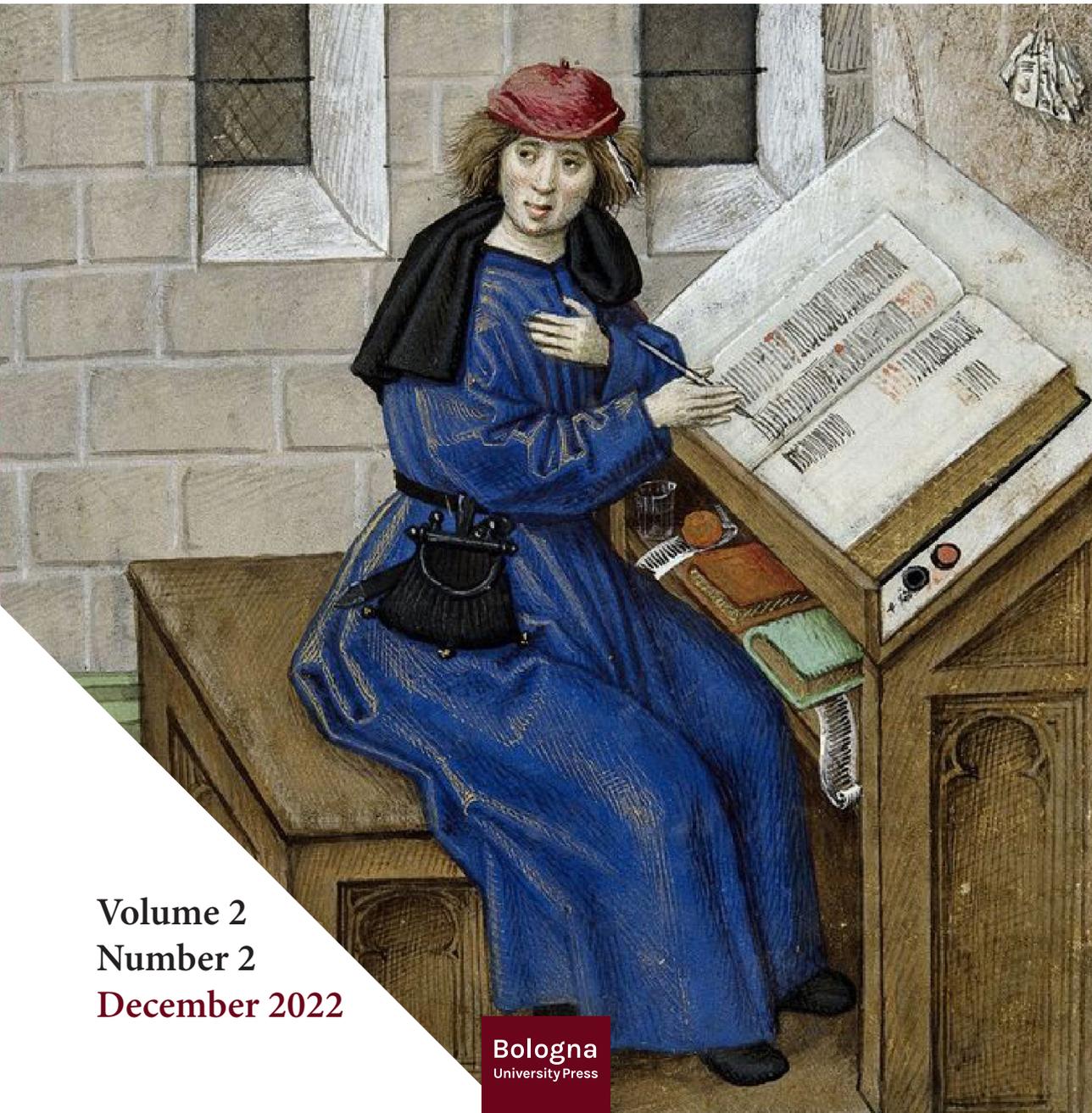




An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence



Volume 2
Number 2
December 2022

Bologna
University Press



Direzione/Editors: A. Banfi (Univ. Bergamo), G. Luchetti (Univ. Bologna), M. Ricciardi (Univ. Milano Statale).

Comitato Direttivo/Editorial Board: M. Brutti (Univ. Roma Sapienza), A. Calore (Univ. Brescia), E. Cantarella (Univ. Milano Statale), E. Chevreau (Univ. Paris Panthéon), M. Miglietta (Univ. Trento), E. Stolfi (Univ. Siena).

Comitato Scientifico/Scientific Committee: Sergio Alessandri (Univ. Bari), Francisco J. Andrés Santos (Univ. Valladolid), Martin Avenarius (Univ. Köln), Ulrike Babusiaux (Univ. Zürich), Christian Baldus (Univ. Heidelberg), Maurizio Bettini (Univ. Siena), Italo Birocchi (Univ. Roma Sapienza), Mauro Bonazzi (Univ. Utrecht), Amelia Castresana Herrero † (Univ. Salamanca), Marco Cavina (Univ. Bologna), Orazio Condorelli (Univ. Catania), Pietro Costa (Univ. Firenze), Laura D'Amati (Univ. Foggia), Wojciech Dajczak (Univ. Poznań), Lucio De Giovanni (Univ. Napoli Federico II), Oliviero Diliberto (Univ. Roma Sapienza), Athina Dimopoulou (Nat. Kap. Univ. Athens), Elio Dovere (Univ. Napoli Parthenope), Roberto Esposito (Scuola Normale Superiore), Giuseppe Falcone (Univ. Palermo), Michael Gagarin (Texas Univ.), Jean-François Gerkens (Univ. Liège), Peter Gröschler (Univ. Mainz), Alejandro Guzmán Brito † (Pont. Univ. Cat. Valparaiso), Akira Koba (Univ. Tokyo), Umberto Laffi (Univ. Pisa-Accad. Naz. Lincei), Andrea Lovato (Univ. Bari), William N. Lucy (Univ. Durham), Lauretta Maganzani (Univ. Milano Cattolica), Valerio Marotta (Univ. Pavia), Thomas McGinn (Vanderbilt Univ.), Guido Melis (Univ. Roma Sapienza), Carlo Nitsch (Univ. Napoli Federico II), Antonio Padoa-Schioppa (Univ. Milano Statale), Javier Paricio Serrano (Univ. Complutense Madrid), Aldo Petrucci (Univ. Pisa), Johannes Platschek (Univ. München), Francesco Riccobono (Univ. Napoli Federico II), Gianni Santucci (Univ. Bologna), Nicoletta Sarti (Univ. Bologna), Aldo Schiavone (ERC-Univ. Roma Sapienza), Alessandro Somma (Univ. Roma Sapienza), Gerhard Thür (Öst. Akad. d. Wiss.), Eduardo Vera-Cruz Pinto (Univ. Lisboa).

Segretario di Redazione: F. Tamburi

Comitato di Redazione: T. Beggio, P. Biavaschi, F. Bonin, P. Carvajal, A. Cirillo, G. Cossa, S. Di Maria, M. Fino, M. Frunzio, O. Galante, S. Liva, E. Marelli, F. Mattioli, A. Nitsch, I. Pontoriero, J. Ruggiero, E. Sciandrello, G. Turelli.



An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence

Volume 2
Number 2
December 2022

Specula Iuris è resa possibile grazie al sostegno del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo, del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano.

Il presente fascicolo è stato pubblicato con i fondi del progetto PRIN 2017: "La certezza del diritto dal mondo antico alla discussione moderna", Unità di ricerca dell'Università degli Studi di Bergamo.

Direttore Responsabile
Giovanni Luchetti

Editorial office
email: redazione@speculaiuris.it

Web page
<http://www.speculaiuris.it>

Print subscription (2 issues)
€ 100

Subscription office
ordini@buponline.com

Publisher
Fondazione Bologna University Press
Via Saragozza, 10
40123 Bologna (Italy)
tel.: +39 051 232882
fax: +39 051 221019

ISSN: 2784-9155
ISSN online: 2785-2652
ISBN: 979-12-5477-283-6
ISBN online: 979-12-5477-284-3
Doi: doi.org/10.30682/specula0202

Registrazione
Tribunale di Bologna, n. 8567 del 03/06/2021

Trascorso un anno dalla prima edizione, i testi sono pubblicati sotto licenza Creative Commons CC-BY 4.0
One year after the first publication, paper are licensed under a Creative Commons attribution CC-BY 4.0

Graphic Layout
DoppioClickArt – San Lazzaro (BO)

Cover
L'autore allo scrittoio, miniatura tratta dal *Roman de la Rose* di Guillaume de Lorris e Jean de Meun, 1490 ca., Londra, British Library, Harley MS 4425, f. 133r.

Sommario

Nota introduttiva MASSIMO BRUTTI	5
-------------------------------------	---

DIRITTI ANTICHI

Per una ricerca sulla certezza del diritto nell'esperienza greca. Tra speculazione filosofica e prassi retorica EMANUELE STOLFI	15
---	----

<i>Ius certum</i> e attività normativa in età monarchica e decemvirale. Lo sguardo di Pomponio M. FLORIANA CURSI	89
--	----

<i>I responsa prudentium</i> in Gai 1.7 e in Inst. 1.2.8 GIUSEPPE FALCONE	133
--	-----

LE TRADIZIONI GIURIDICHE

Certezza del diritto e ordine giuridico moderno: un inventario tra ieri e oggi ITALO BIROCCHI	159
--	-----

La certezza del diritto fra fascismo e repubblica: a proposito di Flavio Lopez de Oñate PIETRO COSTA	179
---	-----

FIGURE DELLA CONTEMPORANEITÀ

La certezza del diritto nello Stato fascista ERNESTO DE CRISTOFARO	223
---	-----

A proposito di certezza del diritto	245
RICCARDO GUASTINI	
Certezza del diritto e legalità costituzionale	253
ROBERTO BIN	
Sulla (in)sostenibile incertezza del diritto penale	261
FRANCESCO VIGANÒ	

Nota introduttiva

Massimo Brutti

Questo volume di *Specula Iuris* è interamente dedicato ad uno schema concettuale che emerge più volte nella storia della cultura giuridica dell'Europa e dell'Occidente: la certezza del diritto. Attorno ad esso si è venuta formando una costellazione di immagini, di volta in volta caratterizzate da intenti descrittivi o da scelte ideologiche, nel contesto di forme sociali e di organizzazioni politiche profondamente diverse e mutevoli nel tempo.

Non intendo illustrare compiutamente il contenuto del volume, che tocca momenti ed ambiti dottrinali tra loro distanti. La nota introduttiva si limita a disegnare alcuni punti comuni ai vari contributi ed alcune peculiarità legate ai rispettivi contesti. I saggi che pubblichiamo propongono istantanee teoriche di un pensiero giuridico in movimento, nel quale la certezza, con vari linguaggi, è individuata come carattere costitutivo essenziale all'esperienza del diritto o come problema e come meta da conquistare.

Il diritto che la scienza definisce certo presuppone enunciati chiari, ragioni intelleggibili, un rapporto lineare tra norme e risoluzione delle controversie. È in particolare l'individuazione del trattamento giuridico da collegare alle singole condotte, ovunque si manifesti un conflitto tra interessi socialmente rilevanti, ad essere pensata e raffigurata nelle dottrine secondo il modello della certezza. Ciò significa che il trattamento è prevedibile in base alla disciplina vigente; oppure in base alla sua interpretazione, necessaria a far rientrare nelle previsioni astratte e nei relativi concetti ogni situazione empirica non espressamente regolata dagli enunciati normativi disponibili. Quando l'incidenza dell'interpretazione è più forte e determinante, allora l'applicazione del diritto, o meglio il passaggio dalla disciplina astratta alla risoluzione delle situazioni controverse, presenta un margine più ampio di occasionalità: lascia aperta la strada al dubbio e ad esiti non sicuri. In questi casi, quali sono gli antidoti all'incertezza?

Un ulteriore aspetto problematico può discendere dal mutamento delle norme nel tempo, quando esso entra in contraddizione con l'esigenza di disposizioni stabili, idonee a rendere prevedibili le conseguenze giuridiche dei comportamenti. Allo stesso modo, ogni decisione creativa è portatrice di un potenziale contrasto con l'idea di un ordine giuridico concluso e conoscibile, al quale ciascuno possa affidarsi, convinto di condividere con gli altri, a parità di condizioni, un trattamento uguale. Da questa tensione scaturisce ancora una domanda. Di

fronte alla mutevolezza e alla fluidità delle discipline e del loro impatto sulla prassi (di fronte all'inflazione dei precetti), qual è la logica che può dare coerenza ed unità agli atti normativi, anche a quelli particolari e concreti?

Le questioni che ho sommariamente riassunto, la stessa idea di certezza come prevedibilità, emergono in più momenti storici, con formulazioni somiglianti, che tuttavia assumono di epoca in epoca strutturazioni teoriche eterogenee; fino allo statualismo moderno, nel quale il primato della legge (in quanto assioma o sistema di assiomi) coincide con il massimo dispiegarsi dell'idea di diritto certo e con la problematicità, mai superata, del confronto tra disciplina e prassi. Nel pensiero europeo del Novecento è stato più volte messo in luce il rapporto contraddittorio tra le leggi ed il meccanismo dinamico per cui si passa dalla determinazione astratta al formarsi di una volontà giuridica concreta (come quella del giudice), non deducibile logicamente ed in modo univoco dagli enunciati normativi, pur dotati di una portata generale. La non deducibilità non può tuttavia significare un'assoluta indipendenza delle decisioni e l'impossibilità di ravvisarne un fondamento nelle norme da cui muovono. Vi è qui uno spazio che è proprio dell'interpretazione: può essere molto ampio, ma non per questo incontrollabile e indefinibile. Il problema centrale – ben chiaro nel pensiero giuridico a noi contemporaneo – è dunque quello della controllabilità razionale delle discrezionalità interpretative. Il presupposto del controllo e della ricostruzione logica di ogni itinerario interpretativo e perciò di ogni norma individuale e concreta (per usare la terminologia di Kelsen) consiste – com'è spiegato da Riccardo Guastini in uno dei contributi al volume – nel considerare che i significati plausibili, quindi sensati per l'interprete e per il contesto culturale entro cui egli si muove, “sono in numero finito e sono identificabili alla luce dei metodi d'interpretazione e degli stili di argomentazione in uso”.

* * *

I concetti storicamente emersi nella tradizione, fino alle sistemazioni moderne, non si allineano secondo una genealogia semplice, ma si sovrappongono, si distinguono e si combinano, con differenziazioni e ritorni. Basta pensare alla pluralità delle fonti nell'età intermedia (“il caos ordinamentale del diritto comune”, secondo la formula impiegata da Italo Birocchi) ed agli elementi di somiglianza con le esperienze odierne, (gli ordinamenti multi-livello formati entro connessioni sovranazionali, i casi di non chiusura del sistema delle fonti). Con riferimento a questo genere di incertezza Birocchi usa la categoria “neo-medievalismo”. E postula la necessità di unificazione delle vie interpretative. Non è il solo caso nel quale il richiamo a situazioni anteriori e remote interviene nella rappresentazione teorica del presente.

L'indagine storica, come i lettori vedranno, serve a mettere a fuoco le diverse combinazioni dei concetti delineati entro contesti di esperienza diversi. Essa quindi relativizza le somiglianze. 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 successi-

ve ritornano, vengono estratti dalla memoria del pensiero giuridico: sono reinterpretati, vissuti in forme nuove e con funzioni legate agli orizzonti storici della modernità.

Sia la riflessione sui diritti greci (nelle pagine di Emanuele Stolfi), sia la ricostruzione del senso e degli sviluppi delle nozioni di *ius certum e lex certa* entro la giurisprudenza romana (nel saggio di M. Floriana Cursi), sia la ricerca (proposta da Giuseppe Falcone) intorno al programma di superamento delle antinomie seguito nella compilazione giustiniana dimostrano come il tema della certezza già appaia chiaramente definito, con articolati dispositivi teorici, nelle culture che accompagnano e definiscono i diritti antichi. Cursi mostra quale sia la prospettiva del giurista romano (il suo sguardo sulla realtà del principato), quando rievoca gli eventi dell'esperienza regia o della certezza perseguita attraverso la normazione decemvirale. Le Dodici Tavole, nel disegno di Pomponio, corrispondono ad un modello che più volte ricorre nella cultura romana. La causa da cui nascono è "l'esigenza di ripristinare la certezza nell'uso del diritto, perduta nel periodo successivo alla fine dell'età monarchica". Gli obiettivi sono "acquisire le leggi delle città greche e fondare Roma sulle leggi" (...*et civitas fundaretur legibus*: un *tópos*, quest'ultimo, che si ritrova in Virgilio, in Livio, in Seneca, in Plinio). ...*Ideo legibus urbem fundavi*... sono le parole che Seneca nel *Ludus de morte Claudii* attribuisce ad Augusto. Questa affermazione, secondo la quale le leggi costituiscono l'organismo collettivo della città, è un frammento di pensiero recepito o reinventato in ambiti assai diversi, fino ad oggi: fino all'identificazione kelseniana tra comunità ed ordinamento normativo, sideralmente distante eppure simile, nello schema essenziale, al binomio *leges-civitas* usato da Pomponio.

Falcone a sua volta mostra un precedente lontano della dicotomia tra discussione giurisprudenziale ed autorità della legge. Egli spiega come la prospettiva giustiniana sia imperniata sulla convinzione ideologica dell'assenza di contraddizioni fra i testi giurisprudenziali coinvolti nell'impresa codificatoria del VI secolo. Questa esclude in linea di principio le antinomie tra i frammenti della *vetus Roma* che entrano nella compilazione. L'ideologia imperiale (e teocratica) agisce in direzione contraria allo *ius controversum*, negando così uno degli elementi strutturali del diritto giurisprudenziale, di cui gli *auctores* romani sono protagonisti.

I saggi contenuti nel volume partono da queste formulazioni lontane da noi, eppure sorrette da un linguaggio che comprendiamo, ove già figurano come elementi centrali la dimensione oggettiva, impersonale del diritto e la sua conoscibilità. L'idea di legge universale, scolpita (come mostra Stolfi) nel pensiero greco, porta con sé la discussione teorica, che tante volte ritroviamo lungo la storia giuridica europea, sui rapporti fra la norma e il mutamento, e parallelamente sul passaggio dall'astrattezza dei precetti alle concrete decisioni giudiziali. Va osservata al riguardo la convergenza di Platone ed Aristotele sulla desumibilità della regolazione di casi specifici dai *nómoi* che i legislatori formulano con una portata universale.

Nei diversi periodi storici esaminati, la conoscibilità (che è la base di ogni certezza) appare più facile da raggiungere quando la disciplina giuridica dei comportamenti si esprime attraverso enunciati normativi astratti e generali, considerati capaci di garantire un trattamento prevedibile ad ogni condotta che sia oggetto di controversia. Affiora così la consapevolezza

che la prevedibilità va misurata nella singolarità dei casi e delle esistenze: è un'idea che riguarda le relazioni tra vita e diritto.

Proprio in opposizione alla certezza, Sesto Pomponio aveva riferito agli antichi re latini – come ricorda Cursi – l'espressione *omnia manu a regibus gubernabantur*. E ciò prima che si creassero le condizioni di uno *ius* oggettivo e visibile.

Spicca, in quel contesto, l'immediatezza degli atti di governo (di cui la *manus* appare come un segno simbolico). Viene così tracciata la nozione del potere senza regole. Un potere solipsistico, che non si fonda su un'intelligenza comunicabile dei fatti da regolare e dei fini da conseguire, che non ha un limite né un'ispirazione vincolata alla coerenza. Se guardiamo questa immagine, che viene da un passato lontano, vediamo anche chiaramente i suoi ritorni: essa infatti è destinata ad emergere in tempi diversi, attraverso reminiscenze o nuove scoperte (dall'Umanesimo in avanti), fino alle involuzioni tiranniche degli Stati moderni: il potere non circoscritto, il comando senza norme che ne prevedano i modi di esercizio e i limiti. Ogni volta con un'identità che il contesto ed i fini contingenti rendono originale.

* * *

Alcuni dei contributi raccolti riguardano l'esperienza italiana contemporanea. Affrontano anzitutto i nodi del Novecento. Mostrano la crescente contrapposizione, parallela allo smantellamento dello statuto albertino, tra la certezza come garanzia di regole uniformi, ancora postulata almeno teoricamente dalle visioni statalistiche del liberalismo, e l'ipertrofia della decisione politica (una componente ed un prodotto delle pulsioni totalitarie), che invade il campo del diritto, piegando a sé l'ordine giuridico e l'interpretazione delle norme.

Il saggio di Ernesto De Cristofaro mette in luce come la certezza sia distorta e negata nel pensiero giuridico del fascismo. Lo schema tradizionale cambia significato e diviene, in alcune formulazioni estreme e perfettamente rispondenti ai tratti istituzionali della dittatura negli anni Trenta, un sinonimo di sicurezza, di impermeabilità della direzione politica, che organizza dall'alto la società fascistizzata: vale a dire l'ordine corporativo, la collaborazione coatta tra le classi, la militarizzazione. Le citazioni di un penalista come Giuseppe Maggiore esprimono una linea comune ai giuristi più impegnati nel sostegno al regime: la volontà dello Stato (pensata secondo forme provenienti dalla filosofia gentiliana e concretamente determinata dalle scelte o dalle mediazioni del dittatore) è l'unica realtà che meriti l'attributo della certezza. In questo quadro, lo strumento della legge viene usato a fini di repressione e di differenziazione delle condizioni individuali (possiamo dire che l'esempio più brutale di differenziazione sia quello delle leggi antiebraiche).

Il saggio di Pietro Costa si sofferma sull'unico tentativo teorico – all'interno degli studi accademici – di capovolgere questa concezione. Si tratta del libro di Flavio Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, pubblicato nel 1942 e destinato a lasciare un'impronta nella cultura giuridica italiana. Sia pure entro una cornice dottrinale lontana dal dramma politico che l'Italia sta

vivendo, si manifesta nell'opera di questo giovane filosofo del diritto una posizione nettamente critica verso l'impianto ideologico del fascismo. Costa ricostruisce il rapporto dell'autore con il pensiero di Giuseppe Capograssi. La certezza della legge gli appare strettamente funzionale alla tutela dell'individuo, contro le indebite pretese dei comandi arbitrari e dell'interpretazione creativa. Queste formulazioni sottintendono un'idea del diritto come struttura dell'esperienza: qualcosa di simile ad un giusnaturalismo non metastorico, ma iscritto nella vita sociale, nella libertà e spontaneità dei singoli. Solo un sistema certo di regole assicura la vita (e la singolarità) individuale. Esso non viene dal nulla, ma si fonda su una trama anteriore alla sua positivizzazione, su una struttura profonda delle azioni umane. Le norme la riflettono ed impediscono che all'ordine (naturale) delle azioni si sovrapponga l'invasione di scelte estemporanee degli organi giudiziari o del potere politico. Si può osservare in proposito che l'equazione tra diritto naturale e storia (tipica di Capograssi) va in una direzione ideologica opposta al fascismo ed alla dissoluzione delle norme a tutela dell'individuo.

* * *

Infine, alcuni scritti riguardano il pensiero giuridico italiano dopo la cesura del 1945; affrontano il tema comune muovendo dai principi del costituzionalismo democratico e facendo i conti con i fatti e le tendenze della prassi, talvolta distanti dal dover essere della certezza.

Questo dover essere è particolarmente avvertito nel settore del diritto penale. Francesco Viganò esamina i presupposti e le forme della legalità penale secondo lo schema illuministico *nullum crimen sine lege* (cui si aggiunge la previsione *nulla poena sine crimine*). Il potere di punire è legittimato dalle norme che lo delimitano, indirizzandolo contro ipotesi di trasgressione quanto più possibile nitide ed inequivoche. La fattispecie fissata dalla legge quale presupposto della pena è necessariamente tassativa. La legge non può essere retroattiva. Il divieto dell'applicazione in via analogica garantisce che l'area del penalmente rilevante non sarà estesa dalla giurisprudenza rispetto a quanto desumibile dal significato più ragionevole della norma (secondo Viganò, è anzitutto il significato che più si attiene al suo tenore letterale).

Dopo aver posto in evidenza il nesso tra certezza e principio di uguaglianza, l'autore affronta il tema dal punto di vista della realtà del diritto penale. Esamina analiticamente i rischi di incertezza derivanti dalle stesse formulazioni normative e poi dall'interpretazione. A questi rischi contribuisce il livello di polisemia del linguaggio normativo o l'impiego di clausole generali, o la commisurazione della pena largamente affidata alla discrezionalità del giudice, o l'intervento dei riti alternativi, o la diversità di esiti delle pene irrogate, dal momento che le modalità e la durata dell'esecuzione dipendono dalle valutazioni dei tribunali di sorveglianza, circa il percorso di rieducazione dei condannati. Viganò prospetta i rimedi esperibili, che ruotano attorno al dovere di precisione, nelle leggi come nella giurisprudenza, ed alla formazione – attraverso la dottrina e attraverso l'opera della Cassazione – di proposizioni normative capaci di porsi all'interno delle previsioni di legge, orientando le operazioni interpretative.

Si tratta di formare un tessuto di precedenti e di regole, che fissino i significati delle norme generali, in modo da riferirle a situazioni più specifiche, con l'obiettivo di rendere prevedibile l'applicazione del diritto.

In ultimo, sulle vie per rimuovere l'incertezza e sui rimedi derivanti dalla legalità costituzionale si sofferma il saggio di Roberto Bin. I rimedi consistono nella formalità del procedimento di formazione delle norme, nella netta chiusura del sistema delle fonti, nella garanzia dei tre gradi di giudizio, nell'affidamento della nomofilachia alla Corte di Cassazione ed in particolare alle Sezioni Unite, nel vincolo che, secondo il dettato costituzionale, lega il giudice al testo normativo e nell'obbligo di motivazione delle decisioni. Nasce da qui il controllo razionale sui modi di applicazione delle norme, a cui si è già accennato e che costituisce la sfida di fondo con la quale si misura il dover essere della certezza.

Va posta in evidenza un'affermazione di Bin che ancora una volta riguarda l'esercizio dell'attività interpretativa. "Quel tanto di certezza – egli scrive – che si perde a causa dell'interpretazione evolutiva, la quale muta nel tempo il significato delle parole per adeguarlo al mutamento della società, lo si riguadagna con la capacità del testo di proporsi come regola dei problemi attuali". Questa capacità va costruita e ciò richiede una convergenza attiva, un lavoro coerente con le norme della Costituzione, da svolgere attraverso una forte tensione unitaria, che accomuni la scienza del diritto e la giurisprudenza.

Scontata l'insufficienza del mero letteralismo quale garanzia per l'attribuzione di significati certi agli enunciati prescrittivi, il problema diventa la definizione di un'interpretazione condivisa, che non pietrifichi il testo normativo, ma ne sviluppi l'adeguamento ai fatti concreti, in un quadro nel quale il principio costituzionale dell'uguaglianza agisce come presidio di un'applicazione ragionevole del diritto.

* * *

Dunque, i saggi compresi nel volume convergono nel mostrare la storicità insita nel problema della certezza, l'intreccio tra motivi del passato ed impegni per il futuro, legati in vario modo alla prevedibilità del trattamento giuridico dei casi. Già nell'antico pensiero greco abbiamo visto quanto sia chiaramente individuata la dialettica tra la legge, a cui si attribuisce il carattere dell'universalità, e l'inesauribile varietà del reale. Questa relazione dinamica – come si è detto – riaffiora, con particolarità diverse, a seconda dei tempi e fino a noi. Perciò ciascuno dei tempi che prendiamo in esame richiede una considerazione storica; ed il presente appare ai nostri occhi come una storia aperta, con problemi ed itinerari di soluzione tutti da verificare.

Le note fin qui formulate suggeriscono due prospettive di lavoro, delle quali la rivista, dopo questo volume e scegliendo altri nuclei tematici, intende ancora occuparsi. La prima è la storicizzazione del presente, che ci fa scoprire le costellazioni di idee ereditate dalla tradizione, il loro mutamento di senso nel tempo. La morfologia dei rapporti sociali e della politica incide sulla genealogia delle idee e dà ad esse funzioni nuove. Nei mutamenti di questa morfologia, lo

studio storico comprende le somiglianze con il passato, i ritorni e le forme nuove del pensiero giuridico moderno.

La seconda prospettiva riguarda il controllo razionale dell'interpretazione nelle prassi attuali. Se questo controllo è così rilevante come si è detto, per l'elaborazione e l'applicazione delle norme, è chiaro che su di esso deve – oggi e per il futuro – costruirsi un lavoro teorico comune, una riflessione, un incontro tra la dottrina giuridica e la giurisprudenza. La discussione circa il lavoro interpretativo e circa l'uso ragionevole delle discrezionalità ha bisogno di entrambi i punti di vista e delle relative esperienze teoriche.

DIRITTI ANTICHI

Per una ricerca sulla certezza del diritto nell'esperienza greca. Tra speculazione filosofica e prassi retorica

Emanuele Stolfi

Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Siena, Italia

Abstract (Italiano)

Questo contributo è dedicato al valore (e problema) della certezza del diritto nella cultura giuridica greca. L'assenza di giuristi e di un concetto di diritto, come distinto da altre funzioni sociali, rende difficile, ma non impossibile, questa ricerca. In particolare l'autore esamina il contributo del pensiero filosofico, tra Platone e Aristotele (e Teofrasto), anche in confronto con una prima fonte retorica (l'opera di Lisia).

Keywords: Certezza del diritto; cultura giuridica greca; *nómos*; legislatore e giudice.

Abstract (English)

This paper focuses on the value (and problem) of legal certainty in the Greek legal culture. The absence of jurists and of a concept of law, as distinct from other social functions, makes this research difficult, but not impossible. In particular, the author examines the contribution of philosophical thought, between Plato and Aristotle (and Theophrastus), also in comparison with a first rhetorical source (the work of Lysias).

Keywords: Legal certainty; Greek legal culture; *nómos*; legislator and judge.

1. Di quel che può o non può cercarsi

Una riflessione dedicata ai tratti assunti dalla 'certezza del diritto' all'interno dell'esperienza giuridica greca esige alcuni chiarimenti preliminari, non solo di metodo. Soprattutto due dati, in larga misura compenetrati, incidono su una simile indagine. Essi rinviano a tratti di fondo assai noti, anche se talvolta – a me sembra – richiamati in modo piuttosto estrinseco, senza trarne le dovute conseguenze nel concreto del lavoro. Potremmo sintetizzarli come altrettante

assenze¹: quella di un'autentica scienza giuridica e quella di una nozione specifica e autonoma di 'diritto' – per esprimere la quale il vocabolario greco, come segnalato da tempo², neppure disponeva di un apposito lemma.

Saremmo allora tentati di liquidare l'argomento nel senso che, entro lo scenario delle *póleis*, vi fosse ben poco spazio per tematizzare, in termini propri e rigorosi, alcuna 'certezza del diritto'. Assenti quanti dovrebbero occuparsene – che sono i giuristi prima e più che genericamente i filosofi. Ma assente, appunto, anche ciò della cui certezza converrebbe discorrere: del tipo, per intendersi, di quel *ius* della cui progressiva trasparenza e stabilità, da *incertum* che era (sin dall'età pre-romulea), parlava Pomponio nell'*Enchiridion*³. Una risposta del genere, tuttavia, riuscirebbe sin troppo sbrigativa, ancor prima che rinunciataria. Non perché si tratti di vuoti lessicali e teorici agevolmente colmabili attingendo a categorie proprie dell'esperienza romana e/o delle sue posteriori rivisitazioni – un approccio sulla cui legittimità avrei in genere molti dubbi, e che comunque richiede di essere sempre praticato con la massima prudenza⁴. Il motivo risiede altrove, e con esso la ragione stessa della ricerca della quale si pubblicano qui i primi risultati.

Se in Grecia non possiamo reperire un ceto giurisprudenziale, ciò non equivale affatto a un'assenza di 'cultura giuridica'. Non solo, infatti, incontriamo innumerevoli legislatori, evidentemente non digiuni di tecnica normativa, ma ci troviamo anche dinanzi a una vasta ed eterogenea gamma di intellettuali (filosofi, retori, poeti, storici) convocati ad affrontare snodi cruciali del diritto, pur sempre a ridosso delle grandi questioni della convivenza umana sollevate entro quella realtà: i temi del potere e della giustizia, dell'organizzazione cittadina e della forza prescrittiva ma anche pedagogica della legge⁵. Ed è appunto guardando a queste voci che possiamo riscontrare, anche riguardo al tema che ora c'interessa, elaborazioni e segmenti teorici d'indubbio rilievo. A patto, naturalmente, di coltivare un approccio aperto e inclusivo, che intersechi saperi diversi (ma poi, a quell'epoca, fra loro tutt'altro che incomunicanti o remoti), senza pretendere di esaurire il discorso nella stretta tecnicità della normativa allora vigente⁶.

¹ Presuppongo quanto, in modo meno cursorio, osservavo in STOLFI 2006a, p. 11 ss., 23 ss., 195, 198 e STOLFI 2020a, p. 39 ss., entrambi con bibl.

² A partire almeno da VINOGRADOFF 1922, p. 19 e GERNET 2000, p. 141. Cfr. anche TRIANTAPHYLLOPOULOS 1985, p. 3; MAFFI 1992, p. 419; JELLAMO 2005, p. 120. A ben vedere, peraltro, la vera eccezionalità è costituita dal latino, e dal fatto che esso disponesse, diversamente da ogni altra lingua antica, di un apposito segno per indicare il 'diritto': *ius*, ovviamente, e distinto assai presto da *lex*.

³ Si veda in particolare D. 1.2.2.1, 3-4. Secondo LANTELLA 1987, 223 ss. "la certezza del diritto" costituisce, nella rappresentazione dell'*Enchiridion*, "un bene politico di primario valore", "un bene caduco" (cfr. D. 1.2.2.3) e tuttavia "ritornante", sino a offrire un autentico "parametro di periodizzazione". Ulteriori indicazioni, anche bibliografiche, sono ora in STOLFI 2022a, p. 215 ss.

⁴ Come segnalavo fin dai tempi di STOLFI 2006a, spec. p. 111 ss., 224 ss. ove bibl.

⁵ Vi ho insistito soprattutto in STOLFI 2020a, spec. p. 17 ss. Più in generale, circa la peculiare accezione che il sintagma 'cultura giuridica' assume in prospettiva storiografica cfr. almeno FERRANTE 2015, p. 80 ss. ove bibl. e LACCHÈ 2018, p. 257 s. In senso critico, scorgendovi "una nozione polisemica e ambigua", si veda però GROSSI 2021, p. 748. Come noto, a una "storia della cultura giuridica" (moderna) era dedicato un libro importante quale TARELLO 1976.

⁶ Un simile approccio – la predilezione per il quale mi è stata talvolta rimproverata – non mi sembra necessariamente costituire un'eresia, o chissà quale innovazione. Già BISCARDI 1982, p. 322 dubitava fortemente, e con piena ragione, che sia "lecito sottovalutare, o addirittura mettere in disparte, la testimonianza delle opere filosofiche, separando con un taglio netto filosofia del diritto e diritto positivo, quasi che autocoscienza ed epistemologia del fenomeno giuridico non servano proprio alla scoperta di certi fondamentali principi, specie ove manca una elaborazione giurisprudenziale in

E a patto – dovrebbe essere altrettanto ovvio, dopo quanto appena ricordato – di porsi sulle tracce non di una meditazione sul ‘diritto’ e la sua certezza, ma semmai della fisionomia e delle implicazioni che quest’ultima assumeva in riferimento alle prescrizioni dei legislatori cittadini⁷, o di eventuali altri ‘ordini nomici’ con esse coesistenti.

Detto altrimenti, e per entrare maggiormente nel merito, 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 iscritte in speculazioni imperniate sulla giustizia e il ‘vivere bene’⁸ che l’organizzazione della *pólis* dovrebbe garantire. Più che un repertorio di principi e univoche soluzioni, si delinea così un cantiere aperto d’idee, progetti d’ingegneria costituzionale, delicati equilibri fra divergenti tensioni, costanti e disomogenei sviluppi teorici. Il pensiero greco, in una parola.

Proverei a fissare fin da adesso cinque motivi, fra loro in vario modo interagenti, che ricorrono nelle testimonianze da me prese in considerazione, e che contribuiscono a disegnare la costellazione di cui si è appena detto, pur senza esaurirla. Innanzi tutto il tema dell’universalità della legge (soprattutto scritta, ma non solo), anche in relazione all’inesauribile varietà del reale, con la casistica che vi si può delineare⁹ – e che sarebbe vano cercare di imbrigliare inflazionando la normativa e le sue più minuziose previsioni¹⁰. In secondo luogo, il rapporto fra *nómos* e *chrónos*, con le diverse declinazioni impresse ai motivi della durata e della trasformazione delle

atto delle norme e degli istituti”. Anche MARTINI 2005, p. 15 stimava “certamente troppo radicale” l’atteggiamento di quanti contestavano l’utilità degli scritti platonici e aristotelici per ricostruire il diritto vigente ad Atene. Ovviamente il problema è semmai, come sempre, di misura e di trasparenza dell’impostazione: nel senso che quelle fonti dovranno essere sì trattate nel nostro campo di lavoro, ma senza dismettere la prospettiva dello storico del diritto, e nel dichiarato intento di ricostruire i motivi di fondo che caratterizzavano quell’esperienza e mentalità giuridica, ancor più che la specifica fisionomia di singoli istituti.

⁷ Che d’ora in avanti indicherò spesso come ‘leggi’, pur nella consapevolezza che una simile traduzione del greco *nómoi* (così come la loro assimilazione alle *leges* romane) si rivela per molti versi inadeguata, impoverente se non distortiva. Ho insistito più volte sul punto, del resto assai noto (almeno a livello di enunciazioni, più che nell’effettiva ricostruzione storiografica). Cfr. almeno STOLFI 2006a, p. 123 ss., 228 ss.; STOLFI 2012a, p. 9 ss.; STOLFI 2020a, p. 52 ss., 79 ss., tutti con bibl.

⁸ In senso, evidentemente, aristotelico: si veda soprattutto *Politica* 3.1280b. Su tale *eu zên*, come finalità primaria della compagine politica e “compito” dell’uomo greco – che proprio in questo viene concepito quale *politikòn zóon* – perspicui rilievi (e una traduzione assai più profonda e complessa di quella usualmente proposta) sono in DE SANCTIS 2020, p. 21 e 279 ss. Circa il rapporto, in Aristotele, fra questo “vivere bene” e la giustizia cfr. anche ZANETTI 1993, spec. p. 134.

⁹ “Il sinuoso e libero scorrere del concreto”, diremmo con CAPOGRASSI 1937/1962, p. 55.

¹⁰ È innegabile che il sovraccarico di disposizioni legislative, con le conseguenti opacità e difficoltà di coordinamento, sia tra i fattori che più rischiano di minare, almeno *de facto*, ogni ‘certezza del diritto’. Nell’effettiva esperienza giuridica greca, peraltro, il problema sembrerebbe porsi più a livello di *psephísmata* che di *nómoi* (ritiene ad esempio che la documentazione epigrafica smentisca l’idea “che gli Ateniesi abbiano approvato troppe leggi” HANSEN 2003, p. 262). La questione dell’ipertrofia normativa, in tempi a noi prossimi, si è fatta evidentemente ancor più complessa e cruciale: cfr. già LOPEZ DE OÑATE 1942/1968, p. 69 ss. e CARNELUTTI 1943/1968, p. 194 ss. Si vedano anche, fra i molti, LONGO 1959, p. 127; CORSALE 1979, spec. p. 28 s.; CORSALE 1988, p. 4. Sul paradosso solo apparente – e in realtà davvero drammatico – per cui “l’eccesso di norme si rovescia in assenza di norme”, da ultimo, IRTI 2021, p. 27.

leggi nel tempo. In terzo luogo, il confronto con l'altra possibile strada che si apre per regolare i rapporti fra consociati, posta non a monte ma a valle dei loro conflitti: la strada, cioè, della decisione giudiziale. In quarto luogo, i possibili contrasti normativi: 'antinomie', ma nel senso più letterale – non del tutto coincidente con quello in cui, a partire da Giustiniano, siamo abituati a usare questo termine¹¹ –, ossia con riguardo a opposizioni fra *nómoi* (alcuni dei quali esulano dai dettami del legislatore cittadino). Infine, la peculiare accezione in cui i Greci intesero l'obbedienza alla legge, quale fenomeno che incide non solo sull'effettività della prassi ma anche sulla 'persistenza in vita' di quei precetti – la cui emanazione deve essere dunque accompagnata da adeguate strategie di persuasione: una costruzione del consenso e insieme un'educazione alla virtù, delle quali la buona politica (e l'accorto legislatore) non può disinteressarsi.

Cercherò più avanti di ripercorrere (separatamente, benché ne siano evidenti le connessioni) ciascuno di questi aspetti. E lo farò rimanendo il più possibile a diretto contatto con le fonti. In effetti le problematiche intercettate sono di tale ampiezza e rilevanza che su di esse si è sedimentata, in molteplici prospettive disciplinari, una bibliografia pressoché inesauribile. A maggior ragione, allora, è da privilegiare un itinerario di lettura radente alle testimonianze antiche, che solo in minima parte indugi sui dibattiti che esse hanno alimentato. È evidente, peraltro, come il sondaggio qui proposto rivesta un carattere orientativo, di mero spunto di discussione. Piuttosto selettivo risulta anche il panorama testuale che vi fa da sfondo, dal cui vaglio ho appunto tratto le cinque linee d'indagine appena menzionate. Le opere con cui mi sono misurato risalgono tutte – e questo non può certo sorprendere – all'Atene del (V ma soprattutto) IV secolo: più specificamente sono riconducibili, in modo più o meno diretto, all'ambiente socratico. Così per gli scritti di Platone, o almeno a lui attribuiti, che con maggiore frequenza intercettano le nostre questioni – a cominciare da *Politico*, *Repubblica*, *Leggi*¹², ma anche *Critone*, *Clitofonte* e *Gorgia*, per giungere a *Epistole*, *Minosse* e *Definizioni*. Ma così, 'discendendo per li rami', anche per i lavori aristotelici a cui più si farà riferimento: *Politica* – così spesso costruita, come noto, proprio in contrappunto con le dottrine socratico-platoniche –, *Etica nicomachea*, *Retorica*, *Costituzione degli Ateniesi* (sospendendo qui il giudizio circa la sua paternità). E così, infine, per il logografo nel cui *corpus* di scritti – autentici o spuri che siano – è stata compiuta una ricognizione¹³: l'unica che ragioni di spazio consentissero di svolgere in

¹¹ Posso rinviare, in proposito, a STOLFI 2017, spec. p. 382 ss. e STOLFI 2018a, p. 201 ss., 241, entrambi con bibl.

¹² Uso, per mera comodità espositiva, le traduzioni convenzionali dei titoli platonici, ma sono ben consapevole di quanto siano in larga misura arbitrarie. Come noto, la resa italiana di *Politéia* è mediata dal latino *Res publica*, e sconta quindi la difficoltà, per i Romani, di reperire un termine con cui indicare la 'costituzione', in piena conformità al vocabolo greco (un vuoto a sua volta significativo). Altrettanto evidente che i *nómoi* – nel lessico del filosofo come in tutta l'esperienza greca – non equivalgono *tout court* alle nostre 'leggi': cfr. *supra*, nt. 7.

¹³ Porre a raffronto la voce di filosofi e retori è pressoché inevitabile, trattandosi delle figure greche che lavorano in maggiore contiguità con l'ambito giuridico. La difformità delle loro testimonianze, peraltro, solo in parte è riconducibile a quella doppia visuale circa la certezza del diritto, intesa quale fatto oppure valore (sul punto, per tutti, GIANFORMAGGIO 1986/2008, p. 83, seguita da DICOTTI 1999, p. 7 s.; cfr. inoltre GOMETZ 2005, p. 25 ss.). Anche nei logografi, infatti, non troviamo registrato il modo in cui effettivamente era applicato il diritto ad Atene, bensì un florilegio di argomenti che, in un processo, si sperava potessero riscuotere successo.

modo non troppo epidermico. Si tratta di Lisia, che sappiamo a sua volta ben inserito – al pari del padre Cefalo e del fratello Polemarco – nella cerchia socratica¹⁴, sino a comparire anche in alcuni dialoghi platonici.

Inutile ribadire la discrezionalità della cernita, e dunque la provvisorietà dei risultati. Essi dovranno essere saggiati, ed eventualmente ricalibrati, tramite ulteriori indagini ‘a tappeto’, con particolare riguardo alla produzione retorica coeva e posteriore. Tuttavia, poiché comunque s’imponesse un’opzione che evitasse di dilatare smisuratamente il lavoro, disperdendosi in infinite microanalisi, quella adottata spero abbia almeno il pregio di introdurci entro un cantiere d’idee che è non solo (relativamente) compatto sul piano cronologico, ma è soprattutto fra i più incisivi che la Grecia abbia consegnato all’Occidente, anche *sub specie iuris* (latamente inteso). Proprio in tale prospettiva cercherò di proporre quest’esercizio di lettura, registrando una serie di dati che mi è sembrato di poter enucleare dopo aver ripercorso quelle opere, da cima a fondo.

Un’ultima precisazione, intanto, si rende opportuna riguardo alle cinque questioni in cui dovremo addentrarci. Da un lato esse si discostano nettamente dal *focus* del discorso di quanti, oggi, guardino alla certezza come effettiva conoscibilità della normativa vigente – o da parte di tutti i consociati o almeno dei ‘tecnici del diritto’ – nonché (se non soprattutto) come uniformità delle opinioni e pronunzie dei giudici¹⁵. Nel caso greco faticheremmo alquanto a far emergere queste due prospettive, considerata la natura non professionale dei *dikastái*, la inesigibilità (persino) da parte loro di una conoscenza delle leggi¹⁶ nonché l’impossibilità di interloquire fra sé e quindi di motivare la sentenza¹⁷. Dall’altra, però, le stesse questioni si avvicinano più volte a quelle evocate, anche in un passato recente, da quanti hanno cercato di spiegare in cosa concretamente consista e si esprima la ‘certezza del diritto’¹⁸. A cominciare

¹⁴ Il che peraltro non gli impedì di scrivere discorsi anche contro altri appartenenti al medesimo ambiente culturale: mi riferisco all’orazione *Contro Eschine il socratico per un debito*, di cui conosciamo (tramite Ateneo) solo alcuni squarci (fr. 87 Bl.). La frequentazione col filosofo vi è comunque richiamata come elemento di affidabilità morale – almeno teorica, e poi di fatto disattesa. L’accusatore sostiene infatti di aver accettato, proprio per questa ragione, di prestare una grossa somma a Eschine: “mi sono lasciato convincere dalle sue parole, perché pensavo che un uomo che era stato allievo di Socrate [...] certamente non avrebbe mai osato comportarsi come fanno gli uomini più disonesti”.

¹⁵ In tal senso, ad esempio, DICOTTI 1999, p. 8 ss., 291 ss. Cfr., tra i molti, anche BERTEA 2002, spec. pp. 47, 60 ss.

¹⁶ Che infatti, come noto, era onere della parte interessata produrre in giudizio, alla stregua di una prova – “non tecnica”, stando ad Aristotele (*Retorica* 1.1375a), che ovviamente parametrava tale qualifica sulla *rhetorikè téchne*. Quest’esigenza che fosse uno dei contendenti ad attivarsi affinché il *nómos* esplicasse i suoi effetti nel processo è espressione emblematica (pur se non esclusiva) del “singolare legalismo” che connota, ai nostri occhi, l’esperienza greca: lo sottolineavo in STOLFI 2020a, p. 58 ss. ove bibl.

¹⁷ Senza che tutto ciò, peraltro, dovesse necessariamente condurre a un’amministrazione del tutto arbitraria della giustizia, dagli esiti affatto aleatori e imponderabili. I giudizi degli storici, in proposito, sono assai più problematici ed eterogenei. Vi torneremo al § 4; cfr. intanto, di recente, ADAMIDS 2017, spec. p. 203 ss.; PEPE 2019, p. 55 ss.; STOLFI 2020a, spec. p. 50 ove altra bibl. Ritiene, in particolare, che “the absence of professional judges did not [...] mean that there was no limit to the elasticity of Athenian law”, OSBORNE 2018, p. 32.

¹⁸ Laddove invece proprio la mancanza di tale chiarimento è stata talora imputata a libri pur fortunati, come quello di Lopez de Oñate. Per alcuni ragguagli (non solo bibliografici) si veda CORSALE 1968, p. 288 s. Sulla circostanza che si parli di ‘certezza del diritto’ per “tutta una serie di concetti, taluni dei quali riflettono esigenze addirittura contrastanti”, cfr. LOMBARDI 1975, p. 568 ss., ove un’analisi di tali significati. Prende atto dell’impossibilità di fissare un’unica nozione di ‘certezza del diritto’, per ricostruire piuttosto la fisionomia che essa assume entro diversi approcci teorici, BERTEA 2002, spec. p. 45 ss.

dalle principali modalità di manifestazione di tale ‘certezza’, per come delineate in autorevoli contributi¹⁹: certezza della vigenza della regola, della sua durata, della sufficienza della norma e del suo significato (così da escludere, rispettivamente, lacune e plurivocità), ma anche, fra l’altro, dell’adempimento del dovere, implicante il principio di legalità (ma anche connesso, aggiungerei, al gran tema dell’obbedienza nel campo del diritto)²⁰.

Accanto all’analogia e alla prossimità, ecco però – immancabile – la differenza profonda, e il senso dell’alterità²¹. Anche in riferimento al nostro tema occorre non smarrire questa duplice percezione, che tante volte scatta davanti al mondo ellenico²²: senza abbandonarsi all’idea (altrettanto semplicistica dell’approccio rinunciatario a cui poc’anzi accennavo) per cui se i Greci non disponevano di uno strumentario lessicale adeguato ad affrontare la ‘certezza del diritto’ nel suo insieme, ebbero comunque ben presenti i principali segmenti teorici in cui essa può logicamente articolarsi. Le cose, in realtà, non sono così semplici.

Tre elementi, in particolare, mi sembrano scolpire la peculiarità greca, tanto più rispetto ai dibattiti dell’ultimo secolo, ma in parte già dallo scenario romano. In primo luogo, la relazione fra certezza e giustizia (o equità). Una relazione problematica e composita, che alla coscienza di alcuni grandi giuristi contemporanei si è presentata come una dialettica ineludibile, dai non pochi risvolti oppositivi²³; ma già è possibile scorgere sottesa a tanta parte dell’esperienza romana: dal culto pomponiano, cui già si accennava, del *ius certum* nel raccontare gli esordi giu-

¹⁹ Cfr. ad esempio ALLORIO 1956, p. 1203 ss. – con l’adesione, fra gli altri, di LONGO 1959, p. 126 (almeno ove il nostro tema venga affrontato nella visuale del diritto “quale complesso normativo”). Annovera almeno “l’osservanza delle norme da parte dei loro destinatari” e “l’univocità delle qualificazioni giuridiche” tra i vari significati che – nella sua “accezione propriamente giuridica”, anziché filosofica e atecnica – può assumere la ‘certezza del diritto’ BERTEA 2002, p. 53 s. Una rassegna “delle condizioni idonee ad assicurare” la stessa certezza, di recente, in PINO 2018, spec. p. 526 s. e 529 s.

²⁰ Come ha efficacemente osservato DE SANCTIS 2020, p. 237, “l’ambito del normativo potremmo cifrarlo con l’etichetta ‘l’uomo è un animale ontologicamente obbediente’, ossia bisognoso di norme”. Sul valore, e le molteplici declinazioni, dell’obbedienza agli occhi del giurista – una prestazione di senso antichissima, accentuata ma non stravolta, dalla recente contingenza pandemica – cfr. ora IRTI 2021, spec. p. 65 ss., 112 ss. Nella nostra prospettiva, più specifica, è stato osservato che la certezza “incrementa l’efficacia e l’efficienza del sistema giuridico”, rendendolo più capace di realizzare i suoi scopi, fra cui appunto quello di “essere obbedito”. Così PINO 2018, p. 523 (l’effettività, del resto, “ha *anche* il significato dell’obbedienza”: CATANIA 2010, p. 111).

²¹ Che rischia invece, a mio avviso, di rimanere sin troppo deflata ove ci si limiti a registrare alcuni dati, pur in sé indiscutibili, come il significato che “il culto della legge teorizzato dai Greci” può ancor oggi rivestire rispetto a “quella somma garanzia della libertà, che è la certezza del diritto”. Così BISCARDI 1982, p. 331 e nt. 54 ove bibl.

²² Lo illustrava assai bene VERNANT 1997, p. 3 ss., spec. 7: egli sottolineava, pertanto, l’esigenza di affrontare lo studio dell’antica Grecia “giocando sulla distanza e sulla vicinanza; allontanandoci per farci più vicini senza il rischio della confusione e accostandoci per meglio cogliere le distanze e insieme le affinità”.

²³ Insisteva ad esempio – nel discutere il libro di Lopez de Oñate che torneremo presto a richiamare – sull’“irriducibile contrasto tra la giustizia e la certezza”, CARNELUTTI 1943/1968, p. 193 ss. (da leggere però assieme ai rilievi, meno critici e perentori, di CAPOGRASSI 1959/1968, p. 243 ss.; cfr. anche CORSALE 1979, p. 15 ss.). Attenua “considerevolmente la rigidità della contrapposizione tra certezza e giustizia” ma perché pone – in modo piuttosto inusuale – quale condizione della stessa certezza “la legittimità”, come “accettabilità sociale della decisione” e conformità a “senso di giustizia”, GIANFORMAGGIO 1986/2008, p. 86. Per una rassegna di voci critiche in merito alla certezza del diritto, vista talora come una “ingenua illusione alla quale si sacrifica un valore forse più importante, e cioè l’adattabilità del diritto alle situazioni concrete”, cfr. di recente PINO 2018, spec. p. 518. Da ultimo parla di un “ingenuo e, per certi versi, nefasto mito della c.d. certezza del diritto” MACARIO 2022, p. 463.

ridici della propria comunità²⁴, alla successiva preminenza di un impianto controversiale – che alla costante ricerca (non tanto della *iustitia*²⁵, quanto) del *bonum et aequum* sacrificava inevitabilmente qualcosa a livello di sicurezza, prevedibilità²⁶ della disciplina e rigorosa applicazione della norma generale e astratta²⁷ –, sino ai rilevanti mutamenti intervenuti in età tardoantica e poi al ribaltamento di prospettiva determinato dalla *permutatio legum* giustiniana²⁸. È invece

²⁴ Si veda *supra*, nt. 3 ove bibl., nonché NÖRR 1976/2002, spec. p. 222; MANTOVANI 2012a, p. 397 ss.; MANTOVANI 2012b, p. 718 ss.; STARACE 2018, p. 177 ss. Peraltro l'immagine che l'*Enchiridion* ci consegna – di una comunità che ai suoi primordi, e poi dopo la cacciata dei re, viveva *sine lege certa, sine iure certo* (D. 1.2.2.1) o *incerto iure* (D. 1.2.2.3) – non significa, a mio avviso, che fino alle prime legislazioni (regie o decemvirali) propriamente non esistesse alcun diritto. Difficilmente può applicarsi a qualsiasi epoca, *sic et simpliciter*, il vecchio rilievo di BOBBIO 1951, p. 150, secondo cui “il diritto o è certo o non è neppure diritto” (già meno drastica l'idea di PRIZZORUSSO 1988, p. 2, per il quale “l'esigenza della certezza è di per sé intrinseca all'idea di diritto”, e tuttavia essa “non esclude [...] la modificabilità dei comandi legislativi”, nel tempo e nello spazio; non troppo diversamente GIANFORMAGGIO 1986/2008, p. 84: “il diritto per questo c'è: per esser certo; cosa che evidentemente non potrà mai compiutamente essere, ma a cui altrettanto evidentemente ogni operatore giuridico non potrà non tendere”). Più facilmente lo storico si riconosce nelle parole di ALLORIO 1956, p. 1200: “vi è senza dubbio un diritto *più certo* e un diritto *meno certo* (anche il secondo è diritto)”, e sarebbe “generica” l'idea secondo cui quello “meno certo è meno diritto”. Rileva, in particolare, come nell'esperienza romana vi fosse un'ègua attenzione per la certezza – se considerata in ottica strettamente legalistica –, mentre essa era assicurata in altra prospettiva, ossia proprio “senza ricorrere al garantismo *legalistico*”, CORSALE 1979, p. 129 ss.

²⁵ Che solitamente rimane estranea all'orizzonte teorico, o almeno lessicale, dei giuristi romani. La troviamo menzionata solo in una manciata di testi, tutti risalenti al III secolo d.C.: SCHIAVONE 2017, p. 401 s. ne desume che tale nozione fosse “estranea alla tradizione del pensiero giuridico romano”. Qualcosa di analogo è riscontrabile già sul terreno religioso e antropologico: mentre la divinizzazione – o concettualizzazione in termini teologici – di *Dike* accomuna l'esperienza greca a varie altre del Mediterraneo antico, a Roma *Iustitia* “non fu che una personificazione tarda, una sbiadita traduzione della greca *dike*” (così McCLINTOCK 2016, p. 75 s.).

²⁶ Di essa, come conoscibilità *ex ante* “degli effetti giuridici che siano per nascere da una determinata situazione di fatto” parlava SCHULZ 1946/1995, p. 206 ss. che vi vedeva una delle due accezioni in cui è possibile parlare di ‘sicurezza’ o ‘certezza’ nell'esperienza romana – ma anche quella che a lungo vi riscosse la minore attenzione (poiché le fu attribuita un’importanza straordinariamente piccola) e trovò di fatto esigua applicazione. In genere, peraltro, nella prevedibilità è stata talora individuata una nozione che “non può esaurire il *concetto* di certezza, anche se può ben essere *criterio* o *condizione* di certezza”: così PINO 2018, p. 520 (più avanti [p. 522] egli insiste sulla circostanza che la stessa “certezza del diritto [...] non è un concetto puramente fattuale naturalistico, ma un concetto *normativo*”). Qualche spunto critico, concentrandosi sulla prevedibilità come riferita alle “decisioni dei giudici”, anche in DICOTTI 1999, spec. p. 8 ss. Il nesso fra certezza e prevedibilità, sostanzialmente nel senso di identificare la prima nella seconda, è invece sostenuto con forza da GIANFORMAGGIO 1986/2008, p. 81 e soprattutto da GOMETZ 2005, spec. p. 22 ss. ove bibl., 193 ss. Cfr. inoltre CORSALE 1979, p. 31 ss. (che in sicurezza, univocità di qualificazione e prevedibilità vede tre diversi campi semantici della certezza giuridica) e BERTEA 2002, spec. p. 60 ss., il quale ritiene che quest'ultima sia – almeno nella prospettiva del giuspositivismo – “concepita come la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti individuali basata sulla conoscenza dei contenuti delle norme di diritto”.

²⁷ In modo non troppo difforme, mutato quel che è da mutare (giacché ultramondano è qui l'obiettivo preminente, costituito dalla *salus animarum*), da quanto accade nell'ordinamento canonico. Sul punto, per tutti, FEDELE 1943/1968, p. 209 s. (si tratta di un aspetto, del resto, ampiamente valorizzato in molti altri scritti di quest'autore: FANTAPPIÈ 2011, p. 275). Sulla persistenza di quel tratto, anche dopo la codificazione (alquanto *sui generis*) del 1917, si veda almeno FANTAPPIÈ 2008, spec. p. 1055 ss.

²⁸ Sulla nuova e nevralgica declinazione che la ‘certezza del diritto’ conobbe nel tardoantico, coi lavori codificatori che ne scaturirono, basti qui il rinvio ad ARCHI 1987, p. 149 ss.; VINCENTI 2003, p. 39 ss.; DE GIOVANNI 2007, p. 333 ss. Cfr., da ultimo, anche BIANCHI 2021, p. 113 ss. ove altra bibl. Circa il compimento della transizione da *ius controversum* a *ius certum* in età giustiniana (allorché “l'involuzione in senso autoritario ha a suo modo delineato la certezza del diritto”), perspicui rilievi in DALLA 2006, spec. p. 1033 (riguardo al nesso fra certezza del diritto e “monopolio interpretativo di Giustiniano”, anche MARTINI 2010, p. 425 ss., spec. 426 ove altra bibl.). Tale transizione partecipa di quella “antitesi”, segnalata da GALLO 2010, p. 39, tra il funzionamento del diritto (soprattutto giurisprudenziale) di età repubblicana e imperiale e la sua nuova concezione al tempo di Giustiniano. Tale antitesi si delinea “tra il porre al di sopra di tutto, nel diritto, la soluzione del caso” (come appunto accadeva ancora coi giuristi del principato) “o, invece, la norma generale e

esattamente quella polarità che nella sostanza rimane estranea alla cultura giuridica greca, dal momento che proprio la giustizia ne costituisce il polo magnetico, contro il quale neppure la certezza potrebbe essere invocata con successo, ma finisce anzi per costituirne solo un'esplicazione, e assieme uno strumento²⁹.

Vi è in secondo luogo il nesso stringente col carattere formale del diritto³⁰: un tratto che quest'ultimo, in Occidente, ha ereditato essenzialmente dal versante romano del mondo antico, per divenire quindi un'architrave della ragione giuridica moderna³¹. Al punto che, in pagine divenute ormai classiche (anche nelle riserve che hanno destato), si trovavano strettamente congiunti – pressoché inscindibili – l'obiettivo della certezza del diritto e “il principio di legalità”, ma con quest'ultimo inteso “come il rispetto di tutte le precise forme prestabilite dalla legge”: forme che “costituiscono la garanzia stessa del diritto, il modo in cui il diritto attua la sua garanzia”, benché poi esse non siano “in sé un fine, bensì un mezzo inteso appunto a conseguire la certezza”³².

