati totalitari, e in Italia, del Governo fascista; un tentativo di reagire al consolidarsi di tale governo, svelando, per un verso, la funzionalità di certe posizioni di teorici e pratici del diritto a questo consolidamento e, per l'altro verso, indicando la fedeltà alle leggi di matrice liberale come l'ultimo baluardo dei diritti di libertà dei cittadini. Col che – pur senza alcuna pretesa di definizione dell'atteggiamento di Jemolo nei confronti del fascismo –, sembra plausibile includere Jemolo tra gli studiosi che – in opposizione alle inclinazioni totalitarie del regime –, guardarono al principio di stretta legalità e alla tecnica e forma del diritto come a strumenti per delineare una ideale barriera fra diritto e potere».

[6] Come noto, Arturo Carlo Jemolo sottoscrive il manifesto degli intellettuali antifascisti di Croce, pubblicato su *il Mondo* il primo maggio 1925, poi, però, il 31 ottobre 1931 presta il giuramento di fedeltà al re e al regime fascista presso la regia università di Bologna, di seguito presenta domanda di iscrizione alle Associazioni nazionali fasciste degli insegnanti e dei professori universitari nonché quella

aveva replicato come «Talvolta l'impassibilità [fosse] una difesa. Non fu la posizione più eroica, ma fu ancora una posizione di resistenza»[7], in questa dissertazione il 'muro protettivo' elevato dal giurista, che nell'asettica e glaciale tecnicalità si ritrae – talora opportunisticamente – dalla realtà avvilente del momento[8], pare crollare: il silenzio si rompe[9] e la contestazione si fa aspra, pungente, per nulla velata ed edulcorata[10].

Come si connettono tali discorsi con il tema della certezza del diritto nell'ordinamento canonico? Per converso – lo anticipo preliminarmente, anche in questo caso, per rendere più nitido il percorso – rilevano evidentemente, e con manifesta pertinenza. Perché la dura rampogna che Jemolo rivolge alle deviazioni giuridiche dei sistemi statuali nel primo trentennio del XX secolo segue la falsariga di una serrata comparazione con le dinamiche caratteristiche dello *ius Ecclesiae*, le quali vengono colte e sintetizzate brillantemente nella loro inconfondibile specificità dall'esperto canonista: segnalando e delineando, sia pur concisamente e con intenzionali estremizzazioni, omologie e consonanze con le tendenze avallate nel coevo diritto secolare. L'esposizione di Jemolo si dipana infatti incentrando il *focus* su quella certezza, tutta sostanziale e per nulla formale, quale tipicità più marcata che contrassegna l'ordinamento canonico e su cui a breve saranno vergate pagine tra le più trascinanti e seducenti che il diritto ecclesiale abbia suscitato. Tra tutte, emblematiche e celeberrime, quelle di Giuseppe Capograssi e di Pio Fedele, sull'onda dell'acceso dibattito propiziato dal volume, del pari famoso, del giovane Flavio Lopez de Oñate *La certezza del diritto* del 1942[11]; ma gli anni Venti, Trenta e Quaranta furono teatro di una delle stagioni culturali e scientifiche più effervescenti della canonistica[12]. Non mi soffermerò al riguardo, tediando il lettore con una rassegna di notazioni altissime ma arcinote, nella quale peraltro molti si sono avventurati senza troppo aggiungere in termini di commento personale. D'altronde, il concetto di certezza è la doviziosa eredità che lo *ius canonicum* ha custodito nel suo grembo nei secoli, coniugandola e articolandola a seconda delle fasi storiche: e che gli ha permesso di mantenere i suoi robusti ed anzi inscindibili legami con la Tradizione – con la T maiuscola –, senza dismettere mai l'attitudine a decifrare prontamente i 'segni dei tempi', lasciandosi da essi docilmente configurare.

---

di iscrizione al partito fascista. Cfr., al riguardo, per tutti, Valbusa 2008; e la sottile analisi di Fantappiè 2015b, pp. 159-190, il quale indaga sul «carattere tortuoso e cangiante» del percorso di Jemolo, sui suoi «ripetuti mutamenti di indirizzo e di frontiere», sulla sua «'linea di condotta' personale», nonché sulla sua successiva «*riflessione autocritica*».

[7] Jemolo 1947, p. 174.

[8] Cfr. le osservazioni di Lariccia 2021, p. 53 ss.

[9] Con riferimento al manuale di Jemolo 1927, Lariccia 2013, p. 10, nota: «Colpisce […] il silenzio di Jemolo, non soltanto con riferimento alla fase iniziale del fascismo e alle sue tendenze particolarmente significative in quel periodo ma anche riguardo al tema delle libertà».

[10] Cfr. peraltro, sull'itinerario del pensiero di Jemolo e sul suo «dramma interiore», le considerazioni di Fantappiè 2015b, *passim*.

[11] Cfr. Lopez de Oñate 1968. Il libro venne edito per la prima volta nel 1942.

[12] Ripercorre questa stagione Nacci 2017, p. 26 ss.

2. Jemolo e la certezza del diritto, secolare e canonico, negli anni Trenta del secolo scorso: un folgorante paragone

Tornando a Jemolo, egli, nell'articolo da cui ho preso l'abbrivo, non tesse in alcun modo un appassionato panegirico come quello che intoneranno nei decenni sopravvenienti specie i due giuristi ora menzionati: affascinati e al contempo entusiasti propugnatori della straordinaria malleabilità del diritto della Chiesa che, ben ancorato alla realtà e senza lasciarsi ammaliare da miraggi ingannevoli di pietrificata certezza formale, *rectius* formalistica, sa invece mirabilmente modularsi sulle mutevolissime e cangianti esigenze, giammai mortificabili, della *salus uniuscuiusque animae*. Finalità, questa, soprannaturale ed escatologica ma da prefiggersi altresì *hic et nunc*: realizzando un intreccio e un indissolubile connubio tra terra – quella più sordida e abietta della condizione umana segnata dal peccato – e cielo – quello sublime della visione beatifica di Dio, cui ognuno dovrebbe aspirare –, che è d'altronde indelebile sigillo del diritto della religione incarnata. La descrizione tracciata da Jemolo della formidabile elasticità dell'ordinamento canonico, quale ripudio di una rigorosa legalità, immane lontananza da ogni prospettiva di tetragona certezza formale del diritto su cui si sono innalzate le guglie – mutuando qui una celebre immagine – delle decantazioni insuperate, con inflessioni quasi liriche ed elegiache, di suoi colleghi negli anni successivi, è qui, per contro, disegnata con toni sobri e temperati: si prospetta fin spigolosa e severa nelle sue secche e asciutte pennellate. Perché ciò che al giurista romano precipuamente preme è, viceversa, far filtrare in filigrana le aberrazioni giuridiche che i regimi totalitari insediatisi stanno istallando senza pudore e con caparbietà negli anni Trenta[13].

Non è peraltro, quella del professore allora incardinato presso la regia università di Bologna, freddezza o, peggio, larvata insofferenza per i connotati distintivi dello *ius Ecclesiae*: ma, essendo tutt'altro il bersaglio delle sue acuminate frecce, ai fini del perseguimento di questo obiettivo prende quasi in ostaggio il diritto canonico, ammannendolo funzionalmente e utilitaristicamente – senza troppo sottilizzare – per il proposito dimostrativo. Eppure, la laconicità e la concinnità della rappresentazione dell'ordinamento giuridico della Chiesa corroborano l'icasticità del palinsesto. Sarebbe d'altro canto stupefacente che un canonista raffinato e vocazionalmente proteso al firmamento giuridico ecclesiale, prediligendolo elettivamente nella coltivazione scientifica e nella didattica[14], quale Jemolo graniticamente era, misconoscesse quello

[13] Interessante anche quanto ha scritto Ratzinger 2000, p. 13: «L'ironizzazione del diritto apparteneva […] ai fondamenti del nazionalsocialismo (non conosco sufficientemente la situazione per quanto riguarda il fascismo italiano). Nei cosiddetti "anni della lotta" il diritto fu molto consapevolmente calpestato e contrapposto al cosiddetto sano sentimento popolare. Successivamente il "*Fürer*" fu dichiarato come l'unica fonte del diritto e così l'arbitrio fu messo al posto del diritto. La denigrazione del diritto non è mai ed in nessun modo al servizio della libertà, ma è sempre uno strumento della dittatura. La eliminazione del diritto è disprezzo dell'uomo: ove non vi è diritto, non vi è libertà».

[14] Cfr., ad esempio, quanto affermava Jemolo 1939, p. 341 ss.; e soprattutto in Id. 1937, pp. 177-180; ma cfr. già Id. 1923, pp. 3-51; Id. 2007, pp. 229-254. Si vedano Fedele 1963, pp. 331-346; De

che è il marcatore genetico dello *ius canonicum*, il quale ne ha decretato l'incontrovertibile e ineclissabile splendore. Non questo era l'oggetto principale in esame: ma, alla stregua di uno specchio rovesciato e soprattutto distorto, imputata era la rozza e storpiata macchietta che ne risultava 'al suo tempo' sul versante, per così dire, secolare.

Tuttavia, malgrado lo sguardo s'appoggi leggermente sull'ordinamento canonico quasi *per transennan*, esso, nella sua chirurgica precisione, ne coglie con nitore il *quid proprium* nella strumentalità del diritto a «beni sommi, incalcolabili, insostituibili e non sacrificabili» che eminentemente occorre presidiare e promuovere, e dinanzi ai quali «la sicurezza dell'ordinamento giuridico»[15], nella cieca fissità delle sue norme, non può che arretrare e implacabilmente cedere. L'oltremodo esiguo attaccamento alla certezza del diritto e alla legalità – così come intransigentemente intesi – insito nel 'pianeta' giuridico della Chiesa, che affonda non a caso le radici nell'antitesi frontale di Paolo di Tarso con la giustizia[16], e che trova alleati, come chiosava Jemolo, nelle 'grandi masse', specie nelle 'classi più umili', nel 'povero e nell'incolto', nei 'più semplici come i bambini e le donne' (!)[17], non è quindi idiosincrasia a questo binomio in quanto tale. È, piuttosto, refrattarietà e ostilità all'autocratica egemonia della legge, dei comandi imperativamente stabiliti dal diritto positivo, di imperturbabilmente statici e legnosi congegni giuridici che prescindano dalla *res iusta* e da essa non discendano: un abbaglio e una perversione della legalità, ma anche della certezza del diritto, per le quali lo *ius Ecclesiae* ha, dai primordi, allevato nel suo seno anticorpi gagliardi e inossidabili.

Dunque, «Più che avversione per il diritto positivo, è il concepire questo come qualcosa che mai e poi mai possa distaccarsi, neppure per un istante, dalle esigenze del giusto: si dia, sì, una legge, ma una legge che sia estremamente flessibile, che si snodi si allunghi si restringa, conosca tutte le risorse dell'analogia e dell'epicheia, per attuare sempre la soluzione che il senso della giustizia esige»[18]. Pertanto quell'aggres-

---

Luca 1997, pp. 501-507; Berlingò 2005, pp. 115-137; Dalla Torre 2013; Serra 2021, pp. 39-69.

[15] Jemolo 1932, p. 144, anche il virgolettato delle righe precedenti.

[16] Sulle deviazioni cui nel corso del tempo, e proprio quanto al ruolo del diritto nella Chiesa, ha dato luogo un «malinteso "paolinismo"» cfr. le lucide riflessioni di Ratzinger 2000, p. 12 ss.

[17] Cfr. Jemolo 1932, pp. 138-139.

[18] Jemolo 1932, p. 139. Si richiama la chiara spiegazione di un altro 'classico' che non si può non rimembrare, Del Giudice 1926, pp. 19-20: «l'interprete – e quindi il giudice – ove si trovi, a seguito d'una applicazione legislativa tecnicamente impeccabile, di fronte a risultati che ripugnano alla coscienza morale e giuridica (*contra naturalem aequitatem*), è autorizzato, anzi obbligato, a risalire, non già soltanto alla volontà o allo spirito della legge come risulta dal sistema del diritto positivo, ma alla valutazione morale e sociale degli elementi che dettero vita alla norma, e, in base a un *autonomo* apprezzamento di questi, stabilire la *nuova* norma pel caso in esame, come se lo stesso legislatore fosse presente e, valutando i detti elementi, ponesse esso stesso quella nuova norma entro il cui ambito il caso venisse a cadere. Interpretazione della norma – anche in rapporto al sistema legislativo entro cui vive e allo spirito onde è animata – e applicazione equitativa di essa sono dunque, nel diritto canonico, attività qualitativamente diverse: diversità che deve farsi risalire alla stessa contrapposizione teologica tra *aequum legale* e *aequum naturale*».

sivo 'primato del fatto', con il quale si perpetrava 'nel suo tempo' e *in saeculo* l'attenuazione, anzi la distruzione dello Stato di diritto[19], nulla ha a che spartire, a ben vedere, con quell'aderenza attenta e capillare a ogni situazione individuale dell'*homo viator* – secondo un'espressione oramai idiomatica – propria dello *ius Ecclesiae*, su cui magistralmente vari Autori si sono intrattenuti: ove «la forza creatrice del fatto» non si pone «ai danni del diritto»[20], ma lo forgia e lo modella su ciascuna irripetibile fattispecie perché essa risulti compiutamente rispondente a giustizia.

Ecco quindi che tale constatazione, pur senza mai stravolgere e contaminare la *substantia* del diritto canonico, offre il destro per una similitudine volutamente superficiale, di più forzata e artificiosa – ne è appieno e deliberatamente conscio, per primo, lo stesso Jemolo –, con quanto stava avvenendo sulla scena novecentesca[21]: tragicamente e in apparenza incontenibilmente. Al cospetto del «forte senso statale» e della «fede sicura la quale non ha dubbi sulla sua meta, né sul valore di questa» che si sono andati consolidando, non si registra infatti «un clima favorevole per un diritto positivo rigido»[22]: in questa temperie, si abbattono, uno dopo l'altro, vorticosamente e senza tergiversazioni per attingere rapidamente il raggiungimento di quei beni eccelsi[23], i pilastri dello Stato di diritto, divenuto oramai fatalmente obsoleto. S'assiste anzitutto «ad una intensificazione sempre maggiore del fenomeno legislativo […] il desiderio degli organi che hanno potestà di dettare norme (siano essi quelli che integrano il potere legislativo siano organi dell'esecutivo) di svinco-

[19] Cfr. Jemolo 1932, p. 130.

[20] Jemolo 1932, p. 132.

[21] Cfr. Jemolo 1932, p. 130: «Oggi, mentre il secolo non è ancora ad un terzo del suo cammino, la tendenza può essere registrata».

[22] Jemolo 1932, p. 149.

[23] Cfr. Jemolo 1932, p. 151: «Perché la legalità è fatalmente una remora per chi vuol camminare senza indugi e giungere in fretta ad una meta: perché indubbiamente essa costringe a rinunciare a qualche risultato, a far getto di qualche possibile effetto, ed ottenere sì i risultati ultimi ma non in tutti i loro contorni ed in tutti i loro dettagli. Una forte fede vuole tutto, non si rassegna a lasciare una sola zolla inconquistata: vuole sradicare tutto quello che per essa è male, tutto ciò che le è ostile; né può lasciarlo salvo solo perché esso sia solo sotto la protezione della bandiera della legalità. Un blando scetticismo, il senso che la perfezione non può mai essere raggiunta, che gli uomini ed i partiti debbono stare paghi ai risultati approssimativi: il senso del valore relativo, contingente, non eterno, suscettibile di valutazioni diverse, che ha l'opera dei legislatori e dei governi; il clima proprio alle classi già da qualche generazione al potere, sufficientemente permeate di esperienza storica; in una parola il clima spirituale dell'età d'oro del liberalismo europeo, questo il clima ideale per il culto del diritto positivo dalle norme rigide. /Ancora: il Novecento appare come secolo di ferro: secolo di aspre lotte nazionali, politiche, economiche, di dure difficoltà da superare, di lotta per la vita combattuta ogni giorno dagli individui come dai popoli. Ed anche per questo non è clima propizio per la sovranità del diritto, per il dominio della legge sul fatto: che implica […] di raggiungere sì i risultati ultimi che la coscienza collettiva ambisce, ma senza soverchia premura, senza preoccupazione della via più corta; poco importando se sianvi casi singoli nei quali resti insoddisfatta quella ch'è la norma posta da tale coscienza. Quando la necessità batte alle porte, gli uomini hanno sempre avuto una scarsa preoccupazione del diritto: ognuno sa che la guerra, le rivoluzioni, le grandi carestie, non sono mai state il terreno più idoneo per il suo fiorire».

larsi sempre più dalle regole generali […] così divengono sempre meno rare le leggi di sanatoria, o le disposizioni transitorie che dettano norme prescindendo […] dai principi generali che sono alla base del regolamento legislativo della materia; ed anche in leggi non di natura transeunte appaiono disposizioni […] in deroga ai principi, ispirate soltanto a ragioni di opportunità»[24]. A monte, del resto, «L'abbandono di ogni applicazione rigida nel principio della separazione dei poteri […] ha favorito questo svincolarsi della legislazione dalla fedeltà ai principi giuridici»[25]. Si osserva poi «il mutamento dei criteri d'interpretazione della legge […]. Dappertutto s'inneggia […] al giudice, il quale partecipa alla vita del suo tempo, ne segue le correnti, interpreta i bisogni della società in cui egli vive, del Paese a cui serve; in luogo della fedeltà alla norma, che può essere vecchia di cinquanta o di cento anni, che può rispecchiare ideali etici o politici impalliditi o tramontati, si chiede a lui la fedeltà all'idea politica e sociale animatrice dello Stato, e che il potere sovrano incarna e proclama. […] la trasformazione del giudice in un legislatore, sia pure legislatore minore, imbrigliato, che può valutare ciò ch'è utile e conveniente ma tenendo presenti certi principi, certi canoni, certe direttive, impartitegli dall'alto»[26]. Per transitare, ancora, alla metamorfosi del «concetto di discrezionalità amministrativa» ovvero di un «certo modo di concepirlo», con la «preclusione all'indagine volta a mettere in luce il torto, il comportamento irrazionale o contro le regole dell'esperienza, della pubblica Amministrazione»[27]. E concludere, infine, con l'insidiosissima pretesa, da parte del diritto, di valutare non più soltanto «l'esteriorità della vita giuridica», ma «tutto quanto è vita interiore, stato d'animo, pensieri», facendo franare «le barriere tra la morale e il diritto»[28].

Sono, queste, le doglianze principalmente sollevate da Jemolo con inquietudine, e che presentano, almeno di primo acchito, somiglianze o affinità con dinamiche squisitamente canonistiche, sia pur, all'occhio navigato, epidermiche e approssimative, nonché solo vaghe e sfumate: e soprattutto, al fondo, del tutto sfuocate e inconferenti, quindi fallaci. Ciò che naturalmente non sfugge all'arguto canonista, il quale evoca, come accennato, il diritto della Chiesa quale spunto, sia pur quanto mai intrigante, solo per paragonare efficacemente tra loro movimenti radicalmente diversi e quasi agli antipodi, eppur nascenti, entrambi, da 'fedi forti', da 'visioni totalitarie'[29], dal rincorrere beni ritenuti incommensurabili.

[24] Jemolo 1932, pp. 153-154.

[25] Jemolo 1932, p. 154: «l'intensificazione dell'attività normatrice dello Stato ha segnato il passaggio della più gran parte di quest'attività all'esecutivo. Ossia, in pratica, alla burocrazia. […] rischia di perdersi un legame tra legge e legge, rischia di andare perduto il sistema. Guai poi se si aggiunga la deviazione delle leggi correttive, volte a porre rimedio ad ogni minuscolo inconveniente che siasi verificato nell'applicazione della prima legge».

[26] Jemolo 1932, rispettivamente p. 155, p. 157, p. 158.

[27] Jemolo 1932, pp. 164-165.

[28] Jemolo 1932, pp. 166-167.

[29] Cfr. Jemolo 1932, p. 167.

3. Le ragioni di un approccio criticamente invertito

Riprendo la domanda sul perché rispolverare una disquisizione interessantissima ma decisamente, se non sorpassata, datata, in quanto solidamente incastonata nel *milieu* che l'ha nutrita. Mi sembra, per una curiosa eterogenesi dei fini, che il ragionare sdegnato e inclemente di Jemolo, sospeso sul crinale tra diritto ecclesiale e diritto del Novecento, acquisti un'inedita e inusitata attualità: ma, al culmine del paradosso, questa volta con il paradigma di riferimento, ancora caustico e mordace, tuttavia diametralmente capovolto. Infatti, i suoi ragionamenti sferzanti potrebbero piegarsi scultoreamente per proiettare non più le deviate evoluzioni del diritto secolare, ma, bizzarramente, proprio alcuni 'moti' che nell'esperienza giuridica della Chiesa si sono di recente abnormemente sviluppati, e che, anche qui, paiono turbinosi e irrefrenabili. 'Moti' che l'ingegnoso studioso non poteva naturalmente preconizzare e neppure adombrare nella sua dissertazione: la cui lettura, nondimeno, nel canonista contemporaneo di quegli sviluppi edotto, alimenta, *invite* ma invincibilmente, assonanze e parallelismi.

Certamente nessuno oserebbe controbattere, e io tanto meno, alle ineccepibili deduzioni di Pio Fedele – almeno a quelle non troppo visceralmente legate a una visione in qualche misura superata dall'avvento dell'affinata ecclesiologia del Concilio Vaticano II[30] – sull'irriducibile singolarità dell'ordinamento canonico, oggi come allora: imperniata sui conosciutissimi istituti della *dissimulatio*, del *tolerari potest*, della *epicheia* ovvero dell'*oikonomia* orientale, ma anche della *declaratio*, dell'*absolutio*, della *licentia*, del *privilegium*, dell'inesistenza della cosa giudicata per le sentenze nelle cause *de statu personarum*[31], sul pregio conservato alla consuetudine, su taluni modi inusuali di cessazione della legge, per addivenire, segnatamente, alla fisionomia minuziosamente intarsiata e al largo impiego di quella *dispensatio* che, da Ivo di Chartres in avanti almeno, è stata segnacolo e quasi stendardo dello *ius canonicum*. Una specificità, ancora, che si riproduce in quell'*habitus* ermeneutico mai deponibile che con locuzione riassuntiva, ed eloquente al massimo, si denomina *aequitas canonica*[32] – e nell'agget-

[30] Come noto, ad esempio, tale illustre Autore dalla qualificazione pubblicistica di tutto l'ordinamento canonico da lui sostenuta desumeva l'assoluta negazione del diritto soggettivo in seno all'ordinamento medesimo: cfr., per tutti, Fedele 1992, p. 382 ss. L'articolo fu pubblicato in *Archivio di diritto ecclesiastico*, V (1943), p. 360 ss.; e nel citato volume *La certezza del diritto* di Flavio Lopez de Oñate; qui citerò dalla versione del 1992 *Ephemerides iuris canonici*. Come commenta Fantappiè 2013, p. 831, Fedele resta «tributario di una concezione ecclesiologica tridentina, dove l'azione e i diritti della gerarchia sono considerati assolutamente prevalenti. Come risultato non solo di tale visione, ma anche e soprattutto dello schematismo concettuale che distingueva rigidamente tra "pubblico" e "privato" nonché tra "interesse legittimo" e "diritto soggettivo", *F.* giunge a negare l'esistenza di diritti soggettivi o comunque tende ad affermare la piena subordinazione degli interessi individuali su quelli pubblici. Posizione che, fin dal suo primo manifestarsi, viene criticata dalla dottrina canonistica italiana coeva (Pio Ciprotti, Pietro Agostino d'Avack, Ermanno Graziani, Giuseppe Olivero)».

[31] La letteratura su questi temi è smisuratamente vasta.

[32] Numerose sono le opere di Fedele che potrebbero essere citate, a partire dal *Discorso generale sull'ordinamento canonico* del 1941: una sintesi Id. 1992, pp. 363-392. L'*aequitas canonica* è, secondo Grossi 2013, p. 222, «la norma suprema che sta alla base della Chiesa», lo strumento che adegua la

tivo risiederebbe la sua cifra unica e impareggiabile[33] –, non riproducibile, con quei lineamenti così disegnati, negli ordinamenti secolari (almeno dalla modernità) che si compiacciono ed anzi talora addirittura idolatrano l'intrasgredibile certezza del diritto: e invece, metteva in risalto ancora il giurista di Ceccano, nell'universo canonico l'*aequitas* non solo colma le lacune, supplendo al silenzio del legislatore, ma soprattutto prende il sopravvento e soppianta, attraverso la voce del giudice o del superiore, lo *ius scriptum* «ubicumque agitur de periculo animarum»[34], per echeggiare il cardinale di Ostia Enrico da Susa[35]. Se infatti sulla definizione dell'*aequitas* la dottrina ancora si arrovella, tuttavia si conviene sulla stella polare della *salus uniuscuiusque animae*, in vista della quale non può infatti che indietreggiare e infine capitolare ogni velleità legalitaria, non può che ammainarsi la bandiera militante della certezza del diritto positivo. Così le fattezze poliedriche dell'ordinamento giuridico ecclesiale, irraggiantesi nei suoi peculiarissimi istituti, sono tra loro inestricabilmente connesse per cospirare al medesimo traguardo: consistente nell'infondere in ogni prescrizione quella *rationabilitas* la quale è, a propria volta, rifrazione in essa della 'norma suprema'[36] e 'che sta prima'[37], cioè dello *ius divinum* che si iscrive e si scopre nella realtà genuinamente giuridica.

---

norma alle trasformazioni sociali e che «realizza l'adeguamento perfetto della forma alla sostanza» del diritto canonico (originariamente il saggio è stato pubblicato in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 27 [1998], pp. 379-396).

[33] Cfr. peraltro le recenti interessanti considerazioni di Vigo Ferrera 2023b, p. 115, per un recupero della nozione classica di equità, maturata ai tempi dello *ius commune*, «elaborata da legisti e canonisti e ampiamente condivisa tra di loro […] un'*aequitas quae iure iuvatur*: un'equità che è tanto preoccupata di rimediare alle insufficienze delle disposizioni di diritto quanto di evitare il loro sovvertimento e l'arbitrarietà nell'amministrazione della giustizia». Dello stesso Autore si veda il recente volume del 2023a.

[34] Cfr. anche da ultimo Francesco, Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium* sulla Curia romana e il suo servizio alla Chiesa e al mondo, 19 marzo 2022, in *L'Osservatore Romano*, 31 marzo 2022, pp. I-XII, che negli articoli 23 e 123 § 1 correla l'equità canonica alla salvezza delle anime.

[35] Cfr. sul punto Fedele 1992, p. 374 ss., il quale così conclude: «Non esiste il principio della certezza del diritto in un ordinamento, come quello canonico, in cui il giudice per soddisfare le esigenze insopprimibili della *aequitas canonica* ha non solo il potere, ma altresì il dovere di sacrificare il diritto scritto emanando un atto che formalmente è un atto giurisdizionale (in senso stretto), ma sostanzialmente è un atto legislativo».

[36] Inevitabile qui il richiamo a Capograssi in Lopez de Oñate 1968, specialmente p. 260 ss.: «Nell'equità canonica si manifesta chiaramente questa natura dell'ordinamento, di risolversi tutto in una norma; di andare oltre le singole determinazioni, sino alla norma, da cui tutte le norme nascono. Profondamente qui l'equità è chiamata canonica, quasi ad accentuare la sua inconfondibile peculiarità, perché essa difatti rappresenta ed esprime questo ordinamento in quello che ha di più proprio. L'equità è il modo col quale la norma suprema si afferma nella sua sovranità sopra tutte le determinazioni di se stessa, che sono le altre norme. L'equità viene ad assicurare l'applicazione della norma in ogni caso, poiché tutte le indicazioni e le prescrizioni delle norme particolari sono riportate necessariamente ad essa, sia quando nell'applicazione coincidono, sia quando non coincidono o quando la contraddicono, poiché la contraddizione è eliminata e la norma suprema è attuata» (ivi, pp. 267-268): cfr. anche le considerazioni di Capograssi sulla distinzione tra equità canonica e «semplice equità» ovvero anche sull'«equità degli ordinamenti civili».

[37] Cfr. le puntualizzazioni di Serra 2011, p. 6 ss.; Ead. 2012, p. 8 ss., con ulteriori riferimenti di letteratura.

Tutti profili dello *ius canonicum*, questi, sui quali io non indugerò in alcun modo[38], come preannunciato nell'*incipit*, forse disattendendo le aspettative in me riposte da chi mi ha gentilmente coinvolto in questo dibattito: del resto, nulla potrei aggiungere alle finissime speculazioni e alle illuminanti argomentazioni che, con Fedele, altri, ben più autorevoli di me, hanno intessuto. Per questo neppure mi azzardo a glossare le considerazioni di Capograssi che ho sopra citato, le quali attingono, nel loro nitore e nei loro afflati poetici, uno degli apici della letteratura canonistica: e sulle quali si sono versati fiumi di inchiostro – invero per lo più ridondanti rispetto ai primigeni passi stilati dall'Autore –.

A ciò sono indotta non tanto dal timore reverenziale (e ne avrei donde), ma perché da queste cime, quasi un empireo nel quale si amerebbe sostare, come nelle tre tende dell'episodio evangelico della trasfigurazione, per rimirarlo estasiati, purtroppo siamo bruscamente e drammaticamente ripiombati a un presente di disarmante crudezza per l'indecorosa caoticità del diritto ecclesiale: uno spettacolo demoralizzante che rompe l'incanto di tali rarefatte e idilliache atmosfere. Ma è un trauma dal quale non ci si può esimere perché la *vexata quaestio* della certezza, qui come altrove, non può essere solo abbordata, per così dire, metafisicamente e metempiricamente: conducendo essa inevitabilmente, per converso, alla, sovente brutale e comunque meno aerea, prosaicità della vita concreta[39].

D'altro canto, nessun cultore delle discipline storico-giuridiche può ignorare l'apporto cospicuo e pregiato dello *ius canonicum* all'esperienza millenaria del diritto: il quale segnatamente si condensa nell'ambito appena compendiato della nozione e implementazione di questa certezza ecclesiale del tutto *sui generis*, scolpita dal suo essere teleologicamente volta a un fine oltremondano che relativizza e sopravanza ogni produzione legislativa umana. E, invece, forse non da tutti sono conosciute le ultime vicissitudini dello *ius Ecclesiae*: il quale sperimenta oggi un ciclo di attività normativa più che esuberante, prolisso e incessante. Un legislatore, quello canonico,

[38] Riprende recentemente queste problematiche Serra 2011, pp. 1-39; Ead. 2012, pp. 1-19; in tali saggi ampi riferimenti dottrinali.

[39] Osserva in generale Biscardi 1989, p. 228: «il problema della 'certezza' rappresenta il problema dei problemi per i giuristi di ogni epoca, e non è […] un problema speculativo od astratto, bensì al contrario un problema drammaticamente concreto, in quanto esiste una verità nel diritto, che è appunto la sua attitudine a realizzare nella società la giustizia, e che peraltro non coincide con la sola certezza della norma in quanto tale, dato che non è più possibile ricadere ancora, per definirla, nei banali schemi della legalità, come essenza esteriore o formale del diritto». Riassume alcune posizioni dottrinali sui rapporti con la giustizia nella «metamorfosi» subita dalla certezza del diritto Sciumè 2017, p. 12 ss., il quale per parte sua conclude auspicando «l'affermazione di una certezza che non si ponga come parametro statico ed immutabile di un diritto reso oramai elastico dalle circostanze, ma che, al contrario, si proponga piuttosto quale strumento di affermazione di un civile "diritto alla certezza", mediante il quale la soluzione giuridica presente nella concreta fattispecie divenga espressione dell'impiego di una procedura argomentativa che, abbandonata ogni residua concezione di un diritto asettico, sia invece pienamente atta a dimostrare che quella soluzione sia riconoscibile come legittima e non arbitraria, in quanto inclusa in un diritto orientato alla realizzazione di un ideale di giustizia condiviso».

che pare, negli ultimi lustri, impellentemente pressato da un'emergenza ininterrotta a un assiduo e convulso corteo di interventi dalle fogge più disparate, cioè adottando, affannosamente e senza giustificazioni intellegibili, protocolli del tutto insoliti[40]. Benché il *Motu Proprio* (invero: *Litterae Apostolicae Motu Proprio datae* o 'in forma di *Motu Proprio*'), cioè la legge assunta di sua iniziativa dal Papa, sia assurto a protagonista del 'regime giuridico' di Bergoglio, demiurgo temibile per il suo attivismo e per la sua strabordante eccedenza: avendo il numero dei *Motu Proprio*, succedutisi in tempi compressi, più che doppiato quello degli antecessori, senza risparmiare alcun aspetto della vita della *communitas christifidelium*. Un Francesco, quindi, oltre che stracarico di impegni su di lui accentrati come pastore della Chiesa universale – ma anche come vescovo di Roma[41] e come capo dello Stato della Città del Vaticano[42] –, legislatore canonico febbrile, a dispetto del cameo un poco serafico che di lui ci viene proposto dai *mass media*.

Insomma, inaspettatamente, quella sproporzionata e dilagante sovrabbondanza di leggi additata da Jemolo oggi occupa ingombrantemente il palco non tanto secolare quanto canonico[43]. Mai come in quest'ultima decade vocabolo è risuonato nella Chiesa più frequentemente, quasi martellantemente, sulla bocca di molti, anzitutto del vicario di Cristo, di quello di 'riforma'[44]: da sempre, per contro, adoperato con avara parsimonia mista a pudico imbarazzo, per lo meno nella cattolicità. E le riforme si susseguono a ritmo frenetico, dal processo di nullità matrimoniale al diritto penale, dalla rinuncia – più o meno volontaria, ambiguità da tenersi qui in non cale – dei vescovi e dei titolari di altri uffici alla vita consacrata e alle associazioni internazionali di fedeli, al Sinodo dei Vescovi, alla Curia romana[45], fino alla materia liturgica[46]. Ambito,

[40] Cfr. quanto ho riferito in Boni 2018, pp. 105-251.

[41] Cfr. Francesco, Costituzione Apostolica *In Ecclesiarum communione*, 6 gennaio 2023, in *L'Osservatore Romano*, 7 gennaio 2023, pp. 2-5.

[42] Cfr. Francesco, *Legge fondamentale dello Stato della Città del Vaticano*, 13 maggio 2023, in *L'Osservatore Romano*, 13 maggio 2023, pp. 10-11.

[43] Parla di «una sobredosis de documentos normativos» Otaduy 2019, p. 198, presentando un'ampia rassegna.

[44] Dianich 2018, p. 9, nota come il termine 'riforma' sia oggi «sulla bocca di tutti e in primo luogo su quella dello stesso magistero papale». Per Papa Francesco, *Ad participes primae Sessionis Plenariae Secreteriae pro Communicatione*, 4 maggio 2017, in *Acta Apostolicae Sedis* 109 (2017), p. 476, riformare la Chiesa «non è "imbiancare" un po' le cose: riforma è dare un'altra forma alle cose, organizzarle in un altro modo».

[45] Prima della recente Costituzione Apostolica di riforma complessiva la Curia romana era stata oggetto di ventinove provvedimenti normativi.

[46] Cfr. Visioli 2022b, p. 632: «In un pontificato come quello di Francesco, il cui magistero appare in prima battuta distante dalle costrittive determinazioni del diritto, si registra un numero considerevole di provvedimenti normativi in diversi ambiti della vita della Chiesa: da quello penale (nuovo Libro VI CIC, Rescritti del 3 e 6 dicembre 2019, m.p. *Come una madre amorevole* del 2016 e *Vos estis lux mundi* del 2019), a quello ministeriale (m.p. *Spiritus Domini*, *Antiquum ministerium*), a quello morale (per es. la precisazione della dottrina sulla pena di morte mediante modifica dell'art. 2267 CCC, la negazione delle benedizioni di unioni tra persone dello stesso sesso), a quello economico amministrativo (con l'istituzione di organismi speciali), alla vita consacrata (con la modifica dei cann. 694 §3, 695), al governo

questo, nel quale siamo stati esterrefatti spettatori di turbolente reazioni da parte di molti fedeli di fronte a norme revocatrici di altre approntate con empatica dedizione da Benedetto XVI (e dei 'diritti' in essi riconosciuti): reazioni talmente sonore e sofferte da 'ipotecare' l'*opportunitas* dei medesimi[47], al di là del nudo dato giuridico. L'unico 'settore', forse, nel quale non si dovrebbe nicchiare – anche se qualche agitazione al riguardo si subodora[48] – è quello della sede romana impedita, nonché della *renuntiatio* dello stesso sommo Pontefice e dello 'statuto' del rinunciatario[49], fino a lambire i lidi del conclave. Per non parlare del marasma normativo che ha fatto irruzione nello Stato della Città del Vaticano: anche solo censire i provvedimenti, specie in materia economica, patrimoniale e finanziaria, è fatica improba e con esiti quanto mai traballanti. Comunque sia, al momento si contano ben oltre quaranta Lettere Apostoliche in forma di *Motu Proprio*, quasi quaranta Costituzioni Apostoliche (alcune, invero, dalla portata non propriamente legislativa) e numerosi *Rescripta ex audientia* di carattere normativo (quasi trenta)[50]: ma il calcolo va rivisto giornalmente.