Un motivo, infine, tende ad allontanare il panorama greco non già, stavolta, da quello romano – che anzi ne condivide l'essenza profonda, radicata nell'antropologia antica e premoderna in genere – quanto dalle rivisitazioni che i testi del *Corpus Iuris* hanno conosciuto negli ultimi secoli. Mi riferisco alla costruzione di un'idea forte di individualità giuridica, con la conseguente messa a punto (a partire dal Seicento, fra Grozio e Leibniz) di un'organica dottrina del ‘diritto soggettivo’, per la quale vennero sì impiegati materiali romani, ma imprimendo loro tutt'altra architettura teorica, rispondente a esigenze e ideologie esclusivamente moderne³³. Ed è proprio sullo sfondo di questa nuova semantica, e inedita centralità,

astratta”, poiché “nell'un caso si dà preminenza, rispetto alla norma generale ed astratta, alla salvaguardia degli interessi dei soggetti tra i quali si pone il diritto, nell'altro, al contrario, i secondi vengono sacrificati alla prima”. Si vedano anche STOLFI 2017, p. 377 ss., spec. 382 ss.; BRUTTI 2017, spec. p. 103 s. (secondo il quale, dal mondo bizantino in poi, i materiali provenienti da un'esperienza giurisprudenziale “aperta e casistica” sarebbero andati incontro a un'autentica “ossificazione”, come efficacemente la denominava Gramsci); STOLFI 2020b, p. 129 ss. ove altra bibl.

²⁹ Vi torneremo, soprattutto nell'esaminare la prima, terza e quarta delle questioni segnalate: più avanti, §§ 2, 4 e 5.

³⁰ Da non confondere col suo ‘formalismo’, nelle varie accezioni già censite da ORESTANO 1981, p. 383 ss. Ulteriori precisazioni in STOLFI 2010, p. 31, 40 s. e STOLFI 2019a, p. 26. Sui nuovi scenari di senso che si dischiudono oggi al ‘formalismo’, suggestivo – pur se a tratti discutibile, nel suo affidarsi alla ‘forma’ quale unico “salvagente” del giurista – IRTI 2007, spec. p. V ss., 10 ss.

³¹ Importante SCHIAVONE 2017, spec. p. 40 ss., 192 ss. Posso anche rinviare, soprattutto per le ascendenze weberiane di quella “razionalità formale”, a STOLFI 2010, p. 29 ss. e STOLFI 2019a, p. 25 ss., entrambi con bibl. Su “la forma del diritto” cfr. altresì, di recente, BARBERIS 2019, p. 11 ss.

³² Così LOPEZ DE OÑATE 1942/1968, p. 140 s. Nel ricco dibattito cui dette vita quel saggio – un dibattito trasversale a molteplici settori dell'ordinamento, espressivo di un'unità della scienza giuridica allora non proclamata solo a parole – la voce più consonante è, anche sul punto appena segnalato, quella di CALAMANDREI 1942/1968, p. 169 ss. (mentre varie riserve erano espresse da CARNELUTTI 1943/1968, p. 193 ss., con una netta presa di distanze dallo stesso Calamandrei [p. 202 s.]). In senso critico, non tanto (o solo) rispetto al saggio di Lopez de Oñate ma riguardo al suo riuso storiografico e soprattutto alla posizione di Calamandrei (col suo “elogio incondizionato della ‘legalità a tutti i costi’”, espresso “in una pagina dominata da un'ideologia pervicace e da un'incontrollata passionalità”), si veda GROSSI 2000, p. 279 s. Un giudizio più pacato, ricollocando quella sua discussione del libro di Lopez de Oñate entro la visuale di fondo che Calamandrei nutriva circa il rapporto fra giudici e legge, è in NITSCH 2012, p. 278 ss.

³³ Come più volte ho cercato di porre in luce: cfr. almeno STOLFI 2006b, p. 120 ss.; STOLFI 2010, p. 158 ss.; STOLFI 2019b, p. 59 ss. ove altra bibl.

assunta dal *subiectum iuris*³⁴ che non a torto è stato riletto anche il tema della ‘certezza del diritto’. La quale è apparsa appunto “un riflesso, o un particolare modo di presentarsi, del problema dell’individualità come fondamento del diritto”, poiché “l’esigenza della certezza appare come l’esigenza più viva di difesa del soggetto nella sua individualità precisa singola ed irriducibile”³⁵.

Non entro ulteriormente nelle molte questioni che tutto ciò solleva, a livello di comparazione giuridica, sia ‘diacronica’ che ‘sincronica’ (almeno in senso ampio, per evi più che per secoli o decenni)³⁶. Già segnalare rapidamente questi tre elementi dovrebbe essere sufficiente a evitare sommarie sovrapposizioni teoriche, e a indurci a leggere le voci greche all’insegna di una rigorosa contestualizzazione storica, senza vedervi eterne costanti, né univoci presagi di esiti dottrinari fortemente legati alle ipoteche del Moderno.

2. Un primo motivo filosofico: l’universalità della legge

Fissate queste coordinate di lavoro, non resta che immergersi nei testi antichi. Preferirei farlo, però, non ricalcando in modo pedissequo la scansione di autori e opere, ma procedendo per temi, ossia tramite quella griglia di cinque grandi questioni già richiamata. In tal modo diverse voci filosofiche, e poi l’unica retorica che ascolteremo, dovrebbero meglio rivelare persistenze e sviluppi, oppure scarti teorici e mutamenti d’impostazione.

Il primo motivo mi sembra da identificare, come anticipato, nella formulazione universale che è propria del *nómos* – e anzi di esso distintiva, anche rispetto allo *pséphisma*³⁷ (oltre che alla

³⁴ Con l’evidente, e rivelatore, scarto semantico che coinvolge questo sintagma: un’autentica “eterogenesi di significato”, come scrivevo in STOLFI 2010, p. 158. Si veda anche STOLFI 2019b, p. 63 ss. ove altra bibl.

³⁵ Le parole sono tratte da LOPEZ DE OÑATE 1942/1968, rispettivamente p. 112 s. e 114. Quasi superfluo osservare come, negli anni di stesura e apparizione di questo saggio, una così accorata difesa del soggetto e delle sue garanzie, a fronte di regimi totalitari e concezioni organicistiche allora dominanti, rivestisse un peculiare e drammatico significato. Emblematiche – sia in quanto espressamente enunciato sia in quanto lasciato invece trapelare (come mediante la formula crittografica adottata a p. 143) – le notazioni attorno alla persistente “esigenza della legalità” anche nella cornice dello “Stato etico”: LOPEZ DE OÑATE 1942/1968, p. 142 s. Circa la “inviolabilità delle situazioni (soggettive) giuridicamente protette” come idea attorno alla quale si raduna un “gruppo di significati” della ‘certezza del diritto’, cfr. anche LOMBARDI 1975, p. 570. Quel che vale sul versante della microsoggettività giuridica (il nuovo individuo sorto nel cuore della modernità) vale anche su quello della macrosoggettività (statuale). Il rapporto nevralgico più volte tematizzato fra “certezza e statualità del diritto” (così CORSALE 1988, p. 2 s. ma si veda già CORSALE 1979, p. 173 ss.) difficilmente potrebbe essere proiettato in una realtà antica, o anche medievale.

³⁶ Circa il senso in cui intenderei questi due vettori di ricerca, con particolare riguardo agli scenari greci, cfr. STOLFI 2018b, 551 ss., spec. 563 ss.; STOLFI 2020a, p. 237 ss.; STOLFI 2020c, p. 189 ss., spec. 194 ss., tutti con altra bibl.

³⁷ Con le evidenti ripercussioni che soprattutto nel IV secolo assume, a livello politico, il predominio dell’una forma normativa o dell’altra. Basti pensare ad alcuni passaggi dell’analisi che Aristotele dedicava ai cinque possibili modelli di democrazia (*Politica* 4.1291b-1292a), l’ultimo dei quali sottoposto a una critica serrata, poiché in esso “la suprema autorità spetta alla massa e non alla legge”. Vi risultano “sovrani”, anziché i *nómoi*, i decreti (*pséphismata*) dell’Assemblea, sforniti appunto di carattere universale: e “dove non dominano le leggi, non c’è costituzione”. Il rapporto fra le due modalità prescrittive diviene allora – scrive DE ROMILLY 2005, p. 189 (ma si vedano, fra i molti, anche HANSEN 2003, spec. p. 110, 261; MAFFI 2018a, 39, 41, 47; STOLFI 2020a, p. 143; MAFFI 2021, p. 128 ss.) – “il punto chiave di tutta l’opposizione tra la buona e la cattiva democrazia” (senza che peraltro Atene sia espressamente evocata come rappresentativa di quest’ultima: PODDIGHE 2018, p. 175 ove bibl.). Si trattava di un motivo destinato ad accompagnare spesso le critiche alle forme di

decisione giudiziale)³⁸. Possiamo qui prescindere dai delicati problemi inerenti a tipologie e incarnazioni storiche del *nómos*³⁹. Il termine si prestava a ospitare (ben più, di nuovo, che *lex* o ‘legge’) contenuti eterogenei: da quelli di dettame divino o consuetudine religiosa a quello di uso consolidato presso un popolo e poi di prescrizione scritta del legislatore cittadino – a sua volta, ad Atene, incarnato dapprima dal popolo intero riunito in Assemblea (così fin quasi alla morte di Socrate) e più tardi da un apposito collegio di *nomothétai*. La polisemia, o ‘stratificazione semantica’, della parola si spinge fino alla sua attitudine, tra V e IV secolo a.C., a evocare anche regole e forme ordinanti che noi situeremmo fuori del diritto positivo, se non addirittura nella sola sfera etica e religiosa⁴⁰.

Simili elementi – che riemergeranno a proposito di certi fenomeni antinomici⁴¹ – non sono però, al momento, fra i più incisivi nella nostra prospettiva. E ciò sia perché il *nómos* che incontreremo nella speculazione filosofica è solitamente da identificare con la normativa scritta da cui è (o si progetta) regolata l’organizzazione della comunità e la convivenza dei cittadini – il che ovviamente non significa che ne sia interrotto e dissolto, soprattutto in Platone, ogni legame col trascendente⁴². Sia perché il tratto della generalità è comunque insito⁴³ anche in figure nomiche diverse e ulteriori – leggi di natura, panelleniche, comuni, non scritte o divine che siano⁴⁴ –,

governo democratico e le analisi delle sue degenerazioni. Lo ritroviamo ancora in Cicerone, laddove (*Repubblica* 1.27) egli individuava i principali fattori del tracollo della democrazia ateniese nella soppressione dell’Areopago (che in realtà vide solo compressi i suoi poteri, ricondotti alla loro originaria portata: STOLFI 2022b, p. 81 ss. ove bibl.) e soprattutto nel predominio, sulla scena normativa, di *populi scita ac decreta*.

³⁸ Torneremo ampiamente sul confronto con quest’ultima, nel corso del presente § e soprattutto nel § 4.

³⁹ Ho tentato altrove di fornire qualche orientamento nella selva di questioni interpretative e storiografiche che tutto ciò innesca: cfr. STOLFI 2018c, p. 45 ss. e STOLFI 2020a, spec. p. 79 ss. entrambi con bibl.

⁴⁰ Dal che, a mio avviso, anche certi ricorrenti fraintendimenti del ‘conflitto nomico’ al centro di opere come l’*Antigone* di Sofocle. Volervi scorgere un’opposizione fra morale e ordinamento giuridico, o fra ‘disobbedienza civile’ e ‘ragion di Stato’, legge naturale e diritto positivo conduce a sovraimprimere sul testo una semantica che le era affatto estranea, in modo anacronistico e per molti versi impoverente. Ho cercato di motivare questa mia posizione, da ultimo, in STOLFI 2020a, p. 160 ss. e STOLFI 2022b, spec. p. 205 ss., ove bibl.

⁴¹ Si veda più avanti, § 5.

⁴² Basti considerare la relazione adelfica che, nel *Critone*, viene evocata fra *nómoi* di Atene e *nómoi* dell’Ade (vi ho insistito in STOLFI 2012a, p. 82 ss. e STOLFI 2020a, p. 105 ss. entrambi con bibl.). Ma pensiamo anche al forte afflato religioso, o ‘teocratico’, che permea le *Leggi*, ove si progetta la fondazione di una *pólis* in cui dio – e non l’uomo, come per Protagora – sia “metro di tutte le cose” (*Leggi* 4.716c). Tale comunità dovrà fondarsi sul principio secondo cui “le leggi vengono dagli dèi”: SINCLAIR 1993, p. 256 ss. (ulteriori indicazioni in STOLFI 2020a, p. 95 s.; cfr. anche più avanti, § 6).

⁴³ Come espressamente enunciato, ad esempio, in alcuni passaggi del *Politico* di Platone: cfr. più avanti, nel testo e nt. 73.

⁴⁴ Procedo qui, come evidente, per schemi e linee di massima, dovendo rinunciare a varie articolazioni del discorso, che ne imporrebbero un taglio più problematico. Così, in particolare, riguardo alla possibilità di distinguere portata e ambiti operativi delle diverse ‘figure nomiche’ appena richiamate – e che, di per sé, non sono sempre sovrapponibili (laddove invece, almeno riguardo a leggi divine e comuni fra i Greci, ritiene non vi sia “che una differenza terminologica” DE ROMILLY 2005, p. 42). Tale scarto, almeno eventuale, già emerge da quanto Aristotele scriveva in *Rettorica* 1.1373b, riguardo a *nómos koinós* e *ágraphos*, li presentati quali tutt’altro che fungibili (come non lo sono, diversamente da quanto potremmo ricavare da un passo precedente della stessa opera, *nómos ídios* e *ghegramménos*): cfr. STOLFI 2020a, p. 154 ss. ove bibl. e più avanti, § 5. Ricorderei anche, spostandosi più indietro nel tempo (e in ben altro ambito letterario), come la protagonista dell’*Antigone* sofoclea obbedisca – provvedendo alla simbolica sepoltura di Polinice, trasgressiva dei comandi cittadini – tanto a dettami divini (*ágrapha nómina*: v. 454 s.), inderogabili nella loro perpetua e incrollabile universalità, quanto a un particolare “*nómos del fratello*” (vv. 902 ss.), evidentemente tutto legato alla contingente situazione familiare e dunque sprovvisto di quella generalità (sul punto, da ultimo, STOLFI 2022b, spec. p. 216 ss., 246 ss. ove bibl.).

benché rimanga vero che già la forma scritta appare un segno della “vocazione all’universalità”, poiché “dalla scrittura, la legge deriva una cogenza anonima [...] consacra il politico e istituisce nella coscienza comune la *polis*”⁴⁵.

Il *nómos*, dunque, è configurato in termini generali, oltre che (tendenzialmente) perpetui. La contestuale presenza di questi due caratteri vale a distinguerlo subito dal ‘decreto’ emanato dall’*Ekklesia* (sia nel primo che nel II secolo della democrazia ateniese), come siamo soliti ripetere soprattutto sulla scorta di un passaggio delle *Definizioni* attribuite a Platone⁴⁶. Ma cosa significa, e comporta, una formulazione di quel tipo? Quali i vantaggi, e al tempo stesso i limiti, di questa sua natura, che è poi ai nostri occhi (se non già a quelli dei Greci) il primo e fondamentale presupposto per aversi ‘certezza giuridica’? E quali le alternative praticabili, o che almeno in astratto potevano prospettarsi?

Domande visibilmente legate fra loro, e riguardo alle quali si delineano le prime, rilevanti sfasature tra il pensiero di Platone⁴⁷ e di Aristotele. Nel primo, infatti, non sempre o necessariamente questa soluzione – di disciplinare *ex ante* le relazioni umane, tramite comandi rivolti a un complesso astratto e tipizzato di situazioni future, con esiti pertanto in ampia misura prevedibili – è considerata la più adeguata ad assicurare il buon ordine della collettività. Piuttosto, l’assetto ottimale viene fatto talvolta coincidere con quello in cui la cura dell’intera cittadinanza sia affidata all’unico che, simile (benché inferiore) al “pastore divino” dell’età di Crono⁴⁸, disponga veramente della *basiliké* o *politikè espistémè*⁴⁹, cioè all’autentico *politikós*⁵⁰ –

⁴⁵ Così D. LANZA, M. VEGETTI 1977, p. 15 s. Anche l’esperienza del *nómos*, a suo modo, ha partecipato di quel fenomeno di lungo periodo illustrato da DE SANCTIS 2020, p. 111, per cui “nella storia dei molteplici avvicinati degli uomini all’uomo il motore più appariscente, più costantemente attivo e presente è stato la legge [...], nella sua natura prescrittiva, nella sua destinazione universalistica, nella sua potenza formale, nella sua astrazione”.

⁴⁶ Ove peraltro solo il secondo è espressamente enunciato. In *Definizioni* 415b leggiamo infatti che il *nómos* è “decisione politica della maggioranza (*dógma pléthous politikón*) a tempo indeterminato”, mentre lo *pséphisma* costituisce “una decisione di durata limitata”. Quest’ultimo aspetto è stato valorizzato, nel senso indicato nel testo, soprattutto da HANSEN 2003, p. 254 ss.; cfr. anche DE ROMILLY 2005, spec. p. 114. Sull’asciuttezza della nozione di *nómos* così fornita, schiacciata (in modo non troppo diverso dai *Memorabili* di Senofonte: cfr. più avanti, nt. 69) sul momento decisionale e sul nudo dato precettivo, posso rinviare a STOLFI 2020a, p. 148 ove bibl. Anche in *Minosse* 314b troviamo la legge identificata nella “deliberazione della città”, ma queste parole – pronunziate dall’Amico – sono sottoposte a una critica serrata da parte di Socrate (ne esamineremo alcuni risultati più avanti, al § 3).

⁴⁷ In verità, come verificheremo più avanti, già fortemente articolato e distinto, fra uno scritto e un altro.

⁴⁸ Si veda *Politico* 275b-276d.

⁴⁹ La sostanziale identificazione dell’una e dell’altra forma di “scienza” è, sin dalle prime battute, apertamente enunciata dallo Straniero, vero protagonista del dialogo (in cui Socrate ha invece un ruolo curiosamente marginale, in modo simile a quanto ad esempio accade nel *Sofista*: già vi si rifletteva ai tempi di Galeno e Diogene Laerzio). Cfr. *Politico* 259c.

⁵⁰ Sembra che il vocabolo, quale forma sostantivata del più consueto aggettivo (da intendere come ‘attinente alla *polis*’), costituisca un’innovazione platonica. Certo esso non coincide col nostro ‘(uomo) politico’, ma neppure con le diverse voci greche che indicavano – più che quest’ultima figura (poiché nel mondo che ha inventato la politica non esistevano, notoriamente, ‘politici’ nel senso odierno) – quanti avessero una qualche leadership sulla scena istituzionale. Sulla particolarità del termine introdotto dal filosofo, per tutti, ACCATTINO 2010, p. VII s.: sua (a p. XV) è anche la restituzione di tale *politikós* come colui che, nella concezione platonica, “ha la competenza e la capacità di occuparsi della città”. Non stupisce che di un uomo simile Platone non scorga traccia nell’effettiva esperienza storica, con le diverse soluzioni costituzionali che, ‘fisiologiche’ o degenerate che siano, rimangono pur sempre una mera “imitazione” dell’unica costituzione corretta, in cui appunto governa un solo uomo dotato di scienza politica. Cfr. soprattutto *Politico* 291d-293e.

così nell'omonimo dialogo, la cui stesura è usualmente collocata negli anni Sessanta del IV secolo⁵¹.

Qui Platone non esita a includere la “tecnica di fare le leggi (*nomothetikè*)” nella *basilikè téchne* (*Politico* 294a). Tuttavia si dice convinto che il *politikós* possa correttamente governare, e sempre nell'interesse della cittadinanza, sia attenendosi a leggi sia facendone a meno, e “con o senza il consenso dei sottoposti” (*Politico* 293 c). L'irrilevanza dei due dati – l'osservanza delle leggi e l'adesione dei consociati – può in qualche misura stupire il lettore moderno⁵², abituato alla frequente attestazione, nella produzione platonica anteriore e successiva, di motivi sostanzialmente antitetici. In primo luogo, quello della signoria del *nómos* – che, nella città ben ordinata, deve comandare sugli uomini, come se questi ne fossero schiavi, e farsi “padrone” anche di quanti abbiano l'*archè*⁵³. In secondo luogo, quello del rilievo da attribuire all'assenso dei governati, il quale fra l'altro opera da discriminazione fra monarchia e tirannide⁵⁴, e fa sì che all'attività del legislatore debba legarsi una puntuale opera di convincimento sui suoi destinatari⁵⁵. Ma l'idea “che si debba esercitare il potere anche senza leggi” già solleva, nella finzione del dialogo, più di una perplessità in Socrate il Giovane (che la trova “un'affermazione

⁵¹ Sebbene fittiziamente ambientato (al pari di *Teeteto* e *Sofista*, coi quali forma una sorta di trilogia) nel 399. Per una sua collocazione nell'ultima produzione platonica (“the late group of the dialogues”), cfr. ad esempio KAHN 1995, p. 49 ss. ove bibl. Torneremo fra breve sulla posteriorità del *Politico* rispetto alla *Repubblica* (ma non, ovviamente, alle *Leggi*).

⁵² Vi scorge ad esempio “un atteggiamento audace e alquanto sconcertante” DE ROMILLY 2005, p. 170.

⁵³ Particolarmente significativi, dopo l'immagine di Socrate “figlio e schiavo” delle leggi in *Critone* 50e-51a, alcuni passaggi della VII *Lettera* – della cui effettiva paternità si tende ormai a dubitare sempre meno (ampio riesame, da ultimo, in FORCIGNANÒ 2020, p. 9 ss. ove bibl.; cfr. anche VEGETTI 2018, p. 56 e 161) – e delle *Leggi*, sui quali già mi soffermavo in STOLFI 2020a, p. 144 ss. In *Lettere* 7.336e-337a (su cui rimane estremamente suggestiva l'analisi di FOUCAULT 2009, spec. p. 262 ss.) troviamo la convinzione che, una volta usciti da un conflitto interno alla città, occorre istituire un *koinòs nómos*, ed è anzi opportuno che il rispetto delle norme sia ancor più scrupoloso da parte dei vincitori che dei vinti. Il buon ordine della città sarà infatti garantito non solo dal timore (*phóbos*) indotto nei governati dalla ben visibile forza (*bía*) dei governanti, ma anche e soprattutto dal ritegno e rispetto (*aidós*) che essi mostreranno nei riguardi delle proprie funzioni, della *pólis* e delle sue leggi. Proprio nei confronti di queste ultime i governanti dovranno sottomettersi come schiavi (*douléuein*): un rispetto assoluto, l'unico davvero in grado di ingenerarne un altro, nei governati nei confronti di chi comanda loro. L'idea platonica di un completo assoggettamento della comunità politica (a cominciare da chi la guida) ai *nómoi* era del resto enunciata già tramite l'esortazione a “non sottomettere la Sicilia o alcuna città a padroni umani, bensì alle leggi” (*Lettere* 7.334c). Poco più tardi, quando Siracusa è in preda alla *stásis*, il filosofo ricorre a un'immagine analoga, convinto che una buona organizzazione pubblica possa aversi solo laddove il *nómos* “comanda agli uomini come un sovrano, e non gli uomini si fanno tiranni delle leggi” (*Lettere* 8.354c). Toni simili ricorrono nell'ultimo dialogo. Così, nella selezione di coloro a cui sarà da attribuire il potere nella costituenda colonia, occorre in primo luogo considerare l'attitudine di ciascuno a prestare piena obbedienza ai *nómoi*: al punto che gli stessi magistrati dovranno essere considerati “servi delle leggi” (*Leggi* 4.715c: cfr., da ultimo, KNOLL 2021, p. 67 s.). Ritroviamo così l'immagine di un rapporto padrone-schiavo già attestata nel *Critone* e che l'Ateniese aveva evocato anche nelle battute precedenti, per elogiare la relazione che un tempo intercorreva fra il proprio popolo e “le antiche leggi” (cfr. soprattutto *Leggi* 3.700a, ma espressioni analoghe ricorrono anche in altri luoghi dell'opera: REALE 2000, p. 128, ha giustamente segnalato come si tratti di un lessico ricorrente, *Critone* a parte, solo nell'ultima produzione platonica). Ogni comunità in cui il *nómos* “è suddito e senza autorità” è destinata alla distruzione, mentre prospera ove esso sia *despótes tón archón-ton* (*Leggi* 4.715d): padrone assoluto, pertanto, nei confronti di quanti detengano il potere politico (*archè*).

⁵⁴ Così invero anche in *Politico* 276e (da leggere con 289e): cfr. MIGLIORI 2000, p. 256. In Aristotele (*Politica* 5.13131a) la “volontaria accettazione da parte dei sudditi” differenzia piuttosto il governo regio da monarchia e tirannide – a loro volta distinte fra sé dal perseguire l'interesse comune oppure un vantaggio personale (3.1279a-b), avere come scopo il bello oppure il piacere (5.1311a).

⁵⁵ Vi torneremo al § 6.

piuttosto dura da sentire”: *Politico* 293e) e impone allo Straniero di affrontare espressamente tale “questione della correttezza dell’esercizio del potere in assenza di leggi” (*Politico* 294a).

Il ragionamento da lui seguito muove dal rovesciamento di quella che altrove lo stesso Platone addita come la soluzione preferibile – incarnata dall’assoluta signoria delle leggi – e chiama in causa proprio l’universalità peculiare di queste ultime. La cosa migliore, infatti, è “non che siano i *nómoi* ad avere il predominio (*ischúein*), bensì l’uomo regale (*anèr basilikós*) dotato di *phrónesis*”⁵⁶ (*Politico* 294a). La spiegazione rinvia appunto alla circostanza che una (o qualsiasi) legge “non potendo mai abbracciare con esattezza ciò che è ottimo e giustissimo (*tò áriston kài tò dikaiótaton*) per tutti, non potrebbe mai prescrivere il meglio (*tò béltiston*)”: vi ostano quelle “dissomiglianze tra gli uomini e le loro azioni” che precludono a qualsiasi *téchne* di esprimere “qualcosa di semplice che valga per tutti e per tutto il tempo” (*Politico* 294a-b). Ecco allora una singolare raffigurazione del *nómos*: così diversa da altre immagini platoniche delle leggi, “madri” o “nutrici” premurose e sollecite, benché inflessibili⁵⁷. Qui esso viene paragonato a “un uomo prepotente e ignorante, il quale non permette che alcuno faccia nulla contro il suo ordine, che nessuno gli ponga domande, neppure se a qualcuno capiti alcunché di nuovo e migliore che cada fuori dal dettato (*parà tòn lógon*) che egli ha stabilito” (*Politico* 294b-c).

La “semplicità” della legge⁵⁸ – una formula destinata a fortuna plurimillennaria, ma qui connotata in termini tutt’altro che positivi, o almeno non come fine primario da raggiungere – si misura dunque nella sua invarianza dinanzi alle specificità individuali⁵⁹, ma anche rispetto ai mutamenti che intervengono nel tempo⁶⁰. La legge stessa, allora, non costituisce (*Politico* 294c-d) “la cosa più corretta (*ouk orthótaton*)”, e il farvi ricorso si pone solo all’insegna della necessità (*anankáion*): come il male minore, nella difficoltà pratica di realizzare la disciplina ottimale. Questa sarebbe integrata qualora l’*anèr basilikós* potesse “sedere per l’intera sua vita accanto a ogni singolo individuo e prescrivergli con precisione ciò che gli si addice” (*Politico*

⁵⁶ Circa la complessa semantica che quest’ultimo termine assume nella riflessione politologica greca (con particolare riguardo, in verità, ad Aristotele ancor più che a Platone), penetranti rilievi in DE SANCTIS 2020, p. 23 ss. e 288 s. Cfr. già, fra gli altri, GASTALDI 1981, p. 124 ss.; ZANETTI 1993, spec. p. 10 e 133; DETIENNE, VERNANT 2005, p. 243 s.; BANFI 2010, p. 29 ss. Altre indicazioni, anche bibliografiche, in Poddighe 2018, p. 166 e Stolfi 2018c, p. 53.

⁵⁷ Si veda *Critone* 51c-e e 54b. Mi sono soffermato su quest’immagine socratico-platonica in Stolfi 2012a, p. 81 s. Se alle leggi scritte convenga guardare quali “un padre e una madre amorosi e assennati”, oppure “come un tiranno, un padrone che si allontani dopo aver affisso [...] ordini e minacce sui muri” tornerà a riflettere l’Ateniense di *Leggi* 9.859a. Si sofferma su certe vicinanze fra questa immagine e quella del filosofo nel *Fedro* – ove egli è padre di *lógoi*, ma anche genitore dei cittadini, perché loro educatore – GASTALDI 1984a, p. 85 ss.

⁵⁸ La sua costante *haplotes*, a fronte di cose che semplici non sono mai: *Politico* 294c. (“semplice [*aplē*]” è, in un frammento sofocleo, anche la giustizia di Ade, che invece non conosce l’*epieikēs*: cfr. Piazza 2009, p. 10 s.). Nel precedente riferimento (di Socrate il Giovane) alla legge che “si comporta nei confronti di ciascuno di noi semplicemente”, l’avverbio è *atechnōs*: vi è stato talvolta individuato un gioco di parole (del resto non infrequente in Platone) con *atechnos*, ossia ‘in maniera non tecnica’. Come a dire che nella sua ‘semplicità’ il *nómos* si rivelerebbe carente di (o esterno a) quell’unica vera *téchne* che è anche *epistēmē*: quella politica o *basilikē*.

⁵⁹ In modo simile a come, in altri luoghi, Platone parla dei limiti del discorso scritto (ma scritto è qui costantemente considerato anche il *nómos*), il quale non può adattarsi alle differenti prerogative individuali, né servirsi degli argomenti più idonei rispetto a ciascun destinatario. Si veda *Fedro* 274c ss.

⁶⁰ Dovremo tornare (più avanti, § 3) su quest’ultimo punto, con la diversa portata assunta altrove dal rapporto fra *nómos* e *chrónos*.

295b). Nell'evidente impossibilità d'integrare questa condizione, il governante dovrà agire – spiega lo Straniero – come quegli allenatori che, non avendo modo di “lavorare di fino, individuo per individuo, prescrivendo a ciascuno ciò che si addice al suo corpo”, optano per “assegnare, in maniera più approssimativa, la regola di ciò che per lo più (*epì tò poly*) e per molti (*epì pollous*) torna utile ai corpi”⁶¹.

Un simile metro di valutazione – centrato su quanto avviene nella maggioranza dei casi (*l'id quod plerumque accidit*, si sarebbe poi ripetuto per secoli), e inevitabilmente posto a parametro dell'enunciazione generale propria della legge – era destinato a tornare molte volte nel sapere antico: da Aristotele (ne vedremo alcune testimonianze) a Teofrasto, sino ai giuristi romani del II e III secolo d.C.⁶². Nel nostro dialogo, tuttavia, quel dato si iscrive in una speculazione che non solo enfatizza⁶³ il carattere approssimativo e perciò imperfetto del *nómos* – conseguente al suo tenore generale –, ma soprattutto ribadisce con insistenza la superiorità della *politikè epistème*, propria dell'*anèr basilikós*, anche sulle leggi⁶⁴. Ne è chiara manifestazione la facoltà, riconosciuta al *politikós* (e che riuscirebbe invece esiziale se altri la esercitassero: *Politico* 300d-e), di modificare i *nómoi* – o discostarsene, anche se scritti – qualora lo impongano le mutate circostanze e ciò riesca benefico per i destinatari delle ‘cure’ normative⁶⁵.

⁶¹ Così in *Politico* 294d-e, sostanzialmente ripreso in 295a (ove si aggiunge la precisazione che il legislatore procederà in tale forma “sia che consegni la legge in uno scritto, sia che ponga un *nómos* non scritto, servendosi delle consuetudini degli antenati”).

⁶² Con esplicito richiamo, da parte di alcuni di essi, allo scolarca del Peripato. Così Pomponio, in (25 *ad Sab.*) D. 1.3.3, scriveva che *iura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his quae epì tò pleíston accidunt, non quae ek paralógon* (lievemente diversa la logica per cui Ulpiano parlerà di un *constituere iura* che si realizza *non in singulas personas, sed generaliter*: [3 *ad Sab.*] D. 1.3.8). Il ricordo dello stesso, o almeno contiguo, orientamento di Teofrasto sarà anche in Paolo: (17 *ad Plaut.*) D. 1.3.6. Nella medesima direzione, come già colto dai giustiniani, si era mosso in precedenza Celso, pur senza ricorrere al pensiero teofrasteo: cfr. (5 *dig.*) D. 1.3.4, ma anche (17 *dig.*) D. 1.3.5. Lo stesso può dirsi per Giuliano, di cui si veda soprattutto (59 *dig.*) D. 1.3.10, nonché (15 *dig.*) D. 1.3.12. Su questa catena di testi, alcuni rilievi in STOLFI 2002, p. 299 ss. e STOLFI 2018c, p. 56 s., entrambi con bibl., nonché ora in COSSA 2021, p. 160 s. Sulle dottrine di Giuliano è tornata, da ultimo, MASI DORIA 2022, p. 47 ss. Su quelle di Celso si vedano almeno SCARANO USSANI 1989, p. 124 s. (che vi scorgeva, “indipendentemente dalla derivazione da Teofrasto o da altri filosofi”, una riflessione che nel suo insieme “ben si adattava all’empirismo del giurista, ai criteri di selezione epistemologica che questo implicava”); GALLO 1997, p. 257 ove altra bibl. (ad avviso del quale in D. 1.3.4 viene espresso “un canone basilare per la produzione normativa”); CASCIONE 2016, spec. p. 158 s.

⁶³ Ben più di quanto accadrà già in Aristotele, nella cui prospettiva il tenore universale della legge comporta la possibilità che si diano casi ad essa non riconducibili. Si tratta però, come vedremo, di lacune fisiologiche e in nessun modo imputabili a colpe del legislatore. Quella dello Stagirita è perciò una realistica presa d’atto, che non impedisce di scorgere nella previsione generale e astratta della legge la migliore garanzia di un disciplinamento razionale dell’interazione umana.

⁶⁴ Oltre che su altre *téchnai*, come quella retorica, militare e giudiziaria: si veda *Politico* 304d ss. spec. 305e. Già in precedenza di chi padroneggiasse quel sapere, e fosse perciò *sophòs kai agathòs anér*, si diceva che avrebbe offerto “come legge la sua tecnica”, essendo la forza di quest’ultima “più potente di quella delle leggi” (*Politico* 297a). La subordinazione dell’“arte di presiedere ai giudizi” a quella “regale”, ossia del ben governare e dare buone leggi, è enunciata – almeno in riferimento al mitico legislatore cretese – anche nel *Mimasse*: si veda più avanti, § 4.

⁶⁵ Il *politikós* viene in effetti paragonato a un medico che, nel separarsi dal proprio paziente, gli lasci un promemoria scritto con le dovute prescrizioni: al proprio ritorno, constatate le diverse condizioni di salute, non esiterà a modificare convenientemente la terapia, sempre nell’esclusivo interesse del malato (*Politico* 295c-296a: scorge qui, da parte di Platone, un’autentica “critica alla scrittura delle leggi” VEGETTI 2018, p. 227 s.; nel complesso ritiene invece che l’autore del nostro dialogo “is both a legalist and an anti-legalist” HORN 2021, p. 89). Né può valere l’obiezione per cui, fuor di metafora, la variazione legislativa sarà accettabile “solo dopo aver persuaso la propria città”: chi ragionasse in questi termini dimenticherebbe l’incolombabile divario di *téchnè* fra autore e destinatari dei precetti – non diversamente, di nuovo, da quanto accade fra medico e paziente –, così che sarà in realtà compito del primo evitare in ogni modo che i secondi incorrano in “un errore contro la tecnica (*parà tèn*

Un contegno simile nulla ha in comune con quello del tiranno⁶⁶, il quale pure, altrove, viene costantemente descritto proprio come colui che si muove fuori e contro le regole, pretendendosi smarcato dalla loro presa⁶⁷. Il punto essenziale – il vero discrimine – dipende dal disporre o meno della *politikè téchnē*⁶⁸: al che si lega il fatto che ogni potere dispotico ricerca il proprio esclusivo vantaggio (e per questo fa violenza su chi gli è asservito, mirando a ottenerne la cieca obbedienza anziché l'effettiva adesione)⁶⁹, mentre nella nostra opera Platone “non sembra essere [...] sfiorato dal dubbio che il vero politico, laddove esista, possa agire per un fine diverso dal bene dei suoi sottoposti”⁷⁰. ‘Laddove esista’ (ed eventualmente, aggiungerei, sia riconoscibile): ecco il vero punto debole del *politikós*, che il filosofo non ignorava affatto.

téchnen hamártema)”. Si veda, su tutto questo, *Politico* 296a-297b ma anche 300d, ove è ulteriormente richiamata la possibilità di svincolare l'*aner basilikós* dai *grámmata*, “quando gli sembrano migliori cose diverse e contrastanti con quelle da lui messe per scritto come ordini destinati a persone lontane”. Muove proprio dalla forte analogia instaurata da Platone fra *iatríké* e *politikè téchnē*, per proporre un'elegante lettura dei luoghi del *Politico* che più ci riguardano, DE SANCTIS 2009, spec. p. 43 ss. Una somiglianza fra legislatore e medico era prospettata, pur se in termini lievemente diversi, anche in *Repubblica* 8.564b-c; ma si tratta di un motivo di ampia diffusione nel nostro filosofo (alcune indicazioni bibliografiche in GASTALDI 1984a, p. 104, nt. 3; sul paragone proposto nelle *Leggi* torneremo al § 6). Circa l'idea platonica della città malata e dei filosofi-governanti come medici, per tutti, VEGETTI 2003, p. 86 ss. Per un'implicita ma evidente contestazione degli argomenti esposti da Platone nel *Politico*, e del senso stesso del confronto col medico, si veda Aristotele, *Politica* 3.1287a.

⁶⁶ Un accostamento fra questi, ma connotato in termini affatto particolari, e il “vero legislatore” è piuttosto rinvenibile in *Leggi* 4.710d-711a: si veda più avanti, § 3, nt. 105.

⁶⁷ Al punto da smarrire addirittura i connotati umani, o assumerne di mostruosi. Celebre, ed efficacissima, la sua rappresentazione quale un licanthropo, fornita dallo stesso Platone in *Repubblica* 8.565d-e. Penetranti rilievi in LANZA 1977, p. 65 ss. e CARILLO 2007, p. 96 ss. Altre indicazioni in REGGIANI 2015, p. 209 s. e STOLFI 2022, p. 122. L'estraneità e avversione del tiranno a ogni ordine nomico – il suo “sfuggire alla legge e alla ragione” (*Repubblica* 9.587c) – partecipa della sua assoluta sferatezza, della sua edacità bestiale e sessualità abnorme: in una parola, del suo essere alla mercé dei propri appetiti, dei quali è egli stesso schiavo, prima di aspirare ad aggiogare tutti gli altri in servitù – come una servitù al quadrato, pertanto. Ancora platonica (soprattutto in *Repubblica* 8.569c) è la più calzante raffigurazione in tal senso: ne condensa efficacemente il pensiero GASTALDI 2008, p. 95.

⁶⁸ Il governare *tyrannikós* può essere anzi considerato la perfetta antitesi del governare *politikós*. In tal senso sembra delinearci una rilevante continuità fra la prospettiva di Platone e quella di Aristotele. Particolarmente significativa, in quest'ultimo, un'enunciazione apparentemente cursoria, allorché di Pisistrato viene detto che avrebbe esercitato il suo potere ad Atene “in modo più politico (*politikós*) che tirannico (*tyrannikós*)”. Così in *Costituzione degli Ateniesi* 14.3 e 16.2, su cui ha richiamato l'attenzione, di recente, CARILLO 2019, p. 79 e nt. 1.

⁶⁹ Quello dell'obbedienza incondizionata perseguita dal *tyrannos* è un tipico motivo tragico: STOLFI 2022b, spec. p. 155, 173 ss., 194. La circostanza che solitamente egli non si curi del consenso dei governati, né aspiri a ottenerne la persuasione con argomenti razionali, incide anche sulla raffigurazione della sua attività normativa. Sempre in ambiente socratico, è soprattutto Senofonte a insistere su quest'aspetto, allorché (*Memorabili* 1.2.40 ss.) tende a identificare il *nómos* con le prescrizioni emanate da chi comanda in città, tanto che si tratti della maggioranza del popolo (in un regime democratico), di pochi (in un'oligarchia) e persino, appunto, di un tiranno (1.2.43). In quest'ultimo caso viene però introdotto un dato nuovo, di notevole interesse: è infatti richiesta l'adesione dei consociati, adeguatamente raggiunti da un'attività preliminare di persuasione (un motivo che sarà poi decisivo soprattutto nelle *Leggi* platoniche, ma ormai affatto svincolato dalla provenienza tirannica: si veda più avanti, § 6). In mancanza di tale convincimento, la legge si ridurrebbe a mera coazione (*anomía*, quale negazione e non solo assenza del *nómos*: OSTWALD 1969, spec. p. 85): come tale incapace di differenziarsi da *bía*. Un esito che avrebbe luogo, in verità, sia nel caso di una disposizione (scritta) emanata con la forza dal tiranno, sia riguardo a ciò che “per scritto o in altro modo” – variazione forse non irrilevante – “viene imposto senza persuasione” da una minoranza alla maggioranza, sia infine quando l'imposizione provenga da tutto il popolo, a danno dei ceti abbienti e “senza ottenerne il consenso” (cfr., su tutto ciò, almeno GIGANTE 1993, p. 159 ss.; HARRIS 2006, p. 48 s.; CANFORA 2019, p. 89 s.; STOLFI 2020a, p. 148 ss.). Di un tiranno che può invece legiferare usando “argomenti di persuasione e insieme di violenza” parlerà più tardi Platone: *Leggi* 4.711c, da valutare però con quanto precisato in 4.722e-723d.

⁷⁰ In questi termini ACCATTINO 2010, p. XXIX.

E poiché egli non vedeva, nelle città del proprio tempo, l'effettiva possibilità che emergesse questo *basileús*, “quale cresce negli alveari” – ossia “un individuo che spicchi immediatamente nel corpo e nell'anima” –, doveva concludere per l'opportunità di riunirsi al fine di scrivere una raccolta di leggi (*synelthóntas syngrámmata gráphein*), ma sempre sulle “orme della costituzione più vera in assoluto”⁷¹. Proprio, ed esclusivamente, in questa logica di “imitazione”⁷², e nella sola “misura del possibile”, si colloca anche l'obbligo di “non fare alcunché contro le leggi scritte e le consuetudini dei padri (*parà tà ghegramména kài pátria éthe*)”⁷³: obbligo nella cui effettiva osservanza si misura il divario tra le forme ‘fisiologiche’ e quelle degenerate delle costituzioni rinvenibili nella realtà storica⁷⁴.

⁷¹ Così in *Politico* 301e. Il motivo dell'impossibilità che esista “un uomo, nato con adeguata natura per destino divino”, che disponga di un intelletto tale da non avere “per nulla bisogno di leggi che lo reggano”, non essendo “lecito” che di queste l'intelletto stesso sia “schiavo”, torna in *Leggi* 9.875c-d.

⁷² Qui configurata in termini (e con esiti) non coincidenti con quelli rinvenibili nel IV libro delle *Leggi*: “from a different perspective”, come scrive KAHN 1995, p. 52.

⁷³ Così in *Politico* 301a. Ai fini del discorso che vi è svolto, i due ordini prescrittivi vengono sostanzialmente collocati sullo stesso piano, senza che assuma particolare rilievo – né tantomeno comporti un'opposizione – la loro origine e la portata scritta od orale. La relazione sarà approfondita, e rinsaldata, nell'ultimo dialogo di Platone, ove egli si sofferma sui *nómoi* non scritti (*ágrapha nómima*, sostanzialmente identificati nelle “leggi dei padri”) e ritiene che essi, ove “stabiliti bene ed entrati nel costume, con ogni garanzia e sicurezza, avvolgono e difendono le leggi già scritte”, così da operare quali “legami (*desmói*) di ogni costituzione” (*Leggi* 7.793a-d). Viene qui segnalato come sia proprio l'armonica integrazione fra quanto ereditato dalla tradizione e ciò che minuziosamente fisserà il legislatore l'autentico architrave di una giusta ed efficiente organizzazione cittadina. Occorre pertanto, afferma l'Ateniese, “saldare insieme” ogni elemento della *pólis* che si intende fondare, “senza trascurare... nulla di ciò che viene designato col nome di leggi (*nómoi*), costumi (*éthe*) e usanze (*epitedéumata*)”. Su questo “tessuto normativo connettivo”, quale “deve essere non solo riconosciuto ma anche preservato da qualunque legislatore”, ZAGREBELSKI 2008, p. 71 s. Cfr. anche, di recente, CANFORA 2019, p. 91 e STOLFI 2022, p. 238 ove altra bibl. Del resto l'ultimo scritto platonico lascia emergere, nel suo insieme, proprio l'incidenza del passaggio dall'oralità alla scrittura sui contenuti prescrittivi: cfr. BERTRAND 1999, spec. p. 60 ss. Più in generale, sul gran tema di oralità e scrittura in Platone, importanti CERRI 1969, p. 119 ss.; HAVELOCK 2001, p. 36 ss.; ONG 2014, p. 132 ss.; VEGETTI 2018, spec. p. 25 ss., 211 ss., tutti con altra bibl.

⁷⁴ Ossia, rispettivamente, monarchia, aristocrazia e ‘buona democrazia’ (ove si governa nel rispetto delle leggi); tirannide, oligarchia e ‘cattiva democrazia’ (in cui si opera invece “contro le leggi”): *Politico* 301a ss. La contrapposizione di questi modelli costituzionali (coi vari criteri adottati per identificarli: cfr., da ultimo, HORN 2021, p. 88 s.) era già stata introdotta nel dialogo (291d ss.) e presenta molteplici differenze rispetto sia ad altri luoghi platonici, sia soprattutto alla teoria delle *politéiai* e delle loro versioni positive o corrotte, quale verrà messa a punto da Aristotele (per non parlare poi di Polibio). Senza poter qui approfondirne l'esame, mi limiterei a segnalare quattro punti. In primo luogo la circostanza che solo in questo scritto alle sei tipologie ne è affiancata una settima – che si distingue da tutte le altre “come un dio dagli uomini” (*Politico* 303b) –, ossia appunto quella centrata sull'*arché* del vero *politikós*. In secondo luogo, la diversa terminologia impiegata, soprattutto per quanto attiene alla forma in cui il governo è dei ‘molti’ (Platone non parla mai di ‘tutti’ o del ‘popolo intero’) – laddove Aristotele, notoriamente, usa nella *Politica* (3.1279a ss.) il generico sostantivo di *politéia* per la versione positiva, e quello di *demokratía* (solo) per quella corrotta (provvedendo altresì a distinguere varie tipologie di monarchia, oligarchia, democrazia e tirannide: 3.1284b ss., 4.1291b-1292a, 4.1295a, 6.1317a ss.). In terzo luogo, l'individuazione della soluzione migliore e di quella peggiore, che in quest'opera platonica coincidono con le due tipologie monocentriche, mentre le due in cui il potere è ‘di pochi’ occupano la posizione mediana e le due democratiche sono considerate, rispettivamente, la meno buona ma anche la ‘meno peggiore’ – Aristotele, invece, condivide sì l'idea che tra le forme degenerate la peggiore sia la tirannide e la migliore la democrazia (*Politica* 4.1289a-b e 5.1310b), ma non sostiene mai che la monarchia sia la migliore costituzione, da lui rintracciata piuttosto nella “comunità politica che si fonda sulla classe media” (*Politica* 4.1295b; un elogio della “medietà” è anche in 5.1309b). In quarto luogo, l'assenza di riferimenti alle eventuali transizioni che più di frequente avrebbero luogo da una forma costituzionale all'altra, del tipo di quelle registrate altrove dallo stesso Platone (secondo il quale la costituzione perfetta può scadere in timocrazia, questa in oligarchia, per divenire poi democrazia e infine tirannide: *Repubblica* 8.547d ss.) o di quelle poi censite da Aristotele – in modo più variegato e complesso, seguendo gli eventi storici più che un univoco schema teorico: per cui dalla democrazia può procedersi verso l'oligarchia, monarchia

Nel *Politico*, dunque, faticheremmo a trovare riferimenti, più o meno espliciti, alla ‘certezza’ (dei *nómoi*, se non del diritto). Anche la ‘semplicità’ delle leggi – che, assieme al loro numero contenuto, è da considerare uno dei requisiti per realizzare quell’obiettivo⁷⁵ – vi compare in una veste alquanto dimessa, partecipe di quello che è costantemente evocato (solo) come un limite del lavoro del legislatore: il suo esprimersi, appunto, in termini generali. In altri luoghi platonici, ove è accantonata ogni aspirazione a rinvenire un *anèr basilikós* e pertanto si prospettano differenti soluzioni istituzionali, l’universalità del *nómos* non assume tratti così criticamente univoci. Persiste, tuttavia, una convinzione che nella sostanza vi è connessa, e riesce persino più rilevante nella nostra prospettiva: l’idea che il legislatore deve deporre l’irrealistica (e anzi controproducente) pretesa di disciplinare ogni situazione ed eventualità, curandosi anche delle questioni più marginali.

Il tema era già ampiamente ricorrente nella *Repubblica*, di non pochi anni anteriore al *Politico*. Viene qui considerata una “ingenuità” voler legiferare su certi dettagli, anche perché le relative prescrizioni, “dette o scritte che siano”, sarebbero destinate a non durare nel tempo, mentre un’adeguata regolamentazione dei casi specifici potrà agevolmente desumersi dalla disciplina di fondo stabilita dal “vero legislatore”: *Repubblica* 4.425b-e, 4.427a. Le conseguenze negative innescate dall’inflazione normativa (per dirla col lessico odierno), e al contempo le dinamiche e sinergie attraverso le quali troveranno una congrua applicazione le regole di più ampio respiro, tornano poi più volte nelle *Leggi* – ove pure è descritta un’attività normativa tutt’altro che snella o ‘per principi’, volta com’è a educare, avvolgere e orientare ogni momento della vita della nuova colonia.

Nella consapevolezza che le decisioni del legislatore devono essere sempre sottoposte “alla prova dei fatti”, si osserva che difficilmente egli sarà “così sciocco da non riconoscere di aver lasciato imperfette moltissime cose, necessariamente” – imperfezioni rispetto alle quali dovranno intervenire i posteri (*Leggi* 6.769d-e). Né mancheranno aspetti specifici su cui sarà necessario che tornino i nuovi legislatori, “prendendo a modello le disposizioni di quanti li hanno preceduti”, disciplinando “le piccole cose sull’esempio delle grandi” e attenendosi “all’esperienza dettata dalla necessità dell’uso” (*Leggi* 8.846c). Talora anche il giudice dovrà “essere d’aiuto al legislatore”, allorché al primo sia lasciato un consistente spazio operativo, ossia “di decidere quali pene e multe deve subire o pagare l’imputato condannato”, mentre il secondo deve operare come il pittore che tracci “le linee del modello” (*Leggi* 11.934b-c)⁷⁶.

Di particolare interesse, al di là della specificità del contesto, è poi quanto viene rilevato a proposito dell’educazione dei bambini e della gestione domestica (*Leggi* 7.788a-b). L’Ateniese

o tirannide; dall’oligarchia si registrano passaggi verso la tirannide ma anche la democrazia; si hanno quindi trasformazioni da aristocrazia a oligarchia nonché da tirannide a oligarchia, democrazia o aristocrazia (cfr. *Politica* 5.1304b ss., con esplicita contestazione del pensiero socratico conservato nella *Repubblica*).

⁷⁵ Come ricordato *supra*, § 1 e nt. 10.

⁷⁶ Circa la “fonction nomothétique” qui assunta dal giudice, per tutti, BERTRAND 1999, p. 234 e nt. 251. Nel primo libro della stessa opera Platone stimava fra tutti migliore un “giudice legislatore”, cioè capace – di fronte a una discordia tra fratelli, gli uni onesti e gli altri disonesti – di “dare loro leggi e vegliare su di loro in modo che siano amici tra sé”. Così in *Leggi* 1.627e-628a.

ritiene possibile, in quest'ambito, formulare soltanto qualcosa di "simile più a un insegnamento e a un consiglio che a una legge". "Nel segreto della casa", infatti, si compiono innumerevoli atti contrari agli ammonimenti del legislatore: lievi e talora minime trasgressioni, che rischiano però di pregiudicare la compattezza della *pólis*, diversificando eccessivamente i costumi dei cittadini. È tuttavia assai difficile porvi rimedio, perché – ecco il punto più rilevante – "qui non è opportuno né elegante redigere delle leggi, imponendo le relative punizioni, a causa della piccolezza e del gran numero di queste infrazioni". E il vero problema è che ciò "fa scadere anche il valore delle altre leggi scritte, poiché in queste moltissime e piccole cose gli uomini sono soliti trasgredire la norma". Come a dire che chi provvede a regolare la vita di una comunità non deve mai dimenticare i limiti dei propri strumenti: precetti destinati a un complesso di casi (o comunque a quelli che si danno più di frequente), che non possono spingersi fino ai particolari più intimi e minuti dell'esistenza, e soprattutto vanno parametrati sulla presa che effettivamente possono avere sui consociati, col rischio di minare la credibilità e la forza vincolante anche delle disposizioni più importanti⁷⁷. Una legislazione troppo capillare rischia di perdere efficacia – e anche certezza, potremmo aggiungere – non solo perché maggiormente esposta all'usura del tempo (come illustrato nella *Repubblica*), ma anche perché ha comunque minori *chances* di ottenere obbedienza e applicazione⁷⁸.

Del resto Platone non manca di esortare, alla luce delle caratteristiche del mezzo legislativo, a una mutua indulgenza (qui intesa nell'accezione migliore)⁷⁹ fra quanti predispongano i *nómoi* e quanti vi debbano poi ottemperare. "Il legislatore deve essere perdonato dai cittadini che ne subiscono le disposizioni, perché, dovendo provvedere all'interesse generale, non potrà mai regolare nello stesso modo anche le circostanze private proprie di ciascuno, e d'altra parte anche coloro che ricevono le leggi devono essere scusati, pensando che qualche volta verosimilmente non possono dare perfetto compimento agli ordini del legislatore, da lui impartiti senza conoscere tutti i casi particolari" (*Leggi* 11.925e-926a).

Molti dei motivi appena rintracciati nella produzione platonica tornano, pur se sensibilmente rivisitati, nel pensiero di Aristotele. Possiamo muovere dall'ultimo punto, per 'riavvolgere il nastro' (secondo un procedimento, del resto, non infrequente nella scrittura dello Stagirita). Nella *Politica* viene dato per acquisito che è impossibile, ancor prima che scon-

⁷⁷ Argomenti non troppo difforni tornano anche nell'*Areopagitico* di Isocrate. Ne segnala certe prossimità con la consapevolezza platonica circa "le insufficienze della legge" DE ROMILLY 2005, p. 164 ss. Sulle "lacunes signifiantes" qui allude il testo delle *Leggi* appena richiamato, BERTRAND 1999, p. 376 ss.

⁷⁸ Questo si lega, evidentemente, all'ultimo dei cinque aspetti della nostra 'griglia': si veda più avanti, § 6.

⁷⁹ In altri passaggi della stessa opera l'immagine è infatti ben diversa. In *Leggi* 6.757e si parla di equità e indulgenza come di "un'infrazione a ciò che è compiuto e perfetto, contro la corretta giustizia" (cfr., fra gli altri, RODRÍGUEZ LUÑO 1997, p. 200 s.; BERTRAND 1999, p. 218; COZZO 2014, p. 71). Pur senza poterne qui approfondire l'esame, direi che quanto stiamo per leggere dall'XI libro delle *Leggi* sia più vicino, rispetto a questo passaggio del VI, all'"indulgenza verso i casi umani" che Aristotele ricaverà dalla prestazione 'interpretativa' dell'equo in *Retorica* 1.1374b (su cui, per quel che ora interessa, si vedano almeno GEORGIADIS 1987, p. 166 ss.; ZANETTI 1993, p. 30 s.; STOLFI 2018c, p. 59 s.). Circa i rapporti che, riguardo all'*epieikés* aristotelico (ma già anteriore), si delineano fra equità e indulgenza cfr. inoltre PIAZZA 2009, p. 4 ss. ove altra bibl. (con attenzione [p. 15 ss.] anche per altri richiami platonici all'*epieikés*, di cui ella segnala invece la mancata menzione nei luoghi del *Politico* che più ci riguardano).

sigliabile, “stabilire con precisione per scritto tutte le disposizioni, perché le determinazioni scritte devono essere fatte in termini universali, mentre le pratiche concrete vertono sulle cose individuali” (2.1269a). Ne troviamo un felice esempio nella *Retorica*, all’interno dell’esame condotto attorno all’equo (*epieikés*) e alle diverse tipologie di lacune rinvenibili nella legge, dipendenti o meno dalla volontà del legislatore (*Retorica* 1.1374a)⁸⁰. Esse ne prescindono ove qualcosa sia sfuggito all’attenzione dei *nomothétai*, mentre questi le accettano consapevolmente qualora debbano “fare prescrizioni in generale, non per la totalità ma solo per la maggior parte dei casi (*epì tò poly*)⁸¹; inoltre, tutte le volte in cui non sia facile porre delle norme precise a causa del numero infinito dei casi, come a proposito della dimensione e del genere di arma in un fermento: una vita intera non sarebbe sufficiente a chi volesse prendere in esame tutte le possibilità”.

I mille risvolti empirici e i più mutevoli dettagli, pertanto, devono rimanere estranei all’orizzonte del legislatore, al cui lavoro è connaturato l’impiego di modelli di fatto. Ma questo è realmente, e semmai in quale misura, un’imperfezione dei mezzi di cui egli dispone? E davvero sarebbe preferibile, almeno in un mondo ideale, anteporvi l’operato di un unico uomo, dall’eccezionale scienza politica? Al riguardo le risposte sembrano divergere non poco dal pensiero di Platone, soprattutto per come espresso nel *Politico*. È vero che ragionamenti e termini rinvenuti in quest’ultimo scritto sono talora riecheggianti da Aristotele: così per l’espressione appena richiamata (*epì tò poly*), ma anche per il rilievo circa l’impossibilità, da parte della legge (solonica, in quella circostanza), di “racchiudere in una formula generale ciò che è meglio (*tò beltiston*)”⁸² – ove emerge un’indubbia assonanza con *Politico* 294a-b. Tuttavia, direi che nel complesso prevalgono le prese di distanze, o almeno la rimodulazione dei toni.

Fra i luoghi più significativi in tal senso è un ampio scorcio della *Politica* (3.1286a-1287b)⁸³, in cui viene posto un preciso quesito: “è più utile essere governati dal migliore degli uomini o dalle leggi migliori?”. Non è difficile cogliervi un’allusione al *Politico*⁸⁴, che si fa ancor più esplicita nelle battute seguenti: “coloro che sostengono il potere regio asseriscono che le leggi possono solo fornire prescrizioni generali, ma non provvedere ai casi che via via si presentano”. La prima obiezione di Aristotele è che “ai governanti è necessaria anche la regola universale”, in quanto non soggetta ad emozioni (un punto cruciale, su cui l’autore torna assai presto, come vedremo). Viene inoltre respinta l’idea che la soluzione ottimale consista nel “decidere

⁸⁰ Mi sono occupato del passo, analizzando questi due aspetti, in STOLFI 2018c, spec. p. 58 s. e STOLFI 2020a, p. 180 ss., entrambi con bibl. Circa la “duplice nozione di lacuna della legge” qui delineata da Aristotele, puntuali rilievi in MAFFI 2018b, p. 85 ss. ove altra bibl. Cfr. anche PIAZZA 2009, spec. p. 20 ss.

⁸¹ Si tratta esattamente della stessa espressione che abbiamo rinvenuto in Platone, *Politico* 294e e 295a.

⁸² Così in *Costituzione degli Ateniesi* 9.2, riguardo alla spiegazione stimata più verosimile (*eikós*) circa le presunte ambiguità delle disposizioni fissate da Solone. Avremo occasione di tornare (al § 4) su questo passo, tra i più significativi circa il rapporto tra preminenza del legislatore o dei giudici. Cfr. intanto STOLFI 2020a, p. 193 ove bibl. e HARRIS 2021, p. 39.

⁸³ Cerco qui di sviluppare, in ulteriori direzioni, l’analisi che ne ho proposto in STOLFI 2020a, p. 146 s. ove bibl.

⁸⁴ Così, di recente, anche MAFFI 2018a, p. 54. Egli giunge anzi a pensare che Aristotele, qui, “rimane prigioniero del dilemma” prospettato da Platone nel *Politico*: al punto che “non coglie la distinzione fra rispetto della legge e applicazione della legge”.

caso per caso”. Piuttosto, è ritenuto inevitabile che “anche chi detiene il supremo potere debba diventare legislatore”: le disposizioni che egli firmerà “non saranno così sovrane da non ammettere eccezioni, ma continueranno ad essere sovrane negli altri casi”.

Ripristinato quello che è ai suoi occhi il corretto rapporto fra regola ed eccezione⁸⁵, e reintrodotta il tema così tipicamente greco della sovranità del *nómos*⁸⁶, Aristotele passa a ridefinire la questione politicamente cruciale: “le faccende che le leggi non possono affatto regolare, o che esse non possono regolare bene, devono cadere sotto l’autorità di una sola persona, la migliore, o di tutta la cittadinanza?”. A favore della seconda opzione militano argomenti cui è riconosciuta una certa pregnanza, nel senso che “una moltitudine numerosa giudica meglio che uno solo preso da sé”, ed è anche “più incorruttibile” di quanto lo sia un’unica persona, o pochi uomini. Ma soprattutto viene evocato uno dei cardini dell’intera interpretazione politologica di Aristotele, poiché egli sostiene qui (3.1287a) come “questa forma di autorità di un’unica persona su tutti i cittadini non sia naturale, dal momento che la città è costituita di simili”, a cui, “naturalmente”, devono spettare gli stessi diritti.

“Perciò è giusto”, afferma Aristotele, “che nessuno comandi più di quel che obbedisca e che, in modo corrispondente, si eserciti il potere alternandosi nelle cariche”⁸⁷. Ed è appunto nel garantire quest’alternanza che “consiste la legge, perché essa è ordine (*táxis*)”. Ecco pertanto la conclusione: è “preferibile che domini la legge piuttosto che uno dei cittadini”, poiché “chi pretende che comandi solo la legge pretende che comandino solo dio⁸⁸ e la mente” – essa è infatti “intelletto senza passione”⁸⁹. Chi invece “pretende che comandi solo l’uomo aggiunge anche il dominio dell’animalità”, coi desideri e gli appetiti propri di ciascuno, che fatalmente corrompono chiunque. Vi spicca, oltre al persistente legame col divino, il processo di razionalizzazione che solo il dominio del *nómos* – proprio in virtù del suo esprimersi in termini generali e astratti, rivolti al futuro – è capace di assicurare, ponendo la gestione della cosa pubblica al riparo da pulsioni e interessi di parte.

Ecco allora che quanto, nel *Politico*, marcava il limite fondamentale della legge, tende ora a ripresentarsi in altra veste: quale un dato, insito nella natura delle cose, che non costituisce di per sé un difetto della legislazione, o una colpa di chi vi provvede, e comunque non comprime

⁸⁵ La stessa logica che presiede, in precedenza, a un’altra perentoria enunciazione, laddove Aristotele si dice convinto che “le leggi, se ben poste, devono essere sovrane e che chi esercita l’autorità, siano una sola o più persone, deve far valere la sua sovranità solo in quei casi in cui le leggi non possono essere formulate con precisione, in quanto non è facile tracciare distinzioni universali in tutti i campi” (*Politica* 3.1282b).

⁸⁶ Tema che si esprime in una gran varietà di soluzioni lessicali, ma si innesta anche su questioni teoriche di estremo rilievo: posso rinviare a quanto rilevato, da ultimo, in STOLFI 2020a, spec. p. 81 ss., 91 ss., 139 ss. ove bibl.

⁸⁷ Come noto, proprio tale avvicendamento di soggezione e comando, fra quanti condividano la stessa *politéia*, partecipa di quella comunanza (*koinonía*) fra liberi ed eguali che contraddistingueva la politica secondo Aristotele (cfr., di recente, SCHIAVONE 2019, p. 17 ss.) – marcandone un’altra profonda distanza dallo stesso Platone (che al massimo auspicava, nel VII libro della *Repubblica*, una turnazione fra i pochi a cui spettasse l’*arché*). Sul punto, per tutti, CAMBIANO 2000, p. 532 ss.

⁸⁸ Nel quale è qui probabilmente da identificare “la stessa intelligenza, che per Aristotele è l’elemento divino presente nell’uomo”: BERTI 2019, p. 24.

⁸⁹ Nonché “termine medio”, come leggiamo in *Politica* 3.1287a, con la connotazione positiva che sempre riveste in Aristotele tale ‘medietà’.

affatto la funzione che il *nómos* stesso è chiamato ad assolvere, né deve attenuarne la preminenza. Certo l'impossibilità, da parte della legge, di contemplare ogni situazione rimane, per Aristotele, un dato con cui fare i conti. La sua lacunosità – inevitabile, in questa prospettiva, e affatto fisiologica – è soprattutto alla base dell'analisi condotta in materia di equità: nell'*Etica nicomachea*, invero, ancor più che nella *Retorica*⁹⁰.

Nel V libro della prima opera (in particolare 1137a-b) l'*epieikés* viene ricondotto al medesimo genere del giusto (*dikaion*), ma distinto dal *dikaion katà nómon*, di cui rappresenterebbe un “correttivo” (*epanóρθωμα νόμου δικαίου*; più tardi, con uno slittamento non trascurabile, *epanóρθωμα νόμου*). Ma la “correzione” menzionata da Aristotele, di fatto, consiste qui⁹¹ in un completamento, ove la situazione lo richieda, del dettato fatalmente incompleto del *nómos*: poiché esso si esprime sempre “in forma universale (*kathólou*), mentre di alcuni casi singoli non è possibile trattare correttamente in termini generali”⁹². Lo spazio lasciato vuoto dalla legge – che può contemplare solo ciò che si verifica “per lo più (*epì tò pléiston*)”⁹³ – è destinato a venire gestito, assai più che dai giudici, dal maggiore corpo legiferante ancora attivo nell'Atene del IV secolo a.C., l'Assemblea⁹⁴. In effetti il principale riferimento aristotelico per illustrare in cosa consista l'integrazione equitativa della legge chiama in causa gli atti normativi di quest'organo, politico per eccellenza. “Ci sono dei casi”, osserva il filosofo, “in cui è impossibile stabilire un *nómos*, tanto che è necessario un decreto (*óste psephismatos dei*): infatti di una cosa indeterminata (*aorístou*) anche la norma (*kánon*) deve essere indeterminata”. E proprio alla peculiare prestazione dello *pséphisma* pertiene il celebre confronto col regolo lesbio, il quale “si adatta alla configurazione della pietra e non rimane rigido”, come “il decreto si adatta ai fatti” (*pròs tà prágmata*)⁹⁵.

⁹⁰ Circa la configurazione dell'*epieikés*, non del tutto coincidente, che emerge dalle due opere, posso rinviare a STOLFI 2018c, p. 57 ss. e STOLFI 2020a, p. 178 ss., entrambi con bibl. Poiché nella *Retorica* la prospettiva adottata è quella dell'equo in funzione correttiva e interpretativa, e non solo integrativa, l'attenzione è ora rivolta soprattutto all'*Etica nicomachea*, ove Aristotele si concentra essenzialmente sull'ultima prestazione dell'equo, come stiamo per verificare.

⁹¹ Assai più che in *Retorica* 1.1374a-b, ove l'equo viene presentato quale “una forma del giusto che va al di là della legge scritta” (*tò parà tòn ghegramménon nómon dikaion*): il riferimento non è quindi più alla legge *tout court*, come nell'*Etica nicomachea* – e ciò anche non per volontà del legislatore. Incidono su questa difformità di rappresentazioni, naturalmente, anche il contesto e la finalità dei due scritti: in questo caso, non una meditazione sulla giustizia, ma un compendio di istruzioni per chi deve allestire discorsi efficaci. Il ricorso all'equo s'iscrive pertanto in quelle strategie suasorie volte a sfruttare certi margini d'interpretazione, o direttamente a contestare la presa che, sulla questione al centro del processo, abbia il *nómos* invocato dalla controparte.

⁹² Senza che questo sia da addebitare a un errore del legislatore, giacché l'*hámartema* sta piuttosto “nella natura della cosa”.

⁹³ Una formula affine – ma non identica – a quella incontrata nella *Politica*, e già nel *Politico* di Platone. Circa questa “nozione di *per lo più*” che segna la duttile visuale di Aristotele anche in altri snodi del suo pensiero, PIAZZA 2008, p. 35 ss. Circa la sua contiguità, ma non completa sovrapposizione, con l'idea aristotelica dell'*eikós*, cfr. la stessa PIAZZA 2012, spec. p. 121 ss. ove bibl.

⁹⁴ Ho insistito altrove (soprattutto in STOLFI 2018c, p. 66 ss. ove bibl.) su questa particolarità del discorso aristotelico, che si pone pressoché agli antipodi di certe odierne vedute dell'equità come collocata in uno spazio extrapolitico, od operante quasi esclusivamente tramite l'apprezzamento del giudice. All'apporto di quest'ultimo neppure pertiene, propriamente, la metafora del regolo lesbio (vi torneremo fra un attimo), come si è invece ritenuto sin dai tempi di Guillaume Budé (su cui, per tutti, GIARRIZZO 1981, p. 151 s.).

⁹⁵ Proprio il richiamo al superamento della “rigidità”, cui mira ad ovviare il regolo lesbio, torna nelle successive parole di Aristotele (*Etica nicomachea* 5.1138a), laddove è qualificato “equo” colui che non spinge “fino al peggio” un contegno di “rigida giustizia” (*akribodikaíos*), ma “piuttosto è portato a frenarsi, anche se ha il conforto della legge”. Un ammonimento

Il *nómos* non esaurisce dunque l'orizzonte prescrittivo. Ma al di là delle ombre ed eccezioni che si insinuano nella sua sovranità, e dei suoi inevitabili limiti dinanzi all'infinita varietà degli accadimenti, uno soltanto è il linguaggio civile che rimane pronunziabile sino in fondo: quello della politica e dei suoi protagonisti. Né, per tornare al nostro problema (e anche al di là di quanto espressamente affermato da Aristotele), l'impiego di una prescrizione a carattere specifico quale lo *pséphisma* costituisce necessariamente una deroga, o un *vulnus*, a livello di certezza del diritto. Certo esso viene adottato a ridosso del caso, e perciò affievolisce la prevedibilità del trattamento giuridico. Ma è anche, nel ridurre la distanza fra atto normativo e realtà disciplinata, fra le disposizioni più aderenti alla concretezza specifica dei fatti, e anche meno facilmente disattese.

Davvero, come avvertiva Aristotele (almeno nel contesto appena richiamato)⁹⁶, legge e decreto si integrano anziché contrapporsi – tanto più che il secondo potrebbe avere, al di là di quanto ricordava lo stesso filosofo, anche una portata generale, purché limitata nel tempo. Se allora questa strada conduce solo a completare e perfezionare il “giusto legale”, e risulta non percorribile l'altra, imperniata sul governo del “migliore degli uomini”, l'alternativa all'universalità del *nómos* tende a ridursi a una soltanto: alla scelta, cioè, di lasciare il maggior spazio di manovra ai giudici. Assisteremo, in tale ipotesi, quasi a un ritrarsi della legge, in modo che un crescente numero di casi trovi la sua disciplina solo quando (e dopo) sia insorta una controversia. Proprio ad Aristotele dobbiamo le considerazioni più lucide e stringenti circa le insidie che questa soluzione comporterebbe – tanto che l'unica soluzione capace di assicurare stabilità e giustizia (nonché certezza, aggiungerei) rimane quella affidata a una legislazione ben congegnata: universale sì, ma capace di abbracciare più casi possibile (*Retorica* 1.1354a).

Prima di affrontare la questione, tramite l'esame anche di quest'ultimo testo⁹⁷, conviene però completare il discorso sulla generalità del *nómos*, riprendendo alcuni spunti emersi in merito alla sua sorte nel corso degli anni.

3. Il tempo e la legge

In effetti abbiamo già rinvenuto un accenno a quest'aspetto nella *Repubblica* platonica, ove è stimato ‘ingenuo’ il proposito di legiferare su certe minuzie, perché le relative disposizioni difficilmente potrebbero conservarsi a lungo. Mentre abbiamo verificato come nelle *Leggi* i *nómoi* scritti vengano “avvolti e difesi” da quelli non scritti, risalenti ai padri e già saldamente “entrati nel costume”. Ma è stato anche ricordato che nel *Politico* il maggior limite della legge – per cui, almeno in astratto, alla sua signoria sarebbe da preferire quella dell'*anèr basilikós* – risiede nel

che – mutato il non poco che è da mutare – non appare lontano da quello che a Roma si condensò progressivamente (attraverso il percorso richiamato da SCHIAVONE 2017, p. 144 s.) nell'adagio *summum ius summa iniuria*. In tal senso anche MAFFI 2021, p. 132.

⁹⁶ Cfr. infatti, in altra prospettiva, *Politica* 4.1292a: *supra*, nt. 37.

⁹⁷ Del quale, in aderenza alla griglia precedentemente fissata, ci occuperemo nel § 4.

fatto che essa è incapace di adeguarsi alle nuove situazioni: come una prescrizione, dispensata per scritto al paziente dal medico che si assenta, rimane fissa finché non sia sostituita da una nuova (e più adeguata) terapia, appena questi faccia rientro.

Dietro a simili enunciazioni vi è, evidentemente, una questione più vasta e complessa, che rinvia a un problema cruciale⁹⁸: in che modo il tempo opera rispetto alle leggi? Ne mina la tenuta e incrina la sicurezza della loro cogenza – rendendole obsolete rispetto a un complesso di relazioni umane frattanto troppo mutato –, oppure ne rafforza la stabilità (e dunque, ai nostri fini, anche la certezza)⁹⁹, conferendo loro il prestigio che proviene dalla tradizione e dalla lunga osservanza? Di conseguenza, sarà auspicabile un frequente rinnovamento della legislazione oppure questo sarà da praticare con la massima cautela, e solo in particolari frangenti? Il *nómos*, a sua volta, come si pone di fronte al divenire? Che funzione gli viene attribuita rispetto al moto incessante degli eventi?

Temi pressoché inesauribili, che qui saranno appena toccati, e nella sola prospettiva che ci riguarda. Non senza avvertire che siamo di fronte a una delle questioni in cui più profondamente s'intrecciano speculazione filosofica e prassi giuridica. Nel senso che tanto la necessità di mutare la normativa, quanto la prudenza con cui questo sarà da realizzare ricorrono nel dibattito culturale ma innervano anche – e con esiti non sempre coincidenti – l'effettiva vita istituzionale¹⁰⁰. Quest'ultima, nel complesso, ci appare improntata a un certo 'conservatorismo'¹⁰¹, ma ovviamente non sempre spinto sino all'immobilismo tipico degli Spartani¹⁰², con la plurisecolare e inalterata vigenza della grande *rhétira* licurghea¹⁰³. In questa sede è comunque all'ambito delle rappresentazioni teoriche che conviene guardare, e in riferimento alle stesse voci con le quali ci siamo finora confrontati.

⁹⁸ Ampiamente dibattuto nel mondo antico: suggestive riflessioni in BRETONE 1999, spec. p. 33 ss.

⁹⁹ Come sarà nella rappresentazione ciceroniana di *iura* che si fanno *certa propter vetustatem* (*De inventione* 2.22.67). Peraltro, anche nella Roma tardorepubblicana (e poi, tanto più, imperiale) non mancano discussioni sull'impatto, rafforzativo oppure disgregante, del tempo sulle leggi. Un'efficace sintesi in DUCOS 1998, p. 119 s.

¹⁰⁰ Basti pensare, ancora nell'Atene del IV secolo a.C., alle complesse procedure affidate a vari organi cittadini da tre disposizioni che HANSEN 2003, p. 248 ss. denomina – sulla scorta di alcune testimonianze di Demostene ed Eschine – “legge per la revisione”, “legge per la revoca” e “legge per la sorveglianza”. Fuori dalla madrepatria appare ancor più emblematica la procedura (da alcune fonti attribuita a un uso locrese, da altre a una disposizione di Caronda a Catania: cfr. DE ROMILLY 2005, p. 184 e CAMASSA 2011, p. 117 s.) secondo la quale chi volesse presentare una nuova legge – destinata a mutare la disciplina previgente – avrebbe dovuto farlo con una corda al collo, per mezzo della quale avrebbe trovato la morte ove la sua proposta non fosse stata accolta.

¹⁰¹ Come scrive DE ROMILLY 2005, p. 194, “quando è in gioco la legge, tutti gli ateniesi diventano conservatori”. Secondo BEARZOT 2008, p. 10, la legge era “sentita dai Greci non come il prodotto effimero di un organo della *polis* suscettibile di cambiamento, ma piuttosto come una norma intrinsecamente valida e tendenzialmente immutabile”.

¹⁰² Per i quali non sarebbe conforme al costume dei padri (*ou pátrion*) mutare le leggi, come afferma proprio un personaggio platonico, Ippia, suscitando il sarcasmo di Socrate (“per gli Spartani non è costume dei padri agire correttamente ma sbagliare?”): *Ippia maggiore* 284b ss.

¹⁰³ Si veda in particolare CAMASSA 2011, spec. p. 122 ss., il quale segnala più di una sfasatura fra un'autentica “ideologia dell'inalterabilità” e una prassi che non escludeva affatto mutamenti e abrogazioni di leggi. Questo, peraltro, se deve (o almeno può) condurre a ridimensionare e problematizzare il primo aspetto, non lo rende, a mio avviso, meno significativo sul piano della storia della mentalità pubblica. Circa le molteplici questioni legate, in Grecia, al mutamento delle leggi cittadine cfr. almeno BISCARDI 1982, p. 64 ss.; BOEGEHOLD 1996, p. 203 ss.; BERTRAND 1999, p. 222 ss.; DE ROMILLY 2005, p. 183 ss., 191 ss.; STOLFI 2018c, spec. p. 53 s. ove altra bibl.

Di Platone rilevano vari passaggi, oltre a quelli di *Repubblica*, *Politico* e *Leggi* appena ricordati. Penso in particolare, nella prima di queste tre opere, al nesso fra mutamento e trasgressione posto in risalto laddove sono stimate pericolose le innovazioni introdotte nella ginnastica e nella musica – attività formative per eccellenza dei nuovi cittadini (un punto su cui molto si insiste, sia nella stessa *Repubblica* che nelle *Leggi*)¹⁰⁴ –, in quanto deviazioni dalle buone regole tramandate. Deroghe che s'insinuano nei caratteri e consolidano nelle abitudini, così da alimentare l'inclinazione a non rispettare gli usi in materia di scambi e affari, e poi a violare le leggi della città: sino a “sovertire ogni cosa, nella vita privata come in quella pubblica” (*Repubblica* 4.424b-e).

Ancor più rileva l'autentico ‘elogio della stabilità dei *nómoi*’ che incontriamo nell'ultimo dialogo platonico. Si muove qui da una visione fortemente avversa, in genere, a qualsiasi forma di mutamento (che costituisce “in ogni cosa ciò che vi è di più pericoloso”)¹⁰⁵. Nello specifico, vengono celebrate “quelle leggi nella cui consuetudine gli uomini furono allevati, leggi che per molti e grandi tempi rimasero immobili per una qualche sorte fortunata e divina, così che nessuno abbia memoria, o abbia udito narrare, che siano state diversamente da come sono oggi”. Simili *nómoi* meritano di essere “venerati” e presi a modello, nel senso che il nuovo legislatore deve sforzarsi di ricreare le condizioni affinché tale sia la sorte anche delle disposizioni da lui dettate¹⁰⁶.

La loro attitudine a garantire un'esistenza felice e ordinata della nuova colonia, scongiurandone corruzioni e derive, dipende proprio da questa prospettiva di lunga durata¹⁰⁷, col “senso vivo della tradizione”¹⁰⁸ che alimenta nei consociati – e su cui riposa, per l'uomo antico ancor più che per noi, ogni anelito di certezza. Una simile prestazione sarà non poco agevolata dalla redazione scritta, perché i precetti così formulati, “come quelli che per ogni tempo darebbero ragione di sé, rimarranno del tutto stabili” (*Leggi* 10.891a). Rilievo che evidentemente si pone assai lontano da certe immagini deteriori delle prescrizioni del legislatore/medico fissate per scritto, quali abbiamo incontrato

¹⁰⁴ Tanto che persino nei giochi i fanciulli devono essere educati al rispetto delle leggi e al “senso del buon ordine”: *Repubblica* 4.424e-425a.

¹⁰⁵ Così in *Leggi* 7.797d. Anche in Senofonte il fatto che le leggi siano sottoposte al cambiamento è considerato come ciò che più ne compromette l'eminenza, il loro essere *spoudáion práigma*: *Memorabili* 4.4.14. Vede nell'ultimo dialogo platonico “una vera e propria fobia del mutamento” BERTELLI 1989, p. 306 s. Una valutazione più sfumata, richiamando le ipotesi per cui il filosofo non ne escludeva l'utilità, in PODDIGHE 2018, p. 164 s. Da notare come Platone stimi più agevolmente realizzabile una rapida ed efficace variazione dei *nómoi* soprattutto in un regime tirannico, ma purché chi esercita in perfetta solitudine l'*hegemonía* sia effettivamente un “geniale” e “vero legislatore”: *Leggi* 4.710d-711a. Perspicue osservazioni in VEGETTI 2018, p. 187 s.

¹⁰⁶ Si veda *Leggi* 7.798a-b, coi rilievi – fra i molti – di DIHLE 1995, spec. p. 125 e BERTRAND 1999, p. 239 s.

¹⁰⁷ Che nel *Timeo* (spec. 24a-d) troviamo addirittura dispiegata nel corso di molti millenni. Così nel racconto favoloso di Solone – che Crizia riferisce di aver udito da suo nonno – circa gli Egizi che gli illustrarono il contenuto delle proprie antichissime leggi, sostanzialmente corrispondente a quelle, ottime, che gli Ateniesi avrebbero avuto novemila anni prima.

¹⁰⁸ Che in genere non è affatto escluso – scrive BRETONE 1999, p. 50 – dalla percezione platonica della “dichiarata modificabilità” delle leggi.

nel *Politico* – anche a prescindere, in questa sede, dal controverso rapporto che corre fra oralità e scrittura normativa, nella cultura greca in genere e nella produzione di Platone in particolare¹⁰⁹.

Si saldano qui, nella sua prospettiva, la prestazione più autenticamente filosofica – ma di filosofi a cui è da affidare, anche loro malgrado, la cura della cosa pubblica – e il nucleo profondo da riconoscere nelle leggi¹¹⁰. Da un lato, infatti, “sono filosofi coloro che riescono ad arrivare a ciò che sempre permane invariabilmente costante”¹¹¹, giusta l’idea che “il movimento partecipa dell’essere, ma *non è l’essere*”¹¹². Dall’altro, la coscienza del divenire dei *nómoi* – un mutamento spesso inevitabile, talora doveroso e benefico ma in altre occasioni esiziale (lo abbiamo appena verificato) – non deve comunque condurre a coglierne solo il tratto relativo e contingente, di occasionale ed effimera convenzione. La presa di distanze da quest’esito teorico – probabilmente, il fondo più inquietante della lezione sofistica, che maggiormente comprometteva la ‘venerabilità’ della legge¹¹³ e la sua ‘oggettiva’ verità – è ben percepibile in molti luoghi del filosofo.

Tra i più significativi è uno la cui paternità rimane discussa, anche se tendenzialmente ne sono considerati platonici almeno i materiali¹¹⁴. Si tratta del *Minosse*, nel tratto che muove proprio dalla domanda più diretta e radicale: “cos’è il *nómos*?”. Abbiamo già accennato¹¹⁵ a come la risposta dell’Amico – che suggerisce di identificarlo nella “deliberazione della città” (*Minosse* 314b) – non soddisfi Socrate. Questi ripropone il contrasto, già ‘eleatico’, fra opinione e verità: ma ora nel senso che occorrerà distinguere tra deliberazioni buone e cattive, e la legge – che non può collocarsi¹¹⁶ nel novero delle seconde – andrà

¹⁰⁹ Da ultimo me ne sono occupato nel trattare di un’opera (*l’Antigone*) in cui però tenderei a escludere che oralità e scrittura possano fornire una chiave adeguata per comprendere la dialettica di ordini nomici. Cfr. STOLFI 2022b, spec. p. 227 ss. ove bibl.

¹¹⁰ Nelle quali, per Platone, “deve rispecchiarsi l’ordine razionale del mondo”: BREITONE 1999, p. 49.

¹¹¹ Così già in *Repubblica* 6.484b; ma analoghi rilievi sono disseminati, come noto, nell’intera produzione platonica.

¹¹² In questi termini VEGETTI 2003, p. 195.

¹¹³ La sua *semnótes*: CARILLO 2014, p. 339 ss. Impossibile qui addentrarsi nelle concezioni sofistiche del *nómos* (per un primo inquadramento può rinviarsi a DE ROMILLY 2005, p. 67 ss.). Su alcune delle voci più rappresentative – come quelle di Antifonte, Callicle, Trasimaco, Protagora – mi sono soffermato in STOLFI 2020a, p. 118 ss., 168 ss. ove bibl. Vi torneremo, pur rapidamente, al § 5.

¹¹⁴ Cfr. ad esempio MORROW 1960, p. 35 ss. Più di recente, confidano senz’altro in una fattura platonica MORO 2014, p. 142 ss. ove bibl. e SCHIAVONE 2017, p. 40, 486, nt. 34.

¹¹⁵ *Supra*, § 2, nt. 46.

¹¹⁶ Quasi ‘per definizione’, secondo la sensibilità greca. Ne condensava assai bene la peculiarità GERNET 2000, p. 140: “la legge comanda in Grecia non solo perché è legge, ma perché è giusta”. Al *nómos* come “immanente giustizia che anima e condiziona l’ordinamento” si riferiva, non solo per l’esperienza più risalente, FREZZA 1968/2000, p. 623. Non è forse un caso se anche autori che, come Eschine, richiamavano le “leggi ingiuste” dei Trenta tiranni, qualificavano *ádikoi* i loro *thesmói* – e non *nómoi* (cfr., sul punto, HARRIS 2006, p. 50). Sullo stesso *nómos* che, ove se ne dimostri l’“ingiustizia”, perde la sua autentica natura e funzione – per mantenere solo una parvenza di legge – Aristotele insisteva in *Retorica* 1.1375b, suggerendo l’adozione di una simile strategia argomentativa (me ne sono occupato in STOLFI 2020a, spec. p. 158 ss.; si veda anche più avanti, § 5). Ben diverso il contesto teorico e l’*iter* logico, ma affine l’esito, nel *Minosse*, ove della prescrizione che non coincide con quanto è “retto”, scritto da “re e uomini buoni”, viene precisato che solo “agli ignoranti sembra legge, perché è illegittima” (317b-c).

vista come un’“opinione buona” o “vera”¹¹⁷, ossia quale essa stessa “scoperta della verità” o “disvelamento dell’essere” (*tou óntos*)¹¹⁸.

Il *nómos* viene qui pensato in stringente contrappunto al *chrónos*, per trovare la propria “vocazione intrinseca, il suo ‘telos’” nel “fermare il divenire [...] chiuderlo nella gabbia di una disciplina”: un’ontologia dell’ordine a fronte di un tempo percepito come “pura distuttività, negatività esterna e senza rimedio”¹¹⁹. E il valore di una disposizione normativa è misurato proprio sul metro della sua persistenza, senza variazioni, nel corso di decenni e secoli: come accade coi precetti del leggendario re cretese che dà nome al dialogo. Per sostenere che egli fu “buon legislatore”, infatti, “il massimo argomento è quello che le sue leggi sono immutabili, in quanto aveva scoperto il vero governo della città” (*Minosse* 321b).

La variabilità delle leggi – nel tempo come nello spazio¹²⁰ – non deve quindi occultare ciò che persiste a un livello più profondo, se davvero si tratta di *nómoi* redatti per il bene comune e da uomini capaci, che “sanno” e perciò non “scrivono attorno alle medesime cose ora in un modo ora in un altro”, né “modificheranno nelle stesse circostanze leggi sempre diverse” (*Minosse* 317b). Ecco il significato delle parole che Socrate rivolge all’Amico: “forse non comprendi che con queste mutazioni le leggi rimangono le stesse” (*Minosse* 316c). Il divenire ne increspa la superficie e altera i dettagli, ma non la sostanza, che appunto svela (e condivide) la perennità dell’essere. Una strada ulteriore – la più ‘ontologica’ e perciò ‘necessaria’, potremmo dire – per rintuzzare l’offensiva del relativismo (soprattutto) sofistico. Ma anche un modo, tipicamente platonico, per configurare il tema della stabilità della legge: e dunque anche, ai nostri fini, della sua ‘certezza’ (nel tempo).

Nei testi di Aristotele più pertinenti all’argomento la soluzione è meno univoca, anche perché diversa è la prospettiva adottata – più radente alle questioni poste dalla prassi. Paradigmatico l’esame condotto, in *Politica* 2.1268b-1269a, attorno a una questione presentata come pressoché topica¹²¹: “se sia utile o dannoso per le città sovvertire le leggi dei padri, qualora ve ne fossero di migliori”. Vi vengono lungamente soppesati, senza alcuna

¹¹⁷ Il tema dell’importanza rivestita, anche rispetto all’agire politico, dall’opinione “corretta” o “vera” (*dóxa orthé* o *alethés*), la quale “non è affatto meno utile della *epistémé*”, ricorre in altri luoghi platonici, come *Menone* 97b-c. Su ulteriori passi in cui la *dóxa* viene avvicinata a *epistémé* e *nóus*, da ultimo, FORCIGNANÒ 2020, p. 40 s. ove bibl. Attorno al formarsi delle “opinioni” e poi della “scienza” si veda, ma in una prospettiva lontana dalla nostra, *Timeo* 37b-c. La distanza fra “opinione” e “scienza” – e quindi fra quanti curano la prima (“filodossi”) e i veri filosofi – sembra accentuata in *Repubblica* 4.477d-478d.

¹¹⁸ È quanto leggiamo in *Minosse* 314e-315a e 317d. La legge, nella sua autentica portata – cioè identificata non solo nella “norma positivamente statuita” (*tò nomizómēnon*), ma assunta come ‘scoperta’ (*béuresis*) e assieme ‘ritrovamento’ (*exéuresis*): MORO 2014, pp. 147 e 156 –, è dunque “razionalità, *lógos alethés*”. Così FASSÒ 2007, p. 59; ma cfr. anche GASTALDI 2008, p. 190. Più in generale, si sofferma sulla risalente e diffusa concezione greca, per cui “il diritto” (ma io forse direi: il *nómos*) “non è solo un artificio utile, ma è una irrinunciabile manifestazione dell’essere”, CAVALLA 2011, p. 40.

¹¹⁹ Così SCHIAVONE 2017, p. 40.

¹²⁰ Aspetto, quest’ultimo, entrato da tempo nella coscienza giuridica greca: a partire almeno dal ‘relativismo’ erodoteo (ne ho esaminato alcune testimonianze, da ultimo, in STOLFI 2020a, p. 90 ss. ove bibl.). Vi accenneremo anche più avanti, al § 5.

¹²¹ Ma che Aristotele mostra di considerare male impostata, sino a sollevare un’aporia. Un puntuale riesame dell’innovativo approccio proposto in questi passaggi della *Politica* è in PODDIGHE 2018, spec. p. 155 ss. ove bibl.

‘fuga metafisica’, gli argomenti a favore o contro le modifiche (più o meno incisive e radicali)¹²² della normativa esistente. Da un lato, il filosofo riconosce che “in generale tutti cercano il bene e non la fedeltà alla tradizione”, e sarebbe pertanto “assurdo restare fedeli alle credenze” degli antenati – tanto più in materia di “leggi scritte”, che in quanto tali devono essere redatte “in termini universali”¹²³, e proprio per questo non conviene “lasciare immutate”¹²⁴. Dall’altro, pur consapevole di questa necessità, Aristotele ne ricorda gli inconvenienti, da cui ricava una direttiva di fondo: “il cambiamento sembrerebbe richiedere molta cautela (*eulábeia pollè*)”. Infatti ove esso farebbe conseguire un miglioramento esiguo, è sconsigliabile “abolire con disinvoltura le leggi”, ed è piuttosto preferibile “lasciare sussistere alcuni errori dei legislatori... , perché l’eventuale vantaggio che si potrebbe ottenere dalla modifica non è pari al danno che si potrebbe arrecare introducendo l’abitudine di disobbedire ai governanti”.

Più che la verità o essenza profonda del *nómos*, in gioco è quindi l’effettività della presa che questo esercita sui consociati: l’aspettativa di ottemperanza, quale cifra del reale ‘stare in vita’ della legge¹²⁵. La visuale pragmatica adottata dal filosofo impone una valutazione caso per caso (essendo impossibile stabilire se il mutamento sia in sé, e sempre, qualcosa di positivo), per risolversi in una sorta di calcolo comparato di vantaggi e inconvenienti, piccoli benefici e relativi costi¹²⁶: alla ricerca di quanto sia utile all’intera compagine po-

¹²² In un duplice senso: può infatti trattarsi – possiamo arguire, benché prevalgano i riferimenti alla seconda eventualità – o di semplici modifiche o di complete abrogazioni; ma anche (e questo viene detto espressamente: *Politica* 2.1269a) di interventi che riguardino tutte le leggi presenti in una città oppure solo una parte di esse.

¹²³ “Mentre le pratiche concrete vertono sulle cose individuali”. Si veda *supra*, § 2. Possiamo prescindere, nella prospettiva della nostra ricerca, dalle possibili incongruenze logiche talora individuate nel ragionamento di Aristotele. Vi vede un argomento dall’“aspetto un po’ sconcertante, perché la legge, in ogni caso, potrebbe essere modificata solo da un’altra legge, egualmente generale”, DE ROMILLY 2005, p. 199. Tende piuttosto a connettere questo discorso sul mutamento normativo al “miglioramento” che lo Stagirita affida al legislatore nonché al rapporto da lui instaurato fra *nómoi* e *psephismata* (*Politica* 3.1283b, nonché 3.1286a-1287b, su cui *supra*, § 2) PÖDDIGHE 2018, p. 166 ss. ove altra bibl.

¹²⁴ Anche in altre opere aristoteliche l’andare indenni da trasformazioni non suona necessariamente come un pregio delle leggi (era invece questa, con ogni probabilità, la posizione dei pitagorici), o un merito di chi così abbia disposto. Cfr. ad esempio quanto viene ricordato (*Costituzione degli Ateniesi* 31.2) a proposito del tentato ‘colpo di Stato’ del 411, allorché venne prescritto di non discostarsi (*metakinéin*) dalle precedenti leggi, né proporre di ulteriori. Quello che assurge ad autentico valore è piuttosto – per quanto concerne le costituzioni ancor prima che le leggi – la loro ‘stabilità’: cfr. in particolare *Politica* 6.1319b-1320a. Naturalmente ci stiamo riferendo all’analisi che Aristotele conduceva in merito alla normativa scritta della singola *pólis*, senza addentrarci nei caratteri che egli riconosceva al *koinòs nómos* (vi torneremo al § 6): esso, al pari dell’equità, “non muta mai” (“in quanto è conforme alla natura”), e viene da lui esemplificato sulla legge invocata da Antigone, che “non da oggi vive, ma da sempre” (*Retorica* 1.1373b e 1375b). Sul particolare riuso dei versi di Sofocle in questi due luoghi aristotelici, da ultimo, STOLFI 2022b, p. 253 ss. ove bibl. Anche nell’*Etica nicomachea* vengono distinti (5.1134b) “giusto per natura” (*dikaion physikón*) e “secondo la legge” (*nomikón*), ma per collocare entrambi nell’alveo del “giusto politico” (*dikaion politikón*): entro un orizzonte, quindi, che non travalica i confini della (singola) comunità politica e neppure è pienamente sottratto al mutamento delle cose umane. In tal senso soprattutto CAMBIANO 2007, p. 73 s. Cfr. inoltre ZANETTI 1993, p. 45 ss. (e 132, ove è ribadita “l’insita politicità della nozione aristotelica di giustizia”, che idealmente congiunge il V libro dell’*Etica nicomachea* al III della *Politica*); VIMERCATI 2013, p. 54 ss.; PÖDDIGHE 2018, p. 162 ove altra bibl.

¹²⁵ Vi torneremo più avanti, al § 6.

¹²⁶ Una metodologia “positivista”, secondo la lettura di BRUNSCHWIG 1980, p. 512 ss. Cfr. anche PÖDDIGHE 2018, p. 162 ove altra bibl.

litica. Vi è però sottesa una duplice, e integrata, consapevolezza, per noi particolarmente rilevante. Innanzi tutto, circa la differenza tra la legge e le altre *téchnai*: se l'esigenza di correggere gli errori precedenti (e dunque introdurre innovazioni) è comune alla prima e alle seconde¹²⁷, la buona riuscita del *nómos* si misura in modo diverso, e del tutto peculiare. Proprio a questa specificità inerisce la seconda convinzione aristotelica: “la legge, per farsi obbedire, non ha altra forza tranne il costume¹²⁸, e questo si forma solo col trascorrere di un lungo periodo: pertanto, passare con leggerezza da leggi previgenti a leggi nuove finisce con indebolire la potenza (*dýnamis*) del *nómos*”.

Meglio allora una legge con qualche imperfezione ma che, in virtù degli usi che attorno vi si sono conformati, dia garanzie di venire applicata, piuttosto che una (anche migliore, in astratto) destinata a rimanere lettera morta: così potremmo sintetizzare la dottrina di Aristotele – in una certa continuità, più o meno voluta e consapevole, con quanto enunciato dal Cleone di Tuciddide¹²⁹. La ricerca della legge più giusta e corretta – l'unica vera, platonicamente – sembra allora defilarsi, a tutto vantaggio di quanto offra maggiori sicurezze a livello di “forza costrittiva”¹³⁰ ed effettiva osservanza. Il che vale, evidentemente, sia per le prescrizioni già vigenti sia per quelle che si mira a introdurre, e alle quali non può mancare un’“intrinseca attitudine a trasformarsi in costume”¹³¹: la capacità, cioè, di ‘sfidare’ il tempo senza lasciarsene erodere o travolgere, e anzi guadagnandone in prestigio, stabilità e certezza.

4. Il *nómos* come pre-visione e l'alternativa giudiziale

Torneremo fra breve sulla veste che assume, rispetto alla nostra questione, il tema dell'obbedienza alla legge, nella peculiare concezione che ne ebbero i Greci. Conviene intanto riprendere un motivo cui più volte si è accennato: anch'esso (come il rapporto fra *nómos* e *chrónos*)

¹²⁷ Si tratta di un motivo già tucidideo: DE ROMILLY 2005, p. 198 s.

¹²⁸ *Parà tò éthos*, scrive il filosofo: il che sembra avere senz'altro una portata eccettuativa, e non oppositiva (alla cui stregua andrebbe reso come “contro il costume”). Rilievi condivisibili in BRETONE 1999, p. 51 s. nt. 44 ove bibl. Anche altrove Aristotele assegna un notevole valore all'abitudine: si vedano ad esempio *Retorica* 1.1369b ed *Etica nicomachea* 1.1098a e 10.1179b-1180b. Significativa, in quest'ultimo passo, la convinzione che il carattere (*ἦθος*) dei cittadini debba essere fissato fin da giovani, tramite l'abitudine (*ἔθος*) ad agire bene loro inculcata per mezzo delle leggi. Come altre volte in Aristotele, non si tratta semplicemente di un gioco di parole, ma piuttosto di una derivazione da una nozione all'altra, quale rinveniamo anche in *Etica nicomachea* 2.1103a: cfr., di recente, BERTI 2019, p. 25 s.

¹²⁹ Secondo il quale sarebbe la permanenza nel tempo delle leggi, inalterate, a “dare a una città maggiore forza”: anche qualora si trattasse di leggi meno buone, sarebbero comunque assai più efficaci di “leggi ineccepibili che rimangano però lettera morta”. Così in *La guerra del Peloponneso* 3.37.3, ove la mancanza di durevole validità per le prescrizioni cittadine assume un tratto di ‘spaventosa meraviglia’ (*deinótaton*: viene da pensare a certi usi ‘tragici’ del termine, su cui ora STOLFI 2022b, spec. p. 33 ove bibl., 106 ss.). Una critica della “immobilità dei costumi aviti” era piuttosto posta da Tuciddide in bocca ai Corinzi, nel discorso riferito in *La guerra del Peloponneso* 1.71.3.

¹³⁰ La *anankastikḗ dýnamis* che incontriamo in *Etica nicomachea* 10.1180a. Della legge che opera “persuadendo e costringendo” parlava Platone, in *Repubblica* 7.519e. Vi torneremo al § 6.

¹³¹ Così BRETONE 1999, p. 52.

legato al carattere universale e astratto che connota le previsioni legislative. Se ciò ne costituisce anche un limite ineludibile – più o meno enfatizzato, tra una riflessione e un'altra –, dove rintracciarne le alternative più credibili? In particolare può essere considerata tale, al di là dei vari spazi operativi riconosciuti a equità e *psephismata*¹³², la scelta di affidarsi il più possibile alle decisioni dei giudici?

Abbiamo verificato¹³³ come nell'ultima opera platonica il ruolo dei *dikastai* venga sì valorizzato, ma in una logica non propriamente oppositiva. Vi è anzi elogiato un “giudice legislatore” (nel senso in cui se ne parla in *Leggi* 1.627e-628a), e soprattutto viene evocata la salutare sinergia fra elemento legislativo e giudiziario, col secondo che interviene più nello specifico ma sempre all'interno delle coordinate di fondo fissate dal primo (*Leggi* 11.934b-c). L'esigenza di questo duplice apporto è, in altri luoghi della stessa opera, espresso in termini più generali: in forma negativa ma non meno perentoria. Così soprattutto dove è manifestata la convinzione che “una comunità politica in cui non vi siano tribunali istituiti in modo corretto neppure sarebbe una comunità politica” (*Leggi* 6.766d): affermazione che riecheggia quanto in precedenza sostenuto in merito ai magistrati, dal momento che, “pur essendo di grande valore l'opera legislativa, se una città ben ordinata prepone all'esecuzione delle sue ottime leggi magistrati incapaci, non solo non è tratto alcun vantaggio dall'alto livello delle medesime leggi”, ma ne scaturiscono “danni e mali gravissimi” (*Leggi* 6.751b-c). Questi due passi, letti congiuntamente, sembrano esprimere un'ulteriore consapevolezza circa l'intrinseco limite del mezzo legislativo: destinato a perdere effettività – e dunque a divenire del tutto aleatorio – ove manchi un adeguato personale preposto alla sua attuazione¹³⁴.

In precedenti scritti la prospettiva è diversa, ma sempre estranea all'idea di una preminenza assegnata al giudice rispetto al legislatore – a meno che, naturalmente, non si tratti dell'*anēr basilikós* del *Politico*, che dalle leggi potrebbe anche prescindere ma di fatto finisce per cumulare le due funzioni. Da notare come la subordinazione dell'“arte di presiedere ai giudizi” a quella “regale”, ossia del ben governare e dare buone leggi, sia enunciata – almeno in riferimento al mitico legislatore cretese – anche in *Minosse* 320b-c; mentre a una tendenziale assimilazione, compiuta da Socrate, fra “arte di governare gli uomini” e “arte giudiziaria” faccia riferimento

¹³² Si veda *supra*, § 2. Sarebbe poi da valutare, naturalmente, la controversa portata della *gnóme dikaiotáte* (su cui cfr., da ultimo, almeno Poddighe 2018, p. 171; Maffi 2018b, p. 88 ss.; Stolfi 2020a, 173 ss., tutti con bibl.). Ma tale nozione entra in gioco in quanto richiamata nel giuramento elastico: pertanto inerisce anch'essa al lavoro delle corti giudicanti. È comunque evidente che più ne dilatiamo la portata – sino a ritenere che il *dikastés* potesse seguirla, senza commettere spergiuro, anche ove confliggente con una prescrizione di legge introdotta dalle parti nel giudizio (cosa che però escludere) –, tanto più essa inciderebbe sulla questione che ora interessa.

¹³³ *Supra*, ancora al § 2.

¹³⁴ Vi è qui più di un'assonanza non solo con alcune considerazioni di Aristotele (*Politica* 6.1322a), ma anche con quanto scriverà Pomponio in un notissimo brano dell'*Enchiridion* – al di là della macroscopica differenza del referente normativo (che diventerà il *ius* anziché i *nómoi*) e delle personalità coinvolte (col subentrare dei *prudentes* e il dileguare dei giudici). Alludo ovviamente a D. 1.2.2.13: *Post originem iuris et processum cognitum consequens est, ut de magistratuum nominibus et origine cognoscamus, quia, ut exposuimus, per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur: quantum est enim ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere possint? post hoc deinde auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius <in medium?> produci.*

Clitofonte, nel dialogo omonimo (e in realtà assai discusso)¹³⁵. Ma Platone non manca, talvolta, di enunciare apertamente la superiorità della *nomothetikè téchne* sulla *dikastiké*. Così, sia pure in via incidentale, nel *Gorgia* (520b), ove tale superiorità (o “maggior bellezza”: *kállion*) è evidentemente assunta come indiscussa, al pari di quella della ginnastica sulla medicina, e su di essa viene commisurata la subalternità della retorica alla sofistica.

Nella riflessione aristotelica il discorso si fa, ai nostri fini, ancor più esplicito e diretto – nel segno di una logica di contrasto, o alternativa, tra prescrizioni di legge e attività giudiziaria. Due mi sembrano i passaggi più significativi: l’uno legato a uno specifico episodio storico e alla sua controversa interpretazione; l’altro a una valutazione d’insieme, nuovamente formulata in termini di costi e benefici.

Il primo testo cui alludo risale all’analisi delle riforme di Solone, e in particolare dei suoi interventi stimati “più favorevoli al popolo” (*demotikótata o demotiká: Costituzione degli Ateniesi* 9.1-2 e 10.1). Fra questi Aristotele annoverava l’introduzione delle *grapháí*, in cui l’iniziativa processuale era affidata a qualunque cittadino lo volesse (*ho boulómenos*), nonché la possibilità di richiedere, tramite *éphesis*, che un processo fosse deciso da una giuria popolare, ossia da uno dei vari *dikastéria* in cui si articolava l’*Heliáia*, appena istituita. Ci troviamo dunque nel cuore di quella “democrazia di tribunali”¹³⁶ instaurata da Solone, e che agli occhi del filosofo incarnava il primo – nonché il migliore – modello di una simile forma costituzionale¹³⁷. Aristotele era persuaso che in una democrazia fosse cittadino chi, in primo luogo, avesse accesso alla funzione di *dikastés* (*Politica* 3.1275a-b). Insisteva, perciò, sull’impatto politico di questa nuova forma di amministrazione della giustizia, adottando una formula suggestiva e densa di significati: “quando il popolo è padrone del voto (in tribunale: *kýrios tés pséphou*) diviene padrone della costituzione (*kýrios tés politéias*)”¹³⁸.

E aggiungeva – ecco il punto ora più rilevante – che secondo alcuni la formulazione, tutt’altro che semplice e chiara, delle disposizioni di Solone sarebbe stata voluta da quest’ultimo. Egli, in altre parole, avrebbe perseguito l’intento (o almeno deliberatamente accettato la possibilità) di accrescere il contenzioso e dunque il potere del *dēmos* in veste giudicante, reso così “padrone della decisione (*kýrios tés kríseos*)”¹³⁹. Aristotele riportava, con una punta di malizia, quest’insinuazione, e tuttavia non la condivideva. La stimava infatti “non verosimile”

¹³⁵ Si veda *Clitofonte* 408b. Impossibile qui addentrarsi nei problemi che solleva questo breve scritto: sia in merito alla sua effettiva paternità, sia riguardo ai rapporti che corrono con la *Repubblica*, e in particolare con le tesi di Trasimaco, esposte nel primo libro di quest’ultima.

¹³⁶ Come è spesso qualificata dagli studiosi moderni, onde distinguerla dalla “democrazia di Assemblea” che si sarebbe progressivamente affermata tra Clistene e Pericle. Posso rinviare, in merito tanto alla vicenda storica quanto alla lettura che ne forniva Aristotele, a STOLFI 2020a, p. 123 ss., 192 ss. ove bibl.

¹³⁷ La sua *arché: Costituzione degli Ateniesi* 41.2.

¹³⁸ Così in *Costituzione degli Ateniesi* 9.1.

¹³⁹ In tutta la ricca semantica del secondo sostantivo. A loro volta, le tre ricorrenze di *kýrios* nel volgere di poche righe – così come in altre e contigue testimonianze aristoteliche: RUSCHENBUSCH 1957, spec. p. 258 – sono davvero emblematiche, tanto da saldare la triplice ‘padronanza’ attribuita al popolo. Un dispositivo che, nel sancirne il primato sulla scena processuale, comportava un suo ruolo decisivo non solo nella concreta applicazione delle leggi ma anche sull’intera scena costituzionale.

(*ou eikós*)¹⁴⁰, e piuttosto riteneva che l'“inevitabile” insorgenza di quelle controversie fosse da addebitare “alla difficoltà di raggiungere l'ottimo (*tò béltiston*)¹⁴¹ con una regola generale”. Il disegno (*bóulesis*) di Solone, del resto, doveva essere “considerato non sul metro di ciò che accade adesso, bensì rispetto al complesso della costituzione (*ek tēs álles polítéias*)” da lui introdotta: come a dire che sarebbe anacronistico attribuirgli intenti propri soltanto dei ‘demagoghi’ di V e IV secolo.

Circa l'operato dell'arconte, rinveniamo una valutazione analoga – seppure più sfumata, e soprattutto meno esplicita sull'elemento che maggiormente ci riguarda – nella *Politica*. Anche qui è segnalato (2.1274a) che taluni imputavano a Solone di avere reso le giurie “accessibili a tutti”: ossia di aver fatto “del tribunale, scelto tramite sorteggio, il padrone di ogni cosa (*kýrios pánton*)”. Ma di nuovo Aristotele si discostava da una simile lettura, almeno nella sua portata più critica¹⁴². Egli tendeva infatti a concentrare nei decenni centrali del V secolo interventi e fattori che avrebbero determinato la degenerazione della *politéia* in *demokratía*: a cominciare dalla limitazione dei poteri dell'Areopago voluta da Efialte e Pericle¹⁴³ e dalla previsione, fatta approvare dal secondo, di un compenso per chi facesse parte dei *dikastéria*.

Ma al di là del giudizio storico-politico¹⁴⁴, e del problema costituzionale che vi era sotteso – con le implicazioni ideologiche della preminente sovranità assegnata alle leggi oppure al popolo (qui nella funzione, essenziale, che era chiamato a svolgere in tribunale)¹⁴⁵ – nel brano della *Costituzione degli Ateniesi*, ancora più che della *Politica*, l'aspetto di maggior interesse travalica il caso di Solone. A entrare in gioco è il rapporto che corre, in genere, tra legislazione ed esercizio del *dikázein*. Sia perché Aristotele dà giustamente per scontato che il secondo si dilati ove la prima non sia realizzata “in modo semplice e chiaro”¹⁴⁶; sia perché quest'eventualità è considerata alla stregua di una patologia, che può persino innescare sospetti di ‘secondi fini’ a cui avrebbe mirato il legislatore. Saremmo tentati di vedere in simili enunciazioni quasi il presagio di certe “mitologie giuridiche”¹⁴⁷ della modernità, e in specie dell'Illuminismo, col

¹⁴⁰ Un termine chiave, anche in altra prospettiva, della riflessione aristotelica che più attrae lo storico del diritto. Particolarmente rilevante è soprattutto quanto leggiamo in *Retorica* 2.1402b (ma cfr. già 1.1357a-1358a). Per qualche orientamento in proposito cfr. almeno GRIMALDI 1980, p. 383 ss.; BUTTI DE LIMA 1996, p. 65 ss.; HANKINSON 1997, p. 1182 ss.; PIAZZA 2012, p. 103 ss. Ulteriori indicazioni, da ultimo, in STOLFI 2022b, spec. p. 307 s.

¹⁴¹ Abbiamo già ricordato questa particolare soluzione espressiva, con la sua possibile eco platonica: *supra*, § 2 e nt. 82.

¹⁴² Sul punto, per tutti, MUSTI 1997, p. 71 s.

¹⁴³ Riforma su cui insisteva, ma ricostruendone diversamente la responsabilità, anche in *Costituzione degli Ateniesi* 25.1-4, 27.1 e 41.2. Cfr. PICCIRILLI 1988, p. 47 ss. e ora STOLFI 2022b, p. 81 ss. ove altra bibl.

¹⁴⁴ Con la parabola discendente che si sarebbe determinata, secondo Aristotele, “accontentando sempre il popolo come se fosse stato un tiranno”, mentre era escluso che Solone avesse imboccato questa strada”, poiché al *dēmos* egli avrebbe attribuito solo “il potere indispensabile”, per coinvolgere nelle cariche e attività di governo unicamente uomini facoltosi e rispettabili. Così ancora in *Politica* 2.1274a.

¹⁴⁵ Ci muoviamo perciò nell'orbita della nevralgica questione (“chi è al di sopra, il popolo o la legge?”) affrontata da CANFORA 2019, p. 85 ss. Da ricordare come in *Politica* 2.1273b, ove è descritta la “saggia combinazione” istituzionale sancita al tempo di Solone, “l'elemento democratico” (posto accanto a quello oligarchico dell'Areopago e aristocratico delle magistrature elettive) venga identificato proprio nei tribunali.

¹⁴⁶ *Mē aplós medē saphôs*, leggiamo appunto in *Costituzione degli Ateniesi* 9.2.

¹⁴⁷ Nel senso di ROMANO 1947, p. 126 ss., ancor prima di GROSSI 2001 e GROSSI 2007, spec. p. 5 ss.

modello della legge appunto ‘semplice e chiara’ che dovrebbe scongiurare l’arbitrio del giudice, e il suo abnorme potere. In realtà sappiamo bene quanto siano insidiosi questi raffronti attraverso i secoli, con le analogie – se non addirittura derivazioni – che vorremmo ricavarne. E nondimeno qualcosa di ‘familiare’, pur se accanto a indubbi segni di alterità, affiora anche dal secondo testo cui alludevo.

Ci troviamo nel primo libro della *Retorica*, e il problema pertiene ora non tanto alle oscurità quanto alle lacune della legge: detto altrimenti, all’opportunità o meno che essa, pur nel tenore universale che le è proprio, sia congegnata in modo da ridurre al minimo i casi privi di disciplina che i giudici si troverebbero a decidere senza poter compiere (diremmo noi) alcuna sussunzione¹⁴⁸. Di estremo rilievo è non solo l’orientamento per cui inclina Aristotele, ma anche il complesso degli argomenti chiamati in causa¹⁴⁹. Dal primo punto di vista egli non mostra alcuna esitazione: “soprattutto occorrerebbe che leggi ben stabilite determinassero esse stesse tutto quanto è possibile, e lasciassero il meno possibile a coloro che giudicano” (*Retorica* 1.1354a-b). Quanto alle motivazioni, esse risultano di tre ordini. Troviamo innanzi tutto la circostanza che “uno o pochi uomini assennati e in grado di legiferare e giudicare sono più facili a trovarsi che non molti”. In secondo luogo la constatazione che “le legislazioni (*nomothésiai*) sono il risultato di riflessioni protratte nel tempo, mentre le sentenze (*kríseis*) vengono emesse sul momento, e di conseguenza è difficile che i giudici possano stabilire correttamente ciò che è giusto e opportuno”.

Ma Aristotele si rende perfettamente conto che

fra tutte, la ragione più importante è il fatto che il giudizio del legislatore (*he nomothétou krísis*) non è rivolto al caso particolare, ma riguarda il futuro e l’universale, mentre chi è membro di un’assemblea popolare (*ekklesiastés*) o giudice (*dikastés*) decide di questioni presenti e specifiche: costoro spesso sono influenzati da amicizia, odio e interesse privato, sicché non possono più vedere il vero in modo adeguato, ma il loro giudizio è oscurato dal piacere e dal dolore personale.

Ci troviamo dinanzi a un’autentica testimonianza di fede nei *nómoi*. Ciò non può stupire da parte di Aristotele, che al loro predominio annetteva un preciso significato istituzionale¹⁵⁰. Ma qui rileva soprattutto il tipo di alternativa instaurata dal filosofo: che non è tanto con gli

¹⁴⁸ Circa i tratti teorici di quest’operazione, ma anche sulla sua alterna fortuna nella storia giuridica (al punto che oggi taluno evoca una crisi irreversibile del ragionamento che riconduca i fatti alle ‘fattispecie’), posso rinviare a STOLFI 2018a, spec. p. 40 ss. e 223 ove bibl.

¹⁴⁹ Presuppongo, in merito a entrambi gli aspetti, quanto osservato in STOLFI 2018c, p. 63 ss. e STOLFI 2020a, p. 176 s., entrambi con bibl.

¹⁵⁰ Si veda *supra*, § 2 e nt. 37.

*psephísmata*¹⁵¹ quanto appunto con le decisioni (sempre giudiziali)¹⁵² assunte da Tribunale o Assemblea – il riferimento è infatti all'*ekklesiastés* oltre che al *dikastés*, ma probabilmente a causa della persistenza, anche in capo al primo, di alcune funzioni giurisdizionali¹⁵³. Aristotele, dunque, ritiene senz'altro preferibile redigere *nómoi* che disciplinino più casi possibile, anziché lasciare eccessivi spazi di manovra a chi amministra la giustizia. Fra i tre argomenti addotti a sostegno di questa tesi¹⁵⁴, due sono decisamente meno stringenti – basti considerare, rispetto al primo, che la *nomothesia* era ormai affidata a un collegio composto tramite sorteggio, in modo non diverso (e attingendo, di fatto, alla medesima base personale) dalle giurie popolari. Il filosofo stesso, come verificato, segnalava la maggior consistenza della terza ragione. Vi gioca un ruolo essenziale, congiunto al tratto dell'universalità, l'elemento temporale.

Come l'oratoria giudiziaria si connota, rispetto agli altri generi, anche per essere rivolta a fatti passati (*Retorica* 1.1358a-b), così qui la fissazione di una disciplina particolare tramite sentenza si differenzia dal disposto del *nómos* in quanto attiene a una situazione presente, oltre che specifica¹⁵⁵. Solo la legge consente quel distacco da coinvolgimenti personali e interessi particolari che non sempre è possibile per chi sia chiamato a decidere l'esito di un processo. Essa è garanzia di imparzialità e fattore di razionalizzazione¹⁵⁶ – dunque anche di certezza –, proprio in virtù della sua natura di pre-visione. Vi è insita, potremmo dire, quell'attitudine a 'prefigurarsi la realtà' e ad 'afferrare prima col pensiero' (*prónoia*) che è virtù politica per eccellenza, come ad Atene si ripeteva ormai da decenni¹⁵⁷.

¹⁵¹ Come verificato (ancora *supra*, § 2) a proposito di *Etica nicomachea* 5.1137b. Da notare come in questo passo vi sia l'esortazione a colmare, tramite l'*epieikés*, le inevitabili lacune del *nómos*: in modo da "considerare prescritto ciò che il legislatore stesso direbbe se fosse presente, e che avrebbe incluso nella legge se avesse potuto conoscere il caso in questione". Tale finzione, pur senza dubbio interessante, non deve trarre in inganno. Si tratta di un modo di affrontare i vuoti normativi che, già abbozzato da Platone (*Leggi* 11.926c), riaffiorerà a millenni di distanza, in disposizioni come l'art. 1 del Codice civile svizzero del 1907, che impone al giudice di decidere "secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore". Dietro la coincidenza formale, non mancano però differenze sostanziali (su cui, per tutti, TRIANTAPHYLLOPOULOS 1968, p. 51 ss., spec. 61). Soprattutto rileva il fatto che la menzione del giudice è solo nella disposizione moderna, non nelle parole di Aristotele. Il discorso di quest'ultimo è sì volto a introdurre, almeno implicitamente, anche una prestazione interpretativa dell'equo (cfr. STOLFI 2020a, p. 179 s.), ma nulla autorizza a pensare che ne sia artefice il giudice – in modo esclusivo o prevalente. Difficile, pertanto, invocare questo testo a proposito del confronto fra apporto legislativo e momento giurisdizionale che stiamo adesso esaminando.

¹⁵² E più spesso designate col verbo *krínein* anziché *dikázein*: STOLFI 2018c, p. 65 e nt. 97 ove bibl.

¹⁵³ Soprattutto, ma non solo, per la procedura di *eisanghelia* (su cui cfr. almeno HANSEN 1998; HARRISON 2001, p. 49 ss.; HANSEN 2003, spec. p. 313 ss., 474).

¹⁵⁴ In cui sono stati percepiti echi platonici (in particolare dal *Politico*: RUSCHENBUSCH 1957, p. 264), ma calati entro un impianto teorico per molti versi nuovo.

¹⁵⁵ In anni vicini il cuore dell'accusa rivolta a Timocrate da Demostene è di aver proposto una legge che non solo tendeva a tutelare un soggetto determinato (*Contro Timocrate* 59-60, 188 ss.), ma era anche rivolta al passato anziché al futuro (§§ 43 s. e 73 ss.). Quest'ultima caratteristica viene ricondotta ai meccanismi propri di un'oligarchia (§§ 75 s.): è quindi presentata come opposta ed eversiva rispetto ai principi vigenti ad Atene, in cui si vive "sotto il governo delle leggi".

¹⁵⁶ Davvero "intelletto senza passione", come abbiamo letto in *Politica* 3.1287a: *supra*, § 2 e ntt. 88 s.

¹⁵⁷ Penso soprattutto a quanto Tucidide scriveva di Pericle in *La guerra del Peloponneso* 2.65.6 (ma anche di Temistocle in 1.138.3). Su questi giudizi, da ultimo, STOLFI 2021, p. 36 s. e 127 ove bibl. Circa il ruolo che la stessa *prónoia*, sovrapposta dall'analisi minuziosa di segni, rivestiva nel sapere medico del V secolo (un sapere che sappiamo prestarsi assai bene a varie analogie con la *téchne* politica e legislativa: *supra*, § 2 e nt. 65), si veda almeno VEGETTI 1996a, p. 75 ss.

I vantaggi assicurati dalla fisiologica e stabilizzante signoria del *nómos*, rispetto a quella incontrollabile della decisione giudiziale¹⁵⁸ si prestavano a rappresentazioni ancor più perentorie¹⁵⁹. E in verità non sarebbe difficile spingere la logica di Aristotele al di là di quanto egli stesso poteva vedere, calato in una realtà in cui da secoli il *dikázein* era affidato non a ‘professionisti del diritto’ bensì a privati cittadini scelti per sorteggio¹⁶⁰. Questo dato, unitamente alla segretezza del voto (neppure preceduto da un confronto tra gli stessi giudici)¹⁶¹ e alla mancanza di motivazione, non doveva certo giovare alla prevedibilità dell’esito processuale. Anche senza voler indulgere all’immagine weberiana di una “giustizia di cadì”¹⁶², né all’idea che un simile modo di esercitare la funzione giurisdizionale abbia costituito il principale impedimento al costituirsi di una razionalità giuridica “in senso formale”¹⁶³, o si sia comunque risolta in una prassi del tutto arbitraria¹⁶⁴, non vi è comunque dubbio che tra il *dikastés* ateniese e il moderno giudice corrano notevolissime difformità, da non sottovalutare anche ai fini della ricognizione che stiamo conducendo.

Se Aristotele, nel contrapporre l’operato dei *dikastái* alla previsione legislativa, sottolineava soprattutto il rischio di abusi di potere da parte dei primi, mossi da rancori o interessi, a colpirci è in genere l’aleatoria opacità del loro percorso decisionale – sebbene in qualche misura ridotta dall’obbligo di scegliere fra l’uno e l’altro dei “progetti di sentenza” esposti dai contendenti¹⁶⁵. Una ragione in più per prendere molto sul serio il terzo argomento che abbiamo

¹⁵⁸ È appena il caso di ricordare che i *dikastái*, a differenza di tutti i magistrati ateniesi, non erano tenuti a rispondere del proprio operato (salvo che per l’ipotesi, di fatto pressoché indimostrabile, di spergiuro). Contro di loro, infatti, non potevano essere intentate quelle ‘azioni di rendiconto’ denominate *euthýnai* (in merito alle quali basti qui rinviare a BISCARDI 1982, p. 59 s. e HANSEN 2003, p. 326 ss.). Mi sono soffermato su tale circostanza, a fronte del rilievo che quelle procedure assumevano per la stessa configurazione del potere nella città democratica, in STOLFI 2022b, spec. p. 127 s.