Anomale commissioni pontificie dalle composizioni e attribuzioni fluide vengono poi erette per accelerare l'attuazione dei *vota* legislativi del Papa, che si reputano ostacolati e rallentati presuntivamente a causa della pigrizia e dell'ostruzionismo dei vescovi, rei di frenarne l'irreprimibile spinta innovatrice. Così, qualche seria perples-

---

delle associazioni e movimenti (con un Decreto generale che impone limiti temporali alle cariche), alla liturgia (si possono ricordare i m.p. *Traditionis custodes* e *Magnum principium*) senza contare i diversi interventi normativi connessi allo Stato Città del Vaticano che, pur non rientrando strettamente nel diritto canonico, manifestano pur sempre una attenzione alle riforme tramite una nuova normazione».

[47] Benché, come rileva Baura 2007, p. 28, «Stabilire positivamente un determinato ordine, organizzare, distribuire cariche e competenze, ecc., spetta a colui "qui curam communitatis habet", non agli esperti. Il parere del giurista deve muoversi sul piano giuridico (cioè della giustizia), non su quello dell'opportunità delle decisioni di governo, fermo restando che al giurista spetta anche valutare la giustizia delle conseguenze pratiche ragionevolmente prevedibili anche quando la formula legale sia di per sé ineccepibile nella sua astrattezza».

[48] Cfr. Campisi 2022: «A proposito della rinuncia di Benedetto XVI, il porporato [Óscar Andrés Maradiaga: N.d.A.] ha affermato che è stato un argomento soltanto accennato nel Consiglio, che quanto prevede il Codice di Diritto Canonico sulla rinuncia di un pontefice dovrà essere più ampiamente normato e che l'intero Codice necessita di una revisione».

[49] Non per amore di autocitazione, ma già a partire dall'eclatante rinuncia di Benedetto XVI sostengo l'opportunità di una legislazione canonica che regolamenti lo *status* del cosiddetto 'Papa emerito' e la sua 'convivenza' con il successore di Pietro regnante, cogliendo anche l'occasione per colmare la lacuna relativa alla disciplina della *Sedes romana prorsus impedita* (cfr. can. 335 del *Codex Iuris Canonici* e can. 47 del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*): si veda Boni 2015c, pp. 1-196; Ead. 2015b, pp. 71-107; Ead. 2015a, pp. 1-76; Ead. 2021f, pp. 1-59; Ead. 2022d, pp. 271-296; Ead. 2022e, pp. 135-151. Ho anche fatto parte dei promotori di un'iniziativa per sollecitare la canonistica internazionale a collaborare per la redazione di due proposte di legge da presentare al legislatore supremo: cfr. *www.progettocanonicosederomana.it* (cfr. Ead. 2023). Attualmente pare sempre più diffusa, anche tra i cardinali, la consapevolezza dell'urgenza di una legislazione al riguardo. Papa Francesco, invece, si è espresso in varie interviste in maniera discordante.

[50] Sulle ragioni dell'uso reiterato di *Rescripta ex audientia* cfr. le acute considerazioni di Otaduy 2019, p. 206 ss. I numeri dei provvedimenti normativi, rispetto alla data di consegna del contributo, sono notevolmente aumentati.

sità, non solo di indole puramente tecnico-giuridica ma pure di compatibilità sia con la 'decentralizzazione' quale propagandato *leitmotiv* di questo pontificato, sia e soprattutto con importanti postulati del Vaticano II[51], può esprimersi sull'istituita Commissione *ad inquirendum et adiuvandum* le Chiese particolari in Italia, con il compito di riscontrare e verificare la scrupolosa e immediata applicazione della varata riforma del processo di nullità matrimoniale nelle diocesi della nostra penisola[52]: la quale sarebbe stata boicottata o comunque ritardata da un episcopato non troppo ricettivo dinanzi all'impeto riformatore.

4. L'attuale ipertrofia legislativa canonica

Un parossismo riformatore, quello del Pontefice argentino, il quale, benché goda della nomea un poco patinata di pastore confidente nella sola misericordia, utilizza generosamente, appunto debordantemente, quella legge sulla quale, a parole, ha più volte dichiarato la sua prevenuta antipatia, tratteggiandone sovente un ritratto tutt'altro che lusinghiero. Eppure, procede senza attendismi, e del pari senza temere di investire le codificazioni medesime, peculiarmente il *Codex Iuris Canonici* per la Chiesa latina[53]. Esse, invero, non sono traguardate più come monoliti perenni e intoccabili, avendo la Chiesa reietto l'assioma fasullo e cedevole – a maggior ragione in essa, per quanto si è delucidato – di codici onnicomprensivi permanentemente immoti che forse momentaneamente[54] la stregò in costanza di – e specie immedia-

[51] Mi si consenta, ancora una volta, l'autocitazione: Boni 2021b, pp. 27-36. Approfitto ora per giustificare le invero numerose autocitazioni in questo scritto: effettuate, tuttavia, a solo scopo di brevità, poiché, come noto a chi abitualmente mi legge, sono solita menzionare largamente la dottrina di riferimento sui diversi temi trattati.

[52] Cfr. Francesco, Lettera Apostolica in forma di «Motu proprio» con la quale il Santo Padre istituisce la Commissione Pontificia di verifica e applicazione del M.P. *Mitis Iudex* nelle Chiese d'Italia, 17 novembre 2021, in *L'Osservatore Romano*, 26 novembre 2021, p. 9.

[53] Invero la riforma del processo di nullità del matrimonio, cui si farà cenno in seguito, ha investito anche il *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*: Francesco, Lettera Apostolica «Motu Proprio» data *Mitis et misericors Iesus*, 15 agosto 2015, in *Acta Apostolicae Sedis* 107 (2015), pp. 946-957. Recentemente sono state promulgate, sempre da Francesco, le *Litterae Apostolicae Motu Proprio datae Vocare peccatores quibus nonnulli canones Tituli XXVII et canon 1152 Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium immutantur*, 20 marzo 2023, in *L'Osservatore Romano*, 5 aprile 2023, pp. 10-11, di modifica del diritto penale (invero di alcuni canoni del Codice) delle Chiese orientali. Preciso che in questa breve trattazione le mie osservazioni si perimetreranno al *Codex Iuris Canonici* per la Chiesa latina, trascurando il *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*.

[54] Scrive infatti Grossi 2003, p. 380, che «la Chiesa romana dà vita a un Codice ben strano, se comparato con i tanti modelli laici. Il *Codex* piano-benedettino del 1917, che altra volta io ho definito – non a torto – per parecchi versi tridentino, è codificazione singolarissima: ha delle aperture verso il passato, riconoscendo nel can. 6 l'insopprimibile valore di quanto si era fatto prima nel cosiddetto *ius vetus*; nel can. 20, per colmare le lacune della legge positiva, si apre non solo alle consuete forme di interpretazione estensiva ed analogica, ma addirittura ai principi generali, all'equità canonica, allo stile e alla prassi della Curia Romana, alla opinione comune dei maestri. Nella eventualità che l'applicatore verifichi delle lacune formali, quell'applicatore ha di fronte un Codice non sigillato nelle mura della cittadella testuale, ma anzi recante nel suo tessuto vistose brecce previste e volute. /Antinomia di una

tamente dopo[55] – quello piano-benedettino[56]. E tuttavia, anche per lo scopo cui assolvono, dovrebbero essere dotate di una qualche non precaria e durevole stabilità: o comunque oggetto di interventi ben soppesati[57]. Del resto, parimenti chi intravvedeva l'implicita «provvisorietà» in particolare della codificazione del 1983, presagendo[58] «una non lontana e più meditata riorganizzazione»[59], forse si figurava un assestamento meglio orchestrato, quale coronamento di uno sforzo corale e strutturato ovvero, semmai, un ritorno a «quella dimensione interpretativa, motore e fulcro delle costruzioni del diritto canonico classico»[60]: non, come è stato, una legislazione procedente

---

Chiesa, che costruisce un Codice ma che si premura di apportarvi finestre aperte verso l'esterno. La Chiesa codifica un po' per imitazione di quanto hanno fatto e stanno tuttora facendo gli Stati, un po' per quella esigenza di certezza e uniformità fatta valere nel 1870 da molti Padri conciliari provenienti da terre remote, ma resta ferma la coscienza dell'insufficienza della legge, della inadeguatezza della norma generale per i fini dell'ordinamento sacro». Cfr. anche, più ampiamente, Id. 1985, specialmente p. 194 ss.; Id. 2005, pp. 345-359. Per un giudizio sul *Codex Iuris Canonici* vigente per la Chiesa latina cfr. Id. 1993, c. 173: esso «si manifesta a noi situato in un terreno storico segnato più dalla discontinuità che non dalla continuità verso il passato, o che almeno – al pari delle proposizioni conciliari di cui si nutre – ha larghi momenti di affrancazione dalle sedimentazioni tradizionali».

[55] Segnatamente quanto ai metodi di interpretazione e di attuazione applicati al *Codex Iuris Canonici* del 1917 cfr. il *Motu Proprio Cum Iuris Canonici Codicem* di Benedetto XV, del 15 settembre 1917, in *Acta Apostolicae Sedis* 9 (1017), pars I, pp. 483-484; Sacra Congregazione dei seminari e delle università, *Decreto* del 7 agosto 1917, ivi, p. 439; Ead., *Decreto* del 31 ottobre 1918, ivi 11 (1919), p. 19 (invero il rigore di queste disposizioni venne in seguito allentato: cfr. Pio XI, Costituzione Apostolica *Deus scientiarum dominus*, 24 maggio 1931, ivi 23 [1931], pp. 241-284). Anche sul punto la letteratura è ampia: cfr., per tutti, Redaelli 1997, pp. 57-100; Astorri 2006, pp. 173-183.

[56] Sterminata la bibliografia. Rinvio, per tutti, agli studi poderosi di Fantappiè 2008. Per una sintesi mi permetto di rimandare a Dalla Torre, Boni 2009, *passim*. Rileva Baura 2017, p. 39, come il *Codex Iuris Canonici* del 1917 fosse certamente «ben lontano dall'ideale del *pannomion*, come dimostra lo spazio lasciato alle norme extracodiciali, per esempio, in materia liturgica. In ogni caso, che nella mente del legislatore ci fosse l'idea racchiusa nella celebre frase *quod non est in Codice non est in mundo* lo dimostra il motu proprio *Cum iuris canonici*, del 15 settembre 1917, con cui Benedetto XV, nel costituire la Commissione per l'interpretazione del Codice, dichiarava che le Congregazioni non avrebbero dovuto più emanare decreti generali, ma tutt'al più istruzioni che illuminassero il Codice».

[57] Ad esempio, la dimissione di religiosi e di membri di istituti secolari è stata oggetto di vari *Motu Proprio* emessi in pochi anni: cfr. Francesco, Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» *Communis vita*, 19 marzo 2019, in *L'Osservatore Romano*, 27 marzo 2019, p. 9; Id., Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» *Competentias quasdam decernere*, 11 febbraio 2022, ivi, 15 febbraio 2022, p. 8; Id., Lettera Apostolica in forma di «Motu proprio» *Expedit ut iura*, 2 aprile 2023, ivi, 3 aprile 2023, p. 10.

[58] Rievoca questa previsione anche Mirabelli 2022, p. 450.

[59] Grossi 1993, c. 175, che tra l'altro, quanto al Codice medesimo, aveva appena commentato: «Il lavorio compilatorio è stato frettoloso e tormentato nella rissa palese fra scuole e correnti, e il giurista, colpito a fondo nel suo naturale misoneismo ma soprattutto nella sua esigenza di un rigoroso specifico occhiale sul mondo esterno, ne resta sgomento: contraddizioni, incoerenze, ambiguità costellano un approccio normativo troppo spesso stemperato nel vago linguaggio teologico, troppo spesso consistente in proposizione teologica incastonata nel sistema del diritto senza alcun tentativo di renderla a questo coerente. E, sempre, la costante osmosi fra diritto e teologia, fra dimensione semplicemente pastorale e dimensione giuridica».

[60] Grossi 2017, p. 113; tale Autore, ribadendo la sua ferma critica alla scelta codicistica, redige le sue considerazioni «in un momento in cui l'azione del nuovo Pontefice Francesco ha cominciato a dilatarsi in tutta la sua dimensione squisitamente pastorale».

per tasselli e a singhiozzo, il cui solo censimento non è agevole, che si riversa senza tregua sui canoni codiciali.

Per allegare ora qualche esempio, dopo un decennio di preparazione costellato e complicato da un flusso continuo di *Motu Proprio*[61] e *Rescripta ex audientia SS.mi*[62] concernenti in qualche modo la sfera della prevenzione e della repressione di delitti, l'intero Libro VI del *Codex Iuris Canonici* è stato rimpiazzato completamente con la Costituzione Apostolica *Pascite gregem Dei* del 2021[63], e contestualmente sono entrate in vigore norme ritoccate sui *delicta reservata* alla Congregazione – ora Dicastero – per la dottrina della fede[64]. Essendosi peraltro deciso di includere nel Codice tutti i *delicta graviora* di spettanza segnatamente della suddetta istituzione curiale, si è prodotto un notevole accrescimento e un'intersecazione di norme non accuratamente coordinate tra loro[65] che avrà, a tacer d'altro, intuibili contraccolpi sulla tassatività ovvero determinatezza delle fattispecie penali: rispetto alle quali, per contro, e pure *in Ecclesia*, la sensibilità dovrebbe aguzzarsi. Proprio facendo leva su quest'ultima esigenza – del resto, come attestato, già captata nella scienza giuridica dell'epoca classica[66], sia pur sempre foggiata al 'cosmo' canonistico[67] – taluno da tempo raccomandava la rimozione di quel can. 1399[68] (correlativo al can. 2222 § 1 dell'abrogata codificazione) sul quale tanto si è elucubrato quale 'porta' e quasi icona dell'elasticità del diritto canonico: che nel versante penale si declina peculiarmente nella mitigazione dell'assolutezza dei principi del *nullum crimen sine lege*, della delimitazione della sanzione e del divie-

[61] Cfr., in particolare, Francesco, Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» *Come una madre amorevole*, 4 giugno 2016, in *L'Osservatore Romano*, 5 giugno 2016, p. 8; Id., Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» *Vos estis lux mundi*, 7 maggio 2019, ivi, 10 maggio 2019, p. 10: quest'ultimo *Motu Proprio*, come si vedrà tra breve, è stato aggiornato.

[62] Cfr., in particolare, *Rescriptum ex audientia SS.mi* sulla istituzione di un Collegio, all'interno della Congregazione per la Dottrina della Fede, per l'esame dei ricorsi di ecclesiastici per i *delicta graviora*, 3 novembre 2014, in *Acta Apostolicae Sedis* 106 (2014), pp. 885-886; *Rescriptum ex audientia SS.mi*, firmato dal segretario di Stato Parolin e dal prefetto della Congregazione per la dottrina della fede Ladaria e datato 3 dicembre 2019, in *L'Osservatore Romano*, 18 dicembre 2019, p. 4; *Rescriptum ex audientia SS.mi*, firmato dal segretario di Stato Parolin e datato 6 dicembre 2019, ivi, 18 dicembre 2019, p. 5.

[63] Cfr. Francesco, Constitutio Apostolica «Pascite gregem Dei qua Liber VI Codicis Iuris Canonici reformatur», 23 maggio 2021, in *L'Osservatore Romano*, 1° giugno 2021, p. 2. Segnalo qui che il nuovo Libro VI è pubblicato di seguito alla Costituzione Apostolica, da p. 2 a p. 4.

[64] Cfr. il *Rescriptum ex audientia SS.mi*, firmato dal prefetto Ladaria e dal segretario Morandi della Congregazione per la dottrina della fede e datato 11 ottobre 2021, che, insieme al testo in versione italiana delle nuove 'Norme sui delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede', è pubblicato in *L'Osservatore Romano*, 7 dicembre 2021, p. 6.

[65] Rimando per approfondimenti e ulteriori riferimenti dottrinali a Boni 2022b, p. 70 ss.

[66] Cfr. alcune considerazioni di Giacchi 1936, pp. 435-449.

[67] Si vedano, infatti, le critiche avanzate al saggio di Orio Giacchi appena citato da parte di Fedele 1937, pp. 489-525.

[68] Riporto il canone per comodità del lettore: «Praeter casus hac vel aliis legibus statutos, divinae vel canonicae legis externa violatio tunc tantum potest iusta quidem poena puniri, cum specialis violationis gravitas punitionem postulat, et necessitas urget scandala praeveniendi vel reparandi».

to di analogia, avvinti strettamente, finanche nella *communis opinio*[69], all'esigenza di certezza del diritto. Tale canone, invece, infirmando le supposizioni di molti sulla sua espunzione, è stato riproposto intonso dalla riforma del 2021, a sigillo, ancora una volta, di un diritto penale specialissimo[70], quello canonico, che non può 'standardizzarsi' o incasellarsi comodamente nelle tassonomie secolari sulla certezza: e che tale comunque sarebbe rimasto anche se il disputato canone[71] fosse stato cassato[72].

---

[69] Ma, atteso che sono in vena di riesumare Autori eminenti del passato, si vedano le provocatorie pagine, notissime, di Carnelutti 1935, p. 116, per il quale, tra l'altro, «non v'è alcuna vera ragione per la quale un atto socialmente dannoso non espressamente previsto dalla legge penale non possa essere punito», nonché, quanto all'ordinamento italiano: «il comando giuridico in genere, e in particolare il comando penale ha da risultare della combinazione, in giusta dose, della legge e dell'equità; e che la dose di quest'ultima può e deve essere ben maggiore di quella che non sia oggi adottata. Può crescere anche *quoad poenam*, rispetto alla quale ci si deve fidare del giudice non solo per la determinazione della sua quantità ma anche della sua qualità. Deve crescere *quoad crimen*, rispetto al quale il giudice deve essere liberato dai vincoli di una casistica disperante e ridicola: secondo le direttive statuite dalla legge con la ponderata indicazione degli interessi, ai quali spetta la protezione penale, va lasciata al giudice la piena valutazione del reato» (ivi, p. 120). Senza ovviamente qui invadere un terreno non mio, cfr., più di recente, Palazzo 2007, pp. 1279-1280, il quale segnala «l'estrema urgenza […] di squarciare […] quel velo pesante che ancora oggi impedisce di rendersi conto che le formulazioni illuministiche della legalità penale non reggono più il confronto con la prepotente realtà dei fatti».

[70] Nota recentemente D'Auria 2021, p. 105, con riferimento all'universo giuridico della Chiesa: «il principio della certezza del diritto, proprio dei sistemi giuridici post-illuministici, viene normalmente considerato come un principio garantistico, ma in realtà sottende da una parte una concezione lassista e libertina del diritto, per cui si può fare tutto ciò che non è espressamente vietato e sanzionato. Dall'altra si appoggia su una visione pessimistica della condizione morale dell'uomo e del suo libero arbitrio, per cui ciò che è male può essere indicato e vietato agli uomini solamente attraverso la proibizione penale, ritenendo così inutile ogni altro strumento pedagogico e dissuasivo».

[71] Per una rassegna delle diverse opinioni dottrinali cfr. Botta 2001, p. 25 ss. Rinvio, per tutti, alle equilibrate riflessioni, anche in chiave di raffronto interordinamentale, di Dalla Torre 2008, pp. 267-287, che concludeva: «mi pare di poter dire che il principio di legalità sussiste anche nell'ordinamento canonico; del resto non potrebbe essere diversamente, se si considera che il nucleo essenziale del principio stesso è di diritto naturale. Ma come è a tutti ben noto i principi di diritto naturale possono aver bisogno di una regolamentazione positiva nei singoli ordinamenti, diretta a disciplinare le modalità di esercizio dei diritti che da essi promanano. Di qui la possibilità, non solo teorica, che uno stesso principio di diritto naturale abbia una differente positivizzazione, a seconda del contesto in cui viene calato. /Dunque nessuna sorpresa che, per quanto attiene al principio di legalità, esso trovi nell'ordinamento canonico una regolamentazione in parte diversa da quella che lo stesso principio conosce negli ordinamenti giuridici secolari; e ciò, in ragione della natura e delle peculiari finalità che sono sue proprie. /Perché, come è stato autorevolmente scritto, "il diritto canonico, o serve alla salvezza delle anime, o è una clamorosa aberrazione"» (ivi, pp. 286-287).

[72] Come già disputatissimo era il can. 2222 § 1 della codificazione del 1917: cfr. Fedele 1937, p. 519 ss., il quale tra l'altro affermava: «Di vero, anche se non esistesse il can. 2222 § 1, questo diritto non potrebbe non fare posto a quegli elementi che nel canone citato si trovano contenuti. Ma poi, son forse oggi, dopo la codificazione del diritto della Chiesa, venute meno quelle amplissime deroghe connaturate con l'affermazione stessa dei principî, deroghe basate sul *favor animarum*, che qui è tutt'una cosa con l'*aequitas*, sul *favor Ecclesiae*, sul *favor religionis*, in virtù delle quali il giudice si trasforma in legislatore e la sentenza in legge? (Cosa, del resto, logica e naturale, in un regime giuridico che non conosce e mai conoscerà il principio della divisione dei poteri)» (ivi, pp. 522-523).

Ma ora, con questa stravagante duplicazione di normative non collimanti su fattispecie in qualche misura speculari (forse i gruppi di redattori non hanno interloquito tra loro?), certo non bene vagliata se non azzardata – e problemi di non del tutto rifinito allineamento si pongono anche con l'ultima versione del *Motu Proprio Vos estis lux mundi*[73] –, non sembra tanto delinearsi una significativa epifania di tale singolarità ovvero della magnificata *aequitas canonica*: quanto piuttosto parrebbe schiudersi un'enorme falla alla certezza del diritto, dovuta alla sommarietà, vischiosità e talora antinomia dei precetti penali, con un consequenziale e intollerabile ondeggiamento punitivo da parte dei – tra l'altro – differenti organi giudicanti[74]. E se Fedele, discettando su quello 'spirito'[75] del diritto canonico che anche *in subiecta materia* soffia irruente – probabilmente per l'avvilupparsi in essa, più vistosamente che altrove, del foro esterno con il foro interno, addirittura con il foro della coscienza[76] –, poteva assumere che «L'intima ragione di questo principio generale in virtù del quale si afferma un'amplissima deroga al divieto dell'analogia in materia penale, va ricercata nell'idea della *salus animarum*, la quale trasforma la legge penale da *odiosa* in *favorabilis* e rende quindi possibile l'applicazione al diritto penale delle ordinarie regole di interpretazione della legge»[77]: ora, invece, la stessa *lex*, a causa di un legislatore frettoloso e un poco maldestro, da *favorabilis* rischia, con un ribaltamento sinistro[78], di commutarsi irresistibilmente in *odiosa*[79].

---

[73] Cfr. Francesco, *Litterae Apostolicae «Motu Proprio» datae Vos estis lux mundi*, 25 marzo 2023, in *L'Osservatore Romano*, 25 marzo 2023, pp. 9-10. Non è questa la sede per entrare nel dettaglio, ma, a titolo esemplificativo, la versione confermata e aggiornata del *Motu Proprio* del 2019 ripropone la 'categoria' dell'adulto vulnerabile, assente invece nelle nuove fattispecie previste dal *Codex Iuris Canonici* e dalle *Normae* sui *delicta reservata* (e Scicluna 2023, p. 10, afferma che «tra le altre cose, vengono introdotti alcuni elementi nuovi nella storia del diritto canonico, come per esempio la rilevanza penale dell'abuso di un adulto vulnerabile»). Inoltre, rimane l'ambiguità (ampiamente segnalata dalla dottrina in questi anni) se siano o no fattispecie delittuose (le quali peraltro non compaiono nel Codice) le «condotte poste in essere dai soggetti di cui all'articolo 6, consistenti in azioni od omissioni dirette a interferire o ad eludere le indagini civili o le indagini canoniche, amministrative o penali, nei confronti di uno dei soggetti i [di?: N.d.A.] cui nel precedente § 1 in merito ai delitti di cui alla lettera a) del presente paragrafo» (art. 1 § 1 lett. b); si tratta di «delitti tipizzati» per Iannone, 2023, p. 9, ma rimangono, sul punto, forti perplessità: e comunque incertezze (anzitutto: quale è la pena?). Pighin 2023, p. 392, continua a ritenere che il *Vos estis lux mundi* non contiene «disposizioni di indole intrinsecamente penale». Per un'illustrazione acuta e dettagliata dei problemi nascenti dalla «non coincidenza delle fattispecie» cfr., da ultimo, Comotti 2023.

[74] Sul punto rinvio ancora a Boni 2022b, specialmente p. 80 ss.

[75] Famosissimo il volume di Fedele 1962.

[76] Per distinguere questi concetti cfr., per tutti, Fabris 2020.

[77] Fedele 1992, p. 379. Cfr. anche, più ampiamente, Id. 1937, *passim*.

[78] E pensare che «il diritto penale è per buona parte diritto canonico, perché è soltanto grazie allo scavo che i canonisti hanno fatto nella psicologia del delinquente, alla ricerca delle graduazioni nella responsabilità morale del fatto illecito, che il penalista moderno si è trovato nelle mani un prezioso ordito di differenziazioni psicologiche quale conveniente basamento per l'edificazione di un appropriato sistema criminale»: Grossi 2003, p. 377. Cfr. quanto già rilevava, ampiamente e acutamente, Calasso 1954, p. 176 ss. Si veda, infine, Boni, Samorè 2023, p. 254 ss., sulle origini del diritto penale.

[79] Messe in discussione almeno dalle acquisizioni del Concilio Vaticano II – come si vedrà in seguito –, tornano oggi in qualche modo attuali alcune forti asserzioni di Jemolo 1933, p. 732: «nel diritto della Chiesa manca ogni idea di garanzie connesse ai soggetti di diritto contro gli organi della

Questo, poi, in un ambito nel quale, a cagione dei plessi di norme *extra Codicem* emanati per affrontare tempestivamente soprattutto l'oramai famigerata 'piaga' degli abusi sessuali sui minori e così riscattare le omissioni e le inadempienze del passato proprio nell'applicare la legge, purtroppo la sicurezza giuridica si è vista via via scemare in una regressione allarmante: dall'iniziale segretezza delle previsioni al sopraggiungere di norme (ancor'oggi sussistenti) che, *inter alia*, ad esempio, consentono – sempre in particolare al Dicastero per la dottrina della fede – di 'soprassedere' alla violazione di leggi processuali, di derogare ai termini di prescrizione per singoli casi di delitti, di eleggere normalmente la via amministrativa piuttosto che quella giudiziaria con il suo impianto garantistico, escluso poi, in tale ipotesi, il ricorso alla Segnatura Apostolica[80]. Tragitti certo percorribili nell'ordinamento canonico, ma nondimeno tortuosi e giuridicamente un poco conturbanti[81]: e proprio per l'oltraggio alla certezza del diritto. Tanto è vero che lo stesso Dicastero per la dottrina della fede non si è peritato di ammonire, e appositamente nell'epilogo

---

Chiesa stessa dotati di potere punitivo; laddove negli Stati moderni il principio *nulla poena sine lege* con tutte le sue estrinsecazioni è sempre riconducibile al concetto di garanzia della libertà, anzi appare come la più saliente tra le c. d. garanzie costituzionali»; le suddette peculiarità «sono riconducibili […] alla circostanza che il diritto della Chiesa è un diritto il quale persegue dei beni supremi: meglio, quel bene della salvezza delle anime, che per il credente si distacca in modo fondamentale, per il suo valore incommensurabile, da ogni altro bene, non consentendo deroghe di sorta, in alcun caso, per alcun'altra finalità, a tutte le direttive atte a realizzarlo».

[80] In questa sede, qui come altrove, non posso che rinviare alle considerazioni svolte e alla dottrina citata in Boni 2021d, pp. 330; volume *open access*, nel quale ho illustrato, menzionando fonti normative e letteratura di commento, le molte criticità riscontrabili nella normativa canonica, ovviamente fino al momento della pubblicazione del volume.

[81] Invece di scandalose e inaccettabili disparità di trattamento recentemente riferisce il cardinale Müller 2023, p. 76: «accadeva che per i chierici di nazionalità polacca o americana o straniera, condannati dal tribunale della Congregazione per la Dottrina della Fede, si procedeva velocemente alla riduzione dello stato clericale, mentre per i sacerdoti italiani si faceva sempre tanta fatica ad applicare la sentenza perché si muovevano dietro le quinte gli amici influenti che bussavano a Santa Marta andando dal Papa a chiedergli di intercedere. E alla fine ci riuscivano quasi sempre». E anche asserisce: «Nel 2014 il Papa ha istituito alla Congregazione per la Dottrina della Fede il Collegio per la revisione di questi processi. Questo organismo composto da sette vescovi può arrivare anche a ribaltare la sentenza del tribunale e impedire la riduzione allo stato laicale del chierico. Io non sono mai stato contento di questo andamento, mi sono lamentato decine di volte, ma in molti, in Vaticano, avevano un'idea ben diversa. Insomma, finivo sempre per essere il teologo tedesco rigido che voleva applicare le norme in maniera inflessibile. Ma se il tribunale della Congregazione giudica colpevole un sacerdote che ha commesso un delitto tanto grave su un minore, è ovvio che si deve procedere alle sue dimissioni dallo stato clericale. Nella curia romana però ci sono ancora coloro che fanno pressione sul Papa, e all'epoca in cui ero Prefetto lo facevano aggiungendo a corredo che il cardinale Müller era eccessivamente duro a scapito della misericordia. Eppure davanti a cose tanto orrende non si può affatto cedere, non è una questione di essere duri o meno duri, ma di essere equi ed esercitare la giustizia. […] Il Collegio per la revisione è riuscito a cancellare quasi sempre le sentenze emesse. L'arcivescovo Charles Scicluna – che ora è a capo di questo collegio – essendo un uomo rigoroso ed eccezionale, mi auguro possa portare avanti una linea chiara e di giustizia. Tuttavia mi chiedo: ci può mai essere un collegio interno indipendente dalla Congregazione per la Dottrina della Fede? L'esistenza di un organo amministrativo del genere rischia di creare divisioni» (ivi, pp. 77-78). Francamente, dinanzi a tali rivelazioni, si resta trasecolati.

del suo più recente *vademecum* per istruire sulle procedure cui ottemperare, che «Soltanto una conoscenza approfondita della Legge e dei suoi intendimenti potrà rendere il debito servizio alla verità e alla giustizia»[82] (maiuscola nell'originale). Insomma resta la tribolata coscienza che non si debba accantonare il corrimano fidato della legge, specie quando si incrinano le ringhiere tra delitto e peccato, pena e penitenza, norma giuridica e norma morale: e che anche il 'sussidio applicativo' appena dato alle stampe dal Dicastero per i testi legislativi, del resto senza «alcun carattere normativo»[83], non sia bastante all'uopo.

Sempre quanto al Codice di Diritto Canonico per la Chiesa latina, prima ancora si era assistito all'avvicendamento delle prescrizioni relative al processo di nullità matrimoniale, non lievemente incrementate se non addirittura raddoppiate se si reputa che la *Ratio procedendi* acclusa al *Motu Proprio Mitis iudex dominus Iesus*[84] possieda rango legislativo, che pur taluno ricusa: *querelle* sulla quale mi sono industriata e che, per la sua sussistenza in sé, non molto giova alla certezza del diritto, come del resto suffragano le edizioni del Codice date alle stampe, sul punto testualmente difformi[85]. Anche qui non intendo accanirmi più di quanto non abbia già 'virulentemente' fatto[86] sulla qualità giuridica del trapianto codiciale, sugli errori materiali e sulle discrasie nelle trasposizioni nelle lingue vernacolari diffuse *online* nel sito *web* della Santa Sede in assemblaggi via via 'fluttuanti'. Inconvenienti che hanno indotto, insieme allo sbigottimento della dottrina, disorientamento negli operatori: sono ancora vivide nella nostra memoria e assai sintomatiche le peripezie dei tribunali regionali italiani[87]. Rimembro unicamente come, già prima dell'entrata in vigore

[82] Congregazione per la dottrina della fede, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, 'Ver. 2.0 del 5 giugno 2022', consultabile *online* sulla pagina *web* dell'attuale Dicastero per la dottrina della fede (anche in *Communicationes* 54 [2022], pp. 161-193).

[83] *Presentazione*, in Dicastero per i testi legislativi, *Le sanzioni penali nella Chiesa. Sussidio applicativo del Libro VI del Codice di Diritto Canonico*, Città del Vaticano 2023, p. 8.

[84] Cfr. Francesco, Lettera Apostolica «Motu Proprio» data *Mitis iudex dominus Iesus*, 15 agosto 2015, in *Acta Apostolicae Sedis* 107 (2025), pp. 958-970.

[85] Così, a titolo di esempio, nel *Codex Iuris Canonici* a c. del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico per i tipi dell'editrice milanese Ancora, pubblicato immediatamente dopo la riforma, sono stati completamente omessi gli articoli (alcuni di grande importanza) della *Ratio procedendi*: una scelta da cui si desume che essi non sono stati reputati di pari valore rispetto ai canoni codiciali (Redazione di Quaderni di diritto ecclesiale [a c. di], *Codice di Diritto Canonico commentato*, Milano 2017, pp. 1311-1339). Pure nel *Codex Iuris Canonici* preparato dalla Facultad de Derecho Canónico della Universidad Católica Argentina e pubblicato dalla Oficina del Libro della Conferenza Episcopale Argentina dopo il *Mitis iudex* si sono sostituiti solo i canoni, nonostante in una breve premessa si affermi che «A éstos 21 cánones nuevos (se ha respetado la cantidad para no alterar la numeración de todo el Código) se agregan unas Normas de Procedimiento»: mentre l'intero testo del *Motu Proprio Mitis Iudex dominus Iesus* viene riportato, relegandolo però fuori del Codice, nell'*Apéndice III* (*Código de Derecho Canónico*, Edicion bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires 2016).

[86] Cfr. Boni 2016a, pp. 1-78; Boni 2016b, pp. 1-76; Boni 2016c, pp. 1-82.

[87] Anche qui mi permetto di rinviare a Boni 2017a, pp. 249-280.

della legge pontificia che immetteva tale epocale riforma, durante la sua *vacatio legis* – istituto, va rimarcato, 'in via di estinzione' nell'ordinamento canonico[88], e non senza impatti, pure qui, sulla certezza del diritto – sia stato emanato un profluvio di provvedimenti normativi 'promiscui' (talora, infatti, non normativi *stricto sensu*) con *addenda* e *corrigenda* di enigmatico valore. Essi, provenienti da vari dicasteri romani ordinariamente privi di *potestas legiferandi* – talora circolanti 'clandestinamente' – e alcuni altresì riconducibili allo stesso sommo Pontefice (atti propriamente legislativi seppur con veste eteroclita)[89] oltre che a inconsueti organismi eretti *ad hoc* per la circostanza[90], pur emessi con lo scopo di dissipare la densa nebbia, hanno rincarato il guazzabuglio giuridico, accavallandosi alla rinfusa[91]. E ho il sentore che la quieta requie che sembra oggi circondare l'accertamento giudiziario della nullità matrimoniale non sia per nulla avvisaglia di restaurata certezza del diritto: lo convalida l'impossibilità (sia pur con i limitati mezzi di cui può avvalersi la dottrina, comunque superiori a quelli di cui dispone *quivis de populo Dei*) di anche solo mappare la 'geografia' dei tribunali ecclesiastici italiani. Tutto ciò, lo si sottolinea mestamente, in un campo, quello della disciplina matrimoniale, in cui al diritto canonico sostanziale e processuale, indissociabilmente congiunti, spetta una primogenitura gloriosa di elegante elaborazione: e soprattutto ove, forse più inconfutabilmente che altrove, si tange in maniera ficcante la *salus animarum* dei fedeli, «*norma normans* dell'intero ordinamento canonico»[92] e matrice della sua flessibilità, non certo alibi per gratuite e incresciose aporie.

---

[88] Lo rileva recentemente Visioli 2022a, p. 733, fornendo anche vari esempi.