¹⁵⁹ Anche perché condizionate dall’enfasi di un’argomentazione di parte, proprio in sede forense. Lo riscontreremo in Lisia: più avanti, § 7.

¹⁶⁰ Un dato che, evidentemente, Platone doveva considerare esecrabile – come in genere ogni ricorso al sorteggio, tipico della democrazia (soprattutto) di V secolo. Nel raffigurare il suo ultimo modello di città (*Leggi* 6.767b-c), in effetti egli presenta i giudici come magistrati, eletti dal popolo e tenuti a rendere conto del proprio operato (anche perché il loro voto dovrà essere palese: *Leggi* 9.855d, 9.876b). Un completo capovolgimento – e tutto in positivo, nella sua ottica – di ciò che effettivamente erano i *dikastái* nell’Atene del tempo. Sulla peculiare, e decisiva, “function politique” che assume il giudice nelle *Leggi*, cui è attribuita una “responsabilité essentielle”, perspicui rilievi in BERTRAND 1999, p. 232 ss. Cfr. anche MARTINI 2002-2003, p. 86 ss. ove altra bibl., spec. 87 s.

¹⁶¹ Il divieto di conferire tra loro costituisce, nell’analisi di Aristotele, uno degli elementi che più differenzia il funzionamento dei tribunali dalle procedure arbitrali. Si veda *Politica* 2.1268b, ove sono illustrate le difficoltà operative a cui si potrebbe dar luogo ove non vigesse, per i *dikastái*, una simile regola. Da notare come, per molti tratti, l’arbitrato (pubblico) costituisse il modello a cui già Platone s’ispirava nel tratteggiare l’organizzazione giudiziaria della sua ultima città ideale, soprattutto nel VI libro delle *Leggi*: lo ha sottolineato Cozzo 2014, p. 91 ss.

¹⁶² Sulla quale già mi soffermavo in STOLFI 2006a, p. 41 ss. spec. 49 ss. e 205 ove bibl.

¹⁶³ E dunque anche di un’autentica scienza del diritto. Da ultimo, ho discusso quest’interpretazione – anch’essa rinvenibile nell’analisi weberiana – in STOLFI 2020a, p. 48 ss. ove bibl.

¹⁶⁴ Come accennato, le posizioni storiografiche su questo punto sono alquanto diversificate, e tendenzialmente più prudenti: *supra*, § 1 e nt. 17.

¹⁶⁵ La terminologia è di TALAMANCA 1984, p. 344. Davvero il *dikázein* s’identificava nel tagliare un nodo, dividere in due (*dicházein*): una contiguità fonetica, ma anche semantica, ben colta da Aristotele (*Etica nicomachea* 5.1132a), in quello che è assai più di un gioco di parole fra *dike* e *dícha*. Vi insiste, opportunamente, LORAUX 2006, p. 353; ma cfr. già HIRZEL 1907/1966, p. 85 s. Sul giudicare che, nella concezione e prassi greca, si risolve nello sciogliere un’alternativa (che si pone addirittura due volte, nel caso degli *agónes timetói*), da ultimo, STOLFI 2020a, p. 204 ss. ove altra bibl.

rinvenuto in *Retorica* 1.1354b. La discutibile qualità dell'alternativa induceva, come spesso accade, ad apprezzare maggiormente il principale strumento di cui si disponeva per disciplinare le condotte e organizzare la vita cittadina. Così che quella formulazione universale in cui altrove, come verificato, era visto un limite ineludibile del *nómos*¹⁶⁶, diviene qui il suo principale punto di forza. La *prónoia* del legislatore, in definitiva, offre anche l'unica possibilità perché essa sia esercitata da parte dei consociati, consentendo loro di prefigurarsi il trattamento giuridico che li attende.

5. Contrasti 'nomici', in vari sensi

Qualsiasi aspettativa giuridica, più o meno affidabile e 'certa', è però destinata a complicarsi qualora insorgano conflitti tra le norme applicabili. Ogni antinomia sovverte o incrina la sicurezza circa l'effettivo trattamento giuridico: "necessaria" o "contingente" che sia, "totale" o "parziale"¹⁶⁷. Se greco, visibilmente, è l'etimo della nozione di cui ancora ci serviamo, non avrebbe però senso cercare nella realtà antica i principi, a noi familiari, che sono stati adottati per risolvere simili contrasti logici, e dunque per scongiurare (o almeno attenuare) il pregiudizio che essi comportano rispetto alla 'certezza'. Tali principi – 'gerarchico', 'di specialità' e 'cronologico' – iniziano infatti ad affiorare nell'*interpretatio* medievale del *Corpus iuris*, per poi consolidarsi nei secoli e infine appodare a certe odierne disposizioni codicistiche¹⁶⁸.

Già questo mancato prospettarsi di una chiara via d'uscita, o che almeno a noi appaia tale, assume un certo rilievo. Ma in verità, prima ancora della soluzione, preme in questa sede il problema, e il modo in cui fu posto. Come venivano configurate, in Grecia, le ipotesi di contrasto fra *nómoi*¹⁶⁹, e con quale percezione circa le conseguenze a livello di stabilità della disciplina, gestione del contenzioso e buon ordine dei rapporti? Un primo dato interessante, guardando alle nostre voci filosofiche, mi sembra costituito dalla circostanza che esse – pur così sensibili alle questioni della giustizia ed efficacia della legislazione – assai di rado contemplino la divergenza tra due leggi della medesima comunità politica. Eventualità che invece torna più volte in un nutrito filone di studi retorici, sino a sfociare nella trattazione ciceroniana e quintiliana dello "status legale" costituito dalle *leges contrariae*¹⁷⁰.

Se vedo bene, al di là dell'ammonimento platonico per cui il legislatore non deve predisporre "due norme diverse per uno stesso fatto, ma per ciascuna cosa deve formulare sempre

¹⁶⁶ Sul piano etico, più che politico (almeno per quanto concerne Aristotele): così FASSÒ 2007, p. 67.

¹⁶⁷ Circa queste (e ulteriori) tipologie di antinomie cfr. STOLFI 2017, p. 391 e STOLFI 2018a, p. 203 e 241, entrambi con bibl.

¹⁶⁸ Posso ancora rinviare a STOLFI 2017, spec. p. 386 ss. ove bibl. e STOLFI 2018a, p. 201 s.

¹⁶⁹ Escludo, naturalmente, l'eventualità in cui il contrasto si desse fra un *nómos* e uno *pséphisma*. In questo caso operava qualcosa di simile, veramente, a un principio gerarchico – almeno da quando fu introdotta la *graphè paranómon* (su cui cfr., per tutti, HANSEN 2001). Tale azione, infatti, poteva essere intentata contro chi avesse proposto all'Assemblea un decreto – anche ormai approvato – che confliggesse, fra l'altro, con un *nómos* preesistente.

¹⁷⁰ Sul punto, per tutti, CALBOLI MONTEFUSCO 1986, spec. p. 166 ss. e MARTINI 2004, p. 30 ss., spec. 82 s. Ulteriori indicazioni di fonti e letteratura in STOLFI 2017, p. 381 s. ove bibl.

un solo discorso” (*Leggi* 4.719d), la testimonianza filosofica più significativa nella direzione che c’interessa afferisce, in realtà, proprio all’arte retorica. Si tratta infatti dell’accento aristotelico a un *nómos* contrario (*enantíos*) a un altro “che goda di generale approvazione” (*Retorica* 1.1375b). Così accadrebbe nel caso – invero piuttosto nebuloso – in cui una legge sancisca che sono valide (*kýria*) tutte le convenzioni che si siano stipulate (*synthôntai*), mentre un’altra vieti “di accordarsi contro la legge (*synthítesthai parà tòn nómon*)”. A simili ipotesi viene peraltro affiancata quella in cui il contrasto del *nómos* sia con sé stesso (*autòs autô[i]*). Ad essa sembra da ricondurre, o almeno equiparare, l’eventualità cui si accenna poco più tardi: quella, cioè, di una sfasatura che interviene in conseguenza del fattore temporale, laddove sussista ancora la legge ma non più le circostanze di fatto (*tà prágmata*) entro cui – e in vista delle quali, evidentemente – essa fu posta.

Aristotele non indica come fossero disciplinate situazioni di questo tipo, ed è effettivamente assai probabile che non fossero previste regole precise. Lo conferma, del resto, il contesto in cui si colloca questo riferimento. In *Retorica* 1.1375a sono infatti illustrate le *písteis átechnoi* (di solito rese come “prove atecniche”)¹⁷¹, tra cui sappiamo annoverato il *nómos*. Si tratta quindi di vedere come farne uso nel costruire un discorso persuasivo¹⁷². Mentre non pone particolari problemi l’ipotesi in cui tale legge (scritta) si pronunzi a favore della posizione che si intende difendere (*tò prágma*)¹⁷³, ben più complessa risulta la situazione inversa. Occorrerà allora far leva su tutto ciò che valga a screditare quella prescrizione, sino a mostrare che essa ha del *nómos* solo la parvenza¹⁷⁴. La sua natura contraddittoria o ambigua (*amphíbolos*), la sua incongruenza rispetto ad altre disposizioni – di ‘pari livello’, noi diremmo¹⁷⁵ –, come pure il difforme dettato di un *koinòs nómos* (che può anche essere orale, e comunque per definizione va oltre la vigenza nella singola *pólis*), nonché considerazioni di equità e maggiore giustizia: tutto ciò può fornire le armi per “combattere contro la legge”¹⁷⁶ a sé sfavorevole.

Non stupisce, allora, che ad Aristotele non interessasse additare un criterio risolutivo univoco e netto, ma al contrario sfruttare quella conflittualità, se non addirittura rendere il quadro meno limpido possibile. Proprio questo, infatti, poteva offrire margini di manovra alle pratiche suasorie, senza arrendersi all’evidenza di un dettato normativo del tutto avverso. La certezza, anziché un valore e un obiettivo, si rivela ora quasi un inconveniente: un pericolo da esorcizzare, immettendo profili antinomici anche ove essi sarebbero da escludere, qualora

¹⁷¹ Ma si tratta invero di una traduzione un po’ impropria, soprattutto per quanto concerne il sostantivo. Lo pone giustamente in evidenza COSSA 2017, p. 306 ss., che suggerisce di diversificare il senso di *písteis* – da intendere in genere come “elementi suasori a sostegno della propria tesi” o ‘argomenti’ “in senso lato”, mentre solo nell’ambito della retorica giudiziaria (*ghénos dikanikón*) assumeranno propriamente la valenza di ‘prove’.

¹⁷² Presuppongo, al riguardo, quanto osservavo in STOLFI 2020a, p. 158 ss. ove bibl.

¹⁷³ Quest’eventualità è contemplata solo successivamente, suggerendo di basare l’argomentazione sulla stretta osservanza delle prescrizioni normative, giacché “cercare di saperne più delle leggi è esattamente quello che viene proibito nelle leggi più stimate” (*Retorica* 1.1375b). Vi torneremo più avanti, al § 6.

¹⁷⁴ Lo abbiamo già ricordato: § 3, nt. 116.

¹⁷⁵ Cfr. *supra*, nt. 169.

¹⁷⁶ Così, con metafora davvero eloquente, ancora in *Retorica* 1.1375b: *máchesthai pròs tòn nómon*.

fosse adottata una prospettiva più rigorosa. Torna così, rovesciata e implicita – ma non difficile da cogliere –, la stessa consapevolezza altrove¹⁷⁷ esibita da Aristotele in merito alla minore affidabilità, rispetto alla legge, delle corti giudicanti. Nel senso che proprio gli alterni umori delle centinaia di cittadini che ne facevano parte, non necessariamente forniti di competenze tecnico-giuridiche, potranno riuscire d'ausilio a chi argomenti nel modo descritto: fornirgli un cuneo da configgere nel disposto normativo, in modo da divaricarlo e indebolirlo.

Un dato, tuttavia, deve essere tenuto presente. La logica del contrasto fra *nómoi* non solo è apertamente condizionata dalle finalità retoriche e dallo strumentario che s'insegna ad acquisire per perseguirle, ma è anche spinta oltre l'ambito delle antinomie per come siamo abituati a concepirle, sino a coinvolgere fattori normativi davvero particolari. È il caso, in primo luogo, della “legge comune”. Nell'opera aristotelica la sua portata – e dunque il senso della sua contrapposizione all'*ídios nómos* – risulta piuttosto oscillante¹⁷⁸. Viene ora identificata nella legge non scritta ma che “sembra essere riconosciuta da tutti” (1.1368b); più tardi contraddistinta (solo) dalla sua conformità a natura (*katà phýsin*) e dalla presa che esercita su ogni uomo (o almeno ogni greco)¹⁷⁹, laddove dell'*ídios nómos* è detto che può essere tanto scritto quanto non scritto (1.1373b); infine accostata all'equo e nettamente contrapposta, come appena verificato, alla legge (solo) scritta (1.1375b).

Pur entro un quadro così mobile, sembrano comunque entrare in gioco – e sempre intesi come (una tipologia di) *nómoi* – anche usi condivisi fra diverse comunità elleniche, prescrizioni orali, regole percepite come insite nella natura¹⁸⁰. Senza forse tralasciare neppure le leggi divine: a queste è infatti possibile si alludesse, benché non fossero espressamente menzionate, evocando (nel secondo e terzo passaggio ricordato) alcuni versi dell'*Antigone*, notoriamente costruita proprio come “tragedia del *nómos*”¹⁸¹. Un'opera, cioè, al cui centro si colloca lo scindersi della prescrizione che esige assoluta obbedienza, e dunque il configgere dei dettami che ne discendono: da un lato, il disposto di *ágrapta nómima*¹⁸² risalenti agli dèi, dall'altro il *kérygma* di Creonte, valevole per tutti i cittadini (e a sua volta, in varie circostanze, qualificato *nómos*)¹⁸³. Ove spicca sia l'assoluta (e forse voluta) assenza di ogni ancoraggio di quel dissidio

¹⁷⁷ Ma sempre nel I libro della *Retorica*: si veda *supra*, § 4.

¹⁷⁸ Come ho cercato di mostrare, da ultimo, in STOLFI 2020a, p. 154 ss. e STOLFI 2022b, p. 238 ss.

¹⁷⁹ Dal momento che – pur in assenza di reciproca comunanza (*koinonía*) o accordo (*synthéke*) – tutti ne hanno “una sorta di predizione (*mantéuontai*)”. Sulla particolarità di questo verbo, impiegato in luogo del precedente *homologhésthai*, perspicui rilievi in CAMBIANO 2007, p. 61 ss.

¹⁸⁰ Col suo “valore intrinsecamente normativo”, come scrive SCHIAVONE 2019, p. 29, cogliendo proprio in quest'aspetto ciò che accomuna concezioni anche profondamente diverse (se non antitetiche) della *phýsis*, come quelle elaborate prima da Antifonte e poi dallo stesso Aristotele. Per un felice esempio di un richiamo platonico (in *Repubblica* 455d-e) al “valore normativo” della natura – che li però offre anche “un punto di vista critico sull'esistente” – cfr. VEGETTI 2018, p. 149 s.

¹⁸¹ Così ad esempio, di recente, CIARAMELLI 2017, p. 57 ss. Cfr. almeno BONAZZI 2017, p. 115 ss. e STOLFI 2022b, spec. p. 205 ss. ove altra bibl. Si veda anche *supra*, § 2 e nt. 40.

¹⁸² Secondo il celeberrimo *hápx legómenon* che incontriamo ai vv. 454 s., su cui ora STOLFI 2022b, spec. p. 210 s. ove bibl.

¹⁸³ Ciò accade in almeno sette passaggi, e non solo per bocca dello stesso Creonte. Ho insistito più volte sul notevole rilievo che questo assume, anche rispetto a certe letture riduttive del ‘contrasto nomico’ portato in scena da Sofocle: cfr., da ultimo, STOLFI 2022b, spec. p. 214 ss. ove bibl.

alla polarità tra legge e natura che percorreva allora tanta cultura ateniese¹⁸⁴ – vi torneremo fra un attimo –, sia l'immediato e univoco nesso col divino che intrattengono quelle disposizioni non scritte, nonché la portata contrastiva (anziché di convergenza e integrazione) che queste assumono rispetto a quanto sancito dal potere politico: aspetti, entrambi, tutt'altro che scontati, e mai altrettanto marcati, nelle testimonianze della seconda metà del V secolo che toccano simili problematiche¹⁸⁵.

Anche senza poter riesaminare adesso il capolavoro di Sofocle, né la forte pressione reinterpretativa che Aristotele esercitava sulle sue parole, due aspetti appaiono comunque significativi. Da un lato, il riconoscimento dell'esistenza, nel disciplinare la vita dei consociati, di dinamiche fortemente antinomiche – rispetto alle quali non si davano regole 'certe' e preventive: per aprirsi piuttosto, a seconda dei casi, dilemmi tragici (per definizione insolubili) o spazi operativi della *retorikè téchne*. Dall'altro l'eterogenea molteplicità di *nómoi* che partecipavano a simili dinamiche: prescrizioni che non si esaurivano in quanto statuito da chi avesse *krátos* e potestà legislativa nella singola *pólis*. La presa d'atto, da parte di Aristotele, sia in merito a tali polarità, che agli elementi che vi concorrevano, illustra a sua volta alcuni motivi di distacco rispetto a Platone.

Già abbiamo ricordato, innanzi tutto, come in quest'ultimo fosse ancora assai esplicito e forte, direi costitutivo (anche *de iure condendo*, nelle *Leggi*), il legame fra prescrizioni del legislatore cittadino e dimensione trascendente¹⁸⁶. Difficile, in una logica simile, che sussistesse spazio non solo per autentici e insuperabili contrasti fra singole leggi scritte della *pólis*, ma anche fra queste e quelle divine, o rispetto a usi risalenti e venerandi¹⁸⁷. In proposito, abbiamo anzi incontrato la convinzione che in una comunità correttamente governata, e dunque provvista di un'adeguata legislazione, i *nómoi* non scritti (o dei padri) debbano "avvolgere e difendere" quelli scritti: ossia integrarsi con essi e rafforzarne la stabilità con l'autorevolezza che discende dal loro essere ormai "entrati nel costume" (mentre l'intera costruzione istituzionale sarebbe destinata a cadere ove venissero meno simili "legami")¹⁸⁸. I precetti cittadini confluiscono col *nómos* degli dèi o con le più venerabili consuetudini – così potremmo sintetizzare il pensiero platonico – solo in circostanze affatto patologiche: ove a dettarli sia un legislatore, unico o collettivo, che non abbia a cuore il bene comune, oppure siano essi stessi oggetto di colpevole inottemperanza (è, quest'ultimo, soprattutto il tema del *Critone*)¹⁸⁹. Ma ad essere chiamata in causa, allora, sarà propriamente la giustizia – anche

¹⁸⁴ Argomenta da questo silenzio, a suo modo eclatante, per ipotizzare una deliberata presa di distanze di Sofocle rispetto ai sofisti GIGANTE 1993, p. 207. Cfr. anche BONAZZI 2010, p. 90 e STOLFI 2022b, spec. p. 251 s., entrambi con bibl.

¹⁸⁵ Come i passi, tucididei e pseudolisiani, che ho posto a raffronto con l'*Antigone* in STOLFI 2022b, spec. p. 233 ss. ove bibl.

¹⁸⁶ Si veda *supra*, § 2 e nt. 42.

¹⁸⁷ In Aristotele (*Politica* 3.1287b) troviamo invece apertamente giustapposte leggi scritte (*katà grámmata nómoi*) e consuetudinarie (*katà tà éthe*), pur con una prevalenza accordata alle seconde (stimate "più padrone": *kyrióteroî*), sia in sé che per le questioni a cui pertengono.

¹⁸⁸ Così in *Leggi* 7.793a-d: si veda *supra*, § 2 e nt. 73.

¹⁸⁹ Vi abbiamo già accennato, ma vi torneremo soprattutto nel prossimo §.

nella prospettiva di chi cercasse di ‘uccidere’ le leggi della città, non obbedendovi – assai più che la certezza.

Senza dubbio questa prima sfasatura che emerge fra Platone e Aristotele scaturisce anche dal differente sguardo che, come noto, essi posavano sulla realtà giuridica di Atene. Uno sguardo che, da parte del secondo, appare più aderente all’effettivo assetto istituzionale; mentre nel primo può essere colto solo in controluce, o per antitesi rispetto alla *kallípolis* della *Repubblica*, alla città retta dall’*anèr basilikós* del *Politico* o alla nuova colonia delle *Leggi*. Ma le prospettive dei due filosofi divergono anche da un altro punto di vista. Platone è alle prese con un impegno pressante, che qualche decennio più tardi si presenterà in termini assai diversi¹⁹⁰. Si tratta di fronteggiare le tesi dei sofisti – che è poi, per lui, anche un modo di smentire radicalmente le voci¹⁹¹ che riconducevano nel loro alveo lo stesso insegnamento socratico¹⁹².

Il forte relativismo introdotto da quelle dottrine (dopo l’autentico nichilismo gorgiano) si esprimeva nell’opposizione tra *nómos* e *phýsis*¹⁹³, o più precisamente fra leggi della città (democratica: ove quindi si hanno deliberazioni “dei deboli e dei molti”) e *nómos tês phýseos*¹⁹⁴; o fra quanto sia “giusto secondo la legge” – qualcosa di meramente convenzionale, legato alla *dóxa*, e che invero ben poco giova nella prassi, a cominciare da quanto accade nei tribunali – e le “necessarie” regolarità della natura, con la difforme idea del giusto che ne scaturisce¹⁹⁵. Laddove il *nómos* emanato dalla compagine politica, e la sua stessa giustizia, sono attratti nella semplice dimensione dell’“utile” (*symphéron*): quello “comune” a cui guarda Protagora, nell’omonimo dialogo¹⁹⁶ – ma escludendo che anche del giusto e dell’ingiusto si dia alcuna essenza (*ousía*)¹⁹⁷

¹⁹⁰ Benché il confronto sia non di rado diretto e stringente, anche su punti che assumono un certo rilievo nella nostra prospettiva. È stato ad esempio osservato che l’elaborazione rinvenibile in *Etica nicomachea* 5.1134a-1135a può essere letta come una “risposta di Aristotele alle tesi sofistiche che Platone aveva messo in bocca a Trasimaco” (cfr. più avanti, nel testo e nt. 198): ZANETTI 1993, p. 131.

¹⁹¹ Evidentemente, ai suoi tempi, non così sporadiche (basti pensare alle *Nuvole* di Aristofane) né forse del tutto infondate. Vi ha insistito di recente, pur se per trarne conclusioni che non sempre condividerei, BONAZZI 2018, spec. p. 105 ss.

¹⁹² Come ha osservato (sulle orme di Barbara Cassin) VEGETTI 2018, p. 251, la sofistica è in un certo senso una “invenzione” di Platone, perché a lui dobbiamo il ricordo di molte dottrine e figure, coordinate entro un compatto filone d’idee. Lo stesso studioso efficacemente osserva come la sofistica appaia, in tutta la produzione del nostro filosofo, “un rivale da combattere, una sfida da comprendere, forse un incubo da esorcizzare, in ogni caso una presenza tanto prossima da risultare inquietante”.

¹⁹³ Un motivo, del resto, ampiamente circolante nella cultura ateniese del tardo V secolo, sin dalle prime attestazioni nel *corpus* ippocratico. Ne ho ricostruito alcuni aspetti in STOLFI 2020a, p. 167 ss. ove bibl. (ma cfr. anche STOLFI 2022b, p. 250 ss.). Sempre utile il censimento di fonti che proponeva HEINIMANN 1945/1980.

¹⁹⁴ Così per il Callicle di *Gorgia* 482e ss., spec. 483b-e. Per un esame di questo passo posso rinviare, da ultimo, a FRONTEROTTA 2019, p. 30 ss.; STOLFI 2020a, p. 92 ss. ove bibl.; KNOLL 2021, p. spec. 69 ss. (ove anche un confronto con le posizioni attribuite a Trasimaco).

¹⁹⁵ È il nucleo della tesi di Antifonte. Cfr., tra i molti, KERFERD 1988, spec. p. 149 s.; BERTRAND 1999, p. 298 ss.; VEGETTI 2000, p. 230 ss.; DE ROMILLY 2005, p. 73 ss.; CARILLO 2014, p. 345; STOLFI 2020a, p. 118 ss. ove altra bibl.

¹⁹⁶ Per cui “le leggi della città non seguono nessuna norma naturale [...] ma sono date dall’uomo, provvisto di *aidós* e di *dike*, il solo calco dell’utile”. Così NESCHKE-HENTSCHE 2007, p. 30. Ulteriori indicazioni, di recente, in BONAZZI 2017, p. 76 ss.; STOLFI 2020a, p. 168 s.; BONAZZI 2020, p. 139 ss.

¹⁹⁷ Questa l’idea che agli allievi di Protagora, evidentemente sulla scia del maestro, viene attribuita da Socrate in *Teeteto* 172a-b (su cui, da ultimo, GIORGINI 2021, spec. p. 54 s.). Il richiamo alla *ousía* potrebbe essere frutto di una riscrittura platonica (così ad esempio HEINIMANN 1945/1980, p. 116; cfr. BONAZZI 2010, p. 30 ss.). È però molto probabile che venga qui riprodotto un nucleo di dottrine protagoree, che guardavano alla legge come contingente frutto di un accordo e ne limitavano l’operare al campo dell’opinione.

–, o addirittura quello esclusivo di chi abbia il potere sulla città, nella cui nuda volontà Trasimaco stima appunto si esaurisca la legge¹⁹⁸ (l'obbedienza alla quale è un bene per il forte, che governa, e un male per il debole, che viene governato).

La presa di distanze da simili argomenti non solo impone a Platone di declinare in modo pressoché opposto il motivo del rispetto della legge e di ogni immagine 'contrattualistica' che la coinvolge¹⁹⁹, ma induce anche a cercare un'essenza del giusto e dei *nómoi* che devono instaurarlo. Essenza che attinge, a sua volta, alla natura stessa (ma in ben altra prestazione semantica)²⁰⁰ e può essere colta solo tramite un'*epistéme* che trascenda le superficiali contingenze della *dóxa*. Ed è appunto in una simile prospettiva che Platone tende a elidere quegli antagonismi nomici – tra le varie soluzioni normative a cui sia approdato il (detentore del) *krátos* cittadino, oppure fra esse e i dettami della natura – in cui avevano invece modo di esercitarsi i sofisti, con gli ammaliati artifici di cui erano maestri²⁰¹. Come un tagliar loro l'erba sotto i piedi, nel momento stesso in cui era negata ogni effettiva consistenza scientifica al sapere che professavano. La certezza della legge, nel suo statuto necessariamente non antinomico, partecipava così di un vasto e impegnativo quadro teorico: a opzioni che erano assieme filosofiche, di critica (e quindi progettazione) dell'assetto costituzionale e di politica della cultura.

In Aristotele il distacco dai sofisti e la loro confutazione, pur innegabili, assumevano notoriamente tonalità differenti. Come Platone, nel fuoco di quella polemica, aveva denigrato la retorica, mentre Aristotele forniva una risposta assai più articolata – riconoscendone la dignità (almeno) di *téchne* e approfondendone lo studio teorico, per anzi valorizzare alcune peculiari forme di ragionamento proprie di essa e della dialettica²⁰² –, così anche il tema dell'opposizione fra *nomoi* era come esorcizzato dal primo²⁰³, e invece riconosciuto e analizzato dal secondo,

¹⁹⁸ Celebrandone l'"autofondatività [...] in rapporto al potere" (come scrive NAPOLITANO VALDITARA 2000, p. 15) in celebri passaggi del I libro della *Repubblica* (ma sembra riaffiorarne un'eco ancora in *Leggi* 4.714c ss.). Le sue tesi saranno poi riprese e rafforzate, pur con varianti, da Glaucone, di cui Trasimaco rappresenta il "padre intellettuale" (così VEGETTI 2000, p. 215 ss.; altrove lo stesso autore individua in Callicle, Trasimaco e Glaucone, dietro al quale starebbe Antifonte, "tre varianti teoriche di un medesimo paradigma filosofico, fondato su quella antropologia della *pleonexia* che si era imposta nella cultura greca, e specialmente ateniese, a partire dagli ultimi decenni del V secolo": VEGETTI 2018, p. 196). Circa queste posizioni cfr., da ultimo, anche STOLFI 2020a, p. 121 ss. nonché – in merito alla nozione di *pleonexia* – STOLFI 2022b, p. 117, entrambi con bibl.

¹⁹⁹ Vi torneremo al § 6, in riferimento soprattutto al *Critone*.

²⁰⁰ Così da neutralizzare la "great heresy" costituita dalla stessa distinzione – e opposizione – fra legge e natura: STALLEY 1983, p. 29.

²⁰¹ Emblematico il valore che Gorgia sembra assegnasse al discorso (*lógos*), col suo "fascino (*goetía*)" e la sua "magia (*maghéia*)", capaci di dar luogo a "incantamenti divini (*éntheoi epo[i]dái*)". Suggestivo, al riguardo, SUSANETTI 2019, p. 68 ss. Il nesso fra "incantare (*goetéuein*)" e un (presunto) "persuadere (*peúthein*)" si rinviene anche nell'azione di quanti Platone stimava meritevoli di castigo (*Leggi* 10.909b). In precedenza, e in ben diversa prospettiva, era evocato l'"incantamento (*epo[i]dê*)" che la città dovrebbe esercitare su sé stessa ripetendo i discorsi sino ad allora esposti (*Leggi* 2.665c): puntuali rilievi in GASTALDI 1984a, p. 93 ss.

²⁰² Nel senso, ben diverso da quello platonico, in cui quest'ultima viene intesa soprattutto nei *Topiká*. La rivalutazione aristotelica di retorica e dialettica – intesa l'una come simmetrica (o quale il corrispettivo: *antístrophos*) dell'altra: *Retorica* 1.1354a –, conduce a delineare una vera e propria "logica della persuasione" (cfr., per tutti, PIAZZA 2008, p. 111 ss., che in precedenza [p. 22 s.] insiste proprio sulla "riabilitazione della retorica" che lo Stagirita avrebbe realizzato).

²⁰³ Anche laddove emerge il tema della difformità dei *nómoi* vigenti fra una città e un'altra (ad esempio in *Leggi* 1.637c), questo non sembra condurre a qualcosa di paragonabile alla contrapposizione aristotelica fra *ídios* e *koinós nómos*.

nelle sue varie e feconde declinazioni. Quanto poi le istruzioni impartite da Aristotele a chi dovesse tenere discorsi (anche in tribunale) rispecchiassero concrete questioni della prassi forense, non è facile stabilirlo.

Certo non mancano fonti da cui potremmo ricavare che, in genere, “le regole non scritte ed i νόμοι γεγραμμένοι agiscono in sinergia nel determinare la disciplina della fattispecie”²⁰⁴ – al punto da comprimere, o addirittura azzerare, il margine conflittuale di cui abbiamo letto nella *Retorica* (e dunque l'incertezza, avvertita in quella circostanza come benefica). Non sarei però convinto che i problemi dibattuti in quest'ultima opera – così come nel laboratorio dei tragici, a cui espressamente veniva fatto riferimento – assumessero una valenza puramente teorica²⁰⁵. Il taglio, assai pragmatico, dello scritto aristotelico mi sembra suggerire una lettura diversa, e così anche il tipo di argomentazioni che potevano avere presa su *dikastái* non necessariamente provvisti di competenze tecnico-giuridiche. Senza dimenticare che anche la testimonianza che parrebbe sancire, nel modo più esplicito, l'inapplicabilità di leggi non scritte da parte dei magistrati (Andocide, *Sui misteri* 85), è da valutare con estrema prudenza. Non solo per l'argomentazione processuale – piuttosto capziosa – in cui si inserisce, ma soprattutto perché tale categoria di *nómoi* viene contrapposta non a quelli scritti (*ghegramménoi*), bensì a quelli trascritti (*anaghegramménoi*): ossia recepiti fra quanti, con la restaurazione della democrazia nel 403, vennero riprodotti, appunto per scritto, nel nuovo corpo normativo di Atene²⁰⁶.

Inutile rilevare, in ogni caso, come più puntuali riscontri circa simili corrispondenze tra riflessione filosofica ed esperienza processuale siano possibili – anche nella prospettiva della maggiore o minore ‘certezza’ che tutto ciò comportava –, solo dopo un'analitica disamina del *corpus* dei logografi. La seconda tappa, dunque, del cammino che ci siamo proposti, e che in queste pagine potrà essere affrontata solo in minima parte.

6. Una questione non solo di fatto: l'obbedienza alla legge

Per completare il discorso circa i principali nodi toccati nella tradizione speculativa che da Socrate giunge ad Aristotele, conviene intanto riprendere un ultimo punto. Che valore assume l'obbedienza alla legge? È solo un problema di fatto, del cui buon esito il legislatore non deve

²⁰⁴ Così TALAMANCA 2008, p. 46.

²⁰⁵ Mi discosterei perciò dalla perentoria, e quasi sarcastica, conclusione dello stesso TALAMANCA 2008, p. 104, secondo cui “non vi erano seguaci di Antigone tra i logografi”. Tale convinzione, di per sé, ha un fondamento persino ovvio, giacché quanti di professione scrivevano discorsi giudiziari erano mossi da ben altri intenti (primo fra tutti l'interesse del cliente) rispetto a quello perseguito dal personaggio di Sofocle, a cui non interessa alcun successo pratico (e neppure la propria salvezza, in verità) ma solo il compimento di un atto simbolico che attesti la sua incondizionata obbedienza tanto alle prescrizioni non scritte degli dei quanto al “*nómos* del fratello”. La questione più rilevante sul piano storiografico, tuttavia, è comprendere se, ed eventualmente in quale misura, il rovello profondo avvertito dal tragediografo e poi da Aristotele venisse condiviso anche nel sentire diffuso, e fosse dunque destinato ad avere presa sulla sensibilità di molti giurati. Trovo condivisibili, in tale prospettiva, i rilievi di HARRIS 2006, p. 52: “the belief in divine authorship of the true laws is not merely philosophical speculation or poetic fancy”. Cfr. inoltre GAGARIN 2008, p. 204 s.

²⁰⁶ In tal senso, da ultimo, PEPE 2017, p. 52 s. Cfr. anche PELLOSO 2017, p. XVII s. e STOLFI 2020a, p. 156 ove altra bibl.

preoccuparsi, essendo rimesso alla vigilanza dei magistrati (ma anche, in una ‘democrazia diretta’, del semplice cittadino che assuma iniziative d’interesse comune: *ho boulómenos*)²⁰⁷? O si tratta di un dato ancor più rilevante, dal momento che incide sull’aspettativa di applicazione delle prescrizioni cittadine, sulla loro forza – suasoria e iussiva a un tempo – e persino sulla loro effettiva ‘permanenza in vita’? Anche questo, quindi, deve essere tenuto nel debito conto da chi eserciti la *nomothetikè téchne*, dal momento che senza obbedienza non si dà certezza nell’attuazione delle previsioni generali e astratte, né giustizia di trattamento, né buon ordine fra i consociati?

Abbiamo più volte sfiorato la questione, tanto più che essa si trova al centro di un’opera (il *Critone*)²⁰⁸ che costituisce uno dei principali documenti della coscienza civile (e quindi anche giuridica) ateniese fra V e IV secolo. Si tratta però di un motivo dalla diffusione ancora più ampia e dalle molteplici implicazioni: conviene, perciò, esaminarlo con maggiore attenzione. Iniziamo proprio dal ragionamento attraverso il quale Socrate rifiuta la proposta di evadere dal carcere – avanzata da Critone dopo l’esito (doppiamente infausto) del processo che ha avuto luogo su iniziativa di Meleto²⁰⁹. Al riguardo, assume un peso decisivo proprio il significato dell’obbedienza, o meno, alle leggi della propria città²¹⁰. La critica dei sofisti²¹¹ rendeva il tema assai più controverso e delicato, anche sul piano filosofico, di quanto non lo fosse stato agli occhi di un Eraclito, convinto che “tutti i *nómoi* umani sono nutriti (*tréphontai*) da un unico (*nómos*) divino” e che è “necessario per il popolo combattere a difesa del *nómos* proprio come a difesa delle mura”²¹².

Socrate, però, si muove in tutt’altra direzione rispetto alle voci di un Antifonte o di un Callicle (ma anche, in diversa prospettiva, dell’*Antigone* sofoclea)²¹³. Egli, infatti, neppure con-

²⁰⁷ In un simile scenario già l’essere cittadino – e perciò potenziale giudice, ancor prima che membro di Assemblea e Consiglio, o aspirante magistrato – implica un ruolo istituzionale attivo e di notevole impatto. Come scrive Aristotele (*Politica* 3.1275b), è *polites* “colui che ha la possibilità di adire alle cariche deliberative e giudiziarie” (significativa la critica che a una simile concezione muoverà un Bodin: COSTA 1999, p. 74 s.). Su *ho boulómenos* quale “categoria prodotta o almeno promossa dalla democrazia”, MUSTI 1997, p. 206; circa la sua funzione nevralgica nell’ingranaggio pubblico ateniese cfr. anche HANSEN 2003, p. 389 ss. e CANFORA 2013, p. 82 ss.

²⁰⁸ Vi si accennava *supra*, in particolare § 5 e nt. 199.

²⁰⁹ Inutile qui riprendere l’analisi di tale processo, del ruolo che vi svolsero (accanto allo stesso Meleto) Licone e soprattutto Anito, del capo d’accusa e di ciò che esso celava, del diverso esito della votazione – più incerto la prima volta (a favore della condanna), netto la seconda (in merito alla pena). Ho esposto la mia lettura dei fatti in STOLFI 2012a, p. 49 ss., spec. 58 ss. ove bibl.; più di recente, si vedano almeno MOREAU 2017, p. 386 ss.; BONAZZI 2018, p. 3 ss.; PEPE 2019, p. 94 ss., tutti con ulteriore bibl.

²¹⁰ Si veda *Critone* 48b ss., nella cui analisi – qui volutamente ridotta all’essenziale – presuppongo STOLFI 2012a, spec. p. 72 ss. e STOLFI 2020a, p. 103 ss., ove bibl.

²¹¹ Alla quale si è accennato nel § precedente.

²¹² Così leggiamo, rispettivamente, in 22B114 DK (= Colli 14 [A11]) e 22B44 DK (= Colli 14 [A76]). Posso ancora rinviare a STOLFI 2020a, p. 87 ss., ove bibl.

²¹³ Circa il ruolo che vi gioca l’obbedienza della protagonista – tanto ai dettami divini quanto al *kérygma* di Creonte (almeno a posteriori, nel senso di accettarne senza opposizioni la conseguente condanna) –, si vedano almeno MEIER 2000, p. 258 s. (secondo cui Antigone “non è una ribelle, si adegua normalmente al dominio. Solo su un punto si rifiuta di obbedire, perché conosce nello stesso tempo un diritto superiore a cui, anche se per ragioni molto personali, vuole orientarsi”) e ora STOLFI 2022b, spec. p. 211 s. ove altra bibl. Suggestivo il confronto che tra l’eroina tragica e Socrate propone RIPEPE 2001, p. 709 ss.: non sarei però certo di poter individuare, nel contesto greco, la nitida distinzione che egli traccia (p. 700 ss.) fra “obbligo giuridico” e “obbligo politico”. Si veda anche PORRO 2019, p. 43 ss.

templa possibili contrapposizioni tra le leggi vigenti ad Atene e disposizioni di altra natura²¹⁴. Piuttosto, procede da una premessa che sa bene non condivisa dai più²¹⁵, e cioè che in nessun modo è consentito commettere ingiustizia, neppure in reazione a un torto patito²¹⁶ – si delinea così, veramente, un'idea di “giustizia assoluta”, che esclude la legittimità anche dell’“ingiustizia ritorsiva”²¹⁷. Proprio la ricerca dell’ingiustizia che qualcuno potrebbe soffrire, qualora egli acconsentisse a evadere dal carcere, introduce il dialogo che Socrate immagina svolgersi fra sé e la città – e soprattutto coi *nómoi* di questa, poiché sono sempre e solo essi a prendere la parola²¹⁸, anche a salvaguardia della prima. Emblematica la domanda che essi pongono al filosofo (*Critone* 50a-b):

Che altro pensi, con questa azione che stai per compiere, se non di distruggere, per quanto è in tuo potere, noi, le leggi, e la città tutta intera? O ti sembra possibile che stia in piedi e non venga interamente sovvertita una città in cui le sentenze dei giudici non hanno valore, ma vengono vanificate e distrutte da comuni cittadini?

Socrate non si nasconde le possibili repliche: nel suo caso, la violazione dei *nómoi* potrebbe essere giustificata dall'infondatezza della sentenza, e quindi dall'iniquità perpetrata ai suoi danni. Invero una simile obiezione sarebbe già vanificata dall'argomento appena richiamato, secondo cui non è ammissibile compiere un torto anche se in conseguenza di uno sofferto. Ma per farla definitivamente cadere Socrate evoca la logica dell'obbedienza. E lo fa ricorrendo a quello che era stato un diffuso tema sofistico, ossia la portata convenzionale delle leggi. Egli tuttavia ridisegna completamente quel motivo, sino a capovolgerne le conseguenze. Quanto era da altri invocato per dimostrare la contingenza dei *nómoi*, mutevoli e sovvertibili, viene riproposto proprio per sancirne la necessaria inviolabilità, e dunque l'intangibile certezza della loro applicazione²¹⁹.

Ma anche i protagonisti dell'accordo (*homologhía*) sono individuati in modo ben diverso che nelle soluzioni circolanti sino ad allora²²⁰. La convenzione cui Socrate si richiama non fu

²¹⁴ Lo sottolineava, ad esempio, PIOVANI 1947/1991, p. 17.

²¹⁵ Paradossale, proprio come contraria alla *dóxa* (cfr. HAVELOCK 2003, p. 382); e anche “antipolitica”, nel senso di FIGAL 2000, p. 105.

²¹⁶ *Critone* 49b, da leggere con *Repubblica* 1.335e – in reazione all'idea di giustizia, risalente a Simonide e fatta propria da Polemarco, secondo cui essa consiste nel fare bene agli amici e male ai nemici (*Repubblica* 1.331e-332b; qualche difficoltà di coordinamento mi sembra ponga, in proposito, *Clitofonte* 410a-b). Ancor più distante la concezione della giustizia, e della sua genealogia, che nella stessa *Repubblica* viene espressa da Trasimaco, ma anche da Glaucone: *supra*, § 5. Significativo è poi che altrove Socrate consideri “il più grande dei mali” il commettere ingiustizia (senza ulteriori specificazioni), mentre Polo il subirla (*Gorgia* 469b).

²¹⁷ Sul punto, fra i molti, PAOLI 1933, p. 195 ss.; PIOVANI 1947/1991, p. 12 ss.; VLASTOS 1998, p. 260 ss.; IOPPOLO 2000, spec. p. 104 ss.; REALE 2000, p. 121 ss.

²¹⁸ In forma sostanzialmente monologica. Questo è davvero ‘il meno socratico’ dei dialoghi: IOPPOLO 2000, p. 112 s.

²¹⁹ Diversa sarà poi la strada battuta, per fronteggiare ogni visione riduttiva e pattizia della legge, da Aristotele. In *Politica* 3.1280b egli si dirà convinto che il *nómos* si riduce a mera convenzione, incapace di migliorare i cittadini, solo all'interno della comunità che non si curi della virtù politica.

²²⁰ E poi in testi successivi di alcuni decenni, come la prima orazione contro Aristogitone attribuita a Demostene: STOLFI 2020a, p. 108 ss., spec. 114 ove bibl.

conclusa fra i *politai*, o fra essi e la città²²¹, al fine di stabilire i *nómoi*, ma da lui stesso con questi ultimi. La “deduzione contrattualistica”²²² qui proposta in merito alla legge non coincide, neppure per rovesciarne il senso, con altre teorie designate con analoga terminologia. Piuttosto, le vanifica a monte, assumendo i *nómoi* non come prodotto di un patto ma come il più forte dei soggetti che vi hanno dato vita²²³. È infatti Socrate stesso, in prima persona, ad aver assunto un impegno²²⁴. E lo ha fatto con quelle stesse leggi a cui ora, se seguisse il suggerimento di Critone, userebbe mortale violenza. Tale impegno fu contratto sin dalla nascita (*Critone* 50e-51a) e neppure vedeva i due protagonisti su un piano paritario, poiché il filosofo si considera “figlio e schiavo” dei *nómoi*²²⁵. Stretto un simile patto, Socrate potrebbe eluderlo, senza per questo commettere ingiustizia, a una sola condizione, di fatto non realizzata – riuscire a convincere i *nómoi* stessi a modificarlo: “persuadi o obbedisci”²²⁶.

Una simile alternativa, nelle diverse declinazioni cui si presta la *peithó*, riproduce veramente il cuore della questione: più precisamente, evoca i termini chiave che ritroveremo anche altrove, ma stavolta non in forma disgiuntiva né tantomeno oppositiva. Certo nell’opera che stiamo esaminando vi seguono ulteriori e rilevanti argomentazioni, come quella che fa leva sul legame adelfico, cui già si accennava²²⁷, tra i *nómoi* di Atene e quelli dell’Ade²²⁸. Ed è vero che la relazione fra giustizia e legalità – per i Greci sempre decisiva, ma spesso più problematica (come verificato anche in Aristotele) – conosce qui un inquadramento assai perentorio, in

²²¹ O da quest’ultima nel suo complesso, secondo le diverse varianti di tale immagine, altrove attestate o presupposte.

²²² Secondo la terminologia di CALOGERO 1984, p. 253. Cfr. almeno PIOVANI 1947/1991, p. 18 ss.; IOPPOLO 2000, p. 110 s.; FASSÒ 2007, spec. p. 42.

²²³ Sul punto, per tutti, WOOLEY 1979, p. 76 ss.; ALLEN 1980, p. 91 ss.; STOLFI 2012a, p. 78 ss.; CARILLO 2014, p. 346 s.; STOLFI 2020a, p. 104 s. ove altra bibl.

²²⁴ Rinnovato poi ogni giorno, permanendo ad Atene, con una “costante stipulazione”: PIOVANI 1947/1991, p. 25.

²²⁵ Circa questo richiamo alla condizione servile, fra gli altri, KRAUT 1984, p. 105 ss. (un lessico simile tornerà in vari luoghi dell’ultima produzione platonica: *supra*, § 2, nt. 53). Nel *Critone* il merito di avere generato, nutrito ed educato colui che adesso potrebbe infrangerle è ascritto non genericamente alla *pólis*, ma appunto alle sue leggi – la cui attitudine pedagogica è richiamata anche in *Apologia di Socrate* 24e, prima di divenire un ricorrente tema platonico (basti vedere *Leggi* 9.880a ss., ma non solo: vi torneremo). Il medesimo riconoscimento compare più avanti (*Critone* 51c-e, 54b), ove troviamo anche l’esplicito accostamento delle leggi a madri (*ghennetaí*) o nutrici – torna così, riadattata circa i soggetti cui è riferita, la metafora incontrata col *tréphontai* eracliteo: *supra*, nel testo e nt. 212.

²²⁶ In tal senso, con perspicui rilievi, IOPPOLO 2000, spec. p. 106. Circa la “persuade or obey” doctrine contenuta nel *Critone* cfr. anche MOREAU 2017, p. 404 s.

²²⁷ *Supra*, § 2, nt. 42.

²²⁸ Così in *Critone* 54b-c: “Se tu ora muori, muori soffrendo un’ingiustizia, non da parte di noi leggi, ma degli uomini; ma se tu fuggi di qui in modo così vergognoso, rispondendo all’ingiustizia con ingiustizia, al male col male, rompendo i patti e gli accordi stabiliti con noi, e offendendo chi meno dovresti, cioè te stesso, gli amici, la patria e noi, allora noi saremo ostili verso di te finché avrai vita; e laggiù le nostre sorelle, le leggi dell’Ade (*adelphói oi en Háidou nómoi*), non ti accoglieranno benevolmente, sapendo che, per quanto era in tuo potere, hai cercato di distruggerci”. Di nuovo emerge l’asimmetria fra i due interlocutori, dal momento che l’evasione di Socrate costituirebbe un gravissimo oltraggio alle leggi, mentre la sua iniqua condanna non sarebbe da ascrivere ad esse bensì alla loro distorta applicazione da parte di altri uomini. Ciò fra l’altro significa che, una volta accettato il principio secondo cui in nessun modo è consentito commettere ingiustizia, neppure in reazione a un torto sofferto, a maggior ragione non sarebbe ammissibile l’evasione dal carcere, poiché comporterebbe un pregiudizio per un soggetto (i *nómoi*) diverso da quello (gli Ateniesi) da cui è derivata l’ingiustizia patita da Socrate. Circa il significato – ancor oggi discusso – che attribuirei a quel legame adelfico fra diverse tipologie di prescrizioni, posso qui rinviare a STOLFI 2012a, spec. p. 84 ss. e STOLFI 2020a, p. 106 ss., entrambi con bibl.

forza del quale la prima viene senz'altro identifica nella "conformità alla legge", per cui "giusto e legale, *dikaion* e *nómimon*, coincidono"²²⁹. Ma quel che ora maggiormente interessa è il peso che quei due elementi – l'obbedienza e la persuasione – assumono nella mentalità greca, e in particolare nella riflessione platonica che più ci riguarda.

In effetti nel *Critone* troviamo condensata, ed espressa nella forma più incisiva, una convinzione che anche altrove affiora con una certa nettezza: l'idea secondo cui "una legge a cui non si obbedisce *sempre* non è più una legge". Al che si lega un motivo ancor più diffuso e consolidato²³⁰, secondo il quale "una città in cui non si obbedisce *sempre* alle leggi va in rovina"²³¹. Partecipe della 'fragile sovranità' del *nómos* – se preferiamo, del singolare 'legalismo' che connotò l'esperienza greca²³² –, un simile argomento è qui formulato in termini esemplari, ma anche paradossali. In effetti il potere di cui Socrate dispone rispetto alle leggi – che egli è in grado di distruggere interamente – risulta persino superiore a quello che esse hanno nei suoi confronti, dal momento che "possono uccidere non tutto Socrate, ma ciò che di lui può essere ucciso", ossia solamente il corpo²³³.

Si tratta di semplici artifici espositivi, tutti calati nel contesto di un discorso che celebra la virtù socratica, spinta al punto di accettare l'estremo sacrificio, e subire l'esecuzione di un'ingiusta condanna pur di non avallare comode scorciatoie? Non direi. Questi elementi sono senza dubbio presenti, e tuttavia il motivo dell'inderogabile obbedienza ai *nómoi* – anche come prescrizioni di chi detenga il potere in città – ha un impatto ben più vasto e sostanziale. Il legislatore non può disinteressarsene, poiché proprio qui si rivela l'effettiva attitudine delle sue previsioni a farsi regola su cui commisurare il contegno dei consociati, trattenerli dalle ingiustizie ed educarli al bene²³⁴. Tutte le questioni che finora abbiamo richiamato assumono solo in questa luce la loro precisa fisionomia: un'osservanza troppo aleatoria accentuerebbe la distanza del disposto generale del *nómos* rispetto agli specifici e concreti accadimenti; ne eroderebbe la presa col passare del tempo (consolidando le deroghe, e incoraggiando a moltiplicarle, in quanto ormai iscritte nel costume)²³⁵; lo indebolirebbe a fronte di concorrenti e più puntuali modalità di disciplinamento; ne acuirebbe i contrasti con difformi dimensioni normative.

La legge vede garantita non solo la sua certezza, e prevedibilità di applicazione, ma anche la sua reale esistenza – calata in un conforme stile di vita assunto dalla cittadinanza – unicamente ove sia percepita come qualcosa di venerabile e intangibile, che non sopporta (in ogni senso) alcuna trasgressione. Il soggetto, individuale o collettivo, cui sia affidata la *nomothetikè*

²²⁹ Così GASTALDI 2008, p. 60.

²³⁰ Soprattutto in campo retorico, e immancabilmente piegato a intuibili ragioni suasorie. Ne vedremo qualche esempio in Lisia, al § 7. Cfr. intanto STOLFI 2012a, p. 122 ss.

²³¹ Entrambi i rilievi sono di DE ROMILLY 2005, p. 117. Cfr. anche, in riferimento tanto al *Critone* quanto alle *Leggi*, BERTRAND 1999, p. 313: "toute transgression de la loi menace l'existence même de la cité".

²³² Presuppongo quanto osservato in STOLFI 2020a, p. 58 ss. ove bibl.

²³³ In tal senso PIOVANI 1947/1991, p. 18.

²³⁴ Come efficacemente scrive VEGETTI 1996, p. 51, in Grecia "le leggi operano [...] una sorta di ortografia sociale, intesa a correggere le deviazioni individuali del cittadino".

²³⁵ Ne abbiamo già incontrato alcune esplicazioni, al § 2.

téchne ha allora il dovere di predisporre tutti i mezzi adeguati per assicurare preventivamente il futuro rispetto delle disposizioni che emana. Mezzi, di per sé, senz'altro diversi, ma non necessariamente divergenti o alternativi sul piano pragmatico. Ne ricorderei almeno tre, di cui troviamo testimonianza nella riflessione di Platone e Aristotele, ma anche più di un riscontro in altri autori e nella stessa esperienza storica: la paura (di sanzioni per il trasgressore), il vincolo religioso (tramite l'imposizione di un giuramento, alla collettività o almeno a chi assolva le funzioni più delicate) e appunto la persuasione (da parte del legislatore stesso sui destinatari del suo lavoro).

Abbiamo già richiamato la prima di queste direttrici evocando la funzione assegnata a *phóbos* e *aidós* nella VII Lettera²³⁶. Invero la prestazione 'politica e normativa' della paura era già stata, nella cultura ateniese del V secolo²³⁷, al centro di rappresentazioni straordinariamente profonde e suggestive, come quella eschilea nel finale delle *Eumenidi*²³⁸. Ma possiamo rinvenirne varie altre attestazioni, più o meno esplicite, anche all'interno della restante produzione platonica, e qualche sostanziale ripresa in quella di Aristotele. È infatti anche col timore di pene comminate ai trasgressori che viene garantita l'osservanza del *nómos*, il quale appunto opera "persuadendo e costringendo" (*Repubblica* 7.519e) – laddove le giuste sanzioni che esso commina hanno lo scopo specifico di "correggere (o raddrizzare: *euthýnai*)", sicché la città "costringe (*anankázei*) a governare ed essere governati (*árchein kài árchesthai*)" conformandosi alle linee tracciate da "antichi e buoni legislatori"²³⁹, e "punisce chi si muova fuori di esse" (*Protagora* 326d-e)²⁴⁰. Qualcosa di non troppo distante dalla "costrizione irriducibile"²⁴¹

²³⁶ Si veda *supra*, § 2, nt. 53. Sulle varie connotazioni della paura in Platone, con le valenze istituzionali che essa riveste, cfr. PALUMBO 2000, p. 283 ss.

²³⁷ Quasi a rimettere in discussione l'immagine secondo cui solo gli Spartani avrebbero tributato maggiori onori a *Phóbos* che a *Peitbó* (cfr., al riguardo, DETIENNE 2002, p. 263 s. e VERNANT 2007, p. 67 s.). In questo senso è probabilmente da rileggere criticamente anche il *tópos* (attestato ad esempio in Tucidide, *La guerra del Peloponneso* 2.37.3 e in Platone, *Leggi* 1.642c) della maggior virtù degli Ateniesi rispetto agli Spartani, nel senso che da parte dei secondi l'obbedienza alle leggi sarebbe imposta dalla necessità più che esercitata spontaneamente. La logica che vi è sottesa – per cui "l'uomo migliore è quello che risulta giusto senza costrizioni, e le leggi scritte rappresentano una costrizione" – torna, ormai senza più riferimenti agli Spartani, in una delle argomentazioni che Aristotele suggerisce di adottare in *Retorica* 1.1375a.

²³⁸ Posso ora rinviare a STOLFI 2022b, p. 102 ss., spec. 106 ss. ove bibl.

²³⁹ Significativo è qui il paragone con quei maestri di grammatica che, nell'insegnare a fanciulli ancora incapaci di scrivere, "solo dopo aver abbozzato con lo stilo i segni delle lettere, danno loro la tavoletta e li costringono a scrivere (*anankázousin gráphēin*) seguendo la traccia dei grafemi già incisi (*katà tēn hypbéghesin tōn grammōn*)". Scorge in quest'immagine "un'ulteriore connessione metaforica fra legge e scrittura" VEGETTI 2018, p. 235.

²⁴⁰ In questa stessa opera, nelle battute di poco precedenti (324a-b), leggiamo della punizione dei colpevoli che non opera tanto "in considerazione del fatto che commisero ingiustizia [...] a meno che uno, come una belva, cerchi irrazionale vendetta". Piuttosto, chi commina la pena "in modo conforme a ragione (*metà lógou*) non punisce per l'ingiustizia passata, perché non potrebbe far sì che ciò che è stato non sia accaduto, ma punisce pensando al futuro, perché non torni a commettere ingiustizie né quello stesso individuo né altri che lo veda sanzionato". Questo motivo torna in *Leggi* 11.934a-b: perspicui rilievi in BERTRAND 1999, p. 300 s.

²⁴¹ Così GASTALDI 1984b, p. 424, la quale segnala più avanti (p. 448) che per Platone "al di fuori dell'opera plasmatrice del *nomos* possono esistere solo il disordine e la devianza". Il legislatore dovrà allora operare quale "mediatore e interprete, per gli uomini e la città, di un ordine divino che doveva venire iscritto nelle loro vite mediante le leggi": VEGETTI 2003, p. 241. Su quest'orizzonte 'teocratico' entro cui si muoveva l'ultimo Platone – vi abbiamo accennato *supra*, § 2, nt. 42 – cfr. anche BERTRAND 1999, spec. p. 39 ss.; GASTALDI 2008, spec. p. 105; BONAZZI 2017, p. 187 s.

a cui il filosofo affiderà il suo ultimo progetto istituzionale, ormai abbandonato il sogno della *kallipolis*, e poi dalla “potenza costringitiva”²⁴² che alla stessa legge riconoscerà Aristotele (*Etica nicomachea* 10.1180a).

L'intero, fittissimo apparato prescrittivo e sanzionatorio contemplato nelle *Leggi* – con la “sorveglianza capillare e incessante”²⁴³ che dovrà esercitarsi sui membri della nuova colonia – si muove esattamente in questa direzione. I castighi, così come i premi e gli encomi, assumono naturalmente una funzione solo strumentale rispetto ai veri scopi del legiferare, ossia l'educazione dei cittadini alla virtù (4.705e), la loro massima felicità e reciproca concordia (5.743c). I *nómoi*, dunque, da una parte persuadono e dall'altra puniscono (4.718b): e se può apparire “umiliante” fissarne anche in merito ai delinquenti e ai malvagi (9.853b-c) – poiché “minacciare anticipatamente chi si suppone diventerà tale” significa ammettere un parziale fallimento della comunità che si sta progettando –, nondimeno ciò è indispensabile. Tanto più che Platone ripropone ancora l'idea, tipicamente socratica, per cui non si è mai volontariamente malvagi, benché poi convenga reprimere con maggiore o minore durezza i crimini volontari e quelli involontari (9.860d ss.)²⁴⁴.

Da qui la distinzione che il filosofo opera tra due specie di leggi: “le une servono per gli uomini onesti, al fine di insegnare loro in quale modo, stringendo reciproche relazioni, possano vivere concordi; le altre per chi si è sottratto all'educazione alla virtù, ha dura la natura [...], in modo che non giunga alla più completa malvagità”²⁴⁵. Ma eguale è l'obiettivo di fondo, perseguito con un diverso grado di coercizione e condiviso con l'intera *paidéia* minuziosamente esposta, e da applicare sin dalla più tenera età: l'educazione all'obbedienza. Il valore di quest'ultima partecipa di un preciso disegno politico, che rifiuta ogni egualitarismo, consolida il principio di autorità ed esalta il “comandare ed essere comandati secondo giustizia”²⁴⁶. L'obbedienza alla legge, in altre parole, si configura qui quale fine e mezzo insieme. Come fine, perché tanto il timore delle pene quanto l'aspettativa di premialità – o almeno di accresciuta considerazione sociale – devono concorrere a crearne le premesse e incentivarla. Ma anche come mezzo, perché il rispetto della legge – di qualsiasi legge, a prescindere dalla sua importanza (in apparenza) diversa – costituisce il passaggio obbligato per la formazione di cittadini

²⁴² O che obbliga con la forza della necessità: *anankastikè dýnamis*. Abbiamo già ricordato (*supra*, nt. 237) come nella *Retorica* lo stesso filosofo affermasse delle leggi scritte che – diversamente da quelle non scritte – operano tramite la costrizione (*ghegramména ex anánches*).

²⁴³ Come scrive GASTALDI 1984b, p. 452.

²⁴⁴ Laddove non avrebbe invece senso, per illeciti quali il furto, differenziare la sanzione a seconda del valore della cosa sottratta (12.941c-d): non diversa è infatti la riprovazione per l'atto, e l'esigenza di una ‘rieducazione’ del colpevole.

²⁴⁵ Così in *Leggi* 9.880d-e. Non molto diversamente più avanti, allorché del giudice viene detto che deve conservare in sé la parola scritta del legislatore quale “antidoto (*alexiphármakon*)” rispetto a ogni altro discorso, e con essa garantire “ai buoni la conservazione della giustizia e il suo progredire, ai malvagi una trasformazione che li tolga alla loro ignoranza, indisciplinata, viltà” (*Leggi* 12.957d-e).

²⁴⁶ Cfr. GASTALDI 1984b, p. 421. Inutile dire che a esercitare tale comando e a esservi sottoposti saranno sempre per Platone (come già nella *Repubblica*) soggetti ben diversi, senza affatto instaurare quell'alternanza che apparirà invece essenziale ad Aristotele (cfr. *supra*, § 2, nt. 87). Circa la “disponibilità totale all'obbedienza” a cui Platone si prefigge di educare i cittadini, suscitando il loro pieno consenso rispetto alle disposizioni emanate, GASTALDI 1984a, p. 91 ss.

virtuosi. Un progetto complesso e ambizioso, in cui l'ultimo Platone confida di intrecciare ascendenze divine, razionalità del legislatore, ordinamento gerarchico dei *politai* e controllo delle loro istanze psichiche (sin da quelle stimate più basse)²⁴⁷.

Invano cercheremmo in Aristotele, così sensibile all'effettività storica, aspirazioni analoghe. E tuttavia anche nella sua opera affiorano tracce di un ruolo nevralgico assegnato all'obbedienza, e in riferimento a fondamentali momenti della prassi. Basti pensare al ragionamento²⁴⁸ seguito riguardo al contegno da tenere rispetto a prescrizioni che siano favorevoli oppure avverse al proprio interesse processuale (*Retorica* 1.1375b). Nella prima ipotesi, affinché i giudici non si discostino da quanto quel *nómos* prescrive, Aristotele suggerisce vari argomenti, a partire da una lettura fortemente 'legalista' della *gnóme ariste* richiamata nel giuramento elastico²⁴⁹ (la quale "non esiste perché vengano pronunziate sentenze contrarie alla legge, ma perché il giudice non sia accusato di spergiuro, se non comprende cosa dice la legge"). Non manca poi un confronto con le altre *téchnai* (in particolare la *iatriké*: la stessa che abbiamo visto più volte evocata da Platone) e, per questo tramite, un riferimento al motivo che ora interessa. Potrà infatti sostenersi, dice Aristotele, che anche

nelle altre tecniche non vi è alcun vantaggio nel pretendere di "saperne più del medico", perché un errore (*hamartía*) del medico non è tanto dannoso quanto l'abituarsi a disobbedire a chi comanda (*tò ethízesthai apeithéin tó[i] árchontí*); e che cercare di saperne più della legge è esattamente quello che viene proibito dalle leggi più stimate.

Diversamente da quanto si è letto nel *Politico* (e rivedremo nelle *Leggi*), qui al *iatrós* è assimilato non il legislatore, bensì il *nómos* stesso: chi voglia disattenderne le prescrizioni è come l'*idiótes* che presuma di conoscere un sapere meglio di chi lo esercita professionalmente. Contegno grave non tanto perché, da parte di quest'ultimo, sia impossibile un errore (anche di quelli che non escludono una responsabilità: *hamartía*)²⁵⁰, quanto piuttosto in ragione di un 'calcolo di costi e benefici', affine a quello rinvenuto a proposito del mutamento legisla-

²⁴⁷ Come ancora osserva GASTALDI 1984b, p. 426 s., nelle *Leggi* "sorvegliare e regolamentare sono [...] le modalità di approccio primarie all'ambito opaco dell'irrazionale": "il comportamento razionale e perciò virtuoso consiste [...] nell'obbedienza al *nomos*, conformando le proprie azioni al modello corretto proposto dal legislatore". L'intera *paideía* platonica è letta da quest'autrice (p. 452) come "un processo di condizionamento, teso all'interiorizzazione delle norme [...] strumento insostituibile per il consolidamento del consenso, di una obbedienza senza opposizioni".

²⁴⁸ A cui già si accennava *supra*, spec. § 5.

²⁴⁹ Ne abbiamo rapidamente ricordato qualche aspetto *supra*, § 4, nt. 132 ove bibl.

²⁵⁰ Si tratta di uno dei pochi lemmi presenti nel vocabolario aristotelico dell'errore e del torto. Ben noto il suo impiego a proposito della tragedia, in *Poetica* 1453a – per il quale può qui rinviarsi a BREMER 1969; DODDS 1973/1985, p. 65 ss.; CURI 2019, p. 51 ss.; STOLFI 2022b, p. 32 ove altra bibl. Ancor più significativa, in prospettiva giuridica, è la distinzione tracciata fra un termine assai vicino al nostro – ossia *hamártema*, quale errore previsto o prevedibile ma non determinato da perversità – e le nozioni di *atychemá* e *adikema* (quali, rispettivamente, sbaglio impreveduto, e non dovuto a intenzione cattiva, oppure previsto e causato da perversità). Incontriamo quest'analisi sempre nella *Retorica*, poco prima del passo appena esaminato nel testo (1.1374b).

tivo²⁵¹. Lo sbaglio in cui saltuariamente può incorrere l'esperto, infatti, sarà sempre meno dannoso della perversa abitudine che può innescarsi nei consociati, ove venisse imitato e ripetuto quell'atto di presunzione. E anche stavolta²⁵² si tratterebbe proprio della consuetudine alla disobbedienza rispetto alle norme cittadine. Uno spettro sempre incombente, al di là della venerazione da cui, in molte fonti, troviamo circondate quelle leggi.

La loro presa sulla vita dei consociati poteva essere poi garantita, come anticipato, attraverso un'altra strada, di cui Aristotele stesso fornisce qualche riscontro storico. Si tratta di rafforzare il vincolo di soggezione dei cittadini alle leggi, facendo prestare loro un apposito giuramento. Emblematico è soprattutto quanto, nella *Costituzione degli Ateniesi*, viene riferito del personaggio che incarna assieme il modello di *nomothétes* e il padre della 'buona democrazia': Solone. In effetti, prima ancora di ricordare come questi, per il complesso delle sue prescrizioni, avrebbe fissato un tempo di validità assai lungo (un intero secolo: 7.2)²⁵³, viene registrato l'atto compiuto dalla cittadinanza ateniese: "tutti giurarono di servirsene" (*ómosan chrésesthai pántes*: 7.1).

Non è chiarito, in verità, se si trattò di un'imposizione da parte del medesimo arconte, o di un gesto spontaneo da parte dei destinatari delle sue prescrizioni, né se quell'impegno fu assunto inizialmente o via via rinnovato, né se riguardava unicamente la sfera giudiziaria²⁵⁴. Anche in altre occasioni, del resto, le notizie circa un simile modo di consolidare l'obbedienza alle leggi – affiancando, sostanzialmente, al timore delle sanzioni normative quello del castigo divino²⁵⁵ – presentano profili discussi. Lo verificiamo, ad esempio, in merito a un corpo legislativo che non è oggetto di analisi da parte di un filosofo, ma è proprio a lui risalente. Mi riferisco alle "ottime leggi" di cui Parmenide avrebbe provvisto Elea, e alle quali²⁵⁶ ogni anno i suoi concittadini giuravano di restare fedeli. Non è semplice ricostruire il modo in cui, concretamente, venne assunto anche questo vincolo, e poi gli effetti conseguenti. Ma al di là dei particolari storici, ad assumere rilievo è per noi l'idea di fondo che vi era sottesa: di una valenza anche religiosa che connotava l'obbedienza alle leggi, sin dalla loro emanazione – tanto più

²⁵¹ Si veda *supra*, § 3, con riferimento soprattutto a *Politica* 2.1268b-1269a.

²⁵² Come già nel passo della *Politica* ricordato alla nt. precedente.

²⁵³ Erodoto ne riferisce invece uno assai più breve, di appena dieci anni, ponendolo peraltro in ancor più stretto rapporto con l'*hórkos* prestato: "gli Ateniesi [...] erano vincolati da solenni giuramenti a osservare per dieci anni i *nómoi* stabiliti da Solone" (*Storie* 1.29.2). Stima maggiormente credibile la versione erodotea, con un lasso temporale che corrisponderebbe alla durata del viaggio all'estero intrapreso da Solone dopo la redazione dei suoi *nómoi*, SCEVOLO 2018, p. 52, nt. 107.

²⁵⁴ Ambito per il quale, come noto, effettivamente ad Atene operò per secoli un altro giuramento: quello elastico, prestato da quanti ambivano ad essere sorteggiati come membri dei tribunali, e dunque s'impegnavano a votare in conformità a *nómoi*, *psephismata* e *gnóme dikaiotátē*. Vi abbiamo accennato *supra*, § 4, nt. 132 ove bibl., ma si veda anche poco sopra, nel testo e nt. 249.

²⁵⁵ In genere, sul ruolo del giuramento nell'esperienza greca – anche in rapporto ad altri enunciati 'performativi', come le maledizioni – cfr. almeno DETIENNE 1977, p. 35 ss.; GIORDANO 1999; AGAMBEN 2008, spec. p. 51 ss. Ulteriori indicazioni, da ultimo, in STOLFI 2022b, p. 93 ss.

²⁵⁶ Stando a Plutarco, *moralia adversus Coloten* 32 (p. 1126 A). Ricorda soltanto che "si dice egli abbia dato leggi ai concittadini" Diogene Laerzio, *Vite dei filosofi* 9.3.23. Lo stesso Aristotele, nel *Prorettico* (fr. 52 Rose) sembra invece assegnargli un *bíos* esclusivamente *theoretikós*, che parrebbe escludere un'attività politica e normativa.

che si trattava, in entrambi i casi appena ricordati (a parte, in quello ateniese, il precedente di Dracone), dei primi corpi normativi di cui fosse provvista la città²⁵⁷.

Per assicurare quell'impegno, troviamo infine la via della persuasione. Vi abbiamo più volte accennato, ricordando come la sua efficace realizzazione, con l'accordo dei consociati che ne scaturisce e la loro convinta adesione ai precetti di cui siano destinatari, costituisca per Senofonte la condizione indispensabile perché anche quello emanato da un tiranno sia veramente *nómos*²⁵⁸; mentre da tale requisito sembra prescindere il governo dell'*anèr basilikós* platonico, il quale può operare – anche a livello legislativo, evidentemente – “con o senza il consenso dei sottoposti” (*Politico* 293 c)²⁵⁹. Proprio in Platone, tuttavia, il nostro motivo conosce altrove la sua più compiuta e ricorrente formulazione. Le strategie suasorie adottate dal legislatore rivestono, soprattutto nell'ultimo dialogo (ma non mancano spunti precedenti, in particolare nella *Repubblica*)²⁶⁰, una funzione essenziale²⁶¹. Concorrono in modo decisivo al progetto paideutico, mirano a garantire la reale applicazione (e dunque anche la certezza) delle varie disposizioni, ne agevolano la ricezione negli usi dei cittadini, con la rafforzata coerenza che ciò determina nel corso del tempo²⁶².

Emblematica, in questa luce, l'importanza attribuita ai 'proemi' delle leggi: sia a livello di spazio loro riservato²⁶³, sia perché proprio ad essi è affidata buona parte dell'opera di convincimento necessariamente svolta dal legislatore²⁶⁴. Questi “non dovrà lasciare nessuna legge senza proemio, ponendolo sempre davanti a tutte, e a ognuna dovrà dare il suo” (*Leggi* 4.723b)²⁶⁵ – in modo, fra l'altro, da chiarire l'esatto significato delle parole impiegate nel testo normativo (*Leggi* 4.719e): non lieve ausilio in una logica di certezza giuridica. Platone esprime, per bocca

²⁵⁷ Il che quasi comportava una sua (nuova) fondazione, secondo un *tópos* antico ampiamente attestato, in Grecia come a Roma: cfr. DILIBERTO 2018, p. 95 ss. A suo avviso (p. 100) anche Platone “pone sullo stesso piano legislatori e fondatori di città” – non mi sembra però che il passo citato a sostegno di quest'affermazione (*Leggi* 4.708d) sia tra i più espliciti in tal senso.

²⁵⁸ Così in *Memorabili* 1.2.43: *supra*, § 2, nt. 69 ove bibl.

²⁵⁹ Si veda ancora *supra*, § 2.

²⁶⁰ A cui può guardarsi, nel complesso, come a “un atto discorsivo di persuasione etico-politica”, rivolto a diversi destinatari, posti in cerchi concentrici. Così VEGETTI 2018, p. 159, che ricorda soprattutto il rilievo attribuito a persuasione e consenso dei cittadini, rispetto alle leggi e all'organizzazione costituzionale, proprio nel luogo ove Platone giudica “difficili da realizzare, ma non impossibili” le prescrizioni che sta fissando, e quindi la *kallípolis* che dovrebbe sorgerne (*Repubblica* 6.502b).

²⁶¹ Sulla “persuasività della parola razionale del nomothetēs”, per come raffigurata nelle *Leggi*, GASTALDI 1984b, p. 431. Si vedano anche, fra gli altri, JAEGER 1959, p. 369 ss., spec. 376 s.; ISNARDI PARENTE 1969, p. 123 s.; CAMBIANO 1971, spec. p. 249; GASTALDI 1984a, p. 69 ss.; BERTRAND 1999, p. 274 ss., spec. 285 ss.; GASTALDI 2008, p. 112 ss. Più in generale, sull'“apparato persuasivo” in Platone, con riguardo ad altri ambiti della sua speculazione, cfr. VEGETTI 1996c, spec. p. 101 ss.

²⁶² Come espressamente enunciato in alcuni passi (di Platone ma anche di Aristotele), esaminati al § 3.

²⁶³ Cfr. *Leggi* 5.734e: “e qui finisca l'esposizione del proemio che delle leggi abbiamo enunciato. Dopo il proemio di necessità viene il *nómos*”.

²⁶⁴ Il quale dovrà appunto adoperarsi affinché essi “persuadano i cittadini e li educino all'obbedienza”: VEGETTI 2018, p. 228. Sui “preamboli persuasivi” alle leggi dell'ultimo dialogo platonico, e sulla *peithó* che, con essi, “aspira ad ottenere la convinzione etica dell'interlocutore”, GASTALDI 1984a, p. 76 ss., spec. 82. Cfr. anche BOBONICH 1991, p. 363 ss. e soprattutto BERTRAND 1999, spec. p. 278 ss. ove altra bibl.

²⁶⁵ Subito dopo, peraltro, viene precisato che “sbaglieremmo se ordinassimo di collocare proemi parimenti dinanzi alle leggi considerate di grande importanza e a quelle minori”. Non sempre le seconde richiederanno, evidentemente, un simile sforzo, che rimane in tutto demandato al legislatore (*Leggi* 4.723c-d).

dell'Ateniense, la consapevolezza di come tutto ciò costituisca un'assoluta novità. In passato, infatti, a fronte dei due possibili “metodi di legislazione, la persuasione e la forza”, i *nomothétai* si sono sempre rivolti solo alla seconda²⁶⁶, e quindi, “per quelle leggi che sono veramente tali, quelle che noi chiamiamo ‘politiche’²⁶⁷, nessuno mai disse un proemio, né alcun legislatore mai si è curato di formularlo e renderlo pubblico, come se in natura neppure ne esistesse la possibilità” (4.722e).

Eppure proprio quest'argomentazione che preceda il nudo dettato prescrittivo consente di diversificare la disciplina di una città ben governata, e che tende alla virtù, rispetto a “ciò che fu detto [...] ‘l'ordine di un tiranno’”, e che equivale alla “legge pura”²⁶⁸ – un'alternativa poco prima illustrata evocando ancora la figura del medico: quello schiavo, che si rivolge a pazienti a loro volta di condizione servile (ai quali viene data solo la terapia, senza ascoltarli né educarli), e quello libero, e che si occupa di malati liberi, preoccupandosi di scambiare con loro notizie e istruzioni²⁶⁹. In effetti proprio il “discorso fatto per persuadere”, il quale “ha il valore di proemio”, fa sì che il destinatario dell'opera del legislatore “accolga favorevolmente la norma [...] e quindi l'apprenda più facilmente” (*Leggi* 4.723a). La connotazione politica di *peithó*, che vale a distinguere il corretto esercizio del potere (e perciò anche dell'attività legislativa) dall'uso dispotico del comando e della forza²⁷⁰, è qui visibilmente connessa a precise coordinate di tecnica normativa e strategie educative – per cui il successo di una legge (ossia la sua aspettativa di obbedienza e certezza) è fatto dipendere dalla risposta che incontra nei cittadini ai quali è rivolta, dalle loro reazioni psicologiche e possibilità di comprensione. Rilievi che davvero conservano, al di là del possibile ricorso a ‘proemi’, un significato straordinario: per il legislatore di ogni tempo, verrebbe da dire – e già questo dovrebbe essere sufficiente a non confinare queste pagine platoniche nel presunto limbo della letteratura utopistica, a cui lo storico del diritto, secondo alcuni, non avrebbe motivo di prestare attenzione.

L'importanza della persuasione, del resto, torna con insistenza in molteplici luoghi delle *Leggi*. E spesso si combina ancora, in modo stringente, all'obiettivo della formazione etica, ma anche dell'effettiva presa sui contegni dei consociati. Così accade laddove è considerato un buon *polítes* colui che per tutta la vita abbia obbedito “alle norme scritte del legislatore, con

²⁶⁶ Essi dunque “non danno leggi temperando la costrizione con la persuasione, ma impiegano solo la pura forza”: *Leggi* 4.722b-c.

²⁶⁷ Precisazione che vale a distinguere i *nómoi* che ci riguardano da quelli propri del canto e della musica, per i quali non mancavano, secondo Platone, “proemi meravigliosamente curati” (*Leggi* 4.722d).

²⁶⁸ Ossia, appunto, nel suo contenuto meramente iussivo, privo di proemio: *Leggi* 4.722e-723a.

²⁶⁹ Egli dà “informazioni allo stesso ammalato e agli amici, e insieme impara qualcosa dal paziente e, per quanto è possibile, lo ammaestra. Non prescrive nulla prima di aver persuaso in qualche modo il malato, e allora si prova di condurlo alla perfetta guarigione”. Così in *Leggi* 4.720c-d (parzialmente ripreso in 9.857d). Le due tipologie di medico, e di paziente, valgono come efficace metafora del buon politico e del buon cittadino, ma anche delle opposte figure: GASTALDI 1984a, p. 71 ss. Già vi si soffermava JAEGER 1959, p. 374 s. Più di recente cfr., tra gli altri, BERTRAND 1999, p. 278 e MORO 2014, p. 160.

²⁷⁰ Un motivo che ci è ormai ampiamente noto, sia in riferimento alla (precedente) produzione platonica che al passo di Senofonte più volte citato (*supra*, ntt. 69 e 258).

riguardo sia a quando questi legiferava sia a quando lodava e biasimava”. Il legislatore stesso, in effetti,

non ha solo il dovere di redigere le leggi, ma deve anche scrivere, intrecciate alle medesime leggi, tutto ciò che a suo avviso è valido o non valido, e il cittadino perfetto non si sentirà vincolato da questi giudizi meno che da quelli che dalle leggi hanno ottenuto conferma tramite la previsione di pene²⁷¹.

Torna così l'idea che la costrizione, esercitata con l'ordinare e col prospettare sanzioni, è solo una faccia della buona tecnica normativa – accanto alla quale, e a un livello non inferiore, dovrà curarsi il profilo pedagogico, affinché siano condivise le regole e le loro basi assiologiche, con quanto ne scaturisce a livello di comportamenti e abitudini.

Né la funzione suasoria del legislatore dovrà essere svolta solo all'interno della comunità, cioè unicamente con riguardo alle relazioni fra i suoi membri. Anche in riferimento ai viaggi che questi compiano all'estero, e all'accoglienza di stranieri nel proprio territorio, è necessario predisporre una disciplina non meramente coattiva – nella consapevolezza dei rischi di corruzione dei costumi che possono essere innescati da tali scambi, ma anche del carattere ineludibile di questi ultimi, e dell'esigenza di conservare una buona reputazione all'esterno. Ecco allora che il legislatore sarà tenuto, innanzi tutto, “a dare dei consigli su questa materia e cercare per quanto può di persuadere” (*Leggi* 12.949e).

Ed è ancora al profilo del convincimento logico attorno al *nómos*, con la sua valenza educativa – ancor più che coercitiva –, che si guarda nelle battute successive, allorché vengono esaltate le statuizioni del legislatore (*Leggi* 12.957c). Esse “saranno superiori a tutte le scienze per la loro efficacia nel migliorare gli uomini che le apprendono”, ma purché siano “stabilite correttamente”. Altrimenti – aggiunge Platone, quasi anticipando un argomento che sarà poi impiegato da Aristotele²⁷² – “possederebbero invano” il loro nome (*nómos*). Quest'ultimo viene legato, in tale occasione, al termine che indica la mente e la ragione (*noús*): una derivazione assai implausibile sul piano filologico, ma nondimeno – e anzi a maggior ragione – significativa a livello teorico. Come accadrà oltre mezzo millennio più tardi a Roma, con la falsa etimologia di *ius* da *iustitia*²⁷³, al vocabolo più importante della propria esperienza giuridica è assegnata una radice alquanto arbitraria, e tuttavia rivelatrice. Una simmetria che dà veramente motivo

²⁷¹ Così in *Leggi* 7.822e-823a. Platone torna spesso sulla portata educativa del lavoro del *nomothètes*, e sulla valenza di consiglio, oltre che di ordine, che assume quanto da lui disposto. Cfr. ad esempio *Leggi* 9.858d: “non è forse compito riservato solo al legislatore, fra tutti gli scrittori, quello di dare suggerimenti sulla bellezza, sul bene, sulla giustizia; di insegnare quale sia la loro natura e come debbano essere praticati da chi si propone il fine di un'esistenza felice?”. Sottolinea giustamente come sempre risultino “solidali”, nella prospettiva platonica (anche anteriore: basti pensare alla *Repubblica*), “etica, educazione e politica (nel senso proprio di gestione del potere legislativo nella città)”, VEGETTI 2018, p. 162.

²⁷² In *Retorica* 1.1375b, sia pure in altra prospettiva (di un conflitto fra leggi, sostanzialmente): si veda *supra*, § 2 e nt. 116, nonché § 5.

²⁷³ Proposta da Ulpiano in un passo celeberrimo quale (1 *inst.*) D. 1.1.1.pr.

di riflettere: ben più, per quel che mi consta, di quanto sia accaduto finora. Ed è con quest'immagine platonica che possiamo congedarci dal laboratorio filosofico: l'effettiva preminenza del *nómos*, quale più valido strumento per indirizzare alla virtù, riposa su un fondamento razionale e aletico, dal quale si deve essere capaci di trarre la massima forza persuasiva.

Una lezione che non sarà dimenticata da Aristotele, sebbene impegnato più nella ricognizione dell'esistente, e nel suo inquadramento teorico, che nella progettazione di un ordine ideale. Nella *Politica*, in particolare, non solo viene riservato ampio spazio all'esigenza di un'appropriata educazione dei giovani – che il legislatore deve minuziosamente regolare, curando che sia la più conforme al regime costituzionale di ciascuna comunità (8.1337a ss.) –, ma torna anche con insistenza l'idea che la stessa *politéia* (nel senso ampio del termine) non potrebbe rimanere in piedi ove i cittadini non venissero formati al rispetto delle sue leggi, e queste introiettate nel loro costume di vita. Non vi è infatti altro mezzo – scrive Aristotele (5.1307b) – per “salvare le costituzioni” che evitare ogni tipo di illegalità. E quelle relative a “piccole questioni” persino più delle altre, poiché “l'illegalità s'insinua di nascosto, come una piccola spesa ripetuta più volte finisce col dissipare i patrimoni”: un pericolo che sfugge a quanti cadano nel paralogismo²⁷⁴, degno dei sofisti, secondo cui “se ogni parte è piccola, lo è anche la totalità delle parti”.

Ma le leggi, anche “le più utili”, “non saranno di alcun aiuto, se i cittadini non saranno stati abituati ed educati come la costituzione richiede” (5.1310a): ossia in modo conforme al tipo di regime istituzionale in cui si vive²⁷⁵. E di nuovo, inscritto in quest'esigenza paideutica, torna il motivo di fondo che ci riguarda: “quando non sa obbedire il singolo, non lo sa neppure la città nel suo complesso”.

7. Primi sondaggi nel *corpus* dei logografi: il caso di Lisia

Non è facile, evidentemente, comprendere se e in che misura il dibattito filosofico, seguito finora per sommi capi, restituisca orientamenti e obiettivi presenti anche nella prassi giuridica. Per farsene un'idea il più proficuo terreno di riscontri è senz'altro costituito dal *corpus* dei logografi, alle prese con concrete e pressanti esigenze suasorie: classico documento, in una parola, di ‘law in action’.

Lo statuto di queste due tipologie di fonti – puramente speculative su un lato, fortemente legate all'agone giudiziario sull'altro – non potrebbe essere più diverso. Eppure sullo sfondo è ben riconoscibile, in entrambi i casi, un condiviso immaginario giuridico: quello su cui si

²⁷⁴ Oggi parleremmo di una fallacia ‘di composizione’: STOLFI 2018a, p. 216 s.

²⁷⁵ Gli esempi aristotelici si concentrano qui su democrazia e oligarchia, ma preoccupandosi di precisare (e sembra ancora di percepire l'eco delle dottrine di Trasimaco) che “avere un'educazione consona alla costituzione politica non significa fare ciò che è gradito a coloro che praticano l'oligarchia o a quelli che vogliono la democrazia”. In altre parole, l'obbedienza virtuosa – così come il progetto educativo che, adeguato al contesto istituzionale, deve crearne i presupposti – non è da intendere come un ‘utile’ di chi detenga il potere sulla città, ma piuttosto come unica via di salvezza per quest'ultima, e di stabilità per la *politéia* che essa si è data.

innestavano le diagnosi dei filosofi (anche radicalmente critiche, o addirittura tese a delineare un ‘altrove’ ideale, in antitesi all’effettiva realtà ateniese), ma anche quello su cui confidavano i retori nell’allestire argomentazioni che potessero avere presa su centinaia di privati cittadini chiamati a comporre le giurie popolari (come pure, nel caso di alcune orazioni, il Consiglio o, con numeri ancora più ampi, l’Assemblea). In tal senso, la natura di questo secondo genere di testi – dichiaratamente di parte e spesso segnati, pur di ottenere successo, da disinvolture interpretative e forzature logiche – non ne sminuisce la significatività. Semmai l’accresce, perché possiamo cogliervi non isolate inclinazioni teoriche, ma quanto più fosse in grado di intercettare visioni diffuse e valori ampiamente avvertiti ad Atene fra V e IV secolo²⁷⁶.

Ecco allora, come anticipato, che una ricerca attorno alla certezza del diritto dovrebbe estendersi a tutta questa letteratura, continuando magari ad assumere – almeno come terreno di verifica – la griglia di questioni che abbiamo adottato fin qui. Quello che offriremo in queste ultime pagine è però – anche a questo si è già accennato – solo un primo sondaggio, limitato a quanto ci è giunto degli scritti di Lisia²⁷⁷. Si tratta di testimonianze di nuovo legate, in qualche misura, all’ambiente socratico²⁷⁸, che sul piano cronologico si sovrappongono con molte delle opere già esaminate – in particolare con quelle di Platone –, e non di rado s’intrecciano ad alcuni eventi storici che hanno drammaticamente segnato anche la vicenda di quest’ultimo e del suo maestro: dal governo dei Trenta Tiranni alla restaurazione democratica e all’ondata ‘giustizialista’ che vi seguì²⁷⁹.

Considerato che quasi tutta la produzione di Lisia s’inscrive nel genere della retorica giudiziaria, anziché deliberativa o epidittica²⁸⁰, non stupirà che i passaggi più significativi attingano al rapporto fra disposto del *nómos* – con la sovranità e certezza di applicazione che devono essergli riconosciute – e operato dei giudici. A questi vengono anzi addossate precise responsabilità in tal senso, attuando una forma di pressione psicologica quasi sistematica: un autentico *tópos*, dalla funzione pragmatica affatto evidente. Prima di volgerci a questo punto – inerente alla terza questione che abbiamo isolato nella nostra sequenza, ma anche al tema

²⁷⁶ Assumerei quindi in termini più generali quanto ho altrove osservato riguardo a una celebre argomentazione – con una serie di qualifiche encomiastiche riservate al *nómos* – rinvenibile nella prima orazione *Contro Aristogitone* pervenutaci sotto il nome di Demostene. Cfr. STOLFI 2012a, p. 167 ss. e STOLFI 2020a, p. 108 ss. (ma anche 217), entrambi con bibl.

²⁷⁷ Una minima parte, in verità, della sua sterminata produzione logografica. Le fonti antiche gli attribuiscono oltre quattrocento discorsi, anche se autori come Dionigi di Alicarnasso e Cecilio di Calatte ne stimavano autentici poco più di metà. Accadrà di richiamare, per completezza, alcuni passaggi anche delle orazioni di paternità più controversa, quando addirittura di fattura quasi certamente apocrifa.

²⁷⁸ Cfr. *supra*, § 1.

²⁷⁹ Guarda in particolare al 399 (in cui appunto si celebrò anche il processo contro Socrate) come “anno di grandi vendette politiche riguardanti la guerra civile ‘pacificatasi’ tre anni prima”, con una serie di iniziative giudiziarie che “hanno tutta l’aria di una resa dei conti in ritardo”, CANFORA 2010, p. 401. Lo stesso autore, non a torto, considera “la guerra civile” ateniese “il fatto principale della vita di Lisia” (p. 398). Cfr., al riguardo, anche BEARZOT 2007.

²⁸⁰ Fra i testi a noi giunti per intero (o quasi), le uniche eccezioni sono costituite dal discorso *Sulla necessità di non abbattere la costituzione dei padri in Atene*, circa il genere deliberativo, e *Olimpico*, per quello epidittico – assai discussa, in questo secondo ambito, è invece l’effettiva paternità dell’*Epitafio per i caduti in difesa dei Corinzi* (cfr., per tutti, AVEZZÙ 1985, p. XCI ss., spec. XCIV ss.; MEDDA 1991/2008, p. 42, 105 s.; BEARZOT 2007, p. 60, nt. 154, tutti con altra bibl.). Ulteriori indicazioni in DOVER 1968, p. 59 ss. e TODD 2007, p. 1, nt. 2, 18.

cruciale dell'obbedienza, da assicurare con l'esempio (*parádeigma*) rappresentato dalla sentenza – ricorderei alcuni riferimenti alla tecnica del legislatore, col suo necessario esprimersi in termini universali, e alla sorte delle sue disposizioni nel tempo.

Sul primo versante, il documento più significativo è costituito dalla *Contro Teomnesto*²⁸¹, personaggio nei cui confronti è intentata un'azione di diffamazione (*dike kakegorías*). Egli è infatti accusato di avere usato uno dei termini che per legge era proibito pronunciare (*apórreta*)²⁸², fra i quali rientrava *andróphonos* (“assassino”). In realtà, in una precedente situazione processuale, Teomnesto non aveva propriamente enunciato quella parola, ma ne aveva comunque evocato il senso, sostenendo che l'attuale accusatore (Lisiteo, allora comparso come testimone) “aveva ucciso suo padre”. Contro l'interpretazione strettamente letterale alla quale si appoggiava il proprio avversario²⁸³ (§ 6), Lisia ne proponeva una innovativa e ‘sostanziale’, sostenendo che “la discussione deve vertere non sulle parole ma sul loro significato”²⁸⁴ (§ 7). Si tratta dunque di un approccio basato sulla *ratio* (che si ritiene sia) perseguita dal legislatore: esso potrebbe non sorprendere da parte di un giurista romano, mentre un poco colpisce nel nostro contesto, ove neppure sappiamo se riuscì vincente²⁸⁵.

Soprattutto rileva il ragionamento subito invocato, ancor prima di corroborarlo con un classico argomento *per absurdum*²⁸⁶, e quindi affiancarvi il ricordo dell'interpretazione (che noi diremmo) evolutiva, almeno sul piano lessicale, che s'imponesse in merito ad altre e più risalenti disposizioni. Lisia, infatti, segnala (§ 7) come “sarebbe stato un lavoro immane per il legislatore scrivere tutte quanti i vocaboli che hanno il medesimo significato: invece, impiegandone uno solo, ha mostrato (il suo orientamento) riguardo a tutti (*perì pánton edélosen*)”. Emerge così lo stesso motivo che abbiamo incontrato nella riflessione filosofica, da Platone a Teofrasto²⁸⁷: sarebbe un'impresa enorme, sostanzialmente insensata e persino controproducente, quella del *nomothétes* che volesse contemplare tutto – fatti, uomini o termini che siano –, mentre il suo compito è tracciare le linee essenziali, su cui deve essere poi svolto un ragionamento non capzioso, nel rispetto dell'intento perseguito dalla legge.

²⁸¹ Mi riferisco alla prima orazione che, con questo titolo, è conservata nel *corpus Lysiacum*, e senz'altro collocabile nel 384-383. Farò qui essenzialmente riferimento ad essa, poiché la seconda consiste solo – come riconosciuto in modo pressoché unanime (cfr. TODD 2007, p. 640) – in una breve epitome della precedente.

²⁸² Col loro “quasi-magical or quasi-religious sense”: TODD 2007, p. 634. Parla di “parole-tabù”, PEPE 2019, p. 61. Per una ricostruzione del contesto processuale cfr. almeno MEDDA 1991/2008, p. 276 ss. e TODD 2007, spec. p. 629 ss., entrambi con bibl.

²⁸³ Ancor prima di invocare lo stato d'ira in cui avrebbe parlato: vi si accenna al § 30.

²⁸⁴ Ossia la *diánoia*: termine che potrebbe anche evocare l'intenzione, e in tal caso del legislatore. Circa la particolarità di questo ragionamento di Lisia – che tende ad assumere come “a fundamental principle of statutory interpretation that words should be taken to include heir synonyms” – cfr. TODD 2007, p. 635.

²⁸⁵ Tende a dubitarne, da ultimo, PEPE 2019, p. 61 s. e 229, la quale accenna anche (nt. 43 ove bibl.) alla *scientia iuris* esibita dall'accusatore, “che avrebbe potuto senz'altro infastidire i giudici”.

²⁸⁶ Lo sottolinea TODD 2007, p. 636. Una simile strategia discorsiva ricorre altre volte in Lisia: emblematica l'esposizione adottata nel discorso *Per l'invalido*. In genere, circa questa modalità argomentativa, e le situazioni nelle quali si rivela particolarmente efficace, qualche ragguaglio in STOLFI 2018a, p. 172 s.

²⁸⁷ Si veda *supra*, § 2. Affinità con quanto sostenuto in vari luoghi platonici sono segnalate da TODD 2007, p. 670 anche in merito all'ultimo tratto dell'argomentazione riportata, col valore assegnato a parole e locuzioni sostanzialmente sinonimiche.

Ovviamente Lisia qui ‘dimentica’, a sua volta, la portata specifica degli *apórreta*: quasi ‘parole magiche’, e perciò infungibili, di cui era interdetta la pronunzia²⁸⁸. Piuttosto, volge in ridicolo ogni possibile lettura schiacciata sul dato puramente onomastico: alla cui stregua dovrebbe essere trattato diversamente – contro ogni logica – il caso di chi sia sentito dire di avere picchiato il padre o la madre, anziché di essere stato violento verso di loro, o di aver sottratto un mantello o una tunica invece che di essere “ladro di vesti”²⁸⁹. Né avrebbe senso arrestarsi al tenore letterale di termini arcaici – come quelli usati nelle leggi di Solone, e passati minuziosamente in rassegna ai §§ 16 ss. –, laddove è invece doveroso guardare a ciò che essi designavano, anche se ormai (dopo oltre due secoli!) era usualmente indicato con differente terminologia.

Queste ultime osservazioni, col peso che assume il divario cronologico fra il momento dell’emanazione e quello dell’applicazione del *nómos*, già ineriscono alla nostra seconda questione: quella dell’impatto che il tempo esercita sulla legge, anche sul piano della sua certezza. Al riguardo, sembra che i problemi non venissero meno neppure adottando procedure ufficiali di revisione, integrazione e riproduzione dei più antichi corpi normativi²⁹⁰. Lo attesta proprio un’orazione di Lisia, la *Contro Nicomaco*, pronunziata nel 399 o 398 nell’ambito di una *eisanghelia* avviata dinanzi alla *Bulé* e poi approdata in Tribunale. In discussione non è direttamente il comportamento del collegio legislativo che, a partire dal 410/409 (e pur con una sospensione nel periodo dei Trenta Tiranni), si era occupato di riesaminare e trascrivere le disposizioni di Dracone e Solone²⁹¹, quanto piuttosto la condotta disinvolta di uno degli *anagraphéis* o *hypogrammatéis* (Nicomaco, appunto) che svolgevano le operazioni materiali – spettava a loro, infatti, redigere le bozze normative poi approvate da quei magistrati²⁹², che se ne assumevano la responsabilità dinanzi al Consiglio e all’Assemblea.

In realtà il lavoro di questi segretari doveva essere stato pressoché decisivo. E anche l’accusato – nonostante le sue umili origini (era figlio di un ex schiavo pubblico, come Lisia non manca di ricordare, con malevola insistenza) – si era ritagliato un ruolo notevole. Secondo la ricostruzione proposta nel nostro discorso, pur senz’altro esasperata, egli aveva approfittato di

²⁸⁸ È probabile che su questo si fosse basato l’arbitro pubblico a cui le parti si erano precedentemente rivolte. Nell’accennarvi, Lisia non ne riporta il verdetto, e ciò lascia immaginare che esso non fosse stato favorevole a Lisiteo: PEPE 2019, p. 229.

²⁸⁹ Così, assieme ad altri esempi, ai §§ 8-10.

²⁹⁰ Vi abbiamo accennato – in riferimento ad Andocide, *Sui misteri* 85 – *supra*, § 5, nt. 206 ove bibl.

²⁹¹ Escludendone alcune, come potrebbe essere accaduto per la cosiddetta “legge della *stásis*” che il secondo avrebbe emanato (stando almeno ad alcune fonti, ma la paternità è notoriamente controversa: ho esposto alcune considerazioni a suo favore in STOLFI 2012b, p. 18 s. ove bibl.; ma cfr. almeno MCGLEW 1993, p. 115 ss.). Questo potrebbe spiegare perché proprio Lisia, nella *Contro Filone in occasione della dokimasía*, non accenni minimamente a tale disposizione, dando anzi per scontato che nessun legislatore abbia contemplato un comportamento come quello attribuito al suo avversario (§ 27 s.) – il che lo costringe a sostenere, in modo piuttosto tortuoso, che si tratta di una colpa tanto enorme da sfuggire a ogni possibilità di previsione. Cfr. almeno MEDDA 1995/1997, p. 379 s.; BERTRAND 1999, p. 290 s. e nt. 195; TODD 2000, p. 308 s., tutti con altra bibl.

²⁹² Ma come tali (*archáti*) dovevano essere considerati anche questi “trascrittori” delle leggi: cfr., per tutti, MEDDA 1995/1997, p. 351 ove bibl. Del resto non si comprenderebbe, altrimenti, il ricorso a una *eisanghelia* (su cui *supra*, § 4, nt. 153 ove bibl.).

quella funzione per un'autentica scalata sociale: sino a guadagnarsi favori e ricchezze, e farsi, da semplice scrivano, egli stesso *nomothêtes*²⁹³. Ma oltre all'abnorme durata della sua carica, ottenuta attraverso irregolarità procedurali e unicamente volta a perseguire interessi personali, quel che viene imputato a Nicomaco è di avere apportato arbitrarie modifiche alle prescrizioni di Solone. Egli aveva infatti il compito di trascriverle – un incarico da espletare in quattro mesi e protrattosi invece per sei anni²⁹⁴ – ed eventualmente integrarle, ma non certo a suo capriccio. Invece, sostiene l'accusa, “ogni giorno, in cambio di denaro, inseriva una disposizione, ne toglieva un'altra” (§ 2).

E se tutto ciò andava a suo esclusivo vantaggio – tramite, appunto, quel mercimonio –, i danni ricadevano sulla comunità e l'intera amministrazione della giustizia, poiché si dettero casi in cui “le parti di un processo producevano in tribunale leggi in contrasto l'una con l'altra, dichiarando entrambe di averle ricevute da Nicomaco” (§ 3). Situazione che imponeva alla giuria di verificare la fondatezza dell'una o dell'altra “prova atecnica”, ma esponeva anche chi aveva prodotto la legge rivelatasi falsa al rischio della condanna capitale. Un caso davvero singolare di antinomia – il quarto tema di fondo che ci riguarda, ma di cui non trovo altre sicure attestazioni nella restante produzione lisiana. Un'antinomia sì apparente, e tuttavia non risolvibile facilmente, né senza danno per uno degli ignari contendenti. Essa offre anche una conferma, pur alquanto particolare (e da valutare al netto dell'enfasi retorica), di quanto al mutamento delle leggi fosse inevitabilmente connesso il pericolo di una loro incertezza applicativa, persino quando venivano sottoposte a pratiche di controllo che avrebbero dovuto, all'opposto, garantirne stabilità e adeguamento al mutato contesto.

Più numerosi, come anticipato, i passi del nostro logografo che ruotano attorno alla terza questione di cui dicevamo: il rapporto fra statuizione universale del legislatore e specifica soluzione dei giudici – un motivo inevitabilmente destinato a profonde rivisitazioni, se non proprio strumentalizzazioni, a tutto beneficio degli'interessi di parte. Proprio il discorso che apre il *corpus Lysiacum* (*Per l'uccisione di Eratostene*) ne offre i riscontri più eloquenti, e per questo converrà soffermarvisi con maggiore puntualità, a conclusione del nostro itinerario. Ma assai ricorrente è l'idea che i membri dei *dikastéria* (o, in alcuni casi, della *Bulé*) possano incidere, votando, non solo sul caso loro sottoposto, ma anche sulla persistenza in vita delle leggi, sull'effettiva osservanza a queste riservata, sui conformi comportamenti dei futuri cittadini. Il tutto per attribuire a quei giudici un compito ulteriore e più gravoso, poiché dal loro verdetto si fa dipendere molto più che la soluzione di una specifica contesa. I *dikastái* vengono allora raffigurati – sempre, s'intende, in chiave retorica – in una funzione quasi vicaria del legislatore, o addirittura sovraordinata, dal momento che di fatto possono giungere ad abrogare le leggi, e dunque a dissolvere la certezza persino della loro esistenza.

²⁹³ Così al § 27, ma già in apertura del discorso Lisia sostiene che egli si sarebbe fatto *nomothêtes* al posto di Solone (§ 2).

²⁹⁴ Cfr. il § 2. Al § 4 il tempo virtualmente richiesto per la trascrizione viene dall'oratore ulteriormente ridotto, sostenendo che di questa Nicomaco “avrebbe potuto liberarsi in trenta giorni”.

Emblematico, a quest'ultimo riguardo, un passaggio della *Contro Andocide per empietà* – benché, quasi certamente, l'orazione non sia veramente del nostro logografo²⁹⁵. Al § 8 vi leggiamo di un'alternativa dinanzi alla quale è posta la giuria: “o abrogare le leggi dei padri o liberarsi di quest'uomo” (ossia condannarlo: il riferimento è infatti all'accusato). Ma anche in testi dall'autenticità meno discussa ricorrono stilemi assai vicini. Le più ampie conseguenze, tutte negative, che si determinerebbero nell'ipotesi di un'improvvida assoluzione dell'imputato assumono ad esempio un notevole peso argomentativo nei discorsi *Contro Eratostene*²⁹⁶, *Contro Agorato*²⁹⁷, *Contro Alcibiade per diserzione*²⁹⁸, *Contro i mercanti di grano*²⁹⁹, *Contro Epicrate* (ove è un accenno anche al motivo dell'obbedienza)³⁰⁰ e *Contro*

²⁹⁵ Cfr., per tutti, MEDDA 1991/2008, p. 192 ss.; TODD 2007, spec. p. 403 ss. ove altra bibl.; PEPE 2019, p. 90 (ove anche un esame [p. 91 s.] del passo che più c'interessa, chiarendo che “le ‘leggi patrie’ di cui parla l'accusatore sono quelle leggi non scritte [...] tramandate oralmente e custodite gelosamente dagli Eumolpidi”).

²⁹⁶ Di cui si vedano soprattutto il § 35, ove sono descritti i cittadini che, una volta concluso il processo cui hanno assistito, “se ne andranno avendo capito che o dovranno pagare le colpe che eventualmente commettono, oppure potranno diventare tiranni della città, se riescono a realizzare i propri piani, mentre se dovesse loro andar male avrebbero comunque i vostri stessi diritti”. Ai §§ 90 s. l'eventuale assoluzione di Eratostene è contemplata quasi come segno di adesione (o comunque di mancata presa di distanza rispetto) all'insieme della sua azione politica – dal che l'ammonimento ai giudici: “vi consiglio di non condannare voi stessi assolvendo loro”. Un'inversione che si ritrova nel finale (§ 100), ma con altro soggetto: nel senso che, ricordando i morti per mano dei Trenta Tiranni, si sostiene che essi vigileranno sull'esito di questo processo, “e penseranno che chi di voi assolverà questi uomini avrà condannato a morte loro e chi invece esigerà giustizia (*dike*) avrà compiuto la loro vendetta (*timoria*)”.

²⁹⁷ Tutto il finale (§§ 93-97) è, in questa prospettiva, davvero significativo. La possibilità che l'accusato venga assolto è presentata ancora nel segno di un mancato distacco dalle decisioni dei Trenta Tiranni, ma anche – guardando al futuro, e non solo al passato – quale un pericoloso precedente rispetto alla vita democratica ripristinata nel 403. “Se assolvete Agorato”, afferma Lisia rivolto ai giudici, “con lo stesso voto (*te[ē] aut[ē] psēpho[i]*) condannate a morte quegli uomini [*scil.* quelli caduti per mano sua e degli altri oligarchi], di cui pure riconoscete la lealtà alla democrazia; lasciando andare l'uomo che è responsabile della loro morte non fate altro che ammettere che sono morti giustamente per mano sua. E così essi soffrirebbero l'affronto più terribile, se proprio coloro cui hanno affidato il compito di vendicarli (*timorin*), considerandoli amici, esprimeranno contro di loro lo stesso voto dei Trenta” (§§ 93-94). Ecco perciò l'esigenza che “il vostro voto sia diverso da quello dei Trenta: assolvete quelli che essi hanno condannato a morte, e condannate invece coloro a cui essi non hanno inflitto la pena capitale”: solo in tal caso “il vostro voto non sarà uguale a quello dei vostri peggiori nemici; inoltre avrete vendicato (*tetimorekōtes ésthe*) i vostri amici, e avrete mostrato a tutti di votare in modo giusto e conforme alle leggi sacre (*dikaia kai ósia*)” (§§ 96-97).

²⁹⁸ In quest'orazione, di paternità discussa (ma forse, rispetto alla stesura lisiana, è solo intervenuta più tardi qualche rielaborazione: ampio esame della questione, da ultimo, in TODD 2020, p. 474 ss. ove bibl.), è espressa con forza l'idea che a nulla vale l'esistenza delle leggi se poi “a ciascuno sarà lecito fare ciò che vuole” (§ 11) e che la funzione del giudizio non si esaurisce al caso del singolo accusato, ma è anche quella “di rendere più disciplinati gli altri cittadini che hanno poco senso del dovere” (§ 12). Torneremo fra breve su ulteriori passaggi di questo discorso, ove gli stessi giudici vengono considerati alla stregua di legislatori.

²⁹⁹ Ne rilevano soprattutto i §§ 20 e 22. Nel primo è esplicitamente enunciata l'idea della ‘condanna esemplare’: vi viene infatti sostenuto che la decisione invocata interverrebbe non solo a sanzionare i comportamenti tenuti in passato dagli accusati, ma varrebbe soprattutto per il futuro, fungendo da *parádeigma* (lo stesso termine si rinviene in altre tre orazioni: cfr. le due ntt. seguenti).

³⁰⁰ L'ultimo della ‘griglia’ che abbiamo delineato (*supra*, § 6), e che non sembra ricorrere altrove in modo altrettanto esplicito. Al § 5 della *Contro Epicrate* il motivo dell'esemplarità della condanna torna con una significativa precisazione – rinvenibile, pressoché identica, anche nella già richiamata *Contro Nicomaco* (§ 24). Lisia infatti, rivolgendosi ai giudici, sostiene che “quando punite qualcuno che non ha facilità di parola, questo non sarà un *parádeigma* che induca, in futuro, a non commettere reati contro di voi; quando invece infliggete la dovuta sanzione a chi sia un abile oratore, tutti allora smetteranno di nuocervi”. La condanna invocata fornirà allora un esempio (*parádeigma*, di nuovo) che induca gli altri a essere giusti (§ 6). E questo proprio perché neppure la capacità di difendersi brillantemente in giudizio li sottrarrebbe alla punizione dovuta: peculiare declinazione della certezza (del diritto e della pena) entro uno scenario che, come quello

*Ergocle*³⁰¹. In direzione analoga vanno anche parole come quelle che leggiamo nell'orazione *Per l'invalido*³⁰² o troviamo indirizzate ai buleuti nel discorso *Sulla dokimasia di Evandro* – con una sorta di responsabilità reciproca, o alternata: “i candidati devono rispondere di fronte a voi, ma voi dovete rispondere davanti a tutta la città!” (§ 14).

In altre occasioni la rilevanza del giudizio in corso viene amplificata da Lisia con un accorgimento particolare³⁰³: quello di equiparare espressamente i giudici a legislatori³⁰⁴, dal momento che la controversia attiene a una questione non contemplata da alcuna norma³⁰⁵ e/o sulla quale mai si sia pronunciato un *dikastérion*. Questa è appunto la situazione evocata – almeno per il periodo più recente (“da quando abbiamo concluso la pace”) – nelle prime battute (§ 4) della *Contro Alcibiade per diserzione*, ove il nostro motivo riceve l'illustrazione più puntuale. Lisia, nel rivolgersi ai giudici, trova naturale che in frangenti del genere “vi comportiate non solo come *dikastái* ma anche quali *nomothétai*, nella consapevolezza che in base al vostro giudizio di oggi si regolerà in futuro la città per simili casi”³⁰⁶.

Vi è sottesa e anzi data quasi per scontata (anche questo un evidente artificio retorico), l'idea che fra le varie decisioni giudiziarie possa e debba darsi coerenza³⁰⁷, e che pertanto l'esito odierno sia tale da orientare quelli futuri, assumendo il peso di un incisivo precedente. Si

greco, notoriamente conferiva il massimo risalto all'efficacia della parola pubblica. Il discorso viene completato subito dopo, mettendo in campo, come anticipato, anche il motivo dell'obbedienza. Al § 7 viene infatti affermato che al giudizio attuale partecipano – quali ‘spettatori interessati’, potremmo dire – “tutti coloro che si occupano degli affari della città (*pántes boi tà tēs póleos práttontes*)”. Da qui, rivolgendosi ancora ai giudici, l'alternativa posta da Lisia: dinanzi a un'assoluzione, oggi, questi uomini un domani “non troveranno niente di male nell'arricchirsi con l'inganno alle vostre spalle”; viceversa, “con lo stesso voto” (*té[i] auté[i] psépho[i]*): la medesima locuzione che abbiamo incontrato nella *Contro Agorato*) con cui siano condannati gli attuali imputati “renderete più obbedienti gli altri cittadini”.

³⁰¹ Ove incontriamo parole assai simili a quelle impiegate nelle due precedenti occasioni. Ai §§ 10 s. Lisia invita i giudici a considerare “che non viene giudicato solo Ergocle, ma tutta la città. Oggi farete vedere ai vostri magistrati se devono essere onesti, o se invece, dopo avervi rubato gran parte dei vostri beni, debbano procurarsi l'assoluzione nello stesso modo in cui stanno ora tentando di fare questi uomini [...] Pertanto occorre che [...] diate a tutti un esempio (*parádeigma*)”. Al § 15 la prospettiva è ulteriormente allargata, per coinvolgere anche l'immagine che Atene offrirà di sé alle altre *póleis*: “dovete infliggere a costui il più pesante dei castighi, dimostrando così agli altri Greci che sapete punire i criminali e che in futuro renderete migliori i vostri magistrati”.

³⁰² In particolare al § 7: “non gettate nello sconforto, facendo un torto a me, anche tutti gli altri che si trovano nelle mie stesse condizioni”.

³⁰³ Ma non privo di attestazioni anche in altri logografi. Si veda MAFFI 2018b, p. 90 s., secondo il quale avremmo, in queste ipotesi, l'“esortazione ad applicare a un caso non previsto da una legge scritta un criterio di giudizio ricavato da principi di comportamento condivisi, riconducibili in ultima analisi a consuetudini”.

³⁰⁴ E non solo nel senso di dover condividere, con questi ultimi, la medesima *gnóme*, come leggiamo in un frammento lisiano di incerta collocazione (Stob., *floril.* 46.17 [fr. 424 Carey]: MEDDA 1995/1997, 568 s. fr. 87). Un accostamento fra tale passo e quanto stiamo per leggere della *Contro Alcibiade per diserzione* è anche in TODD 2020, p. 506 e nt. 13.

³⁰⁵ Diversa era peraltro l'argomentazione che, dall'esistenza di una lacuna normativa, era tratta nella *Contro Filone*: vi abbiamo accennato *supra*, nt. 291. Accenna a un confronto tra i due passi, sullo sfondo di motivi che percorrono la speculazione filosofica da Platone ad Aristotele, anche BERTRAND 1999, p. 220.

³⁰⁶ E anche nella convinzione che sia dovere del buon cittadino e del “giusto giudice (*dikastou dikáiou*)” intendere le leggi nel modo che sia più vantaggioso, in futuro, alla città intera. Per un esame di questo passaggio, e in particolare di quanto riportato nel testo, da ultimo, TODD 2020, spec. p. 471 s., 505 s. ove altra bibl.

³⁰⁷ In modo inverso abbiamo visto ragionare Lisia nella *Contro Agorato* (*supra*, nt. 297). In quel caso, però, si trattava di esortare i giudici attuali ad assumere una posizione che nettamente li distinguesse da quanto accaduto sotto i Trenta Tiranni.

tratta, in realtà, di un argomento piuttosto opinabile. Da un punto di vista formale, infatti, non vi era alcun impedimento a discostarsi dai verdetti pregressi – emanati, oltre tutto, da collegi giudicanti la cui composizione poteva essere stata anche completamente diversa. E soprattutto mancava un decisivo presupposto, dal momento che le pronunzie dei tribunali erano, come noto, ridotte al solo ‘dispositivo’: sprovviste di motivazione, e dunque degli elementi logici e discorsivi idonei a supportare i contendenti di un futuro processo, o essere posti alla base dell’orientamento assunto da altri *dikastái*. Nondimeno, questo motivo del confronto, se non addirittura della omogeneità, fra giudicati – un punto assai rilevante, ai nostri occhi, nell’orizzonte della certezza del diritto – è anche altrove evocato con forza da Lisia. Così, in particolare, nelle orazioni *Sulla confisca dei beni del fratello di Nicia*³⁰⁸ e *Contro i mercanti di grano*³⁰⁹; ma qualcosa di analogo, a livello di valutazione dei candidati a una magistratura, rinveniamo anche nel discorso *Sulla dokimasía di Evandro*³¹⁰.

Non infrequente è poi, nel nostro logografo, la registrazione di certi meccanismi psicologici che potrebbero compromettere, da parte dei giudici, prevedibilità e uniformità di trattamento: un dato assai prossimo a quell’offuscamento determinato da passioni contingenti di cui abbiamo letto in Aristotele³¹¹. Lo avvertiamo soprattutto in merito a un aspetto che non doveva essere semplice frutto dell’inventiva retorica di Lisia, se sembra emergere anche da alcuni episodi storici³¹². Mi riferisco al rilievo per cui, in processi che nel tempo vedono imputati più soggetti, sarebbe maggiore la probabilità di un’assoluzione di quanti compaiano per ultimi in tale veste. E questo perché – afferma Lisia nel discorso *Sui beni di Aristofane contro il fisco* (§ 6), rivolto ai giudici – “li ascoltate quando ormai vi è sfumata la collera, e a quel punto siete più disposti ad accogliere le prove che vi portano”. Rinveniamo lo stesso rilievo nell’orazione *Per Polistrato*, che è però di paternità assai più controversa³¹³. Qui, peraltro, non solo viene

³⁰⁸ Ove all’accusatore Polioco viene opposto che già in precedenza egli sarebbe stato punito con la multa di mille dracme per il netto insuccesso processuale (con oltre quattro quinti di voti contrari) cui era andato incontro il suo tentativo di far confiscare la terra dei clienti di Lisia. Il rischio che Polioco abbia ora la meglio è prospettato come dimostrazione che egli sarebbe così potente da indurre i giudici “a votare in contraddizione” con sé stessi, e proprio in merito a ciò su cui hanno “prestato giuramento” (§ 13), in modo da “smentire il loro stesso verdetto” (§ 14).

³⁰⁹ Laddove Lisia ricorda – unendo al presunto peso del precedente un classico argomento a *fortiori* – che già in passato vi erano state condanne contro analoghi soggetti, e anche se essi negavano di aver violato la legge – anziché confessarlo, come sembra accadesse nell’attuale processo (§ 18).

³¹⁰ Soprattutto ai §§ 13-14, ove è richiamato il fatto che Trasibulo (di Collito) aveva fatto respingere la candidatura di Leodamante e approvare invece quella di Evandro: “in quella circostanza i cittadini pensavano che aveste bocciato Leodamante perché eravate giustamente sdegnati contro di lui; ma se approverete costui, capiranno che sull’altro non vi siete pronunciati con giusto giudizio (*ou dikáia[i] gnóme[i]*)”.

³¹¹ Penso, in particolare, a quanto abbiamo letto (*supra*, § 4) in *Retorica* 1.1354a-b, riguardo al giudizio di *ekklestiastés* o *dikastés* che “è oscurato dal piacere e dal dolore personale”. Si veda anche *Politica* 3.1287a: ne abbiamo trattato al § 2.

³¹² Come il processo che seguì, nel 324, allo ‘scandalo arpalico’ e che vide imputati, fra gli altri, Demostene e Aristogitone (il noto sicofante, avversario del primo in varie altre circostanze). Demostene andò allora incontro a una severa condanna; mentre fu probabilmente assolto Aristogitone, processato più tardi, quando erano già state emanate altre sentenze, l’indignazione popolare (autentica o simulata che fosse) stava ormai svanendo e l’onda ‘giustizialista’ quasi del tutto ritratta. Ho richiamato questa vicenda – un autentico scherzo del destino, che trascinò nella polvere l’oratore più noto, col “cane del popolo” che ne uscì invece indenne – in STOLFI 2012a, p. 131 ss. ove bibl.

³¹³ Anche perché il suo contenuto la fa collocare negli anni anteriori ai Trenta Tiranni, periodo “durante il quale non abbiamo alcuna testimonianza che Lisia esercitasse già la professione di logografo”. Così, per tutti, MEDDA 1995/1997, p. 166.

segnalato che la condanna è tanto più probabile quanto il processo è più vicino ai fatti (§ 22), ma si ricorda anche il successo conseguito, non di rado, dall'imputato che muova alla pietà la giuria, esibendo la propria disperazione e facendo comparire i propri figli piccoli³¹⁴ – uno stratagemma dozzinale ma diffuso nella prassi forense antica, evidentemente perché non privo di efficacia³¹⁵.

Importanza ancora maggiore, come anticipato, assumono quei passaggi in cui viene evocata la sovranità del *nómos*, col suo disposto generale e astratto, per contrapporla a soluzioni esclusivamente affidate alla volontà dei *dikastái*, che rischiano di degenerare in assoluto arbitrio. Spicca in questa prospettiva la peculiare forma con cui si accenna al giuramento eliastico nel discorso *Contro i mercanti di grano* (§ 7), ove viene esclusivamente ricordato che i giudici “hanno giurato di decidere in conformità alle leggi (*katà tous nómous*)”, senza alcun riferimento alla *gnóme dikaiotáte* (o *aríste*)³¹⁶: come ad accentuare (ovviamente a scopi retorici) la sudditanza dei tribunali alla normativa vigente, e disinnescare quei tratti ‘antinomici’ su cui, come riscontrato, avrebbe fatto leva Aristotele³¹⁷. Ma soprattutto il tema della signoria dei *nómoi* – rispetto ai quali nulla è (o dovrebbe essere) *kyrióteron*, come leggiamo nella *Contro Alcibiade per renitenza all'obbligo militare*³¹⁸ – spicca nel discorso probabilmente più noto di Lisia, quello *Per l'uccisione di Eratostene*.

Non torno qui sulla ricostruzione dei fatti da cui sorse il processo, né sugli innumerevoli profili d'interesse storico-giuridico offerti dal testo³¹⁹, per concentrarmi su quello che più interessa nella logica dell'attuale ricognizione. La nozione chiave è di nuovo costituita, come nel discorso *Contro Alcibiade* appena ricordato, dalla “padronanza” del *nómos*, ossia dal suo essere *kyrios*³²⁰. Il termine compare dapprima al comparativo (§ 29), con riguardo al *nómos* (qualificato quindi *kyrióteros*) e poi al superlativo (§ 36), riferito al voto dei giudici – indicato tramite un linguaggio metonimico³²¹, ossia richiamando il sassolino impiegato per esprimere il voto: la *pséphos*, qui appunto qualificata *kyriotáte*. Con un simile gioco tra i gradi dell'aggettivo l'oratore tende a contrapporre un “dominio assoluto” delle decisioni giudiziali a un “dominio relativo” delle leggi: ma in modo tale che l'osservanza dovuta a queste ultime non riesce affatto sminuita.

³¹⁴ In modo che “voi, giudici, [...] provate compassione per i bambini che perderebbero la cittadinanza [...] e assolvete le colpe dei padri in grazia dei figli, che pure ancora non sapete se diverranno da grandi buoni o cattivi cittadini”: § 34.

³¹⁵ Non stupisce che, nel processo intentato contro di lui nel 399, Socrate escluse risolutamente di adottarlo: cfr. la platonica *Apologia di Socrate* 34d-35d.

³¹⁶ Vi abbiamo già fatto riferimento *supra*, spec. § 4, nt. 132 ove bibl. La terminologia del giuramento eliastico sembra piuttosto riecheggiata in *Per l'uccisione di Eratostene*, ma in una forma particolare. Dopo aver sostenuto (§ 35) che sono state le leggi a indurlo a compiere l'omicidio (in quanto atto dovuto: *dike*), l'imputato Eufileto chiede infatti ai giudici di condividere quanto da esse disposto (§ 36): più precisamente, di “avere la medesima opinione” (*tèn autèn gnómen échein*).

³¹⁷ Nei passi della *Retorica* esaminati al § 5.

³¹⁸ Al § 11: sui problemi, anche testuali, che solleva questo passo cfr. ora TODD 2020, p. 592 s.

³¹⁹ Posso per questo rinviare a STOLFI 2012a, p. 91 ss., spec. 99 ss. ove bibl. Si vedano inoltre, di recente, almeno TODD 2007, spec. p. 46 ss.; PEPE 2012, p. 210 ss. ove altra bibl.; KÄSTLE 2012, spec. p. 189 s.; PEPE 2019, p. 183 ss., spec. 188 ss.