[89] Cfr., tra i più rilevanti, *La «mens» del Pontefice. Sulla riforma dei processi matrimoniali*, 4 novembre 2015, in *L'Osservatore Romano*, 8 novembre 2015, p. 8; *Rescritto sul compimento e l'osservanza della nuova legge del processo matrimoniale*, 7 dicembre 2015, ivi, 12 dicembre 2015, p. 8; Tribunale Apostolico della Rota romana, *Sussidio applicativo del Motu pr.* Mitis Iudex Dominus Iesus, Città del Vaticano gennaio 2016; *Rescriptum ex audientia SS.mi del 22 gennaio 2016*, in *Quaderni dello studio rotale* 23 (2016), pp. 47-48; *Mens legislatoris del 12 marzo 2016*, ivi, pp. 49-52; Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, *Litterae circulares "Inter munera" de statu et activitate tribunalium*, 30 luglio 2016, in *Acta Apostolicae Sedis* 108 (2016), pp. 948-953. Se ne devono aggiungere altri, tra cui alcuni interventi chiarificatori di Papa Francesco, come la specificazione della *mens legislatoris* aggiunta «a braccio» nel discorso di fronte ai partecipanti a un corso di formazione sul processo matrimoniale tenuto dalla Rota romana il 12 marzo 2016 (cfr. *Quaderni dello studio rotale* 23 [2016], pp. 51-52), ovvero il discorso svolto il 25 novembre 2017 sempre dinanzi ai partecipanti a un corso organizzato dalla Rota romana (prima consultabile *online* all'indirizzo *www.vatican.va*, poi pubblicato in *Acta Apostolicae Sedis* 109 [2017], pp. 1313-1316).

[90] Cfr. il Tavolo di lavoro per l'Italia istituito il 1° giugno 2016 «per la definizione delle principali questioni interpretative e applicative» nascenti dalla riforma del processo matrimoniale: Francesco, *Lettera al Segretario Generale della Conferenza Episcopale Italiana, mons. Nunzio Galantino*, 1° giugno 2016, consultabile all'indirizzo *internet www.chiesacattolica.it* (anche in *Communicationes* 48 [2016], pp. 26-27).

[91] Me ne sono occupata in molti saggi: cfr., per tutti, Boni 2018, pp. 105-251.

[92] Pree 2000, p. 380.

5. Le codificazioni in crisi. Una procedura nomopoietica e una tecnica normativa deludente

Ma invero le modifiche frammentarie di singoli canoni codiciali, disseminati in ogni quadrante del diritto ecclesiale, si moltiplicano[93] incontrollabilmente con quel proliferare pressoché quotidiano di *Motu Proprio* che assurge quasi a vessillo del pontificato bergogliano: si è arrivati imprevedibilmente a intervenire addirittura sullo stesso canone a distanza di poco più di un anno[94], nonché, addirittura, a permettere a una nota dottrina di sfruttare la *potestas* suprema per imporre legislativamente le proprie, 'minoritarie'[95] e controverse, tesi[96].

Auspicavo ingenuamente di aver dipinto un affresco attendibile solo due anni fa in una monografia[97]. Ma il volume è precocissimamente e ineluttabilmente invecchiato, almeno quanto alla lista dei provvedimenti che nel frattempo si è, ancor più velocemente, ingigantita: tanto che non accarezzo neppure il proposito di spossarmi in un secondo volume, destinato a incanutire in un batter di ciglio. Non smentito, tuttavia, ed anzi viepiù confermato il filo rosso raccordante e pervadente quella che avrebbe potuto sembrare un'enumerazione di leggi, e purtroppo – forse un poco masochisticamente – delle pecche e delle incongruità connotanti le medesime: esso consiste nell'afflitto e angosciato assillo che in questo farraginoso stillicidio normati-

[93] Sembrano lontanissime e invece risalgono solo al 2007 le annotazioni di Baura 2007, pp. 20-21: «Ritengo, quindi, che nel momento attuale il pericolo più grave per il legislatore ecclesiastico non sia tanto quello di eccedere nei cambiamenti legislativi, quanto quello di lasciarsi trattenere dall'inerzia della codificazione o di considerare il Codice come norma rigida troppo difficile da modificare, al modo delle Costituzioni degli ordinamenti civili, quando in realtà la gran parte delle norme codiciali non hanno carattere costituzionale. È da ricordare peraltro che i codici civili che hanno perdurato per molto tempo hanno subito delle deroghe o aggiunte. Senz'altro, bisognerebbe assolutamente evitare, per motivi di chiarezza, l'operare modifiche al Codice mediante strumenti non adatti alla deroga delle leggi – come sarebbero le "interpretazioni autentiche" che in realtà modificano la legge –, potendo realizzare formalmente la riforma del Codice senza speciali difficoltà tecniche»; e in nota: «È da salutare con soddisfazione in questo senso il m. pr. di Giovanni Paolo II, *Ad tuendam fidem*, del 18 maggio del 1998, "AAS", 90 (1998), pp. 457-461».

[94] Mi riferisco al can. 700, il quale è stato modificato da due provvedimenti di Papa Francesco: la già citata Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» *Competentias quasdam decernere*, 11 febbraio 2022, con la quale vengono mutate alcune norme del Codice di Diritto Canonico e del Codice dei Canoni delle Chiese Orientali, 11 febbraio 2022, e la Lettera Apostolica in forma di «Motu proprio» *Expedit ut iura* con la quale vengono modificati i termini di ricorso del membro dimesso da un Istituto di vita consacrata, 2 aprile 2023, cit., p. 10.

[95] Così Astorri 2023, p. 564.

[96] Si vedano i vari provvedimenti normativi recentemente emanati sulle prelature personali e sull'unica esistente, l'*Opus Dei*: oltre all'art. 117 della Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium* su cui mi soffermerò in seguito, cfr. Francesco, Lettera Apostolica in forma di «Motu proprio» *Ad charisma tuendum*, 14 luglio 2022, in *L'Osservatore Romano*, 22 luglio 2022, p. 8, nonché la recente riforma dei cann. 295-296 del *Codex Iuris Canonici*: cfr. Id., Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» *Le prelature personali*, 8 agosto 2023, ivi, 8 agosto 2023, p. 8. Per una descrizione delle posizioni diverse sostenute dalla dottrina rinvio a Boni 2017b.

[97] Cfr. Boni 2021d, *passim*.

vo non solo si perdesse quella certezza del diritto per cui si cruciava Jemolo, ma, più gravemente, si dissolvesse anche quell'altra certezza, propria ed esclusiva dell'universo giuridico della Chiesa, che solo da essa trae sostentamento e vigoria.

Non è questa la sede per entrare nel dettaglio di una panoramica delle norme emanate, e, insieme, delle loro plurime criticità: limitandomi ora a indicare come proprio quelle codificazioni che, ne siamo tutti al corrente, sono state bollate, segnatamente la prima del 1917, non solo come insanabilmente inadatte al diritto della Chiesa da nomi del calibro di un Calisse[98], di un Ruffini[99], di un Friedberg[100], di un Hinschius[101], ma soprattutto quali esecrabili varchi all'accesso, avventato e stolido nello *ius Ecclesiae*, del positivismo[102] ovvero del normativismo al traino di una modernità bellicosa ed assorbente, sono ora ridotte – secondo una metafora che ho già usato e che è stata apprezzata – a un territorio lunare maculato di crateri oscuri (nel Codice per la Chiesa latina sono stati modificati più di centocinquanta canoni[103]). E ciò non tanto per «la rivincita della forza vitale ed incoercibile del diritto sopra l'edificio entro cui si era tentato di chiuderlo»[104], secondo la *laudatio* jemoliana: ma per mano di un legislatore ecclesiale, talvolta impulsivo e apparentemente schizofrenico, che senza riserve entra a gamba tesa anche in quelle disposizioni cesellate dall'equilibrio lentamente conseguito dalla convergenza di teologi e canonisti nel travagliato e laborioso ventennio postconciliare. Insomma, un legislatore assai poco provvisto di quella *prudentia* che deve essere tratto eminente dello *ius canonicum*, ma invero di ogni *ius*[105].

---

[98] Cfr. Calisse 1904, p. 351 ss.

[99] Ruffini 1936, p. 95 ss.

[100] Cfr. Friedberg 1908, p. 49 ss.

[101] Cfr. Hinschius 1895, p. 895 ss.

[102] Sintetizza Fantappiè 2017, pp. 85-86: «Quella del 1917 è certamente una codificazione atipica rispetto a quelle statuali, per il suo ancoraggio allo *ius vetus* e per il rinvio agli istituti peculiari del diritto canonico. Ma resta pur sempre una codificazione a tutti gli effetti e con molte conseguenze tipiche, specialmente per quel che riguarda la concezione della norma. /Nella forma moderna del codice, il testo della norma non si presenta più come veicolo della verità delle cose bensì come oggettivazione di comandi provenienti dall'autorità. In quest'ottica il *Codex Iuris Canonici* segna il punto finale della trasformazione della ragionevolezza della legge nella nozione suareziana di comando e obbligo. /Anche in seguito alle direttive impartite da Gasparri nel 1917, pedissequamente ricalcate dall'*école de l'exégèse*, il Codice muta i termini della certezza della norma. In quanto consegnata a proposizioni generali e astratte essa assume un carattere statico, rigido e deduttivo, perlopiù frutto di calcolo logico. […] /La separazione tra storia e diritto contribuisce a chiudere il colloquio con i grandi canonisti del passato e con gli istituti tipici della *traditio*. La certezza del diritto ora non differisce molto da quella disegnata dai sostenitori del positivismo giuridico».

[103] Il calcolo preciso è difficile poiché in non pochi casi le formule usate sono ambigue.

[104] Jemolo 1932, p. 135.

[105] Sulla prudenza come virtù che guida direttamente l'arte legislativa e su ciò che tale virtù comporta cfr. Baura 2007, p. 16 ss.: «Agire conforme alla virtù della prudenza comporta la realizzazione degli atti di *consiliari*, *iudicare* e *praecipere*. Consigliarsi vuol dire indagare per ottenere tutti i dati necessari prima di prendere la decisione. In secondo luogo occorre giudicare i dati ricavati dalla previa indagine e, infine, decidere, spingere ad agire. /Tutto ciò applicato all'arte legislativa comporta che il legislatore,

Tanto addirittura da far rimpiangere la cornice forse angusta ma rassicurante delle codificazioni[106] pure vituperate in quanto, figlie ideologiche dell'illuminismo borghese e della Rivoluzione francese, resterebbero spurie nella Chiesa: quelle stesse, invece, che Giovanni Paolo II realisticamente e previdentemente riconosceva come *necessaria instrumenta*[107] e che avevano mirato in qualche modo a una certezza giuridica acconcia al diritto canonico[108]. Le quali, comunque, va annotato *per incidens*, non si avrebbe affatto intenzione, in questo pontificato, di derelinquere in un limbo di progressiva irrilevanza, accedendo finalmente alle tesi di chi da tempo vorrebbe estrometterle come sideralmente remote dalla vocazione della Chiesa[109]: al contrario pare che superiormente si accarezzi l'ambiziosissimo progetto di emendare i Codici *in toto*, se si dà credito a voci peraltro molto vicine al romano Pontefice regnante[110]. Un pronostico che sinceramente fa tremare le vene e i polsi: e non certo per l'onore del proponimento, ma per un onere di cui è forse inverosimile e quasi falotico sobbarcarsi oggi, *rebus sic stantibus*.

Infatti, pressoché tutti gli interventi normativi ecclesiali 'in questi tempi' sono spesso non troppo ponderati, gremiti di refusi, e soprattutto sembra carente la concertazione fra le mani distinte da cui i vari documenti provengono. Talora si fa e

---

prima di emanare una legge, dovrà consigliarsi (indagare) circa la realtà che intende ordinare, sulle circostanze (materiali e spirituali) della comunità destinataria della norma, sugli eventuali precedenti (legislativi e consuetudinari), sui mezzi possibili per raggiungere il fine desiderato, ecc. In questo lavoro il legislatore si può servire di terzi, ma in un secondo momento spetta solo a colui che ha la funzione di legiferare il valutare ognuno di quei dati e considerarli globalmente alla luce del bene comune da raggiungere (la *salus animarum*), allo scopo di prendere la decisione sul da farsi»; cfr. anche p. 26 ss., sulla collaborazione della dottrina scientifica, del giurista «che ha l'*ars boni et aequi*», al perfezionamento delle leggi. Sulla razionalità e la prudenza per l'esercizio della funzione legislativa si veda pure Id. 2013, p. 66 ss.

[106] Commentando la fiducia nel sistema della codificazione che la Chiesa avrebbe confermato con la promulgazione, nel 1983, del *Codex Iuris Canonici*, considerandolo «il modo migliore per disciplinare ogni settore giuridico a garanzia reale dell'attuazione di un disegno di riforma armonicamente coerente», il beato Livatino 1986, argomentava per contro: «Già questo impegno di metodo va sottolineato come estremamente positivo. È certamente un esempio di serietà e persino di coraggio, se lo si confronta con quell'eccesso di legislazione scoordinata che è purtroppo tipico dell'attività di molte assemblee legislative che hanno ormai abbandonato il principio di coerenza dell'ordinamento per soddisfare esigenze di mero equilibrio partitico, anche a costo di introdurre (come talvolta è avvenuto in Italia) leggi oscure, contraddittorie, accidentali e persino *ad personam*, nella convinzione rassegnata che sia ormai impossibile e forse inutile coordinare le leggi statali non solo in un codice, ma neppure in un testo unico».

[107] Il romano Pontefice si riferiva alla codificazione per la Chiesa latina: cfr. Giovanni Paolo II, Costituzione Apostolica *Sacrae disciplinae leges*, 25 gennaio 1983, in *Acta Apostolicae Sedis* 75 (1983), pars II, p. VII ss.

[108] Cfr. le osservazioni di Valdrini 2017, p. 95 ss.

[109] Cfr., per tutti, Fedele 1992, p. 367: «se c'è ordinamento giuridico che meno ha la vocazione per la codificazione delle sue norme, questo è senza dubbio l'ordinamento della Chiesa».

[110] Cfr. Campisi 2022. Ma anche nella recente *Relazione di sintesi* della I Sessione della XVI Assemblea Generale Ordinaria del Sinodo dei Vescovi (4-29 ottobre 2023) *Una Chiesa sinodale in missione*, 28 ottobre 2023, si prospettano varie ipotesi di revisione.

si disfa da un giorno all'altro (esempio clamoroso sono state le ripetute modifiche nella complessione e nelle prerogative assegnate agli organismi economici della Curia romana, anche con riferimento allo Stato della Città del Vaticano ed ai suoi enti, ancora non del tutto inventariate[111], e, come pare, a metà del guado), si rettifica e si corregge come se si procedesse a tentoni e al buio, sospinti unicamente da un'inesauribile urgenza e da un'inarrestabile concitazione legislativa[112]. Il campionario è folto e variopinto, e ne ho ora sfoderato solo un modesto assaggio[113]: la bulimia legislativa della Chiesa non ha nulla da invidiare a quella da cui sono affetti non pochi sistemi giuridici statuali, anzi pare essere viepiù recrudescente. Del resto, la stessa opinione pubblica ha avuto modo di rendersene conto in maniera eclatante con la promulgazione stentata della Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium* sulla Curia romana: la quale pure finalmente adempiva globalmente – e non solo attraverso lo stratificarsi di provvedimenti settoriali, più volte rimaneggiati – il 'mandato' ricevuto dal successore di Pietro nelle Congregazioni dei cardinali anteriori al conclave che poi lo aveva eletto. Essa ha visto la divulgazione prima, il 19 maggio 2022, di un testo in italiano contenente sviste madornali come il mancato adeguamento a mutamenti normativi appena varati dallo stesso Papa Francesco – e pure di grande risonanza

[111] Rinvio, per indicazioni bibliografiche, al mio lavoro: Boni 2022c, specialmente p. 139 ss.

[112] Provocatoriamente ho altrove richiamato la prolusione al corso di storia del diritto italiano che Guido Padelletti (1843-1878), primo professore di questa cattedra, tenne, pochi anni dopo la presa di Roma, nella 'rinascente università romana', ove bollava il diritto canonico «dal lato tecnico e formale, come dal lato sostanziale e materiale, di gran lunga inferiore alla fama sua», ove si accalcano «il falso, l'immoderato, l'incivile, l'inelegante»: citato da Del Giudice 1936, pp. 205-206. Per il testo integrale cfr. Padelletti 1874, pp. 191-223. Si veda peraltro l'insuperata replica a Padelletti di Calasso 1954, p. 405 ss., che ricorda anche la più serena e oggettiva visione del successore di Padelletti, Francesco Schuffer.

[113] Per un'ampia campionatura rimando a Boni 2021d, *passim*. Per un esempio più recente rinvio a Visioli 2022a, pp. 723-735, il quale si sofferma sul fatto che il legislatore supremo è intervenuto due volte a distanza di poche settimane sulla Congregazione (ora Dicastero) per la dottrina della fede, prima con la Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» *Fidem servare* di Francesco, con la quale viene modificata la struttura interna della Congregazione per la Dottrina della Fede, 11 febbraio 2022 – in *L'Osservatore Romano*, 14 febbraio 2022, p. 12 –, e poi con la già citata Costituzione Apostolica dello stesso Papa *Praedicate Evangelium* del 19 marzo 2022. Tale Autore segnala alcune incongruenze tra i due testi normativi, ponendosi anche in conclusione la domanda: «atteso che la nuova strutturazione della CDF è stata poche settimane dopo recepita in PE, qual è il valore attuale del motu proprio in oggetto? Non è stato abrogato, ma è stato integrato fondamentalmente nel successivo testo. Resta tuttavia qualche dettaglio che PE non ha potuto accogliere e che *Fidem servare* mantiene utilmente in vigore. Si può pensare per es. alla formulazione lievemente differente dei compiti in PE 69 e 71, così come alla menzione dell'Archivio storico e corrente e della competenza sugli Ordinariati personali eretti con la costituzione apostolica *Anglicanorum coetibus*, assenti in PE. Dunque due testi quasi contemporanei, che regolamentano il medesimo oggetto ed entrambi in vigore, che richiedono una lettura sapiente perché il combinato disposto non generi dubbi ma al contrario delinei un solido quadro interpretativo. Resta tuttavia la convinzione che per determinare la strutturazione interna della CDF sarebbe stato sufficiente intervenire sul suo regolamento, come peraltro accadeva prima dell'11 febbraio 2022, quando uffici e ruoli erano definiti proprio da un tale strumento» (Visioli 2022a, pp. 734-735).

mediatica –[114]: e, il 31 dello stesso mese, la pubblicazione su *L'Osservatore Romano* di una versione italiana emendata che è stata appellata '*Editio Typica*'[115], già più volte modificata[116].

[114] Era stata 'dimenticata' la Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» del Sommo Pontefice Francesco *Traditionis custodes* sull'uso della liturgia romana anteriore alla riforma del 1970, 16 luglio 2021, in *L'Osservatore Romano*, 16 luglio 2021, p. 2. Così riassume la questione Ganarin 2022, p. 274: «Nonostante le molteplici tappe che hanno scandito il procedimento normogenetico, non sono mancati errori redazionali che, una volta segnalati, hanno sospinto ad emendare il testo normativo all'indomani della sua divulgazione nel bollettino della Sala stampa della Santa Sede del 19 marzo 2022. Basti pensare all'art. 93, che originariamente attribuiva al Dicastero per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti la competenza ad occuparsi "della regolamentazione e della disciplina della sacra liturgia per quanto riguarda la forma straordinaria del Rito romano". La formulazione della norma, riferendosi alla *forma extraordinaria*, ossia alla liturgia romana anteriore alla riforma del 1970, riprendeva quanto stabilito nell'art. 1 del *Motu Proprio Summorum Pontificum* di Benedetto XVI (7 luglio 2007), che invero sembra essere stato superato dall'art. 1 del *Motu Proprio Traditionis custodes* di Francesco (16 luglio 2021), secondo cui "I libri liturgici promulgati dai santi Pontefici Paolo VI e Giovanni Paolo II, in conformità ai decreti del Concilio Vaticano II, sono l'unica espressione della *lex orandi* del Rito Romano". Si è pertanto adeguato il testo di *Praedicate Evangelium* a questa innovazione legislativa, rettificando l'art. 93, che adesso menziona i "libri liturgici precedenti alla riforma del Concilio Vaticano II". Il nuovo art. 93 compare ora nella versione della Costituzione Apostolica riportata sia nel sito ufficiale della Santa Sede sia nell'edizione del quotidiano "L'osservatore romano" del 31 marzo 2022. Una versione che solleva gravi questioni circa la promulgazione della Costituzione stessa, che dovrebbe avverarsi con la sua pubblicazione in uno dei fascicoli datati 2022 della 'gazzetta ufficiale' degli *Acta Apostolicae Sedis*. È tuttavia risaputo che essi sono dati alle stampe con cospicuo ritardo, impedendo così agli operatori del diritto ecclesiale di individuare con esattezza, in mancanza di una chiara formula promulgatoria – la quale, nel caso di specie, avrebbe dovuto convenientemente disporre, ai sensi del can. 8 § 1 del *Codex Iuris Canonici* […] e del can. 1489 § 1 del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* […], che la Costituzione Apostolica fosse promulgata in altro modo, cioè con la sua pubblicazione nel quotidiano "L'osservatore romano", come ultimamente è spesso accaduto –, il testo autentico di riferimento». Non poche, peraltro, sono le questioni aperte, per le quali si attende il Regolamento Generale della Curia romana: cfr. Aumenta, Interlandi 2023, p. 9 ss.

[115] La Sala Stampa della Santa Sede aveva infatti divulgato la notizia che *L'Osservatore Romano* avrebbe pubblicato integralmente la versione ufficiale e definitiva, l'*Editio Typica,* della Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium*. Cfr. Cardinale 2022, p. 16. Secondo Interlandi 2022, p. 324, sembra che la promulgazione avverrà quando la Costituzione Apostolica sarà pubblicato sugli *Acta Apostolicae Sedis*, facendo conoscere il testo ufficiale a fronte delle varie traduzioni apparse sul sito della Santa Sede.

[116] Dopo avere eretto, con Chirografo del 12 aprile 2022, una Commissione interdicasteriale per la revisione del Regolamento generale della Curia romana – cfr. *L'Osservatore Romano*, 5 maggio 2022, p. 6 –, Papa Francesco ha apportato alcune modifiche, integrazioni e chiarimenti alla Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium*. In primo luogo, il Pontefice ha creato, quale istituzione collegata con la Sede Apostolica, *Domus Vaticanae*, nella quale sono confluite quattro fondazioni destinate alla gestione di strutture di ospitalità (cfr. Chirografo del 5 maggio 2022, ivi, 5 maggio 2022, p. 6). Egli, poi, con *Rescriptum ex audientia SS.mi* del 22 agosto 2022, ha dato l'interpretazione autentica del disposto dell'art. 219 § 3 della *Praedicate Evangelium* attraverso l'emanazione dell'*Istruzione sull'amministrazione e gestione delle attività finanziarie e delle liquidità della Santa Sede e delle Istituzioni collegate con la Santa Sede* (cfr. ivi, 23 agosto 2022, p. 8): un provvedimento con il quale si è delucidato che compete in via esclusiva all'Istituto per le Opere di Religione l'attività di gestore patrimoniale e di depositario del patrimonio mobiliare della Santa Sede e delle Istituzioni ad essa collegate. Ancora, con il *Rescriptum ex*

È mancato a lungo, sorprendentemente, il testo latino, che per oramai numerose leggi non viene più apprestato[117]: ad esempio, per il *Motu Proprio Come una madre amorevole* e altri documenti normativi cruciali poiché ancora una volta involventi la legalità penale e concernenti i depositari di uffici capitali. Anche l'osannata Costituzione Apostolica *Episcopalis communio* sul Sinodo dei Vescovi, dell'oramai lontano 2018, in latino ha solo l'intitolazione, benché, tra l'altro, sia indilazionabile il raffronto con i canoni del *Codex Iuris Canonici* sull'istituto, liquidato un poco sbrigativamente con un disposto non certo univoco: «A tenore del can. 20 del *CIC* e del can. 1502 § 2 del *CCEO*, con la promulgazione e la pubblicazione della presente Costituzione apostolica rimangono abrogate tutte le disposizioni contrarie, in particolare: /1. i canoni del *CIC* e del *CCEO* che, *in tutto o in parte, risultino direttamente contrari* a qualsiasi articolo della presente Costituzione apostolica» (corsivo mio)[118]. Mentre per altri provvedimenti tale 'versione' latina è reperibile sul sito *web* ufficiale della Santa Sede, ma le norme sono state pubblicate in italiano sempre sul quotidiano suddetto, sancendosene l'entrata in vigore, sia pur spesso senza alcuna clausola derogatoria *ex* can. 8 del *Codex Iuris Canonici* o senza alcuna annotazione di corredo: ovvero è sopravvenuta, mesi dopo, con la stampa sugli *Acta Apostolicae Sedis*, eventualmente anche con aggiustamenti non marginali[119]. Se la lingua italiana sta surclassando il latino, «cedendo in qualche modo la neutralità linguistica a una dimensione più provinciale in ragione di una maggiore e diretta comprensione del testo», quest'ultimo rimane però l'idioma giuridico della Chiesa, innervato nello *ius vetus* e in quella *traditio canonica* da sempre parametro di riferimento cogente per l'interprete[120]. Tutto ciò, naturalmente, origina un coacervo di problemi ermeneutici sovente di intricato sbrogliamento[121].

---

audientia SS.mi del 30 settembre 2022 il Papa ha deciso di trasferire la competenza per la pastorale dei fedeli che intraprendono i viaggi per motivi di pietà o di studio o di svago dal Dicastero per il servizio dello sviluppo umano integrale alla Sezione per le questioni fondamentali dell'evangelizzazione nel mondo del Dicastero per l'evangelizzazione (cfr. ivi, 1° ottobre 2022, p. 10). Da ultimo, con la Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» del 5 dicembre 2022 (cfr. ivi, 6 dicembre 2022, p. 7) è stata introdotta la disciplina delle persone giuridiche strumentali della Curia romana sottoposte al controllo e alla vigilanza degli Organismi economici della Curia medesima.

[117] Dell'importante, già citata, Costituzione Apostolica di Papa Francesco, *In Ecclesiarum communione* del 6 gennaio 2023, circa l'ordinamento del Vicariato di Roma, non si dispone ancora del testo latino.

[118] Francesco, *Constitutio Apostolica «Episcopalis communio» de Synodo Episcoporum*, in *Acta Apostolicae Sedis* 110 (2018), p. 1378.

[119] Cfr. l'identificazione dei gravi problemi che ciò determina in Baura 2023, p. 53.

[120] Nota Baura 2023, p. 53: «risulta problematica la prassi di promulgare su *L'Osservatore Romano* un testo normativo in lingua vernacola e pubblicare successivamente la sua traduzione latina sugli *Acta*; ritengo che a rigore il testo che farebbe fede sarebbe quello "promulgato", cioè quello in lingua vernacola, benché ciò presenti un nuovo punto problematico, e cioè la validità dell'uso di lingue vernacole per le leggi della Chiesa universale».

[121] Cfr. Pree 2017, p. 687, il quale ammonisce anche a proposito della diffusa non conoscenza della lingua latina: «una carente comprensione dei testi autentici è fatale non solo per il lavoro scientifico, ma anche per una pratica qualificata del diritto».

Non intendo ripetermi, dal momento che sono anni che elenco con sconcerto tali anomalie. E credo che qualunque studioso percepisca che le mie non sono, come taluno potrebbe opinare, querimonie fomentate da impolverata mania antiquaria, o, peggio, da trito formalismo; e neppure sia una pleonastica «adesione superstiziosa ad alcuni strumenti scientifici»[122], come bacchetta non a torto Bergoglio, o, ancora, a un gergo esoterico ed elitario: come se, insomma, le mie recriminazioni fossero ignare degli avvertimenti sulla primazia irraggiungibile della sostanza sulla forma, quale involucro esteriore e sempre gregario[123]. E infatti da tempo indefessamente – invero non in solitudine – catalogo e recensisco, con malessere misto a indignazione, le ripercussioni che tali *défaillances* normative, proprio per la compromissione di quel minimo 'sindacale' di certezza del diritto irrinunciabile pure nell'ordinamento canonico, provocano sulla sostanza[124]: cioè, in ultima analisi, sui diritti delle persone e dei fedeli fondati sul diritto divino[125], sulla *tranquillitas ordinis* della vita ecclesiale, sul *bonum commune*[126]. Ad aumentare lo sgomento circa il catastrofico *status* del diritto canonico attuale fa capolino il presentimento che nessun manovratore, più o meno occulto, stia reggendo

[122] Bergoglio 2014, p. 107.

[123] Cfr. le belle pagine di Giacchi 1940, p. 398 ss.

[124] Cfr. le pertinenti osservazioni di Baura 2013, p. 85: «Come si può osservare, dalla prassi della produzione normativa a livello universale emergono diversi punti problematici che, a mio avviso, andrebbero affrontati in ordine ad aggiornare alcuni usi alle esigenze formali del sistema normativo vigente e della chiarezza giuridica in generale. Va peraltro ricordato che non basta che la legge sia razionale, ma, come asseriva Sant'Isidoro di Siviglia in un testo raccolto dal Decreto di Graziano e commentato da San Tommaso, essa deve essere "manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem inconveniens contineat". La doverosa chiarezza della legge si riferisce anzitutto alla stesura del testo legale stesso, che deve scegliere accuratamente le parole e le espressioni per non indurre in confusioni, ma riguarda anche altri aspetti formali che danno sicurezza ai destinatari: chi è l'autore della norma, di quale tipo di norma si tratta, quando è stata promulgata e quando entra in vigore, quali norme intende abrogare, e via di questo passo. È importante prendere consapevolezza del fatto che questi aspetti formali, per quanto tali, racchiudono esigenze di giustizia sostanziale: il rispetto della sicurezza giuridica dei fedeli, i quali hanno diritto a conoscere la normativa vigente con un minimo di certezza; il diritto dei fedeli di conoscere se l'autorità stia agendo dentro l'ambito delle sue competenze, onde evitare l'abuso di potere, ed altri diritti di questo tipo»; Baura così concludeva il suo saggio: «Si sente, insomma, la necessità di promuovere una cultura giuridica, specie fra coloro che sono chiamati a collaborare nel *munus petrinum*, che metta in evidenza le esigenze sostanziali di giustizia compromesse negli aspetti formali dell'attività legislativa» (ivi, p. 86).

[125] Cfr. Francesco, *Udienza ai partecipanti al Corso di formazione per gli Operatori del Diritto promosso dal Tribunale della Rota romana*, 18 febbraio 2023, consultabile *online* all'indirizzo *http://press.vatican.va* (pubblicato con il titolo *Norme, processi e sanzioni non perdano di vista i diritti delle persone*, in *L'Osservatore Romano*, 18 febbraio 2023, p. 11): «Cari operatori del diritto nella Chiesa […] Il vostro lavoro si occupa delle norme, dei processi e delle sanzioni, ma non deve mai perdere di vista i diritti, mettendo al centro del vostro operato le persone, che sono soggetti e "oggetti" del diritto. Questi diritti non sono pretese arbitrarie, bensì beni oggettivi, finalizzati alla salvezza, da riconoscere e tutelare, senza dimenticare il rispetto dei beni naturali all'interno della comunità ecclesiale. Voi, come cultori del diritto, avete una responsabilità particolare nel far risplendere la verità della giustizia nella vita delle Chiese particolari».

[126] Rileva recentemente Castro Trapote 2023, p. 40: «La experiencia actual está caracterizada por una limitación constante de varios derechos fundamentales. Los excesos en el ejercicio de la autoridad son patentes y frecuentes».

le redini; e che quindi il nocumento cagionato alla certezza sostanziale sia ascrivibile unicamente a una vacua insipienza ovvero a vizi nel discernimento[127]: non, poi, ovviamente, del Papa, ma di coloro che lo coadiuvano[128] e cui è deferita la compilazione delle leggi, spesso preparate in riservatezza impenetrabile da *équipes* ristrette, senza avvantaggiarsi quindi della collaborazione della canonistica mondiale[129].

Quanto ancora alla riscrittura della *Pastor bonus*, nove anni di gestazione potevano far confidare almeno in una maggiore accuratezza redazionale: forse la sovraintendenza di un organismo, il Consiglio dei Cardinali[130], certo altamente rappresentativo ma i cui componenti non sono troppo ferrati nella tecnica legislativa, o anche l'assai ardua collazione di tante consultazioni provenienti da ambienti diversificati tuttavia non di rado sguarniti delle categorie giuridiche – consultazioni encomiabili, ma assai poco profittevoli sul piano normativo – hanno reso impervio il lavoro dei canonisti che da ultimo hanno rassettato la Costituzione Apostolica: un lavoro, invero, tutt'altro che terminato, essendo all'opera una Commissione interdicasteriale di recente istituita[131] per la revisione del Regolamento Generale della Curia romana, la quale dovrà districare i nodi non irrisori, e non solo giuridici, ma anche di ordine teologico ed ecclesiologico, che la *Praedicate Evangelium* ha coagulato. D'altro canto, però, va ammesso che pure l'abrogazione del Libro VI *De sanctionibus poenalibus in Ecclesia*, avviata da Benedetto XVI addirittura nel 2007 e sedimentata in grembo al Pontificio Consiglio – ora Dicastero – per i testi legislativi, dunque un *coetus*, per quanto ristretto, di periti canonisti, ha rivelato, come si è già osservato, oltre alla sua incompletezza[132], qualche

[127] Cfr., per tutti, Erdö 2017, pp. 63-76.

[128] Hanno fatto scalpore le asserzioni del cardinale Müller 2023, p. 46, secondo cui molte scelte sono «state suggerite al Papa da alcuni suoi strettissimi consiglieri. Vi è come una sorta di cerchio magico che gravita attorno a Santa Marta formato da persone che, a mio parere, non sono preparate dal punto di vista teologico»: e forse anche giuridico.

[129] Si tratta di un'altra prassi sulla quale mi sono ampiamente espressa, censurandola: cfr., per tutti, Boni 2021c, pp. 429-451.

[130] Originariamente era un *coetus cardinalium* (cfr. il Comunicato della Segreteria di Stato in *L'Osservatore Romano*, 14 aprile 2013, p. 1), in seguito divenuto *Consilium* con il Chirografo del settembre 2013 (cfr. Francesco, Chirografo *Tra i suggerimenti con il quale viene istituito un Consiglio di cardinali per aiutare il Santo Padre nel governo della Chiesa universale e per studiare un progetto di revisione della Costituzione Apostolica "Pastor Bonus" sulla Curia romana*, 28 settembre 2013, ivi, 30 settembre - 1° ottobre 2013, p. 1).

[131] Cfr. Francesco, *Chirografo del Santo Padre relativo all'istituzione della Commissione Interdicasteriale per la revisione del Regolamento Generale della Curia romana*, 12 aprile 2022, in *L'Osservatore Romano*, 5 maggio 2022, p. 6.

[132] Con Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» di Papa Francesco *Recognitum Librum VI*, 26 aprile 2022, in *L'Osservatore Romano*, 26 aprile 2022, p. 7, si è modificato il can. 695, § 1, relativo al procedimento per la dimissione dei religiosi dall'Istituto, rimandandosi, nella versione revisionata, ai nuovi canoni 1395, 1397 e 1398: una modifica che, come altrove ho eccepito, non è soddisfacente (cfr. Boni 2022b, p. 100 ss.). Altri ovviamente saranno i canoni del Codice che andranno 'aggiustati': qui, però, si resta meravigliati di questo intervento successivo e non appagante, perché la modifica di tale canone era stata contemplata sin dai primi schemi della revisione del Libro VI, ricevendo suggerimenti da parte dei consultori coinvolti.

fragilità e claudicanza nelle formulazioni[133]. Anch'esse non prive di effetti dannosi, e proprio negli ambiti oggi maggiormente sotto i riflettori del consesso internazionale, quelli afferenti agli abusi sessuali, di potere e di coscienza, che hanno costituito il motore propulsore della novella: quali veri banchi di prova della giustizia della Chiesa, per i diritti delle 'vittime' ma anche degli imputati che la certezza e la retta stesura delle norme salvaguardano. Non è ora possibile dilungarsi ulteriormente al proposito, ma, più del diritto penale sostanziale erano forse i procedimenti penali per irrogare le pene ad essere oltremodo bisognosi di accomodamenti normativi non più rimandabili: inopinatamente elusi ancora una volta dal legislatore, (solo) in questo caso incomprensibilmente renitente[134]. E invece – come da tempo la dottrina denuncia – il processo giudiziario va snellito per renderlo fruibile dalle autorità ecclesiastiche locali, da sempre a corto di personale giuridicamente attrezzato ma che pure il Papa ha veementemente pungolato ad assolvere il loro 'dovere' di comminare le pene, addizionando altresì ulteriori gravi fattispecie criminose. E, secondo alcuni, andrebbe oculatamente 'giudizializzata' la via amministrativa di condanna per decreto[135], la quale, largamente praticata per i *delicta reservata* al Dicastero per la dottrina della fede ma non solo, non realizza in maniera sufficiente quel *due process* cui pure il diritto della Chiesa ha lautamente contribuito nei secoli[136]: anch'esso non senza agganci a una certezza del diritto unanimemente agognata.