³²⁰ Una voce rilevante nel lessico greco della sovranità della legge, attestata soprattutto in Aristotele (*Politica* 3.1282b, da valutare assieme a 3.1287a-b e 4.1292a), ma ancora ricorrente, a distanza di secoli, nella risposta dell'imperatore Antonino Pio a Eudemone (riprodotta da Volusio Meciano in D. 14.2.9). Ho cercato di darne conto, da ultimo, in STOLFI 2020a, p. 141 s.

³²¹ Attestato a partire almeno dalle *Supplici* eschilee: cfr., per tutti, MUSTI 1997, p. 29.

Al contrario, quell'alternativa assolve, nella strategia difensiva di Eufileto, una precisa funzione suasoria³²², legata proprio all'esaltazione del *nómos*, che secondo la logica di Lisia – il quale piega visibilmente, nell'interesse del suo assistito, il senso delle prescrizioni – avrebbe imposto, più che reso legittima, l'uccisione del *moichós* Eratostene³²³. Si sostiene quindi che la legge stessa, adesso, esige l'assoluzione dell'imputato; mentre la sua eventuale condanna, decisa in dispregio della normativa vigente (ad Atene e non solo lì)³²⁴, sarebbe espressione dell'assoluto arbitrio dei giurati. Perciò il logografo addossa a questi ultimi, ancora una volta, precise responsabilità. Qualora l'esito processuale non sia stato quello da lui auspicato “tutti sapranno che si può dire addio alle leggi sull'adulterio e che bisogna temere invece il vostro voto (*pséphos*): questo infatti è di tutte le cose il padrone assoluto (*kyriotáte*) nella città”.

Una simile configurazione del voto in tribunale viene presentata come un'usurpazione rispetto alla fisiologica sovranità della legge: una violazione inferta a uno dei principi più saldi dell'assetto democratico. Vi affiorano i segni di una visuale peculiarmente greca, che radica il *nómos* in profonde istanze di giustizia e proclama la necessità di prestarvi un'obbedienza incondizionata, senza la quale la comunità si troverebbe alla mercé di chi di volta in volta detenga il potere di decidere (come ora i *dikastái*, scelti tramite semplice sorteggio). Come riscontrato in Aristotele³²⁵, la preminenza di quanto disposto, in termini generali, dai legislatori cittadini³²⁶ (di un passato prossimo o remoto)³²⁷ viene accentuata dal confronto con l'unica altra strada percorribile, che assume qui i tratti di una signoria senza freni né regole, pressoché tirannica³²⁸. Un'alternativa incontrollabile e destabilizzante, anche sul piano della certezza delle regole da applicare e della prevedibilità degli esiti.

³²² Su cui, fra gli altri, TODD 2007, spec. p. 125, 136; STOLFI 2012a, spec. p. 127 ss.; KÄSTLE 2012, p. 189 s.

³²³ Si vedano i §§ 26-29, con l'analisi che ne proponevo in STOLFI 2012a, p. 121 ss. Vi troviamo anche un'affermazione (“non io ti ucciderò [...] ma la legge della città, che tu hai violato”) pressoché topica in questo tipo di letteratura (e già sottoposta a una ripresa parodistica da Aristofane: *Donne all'Assemblea* 1056).

³²⁴ Come subito segnala Lisia (§ 2): “non si può dire che queste cose [la sanzione contro gli adulteri] siano così stabilite solo da voi [cioè dalla legislazione di voi Ateniesi], ma dalla Grecia intera: per questo unico illecito sia in regime democratico che in regime oligarchico è consentita l'identica pena, che anche i più deboli possono infliggere ai più potenti, e il ceto più umile gode così degli stessi diritti del ceto più alto; tanto grave [...] ognuno considera questo oltraggio (*bybris*)”. Vi spicca – in un luogo così nevralgico come l'esordio del discorso, teso a instaurare subito una sintonia coi suoi destinatari – un duplice motivo (su cui STOLFI 2012a, p. 115 ss. ove bibl.). Da un lato la portata riconosciuta alla disciplina invocata da Eufileto, ossia la sua natura di norma comune a tutta la Grecia: un *koinós nómos*, diremmo col lessico di Aristotele che già abbiamo incontrato. Dall'altro, l'ideale isonomico che le norme in questione avrebbero dovuto soddisfare, su un piano di (virtuale) parità fra cittadini umili e potenti. Quasi superfluo osservare come, in entrambe le prospettive, il motivo della certezza e intangibilità della legge ne risulti – almeno nella rappresentazione lisiana – sensibilmente rafforzato.

³²⁵ In *Retorica* 1.1354a-b: cfr. *supra*, § 4.

³²⁶ Sul dominio della ragione e della legge (dalla quale “lasciarsi governare”) si insiste al § 19 dell'*Epitafio* (che sappiamo però di paternità incerta: *supra*, nt. 280). Cfr. DE ROMILLY 2005, p. 61.

³²⁷ Circa identificazione e portata delle tre leggi invocate da Eufileto – la disposizione draconiana sull'omicidio, probabilmente per come successivamente emendata, quella sui *kakourgoi* e infine la norma che sanzionava con pena pecuniaria le violenze a uomini liberi, ragazzi e donne della famiglia – cfr. almeno PEPE 2012, p. 213 ss.; STOLFI 2012a, p. 105 ss.; PEPE 2019, p. 188 ss., tutti con bibl.

³²⁸ Per richiamare un'esperienza con cui lo stesso Lisia, alla fine del secolo precedente, si era dovuto drammaticamente misurare: *supra*, nt. 279.

Certo alla base delle scelte argomentative di Lisia vi è in primo luogo un'esigenza assai pragmatica e circoscritta: quella di far giudicare un *phónos díkaios* l'omicidio commesso da Eufileto, salvandolo dalla condanna capitale. Occorre dunque valutare con estrema cautela le implicazioni teoriche del suo discorso. Né ovviamente è sufficiente ostentare un'assoluta fiducia nella signoria della legge per delinearne, o anche solo abbozzare, una dottrina della certezza del diritto. Al suo valore, peraltro, Lisia non manca di richiamarsi esplicitamente, laddove fa dire a Eufileto: "quanto a me, penso che le singole città creino a questo scopo le leggi, perché nei casi incerti ricorrendo a esse cerchiamo di sapere come comportarci" (§ 35)³²⁹.

Rimane sintomatico, in ogni caso, che alcuni rilevanti snodi inerenti alla nostra questione, quali già abbiamo visto affiorare nella speculazione filosofica coeva e successiva, si ripropongano anche in questa prima testimonianza retorica. Preso atto di tale condivisione e circolazione di motivi all'interno della cultura giuridica del tempo – un fenomeno invero tutt'altro che sorprendente³³⁰ –, non rimarrebbe che proseguire nei riscontri, con una 'indagine a tappeto' circa la restante produzione logografica. Ma è un compito da affrontare, come suol dirsi, in una 'seconda puntata'.

Bibliografia

- ACCATTINO 2010 = P. ACCATTINO, *Introduzione*, in PLATONE, *Politico*, Roma-Bari 2010², pp. VI-I-XXXV.
- ADAMIDIS 2017 = V. ADAMIDIS, *Character Evidence in the Courts of Classical Athens. Rhetoric, Relevance and the Rule of Law*, London-New York 2017.
- AGAMBEN 2008 = G. AGAMBEN, *Il sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento (Homo sacer II, 3)*, Roma-Bari 2008.
- ALLEN 1980 = R.E. ALLEN, *Socrates and Legal Obligation*, Minneapolis 1980.
- ALLORIO 1956 = E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, in *Il diritto dell'economia* 10 (1956), pp. 1198-1213.
- ARCHI 1987 = G.G. ARCHI, *Le codificazioni postclassiche*, in 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, pp. 149-168.
- AVEZZÙ 1985 = G. AVEZZÙ (a c. di), *Lisia, Apologia per l'uccisione di Eratostene. Epitafio*, Padova 1985.
- BANFI 2010 = A. BANFI, *Sovranità della legge. La legislazione di Demetrio del Falero ad Atene (317-307 a. C.)*, Milano 2010.

³²⁹ Il motivo dell'affidamento alle leggi da parte del cittadino, la cui fiducia non deve essere quindi tradita, viene ripreso nel finale dell'orazione (§§ 47-50).

³³⁰ Anche alla luce dei rilievi formulati *supra*, § 1.

- BARBERIS 2019 = M. BARBERIS, *La forma del diritto. Formalismo giuridico e de-formalizzazione*, in *Il Pensiero* 58.2 (2019), pp. 11-24.
- BEARZOT 2007 = C. BEARZOT, *Vivere da democratici. Studi su Lisia e la democrazia ateniese*, Roma 2007.
- BEARZOT 2008 = C. BEARZOT, *La giustizia nella Grecia antica*, Roma 2008.
- BERTEA 2002 = S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli (Catanzaro) 2002.
- BERTELLI 1989 = L. BERTELLI, *Metabolē politeiōn*, in *Filosofia Politica* 3.2 (1989), pp. 275-326.
- BERTI 2019 = E. BERTI, *Il nomos nel pensiero greco dalle origini ad Aristotele*, in C. BUCCOLINI, A. LAMARRA (a c. di), *Nomos-lex. Atti del XV Colloquio Internazionale Roma, 4-6 gennaio 2016*, Firenze 2019, pp. 19-27.
- BERTRAND 1999 = J.-M. BERTRAND, *De l'écriture à l'oralité. Lectures des Lois de Platon*, Paris 1999.
- BIANCHI 2021 = T. BIANCHI, *Brevi cenni in merito alla cosiddetta 'legge delle citazioni' e sull'esigenza di certezza del diritto nella codificazione teodosiana*, in C. PICIOCCHI, M. FASAN, C.M. REALE (a c. di), *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio 17-18 gennaio 2019*, Napoli 2021, pp. 113-133.
- BISCARDI 1982 = A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano 1982.
- BOBBIO 1951 = N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 3^a s. 28.1 (1951), pp. 146-152.
- BOBONICH 1991 = G. BOBONICH, *Persuasion, compulsion and freedom in Plato's Laws*, in *The Classical Quarterly* 41 (1991), pp. 363-388.
- BOEGEHOLD 1996 = A. BOEGEHOLD, *Resistance to Change in the Law at Athens*, in J. OBER, C. HEDRICK (edd.), *Dēmokratia. A conversation on democracies, ancient and modern*, Princeton 1996, pp. 203-214.
- BONAZZI 2010 = M. BONAZZI, *I sofisti*, Roma 2010.
- BONAZZI 2017 = M. BONAZZI, *Atene, la città inquieta*, Torino 2017.
- BONAZZI 2018 = M. BONAZZI, *Processo a Socrate*, Roma-Bari 2018.
- BONAZZI 2020 = M. BONAZZI, *Giustizia della città, giustizia dell'anima: Platone pensatore realista?*, in A. CAMEROTTO, F. PONTANI (a c. di), *Dike ovvero della giustizia tra l'Olimpo e la terra*, Milano-Udine 2020, pp. 137-155.
- BREMER 1969 = J.M. BREMER, *Hamartia. Tragic Error in the Poetics of Aristotle and in Greek Tragedy*, Amsterdam 1969.
- BRETONE 1999 = M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari 1999⁴.
- BRUNDSCHWIG 1980 = J. BRUNDSCHWIG, *Du mouvement et de l'immobilité de la loi*, in *Revue Internationale de Philosophie* 133-134 (1980), pp. 512-540.
- BRUTTI 2017 = M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino 2017.
- BUTTI DE LIMA 1996 = P. BUTTI DE LIMA, *L'inchiesta e la prova. Immagine storiografica, pratica giuridica e retorica nella Grecia classica*, Torino 1996.

- CALAMANDREI 1942/1968 = P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* [1942], ora in LOPEZ DE OÑATE 1942/1968, pp. 167-190.
- CALBOLI MONTEFUSCO 1986 = L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina degli "status" nella retorica greca e romana*, Hildesheim-Zürich-New York 1986.
- CALOGERO 1984 = G. CALOGERO, *Scritti minori di filosofia antica*, Napoli 1984.
- CAMASSA 2011 = G. CAMASSA, *Scrittura e mutamento delle leggi nel mondo antico. Dal Vicino Oriente alla Grecia di età arcaica e classica*, Roma 2011.
- CAMBIANO 1971 = G. CAMBIANO, *Platone e le tecniche*, Torino 1971.
- CAMBIANO 2000 = G. CAMBIANO, *Aristotele e la rotazione del potere*, in M. MIGLIORI (a c. di), *Il dibattito etico e politico in Grecia tra il V e il IV secolo*, Napoli 2000, pp. 529-544.
- CAMBIANO 2007 = G. CAMBIANO, *La Retorica di Aristotele e il diritto naturale*, in D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE (a c. di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, pp. 59-74.
- CANFORA 2010 = L. CANFORA, *Storia della letteratura greca*, Roma-Bari 2010³.
- CANFORA 2013 = L. CANFORA, *Il mondo di Atene*, rist. Roma-Bari 2013.
- CANFORA 2019 = L. CANFORA, *Chi è al di sopra, il popolo o la legge?*, in C. BUCCOLINI, A. LAMARRA (a c. di), *Nomos-lex. Atti del XV Colloquio Internazionale Roma, 4-6 gennaio 2016*, Firenze 2019, pp. 85-94.
- CAPOGRASSI 1937/1962 = G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* [1937], nuova ediz. Milano 1962.
- CAPOGRASSI 1959/1968 = G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive* [1959], ora in LOPEZ DE OÑATE 1942/1968, pp. 239-283.
- CARILLO 2007 = G. CARILLO, *Atteone o della democrazia*, Napoli 2007.
- CARILLO 2014 = G. CARILLO, *Semnotes. La 'legge' tra venerabilità e caducità (in margine a un libro di Emanuele Stolfi)*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 80 (2014), pp. 339-350.
- CARILLO 2019 = G. CARILLO, *Nomou bia(i). Note su Antigone*, in *Il Pensiero* 58.2 (2019), pp. 79-94.
- CARNELUTTI 1943/1968 = F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto* [1943], ora in LOPEZ DE OÑATE 1942/1968, pp. 191-206.
- CASCIONE 2016 = C. CASCIONE, *Celso teorizzatore di criteri ermeneutici: un collaboratore 'malgré soi' della 'legum permutatio' giustiniana*, in L. GAROFALO (a c. di), *Celso teorico del diritto*, Napoli 2016, pp. 153-166.
- CATANIA 2010 = A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari 2010².
- CAVALLA 2011 = F. CAVALLA, *All'origine del diritto al tramonto della legge*, Napoli 2011.
- CERRI 1969 = G. CERRI, *Il passaggio dalla cultura orale alla cultura di comunicazione scritta nell'età di Platone*, in *Quaderni Urbinati* 8 (1969), pp. 119-133.
- CIARAMELLI 2017 = F. CIARAMELLI, *Il dilemma di Antigone*, Torino 2017.
- CORSALE 1968 = M. CORSALE, *Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950*, in LOPEZ DE OÑATE 1942/1968, pp. 285-308.
- CORSALE 1979 = M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano 1979².

- CORSALE 1988 = M. CORSALE, *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, estr. da *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma 1988, pp. 1-7.
- COSSA 2017 = G. COSSA, *Riflessioni sulla distinzione tra prove 'tecniche' e 'atecniche' in Grecia e a Roma*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 83 (2017), pp. 299-324.
- COSSA 2021 = G. COSSA, *L'argumentum e contrario e il problema delle lacune: alcuni spunti in merito alla prospettiva dei giuristi romani*, in C. LATINI (a c. di), *Argomentazione e lessico nella tradizione giuridica. Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del Diritto. Camerino, 27-29 settembre 2018*, Torino 2021, pp. 157-177.
- COSTA 1999 = P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. I. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari 1999.
- COZZO 2014 = A. COZZO, *"Nel mezzo". Microfisica della mediazione nel mondo greco antico*, Pisa 2014.
- CURI 2019 = U. CURI, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino 2019.
- DALLA 2006 = D. DALLA, *Fra ius controversum, discrezionalità del giudicante e assetti costituzionali*, in M.P. BACCARI, C. CASCIONE (a c. di), *Tradizione romanistica e costituzione*, II, Napoli 2006, pp. 1023-1034.
- DE GIOVANNI 2007 = DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007.
- DE ROMILLY 2005 = J. DE ROMILLY, *La legge nel pensiero greco. Dalle origini ad Aristotele*, trad. it. Milano 2005.
- DE SANCTIS 2009 = F.M. DE SANCTIS, *Radici mediche della 'filosofia pratica' nel pensiero antico*, Napoli 2009.
- DE SANCTIS 2020 = F.M. DE SANCTIS, *Ordinare la vita*, Napoli 2020.
- DETIENNE 1977 = M. DETIENNE, *I maestri di verità nella Grecia arcaica*, trad. it. Roma-Bari 1977.
- DETIENNE 2002 = M. DETIENNE, *Apollo con il coltello in mano. Un approccio sperimentale al politeismo greco*, trad. it. Milano 2002.
- DETIENNE, VERNANT 2005 = M. DETIENNE, J.P. VERNANT, *Le astuzie dell'intelligenza nell'antica Grecia*, trad. it. Roma-Bari 2005.
- DICIOTTI 1999 = E. DICIOTTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino 1999.
- DIHLE 1995 = A. DIHLE, *Der Begriff des Nomos in der griechischen Philosophie*, in O. BEHRENDTS, W. SELLERT (Hrsgg.), *Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzdenkens*, Göttingen 1995, pp. 117-134.
- DILIBERTO 2018 = O. DILIBERTO, *La città e le leggi. Racconti di fondazione, legislazione arcaica e ideologia augustea*, 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. 95-122.
- DODDS 1973/1985 = E.R. DODDS, *The Ancient Concept of Progress and Other Essays on Greek Literature and Belief* [1973], rist. Oxford 1985.
- DOVER 1968 = K.J. DOVER, *Lysias and the Corpus Lysiaca*, Berkeley-Los Angeles 1968.
- DUCOS 1998 = M. DUCOS, *Roma e il diritto*, trad. it. Bologna 1998.

- FANTAPPIÈ 2008 = C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica. II. Il codex iuris canonici (1917)*, Milano 2008.
- FANTAPPIÈ 2011 = C. FANTAPPIÈ, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Bologna 2011.
- FASSÒ 2007 = G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. I. Antichità e medioevo*, ediz. aggiornata a c. di C. FARALLI, Roma-Bari 2007⁴.
- FEDELE 1943/1968 = P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico* [1943], ora in LOPEZ DE OÑATE 1942/1968, pp. 207-237.
- FERRANTE 2015 = R. FERRANTE, *Un secolo sì legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica*, Torino 2015.
- FIGAL 2000 = G. FIGAL, *Socrate*, trad. it. Bologna 2000.
- FORCIGNANÒ 2020 = F. FORCIGNANÒ, *La Settima lettera: il testamento umano e filosofico di Platone*, in PLATONE, *Settima lettera*, Roma 2020, pp. 9-59.
- FOUCAULT 2009 = M. FOUCAULT, *Il governo di sé e degli altri. Corso al Collège de France (1982-1983)*, trad. it. Milano 2009.
- FREZZA 1968/2000 = P. FREZZA, *Lex e nomos* [1968], ora in ID., *Scritti*, II, Roma 2000, pp. 615-643.
- FRONTEROTTA 2019 = F. FRONTEROTTA, *Nomos nel Timeo e nei commenti antichi al Timeo*, in C. BUCCOLINI, A. LAMARRA (a c. di), *Nomos-lex. Atti del XV Colloquio Internazionale Roma, 4-6 gennaio 2016*, Firenze 2019, pp. 29-50.
- GAGARIN 2008 = M. GAGARIN, *Writing Greek Law*, Cambridge 2008.
- GALLO 1997 = F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino 1997.
- GALLO 2010 = F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino 2010.
- GASTALDI 1981 = S. GASTALDI, *Discorso della città e discorso della scuola. Ricerche sulla "retorica" di Aristotele*, Firenze 1981.
- GASTALDI 1984a= S. GASTALDI, *Legge e retorica. I proemi delle "Leggi" di Platone*, in *Quaderni di storia* 20 (1984), pp. 69-109.
- GASTALDI 1984b = S. GASTALDI, *Educazione e consenso nelle "Leggi" di Platone*, in *Rivista di storia della filosofia* 29.3 (1984), pp. 419-452.
- GASTALDI 2008 = S. GASTALDI, *Introduzione alla storia del pensiero politico antico*, Roma-Bari 2008.
- GEORGIADIS 1987 = C. GEORGIADIS, *Equitable and Equity in Aristotle*, in S. PANAGIOTOU (ed.), *Justice, Law and Method in Plato and Aristotle*, Alberta 1987, pp. 159-172.
- GERNET 2000 = L. GERNET, *Diritto e civiltà in Grecia antica* [manoscritto, post 1938], a c. di A. TADDEI, trad. it. Milano 2000.
- GIANFORMAGGIO 1986/2008 = L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto* [1986], ora in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a c. di E. DICCIOTTI, V. VELLUZZI, Torino 2008, pp. 81-87.
- GIARRIZZO 1981 = G. GIARRIZZO, *Vico, la politica e la storia*, Napoli 1981.
- GIGANTE 1993 = M. GIGANTE, *Nomos Basileus*, rist. (con un'appendice) Napoli 1993.

- GIORDANO 1999 = M. GIORDANO, *La parola efficace. Maledizioni, giuramenti e benedizioni nella Grecia arcaica*, Pisa-Roma 1999.
- GIORGINI 2021 = G. GIORGINI, *Protagoras on Democracy and the Rule of Law*, in J. JINEK (ed.), *The Rule of the People and the Rule of Law in Classical Greek Thought*, *Filosofický časopis* Special issue 2 (2021), pp. 45-64.
- GOMETZ 2005 = G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino 2005.
- GRIMALDI 1980 = W.M.A. GRIMALDI, *Semeion, Tekmerion, Eikos in Aristotle's Rhetoric*, in *American Journal of Philology* 101 (1980), pp. 383-398.
- GROSSI 2000 = P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000.
- GROSSI 2001 = P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001.
- GROSSI 2007 = P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Milano 2007.
- GROSSI 2021 = P. GROSSI, *Oltre le storie nazionali. Il 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' di Firenze fra passato e presente*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 50.2 (2021), pp. 739-759.
- HANKINSON 1997 = J. HANKINSON, "Semeion" e "tekmerion". *L'evoluzione del vocabolario di segni e indicazioni nella Grecia classica*, in S. SETTIS (a c. di), *I Greci. Storia, cultura, arte, società*, II.2, Torino 1997, pp. 1169-1187.
- HANSEN 1998 = M.H. HANSEN, *Eisangelia. La sovranità del Tribunale popolare ad Atene nel IV secolo a.C. e l'accusa contro strateghi e politici*, trad. it. Torino 1998.
- HANSEN 2001 = M.H. HANSEN, *Graphè paranomon. La sovranità del Tribunale popolare ad Atene nel IV secolo a.C. e l'azione pubblica contro proposte incostituzionali*, trad. it. Torino 2001.
- HANSEN 2003 = M.H. HANSEN, *La democrazia ateniese nel IV secolo a.C.*, trad. it. Milano 2003.
- HARRIS 2006 = E.M. HARRIS, *Democracy and the Rule of Law in Classical Athens. Essays on Law, Society, and Politics*, Cambridge 2006.
- HARRIS 2021 = E.M. HARRIS, *The Rule of Law in Athenian Democracy and in Plato's Laws*, in J. JINEK (ed.), *The Rule of the People and the Rule of Law in Classical Greek Thought*, *Filosofický časopis* Special issue 2 (2021), pp. 29-44.
- HARRISON 2001 = A.R.W. HARRISON, *Il diritto ad Atene. II. La procedura*, trad. it. Alessandria 2001.
- HAVELOCK 2001 = E.A. HAVELOCK, *Cultura orale e civiltà della scrittura. Da Omero a Platone*, trad. it. Roma-Bari 2001⁵.
- HAVELOCK 2003 = E.A. HAVELOCK, *Dike. La nascita della coscienza*, trad. it. Roma-Bari 2003³.
- HEINIMANN 1945/1980 = F. HEINIMANN, *Nomos und Physis. Herkunft und Bedeutung einer Antithese im griechischen Denken des 5. Jahrhunderts* [1945], rist. Darmstadt 1980.
- HIRZEL 1907/1966 = R. HIRZEL, *Themis, Dike und Verwandtes. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen* [1907], rist. Hildesheim 1966.
- HORN 2021 = C. HORN, *What Makes a Law Good? Plato on Legal Theory in the Statesman*, in J. JINEK (ed.), *The Rule of the People and the Rule of Law in Classical Greek Thought*, *Filosofický časopis* Special issue 2 (2021), pp. 88-102.

- IOPPOLO 2000 = A.M. IOPPOLO, *Persuasione e obbedienza alle leggi nel Critone*, in M. MIGLIORI (a c. di), *Il dibattito etico e politico in Grecia tra il V e il IV secolo*, Napoli 2000, pp. 97-120.
- IRTI 2007 = N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari 2007.
- IRTI 2021 = N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, Milano 2021.
- ISNARDI PARENTE 1969 = M. ISNARDI PARENTE, *Il pensiero politico greco dalle origini alla sofistica – Socrate e Platone*, est. da L. FIRPO (dir. da), *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, Torino 1969.
- JAEGER 1959 = W. JAEGER, *Paideia. La formazione dell'uomo greco. III. Il conflitto degli ideali di cultura nell'età di Platone*, trad. it. Firenze 1959.
- JELLAMO 2005 = A. JELLAMO, *Il cammino di Dike. L'idea di giustizia da Omero a Eschilo*, Roma 2005.
- KAHN 1995 = C.H. KAHN, *The Place of "Statesman" in Plato's Later Work*, in C.J. ROWE (ed.), *Reading the "Statesman". Proceedings of the III Symposium Platonicum*, Sankt Augustin 1995, pp. 49-60.
- KÄSTLE 2012 = D.J. KÄSTLE, *Νόμος μεγίστη βοήθεια: Zur Gesetzesargumentation in der attischen Gerichtsrede*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung* 129 (2012), pp. 161-205.
- KERFERD 1988 = G.B. KERFERD, *I sofisti*, trad. it. Bologna 1988.
- KNOLL 2021 = M. KNOLL, *Sophistic Criticism of the Rule of Law: A Comparison of Callicles and Thrasymachus*, in J. JINEK (ed.), *The Rule of the People and the Rule of Law in Classical Greek Thought, Filosofický časopis*, Special issue 2 (2021), pp. 66-87.
- KRAUT 1984 = R. KRAUT, *Socrates and the State*, Princeton 1984.
- LACCHÈ 2018 = L. LACCHÈ, *Sulla Comparative legal history e dintorni*, in M. BRUTTI, A. SOMMA (edd.), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main 2018, pp. 245-265.
- LANTELLA 1987 = L. LANTELLA, *"Ius certum" in D.1.2.2*, in 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, pp. 223-231.
- LANZA 1977 = D. LANZA, *Il tiranno e il suo pubblico*, Torino 1977.
- LANZA, VEGETTI 1977 = D. LANZA, M. VEGETTI, *L'ideologia della città*, in D. LANZA, M. VEGETTI, G. CAIANI, F. SIRCANA, *L'ideologia della città*, Napoli 1977, pp. 13-28.
- LOMBARDI 1975 = L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, rist. Milano 1975.
- LONGO 1959 = M. LONGO, *Certezza del diritto*, in *Novissimo Digesto italiano*, III, Milano 1959, pp. 124-129.
- LOPEZ DE OÑATE 1942/1968 = F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* [1942], nuova ediz. (a c. di G. ASTUTI), Milano 1968.
- LORAUX 2006 = N. LORAUX, *La città divisa. L'oblio nella memoria di Atene*, trad. it. Vicenza 2006.
- MACARIO 2022 = F. MACARIO, *Il diritto civile come storia del pensiero e la formazione dei giuristi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 51 (2022), pp. 447-466.
- MAFFI 1992 = A. MAFFI, *Leggi scritte e pensiero giuridico*, in G. CAMBIANO, L. CANFORA, D. LANZA (a c. di), *Lo spazio letterario della Grecia antica*, I.1, Roma 1992, pp. 419-432.

- MAFFI 2018a = A. MAFFI, *Politeia, politeuma e legislazione nella Politica di Aristotele*, in *Teoria politica. Nuova serie Annali* 8 (2018), pp. 35-62.
- MAFFI 2018b = A. MAFFI, *Legge scritta e legge non scritta nella Grecia antica*, 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. 72-93.
- MAFFI 2021 = A. MAFFI, *The Role of the Law in the Classification of Democratic Constitutions in Aristotle, Pol. IV*, in J. JINEK (ed.), *The Rule of the People and the Rule of Law in Classical Greek Thought, Filosofický časopis Special issue 2* (2021), pp. 125-142.
- MANTOVANI 2012a = D. MANTOVANI, *Mores, leges, potentia. La storia della legislazione romana secondo Tacito (Annales III 25-28)*, in *Letteratura e civitas. Transizioni dalla Repubblica all'Impero. In ricordo di Emanuele Narducci*, Pisa 2012, pp. 353-404.
- MANTOVANI 2012b = D. MANTOVANI, *Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi*, in J.-L. FERRARY (a c. di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, pp. 707-767.
- MARTINI 2002-2003 = R. MARTINI, *Una riforma processuale nelle "Leggi" di Platone*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova* 31.1-2 (2002-2003), pp. 86-92.
- MARTINI 2004 = R. MARTINI, *Antica retorica giudiziaria (gli status causae)*, in *Studi Senesi* 116 (2004), pp. 30-99.
- MARTINI 2005 = R. MARTINI, *Diritti greci*, Bologna 2005.
- MARTINI 2010 = R. MARTINI, *Sul monopolio interpretativo di Giustiniano*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 76 (2010), pp. 425-431.
- MASI DORIA 2022 = C. MASI DORIA, *I senatus consulta nei giuristi adrianei. Giuliano e Africano*, in P. BUONGIORNO, S. LOHSSE (Hrsgg.), *Darstellung und Gebrauch der senatus consulta in der römischen Jurisprudenz der Kaiserzeit*, Stuttgart 2022, pp. 45-81.
- MCCLINTOCK 2016 = A. MCCLINTOCK, *Giustizia senza dèi*, in EAD. (a c. di), *Giuristi nati. Antropologia e diritto romano*, Bologna 2016, pp. 73-95.
- MCGLEW 1993 = J.F. MCGLEW, *Tyranny and Political Culture in Ancient Greece*, Ithaca-London 1993.
- MEIER 2000 = C. MEIER, *L'arte politica della tragedia greca*, trad. it. Torino 2000.
- MEDDA 1991/2008 = Lisia, *Orazioni (I-XV). Introduzione, traduzione e note di E. MEDDA* [1991], Milano 2008⁹.
- MEDDA 1995/1997 = Lisia, *Orazioni (XVI-XXXIV). Frammenti. Introduzione, traduzione e note di E. MEDDA* [1995], Milano 1997².
- MIGLIORI 2000 = M. MIGLIORI, *La prassi in Platone: realismo e utopismo*, in ID. (a c. di), *Il dibattito etico e politico in Grecia tra il V e il IV secolo*, Napoli 2000, pp. 239-282.
- MOREAU 2017 = N.V. MOREAU, *Civic Piety: Plato and reverence for the Rule of Law*, in *History of Political Thought* 38 (2017), pp. 385-408.
- MORO 2014 = P. MORO, *Alle origini del Nómos nella Grecia Classica. Una prospettiva della legge per il presente*, Milano 2014.

- MORROW 1960 = G.R. MORROW, *Plato's Cretean City. A Historical Interpretation of the Laws*, Princeton 1960.
- MUSTI 1997 = D. MUSTI, *Demokratía. Origini di un'idea*, Roma-Bari 1997².
- NAPOLITANO VALDITARA 2000 = L.M. NAPOLITANO VALDITARA, *Il contrasto tra νόμος e φύσις. Posizioni diverse e diverse indicazioni di condotta*, in M. MIGLIORI (a c. di), *Il dibattito etico e politico in Grecia tra il V e il IV secolo*, Napoli 2000, pp. 11-42.
- NESCHKE-HENTSCHKE 2007 = A. NESCHKE-HENTSCHKE, *Il diritto naturale nell'antica Grecia. Platone e gli stoici*, in D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE (a c. di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, pp. 11-57.
- NITSCH 2012 = C. NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano 2012.
- NÖRR 1976/2002 = D. NÖRR, *Pomponio o "della intelligenza storica dei giuristi romani"* [ed. or. 1976, trad. it., con integrazioni, a c. di M.A. FINO, E. STOLFI], in *Rivista di diritto romano* 2 (2002), pp. 167-254.
- ONG 2014 = W.J. ONG, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, trad. it. Bologna 2014.
- ORESTANO 1981 = R. ORESTANO, *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna 1981.
- OSBORNE 2018 = R. OSBORNE, *The Elasticity of Athenian Law*, in C. CAREY, I. GIANNADAKI, B. GRIFFITH-WILLIAMS (ed.), *Use and Abuse of Law in the Athenian Courts*, Leiden-Boston 2018, pp. 32-41.
- OSTWALD 1969 = M. OSTWALD, *Nomos and the beginnings of the Athenian democracy*, Oxford 1969.
- PALUMBO 2000 = L. PALUMBO, *Platone e la paura*, in M. MIGLIORI (a c. di), *Il dibattito etico e politico in Grecia tra il V e il IV secolo*, Napoli 2000, pp. 283-304.
- PAOLI 1933 = U.E. PAOLI, *Studi sul processo attico*, Padova 1933.
- PELLOSO 2017 = C. PELLOSO, *Nomos basileus e potere giudicante nell'Atene del IV secolo a.C.*, in C. PELLOSO, P. COBETTO GHIGGIA (a c. di), *NOMOS ΒΑΣΙΛΕΥΣ. La regalità del diritto in Grecia antica*, in *Rivista di diritto ellenico* 7 (2017), pp. I-XXXVIII.
- PEPE 2012 = L. PEPE, *Phonos. L'omicidio da Draconte all'età degli oratori*, Milano 2012.
- PEPE 2017 = L. PEPE, *Escribir las leyes, respetar las leyes no escritas*, in *Revista Jurídica de Buenos Aires. Derecho griego antiguo* 42 (2017), pp. 33-60.
- PEPE 2019 = L. PEPE, *Atene a processo. Il diritto ateniese attraverso le orazioni giudiziarie*, Bologna 2019.
- PIAZZA 2008 = F. PIAZZA, *La Retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, Roma 2008.
- PIAZZA 2009 = F. PIAZZA, *La virtù di Emone: riflessioni sull'epieikeia greca*, in *Aevum Antiquum* n.s., 9 (2009), pp. 3-36.
- PIAZZA 2012 = F. PIAZZA, *Leikos in teoria. Aristotele e la Rhetorica ad Alexandrum*, in F. PIAZZA, S. DI PIAZZA, *Verità verosimili. Leikos nel pensiero greco*, Milano-Udine 2012, pp. 103-138.
- PICCIRILLI 1988 = L. PICCIRILLI, *Efialte*, Genova 1988.
- PINO 2018 = G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico* 24.2 (2018), pp. 517-544.

- PIOVANI 1947/1991 = P. PIOVANI, *Per una interpretazione unitaria del Critone* [1947], rist. Napoli 1991.
- PIZZORUSSO 1988 = A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto. II) Profili applicativi*, estr. da *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma 1988, pp. 1-8.
- PODDIGHE 2018 = E. PODDIGHE, *Aristotele e la legge: il tema del mutamento*, in B. BISCOTTI (a c. di), *Kállistos nómos. Scritti in onore di Alberto Maffi*, Torino 2018, pp. 153-176.
- PORRO 2019 = A. PORRO, *Il giusto e la legge nell'“Antigone” di Sofocle e nel “Critone” di Platone*, in G. FORTI, A. PROVERA (a c. di), *Mito e narrazioni della giustizia nel mondo greco*, Milano 2019, pp. 43-55.
- REALE 2000 = G. REALE, *Il messaggio rivoluzionario della non-violenza nel Critone di Platone*, in M. MIGLIORI (a c. di), *Il dibattito etico e politico in Grecia tra il V e il IV secolo*, Napoli 2000, pp. 121-135.
- REGGIANI 2015 = N. REGGIANI, *La Giustizia cosmica. Le riforme di Solone fra polis e kosmos*, Firenze-Milano 2015.
- RIPEPE 2001 = E. RIPEPE, *Ricominciare da Antigone o ricominciare dall'Antigone? Ancora una volta sulla più antica lezione di filosofia del diritto*, in *Scritti in onore di A. Cristiani*, Torino 2001, pp. 677-718.
- RODRÍGUEZ LUÑO 1997 = A. RODRÍGUEZ LUÑO, *La virtù dell'epicheia. Teoria, storia e applicazione (I). Dalla Grecia classica fino a F. Suárez*, in *Acta Philosophica* 6.2 (1997), pp. 197-236.
- ROMANO 1947 = Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947.
- RUSCHENBUSCH 1957 = E. RUSCHENBUSCH, *ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΝ ΠΑΝΤΩΝ ΚΥΠΙΩΝ*, in *Zeitschrift für Alte Geschichte* 6.3 (1957), pp. 257-274.
- SCARANO USSANI 1989 = V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino 1989.
- SCEVOLA 2018 = R. SCEVOLA, *L'ènomia di Solone e le sue idealizzazioni. Dalla formulazione originaria alle utopie costituzionali*, Alessandria 2018.
- SCHIAVONE 2017 = A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2017².
- SCHIAVONE 2019 = A. SCHIAVONE, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Torino 2019.
- SCHULZ 1946/1995 = F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. it. Firenze 1946, rist. an. 1995.
- SINCLAIR 1993 = T.A. SINCLAIR, *Il pensiero storico classico*, trad. it. Roma-Bari 1993³.
- STALLEY 1983 = R.F. STALLEY, *An Introduction to Plato's Laws*, Oxford 1983.
- STARACE 2018 = P. STARACE, *Certezza e ordine del “ius civile” nell'“Enchiridion”*, in *Index* 46 (2018), pp. 173-200.
- STOLFI 2002 = E. STOLFI, *Studi sui “libri ad edictum” di Pomponio. I. Trasmissione e fonti*, Napoli 2002.
- STOLFI 2006a = E. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino 2006.
- STOLFI 2006b = E. STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei “diritti soggettivi” fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in *Studi Senesi* 118 (2006), pp. 120-177.
- STOLFI 2010 = E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna 2010.

- STOLFI 2012a = E. STOLFI, *Quando la Legge non è solo legge*, Napoli 2012.
- STOLFI 2012b = E. STOLFI, *Immagini della guerra nell'antica Grecia: "stásis", "pólemos" e "dikaios pólemos"*, in *Rivista di Studi Militari* 1 (2012), pp. 7-46.
- STOLFI 2017 = E. STOLFI, *Dal ius controversum alle antinomie*, in *Legal Roots* 6 (2017), pp. 377-411.
- STOLFI 2018a = E. STOLFI, *Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*, Torino 2018.
- STOLFI 2018b = E. STOLFI, *Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi*, in M. BRUTTI, A. SOMMA (edd.), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main 2018, pp. 551-574.
- STOLFI 2018c = E. STOLFI, *La legge e i due volti dell'antico*, 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. 33-72.
- STOLFI 2019a = E. STOLFI, *Il rito e la form(ul)a. Contributo minimo a una genealogia della ragione giuridica*, in *Il Pensiero* 58.2 (2019), pp. 25-43.
- STOLFI 2019b = E. STOLFI, *Per una genealogia della soggettività giuridica: tra pensiero romano ed elaborazioni moderne*, in P. BONIN, N. HAKIM, F. NASTI, A. SCHIAVONE (a c. di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Torino 2019, pp. 59-88.
- STOLFI 2020a = E. STOLFI, *La cultura giuridica dell'antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Roma 2020.
- STOLFI 2020b = E. STOLFI, *A proposito di una Introduzione brasiliana al Digesto giustiniano, in Interpretatio prudentium* 5.2 (2020), pp. 103-135.
- STOLFI 2020c = E. STOLFI, *Appunti per una storia comparata dei diritti dell'antichità (con un ricordo di Remo Martini)*, in *Studi Senesi* 132 (2020), pp. 189-217.
- STOLFI 2021 = E. STOLFI, *Come si racconta un'epidemia. Tucidide e altre storie*, Roma 2021.
- STOLFI 2022a = E. STOLFI, *Il fascino delle origini. I molti 'inizi' del diritto nell'Enchiridion di Pomponio*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 35 (2022), pp. 209-242.
- STOLFI 2022b = E. STOLFI, *La giustizia in scena. Diritto e potere in Eschilo e Sofocle*, Bologna 2022.
- SUSANETTI 2019 = D. SUSANETTI, *Luce delle Muse. La sapienza greca e la magia della parola*, Milano 2019.
- TALAMANCA 1984 = M. TALAMANCA, *Politica, equità e diritto nella pratica giudiziaria attica*, in *Mnème G.A. Petropoulou*, II, Athena 1984, pp. 333-356.
- TALAMANCA 2008 = M. TALAMANCA, *"Εθῆ e νόμος ἀγραφοῦς nel 'Corpus oratorum Atticorum'*, in L. BOVE (a c. di), *Prassi e diritto. Valore e ruolo della consuetudine*, Napoli 2008, pp. 3-104.
- TARELLO 1976 = G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976.
- TODD 2000 = S.C. TODD, *Lysias*, Austin 2000.
- TODD 2007 = S.C. TODD, *A Commentary on Lysias. Speeches 1-11*, Oxford 2007.
- TODD 2020 = S.C. TODD, *A Commentary on Lysias. Speeches 12-16*, Oxford 2020.

- TRIANANTAPHYLLOPOULOS 1968 = J. TRIANANTAPHYLLOPOULOS, *Le lacune della legge nei diritti greci*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, I, Milano 1968, pp. 51-62.
- TRIANANTAPHYLLOPOULOS 1985 = J. TRIANANTAPHYLLOPOULOS, *Das Rechtsdenken der Griechen*, München 1985.
- VEGETTI 1996a = M. VEGETTI, *Iatròmantis. Previsione e memoria nella Grecia antica*, in M. BETTINI (a c. di), *I signori della memoria e dell'oblio. Figure della comunicazione nella cultura antica*, Firenze 1996, pp. 65-81.
- VEGETTI 1996b = M. VEGETTI, *L'etica degli antichi*, Roma-Bari 1996⁴.
- VEGETTI 1996c = M. VEGETTI, *Il coltello e lo stilo. Le origini della scienza occidentale*, Milano 1996³.
- VEGETTI 2000 = M. VEGETTI, *Glaucone, Antifonte e la genealogia della giustizia*, in M. MIGLIORI (a c. di), *Il dibattito etico e politico in Grecia tra il V e il IV secolo*, Napoli 2000, pp. 215-238.
- VEGETTI 2003 = M. VEGETTI, *Quindici lezioni su Platone*, Torino 2003.
- VEGETTI 2018 = M. VEGETTI, *Il potere della verità. Saggi platonici*, Roma 2018.
- VERNANT 1997 = J.-P. VERNANT, *Introduzione*, in ID. (a c. di), *L'uomo greco*, Roma-Bari 1997, pp. 3-23.
- VERNANT 2007 = J.-P. VERNANT, *Le origini del pensiero greco*, trad. it. Milano 2007.
- VIMERCATI 2013 = E. VIMERCATI, *È "giusto" rispettare le leggi? Trasimaco e Aristotele su giustizia e schiavitù*, in C. BEARZOT, E. VIMERCATI (a c. di), *La giustizia dei greci tra riflessione filosofica e prassi giudiziaria*, Milano 2013, pp. 49-62.
- VINCENTI 2003 = U. VINCENTI, *L'universo dei Giuristi, Legislatori, Giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova 2003.
- VINOGRADOFF 1922 = P. VINOGRADOFF, *Outlines on historical Jurisprudence. II. The Jurisprudence of the Greek City*, Oxford 1922.
- VLASTOS 1998 = G. VLASTOS, *Socrate. Il filosofo dell'ironia complessa*, trad. it. Firenze 1998.
- WOZLEY 1979 = A.D. WOZLEY, *Law and Obedience: The Arguments of Plato's Crito*, London 1979.
- ZAGREBELSKI 2008 = G. ZAGREBELSKI, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna 2008.
- ZANETTI 1993 = G. ZANETTI, *La nozione di giustizia in Aristotele*, Bologna 1993.

Ius certum e attività normativa in età monarchica e decemvirale

Lo sguardo di Pomponio

M. Floriana Cursi

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Roma Tor Vergata, Italia¹

Abstract (Italiano)

La narrazione di Pomponio circa l'origine e lo svolgimento del diritto è una delle testimonianze principali sul problema della certezza del diritto a Roma. Il confronto con le riflessioni di Cicerone e Tacito sulla legge, da una parte, e con la classificazione delle fonti del diritto di Gaio, dall'altra, lascia emergere la peculiare prospettiva di Pomponio che configura lo *ius certum* come una categoria storica che nella fase più antica del diritto romano si identificerebbe nelle *leges*, da quelle regie a quelle delle XII tavole, sulla base del voto popolare e della pubblicità.

Keywords: *Ius certum*; lex; *leges regiae*; XII *tabularum leges*; Pomponius

Abstract (English)

*Pomponius's narrative about the origin and development of law is one of the most important evidences on the problem of legal certainty in Rome. The comparison with the reflections of Cicero and Tacitus on law, on the one hand, and with the classification of Gaius on the sources of law, on the other, shows the peculiar perspective of Pomponius who represents the *ius certum* as a historical category that in the most ancient phase of Roman law should be identified with the *leges*, from royal statutes to the XII tables, based on popular vote and publicity.*

Keywords: *Ius certum*; lex; *leges regiae*; XII *tabularum leges*; Pomponius

¹ Professore ordinario, fcursi@gmail.com; maria.floriana.cursi@uniroma2.it.

1. Il problema della certezza del diritto in prospettiva storica

Certeza, conoscibilità, prevedibilità, sicurezza² sono concetti che, in relazione al diritto, si traducono nell'elaborazione e nell'applicazione di regole certe e conoscibili per consentire a ciascuno di prevedere le conseguenze dei propri comportamenti, così da garantire la sicurezza nei rapporti sociali. Nella millenaria riflessione sulla certezza del diritto si sono andati tipizzando alcuni profili che possono essere ormai considerati una costante nella trattazione del tema: il rapporto dialettico tra la legge e il diritto (*lex et ius*)³, tra la disposizione e la sua interpretazione⁴, tra la norma e la sua concreta attuazione⁵, tra il diritto e la giustizia, tra l'autonomia privata e l'intervento pubblico, tra la stabilità dell'ordinamento e l'evoluzione economico-sociale, ed ora tecnologica⁶.

Con questo pesante bagaglio teorico deve fare i conti chi voglia affrontare il tema della certezza del diritto anche quando il contesto di riferimento è il diritto romano. Anzi, l'esame del problema in chiave storica comporta l'adozione di maggiori cautele, per evitare che le nozioni moderne appannino, deformandole, le concezioni degli antichi⁷.

Parlare di certezza del diritto nella prospettiva dei Romani significa prendere in esame le numerose fonti che hanno concorso alla formazione del diritto romano nel corso del suo

² Cfr. SCHULZ 1946, p. 206, il quale attribuisce al termine 'sicurezza' un doppio significato: la certezza che il diritto prevalga sul torto e la sicura riconoscibilità dell'ordinamento giuridico e la prevedibilità degli effetti; MANTOVANI 2021, p. 369, circa la distinzione tra certezza e sicurezza del diritto, concetto, quest'ultimo, che contiene il primo, ma non viceversa.

³ Anche il rapporto tra legge e consuetudine è tra quelli che tradizionalmente viene affrontato per legare la certezza del diritto alla produzione legislativa. Cfr. il classico contributo di LOPEZ DE OÑATE 1950, p. 79, il quale scrive: "la consuetudine, nonostante il suo carattere immediato collo spirito collettivo, che sembrava garantirne l'adesione continua al principio di giustizia come la collettività organizzata lo intendeva, appare uno *ius incertum*, giusta la denominazione che può ricavarsi da un celebre passo di Pomponio, e per questo dovette cedere il luogo ai codici [...] i popoli che non riescono ad abbandonare l'incertezza del diritto consuetudinario si inibiscono ogni progresso, non pure giuridico, e permangono in uno stato quasi primitivo". GROSSI 2015, p. 52 ss., considera la riflessione lopeziana come la giustificazione filosofica del giuspositivismo moderno, in considerazione della fiducia illimitata nella legge come garanzia della certezza del diritto – dogma che la società post-moderna tende a superare valorizzando l'incertezza del diritto quale "prezzo da pagare per il recupero di una dimensione giuridica che sia veramente diritto, cioè realtà ben più complessa e variegata di un mero specchio della legalità legale, più ravvicinata a un insopprimibile modello giustiziale" (*ibidem*, 66). Lo studioso sottolinea come la certezza del diritto sia un principio sommo solo se collegato a una civiltà improntata a un fermo assolutismo giuridico. Richiama questo profilo della certezza del diritto MANTOVANI 2021, p. 371.

⁴ La famosa polemica tra Thibaut e Savigny sulla codificazione (THIBAUT, SAVIGNY 1982) può essere letta in questa chiave. L'esigenza che ogni legislazione, secondo Thibaut (*ibidem*, 57), deve garantire è quella di essere perfetta formalmente e materialmente: deve cioè esporre le sue disposizioni in modo chiaro, inequivocabile ed esauriente, e provvedere a un ordinamento saggio e adeguato alle istituzioni civili. Per Savigny (*ibidem*, 196 s.) l'obiettivo non è diverso da quello di Thibaut, cambia solo il mezzo per raggiungerlo: Thibaut chiede un codice, Savigny lo individua nella scienza giuridica, il cui ruolo viene esemplificato dal diritto romano (*ibidem*, 110). La grandezza dei giuristi romani si fonda, nella lettura di Savigny, sul patrimonio dei principi fondamentali che non sono prodotti dall'arbitrio dei giuristi, ma sono il frutto di una lunga intima consuetudine che lascia ai margini il fenomeno delle leggi.

⁵ Con riferimento alla prevedibilità degli esiti giudiziari: cfr. *infra*, nt. 13.

⁶ Cfr. ALPA 2006, p. 42. Rispetto al diritto moderno l'a. (*ibidem*, 23) porta l'attenzione su due mali ricorrenti che minano la certezza del diritto: l'uno riguarda il diritto posto dall'autorità, ovvero l'eccessivo numero di provvedimenti normativi vigenti e la loro frequente oscurità, l'altro la loro divergente interpretazione nella fase applicativa, da cui discende l'imprevedibilità delle decisioni. In termini non dissimili la riflessione di ALBANESE 1959 (1991a), p. 177 ss., sulla contrapposizione leggi scritte, leggi non scritte, diritto positivo, diritto naturale, legge e consuetudine, equità e diritto.

⁷ Per tutti SERRAO 1987 (1989), p. 266, nt. 3, 304 s.

svolgimento: *mores*, *leges regiae*, *leges sacratae*, leggi delle XII tavole, leggi in generale, editto del pretore, *senatusconsulta*, *interpretatio prudentium*, costituzioni imperiali. La loro graduale emersione ha contribuito a creare un sistema articolato ed estremamente elastico – tradizionalmente ritenuto incerto⁸ – che obbliga a contestualizzare tanto la posizione del problema della certezza del diritto, quanto l'adozione delle relative soluzioni nei diversi segmenti temporali. Per quanto ci riguarda, l'attenzione sarà portata sull'età monarchica e sulla prima fase della repubblica.

Nell'età monarchica, in una comunità tendenzialmente omogenea – più nella fase della monarchia latina che etrusca –, organizzata e gestita dalle antiche *gentes*, il diritto trova espressione principalmente nei *mores*. Gli usi nascono all'interno di questi gruppi sociali e si consolidano grazie all'osservanza dei loro componenti. Vi è però un ulteriore elemento di cui è necessario tenere conto: le fonti testimoniano l'esistenza di leggi regie⁹, la cui incerta configurazione – atti dispositivi del *rex* (*leges datae*), oppure norme consuetudinariamente affermatesi attraverso l'amministrazione diretta della giustizia da parte del re¹⁰ o forse, come è stato suggerito¹¹, espressione di entrambi i fenomeni, o infine, in una prospettiva decisamente minoritaria in dottrina¹², norme votate dai comizi curiati – lascia aperto il problema della loro funzione e della loro interazione con i *mores*.

⁸ Così SCHULZ 1946, p. 15, che aggiunge alla straordinaria elasticità del sistema romano quale causa di incertezza, la scarsa propensione dei Romani per la promulgazione statuale delle norme, e anche quando il diritto viene fissato ed esposto pubblicamente, come nel caso delle leggi delle XII tavole, lo Stato non avrebbe fatto nulla per conservarne l'integrità: manca infatti una raccolta ufficiale delle leggi per favorire la conoscenza esatta del diritto. Solo la fiducia nella presenza di una dottrina giuridica fiorente, in epoca repubblicana e classica, non avrebbe fatto avvertire come difetto questa incertezza sul diritto oggettivo. Con la decadenza della dottrina giuridica alla fine del III secolo, l'incertezza del diritto venne arginata compilando raccolte private e ufficiali ed emanando disposizioni come la legge delle citazioni. Anche la grande codificazione di Giustiniano avrebbe avuto di mira lo *ius certum*. Secondo l'a. poi l'incertezza del diritto nascerebbe anche dal fatto che l'ordinamento romano lega gli effetti giuridici a circostanze che non sono facili da riconoscere: mancherebbe l'acquisto dei diritti in base alla buona fede, o al decorso del tempo, avrebbe modesto rilievo il principio della pubblicità, tanto che il diritto romano ignorerebbe i libri fondiari (*ibidem*, p. 210 ss.).

⁹ Sull'affidabilità delle fonti circa le *leges regiae*, cfr. lo studio di TONDO 1973, *passim*; e ora l'articolato commento di CARAFA, FIORENTINI, FUSCO 2011, p. 285 ss., spec. 293 ss., nel quale si accorda fiducia alle testimonianze relative all'esistenza delle leggi regie, superando la critica radicale della dottrina più antica e di parte di quella moderna. In particolare, viene ipotizzata l'introduzione, in assenza di qualsiasi partecipazione popolare, delle leggi di Numa in materia di *ius sacrum*, sicché il termine *lex* avrebbe ricompreso anche determinazioni autonome e autoritarie del re (*ibidem*, p. 354). Sulla possibilità del *populus* di condizionare nei comizi la volontà del re in ordine alla promulgazione delle *leges regiae*, si ritiene che ai *cives* spettasse, se non il potere di respingerle, la facoltà di manifestare il dissenso sull'operato del re: il che a lungo andare avrebbe potuto determinare conseguenze gravi per il monarca (*ibidem*, p. 385).

¹⁰ Cfr. ORESTANO 1967, p. 72, che fa riferimento a un 'potere di ordinanza' riconosciuto ai re dalla dottrina che fa leva, per dare un contenuto alle *leges regiae*, anche sulla formulazione verbale di precetti consuetudinari, soprattutto di carattere religioso.

¹¹ Cfr. SERRAO 1973 (1974), p. 19 ss.; SERRAO 2006³, p. 77, che ritiene più probabile che ai *mores* vennero ad aggiungersi *leges datae*.

¹² Cfr. WATSON 1972, p. 105, con riferimento all'approvazione delle deliberazioni nei comizi curiati; CORBINO 1994, p. 65 ss., il quale, prendendo le distanze dall'orientamento prevalente secondo cui i *comitia curiata* non avrebbero mai avuto attribuzioni deliberative, aderendo formalmente alle interrogazioni del *rex*, ritiene per contro che i comizi curiati avrebbero avuto la stessa funzione deliberativa dei comizi centuriati. Più cauto MANTOVANI 2003, p. 189 ss., ora in J.-L. FERRARY 2012b, p. 283 ss., con postilla di aggiornamento bibliografico, 287 s. e nt. 17, il quale esclude per molte delle statuizioni regie l'approvazione popolare. *Contra*, SCHIAVONE 2005, p. 80, il quale ritiene trattarsi di una proiezione che retrodatava il modello repubblicano all'età monarchica.

Senza timore di essere condizionati dalla moderna rappresentazione statalista della legge¹³, non c'è dubbio che nel passaggio dalla monarchia alla repubblica la *lex*, in quanto espressione dello *iussum populi aut plebis*¹⁴, abbia rappresentato un potente, rivoluzionario strumento di creazione del diritto: basti pensare alla pubblicazione delle norme decemvirali che fissano i nuovi equilibri sociali¹⁵. Considerata la specifica prospettiva di indagine e il limitato segmento temporale di riferimento, lascio sullo sfondo il problema del ruolo svolto dalla legge nel sistema romano delle fonti. Mi limito in questa sede a ricordare il dibattito che vede ai due estremi chi colloca la legge in posizione ideologicamente dominante nelle classificazioni delle fonti del diritto¹⁶ e più in generale nelle trattazioni sul diritto e chi invece ritiene che tale centralità vada ridimensionata, rilevando l'avversità dei Romani verso le codificazioni e in generale la parsimonia nell'uso dello strumento legislativo¹⁷. Neppure la questione dell'incidenza della legge pubblica in materia di diritto privato che, nonostante alcuni recenti tentativi¹⁸, continua a essere percepita in maniera abbastanza marginale¹⁹, rientra nella disamina.

¹³ Cfr. ANGELOSANTO 2020, p. 9 ss., il quale ricorda la caratterizzazione del diritto romano nel senso della "certezza della giustizia" piuttosto che della "certezza della legge", considerato il carattere composito del sistema romano, non basato esclusivamente sulla legge, ma anche sull'*interpretatio prudentium* e la *iurisdictio* magistratuale. Nonostante la più ampia prospettiva di indagine legata alle fonti di produzione dello *ius*, l'a. ritiene tuttavia che tale prospettiva impedisca all'interprete moderno di cogliere i singoli strumenti tecnico-giuridici impiegati "per garantire un'adeguata sicurezza giuridica e, quindi, una sufficiente prevedibilità degli esiti dei giudizi". L'a. sostiene infatti che quest'ultimo aspetto, coinvolgendo il momento interpretativo e applicativo del diritto e non quello della sua produzione, consenta di svincolare il problema della certezza del diritto "dal piano scivoloso del ruolo assunto dalla *lex* nell'ambito del sistema delle fonti di produzione dello *ius*...". Così facendo, Angelosanto sposta il discorso sulla certezza del diritto dalle sue fonti di produzione alla prevedibilità degli esiti giudiziari che è solo un aspetto del problema che non ne esaurisce tuttavia la trattazione (per una prospettiva analoga cfr. GUIDA 2021, p. 459 ss.).

¹⁴ Con riferimento alle definizioni di Ateio Capitone, in Gell., *Noct. Att.*, 10.20.2 (*Atteius Capito, publici privatique iuris peritissimus, quid lex esset hisce verbis definiuit: lex, inquit, est generale iussum populi aut plebis, rogante magistratu*) e di Gaio (Gai. 1.3): *lex est quod populus iubet atque constituit. Plebiscitum est quod plebs iubet atque constituit*.

¹⁵ Anche la legge ha avuto la sua parabola discendente quando, sul finire della repubblica, le procedure ormai divenute farraginose, la mancata pubblicazione delle norme, la difficoltà di reperirne il testo definitivo inducono i Romani a prevedere altri strumenti. Ciò però non rende condivisibile quanto affermato da MASCHI 1962, p. 417 ss. (preceduto nella sostanza da MASCHI 1959a, p. 22 ss. = MASCHI 1959b, p. 32 ss.), che enfatizza il profilo di incertezza della legge, legato all'ipertrofia normativa della tarda repubblica, giudicando un fenomeno eccezionale la legislazione decemvirale (*ibidem*, p. 415) che garantirebbe peraltro solo in senso formalistico la certezza del diritto (*ibidem*, p. 443).

¹⁶ Cfr. per tutti KASER 1986, p. 1 ss., spec. 14 ss., 41, il quale scrive che "die *lex* ist für die Römer der Prototyp der Rechtsquelle, der in keiner Aufzählung ihrer Quellen fehlt und zumeist allen anderen voransteht. [...] Aus der dominierenden Stellung der *leges* erklärt es sich, dass die Juristen auch die anderen Quellen gesetzten Rechts an der *lex* messen [...] Das überlegene Ansehen, das die *lex* und, was *legis vicem optinet*, genießen..."; MANTOVANI 2012c, p. 711 ss., il quale richiama l'attenzione sulla scelta dei compilatori giustinianeici di escludere le *leges publicae* dai frammenti del Digesto oltre che sull'ideologia storicistica degli interpreti moderni che condurrebbe a una rappresentazione falsata del ruolo della *lex* nel diritto romano. Gli esiti dell'esame quantitativo della normazione, soprattutto in materia di diritto privato, giustificerebbero, a parere dell'a., una rilettura critica della dottrina circa il ruolo della legge (cfr. anche di recente MANTOVANI 2022, p. 338 ss.); CANNATA 2012 (2014), p. 261 ss.

¹⁷ SCHULZ 1934, p. 4 = SCHULZ 1946, 6, a parere del quale "Das 'Volk des Recht' ist nicht das Volk der Gesetze". Sull'implicito della formula di Schulz riconducibile alla dottrina della Scuola storica, cfr. MANTOVANI 2012c, p. 765; DUCOS 1984, p. 38 s., sul differente ruolo della legge greca rispetto a quella romana che non sarebbe stata "un principe organisateur", almeno alle origini, limitandosi a precisare il diritto quando gli eventi lo avessero reso necessario.

¹⁸ Cfr. *supra*, nt. 16, in particolare con riferimento all'analisi di Mantovani.

¹⁹ Critico sulla lettura di Mantovani, SANTUCCI 2014, p. 373 ss., il quale ritiene fondata l'ipotesi formulata a suo tempo da Rotondi circa l'esiguità della legislazione in ambito privatistico, ridimensionando con un esame puntuale e convincente l'interpretazione delle fonti richiamate da Mantovani. In particolare, proprio rispetto al testo di Pomponio, su cui

Non possiamo infine dimenticare in questa rappresentazione il ruolo assunto dall'*interpretatio*, una fonte che tocca trasversalmente le diverse epoche, conservata alle origini nel segreto del collegio pontificale, più tardi resa pubblica a seguito della laicizzazione della giurisprudenza.