6. Altri scompensi e cedimenti di legalità e certezza del diritto

In definitiva, *mala tempora currunt* per l'attività legislativa ecclesiale, oltremodo straboccante – fuorché quando serve[137] –: e la 'norma suprema' cui tutte le altre do-

[133] Cfr. Boni 2022b, *passim*.

[134] Nei primi schemi si prevedeva la modifica dei canoni sull'indagine previa e sul procedimento penale extragiudiziale, poi abbandonata, come recentemente ricorda Pighin 2023, p. 410, membro della commissione per la revisione del Libro VI del *Codex Iuris Canonici*, il quale pure è dell'opinione che i procedimenti penali codiciali siano «bisognosi […] di incisive riforme» (ivi, p. 18). Tale Autore così significativamente conclude il suo studio: «sulla revisione del Libro VI del CIC hanno inciso condizionamenti propri del clima ecclesiale e massmediatico odierno, caratterizzato da una domanda pressante di "fare pulizia" di condotte delittuose che hanno provocato uno scandalo di proporzioni catastrofiche nella globalità dei fedeli e nell'opinione pubblica più in generale. Ciò ha comportato un certo squilibrio. Si è passati da un regime che troppo spesso tollerava l'impunità ad un altro esposto al rischio di minore tutela giuridica per ogni imputato, a sfregio del sacrosanto principio del *favor rei* e del suo diritto di difesa. Sono inclini a tale pericolo le configurazioni di fattispecie delittuose troppo generiche. […] A ciò non pone certo rimedio la mancata revisione del diritto processuale canonico in ambito penale, una carenza che non è facile colmare» (ivi, p. 25).

[135] Sono costretta a rinviare ancora a Boni 2022b, specialmente p. 108 ss., con indicazione di letteratura sul tema.

[136] Cfr. quanto ho osservato in Boni 2021d, pp. 405-440; Ead. 2022a, pp. 1-65, con riferimenti dottrinali.

[137] Come in materia di rinuncia del romano Pontefice o di sede romana totalmente impedita, come ho già annotato.

vrebbero riportarsi – secondo l'avvincente teoresi di Capograssi[138] – pare annegata e sepolta senza possibilità di emersione da questa frotta sciamante di leggi sparpagliate, spazzando via quella certezza di cui essa sola è assiologicamente, ma anche giuridicamente, mallevadrice.

Volgendoci a un altro dei profili scandagliati da Jemolo, è poi vero che non sussiste nella Chiesa né la separazione dei poteri di montesquieuiana ascendenza – con quella, direbbe Paolo Grossi, «categoricità spasmodica, ossessiva, circolante negli Stati dell'Europa continentale»[139] – né il rifiuto, di più il bando delle leggi speciali o addirittura *ad personam*, respingendosi «L'uguaglianza giuridica di noi moderni»[140]: tratti salienti ognuno dei quali, *mutatis mutandis*, è innestato in una peculiarità ordinamentale canonica a sua volta saldamente ancorata al diritto divino naturale o rivelato, quindi intangibili. Rammentiamo tutti l'arioso sentiero dell'equità già abilmente impostato dalle memorabili decretali di Onorio II, Alessandro III, Innocenzo III, Onorio III[141] e di quei Papi cui si deve il fulgido destino che arrise al diritto canonico: decretali che, come sunteggiava sempre Grossi, erano in se stesse, quali atti amministrativi, sentenze e leggi al medesimo tempo, valente ipostatizzazione dell'inesistenza della divisione dei poteri e, contestualmente, della *plenitudo potestatis* papale[142]. E tuttavia non si può obliterare come gli stessi *principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, approvati dal primo Sinodo dei Vescovi nell'ottobre del 1967 e che costituirono una «sorta di decalogo»[143] per pilotare l'opera codificatoria[144] nella traduzione in linguaggio giuridico del pregnante portato ecclesiologico e teologico del Vaticano II, pur ribadendo l'unità della potestà non solo del romano Pontefice ma anche dei successori degli apostoli, imponessero fermamente che il suo uso non fosse arbitrario: «A ciascun fedele si devono riconoscere e tutelare i diritti, sia quelli contenuti nella legge naturale o divina positiva, sia quelli che gli derivano debitamente in forza della condizione sociale acquistata e posseduta nella Chiesa»[145], allestendo strumenti processuali per la loro preservazione[146]. Mentre ora a volte pare

---

[138] Cfr. Capograssi in Lopez de Oñate 1968, *passim*.

[139] Grossi 2014, p. 940.

[140] Grossi 2000a, p. 120.

[141] Cfr., per tutti, le pagine di Grossi 2000a, p. 211 ss.

[142] Grossi 2000a, pp. 206-207.

[143] Giovanni Paolo II, *Allocuzione alla Rota romana*, 18 gennaio 1990, in *Acta Apostolicae Sedis* 82 (1990), p. 873.

[144] Cfr. Sinodo dei Vescovi, *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, 7 ottobre 1967, in *Communicationes* 1 (1969), pp. 77-85. Tali principi sono stati incorporati nella *Prefazione* del *Codex Iuris Canonici* del 1983. Si vedano altresì i *Principi direttivi per la revisione del Codice di Diritto Canonico Orientale*, in *Nuntia* 3 (1976), pp. 8-9.

[145] Si tratta del principio n. 6: cito la traduzione italiana *Principi per la revisione del CIC*, in *Enchiridion vaticanum*, *Documenti ufficiali della Santa Sede 1963-1967*, Bologna 1977, p. 1371.

[146] Si veda il principio n. 7; cfr. i citati *Principi per la revisione del CIC*, p. 1371: «vanno riconosciuti i diritti soggettivi veri e propri, senza i quali è difficile concepire un ordinamento giuridico della società. Perciò occorre proclamare nel diritto canonico che il principio della tutela giuridica va applicato in modo uguale ai superiori o ai sudditi, cosicché scompaia totalmente qualunque sospetto di arbitrio

che gli argini dei poteri siano calamitosamente ceduti, le frontiere siano inconsultamente oltrepassate: schiacciando se non proprio 'asfaltando' quei diritti. La levata di scudi da parte dei commentatori internazionali davanti a certi 'disinibiti' interventi pontifici nel burrascoso processo in corso nello Stato della Città del Vaticano contro un cardinale dovrebbe aver lanciato un messaggio chiaro alla Santa Sede sulla ruggente suscettibilità della mentalità giuridica contemporanea in ordine alla tutela del giusto processo.

Nessuno contesta l'essere – come certificava Jemolo – «il Papa supremo legislatore e supremo giudice, sempre in grado di accordare privilegi e dispense da valere come leggi singolari […], di spostare le competenze giudiziarie nei singoli casi, di concedere la *restitutio in integrum*»[147]: ma nondimeno una circospetta e cauta moderazione dovrebbe sempre guidare, come i vescovi, anche il successore di Pietro[148]. Pertanto, va risolutamente riprovata l'attuale reiterata concessione – quale quella di cui fonti attendibili riferiscono[149] – di approvazioni in forma specifica da parte del romano Pontefice di atti finanche già sottoposti «a ricorso, ed in particolare a giudizio presso la Segnatura Apostolica»[150]; le quali poi sono oltremodo gravose laddove suggellino la comminazione di pene perpetue, come non di rado accade[151]. Approvazione in forma specifica che, lo si rammemora, blinda i provvedimenti, affrancandoli da qualsivoglia opposizione da parte dei destinatari, ai quali è interdetta ogni possibilità di far valere i propri diritti eventualmente infranti. Con sfacciata 'disinvoltura' giuridica si è addirittura contemplato, in un testo normativo del 2018[152], che tutte le risoluzioni di una

---

nell'amministrazione ecclesiastica. /Tale finalità si può ottenere soltanto mediante una saggia disposizione giuridica dei ricorsi, per cui chiunque ritenga leso il proprio diritto dall'istanza inferiore, lo possa efficacemente tutelare nell'istanza superiore».

147 Jemolo 1932, p. 143.

148 Ricorda Vigo Ferrera 223b, p. 129: «I canonisti classici si erano posti con attenzione la questione sulla portata e l'esercizio della suprema potestà, particolarmente nel discutere sulla possibilità che l'autorità suprema dispensasse senza una causa. Questi autori erano inclini a riconoscere l'esistenza e il bisogno di una tale potestà, ma non esitavano a richiamare ad un suo esercizio moderato e responsabile. La *plenitudo potestatis* era, per loro, una potestà necessaria, ma straordinaria, da essere esercitata in circostanze particolari; mentre si esercita, per gli affari ordinari, una potestà *ordinaria* e *ordinata*, agendo quindi secondo le norme generali di diritto. Anche su questo punto, tanto discusso in epoca classica, è stato l'Aquinate a trovare la formula più riuscita. San Tommaso chiarisce che la suprema autorità non è sottoposta alle leggi *quoad vis coactivam*, ma sì lo è *quoad vis directivam*. Perciò, come diceva Innocenzo III, l'atteggiamento della suprema autorità rispetto alle proprie leggi non può non influenzare quello delle autorità ad essa sottoposte».

149 Ma, invero, abbondanti documenti circolano anche *online*.

150 Montini 2018, p. 44. Montini è stato per anni promotore di giustizia del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica.

151 Ne ho riferito in Boni 2021d, p. 197 ss.

152 Cfr. Congregazione per gli Istituti di vita consacrata e le Società di vita apostolica, *Cor Orans*, *Istruzione applicativa della Costituzione Apostolica "Vultum Dei quaerere" sulla vita contemplativa femminile*, 1° aprile 2018, in *Acta Apostolicae Sedis* 110 (2018), pp. 814-864, disponibile anche sul sito *internet* della Santa Sede. Sulle numerose modifiche alla disciplina codiciale della vita consacrata cfr. la rassegna di Baura 2023, p. 43 ss.

Congregazione (ora Dicastero) romana su questioni di rilievo per la vita consacrata individuale e comunitaria[153] siano automaticamente munite di tale ratifica superiore: esentandole (cfr. can. 1405 § 2, in fondo in virtù del *Prima Sedes a nemine iudicatur*) da qualsivoglia impugnazione, e immortalando così irreversibilmente sempre possibili violazioni di diritti. Siamo al cospetto di uno strattonamento, e quasi di una lapalissiana parodia, non poco minacciosa, dell'uso del potere primaziale del vicario di Cristo: che non solo accolla l'ingrato peso di misure opprimenti od onerose al Papa, ma sobilla il terribile sospetto che egli sia inteso non *supra legem* ma addirittura *supra ius divinum*.

Del pari, certo gli *iura christifidelium* nell'economia ecclesiale non sono pianamente sovrapponibili ai diritti soggettivi rivendicati e tutelati negli ordinamenti secolari: eppure, sulla scorta anche qui dei *principia pro recognitione Codicis Iuris Canonici*, la giustizia amministrativa andava predisposta e potenziata affinché il potere di governo non potesse calpestarli e comprimerli[154]. Perciò l'istituzione, da parte di Paolo VI, della *Sectio Altera* del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica venne salutata con euforia dalla canonistica postconciliare quale inaugurazione di una rigogliosa primavera di salvaguardia e valorizzazione dei diritti dei fedeli conculcati dall'autorità ecclesiastica, ammettendo il sindacato giudiziale per *violatio legis* degli atti amministrativi. Purtroppo tali ottimistiche attese sono state in gran parte frustrate di fronte a un'istanza che pare attualmente un poco paralizzata e anchilosata, o comunque non certo funzionante al meglio[155], con un Tribunale Supremo della Segnatura Apostolica non particolarmente attivo, come testimonia altresì la vacanza per anni dello strategico ufficio del promotore di giustizia[156]; le cui pronunce, poi, sono pubblicate col contagocce[157], ciò che impedisce agli operatori e alla dottrina di

[153] Si tratta delle decisioni assunte da parte della Congregazione (ora Dicastero) per gli Istituti di vita consacrata e le Società di vita apostolica nei confronti di un monastero di monache relative all'indizione di una visita apostolica, al commissariamento, alla sospensione dell'autonomia e alla soppressione di un monastero: *Disposizioni finali* della citata Istruzione *Cor orans* del 1° aprile 2018, approvate in forma specifica dal romano Pontefice.

[154] Ci si riferisce al principio n. 7; cfr. i citati *Principi per la revisione del CIC*, p. 1373: «Mentre i ricorsi e gli appelli giudiziari sembrano sufficientemente regolati secondo le esigenze della giustizia nel CIC, l'opinione comune dei canonisti invece ritiene che i ricorsi amministrativi nella prassi ecclesiastica e nell'amministrazione della giustizia siano fortemente carenti. Di qui è sentita ovunque la necessità di predisporre nella chiesa tribunali amministrativi secondo i gradi e le specie, cosicché la difesa dei diritti trovi in essi una procedura propria e canonica che si sviluppi normalmente presso le autorità di vario grado. Ammesso tale principio, dovranno essere chiaramente distinte le diverse funzioni della potestà ecclesiastica, cioè quella legislativa, amministrativa e giudiziaria, ed essere idoneamente stabilito da quali organi le singole funzioni vengono esercitate. /Parimenti spetterà al nostro codice stabilire in concreto quali azioni possano essere affidate al giudizio dei tribunali amministrativi, delineare le regole del processo amministrativo, come pure istituire organismi stabili capaci di controllare i medesimi».

[155] Cfr. recentemente i suggerimenti di Montini 2022, p. 1198 ss.

[156] Nel *Bollettino* della *Sala Stampa della Santa Sede* del 20 gennaio 2023 (*http://pressvatican.va*) si è data finalmente notizia della nomina del nuovo promotore di giustizia.

[157] Ricordo qui per connessione come in numerosi saggi (insieme invero ad altra autorevole dottrina) io abbia lamentato anche la «irreperibilità della giurisprudenza penale canonica, che risponde

acquisirne una cognizione a tutto tondo che sola consente di avvalersi proficuamente di quella non secondaria fonte del diritto che è la giurisprudenza[158]. Ma anche in altri ambiti il vertice dell'assetto giudiziario della Chiesa pare essere gradualmente esautorato[159] e perdere palmarmente terreno – come, sempre a titolo di esempio, nella soprintendenza sulla rete dei tribunali giudicanti delle nullità matrimoniali[160], ovvero nella troncata connessura con la Corte di Cassazione dello Stato della Città del Vaticano[161] (essendo in quest'ultimo, va ricordato, l'ordinamento canonico la prima fonte normativa e il primo criterio di riferimento interpretativo)[162] –: smantellandosi e dilapidandosi in tal modo quella sua mansione di garante apicale della giustizia

– in parte – ad esigenze di tutela della buona fama delle persone coinvolte, ma di fatto impedisce il confronto con i precedenti giudiziali e la loro utilizzazione nella soluzione delle incertezze interpretative, lasciando conseguentemente largo spazio a decisioni discordanti», come recentemente sottolinea Comotti 2023, pp. 197-198.

[158] Da tempo insiste su questa necessità Baura 2017, pp. 68-69: «vale la pena ricordare che il diritto di conoscere le decisioni giudiziali, onde garantire l'uguaglianza dinanzi all'amministrazione della giustizia, non si soddisfa con la sola pubblicazione parziale, ma occorre la pubblicazione ufficiale ed integra (salva la tutela della buona fama delle parti interessate) di tutta la giurisprudenza. Ciò vale per tutta la giurisprudenza prodotta dalla Curia romana, non solo in materia matrimoniale, ma anche nel campo del contenzioso amministrativo e del diritto penale. Tale pubblicazione, alla stregua di come avviene negli ordinamenti civili, avrebbe sicuramente un influsso benefico sulla dottrina e sulla tutela dei diritti dei fedeli».

[159] Parla di «progressivo esautoramento della Segnatura Apostolica» Montini 2018, p. 205.

[160] Mi sono occupata di questo profilo in Boni 2016b, soprattutto p. 55 ss. Cfr. anche Ganarin 2016, *passim*.

[161] Tale connessura tra Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica e Corte di Cassazione vaticana è stata recentemente troncata con la Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» di Papa Francesco recante modifiche alla normativa penale e all'ordinamento giudiziario dello Stato della Città del Vaticano del 12 aprile 2023, in *L'Osservatore Romano*, 12 aprile 2023, p. 8. In precedenza, come ho ampiamente illustrato in Boni 2022c, p. 153 ss., non c'era più commistione, a partire dall'ordinamento giudiziario pacelliano, tra organi canonici e organi vaticani, ma l'appartenenza alla Segnatura Apostolica – Supremo Tribunale della Chiesa che, tra l'altro, provvede alla retta amministrazione della giustizia nella medesima – integrava il requisito soggettivo per essere nominati giudici della Cassazione vaticana: essa era infatti costituita dal prefetto della Segnatura, che assumeva le funzioni di presidente, da altri due cardinali membri del medesimo Tribunale, designati dal presidente per un triennio, nonché da due o più giudici applicati nominati per un triennio. E la *ratio* evidente e importantissima di tale composizione risiedeva nell'assicurare il raccordo assiologicamente ermeneutico – indissolubile e da presidiare accuratamente – con il diritto canonico del diritto vaticano: il quale a sua volta si radica nella strumentalità dello Stato all'indipendenza e sovranità della Santa Sede. Ora si è stabilito che la Corte di Cassazione è costituita da quattro cardinali nominati per un quinquennio dal sommo Pontefice, il quale designa tra essi il presidente, nonché da due o più giudici applicati nominati per un triennio. Non è questa la sede per esaminare le criticità di tale novella: mi limito qui a evidenziare (oltre a una certa incongruità di un collegio giudicante con un numero pari di giudici, senza alcuna delucidazione di accompagnamento) come, se la *ratio* della presenza dei cardinali membri della Segnatura nella Cassazione vaticana era palese e dirimente, la nomina pontificia di porporati non mi sembra sostenuta da alcuna plausibile motivazione giuridica: non si vede infatti perché i giudici dovrebbero essere insigniti della dignità cardinalizia, in sé non rilevante *in subiecta materia*.

[162] Cfr. l'art. 1, primo capoverso, della legge di Benedetto XVI sulle fonti del diritto n. LXXI del 1° ottobre 2008, in *Acta Apostolicae Sedis. Supplemento* 79 (2008), p. 65.

ecclesiale dispiegata a profitto del bene comune[163]. Un'altra, e un poco sconfortante, 'parentela', *congrua congruis referendo*, si ritaglia con quell'inespugnabile immunità dell'amministrazione stigmatizzata da Jemolo.

Per seguire ancora le suggestioni lanciate nel saggio di quest'Autore sopra epitomato, non mi sogno neppure di negare o indebitamente circoscrivere il ruolo 'creativo'[164] del giudice nell'ordinamento ecclesiale, che torme di canonisti, del resto, si sono dilettati a elogiare: ma frastorna la banalizzazione del *munus* giudicante, oltremodo ostico e delicato, cui si è di recente assistito. Infatti, se, proprio per l'unitarietà del potere nei suoi titolari appena invocata, il vescovo è legislatore, amministratore e giudice, tuttavia da tempo si era stimato conveniente nella Chiesa che egli non esercitasse personalmente tale ultimo ruolo, cui invece è stato obbligatoriamente chiamato nel *processus brevior* di cui al già menzionato *Motu Proprio Mitis iudex*: nel quale, appunto, può essere solo lui a emettere la sentenza *pro nullitate matrimonii*[165]. Si è asseverato come l'intento perseguito sia quello secondo cui il vescovo medesimo, per assicurare una maggiore contiguità alla sua *portio populi Dei*, divenga direttamente responsabile della giustizia: ciò in ossequio a quella pastoralità che vuole il vescovo, 'con addosso l'odore delle pecore', prossimo evangelicamente al gregge senza l'intermediazione di involuti ingranaggi burocratici e meccanismi processuali complessi e disincentivanti. Peraltro, come risaputo, si sono deputati ben presto nella Chiesa soggetti e organismi specializzati che dispiegassero vicariamente in nome e rappresentanza del preposto alla Chiesa particolare la funzione giudiziaria, essendosi subitaneamente pervenuti alla conclusione che un cumulo di ragioni dissuadessero dal suo svolgimento immediato da parte del vescovo, che pur ne serbava titolarità e ad essa doveva sovrintendere: ma rimanendo *super partes*, in paterna equidistanza da tutti i suoi fedeli. Ragioni improntate a un sano buon senso, scarseggiando anzitutto al vescovo il tempo e soprattutto la formazione canonistica necessaria per dedicarsi a questa ponderosissima attività. Quanto era stato sancito dall'art. 22 § 2 dell'Istruzione *Dignitas connubii*[166] (come prima dalla *Provida mater*, all'art. 14 § 2[167]), secondo il quale «expedit», a meno che speciali motivi lo richiedano, che il vescovo non eserciti personalmente la potestà giudiziale per le cause di nullità del matrimonio, proveniva da questa storia ed era intriso di savi ammaestramenti: che non si può congetturare siano istantaneamente evaporati. È certo possibile che, benché la stragrande mag-

[163] Cfr. Boni 2022c, p. 153 ss. Sul legame tra la Corte di Cassazione vaticana e il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica si è soffermato recentemente con grande efficacia Mamberti 2023, p. 59 ss.

[164] Cfr. Dalla Torre 2022, p. 60, ove, sotto questo profilo, equipara l'ordinamento canonico a quelli di *common law*.

[165] Ho esaminato il tema, sviluppando più largamente le riflessioni ora sinteticamente enunciate in Boni 2016b, p. 1 ss.

[166] Cfr. Pontificio Consiglio per i testi legislativi, *Instructio Dignitas connubii servanda a tribunalibus dioecesanis et interdioecesanis in pertractandis causis nullitatis matrimonii*, 25 gennaio 2005, in *Communicationes* 37 (2005), p. 11 ss.

[167] Cfr. Congregazione per i sacramenti, Istruzione *Provida mater*, 15 agosto 1936, in *Acta Apostolicae Sedis* 28 (1936), p. 313 ss.

gioranza dei vescovi non conosca il diritto canonico e in particolare la procedura matrimoniale, la loro *discretio* pastorale possa accortamente guidarli verso decisioni giuste: nondimeno – senza con questo in nulla debilitare l'*officium* episcopale – solo chi possiede una conoscenza profonda del diritto canonico sul matrimonio e sul processo può apprezzare appieno e esaustivamente, attraverso il susseguirsi delle fasi procedurali, la validità ovvero la nullità del vincolo, anche nelle cause più 'facili'. Sentenziare con piglio altero che 'chi conosce il Vangelo' può accertare i *capita nullitatis*[168] è semplicistico e, forse, presuntuosamente arrogante[169] alla luce della sfavillante epopea dello *ius canonicum*: la monumentale orditura della disciplina canonica del matrimonio, frutto di una vastissima riflessione di secoli, non si è cementata in un ferreo arroccamento a baluardo di un mero istituto, ma ha tradotto l'incubazione e la custodia dell'identità vera del coniugio, secondo il calco creazionale di conio divino, contro influenze esterne e derive interne che possano alterarla e inquinarla. Su altro versante, solo chi è edotto delle (pur non esagerate ma essenziali) formalità processuali è in grado di condurre un procedimento rispettoso del contraddittorio e dello *ius defensionis* delle parti e che faccia pervenire alla certezza morale[170] sulla verità, sovente attingibile con soverchie difficoltà.

E infatti, nella prima versione comparsa in *internet* dell'Istruzione della Congregazione per l'Educazione Cattolica[171] 'sugli studi di Diritto Canonico alla luce della riforma del processo matrimoniale', resa pubblica nel Bollettino *online* della Sala Stampa della Santa Sede il 3 maggio 2018[172] – stesa con l'avallo e in accordo col Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, nonché su sollecitazione del Pontificio Consiglio per i testi legislativi –, si rimarcava senza infingimenti che «almeno l'esercizio dell'ufficio di giudice nel *processus brevior* postula nel Vescovo diocesano una reale conoscenza della disciplina canonica sostanziale e processuale matrimoniale: la prudenza dovrebbe consigliare di garantire che alcuni dei partecipanti al *processus brevior* siano in possesso del grado accademico di Licenza in Diritto Canonico» (punto 2, *Persone coinvolte nell'attuazione della recente riforma del diritto processuale*). Eppure, forse taluno ha reputato che tale asserzione fosse troppo recisa, quasi sminuente la consacrazione episcopale: così, su richiesta del prefetto della Congregazione stessa, pochi mesi dopo la si è smorzata, cassando il testo appena riportato e soppiantandolo con il seguente: tra le persone che direttamente o indirettamente intervengono

[168] Cfr. le asserzioni di Bunge 2017, p. 162.

[169] Si ricordi quanto riferiva Jemolo, in precedenza citato, secondo il quale nel giudice, al fine di compiacere i *desiderata* dei regimi totalitari, «la fedeltà all'idea politica e sociale animatrice dello Stato» poteva sbaragliare e annientare «la fedeltà alla norma».

[170] Il concetto di certezza morale, come noto, venne definito in particolare da Pio XII, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 1° ottobre 1942, in *Acta Apostolicae Sedis* 34 (1942), pp. 338-343. La letteratura sul punto è amplissima.

[171] Ora, dopo la Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium*, Dicastero per la cultura e l'educazione.

[172] Di tale Istruzione è stata data notizia in *L'Osservatore Romano*, 4 maggio 2018, p. 7 (*Istruzione della Congregazione per l'educazione cattolica. Per una cultura giuridica nella Chiesa*).

in ambito giudiziario ecclesiale, ai diversi livelli di attività connesse con i processi canonici per le cause di nullità matrimoniale, va menzionato «*il Vescovo*, per il quale il can. 378 § 1, n. 5 richiede che "abbia conseguito la laurea dottorale o almeno la licenza in sacra Scrittura, teologia o diritto canonico in un istituto di studi superiori approvato dalla Santa Sede oppure sia almeno veramente esperto in tali discipline". Tale conoscenza delle scienze sacre (anche senza gradi accademici), insieme alla grazia sacramentale dell'ordinazione episcopale, è sufficiente per rendere ogni Vescovo per sua natura pienamente idoneo ad istruire ogni processo matrimoniale, anche quello più breve. Ciò non toglie che la prudenza possa consigliare al Vescovo di avvalersi di collaboratori ancor più esperti in diritto canonico; tuttavia ciò è sempre lasciato alla sua piena discrezionalità a seconda delle circostanze nei singoli casi»[173]. Quella prudenza, tuttavia, che non è solo assennatezza, ma erompe da una cognizione sicura, in questo caso, della complicazione anche tecnica delle cause matrimoniali, nelle quali peraltro si decide – l'ho già rilevato – della *salus animarum* dei fedeli meritante ogni cura: essa, dunque, non pare facoltativa o opzionale, proprio come non dovrebbe essere facoltativa o opzionale la preparazione giuridica (accanto ovviamente ad altre imprescindibili qualità) per assolvere certi ruoli nodali nello svolgimento del processo.

Non si tratta, quindi, di rinnegare che il legislatore sia anche, nell'ordinamento canonico, giudice, oppure, su altro crinale, di sconfessare che questi possa e debba in qualche modo, laddove l'*aequitas* lo postuli, convertirsi in legislatore, ma di censurare l'opportunità e la *ragionevolezza*[174] che chi detiene il potere legislativo debba sempre amministrare personalmente la giustizia: pure se non è nelle condizioni per farlo *dignitosamente*, con modalità cioè rispondenti alla dignità del matrimonio e delle persone dei coniugi, correndo il rischio di una creatività che, non sorretta dalla *scientia iuris*, possa tramutarsi in mostruosa, sventata incertezza, a scapito, se non altro, dei diritti dei fedeli.

Del resto, allargando il grandangolo, la 'gestione' dell'*aequitas canonica*, dalla quale siamo partiti e quale effigiata da augusti Autori, esige impeccabile padronanza e dominio compiuto del diritto canonico: ciò che non è oggi, e non solo nel ceto episcopale, per nulla scontato. Quest'ultimo va dunque supportato e spalleggiato: nell'ottica, tra l'altro, di quella corresponsabilità del popolo di Dio che è conquista su cui non si può retrocedere. Rimanendo ancora per un istante in questo comparto, si resta interdetti davanti a certe demonizzazioni degli avvocati patrocinanti davanti ai tribunali ecclesiastici, il cui apporto è non solo fortemente ridimensionato da alcune decrittazioni di disposti della novella francescana sul processo matrimoniale[175], ma che hanno inoltre dovuto sopportare, talora addirittura da parte dello stesso romano Pontefice e in un'occasione solenne, insinuazioni offensive sul loro contegno deontologicamente retto: «questa riforma, soprattutto il processo breve, ha avuto e

[173] Per la ricostruzione dell'intera questione cfr. Boni 2019, p. 79 ss.

[174] Cfr. Saraceni 2004.

[175] Cfr. l'analisi condivisibilmente critica di Fabris *2016, pp. 479-504.*

ha tante resistenze. Io vi confesso: dopo questa promulgazione ho ricevuto lettere, tante, non so quante ma tante. Quasi tutti avvocati che perdevano la clientela. E lì c'è il problema dei soldi. In Spagna si dice: "*Por la plata baila el mono*": per i soldi balla la scimmietta»[176]. Mentre, come ben sa chi frequenta le aule giudiziarie della Chiesa, la presenza di tali soggetti, i quali spesso hanno una formazione giuridica, civilistica e canonistica, maturata e temprata da lunghi anni di studio e di esperienza, è solido usbergo al giusto processo – «esigenza del bene pubblico»[177] –, e altresì, mediatamente, alla stessa certezza del diritto al riguardo.

7. Come in uno specchio ancora una volta deformante

Proprio alla luce di questa oltremodo stringata ricognizione, amara ma inevitabile, sagomata su quei due termini di paragone sui quali Arturo Carlo Jemolo intesseva il suo penetrante confronto all'alba degli anni Trenta, il diritto canonico ci pare oggi orrendamente assomigliare non alla descrizione che ne istoriava l'illustre studioso, ma piuttosto alla scimmiottatura esasperata e deturpata dei diritti novecenteschi contro cui egli tormentatamente si ribellava. Ed è per questo che, bandendo ogni timidezza e resipiscenza[178], non ho esitato a impadronirmi e fare mie le postille accorate e dolenti con cui Jemolo concludeva il suo saggio, trasferendole e applicandole, con non minore apprensione e sofferenza, al contesto ecclesiale odierno: «In ogni

[176] Francesco, *Allocuzione alla Rota romana*, 29 gennaio 2021, in *L'Osservatore Romano*, 29 gennaio 2021, p. 8.

[177] Cfr. la già citata *Allocuzione alla Rota romana* di Giovanni Paolo II, 18 gennaio 1990, p. 874: «Il giusto processo è oggetto di un diritto dei fedeli e costituisce al contempo un'esigenza del bene pubblico della Chiesa. Le norme canoniche processuali, pertanto, vanno osservate da tutti i protagonisti del processo come altrettante manifestazioni di quella giustizia strumentale che conduce alla giustizia sostanziale».

[178] Segnalo che nel marzo 2022 è stato diffuso sul noto blog di Sandro Magister *Settimo Cielo* il documento di un autore sconosciuto che si firmava *Demos*, il quale veniva presentato come un *memorandum* destinato ai cardinali elettori del futuro Papa (cfr. *Tra i cardinali circola un memorandum sul prossimo conclave. Eccolo*, pubblicato *online* il 15 marzo 2022). Recentemente, si è divulgato che l'autore era il cardinale australiano George Pell, morto improvvisamente il 10 gennaio 2023 (cfr. *In memoria del cardinale Pell. Quei suoi diari di prigione tanto amati da Benedetto*, pubblicato *online* sempre nel blog *Settimo Cielo* l'11 gennaio 2023). Nel *memorandum* il cardinale, tra l'altro, con parole durissime denunciava: «In precedenza il motto era: "Roma locuta. Causa finita est" [Roma ha parlato, la causa è finita]. Oggi è: "Roma loquitur. Confusio augetur" [Roma parla, cresce la confusione]. […] Il mancato rispetto della legge in Vaticano rischia di diventare uno scandalo internazionale. […] Il papa ha cambiato la legge quattro volte durante il processo per aiutare l'accusa. […] Il cardinale Becciu non è stato trattato con giustizia perché è stato rimosso dal suo incarico e privato delle sue dignità cardinalizie senza alcuna prova. Non ha ricevuto il giusto processo. Tutti hanno diritto a un giusto processo. […] In quanto capo dello Stato vaticano e fonte di ogni autorità di legge, il papa si è servito di questo potere per interferire nei procedimenti giudiziari. […] Il papa a volte, se non spesso, governa con decreti pontifici, motu proprio, che eliminano il diritto di appello delle persone colpite. […] I primi compiti del nuovo papa saranno il ripristino della normalità, il ripristino della chiarezza dottrinale nella fede e nella morale, il ripristino del giusto rispetto del diritto».

tempo si sono sentite le accuse contro i legulei, i burocrati, gli avvocati: gli uomini di guerra, i tribuni, i capi di partiti di azione, gli appartenenti ai ceti industriali, ed all'estremo opposto, i mistici, gli spiriti più alti nella vita religiosa, sono stati sempre scarsamente benevoli nei loro confronti. Ma oggi quel che più colpisce è la mancanza di difese, è il vedere uomini di toga così scarsamente convinti della loro funzione, così scettici intorno ai servizi preziosi ed insostituibili che la vecchia legalità può rendere al diritto […]. […] chi indossa la toga ed insegna il diritto, se ha una fede nell'opera propria – quella fede che sola nobilita il quotidiano lavoro – non può restare assente e disinteressato. S'egli ha senso storico non sopravaluterà questa crisi del diritto […]. /Tuttavia non sopravalutare tale crisi non implica già restare assenti ed agnostici ed astenersi dal dire la propria parola […]: ed è giusto che come il sacerdote esalta il valore della fede ed il soldato quello della spada ed il cultore delle scienze esatte quello delle sue discipline, così il giurista non ristia dall'affermare quello ch'è il valore sociale del diritto positivo, netto, definito, delle norme veri regoli ferrei cui commisurare le azioni umane. È bene che egli dica e ricordi agli altri […] che vi sono sì dei momenti, brevi momenti di vita collettiva intensamente ricca, momenti di elevazione, in cui è dato toccare la somma vetta della giustizia per altre vie che non siano quelle della legalità (onde, in un periodo di fervida attesa messianica, l'aspra parola di Paolo di Tarso contro la legge), ma che nella vita quotidiana, fitta serie di maglie che formano il tessuto della storia, la giustizia non ha ancora trovato ancella più fida, più operosa, più devota che non sia la legalità»[179].

Udire tali esclamazioni mi riempie di pacificata soddisfazione: perché nessuno mai s'ardirebbe a identificare in Arturo Carlo Jemolo – pure «giurista di largo respiro ma ben immerso nelle certezze del vecchio Stato liberale»[180] – un malato adoratore di formalismo o un miope e imperterrito giuspositivista[181]; eppure, egli non si esimeva dal ventilare i benefici della certezza del diritto e di una legalità ben appresa. Quasi rafforzato in questo suo bilanciato atteggiamento e quindi nel suo gemito affranto per la sorte della certezza del diritto dal suo *sentire* intimamente canonistico, da quel suo essere pienamente avveduto della linfa sotterranea del diritto divino, quasi quale costituzione materiale non scritta ma impressa a fuoco in ogni precetto canonico, a costo, altrimenti, della sua inconsistenza giuridica: una linfa il cui isterilimento e prosciugamento deve far correre però, e senza temporeggiamenti, ai ripari con i mezzi di cui si dispone. Indubitabilmente non era questa la desertificazione della certezza

[179] Jemolo 1932, pp. 169-170.

[180] Grossi 2000b, p. 154.

[181] Sull'evoluzione del pensiero di Jemolo si veda ancora, per tutti, la ricostruzione di Fantappiè 2015b, *passim*. Inquadra invece perfettamente la posizione di López de Oñate Otaduy 2019, pp. 197-198: «nos equivocaríamos si pensáramos que la posición de López de Oñate era la posición positivista al uso, propia de aquellos que piensan que la única verdad está en la voluntad del legislador y en la expresión de las leyes y que sobran otras fuentes de eticidad. […] la posición de López de Oñate sobre la certeza normativa no era una posición ordenancista, mecánica o funcional. No buscaba solo el orden y el buen desarrollo social y político. Era una posición moral. Sin certeza normativa no seremos buenos nosotros ni será bueno el Estado».

del diritto che Jemolo paventava. Ma anch'egli, come me, sia pur non con riguardo al diritto canonico ma a quello italiano, era in trepida ambascia per la sostanza non certo per la forma: sostanza di cui pure una legalità correttamente intesa, ovvero una legalità canonisticamente conformata, è scudo possente[182].

Precetti scanditi senza un'appropriata tecnica normativa e prescrizioni di cui nebulosa è la portata giuridica e il cui puntuale tenore non è desumibile da una rituale promulgazione secondo i canali prefissati[183], oltreché noncuranti della legalità nel legiferare[184]; prassi processuali divaricate e sottratte a ogni supervisione; diluirsi fino a scomparire di quella distinzione delle funzioni[185] che pure ancora i *principia* del 1967 esortavano[186], con straripamenti diuturni, sconfinamenti e invasioni ormai abituali in competenze altrui dei diversi organismi; delibere di governo non *secundum iuris normas* ed esoneri da ogni rendiconto e responsabilità degli atti di soggetti rivestiti di autorità, sia pur tacciati di illegittimità; non eccezionali ma usuali, addirittura pianificate – e legislativamente regolate –, intromissioni da parte del titolare del potere supremo, con l'effetto di rendere in alcun modo impugnabili provvedimenti virtualmente lesivi di diritti: tutto ciò non va deprecato e rintuzzato dai giuristi per un accademico e puntiglioso gusto di algebrica perfezione e simmetria di architetture, ovvero per un rispetto quasi manieristico e di etichetta della certezza formale del diritto. Per contro è la carne viva delle persone, fedeli ma anche cittadini per gli

[182] Rinvio alle considerazioni, corredate di ampi riferimenti dottrinali, di Serra 2011, *passim*; e soprattutto Ead. 2018. Doverosa, tuttavia, la citazione di Lombardía 1968, pp. 346-348; e di Herranz Casado 1990.

[183] Sull'impellente necessità di rivedere le modalità di promulgazione nella Chiesa mi sono più volte soffermata nei miei studi e non voglio ripetermi. Un certo scalpore ha recentemente destato un *Rescriptum ex audientia SS.mi*, nell'udienza concessa al prefetto della Segreteria per l'economia, Maximino Caballero Ledo, del 13 febbraio 2023, con cui Papa Francesco ha stabilito importanti disposizioni sul godimento (uso alloggio gratuito o vantaggioso) accordato a cardinali e altri membri apicali della Curia romana di immobili di proprietà delle Istituzioni curiali e di alcuni enti che fanno riferimento alla Santa Sede. Al di là del contenuto normativo (su alcuni punti di difficile interpretazione – oltre che scritto in pessimo italiano –, e su altri punti giuridicamente un poco discutibile), il Rescritto è stato pubblicato «con efficacia immediata» nel Cortile di San Damaso: se ne è venuti a conoscenza dalle foto pubblicate in un blog – in attesa della pubblicazione tra molti mesi degli *Acta Apostolicae Sedis* (per ora è stato pubblicato in *Communicationes* 55 [2023], pp. 97-98) –. Ma non è stato l'unico caso: cfr. l'accurata trattazione, corredata di esempi, di Otaduy 2019, p. 202 ss.

[184] Si sofferma dettagliatamente riguardo a cosa implichi tale legalità nel legiferare Baura 2007, p. 31 ss., dopo avere premesso: «È innegabile che molte di queste tecniche legislative sono state sviluppate in un contesto problematico, di opposizione politica al potere legislativo e di garantismo dei diritti con le sole risorse del positivismo giuridico, ma è altrettanto innegabile che esse giovano alla chiarezza normativa»; l'Autore segnala poi i punti sui quali l'attività normativa della Chiesa potrebbe progredire.

[185] Sul fatto che la certezza giuridica «è assicurata da una distinzione materiale nell'esercizio dei tre poteri» pur «senza che il codice conosca una loro distinzione formale» cfr. le considerazioni di Valdrini 2017, p. 104 ss.

[186] Si tratta del principio n. 7 (cfr. i citati *Principi per la revisione del CIC*, p. 1373) che ho già riportato.

innumeri e inscindibili legami tra i due 'ordini', che viene lacerata e dilaniata: 'blood, toil, tears and sweat', non atrofiche formalità.

In questa sede mi sono solo sporta su tale paesaggio un poco degenerato, di cui altrove ho però esibito ampie riprove: oramai redigere *cahiers de doléance* è divenuta la mia principale occupazione, nell'augurio che non si reputino 'logomachie da sfaccendati'[187]. In ciò, peraltro, mi rincuora il non essere sola: mi accompagna in questa sequela di rimostranze e lamentele fior fiore di canonisti, e non quei dottori della legge inamidati e ottusi per i quali Papa Francesco esprime instancabilmente antipatia e riluttanza. Al contrario, sono tutti schiettamente preoccupati dei 'nodi di una giustizia'[188] che stenta oggi a emergere, che pare anzi negletta se non soffocata da una produzione normativa pletorica, incoerente, confusa, contraddittoria, nonché da un insieme di prammatiche invalse che degli istituti traducenti notoriamente la duttilità canonica fanno invero strame, stagliandone un'imitazione contraffatta. Quella certezza del diritto sostanziale e non formale, da sempre fisiologicamente assicurata dal sangue ossigenato dal polmone dello *ius divinum*, pare patologicamente ridotta solo all'incertezza perigliosamente cronica di una congerie babelica di norme poco chiare: alla fine non si rinviene più né certezza formale né certezza sostanziale, ma il regno di un inammissibile capriccio.

Le leggi, anche e forse specialmente nella Chiesa, sono fatte per essere aggiornate: ma questa mole elefantiaca e alluvionale di previsioni non di rado tra loro strabiche sono persuasa sia spia patente di una *forma mentis* che scaturisce da una non consa-

[187] Desumo l'espressione da Calamandrei in Lopez de Oñate 1968, p. 169, il quale, chiosando il libro di Lopez de Oñate, scriveva tra l'altro: «Le minacce *di fatto* contro la certezza del diritto sono quelle che hanno la loro origine nelle stesse leggi, quando queste, per il modo difettoso con cui sono formulate, servono inconsapevolmente, invece che a render certi i diritti, a ingenerare intorno ai medesimi perplessità e confusione: lo stile involuto od eccessivamente tecnico di certe leggi, la loro complicazione, la loro molteplicità, la loro instabilità, sono altrettante cause di incertezza del diritto: la pratica dimostra quanto questa affannosa legislazione a getto continuo, che spesso si risolve in una legiferazione *a vuoto* (per l'impossibilità in cui si trovano gli stessi giudici ed avvocati di apprender bene una legge prima che sia sopraggiunta quella che l'abolisce o la modifica), contribuisca a distruggere nelle coscienze il senso del diritto; quella che fu efficacemente chiamata la *ipertrofia* delle leggi, si risolve infatti quasi sempre, se si vuol continuare in questo vocabolario da patologi, in *distrofia* o addirittura in *atrofia* di molte di esse, destinate a restar lettera morta, poiché più non arriva a nutrirle non diciamo il consenso, ma neanche la semplice *opinio iuris*» (ivi, pp. 172-173). Sull'itinerario intellettuale calamandreiano e sulla 'palingenesi interiore' di Calamandrei, con un profondo ripensamento, negli ultimi anni di vita, delle convinzioni strettamente legalistiche, del «culto della legalità a tutti i costi» di cui lui stesso parlava, cfr. quanto ha sostenuto Grossi 2014a, pp. 33-54. Sui danni dell'inflazione legislativa, sulla «*moltiplicazione della quantità* e *scadimento della qualità*» delle leggi si vedano altresì le acute considerazioni di Carnelutti in Lopez de Oñate 1968, p. 194 ss.

[188] Questo il titolo del volume dell'illustre canonista Sciacca 2022. Un saggio è particolarmente emblematico, quello non a caso intitolato *Principio di legalità e ordinamento canonico e i suoi riflessi nel diritto penale*; ma anche negli altri emergono 'perplessità e preoccupazioni' dinanzi ad alcuni recenti provvedimenti normativi pontifici, nella costante attenzione ai 'rischi del positivismo giuridico' nonché alla centralità dell'*aequitas*.

pevolezza e addirittura da una preconcetta diffidenza verso le qualità[189] e la 'professionalità' del diritto canonico (sulla quale non a caso si è sorvolato pure nell'intelaiatura ancora fiammante della Curia romana 'francescana'[190]). Non può essere, d'altro canto, che questa la 'molla' latente che ha spronato alla nomina quali giudici della Cassazione vaticana[191] – in una corte, si badi bene, che decide della legittimità, cioè delle questioni di diritto, sia sostanziali sia processuali[192], per assicurare la «retta osservanza della legge»[193] – di quattro cardinali, il presidente e tre giudici, completamente digiuni di *ius canonicum* e *vaticanum*[194]: i quali, per parte loro, pur non possedendo gli strumenti per affrontare le questioni giuridiche che si prospetteranno, hanno, a mio avviso temerariamente, accettato. Una nomina agghiacciante che, per non mostrarsi platealmente come una beffa, anzi come uno smaccato insulto alla giustizia, deve ricondursi a un'indomabile allergia, quasi un'inveterata fobia per i giuristi – erano infatti disponibili cardinali eccellenti canonisti ed esperti di diritto, nonostante la porpora non sia più 'obbligatoria' nel prisma delle ultime limature pontificie della giustizia vaticana[195] –: una sindrome tuttavia che, sia pur umanamente scusabile, va curata senza titubanze.

[189] Sull'importanza della «qualità del testo di legge come una "garanzia" di certezza giuridica» insiste Valdrini 2017, p. 98 ss.

[190] Scrive Gherri 2024, p. 214: «Non può mancare in questa sede l'osservazione circa la strutturale assenza – ancora una volta – di una specificissima professionalità che per lunghi secoli è stata invece ritenuta irrinunciabile in *ogni Curia*: quella del canonista, inteso e percepito quale portatore, non solo di una specifica competenza tecnica, ma pure di una particolare sensibilità istituzionale potenzialmente capace di intuire, cercare e proporre soluzioni rispetto alle questioni, spesso davvero complicate, che in modo crescente giungono alla Curia Romana, soprattutto in riferimento all'attività di governo ecclesiale di base (= Ricorsi amministrativi). Ciò tanto più oggi, in un clima ecclesiale divenuto più sensibile a quanto possa presentarsi come "abuso", soprattutto derivante dall'attività di governo ecclesiale immediato, oltre che da un certo numero di circostanze e dinamiche socio-relazionali particolarmente sfavorevoli ai più "fragili" e "vulnerabili". Il m.p. *Come una madre amorevole*, precursore di altre norme di grande portata come le due formulazioni del m.p. *Vos estis Lux Mundi* e il nuovo Libro VI del *CIC*, costituiscono espressioni palesi di tale indirizzo di *politica ecclesiale*. Proprio una tale reviviscenza e restaurazione della dimensione disciplinare e penale del Diritto canonico esigerebbero oggi nei decisori finali, quali sono i Dicasteri della Curia Romana, *strutturali competenze* in ambito giuridico: competenze che devono essere *interne* e *permanenti* in ogni Dicastero e non semplicemente mutuabili *ad casum* dall'apporto di qualcuno dei suoi Consultori».

[191] La nomina pontificia è stata divulgata il 2 giugno 2023 sul *Bollettino della Sala Stampa della Santa Sede*.

[192] Dunque, come recita ad esempio l'art. 500 del Codice di procedura penale applicato nello Stato della Città del Vaticano, per violazione o erronea applicazione della legge, per eccesso di potere o incompetenza per materia, ovvero per omissioni o violazioni di forme nella sentenza, nel verdetto o negli atti che hanno preceduto, quando producano nullità e questa non sia stata sanata nei modi stabiliti dalla legge.

[193] Mamberti 2023, p. 68, cui si rinvia per le pertinenti considerazioni.

[194] Per non parlare delle altre cariche contemporaneamente ricoperte nella Curia romana in particolare dal presidente, le quali possono far sorgere un evidente conflitto di interessi (cfr. can. 152 del *Codex Iuris Canonici*).

[195] Cfr. *supra*.

Al di sotto di questo fondale frastagliato non c'è solo la totale deficienza di estimazione e assegnamento in un diritto inappuntabilmente formulato e, quindi, la sfiducia se non l'irritazione nei confronti del 'ceto' dei giuristi: in effetti sempre più emarginati come comparse superflue se non come larvati nemici da esiliare nella Chiesa[196], così che all'interpretazione è subentrato un nervoso e tumultuoso succedersi di leggi 'usa e getta', indizio non di legalità ma di legalismo[197]. Tuttavia al di sotto v'è di più: nei binomi inscindibili carità e diritto, misericordia e *rigor iuris*, pastoralità e giustizia, *epicheia* e legalità, ancora una volta e sbalorditivamente il secondo elemento – e spesso adducendo vulgate fuorvianti sulla non omologabilità dell'ordinamento canonico agli altri proprio quanto alla certezza del diritto – viene relegato in un recinto di proscrizione e discredito perché non compreso; con ciò travisando e manipolando l'essenziale, intrinseca dimensione giuridica della realtà ecclesiale[198], previa a ogni norma positiva e cui ciascuna deve essere preordinata. E anche qui, nel momento attuale, rintoccano lugubremente le campane di Jemolo: «Perché la legalità è fatalmente una remora per chi vuol camminare senza indugi e giungere in fretta ad una meta […] Quando la necessità batte alle porte, gli uomini hanno sempre avuto una scarsa preoccupazione del diritto: ognuno sa che la guerra, le rivoluzioni […] non sono mai state il terreno più idoneo per il suo fiorire»[199]. Eppure, in tale depressione della legalità, in questi eccessi esorbitanti di discrezionalità è proprio quell'*aequitas canonica* e quella *rationabilitas*[200] tanto celebrate e innalzate a simboli che rischiano di essere vulnerate e pregiudicate. È questa l'esiziale fisima che va sconfitta, subdola perché sempre risorgente sotto nuove spoglie: e va sconfitta senza brandire *slogans* o parole d'ordine, ma sul piano della realtà regolata che, per quanto tacitata, torna, cocciuta, ad affiorare.

8. Una reviviscente brama di certezza

Di fronte dunque alle difficoltà palesi e non lievi in cui si dibatte il diritto della Chiesa contemporaneo la scienza è tenuta indifferibilmente a dialogare e confrontarsi: recentemente, in un'indovinata e alchemica – perché rara – sinergia tra magistero[201] e dottrina[202], si è suggerito e caldeggiato un rinnovamento epistemologico che renda la canonistica, tramite l'instaurazione e il recupero di relazioni con la teologia ed altre

[196] Invero c'è chi lamenta anche una diffidenza del Papa regnante per i teologi: cfr. Müller 2023, p. 39, p. 90, p. 92.

[197] Cfr. le acute osservazioni di Baura 2023, p. 47 ss.

[198] Cfr., per tutti, le recenti chiare considerazioni di Castro Trapote 2023, p. 1 ss.

[199] Jemolo 1932, p. 151: ho riportato in precedenza l'intero discorso.

[200] Si sofferma da ultimo sulla *rationabilitas* Castro Trapote 2023, p. 7 ss., con indicazioni bibliografiche essenziali.

[201] Cfr. Francesco, Costituzione Apostolica *Veritatis gaudium*, 8 dicembre 2017, in *Acta Apostolicae Sedis* 110 (2018), pp. 3-36.

[202] Cfr., ad esempio, la proposta lanciata da Fantappiè 2020, pp. 479-504. Sui numeri successivi della rivista *Ius canonicum* sono stati pubblicati vari articoli sul tema. Cfr. ancora, per tutti, Id. 2015a.

discipline giuridiche e umane, e quindi attraverso una corroborata interdisciplinarietà, idonea alle sfide che pare non saper affrontare. Un invito, dunque, più che al legislatore ecclesiale, ai cultori dello *ius canonicum*: del resto, dovendosi distinguere tra norma e scienza, piano del diritto positivo e piano speculativo[203], non da oggi ci si rammarica di come la canonistica sia rinserrata «nella fortezza giuridica del Codice»[204], alienata nell'isolamento[205] e impelagata nelle secche di un'autoreferenziale e ingessata, quindi vana e dispnoica, esegesi delle norme positive[206].

Non essendo questa la sede per inoltrarsi in tale indubbiamente stimolante tavola rotonda che già conta non pochi autorevoli avventori, mi pare ora di poter unicamente segnalare come di canonisti 'forniti di buona logica e di buoni strumenti tecnici' alacremente chini sulle codificazioni, di 'zelanti operai'[207] prigionieri del *cortex verborum* e impegnati nel metodo esegetico[208] – come quelli arruolati un tempo nella fucina curiale –, arido e algido quanto si vuole ma almeno preciso e minuto[209], io proprio non ne scorgo[210]: e non tanto per la loro neghittosa indisponibilità, ma proprio perché non spiccano più né codici nimbati quasi da un'aureola di 'sacralità' e neppure precetti normativi irreprensibili da congelare nella loro ben confezionata letteralità. Insomma, forse non sono proprio i giuristi i soli da colpevolizzare e biasimare in questi 'matrimoni' arenatisi nonostante le più rosee predizioni.

Per questo oggi sembra che certe discussioni del secolo trascorso siano smisuratamente distanti, perché del tutto ignare e inconsapevoli del quadro reale e delle disagiate contingenze odierne dello *ius Ecclesiae*. Teorie dottissime e perspicacissime, viziate però talora da un'utopia mistificante: che incensa alcune epoche mentre altre le deplora e ostracizza impietosamente, per essere aprioristicamente e irreparabilmente adulterate da rigurgiti legalisti e positivisti, senza la pazienza di afferrarne, con gli indubbi limiti e difetti, alcune gemme imperiture di tecnica giuridica. Esse vanno quindi tutte, al netto di preclusioni, periodicamente 'rinfrescate' e meticolosamente se non deferentemente compulsate, celando inestinguibili tesori di sapienza: ma, al contempo, con l'accorgimento di mai trascurare il presente del diritto canonico rapportato alla concreta realtà ecclesiale disciplinata. L'oblio e lo scollamento

[203] Cfr. sul punto le recenti argomentate precisazioni di Visioli 2022b, p. 631 ss.

[204] Cfr. Fantappiè 2020.

[205] Cfr. Fantappiè 2020.

[206] Cfr. Fantappiè 2017, p. 88, in cui lamenta che «il diritto canonico è rimasto ancorato al metodo esegetico».

[207] Echeggio qui Grossi 2006, p. 106.

[208] Sui difetti di un certo metodo esegetico cfr. Pree 2018, p. 200 ss.

[209] Come nota Baura 2023, pp. 41-41, l'antigiuridismo postconciliare «ha portato tra l'altro alla trascuratezza dello studio del diritto canonico e ha quindi creato un vuoto di cultura giuridica all'interno della Chiesa che rende difficile la comprensione dei più elementari principi giuridici, cioè di giustizia (presunzione di validità degli atti e necessità della loro adeguata formalizzazione, presunzione di innocenza, rispetto dei diritti fondamentali e dei diritti acquisiti, non escluso quello di non essere punito per un delitto prescritto, trascendenza del diritto di difesa e tanti altri di questo tipo)».

[210] Cfr. Boni 2021a, pp. 9-41.

da quest'ultima, lo ha spiegato con ammirevole limpidezza Benedetto XVI[211], non possono infatti che essere forieri di nefaste falsificazioni.

Pertanto, senza in alcun modo disprezzare presenti e future collaborazioni non solo con la teologia, ma altresì con la storia, la filosofia, la teoria generale del diritto, l'antropologia, la sociologia, la psichiatria, la psicologia, la linguistica, la politologia, l'economia…, e, *last but not least*, i diritti secolari, da sempre immensamente vantaggiose, io, per ora, mi accontenterei di una circostanziata e contestualizzata presa d'atto, senza infingimenti e minimizzazioni, della pesante *impasse* in cui versa il diritto canonico. Solo veicolando con lucida determinazione tale contezza si può sperare nella 'riscossa': la quale, come già mi sono espressa, passa e deve necessariamente passare da «un'iniezione corposa e tonificante di fiducia, anzitutto da parte di chi è il responsabile del benessere dell'intero *corpus christianorum*: il quale deve essere reso consapevole di quello che è *realmente* il diritto canonico, al di là di ogni fraintendimento e forzatura, e di quale sia l'umile, ma forse insostituibile compito e la specifica metodologia della scienza canonistica nell'affinamento, sempre insurrogabile e oggi non più posticipabile, delle previsioni normative ecclesiali. E non per attingere la marmorea purezza di un chimerico archetipo di eccellenza legislativa: ma per esaudire, nei limiti del possibile (e instancabilmente), l'insopprimibile ansia di giustizia sgorgante nella quotidianità della vita dei battezzati»[212]. Un'ansia, postergo qui, che è anche di certezza: non certo di nuda legalità formale, ma di quella combinazione con la legalità materiale[213] che pure la supera nella *rationabilitas canonica*.

Così, dinanzi alle acutissime disamine di Fedele, cariche di costruttiva *vis* polemica, alle intuizioni luminosissime e di rara vivacità di Capograssi, al sagace e tagliente argomentare di Grossi, francamente si resta un poco storditi. Paiono, cioè, bellissime ricostruzioni squisitamente e inesorabilmente astratte, quei cristalli purissimi di cui i giuristi si innamorano e su cui ironizzava lo stesso Jemolo, ma che si frantumano al contatto violento e scioccante con la realtà contemporanea: perfette, ma retoriche; inoppugnabili, ma inutili; convincenti, ma irrimediabilmente ideali. Perché è il contesto ad essere drasticamente cambiato, rimembrando antichi scenari, con quei corsi e ricorsi storici di cui nessuno si deve stupire e per i quali non si affacciano «aspetti

[211] Cfr. Benedetto XVI, *Allocuzione alla Rota romana*, 21 gennaio 2012, in *Acta Apostolicae Sedis* 104 (2012), pp. 103-107. Si veda il commento di Baura 2012, pp. 705-717.

[212] Cfr. Boni 2021a, pp. 22-23; e più oltre auspicavo la «riappropriazione consapevole e "virile" da parte del diritto canonico e della scienza canonistica dei propri "ferri del mestiere". Che i canonisti, mi si consenta di essere ottimista, hanno ben riposti nella loro cassetta: solo che nessuno, a partire da chi regge le redini del popolo di Dio, li invita più ad usarli e rimangono lì, coperti da una polvere uggiosa, di più, esposti al morso della ruggine. Eppure, che ci sia qualcuno che tali attrezzi sa ben adoperare, scendendo dall'empireo di algide elucubrazioni e sporcandosi le mani, non è un *optional* accessorio per la concretezza del vivere sociale (e non solo): piegandosi in particolare sulle malattie, le ferite, le lacerazioni del corpo ecclesiale, e nella cura diuturnamente e dinamicamente aggiornata rinvenendo, senza traumi ed anzi con orgoglio, le ragioni del proprio *munus* anche propriamente e squisitamente pastorale».

[213] Su questi concetti cfr. recentemente Castro Trapote 2023, p. 27 ss.

qualitativamente nuovi», ma l'«accentuarsi, […] l'intensificarsi quantitativo, di fenomeni in sé eterni»[214].

Allora, di nuovo, la nostalgia, la sete, la smania di certezza: quella stessa cui, con accenti e in evenienze ben diverse ma entrambe colpite da sovvertimenti del diritto portentosi e angoscianti, anelavano Jemolo e Lopez de Oñate[215]; questa volta, però, è il canonista ad essere allarmato per lo *ius Ecclesiae*. Riportando alla mente – con gli opportuni distinguo – lo spaesamento dei vescovi convenuti al Concilio Vaticano I[216], i quali, al cospetto di un ammasso disperso[217] e slabbrato di norme in alcun modo governabile, reclamarono con ostinazione una *reformatio iuris* che fosse eseguita *funditus*[218]: anche e proprio per appagare tale anelito alla certezza venne energicamente compiuta un'impresa ciclopica, la quale peraltro poté avvalersi di una generazione di provetti consultori. Ma ora la situazione pare più grave: perché il bailamme giuridico non viene patito come un supplizio, ma, se non voluto, non è osteggiato né contenuto.

Il mio rigetto delle superbe trattazioni di indiscussi Maestri del secolo appena congedato è quindi solo apparente, esattamente come lo è l'amnesia, da parte mia, di coloro che per primi individuarono quelle «praeceptiones immobiles sunt, quas lex aeterna sanxit»[219], uniche colonne d'Ercole perentoriamente non varcabili dal legislatore ecclesiastico e dal giurista: per contro, liberati da asfissianti, 'apocrifi' schemi mentali giuspositivisti (anche 'sacralizzati'[220]), è proprio col regolo lungimirantemente messo a punto da tali indimenticati – più ancora che canonisti – *maîtres à penser* che occorre accingersi con recuperato slancio. Perché nessuno di loro, neppure Fedele con le sue asserzioni provocatoriamente *tranchants*, intendeva sostenere che fosse appannata o addirittura latitasse la certezza del diritto *in Ecclesia*: nel senso di

---

[214] Jemolo 1932, p. 135.

[215] Riassume il pensiero di Lopez de Oñate Minelli 2017, p. 33 ss., che poi si sofferma sulle considerazioni di tale Autore in riferimento al diritto canonico (ivi, p. 42 ss.), per sunteggiare la replica di Fedele (ivi, p. 44 ss.) e passare infine a una sintesi del pensiero di Capograssi (ivi, p. 49 ss.). A riprova di quanto annotavo nelle premesse.

[216] Cfr., per tutti, Falco 1992, pp. 95-97; Bonnet 1981, pp. 303-368; Feliciani 1981, pp. 35-80; Motilla 1988, pp. 692-698. Ma alle proposte avanzate in seno al Concilio Vaticano I si accennava anche nella prefazione alla codificazione del 1917 (cfr. *Praefatio*, in *Codex Iuris Canonici Pii X Pontifici Maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus, Praefatione, Fontium annotatione et Indice analytico-alphabetico ab E.mo Petro Card. Gasparri auctus*, Civitas Vaticana 1963, pp. XXII-XLIII).

[217] Scrive Valdrini 2017, p. 93: «Il diritto non era incerto, ma non era possibile conoscerlo che al prezzo di una consultazione esperta di fonti diverse e spesso contraddittorie».

[218] La finalità dell'essere il *Codex Iuris Canonici* strumento per riordinare la confusa legislazione vigente attraverso l'eliminazione delle norme obsolete o abrogate e l'adattamento delle altre norme alle esigenze dei tempi presenti è chiaramente illustrata sia nel *Motu Proprio Arduum sane munus* del 19 marzo 1904, con il quale Pio X diede inizio ai lavori di codificazione (in *Acta Sanctae Sedis* 34 [1903-1904], pp. 549-551), sia nella Costituzione Apostolica *Providentissima Mater Ecclesia* del 27 maggio 1917, con la quale Benedetto XV promulgò il Codice (in *Acta Apostolicae Sedis* 9 [1917], pars II, pp. 5-8).

[219] Ivus Carnutensis, *Prologus ad Decretum*, in *Patrologia latina*, 161, c. 50.

[220] Il positivismo giuridico può essere «"sacralizzato" dalla considerazione che la potestà ecclesiastica deriva dalla fondazione divina della Chiesa»: Baura 2012, p. 715.

certezza come corrispondenza a giustizia, e a una giustizia addirittura «sussunta sul piano soprannaturale»[221].

Ora invece, del tutto inversamente, si brancola nelle tenebre di una selva aggrovigliata di norme – purtroppo non quella foresta di decretali levigatamente stese[222] di cui informava Stefano di Tournai[223] – sovente improvvisate, le quali non sono solo un'onta per la secolare e meritata fama giuridica della Chiesa e una vergogna per chi insegna la materia negli Atenei, ma devono scandalizzare – nell'accezione propriamente canonistica del lemma – per le laceranti lesioni della *communio* ecclesiale. La galassia in espansione di leggi finisce tra l'altro per perpetuare l'erronea persuasione che siano le norme (umane) in quanto tali a compendiare l'esperienza giuridica canonica[224]: e non, come invece è, lo *ius*, la *ipsa res iusta*, oggetto della giustizia, al quale le prime sono subalterne e serventi. Così fagocitando, tradendo e delegittimando il diritto canonico: perché *veritas non auctoritas facit legem*.

Per questo si può serenamente ipotizzare che tutti i preclari giuristi evocati mendicherebbero oggi, per l'ordinamento della Chiesa, una certezza del diritto basilare in qualche modo paragonabile a quella che Jemolo elemosinava dinanzi al degrado giuridico allora imperversante in Italia: in nulla equiparabile – come spero sia indubitato a questo punto del discorso – alla certezza della legge (più che del diritto) come 'verità dogmatica della civiltà giuridica', a quell'enfatizzato 'acme di civiltà giuridica ineguagliabile' cui la Chiesa è rimasta estranea, di più antagonista, e su cui ancora Paolo Grossi ha infierito con la sua penna appuntita, tra l'altro diagnosticandone l'occaso nel 'pos-moderno', con la fine del monismo giuridico statale e l'avvento di un brulicante e brioso pluralismo[225]. Non, dunque, apologia di una legalità che francamente, se antistorica per i diritti secolari, è da sempre aliena all'emisfero canonico, che andrebbe incontro a una funesta decadenza allorquando si lasciasse allettare dal «grande corruttore Kelsen»[226], come fustigava con cipiglio il giurista fiorentino. Ma rimpianto e tensione verso quella certezza canonica che – per una stramba capriola temporale – rischia di essere, con una contrapposizione del pari manichea, immolata

[221] Livatino 1986.

[222] Grossi 2017, p. 109, parla di «interventi sparsi ma puntuali delle *epistolae decretales*, originate da casi concretissimi e che non abdicavano mai al sapore esperienziale dell'episodio di vita vissuta».

[223] Cfr. *Ep.* 251, in *Patrologia latina*, 211, cc. 516-518. Si veda, per tutti, quanto riferiva Gaudemet 1998, p. 435.

[224] Cfr. i chiarimenti illuminanti di Benedetto XVI, *Allocuzione alla Rota romana*, 21 gennaio 2012, *passim*. Recentemente Castro Trapote 2023, p. 6, parla di una «situación de *canonizatio práctica* (una experiencia canónica dependiente prevalentemente de las normas canónicas)».

[225] Cfr. Grossi 2014b, pp. 921-955. Più oltre tale Autore commenta: «Se si vuole ancora parlare di "legalità", dobbiamo renderci conto che si fa riferimento a un involucro che non è certamente vuoto, ma che, altrettanto certamente, è ricolmo dei riferimenti più diversificati, così come si sono diversificate le espressioni attuali della normatività. Il principio strategico della certezza, enunciato originariamente in rapporto alla primazia gerarchica della legge e alla rigida geometria ad essa conseguente, di fronte alla rete plurale ed elastica dei criteri di normatività, perde almeno il suo valore strategico. E lo investe il decadimento che ha investito il principio di legalità» (ivi, p. 953).

[226] Grossi 2014b, p. 942.

sull'altare di un'incertezza a sua volta acclamata, ma che ha le sconvolgenti sembianze, attualmente, di una baraonda assordante. Nessun mito, quindi, di *securitas* legale: semmai, solo quello della giustizia e di un diritto al suo servizio – il diritto canonico come ordine giusto della Chiesa[227] – che della società, anche di quella ecclesiale, è «dimensione necessaria realizzandola nella armonia salvante di un *ordine*»[228].

Insomma, quello che sovente si para dinanzi ai nostri occhi attoniti non è la mirifica plasticità dello *ius canonicum* capace di calarsi nel magma vivente e di lasciarsi da esso plasmare, non il prevalere del *bonum animae* su una *lex* inchiodata a geometrie rattrappite, e neppure l'imperio del *favor Ecclesiae* cui la forma si dovrebbe supinamente sottomettere: ma, tutt'al contrario, forse non tanto – proseguendo nello *specimen* sottosopra abbozzato da Jemolo – un protervo dispotismo ammantato da pastorale ammorbidimento o un autoritarismo inaccettabile mascherato da protezione del debole, quanto piuttosto una grossolana incompetenza[229]. Non più un diritto canonico «maleodorante di preti, di sacristia, di vecchiume, di medioevo»[230], ma un diritto canonico – magari all'inseguimento di un sospirato ammodernamento – che ha smarrito la via maestra della vera giuridicità e della vera certezza. Del resto, «Il giuridismo non è il diritto ma la sua caricatura. È una sclerosi del diritto nell'astrazione e nel formalismo. Al contrario pensare che basterebbe rifiutare nella Chiesa il diritto per ritrovare la Chiesa della carità, sarebbe infilare la strada delle più rovinose illusioni. Una Chiesa che ripudiasse il diritto correrebbe il rischio di essere non la Chiesa della carità ma la Chiesa dell'arbitrio. Perché il diritto, correttamente compreso, è la giustizia applicata alle situazioni concrete»[231]. Si staglia, sul punto, soprattutto il magistero di Benedetto XVI e prima di Joseph Ratzinger, pure non giurista di forma-

[227] Cfr. recentemente la puntuale trattazione di Errázuriz 2022, pp. 9-31.

[228] Grossi 2006, p. 109.

[229] D'altronde si resta impressionati dall'inconsapevolezza (teologica, ecclesiologica, ma anche storica) traspirante dall'*incipit* della premessa della già citata *Legge fondamentale dello Stato della Città del Vaticano* del 13 maggio 2023: «Chiamato ad esercitare in forza del *munus petrino* poteri sovrani anche sullo Stato della Città del Vaticano […]». Non è 'in forza del *munus petrino*' che il Papa esercita poteri sovrani sullo Stato della Città del Vaticano: l'ufficio concesso dal Signore singolarmente a Pietro e che deve essere trasmesso ai suoi successori implica l'essere capo del collegio dei vescovi, vicario di Cristo (che non è un 'titolo storico', come è stato di recente denominato) e pastore qui in terra della Chiesa universale (can. 331), ma nessun potere temporale. Torniamo alle impostazioni della Chiesa costantiniana, alle teorizzazioni del temporalismo? Non credo: solo incertezza redazionale. Il *munus petrinum* non 'legittima' di per sé i poteri sovrani sullo Stato della Città del Vaticano, semmai la sua titolarità costituisce il 'presupposto' per stabilire chi ha la pienezza della potestà di governo nello Stato. Senza qui poterci ovviamente dilungare sui contenuti di certe norme (ma cfr. intervista a Geraldina Boni di Andrea Gagliarducci, *Quali le vere novità della nuova Legge fondamentale dello Stato di Città del Vaticano?*, consultabile *online* in *Acistampa* del 26 maggio 2023), riportiamo solo, come eclatante esempio di inappropriata tecnica giuridica, con l'introduzione di concetti giuridicamente ambigui, dai contorni sfuggenti e che rischiano solo di creare confusione, il testo dell'art. 5: «Fanno parte della comunità dello Stato i cittadini, i residenti e quanti, ad altro titolo e con diverse funzioni e responsabilità, svolgono il loro servizio, con spirito ecclesiale, per lo Stato o per la Santa Sede».

[230] Grossi 2003, p. 376.

[231] Bouyer 1971, p. 199.

zione, sul diritto come «ciò che è giusto»[232], ma anche, e dialetticamente, sull'«amore cristiano, come lo propone il discorso della montagna» e che «va molto al di là»[233].

Non si questiona, pertanto, né si potrebbe, della funzione prettamente strumentale non solo della legge ma anche dello stesso diritto, giammai trionfalmente assiso sul piedistallo di una sua onnipotente e monopolistica autosufficienza nell'ordinamento canonico: per converso, oggi è proprio tale strumentalità, per quanto si voglia ausiliaria e subordinata, che sembra disdegnata, e che invece risulta in qualche misura ineludibile anche per attingere la verità e la giustizia. Verità e giustizia autentiche – non meri surrogati – che una coriacea e quasi idolatrica venerazione della certezza della legge, inconcepibile e illusoria 'vanità' positivistica[234] *in Ecclesia*, non assicurerà mai.

E allora, dinanzi a questa 'crisi del diritto canonico'[235] – del resto, «Sotto ogni crisi c'è sempre una giusta esigenza di aggiornamento: è un passo avanti»[236] – conveniamo che una palingenetica *concordia discordantium canonum* nel mosaico multiforme dello *ius Ecclesiae* sia improrogabilmente necessaria, disperatamente improcrastinabile perché questo sia davvero volto all'ordine sociale giusto confacente alla medesima[237].

---

[232] Ratzinger 2000, p. 14. Cfr. anche Benedetto XVI, *Lettera ai seminaristi*, 18 ottobre 2010, in *Acta Apostolicae Sedis* 102 (2010), p. 796: «imparate anche a comprendere e – oso dire – ad amare il diritto canonico nella sua necessità intrinseca e nelle forme della sua applicazione pratica: una società senza diritto sarebbe una società priva di diritti. Il diritto è condizione dell'amore». Si veda, per tutti, del Pozzo 2013.

[233] Ratzinger 2000, p. 14.

[234] Cfr. Fedele 1992, p. 385, il quale più oltre asserisce: «La verità è che questa teoria è tale da escludere che in seno all'ordinamento canonico possa trovar posto tutto quel complesso di idee o ideologie che va sotto il nome di positivismo, nonché il principio della certezza del diritto, che del positivismo, checché se ne dica, è una diretta filiazione. Verserebbe in errore chiunque credesse che nell'ordinamento canonico sia possibile considerare – come forse è possibile in altri ordinamenti giuridici – esclusivamente il diritto positivo, del tutto avulso dal terreno pregiuridico da cui esso germoglia, cioè dai suoi presupposti d'ordine spirituale e soprannaturale. Nel diritto della Chiesa, il sistema teologico-dommatico e teologico-morale pervade profondamente il sistema giuridico. L'ordine divino e l'ordine umano sono in comunicazione permanente, meglio, formano un unico ordinamento. L'ordinamento canonico comprende tutto il complesso delle regole divine ed umane relative all'economia della Chiesa ed all'educazione che questa è chiamata a dare ai popoli cristiani in vista della salute eterna» (ivi, pp. 388-389).