Se non ci sono dubbi sul fatto che i *mores*, le *leges* – comprese le leggi regie e le leggi sacrate – e l'*interpretatio* abbiano concorso nella creazione del diritto nel periodo più antico della storia di Roma, è sicuramente più difficile stabilire se queste fonti abbiano garantito e in quale misura uno *ius certum* e se ve ne sia stata consapevolezza a livello sociale. Per dare una risposta a queste domande non possiamo che affidarci alle fonti di cui disponiamo, tenendo ben presente che si tratta di rappresentazioni che esprimono la percezione del singolo autore sul problema dello *ius certum* nel contesto di riferimento. La testimonianza più significativa sul punto è tratta dall'*enchiridion* di Pomponio, di cui il Digesto conserva un famosissimo frammento (D. 1.2.2)²⁰.

2. L'*enchiridion* di Pomponio: *ius origo atque processus*

Sull'*enchiridion* si è scritto molto, ponendone in discussione numerosi aspetti: la riconducibilità a Pomponio²¹, la configurazione dell'opera – non è chiaro infatti se il testo abbia avuto più edizioni o se circolassero diversi lavori pomponiani con titoli simili²² –, e naturalmente i contenuti della testimonianza che offre una lettura della vicenda che ha portato alla formazione del diritto, all'istituzione delle magistrature, allo sviluppo della scienza giuridica in una prospettiva di continuità con il presente del giurista.

La parte che ci interessa è la prima – la cui articolazione si ritiene sia ispirata allo schema dei *Tripertita* eliani (*leges XII tabularum, interpretatio, legis actiones*)²³, forse attraverso la mediazione di Varrone²⁴ – riguardante l'*origo atque processus iuris*:

D. 1.2.2 pr. (Pomp. lib. sing. ench.): necessarium itaque nobis videtur ipsius iuris originem atque processum demonstrare.

infra, in testo, Mantovani ritiene che il giurista assegnasse alla *lex publica* una rilevanza inequivocabile, con riferimento al suo intervento in ambito privatistico. Giustamente Santucci rileva come il racconto di Pomponio non si riferisca esclusivamente all'origine e allo sviluppo del diritto privato, e dunque la centralità della *lex* che il giurista assegna alla legge nella prima fase della storia del diritto romano è senz'altro da interpretare con riguardo alla legislazione nel suo complesso.

²⁰ Sottolinea giustamente il tema della certezza del diritto NÖRR 1976 (2002), p. 222; ora anche MANTOVANI 2012c, p. 719 ss.; MANTOVANI 2016, p. 25 s.

²¹ Cfr. SCHULZ 1968, p. 303; GUARINO 1969, p. 102 ss.; BRETONE 1982², p. 102 ss.; NÖRR 1976 (2002), p. 181 s.

²² La citazione dell'*enchiridion* nell'*inscriptio* dei frammenti conservati nel Digesto non è infatti uniforme (*liber singularis enchiridion, libri duo enchiridii*). Sulle diverse ipotesi avanzate dalla dottrina rinvio a SCHULZ 1968, p. 299 ss.; GUARINO 1969, p. 211 ss.; NÖRR 1976 (2002), p. 184 s.; BRETONE 1982², p. 211 ss.; da ultimo BUR, LANFRANCHI 2022, p. 207 s.

²³ Si veda NÖRR 1976 (2002), p. 194; BRETONE 1982², p. 26 s., 224 s.; SCHIAVONE 2005, p. 332, 483, nt. 87; STARACE 2018, p. 185 ss.

²⁴ Cfr. SANIO 1867, p. 9, 164, e in termini più generali, *ibidem*, 48; SCHULZ, *Storia*, cit., 300 s.; NÖRR 1976 (2002), p. 186 ss., il quale esclude qualsiasi *presumptio Varroniana* per la provenienza del materiale usato da Pomponio; STOLFI 2002, p. 279 s., 310 e nt. 15. In generale sull'influenza di Varrone su Pomponio, cfr. STOLFI 2002, p. 277 ss. e NASTI 2017, p. 163.

La ricerca degli inizi, è stato sottolineato²⁵, è un tema ricorrente nella letteratura scientifica antica cui non sfugge la riflessione di Pomponio che si arricchisce però di un ulteriore profilo, quello del *processus iuris*, del “graduale svolgimento” del diritto²⁶, esaminato nelle diverse epoche storiche²⁷, con un andamento talora circolare²⁸. Così facendo, il giurista propone la propria ‘meditazione’ intorno alla storicità del diritto²⁹, descrivendone l’incessante e mutevole scorrere dalle origini di Roma al suo tempo, secondo un modello che ricorda la rappresentazione ciceroniana della *res publica* nell’opera omonima. A Roma, infatti, le leggi e le istituzioni non sono state opera di singoli uomini, come Licurgo a Sparta o Solone ad Atene, bensì il frutto dell’ingegno di diverse generazioni³⁰.

Pomponio configura la trattazione dei temi indicati in termini di necessità (*necessarium videtur demonstrare*), aderendo anche in questo caso a uno stereotipo letterario. Basta leggere il frammento di Gaio³¹ che i compilatori giustinianeî hanno collocato immediatamente prima della testimonianza di Pomponio per ritrovare un’analoga premessa. Gaio per la verità è meno sintetico: il giurista, nell’accingersi a interpretare le leggi antiche ritiene necessario (...*necessario prius ab urbis initiis repetendum existimavi...*) occuparsi degli inizi dell’Urbe, non per prolissità, ma per il fatto che una cosa è perfetta solo se consta di tutte le sue parti e certamente di ciascuna cosa l’inizio è la parte fondamentale (...*et certe cuiusque rei potissima pars principium est*). Non possiamo escludere che anche Pomponio avesse dedicato una parte della sua trattazione a esporre le ragioni che lo avevano portato a interessarsi alle origini del diritto, ma essendo la testimonianza mediata dai compilatori dobbiamo leggere il frammento di Pomponio in connessione con quello di Gaio, per avere una giustificazione della necessità di trattare l’inizio e lo svolgersi del diritto.

Al tema della ‘necessità’ per spiegare in maniera deterministica il passaggio da un’età all’altra il giurista ricorre spesso – come è stato sottolineato³² –, rappresentando alcuni momenti cruciali della storia politica e giuridica romana in termini meccanicistici, privi di partecipazione emotiva, anche se il giurista non rinuncia del tutto, come vedremo, a una lettura orientata dei fatti e dei fenomeni descritti³³.

²⁵ NÖRR 1976 (2002), p. 217 s.; MANTOVANI 2012c, p. 718.

²⁶ L’espressione è usata da ORESTANO 1987, p. 181.

²⁷ Non è dato cogliere con sicurezza un significato neutro o ottimistico del termine *processus*: sul punto cfr. NÖRR 1976 (2002), p. 219.

²⁸ Cfr. LANTELLA 1987, p. 223 ss., in relazione al rapporto certezza/incertezza del diritto legata all’esistenza o meno di leggi.

²⁹ MASCHI 1966², p. 119 ss.; ORESTANO 1987, p. 181. NÖRR 1976 (2002), p. 196, considera Pomponio l’inventore del sistema della “storia esterna del diritto”.

³⁰ Cic., *De rep.*, 2.1: ...*nostra autem res publica non unius est ingenio, sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquot constituta saeculis et aetatibus*.

³¹ D. 1.2.1 (Gai. 1 *ad leg. XII tab.*).

³² NÖRR 1976 (2002), p. 220 s. e nt. 320, in particolare anche sull’influenza ciceroniana, nt. 319. MANTOVANI 2012b, p. 398 s.

³³ L’assenza di un tono moraleggiante e il carattere distaccato della descrizione evidenziati da NÖRR 1976 (2002), p. 220 ss., vanno ridimensionati alla luce delle scelte del giurista nel sottolineare questo o quel profilo della storia del diritto.

3. L'età monarchica: prima e dopo le leggi curiate

E veniamo alla rappresentazione dell'inizio del diritto di Roma:

D. 1.2.2.1 (Pomp. lib. sing. ench.): Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur. 2. 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 curiatus 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.

Nel § 1 Pomponio ricorda che alle origini la comunità romana agì senza leggi certe, senza un diritto certo e tutto era governato esclusivamente dai re che concentravano il potere nelle loro mani. Il segmento temporale al quale fa riferimento Pomponio si chiarisce soltanto nel § 2, quando richiama l'intervento di Romolo, il quale, una volta che la comunità ebbe raggiunto una certa grandezza, divise il popolo in trenta curie – termine che il giurista fa derivare da *cura*, collegandolo alla gestione della cosa pubblica³⁴ –, attraverso le cui decisioni governò la città. Egli propose al popolo alcune leggi curiate, come fecero anche i re successivi. Fermiamoci qui.

Non possiamo non notare l'adesione di Pomponio alla tradizione storiografica che pone Romolo in connessione con i re latini di Alba Longa. È singolare però che Pomponio crei una contrapposizione tra l'amministrazione pre-romulea e quella inaugurata da Romolo con il sostegno dei comizi curiati³⁵. L'assenza di leggi certe e di un diritto certo in questa prima fase sono il segno tangibile della distanza tra le due forme di regalità. E se il governo inaugurato da Romolo viene descritto nel dettaglio, il regime pre-romuleo viene reso dall'espressione '*omniaque manu a regibus gubernabantur*'. Si è ipotizzato³⁶ che '*manu gubernare*' alludesse a un governo basato sulla forza, sul presupposto che Pomponio abbia tradotto letteralmente il termine χειροκρατία, il governo della forza, della violenza, che si esercita con la mano (χείρ), usato da Polibio per rappresentare la degenerazione della democrazia e in generale il grado zero del ciclo costituzionale. In senso diametralmente opposto, si è sostenuto³⁷ che il termine

³⁴ L'etimologia di *curia* da *cura* trova un precedente in Varrone (Varr., *De ling. Lat.*, 6.46) e nella successiva tradizione varroniana: cfr. SANIO 1867, p. 49; FIORI 2019, p. 330 ss.

³⁵ Cfr. in questo senso NASTI 2017, p. 165.

³⁶ Cfr. NASTI 2017, p. 165 ss.

³⁷ ZANON 2022, p. 40 s. nt. 137. Gli argomenti usati dalla studiosa si sviluppano a partire dall'etimologia del termine *manus*, pur in mancanza di un'analisi delle sue ricorrenze nelle fonti giuridiche. Rispetto all'ipotesi di Nasti (cfr. *supra*, in testo e nt. 36), l'a., pur ammettendo la possibilità di un'influenza greca sul pensiero di Pomponio, non ne ritiene persuasive

manus evocasse un'idea di 'misura' che, in assenza di regole certe, fosse interamente centrata sul singolo capo: soltanto con l'avvento di Romolo il potere sarebbe stato predeterminato all'interno di una cornice istituzionale.

Sebbene rispetto al problema della certezza del diritto la distanza tra le due ipotesi non sia così ampia – risolvendosi nel governo dei re pre-romulei, basato sulla forza o sulla misura –, si è detto che la prima proposta presuppone la lettura di Polibio da parte di Pomponio e l'impiego di un calco latino dal greco. Questa ipotesi potrebbe essere in effetti provata dalla circostanza che l'espressione '*manu gubernare*' rappresenta un *unicum* nel panorama delle fonti latine, giuridiche e letterarie³⁸. In aggiunta, '*manu gubernare*' potrebbe non essere l'unico prestito che troviamo in Pomponio: anche il riferimento all'assenza di leggi e di diritto certi potrebbe derivare da Livio³⁹ che, in relazione agli Anziati, parla di assenza di leggi certe e di magistrature⁴⁰. Le due immagini evocate – incertezza del diritto e concentrazione del potere nelle mani del re – non si sovrappongono inutilmente ma, come è stato giustamente sottolineato⁴¹, si precisano vicendevolmente, collegando il potere assoluto dei re latini all'assenza di un diritto certo.

Da questo assetto, ingranditasi la comunità⁴², si passa al modello di monarchia romulea, impostata su criteri profondamente differenti: non sulla violenza ma sul diritto, non sulla forza ma sulla legge deliberata nei comizi curiati. Indubbiamente Romolo viene dipinto come il fondatore della comunità romana e per questo, secondo il metodo del 'concentramento storico' che definisce la figura di ciascun re assolutizzandone funzioni paradigmatiche⁴³, è a lui attribuita la creazione di istituzioni fondanti la *civitas*, come i comizi curiati e le norme da essi deliberate. Un sistema di produzione delle leggi⁴⁴ che Romolo inaugurò e che si perpetuò grazie ai re successivi⁴⁵.

le argomentazioni, sia per quanto riguarda l'accostamento di *manus*, espressione di forza, a *gubernare* che implicherebbe invece l'idea della regolamentazione e della misura; sia con riferimento alla fase più antica della regalità romana, insediata nella *civitas Romana* nella rappresentazione di Pomponio, che sarebbe difficilmente conciliabile con la tradizione dei re di Albalonga. Inoltre, la probabile origine indoeuropea del termine *manus* nel suo significato di autorità ordinatrice potrebbe costituire un riferimento autoctono, addirittura laziale, che renderebbe improbabile il confronto con il modello polibiano. Nessuno di questi argomenti mi sembra, tuttavia, decisivo: la forza può ben caratterizzare una forma di governo, quale attività di gestione; allo stesso tempo il riferimento alla *civitas* nel frammento di Pomponio non deve essere necessariamente letto in senso spaziale; e infine, la presunta valenza locale del termine *manus* non esclude affatto il riferimento di Pomponio a Polibio. Per una critica di questa ipotesi rinvio a *infra*, in testo.

³⁸ La verifica è stata compiuta su PHI Latin Texts (<https://latin.packhum.org/search>).

³⁹ Liv., *Ab urb. cond.*, 9.20.

⁴⁰ SANIO 1867, p. 43, nt. 77.

⁴¹ SANIO 1867, p. 45 s. e nt. 81.

⁴² L'elemento quantitativo come molla per l'introduzione di novità nell'assetto politico, costituzionale e giuridico della comunità è una costante nella riflessione di Pomponio. Cfr. *infra*, nt. 135. Per la derivazione platonica dell'idea della connessione tra aumento della popolazione e necessità delle leggi nella testimonianza di Pomponio, si veda DILIBERTO 2018, p. 119.

⁴³ Sulla tesi del concentramento storico si veda ARANGIO-RUIZ 1978, p. 3; LAURENDI 2013, p. 37.

⁴⁴ Descrittivo il contributo di DI TROLIO 2019², *passim* sulle leggi regie.

⁴⁵ Come sottolinea MANTOVANI 2012b, p. 400 s., lo schema di Pomponio che distingue tra una regalità arbitraria e gli albori del diritto si riscontra anche in Tacito (*Ann.* 3.26.6), nonostante lo storico ravvisi nei re successivi a Romolo, e non nella legislazione romulea, l'espressione della legalità. Sul confronto tra l'impostazione di Tacito e quella di Pomponio, cfr. *infra*, § 7.

Pomponio collega strettamente la legge dei comizi curiati, e dunque la certezza del diritto che essa sola è in grado di garantire, alla fase monarchica da Romolo a Tarquinio il Superbo. La procedura di formazione della legge anticipa quella delle leggi comiziali repubblicane, in quanto espressione della volontà popolare⁴⁶ contrapposta al governo autoritario dei primi re latini. Indipendentemente dalle finalità che possono aver spinto Pomponio a interpretare in chiave politica l'attività legislativa di Romolo quale forma di garanzia costituzionale⁴⁷ – in linea con la riflessione annalistica di Licinio Macro e giuridica di Giunio Gracano, nate nell'ambiente democratico della tarda repubblica⁴⁸ –, non c'è dubbio che il giurista la valuti positivamente ai fini del consolidamento della *civitas Romana*. Ciò emerge *a contrario* dal confronto con la fase pre-romulea, in cui i *mores* o le leggi emanate direttamente dal *rex* non assicuravano la certezza del diritto, oltre che da quanto Pomponio scrive a proposito della successiva raccolta di leggi regie: lo *ius Papirianum*.

La notizia sullo *ius civile Papirianum* apre uno scenario interpretativo alquanto articolato e complesso. Pomponio racconta che tutte le leggi regie si trovavano scritte ordinatamente nel libro di Sesto Papirio che al tempo in cui viveva il Superbo, figlio di Demarato di Corinto, era uno degli uomini più famosi. Continua poi, aggiungendo che il libro è intitolato diritto civile papiriano⁴⁹, non perché Papirio vi aggiunse qualcosa di suo, ma perché raccolse in maniera unitaria le leggi emanate senza alcun ordine⁵⁰.

⁴⁶ E ciò indipendentemente dalla forma dell'espressione della volontà dei comizi curiati: cfr. *supra*, nt. 12.

⁴⁷ La teoria secondo la quale le 'costituzioni' di Romolo e di Servio Tullio fossero usate quali precedenti delle riforme costituzionali sillane, in linea con una personalizzazione della storia funzionale a una politica di conservazione ad uso delle classi alte italiche entrate nella cittadinanza romana, è sostenuta da GABBA 1987, p. 174; con particolare riferimento alla riforma serviana; GABBA 1961 (2000b), p. 109 ss. Di contrario avviso WATSON 1973, p. 101; BURDESE 1988, p. 424, ritiene eccessiva per l'età arcaica la considerazione del *corpus* delle *leges regiae* quale trasposizione in antico di disegni politici della tarda repubblica, anche se l'inserimento pomponiano delle *leges regiae*, come poi delle leggi delle XII tavole, in tale schema ricostruttivo sarebbe il portato di una visione apologetica del corso e ricorso tra incertezza del diritto e certezza legislativa. Scettico sulla teoria FIORI 2019, p. 385, nt. 51, il quale ritiene che essa si fondi esclusivamente su considerazioni di natura storiografica, senza tenere in adeguato conto il contenuto giuridico delle notizie. I dati giuridici mostrerebbero infatti quanto fosse inverosimile, nel I secolo a.C., l'invenzione di istituti perfettamente coerenti con il contesto arcaico a fini propagandistici nella tarda repubblica; VALDITARA 2014, p. 40, ritiene verisimile la risalenza della tradizione democratica su Servio, successivamente arricchita in età gracca.

⁴⁸ Cfr. BRETONE 1982², p. 14 s., con riferimento a D. 1.13.1 pr. (Ulp. *lib. sing. de off. quaest.*), in particolare sul voto popolare per la creazione dei questori in età regia; VALDITARA 2014, p. 43, 46, il quale riconduce alla tradizione democratica la votazione delle leggi romulee da parte dei comizi curiati, richiamando la testimonianza di D. H., *Ant. Rom.*, 2.14.3. L'a. sottolinea la contrapposizione fra pensiero politico che fa della legge l'espressione principe della sovranità popolare, lo strumento per realizzare la certezza del diritto, e una riflessione più attenta a un'evoluzione del diritto lasciato nelle mani di esperti, all'interno di una concezione politicamente più tradizionalista.

⁴⁹ Nella testimonianza Pomponio scrive che, *ut diximus*, il *liber* è intitolato *ius civile Papirianum*. ALBANESE 1998 (2006), p. 632, sottolinea l'imprecisione del rinvio a 'quanto detto in precedenza' che lo induce a ritenere, mettendo in connessione altri elementi, che l'opera sia un elaborato sommario, realizzato da mano inesperta sulla base di materiale pomponiano. Più cauto sulla genuinità del frammento TONDO 1973, p. 32, il quale pensa piuttosto che la parte di testo richiamata possa essere stata tagliata dai compilatori. A me sembra che l'*ut diximus* non manifesti necessariamente un intervento combinatorio su passi di Pomponio, ma possa spiegarsi all'interno della logica del testo come un rinvio al cenno sul libro di Sesto Papirio fatto dal giurista poco prima.

⁵⁰ Pomponio ribadisce più avanti (Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1.2.2.7) l'assenza di qualunque intervento da parte di Papirio, richiamando la silloge in occasione della pubblicazione dei formulari delle *actiones* da parte di Gneo Flavio, denominata *ius civile Flavianum*, analogamente allo *ius civile Papirianum*, anch'essa priva di qualsiasi aggiunta da parte dello scriba. SANTORO

A parte alcune veniali incongruità rispetto al racconto tradizionale – non è Tarquinio il Superbo a essere figlio di Demarato, bensì Tarquinio Prisco; Papirio è qualificato qui con il prenome Sesto⁵¹, più avanti con quello di Publio⁵² –, riconducibili a incomprensioni dello stesso Pomponio o delle sue fonti, la testimonianza ricorda una raccolta delle leggi curiate, fatte votare da Romolo e dai suoi successori, realizzata alla fine del periodo monarchico da Papirio.

Il dibattito intorno all'esistenza e alla natura della raccolta, oltre che al suo autore e alla sua collocazione temporale, non è ancora sopito. Il confronto con l'altra fonte che riporta la notizia in maniera circostanziata⁵³, un passaggio di Dionigi, lascia emergere alcuni dettagli che non corrispondono perfettamente con il quadro tratteggiato da Pomponio: lo storico di Alicarnasso⁵⁴ collega la notizia della raccolta papiriana a un'iniziativa di Anco Marcio il quale, dopo aver convocato i pontefici, prese in consegna le disposizioni in materia di sacro fissate da Numa Pompilio, le fece incidere su tavole e le tenne esposte nel foro⁵⁵. Essendo le tavole di legno, con il tempo si deteriorarono e per questo, dopo la cacciata dei Tarquini, furono

1998 (2009a), p. 412 ss., osserva che sia lo *ius Papirianum*, sia lo *ius Flavianum* sono qualificati *ius civile*, diversamente dallo *ius Aelianum*, la raccolta di nuove formule di azioni ad opera dell'autore dei *Tripertita*, che non viene accompagnato da nessuna qualifica. L'ipotesi dello studioso è che mentre nei primi due casi vi sarebbe stata la comunicazione al popolo, in vista della funzione strumentale del diritto messo a disposizione dei *cives*, nell'ultimo, venuta meno la segretezza della giurisprudenza pontificale, *ius civile* avrebbe significato *interpretatio prudentium*, che si sarebbe sviluppata proprio a partire da Sesto Elio Peto Cato, la cui opera sarebbe però rimasta esclusa dalla qualificazione nei termini di *ius civile*. L'ipotesi di Santoro, sebbene suggestiva, mi sembra difficile da accogliere per una serie di ragioni: innanzitutto Pomponio qualifica *ius civile* il diritto non scritto che deriva dal dibattito giurisprudenziale successivo alla votazione delle leggi delle XII tavole e che non ha un nome proprio, come le altre parti del diritto, ma ha un nome comune. Questa accezione, l'unica segnalata da Pomponio, potrebbe ricorrere per lo *ius Aelianum*, e prima ancora per lo *ius Flavianum*. Solo l'ultimo è però definito civile. L'accezione alternativa proposta da Santoro di *ius civile* come diritto pubblicato, potrebbe accordarsi con tutte e tre le raccolte, ma non risolve il problema del perché l'ultima non venga qualificata civile. E non mi sembra credibile escludere lo *ius Aelianum* dal novero dello *ius civile* per il fatto che tale diritto si sarebbe sviluppato nell'opera dei giuristi successivi a Sesto Elio. Come spiegare dunque questa anomalia? Si potrebbe ritenere che Pomponio, conservando l'accezione di *ius civile* come diritto che non ha un nome proprio, abbia usato l'espressione per due raccolte di diritto senza un nome specifico, visto che sia Papirio sia Flavio si erano limitati a raccogliere il materiale preesistente senza interventi propri. Diversamente il lavoro di Sesto Elio ha carattere di originalità e non può definirsi genericamente *ius civile*. Ritengo tuttavia preferibile, viste le incongruenze che emergono dal racconto pomponiano, spiegare questa anomalia come l'ennesima testimonianza della sciattezza del giurista o dei compilatori (cfr. TONDO 1973, p. 33, che ritiene arbitraria l'aggiunta pomponiana di *civile* a *ius Papirianum*, sull'esempio di *ius civile Flavianum*).

⁵¹ D. 1.2.2.2.

⁵² D. 1.2.2.36, ove Publio Papirio sarebbe stato il maestro di Appio Claudio, decemviro. Per ALBANESE 1998 (2006), p. 632, questa incongruenza sarebbe un ulteriore indizio della scadente qualità dell'intero testo. TONDO 1973, p. 32 s., ipotizza che *Publius* possa essere la mera corruzione di *publicus*, con riferimento al fatto che *Papirius* avrebbe divulgato l'antico diritto (su cui critico Albanese).

⁵³ Ulteriori ma rapide testimonianze provengono da Paolo (Paul. 10 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 50.16.144), Macrobio (*Sat.* 3.11.5-6) e Servio grammatico (Serv. Auct. 12.836), su cui *infra*, testo e ntt. 59, 64.

⁵⁴ D. H., *Ant. Rom.*, 3.36.4: καὶ μετὰ τοῦτο συγκαλέσας τοὺς ἱεροφάντας καὶ τὰς περὶ τῶν ἱερῶν συγγραφάς, ἃς Πομπύλιος συνεστήσατο, παρ' αὐτῶν λαβὼν ἀνέγραψεν εἰς δέλτους καὶ προῦθηκεν ἐν ἀγορᾷ πᾶσι τοῖς βουλομένοις σκοπεῖν, ἃς ἀφανισθῆναι συνέβη τῷ χρόνῳ: χαλκαὶ γὰρ οὐπω στήλαι τότε ἦσαν, ἀλλ' ἐν δρυΐναις ἐχαράττοντο σανσίν οἱ τε νόμοι καὶ αἱ περὶ τῶν ἱερῶν διαγραφαί: μετὰ δὲ τὴν ἐκβολὴν τῶν βασιλέων εἰς ἀναγραφὴν δημοσίαν αὐθις ἤχθησαν ὑπ' ἀνδρὸς ἱεροφάντου Γαίου Παπυρίου, τὴν ἀπάντων τῶν ἱερέων ἡγεμονίαν ἔχοντος.

⁵⁵ Questo passaggio trova corrispondenza in Liv. 1.32.2: *longeque antiquissimum ratus sacra publica, ut ab Numa instituta erant, facere, omnia ea ex commentariis regis pontificem in album relata proponere in publico iubet*. Rispetto alle disposizioni stabilite da Numa, Cic. *rep.* 2.14.26 parla di *leges propositae* dal re. Sul ruolo di Numa legislatore sabino, cfr. SMITH 2020, p. 91 ss.

copiate su un'iscrizione esposta al pubblico dal pontefice Gaio Papirio che presiedeva a tutte le pratiche del culto.

Le divergenze sono molte e sono state già segnalate dalla dottrina⁵⁶: l'autore della raccolta di leggi per Dionigi sarebbe da individuare nel pontefice⁵⁷ Gaio Papirio, per Pomponio in un notevole chiamato Sesto Papirio. Un piccolo sfasamento temporale differenzia le due testimonianze: per Dionigi, l'opera sarebbe stata realizzata dopo la cacciata dei Tarquini, per Pomponio all'epoca di Tarquinio il Superbo. Più ampia è invece la distanza sul contenuto della raccolta e sulla sua diffusione: per lo storico avrebbe avuto ad oggetto soltanto le disposizioni in materia di sacro fissate da Numa che sarebbero state esposte al pubblico; per il giurista invece le leggi curiate, fatte votare da Romolo e dai suoi successori, conservate in un *liber*. Le differenze tra le due versioni contribuiscono a delineare due storie diverse ma ciascuna internamente coerente: Dionigi ricostruisce la pubblicazione delle disposizioni di Numa in materia religiosa ad opera di un pontefice; Pomponio invece ricorda la raccolta di leggi regie, non solo numane, di argomento non specificato, realizzata da un notevole romano.

Due storie parallele, dunque, che hanno portato a ipotizzare che alla fine dell'età repubblicana circolassero due raccolte distinte⁵⁸: una silloge di disposizioni attribuite a Numa Pompilio *de ritu sacrorum*⁵⁹ esposte al pubblico; una raccolta di *leges regiae* di diritto civile che i re avrebbero fatto approvare *per curias*.

⁵⁶ Cfr. WATSON 1973, p. 103 s.; TONDO 1973, p. 33; SANTORO 1998 (2009a), p. 399 ss.; ALBANESE 1998 (2006), p. 631, anche se più avanti, *ibidem*, 634, non considera insanabili i contrasti tra le due fonti; MANTOVANI 2012a, p. 283 ss.; LAURENDI 2013, p. 177 s.

⁵⁷ Accede alla teoria di D'IPPOLITO 1998³, p. 122, secondo la quale Papirio non sarebbe un pontefice, LAURENDI 2013, p. 180 s., richiamando un episodio che testimonierebbe la scelta di Tarquinio il Superbo di sottrarre ai pontefici il controllo dei *sacra*, con l'effetto di indebolire la configurazione sacerdotale di Papirio.

⁵⁸ Mi riferisco alla lettura di MANTOVANI 2012a, p. 283 ss., il quale, prendendo spunto da un'osservazione di GABBA 1960 (2000a), p. 69 ss., spec. 91 s., sottolinea le differenze tra le due tradizioni. Alle differenze esposte in testo, Mantovani aggiunge – partendo sempre da una notazione di Gabba, recepita già da TONDO 1973, p. 11 – la tradizione diretta delle leggi di Numa, a fronte della tradizione indiretta, parafrasata, delle altre leggi regie. Così anche VALDITARA 2014, p. 19 ss., il quale sottolinea la differenza tra la pubblicazione dell'opera di Papirio, avente come contenuto le leggi di Numa, e l'opera di raccolta delle leggi regie nello *ius civile Papirianum*. Differenza segnalata anche dalla diversa prospettiva politica che ispira la narrazione di Dionigi e quella di Pomponio. Dionigi (D. H., *Ant. Rom.*, 4.43.1) infatti ritiene che Tarquinio il Superbo avesse favorito i patrizi, abolendo le leggi di Servio Tullio, ordinando la rimozione delle tavole sulle quali erano incise dal foro; diversamente per Pomponio è durante il regno di Tarquinio che sarebbe stata garantita la certezza del diritto attraverso la raccolta di leggi regie di Papirio. Per un parziale ridimensionamento dell'ipotesi di Mantovani, cfr. CARAFA, FIORENTINI, FUSCO 2011, p. 336 ss., circa la natura meramente culturale delle leggi di Numa.

⁵⁹ Cfr. TONDO 1973, p. 33 s., spec. 42 ss., che ravvisa il titolo (o comunque l'argomento) dello *ius Papirianum: de ritu sacrorum*, sulla base di Macr., *Sat.*, 3.11.3 ss. (5. *nam et Tertius, cum de ritu sacrorum multa dissereret, ait sibi hunc locum in quaestione venire, nec tamen haesitationem suam requisita ratione dissolvit. Ego autem quod mihi magistra lectione compertum est publicabo. In Papiriano enim iure evidenter relatum est arae vicem praestare posse mensam dicatam*) e Serv. auct., *In Verg. Aen.*, 12.836 (*quod ait 'morem ritusque. s. adiciam' ipso titulo legis Papiriae usus est, quam sciebat de ritu sacrorum publicatam*) che ricorda una *lex Papiria* che, secondo lo studioso, sarebbe stata usata impropriamente per esprimere ciò che era comunemente indicato come *ius Papirianum*. La qualificazione della *lex* come *publicata* non avrebbe senso rispetto a una legge *rogata*, ma calzerebbe rispetto a una silloge di norme portata a conoscenza del pubblico in forma scritta. Analogamente SINI 1983, p. 165 ss. e 199, nt. 96; SANTORO 1998 (2009a), p. 402 ss., il quale ritiene che la raccolta intitolata *ius civile Papirianum* riflettesse la materia del *mos ritusque sacrorum*. Ne sarebbe una prova Verg., *Aen.*, 12.834 ss., e in particolare il commento di Serv. auct., *In Verg. Aen.*, 12.836 nel quale compare un richiamo a una *lex Papiria* che, nonostante l'imprecisa espressione usata dallo scoliaste, non sarebbe per lo studioso una legge comiziale, bensì una raccolta di leggi da identificarsi con lo *ius Papirianum*.

La prima troverebbe conferma in una testimonianza contenuta nel Digesto⁶⁰, in cui si richiama il commento allo *ius Papirianum* di Granio Flacco con specifico riferimento ai significati del termine *pellex*, a sua volta richiamato da Festo⁶¹ e fatto risalire, nella sua più antica accezione, a una *lex Numa*⁶², cui forse allude un passaggio di Macrobio⁶³ ove si trova un ulteriore rinvio all'espressione *ius Papirianum*⁶⁴.

La pubblicazione dell'opera sarebbe da ricondurre, seguendo le testimonianze delle fonti, tra l'ultima fase monarchica e l'inizio della repubblica (*contra* ALBANESE 1998 [2006], p. 636, il quale esclude che le parole *lex Papiria de ritu sacrorum publicata* possano intendersi come raccolta di leggi regie, ovvero sia come *ius Papirianum*); MANTOVANI 2003 [2012a], p. 290, che aggiunge alle testimonianze già indicate un passaggio di Stazio [Stat., *Silv.*, 5.3.290 s.]).

⁶⁰ D. 50.16.144 (Paul. 10 *ad leg. Iul. et Pap.*): *libro memorialium Massurius scribit 'pellicem' apud antiquos eam habitam, quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. Granus Flaccus in libro de iure Papiriano scribit pellicem nunc volgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: quosdam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam παλλακήν graeci vocant.*

⁶¹ Fest., *De verb. sign.*, s.v. *pelices* (Lindsay, 248).

⁶² Sull'episodio del ritrovamento degli scritti di Numa nel II secolo a. C. si veda PERUZZI 1973, p. 145 ss., il quale ritiene che questa notizia confermi che la disciplina numana si fondasse su norme scritte. La scrittura peraltro è anche il fondamento della riorganizzazione amministrativa realizzata dal sovrano sabino, come l'ordinamento dei limiti della proprietà fondiaria pubblica e privata – disciplina testimoniata da D. H., *Ant. Rom.*, 2.74.2 – e che Peruzzi riconduce a una *lex regia* che si aggiunge alla legge che avrebbe stabilito la sacertà per chi avesse rimosso i confini tra fondi. POCETTI 2009, p. 171, confronta il ruolo della scrittura delle leggi nel mondo greco, come emblema di 'democrazia', e l'analoga funzione a Roma delle leggi regie, delle leggi delle XII tavole, anche se qui si tratterebbe piuttosto di una 'laicizzazione' (cfr. anche POCETTI 1994, p. 13; SINI 1983, p. 18, sulla diffusione della scrittura in età monarchica). Cfr. STORCHI MARINO 1999, p. 163 ss., con analisi delle fonti che riportano la notizia e dalla quale emergerebbe il legame tra Numa e Pitagora.

⁶³ Macrobi., *Sat.*, 3.11.4. Sull'interpretazione del passo cfr. ALBANESE 1998 (2006), p. 627 ss.; SANTORO 1998 (2009a), p. 401 s. Il primo studioso esclude che il riferimento allo *ius Papirianum* possa qui riferirsi all'antica raccolta di *leges*, ma preferisce pensare a una trattazione su temi sacrali contenente problemi, soluzioni, esempi. Un'opera del tipo o forse proprio lo stesso *liber de iure Papiriano* di Granio Flacco. Così anche LAURENDI 2013, p. 183, immaginando però la circolazione di due testi: l'uno contenente le leggi regie, l'altro il loro commento realizzato da Granio Flacco.

⁶⁴ È stata ipotizzata l'identificazione di questa silloge con una *lex Papiria de ritu sacrorum* che, come scrive Servio (Serv. auct., *In Verg. Aen.*, 12.836), fu *publicata*, ovvero sia comunicata al popolo mediante affissione, in linea con la notizia di Dionigi (*contra* TONDO 1973, p. 47 s., che ritiene impropria la terminologia *titulus legis Papiriae* di Servio, in quanto *lex* sarebbe qui equivalente di *mos*, lo *ius Papirianum* quale silloge di norme numane, secondo la testimonianza di Dionigi). PAOLI 1946-47, p. 162 ss., ritiene poi che la *lex Papiria de ritu sacrorum* sia da identificare con la legge tribunizia ricordata da Cicerone nella *de domo sua* (49.127 s.) che vietava la *aedis, terrae, arae consecratio* in mancanza di una delibera della plebe (*video enim esse legem veterem tribuniciam, quae vetet iniussu plebis aedis, terram, aram consecrari*). La dottrina maggioritaria ha però escluso tale identificazione: cfr. DI PAOLA 1948, p. 639 s. nt. 23, il quale osserva che la legge citata da Cicerone si occupasse soltanto dello *ius publicum dedicandi* ed è da Cicerone tenuta distinta dallo *ius pontificum* (così TONDO 1973, p. 46; MANTOVANI 2003 [2012a], p. 289, nt. 22). Resta però da spiegare l'uso dell'espressione *ius Papirianum* per richiamare la legge Papiria. PAOLI, *ibidem*, 187 ss., ipotizza che Dionigi abbia sbagliato nel qualificare *ius Papirianum* le disposizioni applicative della *lex Papiria*, nei diversi adattamenti interpretativi dei pontefici al fine di registrare le manifestazioni della volontà popolare (*ius publice dedicandi*). Dal canto suo, Pomponio avrebbe descritto più esattamente lo *ius Papirianum* come una raccolta di leggi regie il cui contenuto avrebbe riguardato l'antichissimo *mos e ritus sacrorum*. La *lex Papiria* si sarebbe sostituita proprio al *mos* pontificale, fissando in maniera certa, probabilmente su impulso della plebe, secondo un processo simile a quello che portò alla legislazione decemvirale, le regole del diritto sacro in materia di *consecratio* dei luoghi (*ibidem*, 199). Sulla base di questi elementi che collocano il plebiscito in età assai risalente, la *lex Papiria* sarebbe precedente alla legge citata da Livio (9.46.7) la *lex (Papiria) de dedicatione templi araeve* del 304 a.C. (*ibidem*, p. 189 ss.). Lo storico patavino racconta che a seguito della *dedicatio* di Gneo Flavio venne votata una legge per cui nessuno poteva consacrare un tempio o un altare senza ordine del senato o della maggioranza dei tribuni della plebe. ROTONDI 1912, p. 234 s., ipotizza una successione di leggi, l'ultima delle quali avrebbe integrato la prima. DI PAOLA 1948, p. 634 ss., immagina una vicenda che parte dall'esigenza patrizia di controllare la *dedicatio* dei luoghi pubblici per arrivare all'affermarsi dello *iussu plebis* per la loro consacrazione, come testimoniato da Cicerone. Così anche FRANCHINI 2008, p. 192 ss. La *lex Papiria* descritta da Cicerone sarebbe da collocare in un'età precedente al 154 a.C., sulla base della stessa testimonianza di Cic., *De dom.*, 50.130, ma successiva alla legge attestata da Livio nel 304 a.C., ravvisando in quest'ultima legge la prima tappa verso il graduale riconoscimento della competenza,

La seconda raccolta – lo *ius civile Papirianum* – viene ricordata solo da Pomponio e, come sottolineato dall'aggettivo *civile*, raccoglierebbe le leggi curiate (o presunte tali) dei re romani, forse in materia di contratti e delitti – considerando fondata la notizia di Dionigi circa il *corpus Servianum* di norme sui contratti⁶⁵ – che la successiva emanazione delle leggi delle XII tavole avrebbe oscurato e relegato a relitto antiquario⁶⁶.

Si può parlare veramente di due tradizioni, o quando Pomponio testimonia l'esistenza della raccolta di leggi regie intende riferirsi, tra le altre, anche alle leggi di Numa in materia di diritto sacro? La verità è che abbiamo indizi talmente vaghi da consentire solo ricostruzioni altamente ipotetiche.

Nonostante la difficoltà interpretativa sul richiamo allo *ius Papirianum*, mi sembra in ogni caso evidente che il tema dello *ius certum* guidi la prima parte della riflessione di Pomponio sull'origine del diritto⁶⁷. Il giurista contrappone l'arbitrio dei primi re latini che governavano senza leggi certe alle leggi regie votate dal popolo a partire da Romolo sino alla cacciata dei Tarquini. È in questo momento che si torna, per la seconda volta – sottolinea Pomponio – all'incertezza del diritto.

4. La prima età repubblicana: le leggi delle XII tavole

Pomponio ricostruisce la vicenda che ha condotto alla *res publica* ricordando una *lex tribunicia* con la quale sarebbero stati cacciati i re etruschi, facendo cadere in disuso le leggi regie, con l'effetto di far ripiombare i Romani in un diritto incerto, rappresentato per lo più da alcune consuetudini piuttosto che da leggi:

D. 1.2.2.3 (Pomp. lib. sing. ench.): Exactis deinde regibus lege tribunicia omnes leges hae exoleverunt iterumque coepit populus Romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti⁶⁸ quam per latam legem, idque prope viginti annis passus est.

conciliare e comiziale, in materia (TONDO 1973, p. 45 e nt. 124, considera la *vetus lex tribunicia* posteriore alla legge del 304 a.C.); da ultimo anche CAVALLERO 2018, p. 234 ss., il quale propone di leggere la differenza tra i due interventi normativi nell'uso tecnico dei termini usati da Cicerone nel descrivere la legge Papiria. Sulla *lex de dedicationibus* cfr. FIORENTINI 1988, p. 327 ss.; TATUM 1993, p. 324, secondo il quale la *lex Papiria* sarebbe da datare tra il 174 a.C. e il 154 a.C.

⁶⁵ D.H., *Ant. Rom.*, 4.43.1: ταῦτα δ' ὀρώντες οἱ δημοτικοὶ δίκαια πάσχειν αὐτοὺς ὑπελάμβανον καὶ ἐπέχαιρον ὑπ' εὐηθείας, ὡς ἐκείνοις μόνοις τῆς τυραννίδος βαρείας ἐσομένης, σφίσι δ' αὐτοῖς ἀκινδύνου. ἦκε δὲ κάκεινοις οὐ μετὰ πολὺν χρόνον ἐτιπλεῖω τὰ χαλεπά. τοὺς τε γὰρ νόμους τοὺς ὑπὸ Τυλλίου γραφέντας, καθ' οὓς ἐξ ἴσου τὰ δίκαια παρ' ἀλλήλων ἐλάμβανον καὶ οὐδὲν ὑπὸ τῶν πατρικίων ὡς πρότερον ἐβλάπτοντο περὶ τὰ συμβόλαια, πάντας ἀνεῖλε: καὶ οὐδέτ' αὖ σανίδας, ἐν αἷς ἦσαν γεγραμμέναι, κατέλιπεν, ἀλλὰ καὶ ταύτας καθαιρεθῆναι κελεύσας ἐκ τῆς ἀγορᾶς διέφθερεν. Ipotizza la dipendenza dello *ius Papirianum* dal *corpus Servianum* VALDITARA 2014, p. 29.

⁶⁶ Cfr. MANTOVANI 2003 (2012a), p. 290 s.; VALDITARA 2014, p. 24, 29, condividendo la lettura di Mantovani, sottolinea lo stretto collegamento tra i contenuti dello *ius civile Papirianum* e quelli delle XII tavole, enfatizzato dal legame tra Papirio e il decemviro Appio Claudio che si avvale dei consigli del primo (D. 1.2.2.36). LAURENDI 2013, p. 187, precisa che se di due serie di *leges regiae* si voglia parlare, si deve credere che ciò sia avvenuto in età repubblicana, perché in epoca arcaica difficilmente si sarebbero distinte in base ad un contenuto classificato come sacro o come civile.

⁶⁷ Cfr. NÖRR 1976 (2002), p. 222.

⁶⁸ MANTOVANI 2012b, p. 397, propone *agi* in luogo di *uti*, secondo l'emendazione di Mommsen al ms. F che porta *ali*.

Nelle poche parole che sintetizzano il delicato momento del passaggio dalla monarchia alla repubblica, tutta l'attenzione del giurista è concentrata sugli strumenti che consentono di assicurare la certezza del diritto per i Romani. La peculiare prospettiva di Pomponio lascia emergere la contrapposizione tra le leggi votate nelle assemblee, e la consuetudine che non garantisce lo stesso livello di certezza delle prime.

In questo quadro si inserisce il riferimento a una legge tribunitia avente ad oggetto la cacciata dei re etruschi. Il cenno ha suscitato più di una perplessità⁶⁹. Sin dalla riflessione ottocentesca⁷⁰ la legge è stata collegata alla figura di Giunio Bruto, l'*actor regis eiciendi*, che Pomponio descrive come *tribunus celerum*⁷¹, oltre che primo console di Roma⁷². In qualità di comandante dei celeri, Bruto aveva la facoltà di convocare l'assemblea per votare sulla proposta di allontanare Tarquinio il Superbo da Roma⁷³. Dionigi di Alicarnasso descrive nel dettaglio la vicenda, facendo emergere chiaramente il ruolo svolto da Bruto come unico *civis* con una carica pubblica in grado di convocare l'assemblea per decidere la sorte del monarca etrusco⁷⁴. La deliberazione del popolo riunito di fronte a Bruto assume la veste di una legge proposta dal tribuno dei celeri⁷⁵: la *lex tribunitia* richiamata da Pomponio.

Grazie a questa legge⁷⁶ il popolo avrebbe deciso di privarsi dell'organo capace di proporre le leggi – l'unica fonte in grado di assicurare la certezza del diritto – e, così facendo, avrebbe

⁶⁹ ALBANESE 1978 (1991b), p. 1473, ritiene oscuro il cenno alla *lex tribunitia*.

⁷⁰ Cfr. SANIO 1867, p. 53 ss. Anche ROTONDI 1912, p. 189, nella descrizione della *lex Iunia de Tarquiniis exilio multandis*, scrive che Giunio Bruto, *tribunus celerum*, avrebbe proposto al popolo una legge che in virtù della sua carica sarebbe stata definita *lex tribunitia*. BERTOLINI 1888, p. 50 ss., ha messo in dubbio il potere di Bruto, in qualità di *tribunus celerum*, di convocare il popolo; VALDITARA 1989, p. 165 ss., in ragione di questa perplessità ha ritenuto che Bruto non fosse un *tribunus celerum* ma un *magister equitum*. Da ultimo, si veda la dettagliata disamina di BUR, LANFRANCHI 2022, p. 215 ss., che conferma la lettura tradizionale.

⁷¹ D. 1.2.2.15 (Pomp. lib. sing. ench.): *isdem temporibus et tribunum celerum fuisse constat: is autem erat qui equitibus praeerat et veluti secundum locum a regibus optinebat: quo in numero fuit Iunius Brutus, qui auctor fuit regis eiciendi*.

⁷² D. 1.2.2.24 (Pomp. lib. sing. ench.): *... indignatus, quod vetustissima iuris observantia in persona filiae suae defecisset (utpote cum Brutus, qui primus Romae consul fuit, vindicias secundum libertatem dixisset in persona Vindicis Vitelliorum servi, qui proditionis coniurationem indicio suo detexerat)...*

⁷³ Cfr. Liv., *Ab urb. cond.*, 1.59.7: *quo simul ventum est, praeco ad tribunum celerum, in quo tum magistratu forte Brutus erat, populum advocavit... 10: his atrocioribusque, credo, aliis, quae praesens rerum indignitas haudquaquam relatu scriptoribus facilia subicit, memoratis incensam perpulit, ut imperium regi abrogaret exulesque esse iuberet L. Tarquinium cum coniuge ac liberis*.

⁷⁴ D. H., *Ant. Rom.*, 4.71.3 ss., spec. 6: τῶν γὰρ Κελερίων ἄρχων εἰμι, καὶ ἀποδέδοται μοι κατὰ νόμους ἐκκλησίαν, ὅτε βουλοίμην, συγκαλεῖν. ἔδωκεδὲ μοι τὴν ἀρχὴν ταύτην ὁ τύραννος μεγίστην οὖσαν ὡς ἡλιθίω καὶ οὐτ' εἰσομένω τὴν δύναμιν αὐτῆς οὐτ', εἰ γνοίην, χρησιμένω: καὶ τὸν κατὰ τοῦ τυράννου λόγον πρῶτος ἐγὼ διαθήσομαι.

⁷⁵ Questo risultato viene confermato nel recente contributo di NASTI 2021, p. 173 ss., la quale ravvisa nella narrazione di Dionigi la fonte di Pomponio che avrebbe tradotto l'espressione greca τῶν Κελερίων ἄρχων con quella latina *tribunus celerum* (per la verità anche Livio usa l'espressione, cfr. nt. 73). Il giurista avrebbe tratto l'idea di una legge tribunitia in considerazione del ruolo ricoperto da Bruto al momento della riunione del popolo in assemblea. A me sembra che anche Livio, sebbene con minori dettagli, faccia riferimento ad una riunione del popolo dinanzi a Bruto, *tribunus celerum*. Non escluderei quindi la possibilità che, oltre a Dionigi, Pomponio abbia tenuto presente anche il racconto di Livio. O forse una fonte comune ai due storici, come per esempio Varrone (cfr. SANIO 1867, p. 54). Nella lettura di Nasti l'adesione alla narrazione di Dionigi, che sarebbe sostanzialmente favorevole alla monarchia, avrebbe significato anche l'adesione di Pomponio al principato quale forma di governo non più in discussione ai tempi in cui il giurista scriveva. Allo stesso modo, la centralità della legge nella narrazione di Dionigi avrebbe influenzato anche l'impostazione di Pomponio.

⁷⁶ Dubbi sulla natura di legge della *lex Iunia* sono espressi da LANFRANCHI 2012, p. 341, che non ritiene probante il solo uso del verbo *iubere* in Livio (cfr. *supra*, nt. 73).

reso nuovamente incerto il diritto⁷⁷. Mentre nei racconti di Livio e di Dionigi l'attenzione cade sul passaggio costituzionale, dal re ai due consoli, nella narrazione di Pomponio l'interesse è rivolto alle fonti di produzione del diritto. Pomponio, infatti, così come specifica che una legge tribunitia è alla base della modifica dell'assetto politico, sottolinea *a contrario* la perdita di rilievo delle leggi quale causa della situazione di incertezza del diritto che il ricorso all'*aliqua consuetudo*, in alternativa alle leggi, rende ancora più evidente.

Non è difficile leggere in questo espresso richiamo un rinvio all'antico *ius*, frutto dell'attività interpretativa dei pontefici che, come è noto, ha rappresentato la principale fonte di produzione del diritto nel periodo più risalente, svolgendo un ruolo fondamentale nella conservazione dei *mores maiorum*. Pomponio fa riemergere la rilevanza dell'antico *ius* patrizio, nel passaggio dalla monarchia alla repubblica, ma si sbaglierebbe a ritenere che l'attenzione del giurista fosse rivolta agli aspetti politici di questo delicato momento. Piuttosto, l'interesse di Pomponio è catturato esclusivamente dagli strumenti di produzione del diritto in grado di assicurarne la certezza.

In questa prospettiva, egli non ritiene rilevante l'attività legislativa dei primissimi anni della repubblica: né le leggi rogate – penso soprattutto al pacchetto normativo di Valerio Publicola⁷⁸ – né le *leges sacrae* del 494 e del 492 a.C., significativa manifestazione della crescita del ruolo della plebe⁷⁹ che troverà nella redazione e nella pubblicazione delle leggi decemvirali la sua massima espressione nella vicenda di parificazione dei due ordini.

L'unico accenno alle deliberazioni della plebe si ha nel § 8, quando, conclusa l'esperienza del decemvirato legislativo, la plebe, a seguito della secessione⁸⁰, statui il proprio diritto attraverso i plebisciti. Da quel momento i plebisciti si accumularono in un blocco giustapposto⁸¹ alle *leges XII tabularum* sotto la denominazione complessiva di *leges sacrae*⁸², tanto che Pomponio li ricorda come fonte del diritto alternativa rispetto alla legge e a quest'ultima equiparati grazie alla *lex Hortensia* nel 287 a.C., che intervenne per superare le *multae discordiae* sulla portata dei plebisciti. La parificazione viene presentata da Pomponio come la soluzione a un problema di certezza del diritto circa la portata dei plebisciti nel rapporto con le leggi.

Usando questa chiave di lettura, non c'è dubbio che, in termini comparativi, la normativa decemvirale nella prima fase della repubblica sia maggiormente rappresentativa dello *ius certum*, rispetto alle leggi centuriate e a quelle sacrate, e si spiega dunque perché il filo della narrazione di Pomponio si sia fermato direttamente sulla votazione delle leggi decemvirali.

Il giurista sostiene che questa situazione di incertezza sarebbe durata quasi venti anni (§ 3), sino a quando fu istituito il decemvirato per la redazione delle leggi delle XII tavole:

⁷⁷ Cfr. NASTI 2021, p. 178.

⁷⁸ Cfr. ROTONDI 1912, p. 90 ss.; FIORI 1996, p. 340 ss.

⁷⁹ Cfr. FIORI 1996, p. 293 ss.; SERRAO 1973 (1974), p. 26 ss.; SERRAO 2006³, p. 83 ss.

⁸⁰ Non è possibile identificare con certezza quale fosse la secessione a cui il giurista fa riferimento: il termine *a quo* sono le XII tavole, il termine *ad quem* la *Lex Hortensia*.

⁸¹ Cic., *De leg.*, 2.7.18; *Pro Sest.*, 30.65; *De dom.*, 17.43; *Pro Tull.*, 20.47; *De off.*, 3.31.111.

⁸² Cfr. SERRAO 1981, p. 411 ss.

D. 1.2.2.4 (Pomp. lib. sing. ench.): Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus: quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi: datumque est eis ius eo anno in civitate summum, uti leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur neque provocatio ab eis sicut a reliquis magistratibus fieret. qui ipsi animadverterunt aliquid deesse istis primis legibus ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt: et ita ex accedenti appellatae sunt leges duodecim tabularum. quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris Hermodorum quendam Ephesium exulantem in Italia quidam rettulerunt.

A prescindere dall'anomalia temporale dei venti anni che avrebbero separato la fine della monarchia dalla redazione delle XII tavole, il lungo § 4 del frammento comincia dalle ragioni che hanno spinto i Romani a prevedere la normativa decemvirale: la causa scatenante fu l'esigenza di ripristinare la certezza nell'uso del diritto, perduta nel periodo successivo alla fine dell'età monarchica. Venne così istituito un decemvirato legislativo con due obiettivi tra loro connessi: acquisire le leggi delle città greche e fondare Roma sulle leggi. Pomponio sintetizza icasticamente l'importanza della legge con l'immagine di Roma fondata sulle leggi, un τόπος in letteratura⁸³, richiamando il modello rappresentato dalle norme greche. I decemviri sono rappresentati da Pomponio, in accordo con la tradizione giuridica e letteraria, come una magistratura straordinaria con poteri supremi e *sine provocatione*, che esclude ogni altra magistratura⁸⁴. Come appare evidente, è la funzione tecnica a giustificare la straordinarietà della magistratura. Lo testimonia il richiamo alla figura del decemviro Appio Claudio che Pomponio annovera per la sua competenza giuridica tra i *plurimi et maximi viri* che hanno professato la scienza del diritto civile, dopo Papirio e prima dell'altro Appio Claudio⁸⁵. Nonostante ciò, Pomponio conferma il racconto delle fonti circa la responsabilità di Appio Claudio per i disordini che porteranno alla fine del decemvirato dopo l'iterazione per il secondo anno consecutivo della magistratura al fine di redigere le ultime due tavole⁸⁶, richiamando il notissimo episodio di Virginia⁸⁷.

Il lavoro di redazione delle norme è suddiviso in due tempi: nel primo anno il decemvirato scrive le norme, le fa incidere su tavole eburnee per esporle al pubblico, nel foro davanti ai rostri, ha il potere di correggerle, se ve ne fosse stato bisogno, e interpretarle. L'anno successivo, i decemviri scrivono le ultime due tavole a completamento del corpo legislativo.

⁸³ Cfr., rispetto alla fondazione o al consolidamento della città sulla base delle leggi, Verg., *Aen.*, 6.810-811 e analogamente Liv., *Ab urb. cond.*, 1.19.1, riguardo a Numa; Sen., *Apokol.*, 10.2, con riferimento ad Augusto; Plin., *paneg.*, 34.2, rispetto a Traiano (su tutto ciò cfr. DILIBERTO 2018, p. 95 ss.). Si possono aggiungere anche Sen., *Epist. ad Luc.*, 90.6, rispetto a Solone; Sil. It., *Pun.*, 15.533-334, che pone in connessione leggi, diritto, e fondazione materiale della città.

⁸⁴ Cfr. CASCIONE 2018, p. 14 ss.

⁸⁵ D. 1.2.2.35 s. (Pomp. lib. sing. ench.).

⁸⁶ Pomponio non fa riferimento a un secondo collegio di decemviri, ma a una continuazione dello stesso decemvirato l'anno successivo: si veda VON UNGERN-STERNBERG 2005², p. 79 ss.

⁸⁷ D. 1.2.2.24 (Pomp. lib. sing. ench.). Sulle vicende del decemvirato legislativo cfr. CASCIONE 2018, p. 11 ss.

L'andamento e i contenuti della narrazione di Pomponio ricordano un calco diffuso tra gli storici che, a parte qualche leggera differenza, viene riportato in maniera abbastanza uniforme, e che aiuta, per la maggiore attenzione ai dettagli, a fare luce su alcuni profili lasciati in ombra dal giurista o forse da qualche taglio compilatorio. Sia Dionigi⁸⁸ sia Livio⁸⁹ ricordano al termine dei lavori del primo decemvirato l'esposizione in pubblico delle prime dieci tavole⁹⁰ per raccogliere i suggerimenti dei privati cittadini e correggere eventualmente le norme, in maniera tale da adattare meglio alle esigenze della comunità romana, così che, scrive Livio⁹¹, il popolo romano avesse leggi tali da sembrare dettate più che approvate dal consenso generale. Finito questo lavoro di modifica e integrazione del testo normativo, Dionigi⁹² riferisce della richiesta dei decemviri di far approvare le leggi al senato prima e al popolo poi. Una volta approvate, le norme vennero incise su tavole bronzee e collocate nel foro. Livio⁹³ attesta soltanto l'approvazione nei comizi centuriati. Sul secondo decemvirato le tradizioni si differenziano: secondo Dionigi⁹⁴ il secondo decemvirato scrisse le ultime due tavole esposte anch'esse nel foro accanto a quelle già pubblicate; Livio invece, dopo una lunga parentesi dedicata alle implicazioni politiche legate al ruolo istituzionale del secondo decemvirato, ricorda che le leggi decemvirali, nella composizione definitiva, vennero incise nel bronzo ed esposte al pubblico dai consoli Valerio e Orazio⁹⁵ i quali, nel racconto di Diodoro Siculo⁹⁶, avrebbero addirittura completato la redazione delle leggi rimasta incompiuta per le discordie civili seguita dall'affissione ai rostri.

L'articolata procedura che porta eccezionalmente a una doppia pubblicazione delle norme, quantomeno di quelle delle prime dieci tavole – eburnee per Pomponio, ma verisimilmente bronzee o lignee⁹⁷ – esposte nel foro, prima e dopo l'approvazione popolare, fa emergere distintamente l'importanza del 'codice' decemvirale nel definire i rapporti e nel fissare le

⁸⁸ D. H., *Ant. Rom.*, 10.57.5 ss.

⁸⁹ Liv., *Ab urb. cond.*, 3.33 ss.

⁹⁰ Liv., *Ab urb. cond.*, 3.34.2 ss., testimonia una convocazione del popolo in assemblea per invitarlo a prendere visione delle norme esposte, favorendone la discussione e la correzione.

⁹¹ Liv., *Ab urb. cond.*, 3.34.5: *eas leges habiturum populum Romanumquas consensus omnium non iussisse latas magis quam tulisse videri posset.*

⁹² D. H., *Ant. Rom.*, 10.57.6-7.

⁹³ Liv., *Ab urb. cond.*, 3.34.6.

⁹⁴ D. H., *Ant. Rom.*, 10.60.5.

⁹⁵ Liv., *Ab urb. cond.*, 3.57.10: *priusquam urbe egrederentur, leges decemvirales, quibus tabulis duodecim est nomen, in aes incisas in publico posuerunt. Sunt qui iussu tribunorum aediles functos eo ministerio scribant.*

⁹⁶ Diod. Sic., *Bibl. hist.*, 12.26.1. Diversamente dalla distesa narrazione di Dionigi e di Livio, il racconto di Diodoro Siculo (Diod. Sic. *Bibl. hist.*, 12.23.1; 12.24.1 ss.) è molto più stringato e distingue il primo decemvirato che portò a termine la codificazione delle leggi, dal secondo decemvirato che invece non riuscì a concludere il proprio lavoro per la vicenda di Appio Claudio e Virginia.

⁹⁷ Sul materiale del supporto sul quale le norme furono pubblicate il dibattito è aperto. Nella sua interessante analisi MARAGNO 2012, p. 227 ss., giunge alla conclusione che l'unica conferma della notizia di Pomponio sulle tavole eburnee venga dalla letteratura bizantina che la studiosa dimostra essere tuttavia dipendente dal testo del giurista. Per spiegare il riferimento pomponiano, la studiosa ritiene plausibile l'esistenza, all'epoca del giurista, di edizioni 'celebrative' delle XII tavole, anche su supporto eburneo, che avrebbe indotto Pomponio a scambiare il presente con il passato. È probabile quindi che le tavole originarie fossero di legno – come risulta da Cass. Dio/*Zon.*, *Ann.*, 7.18 – o di bronzo – secondo Diod. Sic., *Bibl. hist.*, 12.26.1 e Liv., *Ab urb. cond.*, 3.57.10. Cfr. FERRARY 2009, p. 59 ss.; ECK 2015, p. 127 ss.; CASCIONE 2018, p. 23, e ora CASCIONE 2021, p. 93 e nt. 26.

regole all'interno della comunità romana. Cicerone, nel *de oratore*⁹⁸, fa pronunciare a Crasso un discorso sulla rilevanza dello *ius civile* nella formazione degli oratori, sottolineando il piacere che ne accompagna lo studio basato, tra le altre fonti, sulle XII tavole. Esse, oltre a fornire una testimonianza del diritto antico attraverso la riscoperta di vocaboli e di formulari desueti, hanno il merito di aver fondato la *scientia civilis*, occupandosi degli interessi e delle componenti della comunità romana (*civitatis utilitates ac partes*)⁹⁹. È per questo motivo che Crasso, nel comparare le XII tavole ai testi dei filosofi, ne esalta la rilevanza, pronunciando la celebre affermazione: *bibliothecas mehercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII tabularum libellus, si quis legum fontis et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare*¹⁰⁰. Se si segue la ricostruzione di Cicerone, che verisimilmente corrisponde al comune sentire dei Romani della sua epoca, nelle leggi decemvirali trovano composizione, in vista di un superiore interesse, le *utilitates* di cui sono portatori i singoli gruppi politico-sociali (*partes*) della comunità. All'interprete moderno vengono immediatamente alla mente le lotte patrizio-plebee¹⁰¹ che – come testimonia il racconto annalistico della formazione del collegio dei decemviri e dei suoi lavori – sono alla base non solo della stessa legislazione decemvirale, ma anche di alcune specifiche disposizioni che rendono il *libellus* decemvirale *fons omnis publici privatique iuris*, secondo la famosa definizione liviana¹⁰². Esprimono il frutto del compromesso patrizio-plebeo le norme di diritto pubblico che riguardano garanzie costituzionali, quali il divieto di *inrogare privilegia*, la disposizione *de capite civis*, il divieto di *interficere* un *indemnatus*, il divieto di connubio tra patrizi e plebei, la disposizione sulla rilevanza dello *iussum populi* nella creazione del diritto¹⁰³. Sul versante privatistico, vale la pena ricordare il riconoscimento decemvirale dell'adattabilità della *mancipatio*¹⁰⁴ – ivi compresa la *mancipatio familiae* – alle esigenze delle parti che rappresenta lo strumento per estendere all'intera comunità romana la possibilità di modellare gli interessi dei privati secondo forme nuove in risposta a esigenze che, sorte già in ambito patrizio, avevano ricevuto una formalizzazione all'interno di quell'ambito elitario.