[235] Sulla crisi come fattore salutare laddove intesa come tensione perenne a una maggiore corrispondenza al fine cfr., per tutti, alcune riflessioni di Lo Castro 1978, pp. 59-84; Herranz Casado 1994, pp. 27-54.

[236] Francesco, *Udienza alla Curia romana in occasione della presentazione degli auguri natalizi*, 21 dicembre 2020, in *L'Osservatore Romano*, 21 dicembre 2020, p. 3.

[237] Si sofferma su quest'ultimo punto Visioli 2022b p. 643 ss., che anche osserva: «Per uscire dall'equivoco l'idea generale di diritto canonico deve evolversi verso una maggiore espressione del segno ecclesiale. Il suo compito è certo quello di regolamentare i rapporti di giustizia tra i fedeli. Ma va oltre: in quanto "ecclesiale" il diritto dice, rivela, promuove in modo univoco, sottratto all'arbitrio individuale, la Chiesa quale segno pubblico della verità del vangelo, quale "segno e strumento dell'intima unione con Dio e dell'unità di tutto il genere umano" (*LG* 1). Il modo con cui compie questo suo mandato è proprio, verificando la corrispondenza tra l'agire del fedele (sia singolo sia come comunità) e la legge evangelica. Nell'ambito di questa funzione definisce, stabilisce, promulga, deroga, abroga,

E una *concordia discordantium canonum* che s'inneschi, ancora una volta, non su iniziativa dell'autorità, ma, in adesione alla repulsione tipicamente canonistica della dittatura del legislatore e di ogni culto legolatrico[238], nonché soprattutto in un'epoca di richiamo insistente e incalzante – invero un poco inflazionato, quando non equivoco[239] – a una sinodalità[240] diffusa, sia affidata alla scienza. Essa è prepotentemente interpellata a combattere con perseveranza contro l'antigiuridicismo oggi serpeggiante addirittura nello stesso detentore del potere legislativo – sia pur con un volto discrepante rispetto a quello postconciliare[241] –: che non è tanto antinormativismo, in sé, lo si è visto, indispensabile e doveroso *in Ecclesia*[242], ma apatia, fastidio, ripulsa e quindi usurpazione e sperpero dello *ius canonicum*, il quale, tra l'altro, abbraccia «un aspetto costitutivo […] del *Mysterium Ecclesiae*»[243]. Occorre perciò che la canonistica, riscoprendo quella peculiarissima 'arte del diritto'[244] di cui è stata copiosamente

giudica, dispensa, sanziona, dispone…azioni tutte orientate non tanto alla giustizia in senso generico e aprioristico, quanto piuttosto alla promozione e tutela della Chiesa quale sacramento di salvezza. In questo senso più correttamente la *lex suprema* è *salus animarum*, dove *salus* non è mitigazione della *lex*» (ivi, p. 645).

[238] Secondo Baura 2017, p. 69 (il quale qui scrive appunto nel 2017): «Parrebbe che attualmente la codificazione canonica sia piuttosto in crisi, in quanto esiste una massa importante di legislazione extracodiciale e il Codice stesso ha subito, oltre a modificazioni puntuali, un'importante riforma mediante l'instaurazione del nuovo processo per le cause di nullità matrimoniali. Tale situazione, dovrebbe portare, a mio avviso, a superare l'ingenua illusione normativista e a dare una nuova impronta alla dottrina».

[239] Cfr. Fantappiè 2023, p. 84: «Proprio perché privato di una precisa configurazione concettuale, il termine "sinodalità" rischia ormai di divenire, a seconda dei casi, uno *slogan* (un termine improprio ed abusato per indicare il rinnovamento della Chiesa), un *refrain* (un ritornello cui si ricorre in ogni occasione, quasi per moda) o un *mantra* (un'invocazione miracolosa capace di sanare tutti i mali presenti nella Chiesa».

[240] Cfr. ancora, da ultimo, sulla «svolta sinodale di papa Francesco» e segnatamente sugli «aspetti problematici della nuova sinodalità», le riflessioni critiche di Fantappiè 2023, p. 61 ss.

[241] Non posso che rinviare, per approfondimenti, a Boni 2021a. Recentemente svolge interessanti considerazioni Visioli 2022b, p. 628 ss. Molto efficacemente riassumeva le contestazioni del diritto canonico dopo il Vaticano II Livatino 1986: «Sia negli anni del Concilio che in quelli del dopo-Concilio, più di una corrente ecclesiale ha proposto un impianto di pensiero sostanzialmente negatore dell'opportunità, almeno, se non della legittimità, di un diritto canonico. Si va da una forma di ascetismo intellettuale, propria alla più parte dei cosiddetti cattolici del dissenso, che porta a contestare vari aspetti della vita individuale umana ed associata – e tra essi pure il fondamento razionale del diritto canonico – a concezioni spiritualistiche, che vorrebbero trasformare ogni annuncio religioso, e perciò anche il messaggio evangelico, in qualcosa di simile al rigore dei dervisci o alla negazione del mondo propria dei guru, opponendosi perciò a tutto ciò che attiene ad aspetti socialmente rilevanti, per giungere alfine sulla spiaggia estremistica dei così detti "cristiani rivoluzionari", i quali interpretano l'insegnamento del Vangelo come una catapulta con la quale abbattere, per trasformarla profondamente, la società».

[242] Cfr., per tutti, il recente saggio di Schouppe 2021, pp. 569-594. Per un'ampia trattazione si veda Errázuriz 2020.

[243] Cfr. del Pozzo 2020, p. 510.

[244] Rinvio qui alle suggestive pagine di Capograssi in Lopez de Oñate 1968, p. 250 ss. Più recentemente si vedano le considerazioni di Baura 2007, pp. 13-36, sull''arte legislativa' e sull''arte giuridica' del giurista.

equipaggiata dalla sua parabola bimillenaria, si riappropri coraggiosamente della nevralgicità della sua missione veracemente interpretativa per conferire nuovamente non alla legge ma al diritto il proprio essenziale ministero di certezza: prendendo di nuovo per mano il legislatore e supremo pastore in una *cooperatio* che li veda insieme in trincea per ripristinare il nerbo della specificità di quest'*unicum* ordinamentale. Una 'comunità interpretativa'[245] sulle orme di quella, straordinariamente feconda, dell'età aurea di decretisti e decretalisti[246], la quale, mediante un collaudato sapere scientifico e la 'mentalità giuridica canonica'[247] tonificata dalla pratica equitativa di cui è depositaria, sia in grado di far sì che la Chiesa, proprio mediante una certezza del diritto congeniale a questa «ben strana società che ha per suo confine il cielo»[248], possa vagheggiare a divenire autentico *speculum iustitiae*[249], come dovrebbe esemplarmente essere.

Bibliografia

Astorri 2006 = R. Astorri, *La canonistica di fronte al CIC 17*, in A. Cattaneo (a c. di), *L'eredità giuridica di San Pio X*, Venezia 2006, pp. 173-183.

Astorri 2023 = R. Astorri, Ad charisma tuendum*: qualche notazione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 40 (2023) 2, pp 563-572.

Aumenta, Interlandi 2023 = S.F. Aumenta, R. Interlandi, *La Curia romana secondo* Praedicate Evangelium*. Tra storia e riforma*, Roma 2023.

Baura 2007 = E. Baura, *Profili giuridici dell'arte di legiferare nella Chiesa*, in *Ius Ecclesiae* 19 (2007), pp. 13-36.

Baura 2012 = E. Baura, *La realtà disciplinata quale criterio interpretativo giuridico della legge*, in *Ius Ecclesiae* 24 (2012), pp. 705-717.

Baura 2013 = E. Baura, *La potestà legislativa universale*, in Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico (a c. di), *Il diritto della Chiesa tra universale e particolare*, Milano 2013, pp. 65-86.

[245] Si veda sull'interpretazione ed altresì sulla comunità interpretativa quello che ha brillantemente scritto Fantappiè 2019, *passim*, e principalmente p. 173 ss.

[246] Cfr. ancora Fantappiè 2017, p. 79 ss.

[247] Cfr. le osservazioni di Grossi 2003, p. 377 ss. Ha affermato recentemente Francesco nella citata *Udienza ai partecipanti al Corso di formazione per gli Operatori del Diritto promosso dal Tribunale della Rota romana*, 18 febbraio 2023: «La missione del canonista non è un uso positivistico dei canoni per cercare soluzioni di comodo ai problemi giuridici o tentare certi "equilibrismi". Così inteso, il suo agire si metterebbe al servizio di qualsiasi interesse, oppure cercherebbe di intrappolare la vita in rigidi schemi formalistici e burocratici che trascurano i veri diritti. […] La grandezza del vostro compito emerge da una visione in cui la normativa canonica, senza dimenticare l'equità del caso singolo, viene attuata mediante le virtù della prudenza giuridica che discerne il giusto concreto. Arrivare dall'universale all'universale concreto e al concreto: ecco una via di saggezza giudiziaria. Un giudizio o un aiuto giudiziario non si fanno con equilibri o squilibri, si fanno attraverso questa saggezza».

[248] Grossi 2003, p. 379, che prosegue: «È per la conquista di questo cielo che il diritto, se vuole dimostrarsi efficace, deve essere fino in fondo strumento e mai assurgere al rango di fine».

[249] Cfr. Giovanni Paolo II, *Allocuzione alla Rota romana*, 17 gennaio 1979, in *Acta Apostolicae Sedis* 71 (1979), pp. 422-427.

Baura 2017 = E. Baura, *Lo spirito codificatore e la codificazione latina*, in E. Baura, N. Álvarez de las Asturias, T. Sol (a c. di), *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, Milano 2017, pp. 35-69.

Baura 2023 = E. Baura, *L'attività legislativa codiciale ed extracodiciale al servizio del buon governo. Presupposti giuridici*, in *Governare nella Chiesa. Presupposti giuridici per il buon governo*, Città del Vaticano 2023, pp. 35-60.

Bergoglio 2014 = J.M. Bergoglio, *Nel cuore di ogni padre. Alle radici della mia spiritualità*, Milano 2014.

Berlingò 2005 = S. Berlingò, *Jemolo e il diritto canonico*, in I. Zuanazzi, R. Bertolino (a c. di), *La lezione di un maestro. Atti del Convegno in memoria di Arturo Carlo Jemolo*, Torino 8 giugno 2001, Torino 2005, pp. 115-137.

Biscardi 1989 = A. Biscardi, *Considerazioni sulla certezza del diritto «in utroque iure»*, in A. Ciani, G. Diurni (a c. di), *"Lex et iustitia" nell'utrumque ius: radici antiche e prospettive attuali*, Atti del VII colloquio internazionale romanistico-canonistico (12-14 maggio 1988) in occasione del cinquantenario della istituzione della nuova sede della Pontificia Università Lateranense, Città del Vaticano 1989, pp. 227-241.

Boni 2015a = G. Boni, *Due papi a Roma?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 33 (2015), *www.statoechiese.it*, 2 novembre 2015, pp. 1-76.

Boni 2015b = G. Boni *Rinuncia del sommo pontefice al* munus petrinum*,* sedes romana vacans aut prorsus impedita*: tra* ius conditum *e* ius condendum, in *Ephemerides iuris canonici* 55 (2015), pp. 71-107.

Boni 2015c = G. Boni, *Sopra una rinuncia. La decisione di papa Benedetto XVI e il diritto*, Bologna 2015.

Boni 2016a = G. Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte prima)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (2016), n. 9, *www.statoechiese.it*, 7 marzo 2016, pp. 1-78.

Boni 2016b = G. Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte seconda)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (2016), n. 10, *www.statoechiese.it*, 14 marzo 2016, pp. 1-76.

Boni 2016c = G. Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte terza)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (2016), n. 11, *www.statoechiese.it*, 21 marzo 2016, pp. 1-82.

Boni 2017a = G. Boni, *2015-2017: La (recente) vita dei tribunali regionali italiani, delle loro fortune e avversità*, in M. d'Arienzo (a c. di), *Il diritto come "scienza di mezzo". Studi in onore di Mario Tedeschi*, I, Cosenza 2017, pp. 249-280.

Boni 2017b = G. Boni, *Suggestioni nascenti dalla possibile erezione di una nuova prelatura personale per la Fraternità Sacerdotale San Pio X*, in *Diritto e religioni* 12 (2017), n. 2, pp. 17-108.

Boni 2018 = G. Boni, *La riforma del processo matrimoniale canonico. Osservazioni e questioni aperte*, in Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico (a c. di), *La riforma del processo canonico per la dichiarazione di nullità del matrimonio*, Milano 2018, pp. 105-251.

Boni 2019 = G. Boni, *Il buon governo nella Chiesa. Inidoneità agli uffici e denuncia dei fedeli*, Modena 2019.

Boni 2021a = G. Boni, *Algunas reflexiones sobre el anhelado y laborioso connubio entre la ciencia canónica y la ciencia teológica*, in *Ius canonicum* 61 (2021), pp. 9-41.

Boni 2021b = G. Boni, *Ancora sul legislatore paziente o impaziente*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (2021), n. 22, *www.statoechiese.it*, pp. 27-36.

Boni 2021c = G. Boni, *Il dicastero 'promotore, garante e interprete del diritto nella Chiesa': per una valorizzazione dei consultori*, in J. Miñambres, B.N. Ejeh, F. Puig (a c. di), *Studi sul diritto del governo e dell'organizzazione della Chiesa in onore di Mons. Juan Ignacio Arrieta*, I, Venezia 2021, pp. 429-451.

Boni 2021d = G. Boni, *La recente attività normativa ecclesiale:* finis terrae *per lo* ius canonicum*? Per una valorizzazione del ruolo del Pontificio Consiglio per i testi legislativi e della scienza giuridica nella Chiesa*, Modena 2021.

Boni 2021e = G. Boni, *La tutela dei diritti e il giudizio penale nella Chiesa*, in *Ius Ecclesiae* 33 (2021), pp. 405-440.

Boni 2021f = G. Boni, *Una proposta di legge, frutto della collaborazione della scienza canonistica, sulla sede romana totalmente impedita e la rinuncia del papa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (2021), n. 14, *www.statoechiese.it*, pp. 1-59.

Boni 2022a = G. Boni, *Il contributo di Joaquín Llobell riguardo al giudizio penale nella Chiesa*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini online* 1 (2022), n. 1, pp. 1-65.

Boni 2022b = G. Boni, *Il Libro VI* De sanctionibus poenalibus in Ecclesia*: novità e qualche spigolatura critica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (2022), n. 11, *www.statoechiese.it*, pp. 1-131.

Boni 2022c = G. Boni, *L'"ordinamento canonico' come 'primo criterio di riferimento interpretativo' del diritto vaticano: una rilevanza crescente*, in *Jus-Online*. *Rivista di scienze giuridiche* 8 (2022), n. 6, pp. 99-170.

Boni 2022d = G. Boni, *Per una collaborazione della canonistica alla produzione normativa ecclesiale: in particolare sulla Sede romana impedita e il Papa che ha rinunciato*, in V. Buonomo, M. d'Arienzo, O. Échappé (a c. di), Lex rationis ordinatio. *Studi in onore di Patrick Valdrini*, I, Cosenza 2022, pp. 271-296.

Boni 2022e = G. Boni, *Prospettive* de iure condendo, in A. Feniello, M. Prignano (a c. di), *Papa, non più Papa. La rinuncia pontificia nella storia e nel diritto canonico*, Roma 2022, pp. 135-151.

Boni 2023 = G. Boni, *Esperimenti di "sinodalità" nella funzione normativa della Chiesa: l'iniziativa della scienza canonistica*, in L. Bianchi, G. Eisenring, B. Ejeh, A. Stabellini (a c. di), *Fides et jus in Ecclesia. Scritti in onore di Arturo Cattaneo*, Siena 2023, pp. 67-86.

Boni, Samorè 2023 = G. Boni, I. Samorè, *Il diritto nella storia della Chiesa. Lezioni*, Brescia 2023.

Bonnet 1981 = P.A. Bonnet, *De momento codificationis pro iure Ecclesiae*, in *Periodica* 70 (1981), pp. 303-368.

Botta 2001 = R. Botta, *La norma penale nel diritto della Chiesa*, Bologna 2001.

Bouyer 1971 = L. Bouyer, *La Chiesa di Dio, corpo di Cristo e tempio dello Spirito Santo*, traduzione italiana Assisi 1971.

Bunge 2017 = A.W. Bunge, *La aplicación del proceso matrimoniale más breve ante el Obispo*, in *Anuario argentino de derecho canónico* 23 (2017), pp. 157-181.

Calasso 1954 = F. Calasso, *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954.

Calisse 1904 = C. Calisse, *La codificazione del diritto canonico*, in *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie* 35 (1904), pp. 346-365.

Campisi 2022 = T. Campisi, *Maradiaga: "Praedicate Evangelium" per una Chiesa di servitori di Dio*, in *Vatican News*, *www.vaticannews.va*, 6 maggio 2022.

Cardinale 2022 = G. Cardinale, *La «riforma» diventa effettiva. Così cambia la Curia romana*, in *Avvenire*, 5 giugno 2022, p. 16.

Carnelutti 1935 = F. Carnelutti, *L'equità nel diritto penale*, in *Rivista di diritto processuale civile* 12 (1935) I, pp. 105-121.

Castro Trapote 2023 = J. Castro Trapote, *Notas sobre la teoría de la validez de la norma canónica: existencia, validez formal, validez material, vigencia, eficacia y efectividad*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (2023), n. 2, *www.statoechiese.it*, pp. 1-41.

Comotti 2023 = G. Comotti, *Osservazioni sul secondo* Motu Proprio Vos estis lux mundi *(25 marzo 2023)*, in F. Oliosi (a c. di) *Diritto, religione, coscienza: il valore dell'equilibrio. Liber Amicorum per Ermina Camassa*, Modena 2023, pp. 191-219.

Dalla Torre 2008 = G. Dalla Torre, *Qualche considerazione sul principio di legalità nel diritto penale canonico*, in *Angelicum* 85 (2008), pp. 267-287.

Dalla Torre 2013 = G. Dalla Torre, *Un altro Jemolo*, Roma 2013.

Dalla Torre 2022 = G. Dalla Torre, *Lezioni di diritto canonico*, Quinta edizione aggiornata a c. di G. Boni, P. Cavana, Torino 2022.

Dalla Torre, Boni 2009 = G. Dalla Torre, G. Boni, *Conoscere il diritto canonico*, ristampa Roma 2009.

D'Auria 2021 = A. D'Auria, *Diritto penale, conversione e bene ecclesiale*, in Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico (a c. di), *Il diritto penale al servizio della comunione della Chiesa*, Milano 2021, pp. 51-107.

Del Giudice 1926 = V. Del Giudice, *Privilegio, dispensa ed epicheia nel diritto canonico*, Perugia 1926.

Del Giudice 1926 = V. Del Giudice, *Per lo studio del diritto canonico nelle università italiane*, in *Studi in onore di Francesco Scaduto*, I, Firenze 1936, pp. 201-242.

del Pozzo 2013 = M. del Pozzo, *Il magistero di Benedetto XVI ai giuristi*, Città del Vaticano 2013.

del Pozzo 2020 = M. del Pozzo, *El concurso de la ciencia canónica en la realidad eclesial y en el saber jurídico universal*, in *Ius canonicum* 60 (2020), pp. 505-528.

De Luca 1997 = L. De Luca, *Jemolo "Canonista"*, in Id., *Scritti vari di diritto canonico ed ecclesiastico*, Padova 1997, pp. 501-507.

Dianich 2018 = S. Dianich, *Riforma della Chiesa e ordinamento canonico*, *Postfazione* di E. Chiti, Bologna 2018.

Ellero 1868 = P. Ellero, *Manifesto dell'*Archivio giuridico, in *Archivio giuridico* 1 (1868), pp. 3-12.

Erdö 2017 = P. Erdö, *Criteri di discernimento nell'attività normativa e di governo della Chiesa*, in *Folia theologica et canonica* 6 (2017), pp. 63-76.

Errázuriz 2020 = C.J. Errázuriz M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano 2020[2].

Errázuriz 2022 = C.J. Errázuriz M., *La noción de derecho come presupuesto del diálogo interdisciplinar entre téologos y canonistas*, in *Ius canonicum* 62 (2022), pp. 9-31.

Fabris 2016 = C.-M. Fabris, *Indagine pregiudiziale o indagine pastorale nel Motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus. Novità normative e profili problematici*, in *Ius Ecclesiae* 28 (2016), pp. 479-504.

Fabris 2020 = C.-M. Fabris, *Foro interno. Genesi ed evoluzione dell'istituto canonistico*, Modena 2020.

Falco 1992 = M. Falco, *Introduzione allo studio del «Codex Iuris Canonici»*, a c. di G. Feliciani, Bologna 1992.

Fantappiè 2008 = C. Fantappiè, *Chiesa e modernità giuridica*, Tomo I: *L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)*; Tomo II: *Il* Codex Iuris Canonici (1917), Milano 2008.

Fantappiè 2013 = C. Fantappiè, *Fedele Pio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, I, Bologna 2013, pp. 831-832.

Fantappiè 2015a = C. Fantappiè, *Ecclesiologia e canonistica*, Venezia 2015.

Fantappiè 2015b = C. Fantappiè, *Il conflitto delle fedeltà. Arturo Carlo Jemolo e il fascismo*, in I. Birocchi, L. Loschiavo (a c. di), *I giuristi e il fascino del regime 1918-1925*, Roma 2015, pp. 159-190.

Fantappiè 2017 = C. Fantappiè, *Sistemi giuridici e certezza del diritto. Tre modelli per il diritto canonico*, in C. Minelli (a c. di), *Certezza del diritto e ordinamento canonico. Percorsi di ricerca nel centenario del Codice piobenedettino* in memoria di *Maria Vismara Missiroli*, Torino 2017, pp. 75-90.

Fantappiè 2019 = C. Fantappiè, *Per un cambio di paradigma. Diritto canonico, teologia e riforme nella Chiesa*, Bologna 2019.

Fantappiè 2020 = C. Fantappiè, *Derecho canónico interdisciplinar. Ideas para una renovación epistemológica,* in *Ius canonicum* 60 (2020), pp. 479-504.

Fantappiè 2023 = C. Fantappiè, *Metamorfosi della sinodalità. Dal Vaticano II a papa Francesco*, Venezia 2023.

Fedele 1937 = P. Fedele, *Il principio "nullum crimen sine praevia lege poenali" e il diritto penale canonico*, in *Rivista italiana di diritto penale* 9 (1937), pp. 489-525.

Fedele 1941 = P. Fedele, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Padova 1941.

Fedele 1962 = P. Fedele, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962.

Fedele 1963 = P. Fedele, *Contributi di Arturo Carlo Jemolo allo studio del diritto canonico*, in *Ephemerides iuris canonici* 45 (1963), pp. 331-346.

Fedele 1992 = P. Fedele, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, in *Ephemerides iuris canonici* 48 (1992), pp. 363-392.

Feliciani 1981 = G. Feliciani, *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, in *Studi in onore di Ugo Gualazzini*, I, Milano 1981, pp. 35-80.

Friedberg 1908 = E.A. Friedberg, *Ein neues Gesetzbuch für die katholische Kirche*, in *Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht* 18 (1908), pp. 1-74.

Ganarin 2016 = M. Ganarin, *I tribunali interdiocesani secondo il m.p.* Mitis Iudex Dominus Iesus*. Riflessioni circa la "sorte" del m.p.* Qua cura *di Papa Pio XI*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (2016), n. 11, *www.statoechiese.it*, 21 marzo 2016, pp. 1-94.

Ganarin 2022 = M. Ganarin, *La riforma della Curia romana nella Costituzione Apostolica* Praedicate Evangelium *di Papa Francesco. Osservazioni a una prima lettura*, in *Il diritto ecclesiastico* 133 (2022), pp. 271-310.

Gaudemet 1998 = J. Gaudemet, *Storia del diritto canonico.* Ecclesia et civitas, Cinisello Balsamo (MI) 1998.

Gherri 2024 = P. Gherri, *Il personale a servizio della Curia Romana: profili pastorali e professionali*, in Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico (a c. di), Praedicate Evangelium: *riforma della Curia Romana e servizio dell'evangelizzazione*, Milano 2024, pp. 183-218.

Giacchi 1936 = O. Giacchi, *Precedenti canonistici del principio "Nullum crimen sine proevia lege poenali"*, in *Studi in onore di Francesco Scaduto*, I, Firenze 1936, pp. 435-449.

Giacchi 1940 = O. Giacchi, *Sostanza e forma del diritto della Chiesa*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche* 1 (1940), pp. 398-421.
Grossi 1985 = P. Grossi, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 14 (1985), pp. 587-599.
Grossi 1993 = P. Grossi, *Novità e tradizione nel diritto sacro (Dall'uno all'altro Codice di diritto canonico)*, in *Il foro italiano* 106 (1993) V, cc. 173-180.
Grossi 2000a = P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 2000.
Grossi 2000b = P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000.
Grossi 2003 = P. Grossi, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 32 (2003), pp. 373-389.
Grossi 2005 = P. Grossi, *Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codificatoria del legislatore canonico)*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche* 56 (2005), pp. 345-359.
Grossi 2006 = P. Grossi, *Storicità del diritto*, in *Apollinaris* 79 (2006), pp. 105-117.
Grossi 2013 = P. Grossi, *Aequitas canonica*, in C. Fantappiè (a c. di), *Scritti canonistici*, Milano 2013, pp. 211-228.
Grossi 2014a = P. Grossi, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, II, Milano 2014, pp. 33-54.
Grossi 2014b = P. Grossi, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giustizia civile* 64 (2014) 4, pp. 921-955.
Grossi 2017 = P. Grossi, *Quale certezza per il diritto canonico?*, in C. Minelli (a c. di), *Certezza del diritto e ordinamento canonico. Percorsi di ricerca nel centenario del Codice piobenedettino* in memoria di *Maria Vismara Missiroli*, Torino 2017, pp. 107-113.
Herranz Casado 1990 = J. Herranz Casado, *Studi sulla nuova Iegislazione della Chiesa*, Milano 1990.
Herranz Casado 1994 = J. Herranz Casado, *Crisi e rinnovamento del diritto nella Chiesa*, in Pontifium Consilium de Legum Textibus Interpretandis (a c. di), *Ius in vita et in missione Ecclesiae*, Città del Vaticano 1994, pp. 27-54.
Hinschius 1895 = P. Hinschius, *Das Kirchenrecht der Katholichen und Protestanten in Deutschland*, Berlin 1895.
Iannone 2023 = F. Iannone, *Accanto alle persone più deboli e indifese. Intervista all'arcivescovo Iannone, prefetto del Dicastero per i testi legislativi* (di N. Gori), in *L'Osservatore Romano*, 25 marzo 2023, p. 9.
Interlandi 2022 = R. Interlandi, *La costituzione apostolica «Praedicate Evangelium» sulla Curia romana. Breve presentazione*, in *Quaderni di diritto ecclesiale* 35 (2022), pp. 324-331.
Jemolo 1923 = A.C. Jemolo, *Il valore del diritto della Chiesa nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini* 17 (1923), pp. 3-51.
Jemolo 1927 = A.C. Jemolo, *Elementi di diritto ecclesiastico*, Firenze 1927.
Jemolo 1932 = A.C. Jemolo, *Il nostro tempo e il diritto*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini* 26 (1932), pp. 129-170.
Jemolo 1933 = A.C. Jemolo, *Peculiarità del diritto penale ecclesiastico*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, I, Padova 1933, pp. 723-733.
Jemolo 1937 = A.C. Jemolo, *Insegnamento del "diritto ecclesiastico" e del "diritto canonico"*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale* 48 (1937), pp. 177-180.

Jemolo 1939 = A.C. Jemolo, *Direttive di ricerche canonistiche*, in *Archivio di diritto ecclesiastico* 1 (1939), pp. 341-346.

Jemolo 1947 = A.C. Jemolo, *Confessioni di un giurista*, Milano 1947.

Jemolo 1957 = A.C. Jemolo, *Il diritto come lo vedono i non giuristi*, in Id., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, scelte e ordinate da L. Scavo Lombardo, Milano 1957, pp. 3-25.

Jemolo 2007 = A.C. Jemolo, *Prolusione alla lezione inaugurale del corso di diritto ecclesiastico nella facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma (anno accademico 1933-34)*, in G. Cassandro, A. Leoni, F. Vecchi (a c. di), *Arturo Carlo Jemolo: vita e opere di un italiano illustre. Un professore dell'Università di Roma*, Napoli 2007, pp. 229-254.

Lariccia 2013 = S. Lariccia, *Arturo Carlo Jemolo: una voce di "coscienza laica" nella società italiana del Novecento*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (2013), *www.statoechiese.it*, 24 giugno 2013, pp. 1-61.

Lariccia 2021 = S. Lariccia, *Jemolo e il diritto ecclesiastico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (2021), n. 9, *www.statoechiese.it*, pp. 39-105.

Livatino 1986 = R. Livatino, conferenza tenuta il 30 aprile 1986 e intitolata *Fede e diritto*, consultabile sul sito internet dell'Arcidiocesi di Agrigento.

Lo Castro 1978 = G. Lo Castro, *Vera e falsa crisi del diritto della Chiesa*, in *Il diritto ecclesiastico* 89 (1978) I, pp. 59-84.

Lombardía 1968 = P. Lombardía, *Il diritto canonico nella vita della Chiesa*, in *Studi cattolici* 82 (1968), pp. 346-348.

Lopez de Oñate 1968 = F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Nuova edizione riveduta. In aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti, P. Fedele, a c. di G. Astuti, Appendice di M. Corsale, Milano 1968.

Mamberti 2023 = D. Mamberti, *La Corte di Cassazione dello Stato della Città del Vaticano*, in P. Papanti Pelletier, A. Diddi, M. Carnì (a c. di), *Annali di diritto vaticano 2022*, Atti del Convegno "Il diritto vaticano" nel decennale della fondazione della Scuola di Alta Formazione in Diritto Canonico, Ecclesiastico e Vaticano, Città del Vaticano 2023, pp. 49-70.

Minelli 2017 = C. Minelli, *Diritto "certo" e diritto "vivo". Un itinerario canonistico*, in Ead. (a c. di), *Certezza del diritto e ordinamento canonico. Percorsi di ricerca nel centenario del Codice piobenedettino* in memoria di *Maria Vismara Missiroli*, Torino 2017, pp. 25-63.

Mirabelli 2022 = C. Mirabelli, *Ricordo di Paolo Grossi*, in *Il diritto ecclesiastico* 133 (2022), pp. 449-451.

Montini 2018 = G.P. Montini, *L'approvazione in forma specifica di un atto impugnato*, in *Periodica* 107 (2018), pp. 37-72.

Montini 2022 = G.P. Montini, *Agenda per una evoluzione della giustizia amministrativa canonica*, in *Estudios eclesiásticos* 97 (2022), pp. 1197-1216.

Motilla 1988 = A. Motilla, *La idea de la codificación en el proceso de formación del codex de 1917*, in *Ius canonicum* 28 (1988), pp. 692-698.

Müller, Giansoldati 2023 = G. Müller, F. Giansoldati, *In buona fede. La religione nel XXI secolo*, Milano 2023.

Nacci 2017 = M. Nacci, *Storia del diritto canonico e cultura giuridica. La scienza canonistica del Novecento*, Roma 2017.

Otaduy 2019 = J. Otaduy, *La certeza normativa. Cómo se conocen y cuanto duran las normas canónicas*, in L. Ruano Espina, C. Peña García (a c. di), *Verdad, justicia y caridad. Volumen conmemorativo del 50° aniversario de la Asociación Española de Canonistas*, Madrid 2019, pp. 195-219.

Padelletti 1874 = G. Padelletti, *Roma nella storia del diritto*, in *Archivio giuridico* 7 (1874), pp. 191-223.

Palazzo 2007 = F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 36 (2007), pp. 1279-1329.

Pighin 2023 = B.F. Pighin, *Il nuovo sistema penale canonico: motivazioni, criteri ispiratori e principali novità del riformato Libro VI del CIC*, in *Ephemerides iuris canonici* 63 (2023), pp. 389-418.

Pree 2000 = H. Pree, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto: possibilità e limiti ecclesiali di impiego*, in *Ius Ecclesiae* 12 (2000), pp. 375-418.

Pree 2017 = H. Pree, *Diritto canonico e terzo millennio*, in *Il regno. Attualità* 62 (2017), pp. 689-691.

Pree 2018 = H. Pree, *Profilo e sfide del diritto canonico all'inizio del Terzo Millennio*, in *Periodica* 107 (2018), pp. 195-239.

Ratzinger 2000 = J. Ratzinger, *Lectio doctoralis*, in *Per il diritto. Omaggio a Joseph Ratzinger e Sergio Cotta*, Torino 2000, pp. 11-14.

Redaelli 1997 = C. Redaelli, *Il metodo esegetico applicato al Codice di Diritto Canonico del 1917 e a quello del 1983*, in *Periodica* 86 (1997), pp. 57-100.

Ruffini 1936 = F. Ruffini, *La codificazione del diritto ecclesiastico*, in Id., *Scritti giuridici minori*, I, *Scritti di diritto ecclesiastico* scelti e ordinati da M. Falco, A.C. Jemolo, E. Ruffini, Milano 1936, pp. 61-97.

Saraceni 2004 = E.G. Saraceni, *L'autorità ragionevole. Premesse per uno studio del diritto canonico secondo il principio di ragionevolezza*, Milano 2004.

Schouppe 2021 = J.-P. Schouppe, *Positivismo, normativismo e realismo giuridico nello ius Ecclesiae*, in *Ius Ecclesiae* 33 (2021), pp. 569-594.

Sciacca 2022 = G. Sciacca, *Nodi di una giustizia. Problemi aperti del diritto canonico*, Prefazione di W. Kasper, Postfazione di A. Pajno, Bologna 2022.

Scicluna 2023 = C. Scicluna, *Legge universale della Chiesa. Intervista all'arcivescovo Scicluna, segretario aggiunto del Dicastero per la dottrina della fede* [di S. Cernuzio], in *L'Osservatore Romano*, 25 marzo 2023, p. 10.

Sciumè 2017 = A. Sciumè, *Il giurista e la certezza nell'aurora del terzo millennio: il ritorno della dialettica tra diritto e giustizia*, in C. Minelli (a c. di), *Certezza del diritto e ordinamento canonico. Percorsi di ricerca nel centenario del Codice piobenedettino* in memoria di *Maria Vismara Missiroli*, Torino 2017, pp. 11-23.

Serra 2011 = B. Serra, *Sul principio di legalità nell'ordinamento canonico: profili funzionali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (2011), *www.statoechiese.it*, novembre 2011, pp. 1-39.

Serra 2012 = B. Serra, *Osservazioni sul principio di legalità come idea e come metodo nell'esperienza giuridica della Chiesa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (2012), n. 28, *www.statoechiese.it*, 1° ottobre 2012, pp. 1-19.

Serra 2014a = B. Serra, *Crisi della legge e aporie della scienza del diritto positivo: il dialogo fra Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo tra le due Guerre*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (2014), n. 37, *www.statoechiese.it*, 1° dicembre 2014, pp. 1-24.

Serra 2014b = B. Serra, *Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo (frammenti di un carteggio)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (2014), n. 30, *www.statoechiese.it*, 6 ottobre 2014, pp. 1-27.

Serra 2018 = B. Serra, *Ad normam iuris. Paradigmi della legalità nel diritto canonico*, *Prefazione* di G. Lo Castro, Torino 2018.

Serra 2021 = B. Serra, *Diritto canonico e formazione giuridica. L'eredità di un Maestro: Arturo Carlo Jemolo (1891-1981)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (2021), n. 11, *www.statoechiese.it*, pp. 39-69.

Valbusa 2008 = P. Valbusa, *I pensieri di un malpensante. Arturo Carlo Jemolo e trentacinque anni di storia repubblicana*, Venezia 2008.

Valdrini 2017 = P. Valdrini, *La certezza giuridica nel diritto canonico*, in C. Minelli (a c. di), *Certezza del diritto e ordinamento canonico. Percorsi di ricerca nel centenario del Codice piobenedettino* in memoria di *Maria Vismara Missiroli*, Torino 2017, pp. 91-106.

Vigo Ferrera 2023a = S. Vigo Ferrera, *«Apud nos dicitur aequitas». L'equità quale giustizia nella tradizione giuridica realista*, Milano 2023.

Vigo Ferrera 2023b = S. Vigo Ferrera, *Sul dovere delle istituzioni curiali – e altre istanze autoritative – di applicare il diritto con equità canonica*, in *Ius Ecclesiae* 35 (2023), pp. 109-134.

Visioli 2022a = M. Visioli, *Commento alla Lettera apostolica in forma di* «motu proprio» *"*Fidem servare*" con cui si modifica la struttura interna della Congregazione per la Dottrina delle Fede*, in *Ius Ecclesiae* 34 (2022), pp. 723-735.

Visioli 2022b = M. Visioli, *Teologia e diritto canonico: dalla crisi condivisa verso nuove prospettive di relazione a vent'anni dal decreto* Novo Codice, in *Periodica* 111 (2022), pp. 621-647.

Certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni

Giorgio Spangher
Università degli Studi di Roma "Sapienza"

1.

Si è tenuto nei giorni 10 e 11 febbraio, all'Università di Bergamo, organizzato e coordinato dal prof. Antonio Banfi, un convegno che aveva come tema la *Certezza e incertezza della regola: un dialogo interdisciplinare*.

Giuristi delle varie discipline hanno esposto le problematiche generali e quelle speciali che le diverse aree nel regolare le varie materie prospettano. È emerso uno spaccato problematico dell'attuale situazione tesa a garantire la necessità di regole, certe o almeno adeguatamente prevedibili, per superare la criticità di una situazione che invece ne mette a rischio le fondamenta.

Invero, ogni settore disciplinare ha messo in luce le rispettive problematiche nell'affastellarsi delle riforme, nel loro incessante succedersi, nel contesto dell'evoluzione tecnologica, delle fonti, delle dinamiche sociali, pur evidenziandosi da parte di tutti i partecipanti, la necessità di assicurare stabilità, certezza, prevedibilità delle norme e delle conseguenti decisioni per assicurare l'ordine e la tenuta del sistema, del quale questi elementi costituiscono dato essenziale condizionante e fonte stessa.

Di fronte all'alluvionale produzione normativa e giurisprudenziale si assiste sempre più ad una esigenza di stabilità del panorama ricostruttivo (inteso in senso ampio) ed una richiesta di prevedibilità degli orientamenti interpretativi.

Invero, una richiesta ed una esigenza di questo tipo è sempre stata presente nella prospettazione del mondo dei giuristi, di quello giudiziario, degli operatori e dei cittadini.

Basterebbe ricordare la storica sentenza della Corte costituzionale sull'art. 5 c.p., di Dell'Andro, in tema di conseguenze legate all'ignoranza della legge penale.

Sono passati i tempi nei quali la parola di Manzini era sufficiente a correggere un errore formale in una norma del codice di procedura penale del 1930 (da lui scritto) e quindi oggetto di una sorte di 'interpretazione autentica'.

Il tema si è reso più complesso considerando la forte accelerazione nella produzione normativa nei singoli Stati, determinata sia dalla evoluzione politica, sia

dall'evoluzione sociale, sia da quella culturale, sia dall'incessante progresso tecnologico. Le discrasie che questa incessante produzione normativa determina è altresì un ulteriore elemento acceleratore di nuovi interventi correttivi ed integrativi, in una permanente rincorsa all'intervento legislativo.

Con l'irrompere del terrorismo domestico, nelle sue varie declinazioni, della criminalità organizzata, delle esigenze sicuritarie, del terrorismo internazionale, della criminalità economica, di quella sociale interpersonale, considerato che i fenomeni si arginano e si contrastano con lo strumento della legalità del processo e dell'esecuzione penale, piuttosto che con l'inasprimento della pena legata alle nuove e vecchie fattispecie di reato, la produzione normativa in materia di giudizio penale, soprattutto processuale, è diventata alluvionale anche perché il processo penale specialmente e la giustizia penale in generale sono diventate terreno elettivo dello scontro politico, e nella successione dei governi di segno diverso, se non addirittura contrapposto, ognuno ha cercato e cerca di piantare le sue bandierine.

Limitando, quindi, il discorso al nostro sistema, deve riconoscersi che la stabilità a livello della produzione normativa e di quella ricostruttiva non appare assicurata.

Invero, mutamenti di maggioranze parlamentari, iniziative governative con la decretazione d'urgenza (con materie eterogenee), con il ricorso sistematico alla questione di fiducia, alle leggi *omnibus* (bilancio e mille proroghe), spinte e controspinte occasionali e conseguenziali, non rassicurano della stabilità del sistema.

Si aggiunga la difficoltà – e i tempi – per ovviare e concludere nella legislatura riforme di sistema, favorendo invece interventi settoriali.

Si consideri, altresì, una certa erosione del primato della legge formale, per effetto della normativa secondaria, dalla *soft law*, delle buone prassi e dei protocolli (come nella colpa medica), dai modelli organizzativi (l. n. 231 del 2001), delle materie connotate da un alto tasso tecnico.

L'ulteriore elemento che contribuisce all'incertezza, meglio alla complessità del quadro di riferimento per tutti i citati operatori, è determinato dall'ampliamento delle fonti che, superando quella dei vertici interni (Carta costituzionale), deve tener conto delle normative sovranazionali e di quelle pattizie, proprie di una società globalizzata, ma spesso molto differenziate nelle premesse politiche, culturali, sociali e ordinamentali.

Si aggiunge il fatto che queste norme comunque sono anche presidiate da Corti sovranazionali le cui decisioni sono destinate ad incidere sul quadro normativo dei vari Stati.

Non mancano, pure per il nostro Paese, anche l'esistenza di 'sovranità' sovranazionali legate alla presenza di Parlamenti e di Governi con capacità di produzione normativa connotata da un elevato *standard* nella gerarchia delle fonti.

Tutto ciò si ripercuote sulle ricadute della segnalata produzione normativa che si caratterizza anche per l'espansionismo interpretativo e per l'incertezza dei suoi contenuti, spesso connotati da espressioni polisenso, da indicazioni indeterminate, da lacune qualitative e quantitative, da riferimenti oscuri.

In altri termini, questi elementi trovano una ulteriore criticità nella qualità del dato normativo che richiede, invece, la presenza di dati certi e precisi, evitando formulazioni aperte o elastiche, con concetti vaghi e indeterminati.

Si consideri altresì che molto spesso la normativa, soprattutto nelle fonti sovraordinate, si connota con riferimento a valori e principi suscettibili non solo di evolversi nel tempo ma anche capaci di interpretazioni estensibili per effetto del maturare di consapevolezza, di esigenze sociali e politiche non sempre *a priori* preventivabili, connessi a scelte materiali controverse, non ancora sedimentate.

Tutto ciò stressa la funzione, pone gli operatori in difficoltà, gli interpreti nella sostanziale impossibilità di costruire il sistema, consegnando la giurisdizione a profonde incertezze applicative.

Al di là del fatto politico, la questione ha complesse ricadute processuali: regime transitorio; incertezza in mancanza di indicazioni; possibile disparità di trattamento e conseguenti questioni di costituzionalità e di lesione dei diritti per irragionevolezza; retroattività/irretroattività delle norme penali; *tempus regit actum* delle norme processuali. E così via.

Purtroppo, con tutto ciò, ormai siamo abituati a convivere, ma bisogna riconoscere che ciò pregiudica proprio la funzione essenziale della giurisdizione, quella di assicurare ordine sociale e sicure garanzie.

Naturalmente, anche il continuo flusso normativo richiede una certa stabilità e questa è spesso assicurata normalmente dalla sua consolidata interpretazione (quasi sempre per successivi aggiustamenti che creano non poco disagio), costituendo il c.d. diritto vivente.

A volte, il fenomeno interpretativo delle leggi genera il c.d. diritto giurisprudenziale che è frutto della visione proprietaria della giurisdizione da parte della magistratura tesa ad assicurare l'efficienza e la funzionalità del sistema.

A volte, si tratta di un intervento necessario di supplenza, stante i ritardi dell'intervento del legislatore, a volte di un vero e proprio recepimento di indirizzi interpretativi europei e sovranazionali.

Come è stato detto, spesso, il diritto vive negli interstizi delle norme, negli spazi bianchi tra un comma ed un altro di un intero articolo o di un singolo comma.

Molte volte questa giurisprudenza creativa, anticipa quanto il legislatore sta prevedendo con gli interventi riformatori, qualche volta si tratta di una vera e propria rielaborazione che, muovendo da alcune disfunzioni del sistema, ovvero finalizzato alla sua più efficace rimodulazione, crea un vero e proprio diritto.

Quasi sempre, come ancora di recente, con la riforma Cartabia, queste 'anticipazioni' sono recepite (integralmente o con modifiche) dalle riforme successivamente introdotte (Sez. Unite Galtelli, Battistella, Dorigo, Drassich, Patalano, Bajrami).

È, invece, vero che la capacità di conoscenza e di formalizzazione dei dati di riferimento sono assicurati: è possibile seguire (in tutti i modi, soprattutto tecnologici) il processo di formazione delle leggi in tutti i suoi passaggi (sin dalle bozze e dalle stesure preliminari), acquisire nell'immediatezza il contenuto delle decisioni delle

Corti interne e sovranazionali (delle loro premesse preparatorie e delle posizioni delle parti). Anche questo dato, tuttavia, ha spesso un riscontro negativo generando sconcerto e incertezze.

2.

L'insieme di queste considerazioni già di per sé rilevante si irrobustiscono come si inverano nel sistema della giustizia penale, sia sostanziale, sia processuale, governata dalla riserva di legge e da quella di giurisdizione.

Non è forse superfluo ricordare il collegamento tra gli artt. 1, 101 e 111 Cost. (potere del popolo che da fondamento nella legge, unico vincolo di questa per il giudice, controllo di legalità delle decisioni e delle sentenze emesse in nome del popolo italiano); richiamare quanto previsto all'art. 25 Cost., nonché la riserva di legge di cui, fra gli altri, agli artt. 13, 14, 15 Cost.

Non sarà inutile ricordare che nel nostro Paese le gravi situazioni di illegalità sono state affrontate e superate con la legalità sostanziale e processuale.

I riferiti dati interpretativi e applicativi delle leggi sono le 'ricadute' della presenza dell'art. 65 della l. di ordinamento giudiziario che affida alla Cassazione la c.d. funzione nomofilattica, cioè l'attribuzione al Supremo Collegio della 'esatta applicazione della legge', dell'uniforme interpretazione insita nell'ordinamento giuridico, così da garantire l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge e la prevedibilità delle decisioni.

Il tema della certezza inevitabilmente sottende anche scenari più sofisticati e non agevolmente gestibili, come quelli relativi alla composizione delle sezioni e soprattutto delle sezioni unite della Cassazione e dell'ufficio del massimario, non tanto con la relazione alle sezioni unite, quanto per la prima lettura delle riforme, capace di indirizzare l'orientamento interpretativo delle norme. Nel corso di un Convegno si è ipotizzata, infatti, anche la presenza di un avvocato nel Collegio riunito in estrinsecazione dell'art 106 Cost.

Naturalmente queste finalità devono essere assistite da alcuni correttivi idonei a rendere effettive queste funzioni: l'accessibilità e la conoscibilità delle leggi, attraverso la pubblicità delle norme, nonché la stabilità del quadro giurisprudenziale, evitando mutamenti repentini, contraddittorietà e imprevedibilità degli orientamenti (seppur in un contesto legato all'evoluzione ed alle dinamiche sociali).

Non vanno esclusi gli effetti negativi della decretazione d'urgenza.

Alla luce del desolante quadro tracciato e nella stessa consapevolezza di tutti gli operatori di giustizia è maturata la convinzione della necessità di porre rimedio e di predisporre strumenti correttivi anche normativi e di sistema alle richiamate situazioni.

3.

Al fine di 'stabilizzare' la materia, i diversi ordinamenti hanno pensato e predisposto vari strumenti che spesso differiscono proprio per la diversa impostazione sia del sistema di produzione normativa, sia per la struttura ordinamentale, sia per l'impianto giudiziario.

Uno degli strumenti della stabilità del sistema è sicuramente l'intervento della Corte costituzionale, di cui però non possono non essere evidenziati i limiti delle modalità del suo operare.

Va, però, anche considerato che proprio per i limiti della sua azione, la Corte italiana – considerate queste modalità – interloquisce con il Parlamento quando la sua decisione determinerebbe un vuoto normativo in una materia che richiede invece un intervento di sistema.

Indicazioni precise in tal senso emergono relativamente ai rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento dalla vicenda del fine vita (DJ Fabo) e da quella relativa all'art. 41-*bis* ord. penit., nonché in relazione ai rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione, relativamente all'attesa da parte della Corte costituzionale della maturazione di un diritto vivente (questione in tema di legittimazione ad impugnare della parte civile dopo la riforma Pecorella).

Va ricordata anche la significativa e positiva triangolazione Cassazione – Corte costituzionale – Corte di Giustizia – Corte costituzionale – Cassazione nella vicenda Taricco, 'risolta' proprio in conseguenza di una efficace interlocuzione tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale.

Deve ricordarsi in questo contesto anche la recente richiesta non inedita, quella della Corte europea dei diritti dell'uomo al Governo italiano, in materia di misure di prevenzione, tesa ad acquisire elementi di chiarificazione prodromica ad una meditata pronuncia in materia.

4.

Sono, invece, più significativi gli strumenti tesi ad assicurare certezza e prevedibilità alle decisioni giudiziarie. Il tema è caratterizzato da un maggior dinamismo.

Sicuramente lo strumento con il quale si cerca – in termini generali – di assicurare la certezza delle decisioni è costituito dal ricorso alle impugnazioni (soprattutto alla Cassazione, considerata la sua funzione nomofilattica). Si tratta, com'è noto, del mezzo con il quale il sistema cerca di 'raffinare' le decisioni attraverso controlli successivi.

Tuttavia, spesso è proprio questo meccanismo ad evidenziare i contrasti interpretativi, che diventa luogo di consolidamento degli stessi, anche all'interno della stessa sezione (in diversa composizione), anziché luogo del loro superamento.

Al fine di ricondurre il sistema interpretativo ad unità, come è noto, è previsto l'intervento delle Sezioni unite ove le sezioni singole ritengano di investire il Collegio riunito, ovvero il Primo presidente ritenga di sollecitarne l'intervento (art. 610, comma 2, c.p.p.). Va sottolineato che per sollecitare l'intervento delle Sezioni unite è necessario evidenziare l'oggetto concreto della questione di diritto e l'esistenza del contrasto, non solo richiedere il suo intervento.

A rafforzare e consolidare ulteriormente la funzione nomofilattica del Supremo Collegio riunito è intervenuto il legislatore introducendo l'art. 618 c.p.p. ove al comma 1-*bis* si prevede che se una sezione della Corte rileva che la questione di diritto

sottoposta al suo esame ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o di ufficio, può con ordinanza rimettere il ricorso alle sezioni unite; che se una sezione della Corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso; e che il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta.

Sino ad oggi la procedura non è stata attivata. Anzi si deve segnalare che l'unico tentativo di attuarla non ha sortito effetto (per affermata inammissibilità del ricorso principale) e che la questione è stata risolta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 111 del 2022 (riconoscendo invece l'ammissibilità di quel ricorso).

Ancorché limitato agli effetti interni al Supremo Collegio, non potendo vincolare, state l'espressa formulazione, i giudici di merito, non può negarsi il rilievo della riferita previsione anche considerando che – non è dato conoscere – perché non c'è stato, come detto, ancora una sua concreta applicazione.

Deve ritenersi che l'autorevolezza delle decisioni, intesa come capacità di approfondimento, di dottrina, di scelte di sistema, si imponga ai giudici, non quale dovere di 'obbedienza', ma piuttosto quale condivisione, anche per la funzione svolta dalla Cassazione. Va ricordato, al riguardo, il rimprovero del Supremo Collegio ad un giudice d'appello che non avendo osservato quanto deciso dalle sezioni unite, aveva determinato la prescrizione del reato.

Va sottolineato del resto che il Collegio riunito svolge con una certa sollecitudine la sua funzione, evitando che le situazioni di incertezza e di contrasto si incancreniscano.

Altre indicazioni potrebbero, forse, essere fatte, seppur in una prospettiva diversa: ad esempio, con il trasferimento in sede civile delle questioni risarcitorie, nonché, si è detto, seppur cautamente, peraltro da magistrato autorevole, anche con le valutazioni di professionalità per l'accesso dei magistrati alla funzione di legittimità.

5.

Nella prospettiva di una stabilizzazione della giurisprudenza vanno considerate, anche, pur collocandosi su piani diversi, sia la riforma dell'art. 24-*bis* c.p.p. relativamente al rinvio pregiudiziale in punto di competenza per territorio, sia l'art. 628-*bis* c.p.p. relativamente al recepimento delle decisioni della Cedu.

Con la prima previsione si dispone che prima della conclusione dell'udienza preliminare o, se questa manchi, entro il termine previsto dall'art. 491, comma 1, c.p.p., la questione concernente la competenza per territorio può essere rimessa, anche di ufficio, alla Corte di Cassazione: che entro il termine previsto dall'art. 491, comma 1, c.p.p., può essere altresì rimessa alla Corte di Cassazione la questione concernente la competenza per territorio riproposta ai sensi dell'art. 21, comma 2, c.p.p.; e che il giudice, nei casi di cui al comma 1, pronuncia ordinanza con la quale rimette alla Corte di Cassazione gli atti necessari alla risoluzione della questione,

con l'indicazione delle parti e dei difensori; che la Corte di Cassazione decide in camera di consiglio secondo le forme previste dall'art. 127 c.p.p. e, se dichiara l'incompetenza del giudice che procede, ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero presso il giudice competente.

Con la seconda previsione (del 628-*bis* c.p.p.) si stabilisce che il condannato e la persona sottoposta a misura di sicurezza possono richiedere alla Corte di Cassazione di revocare la sentenza penale o il decreto penale di condanna pronunciati nei loro confronti, di disporre la riapertura del procedimento o, comunque, di adottare i provvedimenti necessari per eliminare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione accertata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, quando hanno proposto ricorso per l'accertamento di una violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dai Protocolli addizionali alla Convenzione e la Corte europea ha accolto il ricorso con decisione definitiva, oppure ha disposto la cancellazione dal ruolo del ricorso ai sensi dell'art. 37 della Convenzione a seguito del riconoscimento unilaterale della violazione da parte dello Stato.

Una significativa novità è stata introdotta in materia di processo civile a mente dell'art. 363 *bis* c.p.c. ove si prevede che il giudice di merito possa disporre con ordinanza, sentite le parti costituite, il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di Cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto, quando la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di Cassazione; presenta gravi difficoltà interpretative; è suscettibile di porsi in numerosi giudizi e che il principio di diritto enunciato dalla Corte è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e, se questo si estingue, anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti.

Si vedrà, se questa previsione sarà estesa, come non sembra possa escludersi, anche alla materia penale.

Un ulteriore strumento che potrebbe contribuire al maturare della certezza delle decisioni, anche se apparentemente sembra collocarsi ai suoi antipodi, potrebbe essere costituita da una previsione, normativamente riconosciuta, dalla *dissenting opinion*. Invero, la prospettazione di una diversa interpretazione può aprire la strada ad una rivalutazione della decisone raggiunta e comunque fissa anche i termini diversi della interpretazione dovuta in ragione del suo superamento.

Uno strumento, che potrebbe risultare ulteriormente molto significativo nella prospettiva di un rafforzamento della funzione nomofilattica tesa al consolidamento, alla prevedibilità e alla certezza delle decisioni, è sicuramente costituito dal c.d. rinvio pregiudiziale.

Al di là di singole vicende, il dato trova precisi riferimenti normativi nel c.d. rinvio pregiudiziale che il giudice italiano può fare alla Corte di Giustizia ed in questo quadro va segnalato come l'Italia invece non abbia ritenuto di sottoscrivere il c.d. protocollo 16 relativo ai rinvii pregiudiziali tra le magistrature superiori non solo pe-

nali (Corte di Cassazione ma anche Consiglio di Stato e Corte dei conti e soprattutto Corte costituzionale che tuttavia si è espressa favorevolmente) – e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

6.

In questo quadro in movimento, già significativo, riprendendo il filo del ragionamento iniziale, guardando soprattutto 'dentro' la giurisdizione interna, deve riconoscersi che i segnali di una attenzione alla funzione nomofilattica (intesa in senso ampio) non sono marginali e si stanno incrementando.

Invero, l'affaticamento della macchina giudiziaria, pur nel riconosciuto valore della maturazione 'dal basso' del processo interpretativo visto in chiave evolutiva, non può non richiedere anche momenti di stabilità, così da tutelare il positivo meccanismo della circolazione dell'interpretazione.

Il mito della certezza come mito

Massimo Luciani
Università degli Studi di Roma "Sapienza"

1. Premessa

Questo contributo è a tesi e procederò per rapidi passaggi argomentativi che – a mio parere – la dimostrano. I passaggi, necessariamente semplificati, sfioreranno talora l'apodissi, ma la complessità delle questioni è tale che un'argomentazione distesa risulta incompatibile con l'economia di un intervento come questo. La tesi è che l'opinione, ampiamente diffusasi nella scienza giuridica odierna, che la certezza del diritto sia un mito costituisca, a sua volta, un mito.

Come tutti i miti, essa aspira a portare alla coscienza una realtà di fatto o una struttura di pensiero facendo uso di una *narrazione*, ma mentre i miti classici (di fondazione, in particolare) sono *esplicativi*, questo mito è *distorsivo*. E lo è già nella sua enunciazione: l'opinione della natura mitica della certezza è sovente agganciata al titolo di un famoso saggio di Norberto Bobbio (*La certezza del diritto è un mito?*)[1], ma Bobbio, lungi dal decretarne il tramonto, proprio in quello scritto affermava che la certezza è «un elemento intrinseco del diritto»[2].

2. La filosofia giuridico-politica occidentale e l'esigenza di ordine

Tutto nasce dall'esigenza dell'ordine, che appare consustanziale al pensiero occidentale.

Lo è nel dominio della gnoseologia e dell'epistemologia: il titanico sforzo aristotelico degli *Analitici*, volto a costruire un'organizzazione del pensiero mondata dalle fallacie e capace di condurci alla (vera) conoscenza attraverso la tecnica del sillogismo («la premessa sillogistica, semplicemente come tale, sarà l'affermazione o la negazione di qualcosa rispetto a qualcosa»)[3] ha segnato una volta per tutte

[1] Bobbio 1951.
[2] Ivi, p. 150.
[3] *Primi analitici*, I (A), 1, 24a (cito dalla trad. it. G. Colli, in *Opere*, I, Roma-Bari 1973, p. 86).

l'intero percorso della cultura occidentale, almeno sino ai tentativi postmoderni di decostruzione del *lógos*.

Lo è nel dominio della filosofia giuridico-politica. Qui sono illuminanti il mito delle origini narrato nella *Teogonia* esiodea e il mito della fondazione narrato (almeno nella versione più diffusa) nella tradizione letteraria romana. In Esiodo è cruciale il passaggio dall'originario *cháos* al disordine e poi all'ordine (ordine propriamente *politico*, perché *politica* è la simbologia delle tre figlie di Zeus e di Thémis: Díke, Eunomia, Eirène); nella tradizione letteraria romana è cruciale l'identificazione del disordine nell'atto di Remo che viola il *pomerium* e il ristabilimento dell'ordine con la sua violenta uccisione da parte del fratello (o di Celere, secondo altra versione). In entrambi i casi è l'ordine il bene che si vuole conquistare o preservare: un ordine che attiene specificamente alla *pólis* e che della *pólis* costituisce all'un tempo il portato e la condizione di esistenza.

Dell'esigenza di ordine si farà poi portatrice la modernità e sul terreno del diritto e della politica la soddisferà la sua più notevole creazione: lo Stato. Si tratta di una creazione specificamente rivoluzionaria e questo fatto propone un apparente paradosso: mentre nel pensiero medievale la *revolutio* evoca dei «phénomènes humains par référence à des lois supérieures»[4], la moderna *révolution* non allude ad alcuna osservanza di leggi superiori, bensì a un mutamento di regime discrezionalmente voluto dagli esseri umani, a una delle varie «mutations anarchiques provoquées par l'homme»[5]. Il paradosso, tuttavia, è appunto solo apparente.

L'apparenza del paradosso sta in ciò che l'an-archia, l'assenza di *arché* (che non è solo comando, ma anche origine ordinata) non è tollerata dalla nostra tradizione filosofico-politica: non manca, certo, un importante filone di pensiero anarchico (da Bakunin a Kropotkin, da Thoreau a Stirner, etc.), ma si tratta di un filone minoritario, tendenzialmente emarginato e mai davvero pragmaticamente efficace. Sembra dunque paradossale che al centro della modernità stia un evento apparentemente anarchico come la rivoluzione. Sennonché l'anarchia dell'evento rivoluzionario è appunto mera apparenza: rivoluzione non è semplicemente crimine, sedizione, ribellione, ma *fondazione*, fondazione di un nuovo ordine costituzionale attraverso – sì – la rottura illegale dell'ordine preesistente, ma comunque fondazione di una nuova legittimità, di una nuova legalità. Il *dis-ordinamento* rivoluzionario è dunque nuovo *ordinamento*, che – ovviamente – possiamo intendere come tale unicamente se il tentativo rivoluzionario è andato a buon fine, ma che è indiscutibilmente ordinamento quando ciò accade. Per la verità, la natura dinamica del lemma *ordinamento* suggerisce l'esistenza di un ordine anche all'interno dello stesso momento rivoluzionario, nel senso che allorché esso si compie i suoi attori si sentono astretti da un comune vincolo ordinante (la clandestinità; il segreto; l'uso di una forma di violenza e non di un'altra, etc.), ma questo ordine dell'azione disordinante è solo parziale, nel senso che

[4] Rey 1989, p. 34.
[5] Ivi, p. 35.

astringe unicamente chi vi compartecipa, restando fatto illegale per l'ordinamento oggetto del tentativo rivoluzionario[6].

In definitiva: «eine Durchbrechung der geltenden Rechtsordnung» («una rottura dell'ordinamento giuridico vigente»)[7] è, in realtà, molto di più che semplice 'rottura'. Il lemma tedesco '*Durchbrechung*' esprime infatti molto bene la sostanza del fenomeno: non si tratta semplicemente di rompere un ordine vigente, ma di passarvi attraverso ('durch'…), per raggiungere la vera mèta dell'atto dis-ordinante, che è appunto la costruzione di un novello ordine costituzionale, fondato su un rinnovato principio di legittimità e produttivo – conseguentemente – di una originale legalità. Il paradosso, in questa chiave, si spiega facilmente e l'aspirazione ordinante sottesa alla filosofia politica occidentale non viene affatto smentita.

3. Ordine politico e certezza giuridica

S'è detto che lo strumento ordinante costruito dalla modernità è lo Stato. La sua nascita è intimamente legata all'esigenza di sfuggire alla violenza dis-ordinante delle guerre civili e di religione sostituendole una forza ordinante monopolizzata – appunto – dalla nuova entità. È solo lo Stato che, proprio grazie al monopolio dell'uso della forza legittima, può porre fine alle *dissensiones* ed è solo lo Stato che può erogare ai cittadini (sudditi o liberi che siano) la prestazione della sicurezza fisica[8].

Ora, ho osservato in più occasioni che la proiezione in termini giuridici della sicurezza fisica[9] si chiama *certezza del diritto*. Il cittadino sicuro nella sua vita è anche, necessariamente, il cittadino sicuro nei suoi beni e nei suoi diritti. E questa sicurezza può darsi solo a condizione che vi sia un diritto vincolante per tutti e da tutti conoscibile. Una volta affermato il principio del monopolio della forza in capo allo Stato, oggetto di contesa resta soltanto il perimetro della certezza: se – cioè – essa concerna i soli cittadini nei reciproci rapporti o riguardi anche cittadini e sovrano nelle reciproche relazioni. Che la certezza sia proiezione della sicurezza resta, tuttavia, a mio avviso, indiscutibile. Non è qui il caso di interrogarsi sull'esistenza di diritti dei cittadini nei confronti del sovrano o sui limiti del potere sovrano anche in un ferrigno sistema di pensiero come quello hobbesiano, ma non posso fare a meno di osservare che la *vulgata*, che vorrebbe insussistenti gli uni e gli altri, si fonda su una lettura parziale e probabilmente disattenta di quella formidabile costruzione. Interessa, però, acquisire

[6] Mi permetto di rinviare, sul punto, a Luciani 2022, p. 47 s.

[7] Schmitt 1970, p. 180.

[8] In Luciani 2023, ho ritenuto però indispensabile richiamare l'attenzione su questo passaggio hobbesiano: «by Safety here, is not meant a bare Preservation, but also all other Contentments of life, which every man by lawfull Industry, without danger, or hurt to the Common-wealth, shall acquire to himselfe» (*Leviathan*, II, 30; analogamente, *De Cive*, XIII, IV), a dimostrazione del fatto che la sicurezza fisica è per lo stesso Hobbes un semplice *mezzo*, non un *fine*, il fine essendo – semmai gli altri «Contentments of life».

[9] V., ad es., Luciani 2014, p. 474; Id. 2023, p. 42 s.

come punto fermo il percorso modernità – statualità – sicurezza politica – certezza giuridica. Interessa, cioè, confermare la consustanzialità della certezza alla nascita e all'evoluzione della filosofia politica e del pensiero giuridico occidentali.

Questa preliminare acquisizione deve mettere conseguentemente in allarme quando s'incontrano dottrine svalutative della certezza del diritto, poiché esse, colpendo l'ultima tappa del percorso, tendono a mettere in discussione le precedenti, investendo la sicurezza politica, la statualità, la modernità. Sono dunque perfettamente coerenti posizioni scientifiche come quella di Paolo Grossi, che, ascrivendo l'aspirazione alla certezza allo statualismo e al legalismo, finiscono per contestare non solo la statualità, ma la stessa modernità, patrocinando una lettura pos-moderna della realtà[10]. Si tratta, a ben vedere, di una lettura che si proclama postmoderna, ma che in realtà è profondamente premoderna: mentre in Lyotard troviamo una vera *postmodernità ultramoderna*, incentrata nella considerazione del sovvertimento dei rapporti sociali determinata da una tecnica onnipervasiva[11], in Grossi registriamo una *postmodernità premoderna*, che tenta (vanamente, a mio avviso) il recupero di un pluralismo sociale e giuridico tipico dell'esperienza medievale. Va da sé, peraltro, che anche nel primo caso si registrano evidenti venature premoderne, connesse alla contestazione della razionalità calcolante.

Ultramoderna o premoderna che sia, la contestazione della modernità è contestazione della statualità e contestazione della certezza, talora rassegnata (la certezza non si può più avere, ma questo è un problema), talaltra convinta (la certezza è meglio non averla, perché il dinamismo sociale ne sarebbe indebitamente compresso). Da entrambe queste prospettive, per quanto diverse esse siano, è inferto un colpo mortale al giuridico.

4. Il diritto e la certezza

La radicalità dell'affermazione con la quale si è chiuso il paragrafo che precede rende necessaria una giustificazione dell'assunto.

Mi sembra evidente che la certezza del diritto sia una necessità psico-antropologica in quanto espressione parziale della generale necessità di certezza. È nota la posizione svalutativa di Jerome Frank: l'aspirazione alla certezza del diritto sarebbe alimentata da un'illusione e non sarebbe altro che la proiezione di un bisogno psicanalitico. «The Law – a body of rules apparently devised for infallibly determining what is right and what is wrong and for deciding who should be punished for misdeeds – inevitably becomes a partial substitute for the Father-as-Infallible-Judge»[12]. La ricerca della certezza non sarebbe altro che un momento o un precipitato della ricerca

[10] Che Grossi preferisse 'pos-moderno' a 'postmoderno' è noto: v., ad es., Grossi 2013, spec. p. 611 ss.

[11] Lyotard 2022, *passim*.

[12] Frank 1949, p. 18.

della figura paterna, sicché l'una e l'altra dovrebbero essere dismesse da un soggetto maturo, in particolare da un maturo operatore del diritto.

Ora, che motivazioni psicoanalitiche sorreggano posizioni e comportamenti politici e sociali è ben possibile: a tacer d'altro, la continua ricerca di un *leader*, di un 'capo' salvifico capace di scegliere e decidere per noi, avvelena da tempo la discussione sulle forme di governo. Il caso della certezza del diritto è però del tutto diverso.

Intendo per 'certezza del diritto' esattamente ciò che la dottrina tradizionale ha sempre inteso: la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei propri atti o comportamenti. Questa risalente definizione è sottoposta a contestazione da una parte non trascurabile dell'attuale filosofia del diritto, ma si scontra sia con alcuni dati desumibili dalle neuroscienze sia con la logica stessa del fenomeno giuridico. Vediamo.

Le più recenti indagini delle neuroscienze attestano che il funzionamento del nostro cervello è di tipo *bayesiano* (l'aggettivo allude scopertamente a Thomas Bayes, fra i padri della logica e matematica probabilistica): si tratterebbe, cioè, di uno strumento calcolatore di probabilità, nel senso che i nostri pensieri indirizzerebbero le nostre azioni a seconda del grado di successo loro ascrivibile[13]. Il calcolo delle probabilità, tuttavia, in tanto è possibile in quanto si abbia certezza appunto sul contesto nel quale le probabilità si determinano: non si tratta di essere infallibilmente sicuri che qualcosa accadrà, come è tipicamente il caso delle tradizionali leggi naturali (trascuriamo, ovviamente, il quadro complesso posto dalla fisica contemporanea), ma di essere almeno in condizione di *calcolare*, operazione impraticabile in difetto di termini conosciuti. Se le cose stanno così, non è dato intendere perché proprio nel mondo del diritto il cervello umano dovrebbe ragionare a rovescio, ovvero dovrebbe essere messo in condizione di non poter nemmeno funzionare.

A questa considerazione di tipo psico-antropologico se ne aggiunge una logica. Il diritto – sin dall'arcaica definizione delle origini mitiche della società umana – è considerato lo strumento più importante per la produzione di quell'ordine politico (in senso proprio: della *pólis*, intendo) che, come abbiamo visto, costituisce la risalente aspirazione del pensiero occidentale. Lo stesso parlare di *ordinamento giuridico* è scopertamente dovuto al presupposto che diritto e ordine vadano di pari passo e che non possa darsi diritto che non possegga una capacità ordinante. La stessa, diffusa e corretta, accettazione del principio di effettività è dovuta all'idea che un diritto incapace di porre ordine nei rapporti umani, ottenendo un rispetto medio dei propri precetti, non è diritto, nel senso che non è diritto propriamente *vigente*. È, tutt'al più, un auspicio di diritto, una sua ipotesi.

Orbene, l'assunto che la dottrina critica della certezza del diritto non riesce a dimostrare è che possa darsi un ordinamento, un diritto effettivo, in assenza di pre-

[13] Yon, Frith 2021.

vedibilità delle conseguenze giuridiche delle azioni dei consociati. L'obbedienza nei confronti delle prescrizioni normative, non potendo contare sul vincolo del foro interno, necessita almeno del convincimento dell'utilità delle prescrizioni stesse, che viene meno nel momento stesso in cui non solo non si sa in che misura se ne è astretti, ma – soprattutto – non si sa in che misura ne sono astretti gli altri. Prevedibilità è socialità, nel senso che il legame sociale può costituirsi solo a condizione che chi ne è parte sia in condizione di definire la posizione relativa di se stesso e degli altri, il che non è possibile in difetto di prevedibili coordinate dell'agire.

La risposta della dottrina critica della certezza è che l'incertezza, potenzialmente dissolutiva del legame sociale, sarebbe mitigata dall'applicazione di princìpi di giustizia come la ragionevolezza, la proporzionalità, la non eccessività, ma quei princìpi – che in realtà in tanto possono essere vincolanti in quanto siano realmente desumibili dal diritto positivo – non leniscono alcunché, considerato che la loro applicazione, in difetto di un collegamento a prescrizioni più puntuali, implica un margine di discrezionalità non sopportabile. È per questo che, ad esempio, non ha senso contrapporre clausole o princìpi generali e norme a fattispecie, poiché le stesse clausole generali non possono essere riempite di contenuto facendo semplicemente riferimento ai valori dell'interprete, allo spirito dei tempi, al *Volksgeist* o quant'altro, ma vanno ricostruite inserendole appieno nel tessuto ordinamentale. Questo significa che in tanto è possibile dare un significato a una clausola generale in quanto se ne rintracci il segno in plurime norme a fattispecie: clausole generali che non abbiano alcun riscontro in norme a fattispecie, che non lascino il 'segno' nell'ordinamento, sono semplici enunciazioni dell'interprete prive di qualunque corrispondenza col dato normativo. Il fossato fra clausole generali e norme a fattispecie che così frequentemente viene scavato, a me sembra, non ha motivo d'esistere.

5. La certezza possibile

Un'ultima obiezione, tuttavia, viene elevata contro l'aspirazione alla certezza e fa leva sulla presunta impossibilità di avere certezza in ordinamenti complessi come quelli contemporanei, specie se multilivello. Un'impossibilità che deriverebbe dalla vanità di ogni sforzo di ricostruire un complessivo *senso* della nomopoiesi. Lo stesso affastellarsi di norme del più vario contenuto, il sovrapporsi di precetti derivanti da livelli plurimi della normazione (locale, regionale, statale, sovranazionale, internazionale), destituirebbe di razionalità il disegno complessivo della normazione e in mancanza di razionalità generale la certezza si farebbe veramente aspirazione irraggiungibile, mito, anzi vera e propria favola della buona notte, atta al più a placare le ansie dell'aspirante dormiente con la menzogna dell'invenzione letteraria. Non è così.

La mancanza di una razionalità complessiva, per la verità, interessa poco l'operatore del diritto che è chiamato ad agire in settori determinati dell'ordinamento,

nei quali la razionalità è meno difficilmente attingibile, essendo essi strutturati attorno a interessi o gruppi di interessi sociali e privati agevolmente ricostruibili. La razionalità settoriale è dunque sufficiente, sebbene – va riconosciuto – l'abbassamento della qualità della politica la renda più problematica che in passato. L'interprete, ammesso che abbia mai in astratto la capacità d'intendere la razionalità generale, ben s'accontenta in concreto di quella settoriale e ben s'accontenta anche di quella micro-settoriale, nel senso che gli è sufficiente ricostruire quella che presiede alla regolazione dei rapporti che è chiamato a scrutinare. Non è un compito semplice e probabilmente non è nemmeno un lavoro troppo gratificante, ma è esattamente quello che all'interprete del diritto spetta compiere. Troppo comodo farsi usbergo dell'inattingibilità della certezza per sottrarsi all'impegno della sua faticosa ricerca.

Certezza, dunque. Che tuttavia non significa affatto infallibilità naturalistica ('se è A, allora è B'), ma prevedibilità giuridica ('se è A deve essere B'), nel senso che nel diritto non vale il principio di causalità, ma vale quello di consequenzialità deontica, che non comporta l'irrefragabilità dell'evento. Torniamo dunque all'idea del calcolo probabilistico, che non è – ribadisco – infallibilità, ma è comunque processo logico che presuppone la conoscibilità dei dati da calcolare e la conoscibilità del metodo di calcolo. È certezza *giuridica*, ovviamente, ma non per questo è meno certezza.

Di recente la Corte costituzionale, in una notissima sentenza, ha affermato che «Una norma radicalmente oscura […] vincola in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario, in violazione del principio di legalità e della stessa separazione dei poteri; e crea inevitabilmente le condizioni per un'applicazione diseguale della legge, in violazione di quel principio di parità di trattamento tra i consociati, che costituisce il cuore della garanzia consacrata nell'art. 3 Cost.»[14]. L'oscurità del precetto normativo è dunque considerata contraria alla Costituzione perché violativa del principio di pari trattamento e lo è esattamente perché l'oscurità non dà alcuna certezza e apre le porte a qualsivoglia arbitrio applicativo (giurisdizionale o amministrativo che sia). Il principio di certezza, del cui radicamento costituzionale – per vero – nessuno osa dubitare, risulta in questo modo strettamente collegato non solo al principio di libertà (non posso agire liberamente se non conosco le conseguenze dell'azione), ma anche al principio di eguaglianza (non siamo eguali se, a causa della sua oscurità, chi applica la legge può decidere arbitrariamente come trattare questa o quella fattispecie). Si tratta dei due princìpi basilari dello Stato di diritto (e anche dello Stato costituzionale di diritto): la critica alla certezza, pertanto, non è altro che critica alle conquiste che allo Stato di diritto (e allo Stato costituzionale di diritto) hanno, con dura fatica, condotto.

[14] Corte cost., sent. n. 110 del 2023.

Bibliografia

Bobbio 1951 = N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.* (1951), p. 146 ss.

Frank 1949 = J. Frank, *Law and the Modern Mind*, London 1949 (1ª ed. New York 1930).

Grossi 2013 = P. Grossi, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (2013), p. 607 ss.

Luciani 2014 = M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Dir. soc.* (2014), p. 433 ss.

Luciani 2022 = M. Luciani, *Il diritto e l'eccezione*, in *Rivista AIC* (2022), 2, p. 31 ss.

Luciani 2023 = M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto. La restaurazione dell'ordine costituzionale dei poteri*, Milano 2023.

Lyotard 2022 = J.-F. Lyotard, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris 2022 (1ª ed. 1979).

Rey 1989 = A. Rey, *"Révolution". Histoire d'un mot*, Paris 1989.

Schmitt 1970 = C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 5ª ed., Berlin 1970 (rist. dell'ed. 1928).

Yon, Frith 2021 = D. Yon, C.D. Frith, *Precision and the Bayesian brain*, in *Current Biology* 31 (2021), p. 1026 ss.

La certezza delle regole nel diritto commerciale

Enrico Ginevra
Università degli studi di Bergamo

1. Se è forse ovvio che i convegni interdisciplinari rappresentano una speciale occasione istruttiva, in quanto valvole di accrescimento individuale attraverso il confronto tra i diversi angoli visuali di lettura di un certo fenomeno o di dati problemi, credo che una tale conclusione valga a maggior ragione là dove, poi, il tema trattato sia argomento di teoria generale. In effetti, la possibilità di trarre utilità dai risultati delle riflessioni su altre branche è facilitata dalla circostanza che il confronto si svolge al livello più alto della piramide deduttiva, dove le distanze tra le rispettive esperienze meno emergono e i contenuti delle categorie tendono a intersecarsi.

Questo vale anche per chi come me sia coinvolto nella presente sede quale giuscommercialista, per fornire dunque il punto di vista del diritto commerciale. Se la mia materia dipende più strettamente di altre dal *fatto*, cosicché chi lo studia ha – potrebbe pensarsi – solo un compito descrittivo di come questo si atteggia e un tale incarico ci si aspetta che assolva, va detto però che: da un lato, il fatto è nei tempi attuali più "invadente" rispetto al passato nei riguardi delle regole sociali, specie se connesso al mercato; dall'altro, anche capire e spiegare il fatto e le regole che impone nell'epoca in cui viviamo è operazione particolarmente complessa, che di per sé pertanto richiede di volgere lo sguardo al di fuori degli ordinari confini di specialità. E mi pare che in effetti uno snodo importante dello sforzo di comprensione del dato sociale moderno e delle relative regole è rappresentato dai quesiti su *quanto queste debbano essere certe* e *cosa ciò voglia dire*: quesiti coi quali, per le ragioni dette, è più facile confrontarsi servendosi del, e partecipando al, confronto di cui sopra.

A quest'ultimo proposito (cioè della *partecipazione* al confronto) chiedo perdono – sinceramente – degli errori o fraintendimenti che probabilmente attraverseranno il mio discorso, specie là dove proverò a utilizzare categorie più consuete ai cultori di altre materie. Nel tentativo di offrire un contributo effettivo alla comune riflessione preferisco però scontare il rischio di tali errori o fraintendimenti piuttosto che limitarmi a un apporto che, in quanto più sicuro, si rivelerebbe inevitabilmente più superficiale.

2. Iniziamo dunque da un'assunzione, che appunto già in sé implica l'accettazione del rischio di approssimazione o fraintendimento.

Certezza del diritto significa conoscenza e prevedibilità *ex ante* (da parte, tanto dell'operatore che del destinatario) della norma che verrà applicata. L'esigenza di tale conoscenza e prevedibilità può ritenersi legata, specie nella sua realizzazione giuspositivista, a due istanze: (*a*) la selezione di regole (imposte o) condivise, con la conseguente coesione della comunità intorno a quelle; (*b*) la garanzia del privato contro l'arbitrio e l'abuso di chi esercita il potere, magari in nome di quella coesione.

Il diritto commerciale è tradizionalmente un po' ai margini di tali istanze, quasi neutrale rispetto alle stesse. Infatti: (*aa*) È *ius mercatorum*, che come noto nasce con vocazione transnazionale, non certo dunque inteso alla coesione nazionale; (*bb1*) riguarda la disciplina del comportamento del privato nel mercato, che poco risente dell'arbitrio del potere sovrano; e però pertanto (*bb2*) genera il problema della legittimazione del *potere privato*, data la nota cetualità della materia, le sue fonti, i suoi giudici. Il che pone un problema di certezza semmai appunto nei riguardi *delle regole private*, su cui torneremo.

3. Le codificazioni vengono certo incontro storicamente alle due istanze citate. Esse risolvono l'esigenza poc'anzi richiamata per seconda, di porre un limite all'arbitrio del sovrano, nel contesto di un processo che riguarda più direttamente la prima: il consolidamento dello Stato moderno è protezione di una comunità anche attraverso la fissazione delle regole generali su cui essa si fonda e le relative norme attuative.

Nel campo del diritto commerciale, il movimento storico in parola, certo poi rafforzatosi nella più moderna esperienza dell'unificazione dei codici, esprime in modo forte l'idea che la riferita selezione di regole avvenga anche nel campo della vita economica dei privati: cioè che essa sia anche delimitazione di canali e forme di produzione di ricchezza privata. Emerge dunque un'aspirazione al controllo dei processi economico-sociali, seppure in un quadro di politica economica modernamente definito quale liberista. Si tratta di un metodo che si rivela nel tempo compatibile con l'idea di una presenza pubblica nell'economia, la quale nel secolo scorso sopravvive al momento storico in cui originariamente era sorta, data la seppure ridotta legittimazione riservata al governo pubblico dell'economia nella Costituzione.

Tale approccio tuttavia si scontra, in tempi moderni, con la realtà su cui i più generali principi e valori della Costituzione vengono ad agire. Potremmo dire col diritto commerciale *effettivo*, ossia con le regole che il mercato di per sé pone, le quali: (*i*) penetrano nella società internazionale; e quindi, per il canale del diritto dell'economia e dei relativi valori, quali posti dalla Costituzione medesima (la quale come si sa rappresenta in sé fattore di indebolimento dell'approccio giuspositivista), (*ii*) entrano nella politica economica italiana della fine del secolo.

Sono due passaggi diversi, che è bene indicare partitamente. Il primo è il seguente. Poiché il diritto commerciale proviene dal fatto, dallo scambio organizzato per il mercato, la prassi genera continui interessi che richiedono di essere riconosciuti con nuove norme, nell'obbedienza al canone giuspositivista. Ma ciò evidentemente comporta il significativo prodursi di norme esterne al codice civile, le quali divengono nel tempo troppe rispetto all'idea di codificazione: la cui esigenza di elaborazione genera pertanto a sua volta la richiesta di nuovi codici. Si spiegano il TUB, il TUF, il Codice della proprietà industriale, etc.: con sforzi tecnici significativi, e spesso così rendendosi la regola di azione privata comprensibile solo a iniziati – viene a "inseguirsi" costantemente la presupposta certezza del diritto.

Il secondo passaggio deriva dalla constatazione che il mercato si impone nell'economia per la sua efficienza rispetto all'azione commerciale pubblica: quanto meno nel sistema capitalista, nella gara tra i due attori dell'economia, Stato e Mercato, "non c'è storia" in favore di quest'ultimo. La concorrenza diviene dunque regola base della programmazione economica, a cui il legislatore è costretto ad affidarsi dal fatto e dalla formalizzazione dei suoi principi a livello internazionale.

La certezza come esito di una aspirazione al controllo dei processi economici che passi da una tipizzazione dei relativi comportamenti diviene così una barzelletta. Non solo è una forzatura in via di principio, ma è particolarmente antistorica alla fine del secolo e non regge l'urto dell'evoluzione economica internazionale, di cui la globalizzazione è solo l'ultimo piccolo colpo. Lo Stato, nei rapporti col mercato e i suoi attori, deve rifugiarsi nel ruolo di regolatore, peraltro spesso quale delegato dalle autorità sovranazionali europee.

4. Pure la seconda istanza, della certezza come strumento di tutela contro l'arbitrio del potere, si deve confrontare con le peculiarità della materia.

Da questo punto di vista, la certezza del diritto è pensata in relazione alla struttura "classica" della norma, nel contesto giuspositivista: ossia ha come termine di confronto una statuizione basata sul meccanismo del comando/divieto, la cui effettività si affida alla previsione di una sanzione per il caso di violazione. La norma è: «obbedisci, altrimenti sarai punito».

Tuttavia, una tale struttura descrive bene – almeno mi pare – la dinamica giusprivatistica tradizionale, ancora in parte attuale, del diritto civile (si pensi alle norme della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale) ma non quella del diritto commerciale. Questo si basa invece centralmente su una *norma organizzativa*, ossia una previsione che configura e assegna al privato *poteri* rispetto a un'azione-fattispecie: fissando così i presupposti in presenza dei quali a un dato comportamento poiché imputabile, può collegarsi o meno successivamente l'effetto dispositivo. Si pensi ai diritti dei soci, e alle conseguenti delibere assembleari, da cui discendono il diritto ai dividendi, al compenso degli amministratori, il conferimento a questi di poteri rappresentativi, etc.

La reazione nei riguardi del mancato rispetto della norma organizzativa non è la sanzione, la punizione patrimoniale, ma il mancato riconoscimento legale della fattispecie e dunque la mancata produzione di effetti, in conseguenza di una invalidità o inefficacia dell'atto che è esito del comportamento 'organizzato': la mancata legittimazione al voto produce/deve produrre l'invalidità dell'atto, non (a meno che ciò non derivi dal concorso di altre circostanze) il diritto al risarcimento. Ne segue che a una tale vicenda sembra poco collegabile la tradizionale esigenza, a cui risponde il principio della certezza del diritto, di confinare l'arbitrario intervento del sovrano (del giudice) nella sfera patrimoniale del privato.

L'approfondimento di questo discorso non è facile, perché è collegato alla percezione di un'evoluzione dogmatica tuttora in atto, i cui contenuti non sono per nulla pacifici e condivisi, anzi. Larga parte della dottrina privatistica (civile e commerciale) rifiuta peraltro del tutto l'utilità della distinzione sopra indicata. Ma il punto è che – per quanto scettici si possa essere nei riguardi di una nuova dogmatica – la norma organizzativa, che permea il diritto commerciale moderno, il diritto dell'impresa commerciale, *è poco pertinente* con l'esigenza *classica* di certezza del diritto in discussione.

Il che non consente certo di terminare il discorso perché anzi è da qui che deve ripartirsi. Infatti, la norma in questione: *a*) genera un'altra, diversa (e rilevante) incertezza, che va precisata; *b*) per conseguenza provoca un nuovo confronto, differente rispetto a quello connesso alla norma-sanzione, tra previsione formale astratta e interesse concreto, cioè tra valore programmato e valore concretamente in gioco, e dunque tra norma specifica e principio sottostante.

5.1. Partiamo dal primo punto, dal tema del chiarimento dell'esigenza di certezza della norma organizzativa.

Diverso dal problema della prevedibilità della sanzione è quello della prevedibilità della sicurezza dell'*imputazione*, ossia dell'affidabilità dell'effetto organizzativo quale antecedente di quello dispositivo. Come possiamo essere sicuri che l'amministratore il quale ha stipulato il dato contratto per conto della società ne aveva i poteri in forza di una valida nomina assembleare? O che la stessa società sia stata costituita con un contratto conforme al modello legale? Qui è evidentemente in gioco la certezza della legalità della regola privata, e non la certezza della norma di legge in quanto tale. Affinché l'effetto si produca, occorre che la regola privata, a cui la legge riconosce appunto in ultima analisi idoneità a produrre lo spostamento di ricchezza, sia valida o tipica, cioè corrispondente alla fattispecie legalmente produttiva di effetti. E se quella regola è presupposto di altre successive regole che governano altri scambi tra privati, sorge tra questi l'interesse alla certezza della validità della prima.

Si tratta, evidentemente, di un'esigenza specialmente avvertita nel diritto commerciale, che è materia fondata sulla produzione per lo scambio, e dunque sull'esigenza che le fasi di simile processo non siano contestabili o contestate. Ed è materia fondata

sull'affidamento di risorse, e dunque sull'esigenza, tipicamente fiduciaria, che tale affidamento sia stabile e poi funzioni. Mentre è d'altra parte comprensibile che un tale connotato della regola privata non venga avvertito tradizionalmente nel diritto civile patrimoniale, che ha il contratto come proprio orizzonte spazio-temporale. Alla parte contrattuale (in quanto tale) interessa fino a un certo punto che la regola sia certa, dato che questa dal suo punto di vista definisce un programma di breve periodo e di spazio confinato alla controparte. Interessa che sia certa la norma (di legge) che dà forza alla regola (privata) e non l'opposto. La certezza della regola privata, in ottica contrattuale, è in fondo risolvibile sullo stesso piano intra-individuale, delegato al privato dal 1372 c.c. (e infatti è noto nel campo degli affari internazionali, il fenomeno del contratto alieno "omnisciente", che mira a governare ogni possibile aspetto della relazione, coprendo i rischi di inadempimento). Se poi si pone un problema di riflessi della regola contrattuale verso i terzi, per la sua soluzione sarà sufficiente la tutela della buona fede soggettiva, nelle sue sedi applicative (artt. 1153, 1415, 1446 c.c.).

La certezza della regola privata sul piano meta-individuale è invece – si diceva – essenziale per l'imprenditore, che lega i suoi scopi personali alla stabile legalità dell'attività organizzata. Ed è essenziale per creditori ed investitori e *stakeholders* in generale, che allo stesso modo legano i propri vantaggi e le garanzie su cui essi riposano alla stessa dinamica. È indispensabile per tali soggetti che la regola privata su cui la soddisfazione dei relativi interessi riposa sia incontestabile. A ciò ritengo possa forse in parte legarsi il tradizionale peculiare utilizzo della tecnica della tipicità nel diritto societario, la quale non serve, come nel diritto civile, al mero richiamo semplificato di interessi bensì a identificare e selezionare i poteri rilevanti nel contesto relazionale (e reale: v. art. 42 Cost.), e dunque appunto anzitutto alla certezza di un'imputazione di responsabilità e utilità. Dal che si ricava che le recenti proposte di destrutturazione di fattispecie societarie tipiche, quale le srl, che corrispondono ad attori fondamentali della nostra economia non possono non affrontarsi con estrema cautela.

5.2. Sulla speciale esigenza di certezza appena richiamata si insedia del resto la storica invenzione del c.d. *formalismo negoziale*.

Va ricordato al riguardo preliminarmente che l'esigenza di certezza della regola privata non si pone in un ordinamento *formalista*, caratterizzato dalla circostanza che la ripetizione della formula sacramentale di legge ne impedisce la contestazione. L'arcaica *mancipatio* – per fare l'esempio del formalismo più puro – non consente incertezze di sorta sugli effetti a essa collegati, i quali discendono dalla ripetizione della dichiarazione tipica, nelle modalità dovute. L'incertezza si pone là dove la formula invece non c'è o è comunque legalmente costretta da una causa, da una ragione sostanziale che ne regge gli effetti.

Da qui l'idea di utilizzare *strumentalmente* le forme, là dove esistenti, oppure di replicarle, e renderle *negozialmente incontestabili*. È, questa, l'idea di base della intestazione fiduciaria: sin dai tempi romani poggiante – secondo quanto ritengo di avere dimostrato in uno studio al quale ho dedicato tanto – sul concordato strumen-

tale utilizzo di regole della legittimazione formale, ordinariamente implicanti una disposizione in concreto invece non ricorrente tra fiduciante e fiduciario. Ed è l'idea che si ritrova appunto in una delle invenzioni più importanti della storia del diritto commerciale, quella dei titoli di credito: dove la dichiarazione privata nel dare valore alla forma astrae l'obbligazione dalla sua causa, rendendola incontestabile.

Ora, il formalismo negoziale viene recepito e sviluppato in epoca moderna. Diventa formalismo negoziale 'legalizzato'. Entra nella disciplina del diritto commerciale moderno, dell'organizzazione della produzione d'impresa con la pubblicità dichiarativa e costitutiva. Esempio più evidente è la disciplina della nullità delle società di capitali, la cui norma centrale è l'art. 2332. La s.p.a. pubblicamente dichiarata in modo conforme al modello legale rende il regolamento statutario norma organizzativa incontestabile.

Acquisito tale percorso (nei limiti in cui venga condiviso), la domanda di oggi sul senso della certezza delle regole nel mercato è se il riferito *escamotage* formalista basti agli interessi in gioco, se possa cioè considerarsi sufficiente alle contemporanee esigenze del diritto commerciale. Orbene: ritengo che la risposta a un tale interrogativo sia negativa. Quanto meno, essa è negativa nei limiti in cui si constati che è in corso un passaggio, sul piano dei rapporti economici, da un sistema privatistico improntato a garantire il raggiungimento degli interessi individuali a uno in cui l'attenzione si è spostata al fronte della conciliazione di tali interessi con l'utilità sociale. Ove si ritenga che tale scatto sia intervenuto, infatti, e riguardi il diritto privato del mercato, la garanzia dell'affidamento fiduciario delle risorse all'organizzazione d'impresa passa da questione 'privata' dei creditori dell'imprenditore a questione *sociale* (il che è per inciso esattamente quanto era accaduto con riguardo alla proprietà terriera nella vicenda fiduciaria, nel passaggio da Roma a Londra, dalla fiducia Gaiana al trust). Cosicché il meccanismo privato produttivo della regola di affidamento delle risorse all'impresa non può essere più solo presidio dell'efficienza della partecipazione individuale al mercato bensì deve avere riguardo all'efficienza sociale: nella forma, oggi al centro del generale dibattito, della sostenibilità.

5.3. Occorre evidentemente chiarire e sviluppare il punto.

Si scorge, in effetti, nel moderno diritto del mercato, una duplice tendenza nella direzione della certezza delle regole private, che richiama – a livello appunto di regole di fonte privata – la bipartizione ricordata all'inizio (ma in relazione alle 'regole di fonte pubblica') tra certezza come tipizzazione e selezione di valori e certezza come prevedibilità contro l'arbitrio.

Dal primo punto di vista, evidenzio il fenomeno, che potremmo definire rivoluzionario e in effetti disorientante, dell'avvento dei codici di autodisciplina (e più in generale delle fonti di *soft law*), che segna una vicenda di privatizzazione della fonte normativa. Potrebbe forse dirsi essere di fronte a una ricommercializzazione del diritto commerciale: quasi un'inversione del processo di assorbimento legale dello *ius mercatorum* rimontante all'*Ordonnance* del 1600.

In proposito, bisogna sempre tenere presente di avere di fronte una norma "diversa" da quella classica. L'esigenza tipica della norma di diritto commerciale è rivolta alla *realizzazione* del valore *oggettivamente utile*, benché presupponga la garanzia della libertà privata di realizzazione del valore *soggettivamente utile*. E quel *valore utile oggettivo* che si vuole raggiungere oggi deve connotarsi pure quale (non solo economicamente ma) *socialmente* utile, nello specifico senso di non contrastante con l'utilità sociale e non produttivo di ingiusto pregiudizio a determinati beni di rilevanza sociale. In una tale prospettiva, emerge un rafforzamento dell'istanza di certezza, in quanto riguardante una norma rivolta alla realizzazione di un interesse: da un lato, essa presuppone una selezione a monte delle regole private che si reputino preventivamente compatibili con quel risultato; dall'altro, una tale selezione, in quanto relativa alla posizione di un valore sociale, è preferibile che avvenga dal basso e non sia invece eteroindotta dal legislatore. In un tale quadro, diviene naturale che l'ordinamento accetti una propria *sussidiarietà* rispetto alla produzione e certificazione di regole organizzative da parte delle organizzazioni e istituzioni private. E si tratta di un fenomeno che si produce a livello europeo e internazionale, sicuramente di rottura rispetto al sistema classico delle fonti (e giuspositivista in genere), il quale trova manifestazione concreta – liquida, incontestabile – nei codici di *corporate governance*, e nella previsione di una loro recezione con la formula del *comply or explain*, oltre che in generale nei codici etici.

Dal secondo punto di vista (prevedibilità della regola, contro l'arbitrio), rileva l'assunzione dell'affidamento di risorse da parte dell'impresa, destinate a essere gestite secondo lealtà e diligenza, e l'inefficienza "sociale" di una messa in discussione del concreto rispetto di tali criteri. Il rischio collegato alla scongiurata incertezza della regola, quale concretamente osservata, di nuovo, non è tanto di andare incontro a una arbitraria sanzione contro il comportamento vietato, quanto *l'ineffettività*: la mancata realizzazione del comportamento sollecitato e dunque l'effettiva produzione di un pregiudizio sociale. Per scongiurarlo, occorre una norma la quale si concentri appunto (non sul comando o sul divieto del comportamento fonte di disvalore, ma) sulla sollecitazione della condotta produttiva di valore, intervenendo quindi *sui modi di esercizio della libertà di impresa*, per rimuovere possibili incertezze nei riguardi della legalità del comportamento affidato. È in tale quadro che mi pare possa meglio spiegarsi la pervasiva recente produzione normativa in tema di assetti organizzativi d'impresa e di procedimentalizzazione dei doveri degli amministratori di società.

6. Rimane da dedicare qualche cenno all'ultimo profilo tematico, prima menzionato (*supra,* n. 4, *sub b*). L'incertezza eventualmente determinata dalla norma privata organizzativa provoca uno speciale confronto (rispetto a quello connesso alla norma-sanzione) tra previsione formale astratta e interesse concreto, cioè tra valore programmato e valore concretamente in gioco, e dunque tra norma specifica e principio sottostante.

Si tratta ora di avere riguardo a un'incertezza che si manifesta tipicamente in ambito privatistico in sede di interpretazione, la quale se si vuole è figlia dell'unificazione dei codici e prima ancora della pervasività della dogmatica settecentesca di cui il codice civile è in parte tributario. In proposito, va richiamata la superiore evidenziazione che la classica norma-sanzione si adatta bene alla figura contrattuale, ma non alla fattispecie organizzativa, alla quale accede la diversa norma-fattispecie. Il punto è ora conseguentemente riconoscere che sotto queste norme aleggiano *valori diversi*, che possono entrare in tensione dalle incertezze di cui abbiamo parlato.

In sintesi: mentre la protezione contro l'arbitrio è protezione della libertà personale, contro gli abusi del sovrano, la tutela nei riguardi della certezza dell'imputazione nell'ambito mercantile è protezione nei confronti di una *utilità comune* ai mercanti, e oggi (anche) alla collettività sociale: ossia di quel principio considerato nell'art. 41, comma 2, Cost. E se è vero che l'istanza verso la certezza deriva dall'esigenza di effettiva salvaguardia del (non contrasto con) l'utilità sociale, allora è un attimo collegare la sollecitazione del privato al rispetto del vincolo legale non tanto all'art. 2 della Costituzione e dunque al fatto che la libertà trova un limite nella solidarietà, bensì all'art. 3, e cioè alla spinta verso la partecipazione del cittadino alla realizzazione dell'eguaglianza. E un tale sistema di classificazione non può non tradursi in un comando per l'interprete, nel momento in cui questi è chiamato a leggere la norma positiva, eventualmente adattandola alla stregua delle clausole generali pur presenti nei testi di legge. In altre parole, il principio sottostante quella clausola, nel diritto commerciale, deve essere l'utilità sociale o se volete l'eguaglianza e non certo la solidarietà, che è principio attinente alla protezione di un bene individuale e non sociale: altissimo, certo, ma non senz'altro assorbente. Così, per fare un esempio immediato e richiamando uno dei temi classici del diritto societario: in relazione al divieto di abuso di maggioranza in assemblea, altro è ritenere che la certezza della norma che assegna il voto alla libera discrezionalità del socio possa essere scalfita dalla necessità di essere solidali con gli interessi contrattuali degli altri azionisti, altro è pensare che qui sia in gioco l'attrazione degli investimenti verso la produzione commerciale e dunque l'esigenza di erigere una barriera nei confronti di privilegi ingiustificati o di comportamenti fiduciari sleali.

Si tratta di un punto forse trascurato dalla privatistica, civile e commerciale, il quale è suscettibile a sua volta di generare (oltre che un conflitto tra norma astratta e giustizia) incertezza, perché di fatto affida la soluzione del problema interpretativo concreto a un – per necessità, cattivo – adattamento di un principio dettato per altro fine. Se è vero invece che la certezza del diritto significa anche certezza dei principi, questo profilo non può non essere considerato. Il che chiama l'interprete alla permanente attualità di un compito di riordinamento concettuale, alla creazione di una *nuova più moderna dogmatica*, che a mio giudizio non può essere denegato (e che infatti viene prospettato in esito alle analisi della migliore dottrina), magari col pretesto di una presunta inattualità del metodo così proposto.

Bibliografia

Allorio 1956 = E. Allorio, *Certezza del diritto dell'economia*, in *Riv. dir. ec.* (1956), p. 1198 ss.

Alpa 2006 = G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli 2006.

Angelici 1975 = C. Angelici, *La nullità della società*, Milano 1975.

Angelici 1990 = C. Angelici, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano 1990, p. 977 ss.

Angelici 2012 = C. Angelici, *Le società per azioni*, I, *Principi e problemi*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 2012.

Angelini 2012 = F. Angelini, *L'iniziativa economica privata*, in F. Angelini, M. Benvenuti (a c. di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli 2012, p. 115 ss.

Ascarelli 1949 = T. Ascarelli, *Saggi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano 1949.

Barcellona 2005 = M. Barcellona, *Diritto e nichilismo: a proposito del pensiero giuridico postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.* 23 (2005), p. 207 ss.

Barcellona 2007 = M. Barcellona, *Il nichilismo giuridico, la forma nel diritto moderno e il nuovo sovrano*, in *Riv. dir. civ.* 53 (2007), p. 769 ss.

Bobbio 1964 = N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil dir.* (1964), p. 146 ss.

Bobbio 1996 = N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino 1996.

Cataudella 2015 = A. Cataudella, *Nota breve sulla fattispecie*, in *Riv. dir. civ.* 61 (2015), p. 245 ss.

Cattaneo 1966 = M.A. Cattaneo, *Positivismo giuridico*, in *Novissimo Dig. It.*, XVIII, Torino 1966, p. 315 ss.

Corsale 1988 = M. Corsale, *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma 1988.

Cottino 2001 = G. Cottino, *Introduzione al Trattato – Il diritto commerciale tra antichità, medioevo e tempo presente: una riflessione critica*, in *Tratt. dir. comm.*, I, a cura di G. Cottino, Padova 2001.

Denozza 2009 = F. Denozza, *Il "ritorno" delle fonti private nella produzione del diritto commerciale attuale*, in S. Rossi, C. Storti (a c. di), *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive*, Varese 2009, p. 53 ss.

Denozza 2013 = F. Denozza, *Quattro variazioni sul tema: contratto, impresa e società nel pensiero di Angelici*, in *Giur. comm.* 40 (2013), p. 486 ss.

Falzea 1998 = A. Falzea, *La costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.* 44 (1998), p. 261 ss.

Ferro-Luzzi 1971 = P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano 1971.

Gentili 2013 = A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Milano 2013.

Gianformaggio 1986 = L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, in *Digesto Disc. priv., sez. civ.*, Torino 1986.

Ginevra 2012 = E. Ginevra, *La partecipazione fiduciaria*, Torino 2012.

Ginevra 2014 = E. Ginevra, *Premesse a uno studio sulla rilevanza non contrattuale delle società*, in *Studi in onore di Pietro Abbadessa*, Torino 2014.

Gometz 2005 = G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino 2005.

Gorla 1954 = G. Gorla, *Il contratto. I. Lineamenti generali*, Milano 1954.

Greco 2021 = T. Greco, *La legge della fiducia*, Bari 2021.

Grossi 2009 = P. Grossi, *Note introduttive: vocazione corporativa e vocazione globale del diritto commerciale*, in S. Rossi, C. Storti (a c. di), *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive*, Varese 2009, p. 9 ss.
Grossi 2015 = P. Grossi, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.* (2015), p. 921 ss.
Grosso 1968 = G. Grosso, voce *Fiducia (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968.
Guastini 1998 = R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano 1998.
Guastini 2004 = R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004.
Irti 1979 = N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano 1979.
Irti 2014 = N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.* (2014), p. 36 ss.
Irti 2015 = N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.* (2015), p. 297 ss.
Libertini 2015 = M. Libertini, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia II*, in *ODC* (2015).
Libertini 2018 = M. Libertini, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale,* in *ODC* (2018).
Libonati 1998 = B. Libonati, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. Soc.* (1998), p. 1549 ss.
Lipari 1964 = N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano 1964.
Lipari 2008 = N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Milano 2008.
Lipari 2015 = N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars Interpretandi* (2015), p. 55 ss.
Longo 1966 = M. Longo, *Certezza del diritto*, in *Noviss. Dig.it.*, Torino 1966.
Luciani 2020 = M. Luciani, *Certezza del diritto e clausole generali*, in *Questione giustizia* (2020), 1.
Luciani 1990 = M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto. Disc. Pubb.*, Torino 1990, V, p. 375 ss.
Marchetti 2019 = P. Marchetti, *Codici di condotta,* corporate governance *e diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm. soc*. (2019), 1, p. 23 ss.
Mengoni 1987 = L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in F.D. Busnelli (a c. di), *Il principio di buona fede*, Milano 1987, p. 3 ss.
Mengoni 1997 = L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.* 50 (1997), p. 1 ss.
Mengoni, Realmonte 1964 = L. Mengoni, F. Realmonte, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964.
Moschella 1973 = R. Moschella, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano 1973.
Oppo 1979 = G. Oppo, *Diritto cambiario, diritto cartolare, diritto comune: una discussione sul titolo di credito*, in *Riv. dir. civ.* 25 (1979), 2, p. 185 ss.
Oppo 1990 = G. Oppo, *L'iniziativa economica*, in *La costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano 1990, p. 65 ss.
Oppo 2001 = G. Oppo, *Principi*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da V. Buonocore, I, 1, Torino 2001.
Palermo 2010 = G. Palermo, *L'autonomia negoziale nel sistema delle fonti*, in *Riv. it. sc. giur.* (2010), p. 101 ss.
Pino 2018 = G. Pino, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico* (2018), p. 517 ss.
Portale 2008 = G.B. Portale, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. soc.* 53 (2008), p. 1 ss.

Portale 2019 = G.B. Portale, *Dal Codice Civile del 1942 alle (ri)codificazioni: la ricerca di un nuovo diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.* (2019), 1, p. 79 ss.

Rescigno 1988 = P. Rescigno, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.* (1988), p. 1 ss.

Rodotà 2005 = S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 2005.

Romano 2011 = B. Romano, *Forma del diritto e genesi dell'utile*, in L. Avitabile (a c. di), *Il diritto tra forma e formalismo*, Napoli, 2011, p. 5 ss.

Rossi 2013 = G. Rossi *Liberalismo, diritto dei mercati*, in *Riv. società* (2013), p. 749 ss.

Scalisi 2009 = V. Scalisi, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in M. Lobuono (a c. di), *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, Bari 2009, p. 47 ss.

Sciuto 2000 = M. Sciuto, *La "mancanza dell'atto costitutivo" di società per azioni*, Padova 2000.

Spada 2008 = P. Spada, *Destinazioni patrimoniali ed impresa*, in G. Vettori (a c. di), *Atti di destinazione e trust*, Padova 2008, p. 333 ss.

Tarello 1974 = G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna 1974.

Terranova 2014 = G. Terranova, *I principi e il diritto commerciale*, in *Riv. it. sc. giur.* (2014), p. 355 ss.

Terranova 2021 = G. Terranova, *Il ragionamento giuridico*, Milano 2021.

Vassalli 1960 = F. Vassalli, *Estrastatualità del diritto civile*, in *Studi giuridici*, III, 2, Milano 1960.

Zoppini 2009 = A. Zoppini, *Autonomia contrattuale*, *regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, III, II, Milano 2009, p. 55 ss.

Finito di stampare nel mese di febbraio 2025
per i tipi di Bologna University Press

E se avesse ragione Wittgenstein? Se cioè la certezza avesse senso solo all'interno di un sistema? Perché tutti i controlli, tutte le conferme e le confutazioni di un'assunzione, hanno luogo già all'interno di un sistema. E precisamente, questo sistema non è un punto di partenza più o meno arbitrario, e più o meno dubbio, di tutte le nostre argomentazioni, ma appartiene all'essenza di quello che noi chiamiamo argomentazione. Il sistema non è tanto il punto di partenza, quanto piuttosto l'elemento vitale dell'argomentazione. L'ipotesi calza a maggior ragione alla certezza del diritto che appunto si presenta come certezza di qualcosa all'interno di un sistema, il sistema del diritto. È sempre in riferimento ad esso ed al suo interno che dubitiamo o siamo certi. E il diritto è (o dovrebbe essere) per eccellenza sistema: non a caso non c'è altra espressione che 'sistema', o 'ordinamento', per indicare l'insieme di tutto ciò che è diritto.

(Dall'*Introduzione* di Aurelio Gentili)

Antonio Banfi (Milano, 1972) insegna Diritto Romano e Fondamenti del Diritto Europeo presso l'Università degli Studi di Bergamo, dove è stato Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza ed è attualmente Coordinatore del Dottorato in Scienze Giuridiche.

ISBN 979-12-5477-581-3

€ 25,00