Le XII tavole fotografano dunque la comunità romana in un momento di passaggio dalla società patrizia, fondata sugli antichi *mores*, il cui peso si avverte ancora in molte disposizioni, a un nuovo equilibrio politico e sociale il cui perno ruota intorno all'individuo, al *pater familias*, ai gruppi che si vanno cementando a formare il *populus* e che premono per un corpo di leggi scritte che assicuri la certezza del diritto e l'uguale applicazione delle norme nei confronti di ogni *civis*¹⁰⁵. Si assiste a quello che è stato definito un mutamento di

⁹⁸ Cic., *De orat.*, 1.193.

⁹⁹ Cic., *De orat.*, 1.193.

¹⁰⁰ Cic., *De orat.*, 1.195.

¹⁰¹ Cfr. DE MARTINO 1972², p. 297 ss.; SERRAO 2006³, p. 90 ss.

¹⁰² Liv., *Ab urb. cond.*, 3.34.6.

¹⁰³ Cfr. CALORE 2018, p. 722 ss.

¹⁰⁴ Cfr. CURSI 2018a, p. 339 ss.

¹⁰⁵ SERRAO 1988 (2015), p. 167 ss.; SERRAO 1987 (1989), p. 279 ss.

paradigma¹⁰⁶: dal modello tipicamente romano, fondato sullo *ius*, si passa a quello greco e mediterraneo imperniato sulla *lex*¹⁰⁷. È ora la *lex* a creare lo *ius*, mediando gli interessi delle diverse componenti della comunità romana¹⁰⁸.

Già prima della redazione delle XII tavole, i rapporti commerciali e culturali che Roma intratteneva con i popoli del Mediterraneo dovevano aver diffuso la conoscenza delle forme di governo e della normazione delle diverse *poleis*, e in particolare di Atene. L'assetto di governo introdotto dalla legislazione soloniana potrebbe aver costituito un modello, prima che culturale o normativo, sociale, ingenerando un profondo processo di trasformazione della comunità romana che trova la sua espressione nelle XII tavole.

Ciò non significa necessariamente ritenere fondata la notizia veicolata dall'annalistica relativa all'ambasceria romana inviata ad Atene per studiare le disposizioni di Solone, o l'informazione di origine antiquaria della partecipazione di Ermodoro di Efeso alla redazione delle leggi decemvirali¹⁰⁹. Lo stesso Pomponio, nel presentare Ermodoro d'Efeso come *auctor*, ispiratore della normativa presso i decemviri, formula la notizia come una "notazione erudita"¹¹⁰, alludendo a una versione meno accreditata rispetto alla tradizione *vulgata*.

L'atteggiamento filoromano della dottrina più risalente¹¹¹, che ha rivendicato l'autonomia del diritto romano da quello greco etichettando come leggenda i due episodi, ha indubbiamente pesato in senso negativo. Abbandonando un simile preconcetto, una prospettiva di indagine più equilibrata porta a interpretare le testimonianze almeno come un indizio del collegamento tra le due comunità¹¹². A questo si aggiunge l'esame delle singole disposizioni che può offrire significativi elementi di valutazione. Basti pensare alle tradizionali somiglianze tra la legislazione soloniana e quella decemvirale – dalle norme in materia funeraria¹¹³, espressamente collegate da Cicerone alle analoghe leggi soloniane, alla norma sulle *sodalitates*¹¹⁴ o sul regolamento di confini¹¹⁵.

La redazione delle XII tavole ha rappresentato un evento epocale – parafrasando Pomponio, si potrebbe dire fondativo della comunità romana (*civitas fundaretur legibus*) –, sottolineato dall'esposizione delle tavole in un luogo facilmente accessibile a tutti, per garantirne

¹⁰⁶ SCHIAVONE 2005, p. 76.

¹⁰⁷ SCHIAVONE 2005, p. 77, scrive che nel V secolo *nomos* era un termine carico di ideologia, associandosi all'esperienza democratica che usa la scrittura come mezzo di comunicazione politica, garantendo certezza della conoscibilità e della stabilità.

¹⁰⁸ SERRAO 1973 (1974), p. 31 ss., il quale si sofferma sul carattere democratico della *lex*, in quanto espressione della capacità normativa del popolo, contrapposto al tradizionalismo dei *mores*, conservati dagli aristocratici.

¹⁰⁹ DUCOS 1978, p. 13 ss.

¹¹⁰ Così CASCIONE 2018, p. 7.

¹¹¹ VOLTERRA 1999, p. 175 ss. Sottolinea la resistenza della dottrina romanistica circa l'influenza culturale greca CANNATA 2012 (2014), p. 264.

¹¹² Con riferimento alla *koiné* mediterranea cfr. CRAWFORD 2011, p. 153 ss.; BURCKHARDT 2007, p. 1 ss.; LIEBS 2007, p. 87 ss.

¹¹³ CURSI 2018b, p. 703 ss.

¹¹⁴ FIORI 2018b, p. 681 ss.

¹¹⁵ MÖLLER 2018, p. 449 ss.

la massima pubblicità¹¹⁶. La pubblicazione delle norme decemvirali era destinata a risolvere un problema di certezza del diritto che, come è stato osservato¹¹⁷, sottendeva l'esigenza di garantire il ceto più debole. All'oralità patrizia dei *mores*, conservati dal collegio pontificale, si contrappone la parola scritta e proclamata della *lex* voluta dai plebei.

5. Dalle XII tavole allo *ius civile* e alle *legis actiones*

Approvate le leggi decemvirali, Pomponio descrive la successiva nascita dello *ius civile* e delle *legis actiones* tenendo presente, come è stato già sottolineato¹¹⁸, il modello dei *Tripertita* eliani:

D. 1.2.2.5 (Pomp. lib. sing. ench.): His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. haec disputat et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile. 6. Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas sollemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones. et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt. omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est. 7. 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. augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur ius Aelianum.

Il giurista racconta che l'approvazione delle norme delle XII tavole rese necessaria la discussione nel foro, sottolineando che il fenomeno riflette quanto naturalmente accade quando si richiede la competenza dei giuristi per l'interpretazione dei testi giuridici. Prosegue poi speci-

¹¹⁶ Il fatto stesso dell'esistenza delle leggi decemvirali, dell'esposizione in pubblico del diritto, sino a quel momento monopolio dell'interpretazione pontificale attraverso la segretezza più sul piano del fatto che del diritto, rappresenta secondo TALAMANCA 1988, p. 852, l'elemento di novità della codificazione decemvirale. Anche MANCINI 2018, p. 5, nt. 17, sottolinea questo profilo.

¹¹⁷ Cfr. SERRAO 1973 (1974), p. 28 ss.; BURDESE 1988, p. 425; SCHIAVONE 2005, p. 80 ss.

¹¹⁸ Cfr. *supra*, nt. 23.

ficando che la discussione pubblica divenne la fonte di un diritto, che pur non essendo scritto, venne raccolto dai giuristi e assunse il nome di *ius civile*. La denominazione è volutamente ampia – specifica il giurista –, diversamente dalle altre parti del diritto che vengono designate con specifici nomi propri. Al diritto civile si affiancarono, sempre sulla base delle leggi decemvirali, le azioni per la tutela processuale delle pretese dei privati: tali *actiones*, definite *legis actiones* o *actiones legitimae*, furono certe e solenni per creare modelli uniformi di tutela. In sintesi, conclude Pomponio, quasi nello stesso lasso di tempo nacquero *tria iura*: le leggi decemvirali, prima di tutto, dalle quali cominciò a *fluere* lo *ius civile* e su cui vennero composte le *legis actiones*. A questo punto il giurista precisa che sia la *scientia interpretandi* funzionale alla produzione del diritto civile, sia l'elaborazione dei formulari processuali (*legis actiones*) furono appannaggio del collegio dei pontefici per circa un secolo, sino a quando la loro competenza esclusiva venne superata dai giuristi laici. Pomponio riconduce la laicizzazione della giurisprudenza all'iniziativa dello scriba di Appio Claudio, Gneo Flavio, il quale consegnò al popolo il libro delle azioni composte in forma definitiva¹¹⁹ da Appio Claudio, e all'attività del *publice respondere* inaugurata da Tiberio Coruncario, prima del quale non risulta che nessuno avesse insegnato pubblicamente la scienza del diritto, conservando il diritto civile in segreto (*in latenti ius civile retinere*¹²⁰).

Il racconto è ricco di suggestioni ma anche di profili da chiarire.

Va innanzitutto sottolineato il confronto tra l'*interpretatio* giurisprudenziale, motore del diritto tardo-repubblicano e classico¹²¹, che Pomponio richiama per spiegare la *disputatio fori* successiva alla pubblicazione delle norme decemvirali. A ben vedere, quella che sembra una semplice attualizzazione del fenomeno antico, funzionale alla sua migliore comprensione, nasconde in realtà un più profondo rapporto causale tra la risalente *disputatio fori* e la successiva *interpretatio*. Al predicato '*necessarium*' per la *disputatio fori* corrisponde l'avverbio '*naturaliter*' riservato all'attività giurisprudenziale, a dire che l'iniziale 'necessità' della discussione nel foro per chiarire le norme decemvirali fece diventare 'naturale' l'intervento dei giuristi nell'interpretazione del diritto.

¹¹⁹ Giustamente SANTORO 2002 (2009b), p. 311 ss., solleva perplessità circa l'uso dei verbi usati da Pomponio per descrivere l'attività di Appio Claudio: *proponere* e *redigere ad formam* le *legis actiones*. Rileva lo studioso che *proponere* significa 'esporre', 'pubblicare' e che questa attività non solo sarebbe in contrasto con la successiva divulgazione di Gneo Flavio, ma anche con la successiva azione del *redigere ad formam* che dovrebbe logicamente precedere e non seguire la pubblicazione delle azioni. Per queste ragioni Santoro propone di emendare *proponere* in *componere*, nel senso di 'mettere insieme' le azioni per poi ridurle in formule scritte.

¹²⁰ D. 1.2.2.35 (Pomp. lib. sing. ench.).

¹²¹ In questo § 5, la distinzione tra *disputatio fori* generata dalle XII tavole e *interpretatio* che richiede l'autorità dei giuristi è ben delineata da Pomponio e non c'è motivo di ritenere, come invece FUHRMANN 1970, p. 80 ss., che l'uso del termine *interpretatio* sia un'anticipazione del fenomeno all'età decemvirale. Più avanti, nel § 6, Pomponio ricorda che nel periodo immediatamente successivo alla pubblicazione delle norme decemvirali la *scientia interpretandi* era competenza dei pontefici e, a mio avviso, accortamente non usa il termine *interpretatio* nel significato che acquisirà nell'uso tardo-repubblicano e imperiale. In ogni caso, come giustamente sottolinea NÖRR 1976 (2002), p. 209 s., il dato importante è la continuità dell'attività giurisprudenziale che, nella prospettiva di Pomponio, procede ininterrotta dalle XII tavole sino al suo presente.

In secondo luogo, il testo richiede uno sforzo interpretativo che concili la notizia della *disputatio fori*, quale fonte dello *ius civile*, con la parallela testimonianza dell'originaria attività di interpretazione pontificale delle norme decemvirali, coperta dal segreto. Senza ipotizzare l'ennesima incongruenza nel travagliato testo del giurista, si può ritenere, sulla scorta di un'intuizione di Schulz¹²², che Pomponio, richiamando la *disputatio fori*, abbia fatto riferimento alla discussione della causa che avveniva nella fase *apud iudicem* nel foro, secondo la disciplina introdotta dalle norme decemvirali (tab. 1.6-9). Si legge infatti che in mancanza di accordo delle parti sul luogo ove la questione dovesse discutersi, essa si sarebbe svolta nel Comizio o nel Foro¹²³. Se accediamo a questa lettura, non appare più incoerente il successivo richiamo all'interpretazione pontificale delle norme: le leggi delle XII tavole introducono la disciplina che prevede la discussione pubblica della controversia nella fase *apud iudicem*: su questa *disputatio* dei casi concreti si esercita l'attività interpretativa dei pontefici prima, dei giuristi laici poi.

A partire dalla pubblica discussione nel foro, si venne a formare un diritto non scritto che i *prudentes* misero insieme (*ius compositum*). Pomponio usa lo stesso verbo *componere* che aveva già impiegato per lo *ius civile Papirianum*, il riordino delle leggi regie realizzato da Papirio, e che userà ancora per lo *ius Aelianum*, la raccolta di *actiones* ordinate da Sesto Elio. Nel nostro caso, il verbo sottolinea la presentazione in forma ordinata dello *ius* ad opera dei giuristi. Diversamente dalle altre parti del diritto che hanno una denominazione propria, questo *ius* viene definito secondo la denominazione generica di *ius civile*.

Pomponio prosegue poi mettendo in connessione lo *ius civile* e le *legis actiones* che discendono dalle XII tavole con l'attività interpretativa svolta per circa cento anni dal collegio pontificale. Come è stato evidenziato, la vittoria plebea nell'aver ottenuto la scrittura nonché la pubblicazione delle norme decemvirali venne ridimensionata dalla necessità di coinvolgere la competenza tecnica dei patrizi, e in particolare dei sacerdoti, per l'interpretazione del dettato legislativo¹²⁴. I pontefici si ripresero dunque la scena proprio al fine di garantire la sopravvivenza della legislazione, sciogliendo la difficoltà di un testo che non avevano direttamente contribuito a creare, ma la cui complessità necessitava di un'interpretazione che adattasse la norma al caso concreto a livello sia sostanziale che processuale. La *scientia interpretandi* venne gelosamente custodita dai pontefici che, così facendo, contribuirono a creare i presupposti per

¹²² SCHULZ 1968, p. 43 e nt. 4, il quale, descrivendo il lavoro della giurisprudenza pontificale, ritiene che i pareri dei pontefici assicurassero la validità dell'atto suggerito. Se però – continua Schulz – più tardi ne fosse stata contestata la validità, una decisione autoritativa spettava al tribunale. Pur non essendo fondato su una tradizione antica genuina (l'espressione *disputatio fori* non sarebbe tecnica e non si incontrerebbe in altri scritti giuridici), scrive Schulz, il riferimento di Pomponio alla *disputatio fori* potrebbe rinviare alla discussione in tribunale. WIEACKER 1988, p. 564 e nt. 7, nel richiamare lo scetticismo di Schulz sulla fonte, riporta alcune testimonianze giuridiche e letterarie nelle quali il verbo *disputare* viene usato tecnicamente. Anche Wieacker raccorda il richiamo di Pomponio alla discussione processuale. Diversamente dalla ricostruzione di Schulz, mi sembra che, seguendo l'andamento logico della narrazione di Pomponio, la *disputatio* possa configurarsi come la fonte necessaria dell'*interpretatio* pontificale e non come lo strumento eventuale della verifica della bontà del parere del pontefice.

¹²³ Per il commento di tab. 1.6-9, rinvio a FIORI 2018a, p. 61 ss.

¹²⁴ Cfr. SCHIAVONE 2005, p. 91 ss.; SCHIAVONE 2012, p. 304 s., sul ruolo della giurisprudenza pontificale che sterilizza gli effetti delle XII tavole.

“il primato del sapere degli esperti rispetto alle norme provenienti dalle istituzioni politiche della città”¹²⁵.

Dopo una prima fase di monopolio pontificale, il diritto giurisprudenziale si laicizza divenendo prerogativa delle grandi famiglie della *nobilitas* repubblicana. Pomponio ne segue la vicenda, soffermandosi in particolare sulle prime opere composte tra il IV e il III secolo a.C. La scelta di evidenziare proprio questi episodi, accomunati dalla rilevanza del testo scritto nella formazione del diritto giurisprudenziale laico, lascia emergere un profilo di certezza del diritto legata alla divulgazione dei *responsa*. Il racconto inizia con il contributo di Appio Claudio Cieco, autore di un libro *de usurpationibus*, citato da Pomponio nel successivo § 36¹²⁶, che si può presumere contenesse una raccolta ordinata di formule processuali tratte dai libri pontificali¹²⁷ e che uno scriba di Appio Claudio, Gneo Flavio, figlio di un liberto, gli sottrasse e consegnò al popolo¹²⁸. Scrive Pomponio che il libro circolava con il titolo di *ius civile Flavianum*, nonostante Gneo Flavio, come nel caso di Papirio rispetto allo *ius civile Papirianum*, non vi avesse aggiunto nulla di suo, alludendo forse all'integrale recezione del libello di Appio Claudio *de usurpationibus* che, come precisa Pomponio nel § 36, non ci è pervenuto¹²⁹.

L'episodio segna un momento di forte rottura con la tradizione pontificale, spezzandone il monopolio. La via della laicizzazione e della divulgazione dello *ius civile* è ormai aperta e nella rappresentazione pomponiana l'ultima tappa è lo *ius Aelianum*: una serie di azioni che si aggiunsero alle precedenti e come queste tratte sempre dalla normazione decemvirale, create dal giurista Sesto Elio Peto Cato, autore noto per l'opera intitolata *Triperitita*, di cui riesce difficile stabilire il rapporto con lo *ius Aelianum*¹³⁰.

Lo *ius Aelianum*, diversamente dalle raccolte di Papirio e di Gneo Flavio, non viene definito da Pomponio *ius civile* – espressione cui il giurista attribuisce il significato generale di dirit-

¹²⁵ Cfr. SCHIAVONE 2005, p. 92 s.

¹²⁶ D. 1.2.2.36 (Pomp. lib. sing. ench.): *ab hoc Appius Claudius unus ex decemviris, cuius maximam consilium in duodecim tabulis scribendis fuit. post hunc Appius Claudius eiusdem generis maximam scientiam habuit: hic Centemmanus appellatus est, Appiam viam stravit et aquam Claudiam induxit et de Pyrrho in urbe non recipiendo sententiam tulit: hunc etiam actiones scripsisse traditum est primum de usurpationibus, qui liber non exstat: idem Appius Claudius, qui videtur ab hoc processisse, R litteram invenit, ut pro Valesiis Valerii essent et pro Fusiis Furii.*

¹²⁷ Sulla coerenza del titolo del lavoro rispetto al suo contenuto, GUARINO 1981, p. 7 ss., ipotizza che il libro di Appio Claudio raccogliesse formulari processuali e che il titolo alludesse o al significato che il termine *usurpatio* aveva nel linguaggio degli oratori, noto ai giuristi, quale *usus frequens*, con riferimento all'uso delle azioni, oppure all'abuso (*usurpatio*) che le azioni avrebbero contrastato. Su quest'ultima linea, ricordando in particolare gli indizi che derivano dalla descrizione della figura di Appio Claudio nel § 36 del frammento dell'*enchiridion* con la decifrazione degli antichi formulari pontificali, D'IPPOLITO 1986, p. 55 ss.; così anche SCHIAVONE 2005, p. 99. SANTORO 2002 (2009b), p. 602 ss., tiene distinto il *liber de usurpationibus* dalla raccolta di *actiones* pubblicate da Gneo Flavio.

¹²⁸ Sulla vicenda e sulle fonti che ne danno testimonianza, cfr. SANTORO 2002 (2009b), p. 557 ss.

¹²⁹ SANTORO 2002 (2009b), p. 311, ritiene che, sebbene il racconto delle fonti sottolinei la sottrazione del libro ad opera dello scriba, troppi sarebbero i particolari relativi al titolo originale dell'opera di Appio Claudio, al suo contenuto, per non far pensare a una strategia orchestrata da quest'ultimo. Una simile rappresentazione delle fonti giuridiche e letterarie potrebbe rispondere, come è stato suggerito da SCHIAVONE 2005, p. 99 s., all'esigenza di addolcire i connotati anti-pontificali dell'azione di Appio Claudio.

¹³⁰ Cfr. WATSON 1973, p. 26 ss., ritiene che il Sesto Elio dei *Triperitita* sia diverso dal Sesto Elio dello *ius Aelianum*. Critico sull'ipotesi NÖRR 1976 (2002), p. 200.

to nato dal dibattito giurisprudenziale sull'interpretazione delle norme. La scelta di Pomponio desta qualche perplessità¹³¹: proprio sulla base del significato che il giurista attribuisce allo *ius civile*, l'unica raccolta che ne avrebbe meritato la qualificazione è quella eliana in quanto frutto della riflessione di Sesto Elio. Infatti, né Papirio, né Gneo Flavio hanno proposto una propria interpretazione, rispettivamente delle leggi regie e delle *legis actiones* di Appio Claudio. Eppure, in questi ultimi due casi lo *ius Papirianum* è definito *civile* come lo *ius Flavianum*.

A meno di non accedere all'ipotesi dell'ennesima svista di Pomponio o di un compilatore, si potrebbe tentare una spiegazione della scelta del giurista basata sul significato di *nomen commune* attribuito da Pomponio allo *ius civile*. Il giurista descrive lo *ius civile* come una categoria residuale, la cui unica caratteristica è l'essere nato dall'*interpretatio prudentium*. Mentre le leggi delle XII tavole e le *legis actiones* hanno una specifica denominazione, quali *partes iuris*, lo *ius civile* raccoglie tutto ciò che non ha uno specifico *nomen*, acquistando tuttavia con il tempo e per giustapposizione con le altre parti nominate del diritto una sua specificità, quale *proprium ius civile [...] quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* (§ 12)¹³². In questa prospettiva, le raccolte di Papirio e di Gneo Flavio sono *ius civile*, non perché siano frutto di *interpretatio*, ma perché sono espressione di un diritto che, pur consistendo in un caso nelle *leges regiae*, nell'altro nelle *legis actiones*, ha assunto rispettivamente per la sistemazione di Papirio e per la pubblicazione ad opera di Gneo Flavio una veste che non ne consente la collocazione all'interno della specifica categoria propria. Di qui la denominazione generica di *ius civile*. Ragionando *a contrario* si potrebbe giustificare l'assenza della qualificazione *civile* rispetto allo *ius Aelianum*. Le formule delle *legis actiones* ivi contenute sono state elaborate direttamente dal giurista e pertanto il diritto che ne deriva ha un *nomen* specifico (*legis actiones*).

¹³¹ SANTORO 1998 (2009a), p. 412 ss., ipotizza che mentre nei primi due casi (*ius civile Papirianum* e *ius civile Flavianum*) vi sarebbe stata la comunicazione al popolo, in vista della funzione strumentale del diritto messo a disposizione dei *cives*, nell'ultimo (*ius Aelianum*), venuta meno la segretezza della giurisprudenza pontificale, la comunicazione al popolo non avrebbe più rivestito quel carattere di eccezionalità che aveva avuto anticamente e questo avrebbe escluso la qualificazione di *ius civile*. L'a. si interroga inoltre sul perché l'opera di Sesto Elio non sia stata qualificata *ius civile* nel significato più recente di *interpretatio prudentium*, sviluppatasi proprio a partire da Sesto Elio. La spiegazione proposta dall'a. è che proprio con l'opera di Sesto Elio si sarebbe venuta svolgendo l'*interpretatio* giurisprudenziale e che soltanto in un secondo momento si sarebbe estesa ai giuristi successivi, con il significato di *ius civile proprium*, consistente nell'*interpretatio*. L'ipotesi di Santoro, sebbene suggestiva, mi sembra difficile da accogliere per una serie di ragioni. Pur non escludendo che nell'accezione di *ius civile* come descritta da Pomponio, quale diritto nato dalla *disputatio fori*, quindi da una pubblica discussione dei casi, vi potesse essere un elemento di pubblicità, tale elemento non può essere escluso per lo *ius Aelianum* che Pomponio descrive come libro di azioni date al popolo. Non mi sembra fondata neppure la seconda spiegazione circa l'esclusione della denominazione di *ius civile* per l'opera di Sesto Elio, perché l'ipotesi contrasta con le testimonianze sulla rilevanza dell'attività del giurista nell'attività giurisprudenziale. Al contrario, TONDO, *Leges regiae*, cit., 33, ritiene arbitraria l'aggiunta pomponiana di *civile* a *ius Papirianum*, sull'esempio di *ius civile Flavianum*.

¹³² Nel successivo § 12 dove Pomponio elenca sistematicamente le *partes iuris*, oltre alla *lex*, alle *legis actiones*, al *plebiscitum*, al *magistratum edictum*, al *senatus consultum* e alla *constitutio* imperiale, il giurista ricorda il *proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*. L'*interpretatio* viene qui qualificata come *proprium ius civile* e non semplicemente come *ius civile*. La differenza è stata notata da SCHULZ 1968, p. 141, nt. 5, il quale conclude ritenendo il § 12 un "rozzo sommario post-classico di quel che precede", e minimizzata da BRETONE 1982², p. 228, secondo il quale i *nomina communia* e i *nomina propria* non sono separati da frontiere invalicabili e che pertanto il conflitto segnalato da Schulz è solo apparente.

6. La *lex* e lo *ius certum* nella narrazione di Pomponio

Al termine dell'analisi del lungo frammento dell'*enchiridion* nel quale Pomponio descrive l'*origo* e il *processus* del diritto nella fase più antica della storia di Roma, dalla monarchia all'età decemvirale, possiamo trarre qualche conclusione provvisoria circa l'idea di certezza del diritto che emerge dalla riflessione del giurista.

È stato già osservato¹³³ che il perno della riflessione di Pomponio sia proprio la certezza del diritto. Il giurista manifesta chiaramente questo intento riferendosi alla *lex certa* e allo *ius certum* che sarebbero mancati alle origini della comunità romana, nel periodo dei re di Alba Longa precedente al regno di Romolo. Quest'ultimo re inaugura un nuovo corso facendo votare alle curie alcune leggi che furono raccolte, insieme a quelle dei re che seguirono, nel libro di Papirio – lo *ius civile Papirianum*. Cacciati i Tarquini, per la seconda volta – sottolinea Pomponio –, i Romani cominciarono a far uso di un diritto incerto, basato su regole consuetudinarie più che sulla legge. È a questo punto che si rese necessaria l'istituzione dei decemviri per mettere per iscritto le leggi sulle quali si sarebbe fondata la comunità romana. Per consentirne la massima conoscenza, le leggi vennero pubblicate nel foro. A partire dalle norme si svilupparono sia lo *ius civile*, basato sulla *disputatio fori* i cui risultati vennero raccolti dai giuristi, sia i formulari delle *legis actiones*. L'interpretazione delle norme, nella fase immediatamente successiva alla pubblicazione delle leggi decemvirali, fu monopolizzata dal collegio pontificale i cui pareri erano avvolti dal segreto. Il superamento di questa fase avvenne grazie all'atto rivoluzionario di Gneo Flavio, scriba di Appio Claudio, che consegnò al popolo il libro di azioni scritto da quest'ultimo. Da questo episodio comincia la laicizzazione della giurisprudenza e la sua attività pubblica, all'insegna, anche in questo caso, della certezza del diritto.

Per il periodo successivo a quello di nostro interesse, il racconto di Pomponio segue lo stesso filo rosso della certezza del diritto: la *lex Hortensia* sulla parificazione dei plebisciti alle leggi fu votata per eliminare le discordie legate all'incerto ambito di applicazione dei plebisciti la cui origine, secondo il giurista, andrebbe collocata nella fase successiva alla pubblicazione delle XII tavole¹³⁴. La crescita demografica di Roma (*tanta turba hominum*), e dunque la difficoltà di riunire il popolo e la plebe nelle rispettive assemblee, obbliga secondo un nesso causale meccanicistico¹³⁵ a trasferire la funzione normativa del popolo e della plebe al senato, sempre al fine di garantire la certezza nella formazione del diritto, sicché tutto ciò che il senato avesse statuito nei *senatus consulta* veniva osservato¹³⁶. Nello stesso periodo, anche i magistrati contri-

¹³³ Cfr. NÖRR 1976 (2002), p. 222 ss. Anche DUCOS 1984, p. 40 ss.

¹³⁴ D. 1.2.2.8 (Pomp. lib. sing. ench.): *deinde cum esset in civitate lex duodecim tabularum et ius civile, a essent et legis actiones, evenit, ut plebs in discordiam cum patribus perveniret et secederet sibique iura constitueret, quae iura plebi scita vocantur. mox cum revocata est plebs, quia multae discordiae nascebantur de his plebis scitis, pro legibus placuit et ea observari lege Hortensia: et ita factum est, ut inter plebis scita et legem species constituendi interesset, potestas autem eadem esset.*

¹³⁵ Il processo quantitativo è alla base di una causalità meccanicistica, come sottolinea NÖRR 1976 (2002), p. 221.

¹³⁶ D. 1.2.2.9 (Pomp. lib. sing. ench.): *deinde quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam reipublicae ad senatum deduxit: ita coepit senatus se interponere et quidquid constituisset observabatur, idque ius appellabatur senatus consultum.*

buirono alla formazione del diritto (*iura*), emanando editti che venivano esposti al pubblico, affinché tutti i cittadini si organizzassero, sapendo quali strumenti processuali i magistrati avrebbero concesso¹³⁷. Con il tempo, assecondando la tendenza a concentrare nelle mani di un numero sempre più ridotto di persone la produzione del diritto, si rese necessario che uno solo, il principe, assumesse decisioni con efficacia per tutti¹³⁸. A conclusione di questa parte sull'origine e lo svolgimento del diritto, Pomponio propone una sorta di quadro complessivo sulle fonti del diritto, all'insegna della garanzia dello *ius certum*, secondo un andamento cronologico che riflette quello seguito nella più distesa descrizione che precede: la legge, lo *ius civile* basato sull'*interpretatio prudentium*, le *legis actiones*, il plebiscito, l'editto dei magistrati, il *senatus consultum*, la *constitutio principis*¹³⁹.

Tornando alla rappresentazione pomponiana dell'origine del diritto, nel segmento temporale sino all'età decemvirale, la legge¹⁴⁰ – anche quella regia, appiattita in tutta evidenza sul modello della legge repubblicana – e in particolare la legislazione decemvirale, rappresenta il fulcro del sistema delle fonti, in quanto massima espressione del consenso popolare e dunque della conoscenza del diritto, completato dallo *ius civile* e dalle *legis actiones*. Rispetto a queste ultime due *partes iuris*, tuttavia, sarà necessario attendere la laicizzazione della giurisprudenza per far sì che venga garantita effettivamente la certezza del diritto.

Per comprendere appieno la narrazione pomponiana sulle fonti del diritto e il primato della legge sino all'età decemvirale, conviene confrontarla con le testimonianze di Cicerone, Tacito e di Gaio sul medesimo tema.

7. La *lex*: la prospettiva filosofica di Cicerone e la storia delle leggi di Tacito

Nel *de legibus* Cicerone, traendo ispirazione dai *Nomoi* di Platone¹⁴¹, affronta il tema dell'ordinamento della *res publica*, nella prospettiva di una rifondazione istituzionale e sociale, basata sulle tradizioni dei padri e sui principi universali del diritto naturale di matrice stoica.

¹³⁷ D. 1.2.2.10 (Pomp. lib. sing. ench.): *eodem tempore et magistratus iura reddebant et ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset seque praemuniret, edicta proponebant. quae edicta praetorum ius honorarium constituerunt: honorarium dicitur, quod ab honore praetoris venerat.*

¹³⁸ D. 1.2.2.11 (Pomp. lib. sing. ench.): *novissime sicut ad pauciores iuris constituendi vias transisse ipsis rebus dictantibus videbatur per partes, evenit, ut necesse esset rei publicae per unum consuli (nam senatus non perinde omnes provincias probe gerere poterant): igitur constituto principe datum est ei ius, ut quod constituisset, ratum esset.*

¹³⁹ D. 1.2.2.12 (Pomp. lib. sing. ench.): *ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebiscitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratum edictum, unde ius honorarium nascitur aut senatus consultum, quod solum senatu constituyente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est, ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur.*

¹⁴⁰ BUR, LANFRANCHI 2022, p. 219 s., che richiamano MANTOVANI 2018, p. 37, sulla legge quale *origo* del diritto e superamento del caos iniziale.

¹⁴¹ Cfr. HENTSCHKE 1971, p. 118 ss.; DYCK 2004, p. 12 ss.; CANCELLI 2008³, p. 1 ss., il quale non esclude che vi possa essere stata un'influenza diretta anche delle opere di Crisippo e di Antipatro. In generale sull'influenza greca nella riflessione tardo-repubblicana sulla legge cfr. DUCOS 1984, p. 225 ss., 277 ss.

Come il modello greco, anche il *de legibus*, secondo l'ipotesi oggi più accreditata¹⁴², va letto in connessione con il *de re publica*: non solo quanto ai tempi di elaborazione delle due opere, ma anche rispetto all'affinità dei contenuti. Cicerone richiama l'attenzione sull'assetto politico e sociale dell'antica comunità romana, rappresentandolo come un modello cui tendere per superare le difficoltà contingenti. L'opera infatti è stata probabilmente scritta negli ultimi anni Cinquanta, in un momento particolarmente delicato per le sorti della repubblica. L'interesse per il bene comune e non del singolo individuo, il recupero delle tradizioni politiche, morali, religiose della Roma dei padri combinato con l'influsso della filosofia greca, portano Cicerone a codificare i fondamenti del diritto e della comunità romana.

Di ispirazione stoica è l'idea che la legge naturale si identifichi con la ragione divina che governa il mondo, definita come *iuris principium, ratio summa, insita in natura*, che ordina ciò che si deve fare, proibendo ciò che non va fatto¹⁴³. Questa *ratio* lavora a due livelli tra loro connessi: essa è *naturae vis, mens ratioque prudentis, iuris atque iniuriae regula*, nella definizione della *lex* conservata nel *de legibus*¹⁴⁴; ed è allo stesso tempo il fondamento della comunità nel *de republica*¹⁴⁵. La concezione metafisica della legge, concepita come qualcosa di eterno che regge l'universo con la sapienza dei suoi ordini e divieti¹⁴⁶ e che viene prima di qualsiasi legge scritta, deve tuttavia essere calata nel concreto delle dinamiche sociali. È per questo che Cicerone si preoccupa di usare un linguaggio comprensibile ai più, definendo legge la norma che sancisce per iscritto ciò che viene ordinato o vietato¹⁴⁷. Portando il discorso sulla comune radice, l'ordine razionale universale che governa la natura e gli uomini, Cicerone cerca di eliminare la distanza tra legge di natura e diritto positivo¹⁴⁸. Ciò che emerge dall'opera è – come è stato notato – “la constatazione della coincidenza fra il diritto positivo romano e quel diritto generale, universalmente valido che è rappresentato dalla legge di natura”¹⁴⁹.

¹⁴² Fondamentale in questo senso SCHMIDT 1969, p. 282 ss.; SCHMIDT 2001, p. 7 ss., il quale immagina un originario disegno comune alle due opere poi differenziatesi negli scritti che conosciamo in linea con una decisione assunta tra il 53 e il 51 a.C.; RAWSON 1973, p. 335 ss.; PERELLI 1990, p. 113; NARDUCCI 1992, p. 144; FONTANELLA 2012, p. 3 s.; DYCK 2004, p. 5 ss.; CANCELLI 2008³, p. 6 ss., che riporta il dibattito dottrinale tra i sostenitori della tesi maggioritaria che ritiene l'opera composta tra la primavera del 52 e quella del 51 a.C., e altri autori che invece sostengono che il *de legibus* sarebbe stato scritto negli ultimi mesi di vita di Cicerone, fondando la loro ipotesi per lo più sull'incompletezza del dialogo, sul silenzio dell'autore (cfr. ROBINSON 1940, p. 524 ss.; GRILLI 1990, p. 175 ss.). Argomenti che, tuttavia, come sottolinea Cancelli, appaiono insufficienti a fronte delle testimonianze positive sulle quali poggia la prima ipotesi: tutti i riferimenti a eventi pubblici e personali sono infatti ricompresi tra il 58 e il 52 a.C.

¹⁴³ Cic., *De leg.*, 1.6.18.

¹⁴⁴ Cic., *De leg.*, 1.6.19.

¹⁴⁵ Cic., *De rep.*, 3.22.33.

¹⁴⁶ Cic., *De leg.*, 2.4.8; 2.5.11.

¹⁴⁷ Cic., *De leg.*, 1.6.19.

¹⁴⁸ Cfr. RAWSON 1973, p. 340 ss.; PERELLI 1990, p. 121 ss., in particolare sul mancato superamento della contrapposizione fra legge di natura e diritto positivo all'interno dell'opera; NARDUCCI 1992, p. 146 s.; FONTANELLA 2012, p. 6 ss.; CANCELLI 2008³, p. 13 ss.

¹⁴⁹ FERRERO 1974, p. 23, con riferimento a Cic., *De leg.*, 2.25.62.

Il diritto positivo è dettato all'uomo dalla natura, il che dovrebbe evitare il rischio di regole arbitrarie o ispirate a ragioni di convenienza¹⁵⁰. Nella disamina delle leggi umane, il discorso si fa concreto: Cicerone prende ad esempio le norme funerarie contenute nelle XII tavole, le leggi dei *maiores*, che giudica positivamente perché vi riconosce la continuità con il diritto naturale¹⁵¹. Le antiche leggi erano inoltre custodite in archivi sorvegliati da magistrati, come accadeva anche in Grecia, garantendo in questo modo la conoscibilità e la certezza del testo normativo. Esigenze che, nel momento in cui scrive, Cicerone non ritiene siano più garantite per la mancanza di documenti ufficiali depositati presso i pubblici archivi¹⁵². Sappiamo dallo stesso Cicerone¹⁵³ che le proposte di legge venivano promulgate e depositate nell'erario, ma nulla si dice rispetto alla pubblicazione del testo di legge approvato o alla sua conservazione in archivi ufficiali.

¹⁵⁰ Analogamente Cic., *Pro Cluent.*, 57.155: *quoniam omnia commoda nostra, iura, libertatem, salutem denique legibus obtinemus, a legibus non recedamus, simul et illud quam sit iniquum cogitemus, populum Romanum aliud nunc agere, vobis rem publicam et fortunas suas commisisse, sine cura esse, non metuere ne lege ea quam nunquam ipse iusserit et quaestione qua se solum liberum-que esse arbitretur per paucos iudices astringatur.*

¹⁵¹ Cic., *De leg.*, 2.25.62.

¹⁵² Cic., *De leg.*, 3.20.46: *legum custodiam nullam habemus, itaque eae leges sunt, quas apparitores nostri volunt: a librariis petimus, publicis litteris consignatam memoriam publicam nullam habemus. Graeci hoc diligentius, apud quos nomophylaces creabantur, nec ei solum litteras (nam id quidem etiam apud maiores nostros erat), sed etiam facta hominum observabant ad legesque revocabant. 47. Haec detur cura censoribus, quandoquidem eos in re publica semper volumus esse. Apud eosdem, qui magistratu abierint edant et exponant, quid in magistratu gesserint, deque iis censores praeiudicent... 48. Nam, ut modo a te dictum est, leges a librariis exigi, sic animadverto plerosque in magistratibus ignorazione iuris sui tantum sapere quantum apparitores velint.* Il testo mi sembra piuttosto chiaro: Cicerone sostiene che a Roma non è prevista alcuna conservazione delle leggi, tanto che le leggi sono quelle che vogliono i nostri scrivani (gli *apparitores* sono ausiliari dei consoli, tra questi anche *scribae* [cfr. DE MARTINO 1972², p. 409]): “le andiamo a chiedere ai copisti e non abbiamo nessun documento pubblico custodito in atti pubblici. I Greci agirono con maggiore diligenza, presso di loro si nominavano dei custodi delle leggi, che non solo custodivano il testo autentico (come si faceva presso i nostri atenati) ma osservavano anche le azioni degli individui e li richiamavano all'osservanza delle leggi. Questo incarico dovrebbe essere affidato ai censori, dal momento che noi vogliamo che essi siano sempre presenti nella *res publica*. Quelli che escono da una magistratura dichiarino ed esponano presso i censori ciò che essi hanno compiuto durante la magistratura, e i censori ne diano un giudizio preliminare [...] Come tu prima hai detto che noi andiamo a chiedere le leggi dai copisti, così ritengo che la maggior parte dei magistrati, per ignoranza delle leggi, ne sappia soltanto quello che vogliono i loro scrivani”. Non mi sembra che da questo testo si possa desumere la conservazione delle leggi votate presso l'erario in età tardo-repubblicana. Questo è invece quanto sostiene GAGLIARDI 2009, *online*, ritenendo che “la custodia delle leggi non era affidata a magistrati, bensì ai semplici ufficiali subalterni dei questori, gli *apparitores*...”. A me non sembra che Cicerone indichi gli *apparitores* come depositari dei testi delle leggi votate. Piuttosto, l'assenza di pubblici archivi fa sì che gli scrivani, ausiliari dei consoli, conservino i testi delle leggi (promulgate, votate?) e che i magistrati si rivolgano a loro per trarre informazioni sulle leggi. Un'ulteriore conferma si ricava poi dal confronto con il regime greco, corrispondente a quello degli antichi, che invece prevedeva pubblici custodi delle leggi. Minimizza il problema logistico della conoscibilità delle leggi MANTOVANI 2021, p. 381 s., affermando al contrario che i Romani avrebbero praticato un'intensa attività di comunicazione dei testi normativi attraverso soprattutto molteplici scritture esposte. Mi sembra dimostrare il contrario la preoccupazione di Cicerone per l'*iter* legislativo che non assicura la pubblicazione del testo approvato, posto che la pubblicazione su tavole è residuale, riservata soprattutto alle *leges datae* e a leggi di particolare rilievo, come quelle decemvirali. Questa scarsa conoscenza delle leggi potrebbe concorrere nella valutazione di Cicerone circa la *multitudo legum*: senza voler negare il senso dell'affermazione di Cicerone, non è da escludere che la percezione dell'enorme quantità di leggi possa essere influenzata dall'incertezza circa la loro esistenza che altera la consistenza del quadro normativo. Sulla parziale rilevanza del deposito e della pubblicazione degli atti comiziali, cfr. NOCERA 1940, p. 187 ss.

¹⁵³ Cic., *De leg.*, 3.4.11: *qui agent, auspicia servanto, auguri publico parento, promulgata proposita in aerario condita habento...*

In considerazione di questi silenzi, la dottrina maggioritaria¹⁵⁴ ha ritenuto che i Romani non avessero previsto per l'entrata in vigore di una legge una formalità corrispondente alla moderna pubblicazione del testo approvato. A rendere noto il testo legislativo valeva la formalità della *promulgatio* del progetto che doveva restare esposto per un *trinundinum* e non poteva subire alterazioni prima dell'approvazione. La *lex Caecilia Didia* del 98 a.C. avrebbe fissato il termine del *trinundinum* tra la *promulgatio* e la votazione della legge e più tardi, nel 62 a.C., la *lex Iunia Licinia de legum latone* avrebbe previsto anche il deposito all'*aerarium*¹⁵⁵ del progetto di legge di fronte ad almeno un testimone, onde evitare possibili alterazioni del testo¹⁵⁶. È stata già segnalata l'inadeguatezza di questo sistema di pubblicità per la conoscenza certa delle leggi: sebbene infatti il progetto non potesse essere modificato dopo l'esposizione, esso avrebbe potuto essere ritirato o non votato nei comizi¹⁵⁷.

Una procedura equivalente alla moderna pubblicazione è testimoniata invece, soprattutto nel periodo più antico, per le leggi e gli atti più importanti che venivano esposti al pubblico in maniera duratura: rientrano in questo novero le leggi regie, il calendario, i regolamenti dei templi, le leggi delle XII tavole, i trattati internazionali¹⁵⁸.

¹⁵⁴ A cominciare da MOMMSEN 1858 (1907), p. 290 ss., seguito da ROTONDI 1912, p. 167 ss.

¹⁵⁵ Cfr. AMPOLO 1983, p. 14, ricordando che prima del 78 a.C., anno di costruzione del *tabularium*, le leggi erano conservate nei templi (*aedes Saturni*, a partire dal V secolo per i testi delle leggi; il tempio di Cerere sull'Aventino per plebisciti e *senatusconsulta*), sul Campidoglio e privatamente. Ampolo riporta l'elenco delle leggi scritte su supporti bronzei o simili (cfr. anche SCHWEGLER 1867, pp. 18-21). CULHAM 1984, p. 15 ss., lascia emergere un quadro piuttosto articolato circa il deposito e la conservazione di documenti ufficiali: in origine sarebbe stato usato l'*aerarium Saturni* sul Campidoglio, anche se non era da considerarsi un vero e proprio archivio di Stato, poi si sarebbe passati al *tabularium*, ove era possibile conservare e consultare i documenti. Cfr. anche CRAWFORD 1996, p. 25 ss., per uno sguardo d'insieme.

¹⁵⁶ Ho seguito la ricostruzione di ROTONDI 1912, p. 335 e 383 s. (analogamente DUCOS 1984, p. 110 ss.; GAGLIARDI 2009, online; FERRARY 2012a, p. 12 ss.). Di diverso avviso LANDUCCI 1896, p. 122 ss., il quale ritiene che la *lex Iunia Licinia de legum latone*, nel confermare le disposizioni della *lex Caecilia Didia* – che stabiliva il termine di tre *nundinae* tra la *promulgatio* e la votazione della legge, nonché il deposito del progetto presso l'erario –, avrebbe previsto che una copia di ciascuna legge votata fosse depositata presso l'erario di fronte ad almeno un testimone. Lo stesso autore riconosce l'assenza di fonti che attestino il deposito del progetto presso l'erario (*ibidem*, p. 144 e nt. 64), mentre richiama alcune testimonianze, anche se non decisive, a sostegno dell'ipotesi del deposito presso l'erario del testo di legge approvato a partire dalla legge *Iunia Licinia* (*ibidem*, 146). Secondo Landucci, dunque, la pubblicazione della legge sarebbe stata realizzata, da una parte, dal deposito del testo votato all'erario (sulla base di una peculiare interpretazione della legge Licinia); dall'altra, qualora non si accoglia tale lettura della norma, dalla *promulgatio* o pubblica esposizione del progetto di legge, dalla sua votazione in assemblea e dalla *renuntiatio* del magistrato dopo la votazione che in ogni caso avrebbero assicurato la pubblica conoscenza della legge (*ibidem*, 122, nt. 10).

¹⁵⁷ Con la conseguenza che, come evidenzia ROTONDI 1912, p. 167 ss., questo difetto avrebbe reso di fatto monopolio delle classi dirigenti la cognizione piena dei testi normativi, soprattutto delle molteplici e complicate riforme del diritto pubblico. ROTONDI, *ibidem*, p. 169 s., sostiene che la copia del progetto di legge depositata all'erario, dopo l'approvazione, veniva diffusa dagli scribi questori (*librarii* ricordati da Cic., *De leg.*, 3.20.46).

¹⁵⁸ MOMMSEN 1858 (1907), p. 290 ss., inserisce nell'elenco le leggi regie, il calendario, i regolamenti dei templi (in particolare il regolamento del tempio e delle feste di Diana aventinense attribuito da D. H., *Ant. Rom.*, 4.26 a Servio), la *lex Pinaria Furia de mense intercalari*, la *lex Icilia de Aventino publicando*, le leggi delle XII tavole (Diod. Sic., *Bibl. hist.*, 12.26; Liv., *Ab urb. cond.*, 3.56; D. H., *Ant. Rom.*, 10.60; D. 1.2.2.4 [Pomp. *lib. sing. ench.*]), oltre ai trattati internazionali (il patto tra Romani e Latini Cic., *Pro Balb.*, 23.53; Liv., *Ab urb. cond.*, 2.33.9; D. H., *Ant. Rom.*, 6.95). PERUZZI 1973, p. 93 ss., 175 ss., ricorda la pubblicazione su tavole di quercia degli ordinamenti di Numa Pompilio ad opera di Anco Marcio (D. H., *Ant. Rom.*, 3.36.4); i cippi in pietra su cui furono scolpite le *indutiae* concluse da Romolo con gli abitanti di Veio (D. H., *Ant. Rom.*, 2.55.6; Liv., *Ab urb. cond.*, 1.15.5; Cass. Dio/Zon., *Ann.*, 7.4); i cippi con i patti della lega sabina sotto il regno di Tullo Ostilio (D. H., *Ant. Rom.*, 3.33.1) e poi gli annali dei pontefici esposti in una parte della *regia* accessibile al pubblico

Sullo sfondo della dialettica tra il piano universale della legge di natura e quello particolare, del diritto umano, Cicerone si sofferma sul problema della certezza del diritto legato all'effettiva conoscibilità dei testi di legge. È quest'ultimo un tema ricorrente nella riflessione di Cicerone: in altri luoghi delle sue opere¹⁵⁹ egli lamenta l'ipertrofia legislativa dei Romani¹⁶⁰, rinnovando la preoccupazione per l'effettiva conoscenza delle norme al fine di garantire un diritto certo¹⁶¹.

Una preoccupazione simile, mista a sdegno, caratterizza l'approccio di Tacito nell'affrontare il tema della legge, o meglio della degenerazione delle leggi. Negli *Annales*, mosso dal disagio causato dal proliferare delle norme e dal loro impatto negativo sulla società civile, lo storico si sofferma sui *principia iuris* – espressione che ricorda il *principium iuris* ciceroniano del *de legibus* – e sulle circostanze che hanno condotto alla *multitudo infinita ac varietas legum*¹⁶² dei Romani. Tacito scrive una vera e propria storia delle leggi¹⁶³ che sarebbero nate

(Cic., *De or.*, 2.12.52 s.). Cfr. anche LANDUCCI 1896, p. 123; TONDO 1973, p. 12 s., sull'uso normale della scrittura in età monarchica, da Numa Pompilio definito da Cic., *De rep.*, 5.2.3 *legum scriptor*, a Servio Tullio che avrebbe fatto incidere su tavole ed esporre nel foro la propria produzione normativa. Sulla diversa fruizione della scrittura di un testo normativo in supporti quali cippi o tavole (bronzee), cfr. POCETTI 2009, p. 175 e nt. 22. I cippi opistografi sono normalmente esposti in luoghi pubblici, le tavole sono custodite in teche, o in luoghi di minore frequentazione e hanno una valenza politica o religiosa (la *tabula dealbata* come registro cronachistico pontificale o le tavole di bronzo come supporto per la registrazione di trattati e di decreti). Da ultimo LAURENDI 2013, p. 27 ss., sulla formulazione scritta delle *leges regiae* legata alla probabile diffusione della scrittura a Roma già nel VII-VI secolo a.C. (forse già nell'VIII), anche grazie all'influenza culturale etrusca precedente alla monarchia etrusca.

¹⁵⁹ Cic., *Pro Sest.*, 25.55: *legum multitudinem, cum earum quae latae sunt, tum vero quae promulgatae fuerunt*; 51.109: *leges videmus saepe fieri multas*; Cic., *Pro Balb.*, 8.21: *tulit apud maiores nostros legem C. Furius de testamentis, tulit Q. Voconius de mulierum hereditatibus; innumerabiles aliae leges de civili iure sunt latae; quas Latini voluerunt, adsciverunt*. Da Cicerone dipenderebbe anche il famoso *excursus* di Tacito sulla storia della legislazione romana in *Ann.* 3.25.2, giustificato dalla ricerca delle cause per cui le leggi, nella loro *multitudo e varietas*, erano diventate causa di malessere sociale, anziché rimedio, nella riflessione di MANTOVANI 2012c, p. 716 s. (con precisazioni MANTOVANI 2022, p. 341 s.). Sulla moltiplicazione delle leggi e sul potenziamento del ruolo popolare nella costruzione del diritto cfr. DUCOS 1984, p. 154 ss.; CUENA BOY 2007, p. 12 ss.

¹⁶⁰ Cui fa eco l'immagine dell'immenso cumulo di leggi repubblicane sia di diritto pubblico, sia di diritto privato, proposta da Livio (3.34.6).

¹⁶¹ A questa situazione di incertezza normativa sono da ricondurre, come sottolinea MANTOVANI 2012c, p. 714, il progetto di Cesare, ricordato da Svetonio (*Suet.*, *Vita Iul.*, 44.1-4) di conferire certezza al diritto civile raccogliendo in pochissimi libri l'enorme e disordinata mole di leggi esistenti. Sul punto cfr. anche STARACE 2018, p. 174 ss., 190 ss.

¹⁶² Tac., *Ann.*, 3.25.

¹⁶³ Tac., *Ann.*, 3.26-28: *vetustissimi mortalium, nulla adhuc mala libidine, sine probro, scelere eoque sine poena aut coercionibus agebant. neque praemiis opus erat cum honesta suo apte ingenio peterentur; et ubi nihil contra morem cuperent, nihil per metum vetabantur. at postquam exui aequalitas et pro modestia ac pudore ambitio et vis incedebat, provenere dominationes multosque apud populos aeternum mansere. Quidam statim aut postquam regum pertaesum leges maluerunt. hae primo rudibus hominum animis sim-plices erant; maximeque fama celebravit Cretensium, quas Mino, Spartanorum, quas Lycurgus, ac mox Atheniensibus quaesitores iam et plures Solo perscripsit. nobis Romulus ut libitum imperitaverat: dein Numa religionibus et divino iure populum devinxit, repertaque quaedam a Tullo et Anco. sed praecipuus Servius Tullius sanctorum legum fuit quis etiam reges obtemperarent. 27. Pulso Tarquinio adversum patrum factiones multa populus paravit tuendae libertatis et firmandae concordiae, creatique decemviri et accitisquae usquam egregia compositae duodecim tabulae, finis aequi iuris. nam secutae leges etsi aliquando in maleficos ex delicto, saepius tamen dissensione ordinum et apiscendi illicitos honores aut pellendi claros viros aliaque ob prava per vim latae sunt... 28. ...sexto demum consulatu Caesar Augustus, potentiae securus, quae triumviratu iusserat abolevit deditque iura quis pace et principe uteremur. acriora ex eo vincla, inditi custodes et lege Papia Poppaea praemiis inducti ut, si a privilegiis parentum cessaretur, velut parens omnium populus vacantia teneret. sed altius penetrabant urbemque et Italiam et quod usquam civium corripuerant, multorumque excisi status. et terror omnibus intentabatur ni Tiberius statuendo remedio quinque consularium, quinque et praetoriis, totidem et cetero senatu sorte duxisset apud quos exsoluti plerique legis nexus modicum in praesens levamentum fuere.*

per arginare la prepotenza dei re, intervenuta dopo una fase mitica, in cui gli uomini vivevano senza infamia né delitti, perseguendo naturalmente il bene e l'onesto¹⁶⁴. Questa origine viene rappresentata come una costante presso tutti i popoli: si va dalle primitive leggi dei Cretesi e degli Spartani a quelle più raffinate degli Ateniesi, scritte da Solone, per arrivare ai Romani in origine sottoposti all'arbitrio di Romolo, poi vincolati alla religione da Numa, governati da Tullo Ostilio e Anco Marcio con norme sporadiche, che diventano un corpo ordinato di leggi a cui sono sottoposti gli stessi re solo grazie a Servio Tullio. Dopo la cacciata dei Tarquini, nell'età repubblicana, l'unico esempio positivo di normazione è rappresentato dalle leggi delle XII tavole, per la redazione delle quali furono nominati i decemviri che, raccolte le migliori norme vigenti in ogni paese¹⁶⁵, misero insieme XII tavole di leggi, considerate *finis aequi iuris*, una sorta di ultimo baluardo del diritto giusto¹⁶⁶. Le leggi che seguirono, infatti, per quanto siano state talvolta create per punire i delitti, più spesso nacquero da un atto di violenza, generato dalle discordie tra le classi, dalla brama di conquistare onori illeciti o di cacciare in esilio uomini egregi. Gli ultimi difficili anni della repubblica sono descritti attraverso le figure di personaggi eminenti – i Gracchi, Silla, Lepido, Pompeo – e i loro atti di normazione¹⁶⁷. L'epilogo del rapido *excursus* sta nell'amarezza per l'assenza di norme generali, sostituite da provvedimenti *ad personam*, tanto più numerosi quanto più la repubblica si trovava in preda alla corruzione¹⁶⁸. Con Augusto sembrerebbe aprirsi una nuova fase perché consegnò ai Romani le leggi che consentirono loro di vivere in pace¹⁶⁹. Tuttavia, la perversa applicazione di alcune leggi augustee, in particolare quelle in materia matrimoniale, favorendo la delazione senza migliorare la disaffezione per i matrimoni e la procreazione¹⁷⁰, obbligò Tiberio a intervenire per sciogliere alcuni intricati passaggi della legge, regalando ai cittadini un po' di sollievo. Parole pesanti, quelle di Tacito, sulla legislazione soprattutto tardo-repubblicana, che nella sua degenerazione ipertrofica diventa lo strumento della corruzione sociale, cancellando il rispetto dell'onestà dei costumi e del diritto, capovolgendo il rapporto tra ciò che è lecito e ciò che non

¹⁶⁴ Su questa fase storica, comune alle narrazioni sulle origini del diritto, sia pure con accenti diversi, cfr. MASTROROSA 2009, p. 145 ss.; MANTOVANI 2012b, p. 391 ss., sulla storia stadiale dell'umanità.

¹⁶⁵ In questo riferimento non escluderei un'eco dell'ambasceria romana in Grecia, o comunque, come abbiamo visto in Pomponio, della presenza di Ermodoro di Efeso nella redazione delle leggi decemvirali.

¹⁶⁶ Cfr. DUCOS 1991, p. 3247 s.; SPAGNUOLO VIGORITA 2010³, p. 6, nt. k; MANTOVANI 2012b, p. 364 e nt. 45.

¹⁶⁷ Sulla legislazione successiva alle XII tavole, e in particolare sul suo carattere iniquo, SPAGNUOLO VIGORITA 2010³, p. 6, nt. k; MANTOVANI 2012b, p. 364 ss.

¹⁶⁸ Cfr. DUCOS 1991, p. 3245 ss., sui profili storici, morali e filosofici della riflessione di Tacito; MANTOVANI 2012b, p. 363 ss., ravvisa nella descrizione tacitiana della parabola della legislazione romana uno schema ternario in cui si combinano, a seconda dei periodi storici, tre fattori: *mores, leges, potentia*. Solo in presenza di una società moralmente salda, governata da un potere politico stabile, la parabola della legislazione è ascendente (periodo regio e legislazione decemvirale), al contrario dove manchino stabilità politica e moralità, la parabola legislativa è discendente, divenendo la legge uno strumento di sopraffazione (periodo tardo-repubblicano). Tacito – sottolinea Mantovani – richiama durante quest'ultima fase anche periodi nei quali il potere si è trovato in mani salde e dunque le leggi hanno svolto una funzione di riforma sociale (Silla, Pompeo).

¹⁶⁹ Sulla valutazione di Tacito circa la politica augustea e più in generale sul rapporto tra legge e imperatore, cfr. MASTROROSA 2009, p. 156 ss.; MANTOVANI 2012b, p. 368 ss., che ravvisa nel principato di Augusto un momento di stabilità politica che consente un'inversione di tendenza nella legislazione.

¹⁷⁰ Sul commento di Tacito alla legislazione matrimoniale augustea, cfr. SPAGNUOLO VIGORITA 2010³, p. 4 ss.

lo è¹⁷¹. Una condanna lapidaria che non nasconde lo sdegno dello storico per il degrado morale e politico cui l'arbitrarietà politica normativa ha condotto la società romana.

Nonostante il diverso tono dell'esposizione, maggiormente distaccato rispetto a quello appassionato di Tacito, Pomponio¹⁷² ha letto la narrazione dello storico e ne ha tenuto conto nella sua storia del diritto¹⁷³. Sono stati già rilevati significativi punti di contatto tra le due narrazioni: il fatalismo di alcuni passaggi della storia costituzionale romana che ricorda lo stile e la diagnosi di Tacito¹⁷⁴, l'*origo* del diritto legato al superamento di una fase di regalità arbitraria¹⁷⁵. Altrettanto significative sono le differenze. La più evidente è l'assenza dei giuristi nella costruzione del diritto romano di Tacito, prodotta da "una maldestra imitazione"¹⁷⁶ del genere letterario greco dei trattati sulle leggi e sui costumi delle regioni, a confronto con il lungo *excursus* di Pomponio sui giuristi romani¹⁷⁷. È stato segnalato poi che le due narrazioni sarebbero divergenti nel loro perno: per Tacito individuato nei *mores*, il cui costante declino sarebbe stato arginato dalle *leges*; per Pomponio invece nella costante crescita della comunità romana, in rapporto alla quale la certezza del diritto è assicurata dalle diverse fonti di produzione del diritto¹⁷⁸.

Indubbiamente, la differenza tra la narrazione di Pomponio sull'origine del diritto e la storia delle leggi di Tacito, da una parte, e la riflessione filosofico-giuridica di Cicerone sul ruolo della legge, dall'altra, non ha bisogno di essere sottolineata. L'impostazione di Pomponio ha un carattere corale, coinvolgendo, in uno sforzo di progressiva crescita, l'intero sistema del diritto con l'obiettivo di assicurare lo *ius certum*, preoccupazione che Cicerone manifesta rispetto alla pubblica conoscibilità delle leggi deliberate dalle assemblee e che Tacito non prende affatto in considerazione, rappresentando le leggi come effetto, più che come causa, della coscienza morale dei Romani e della stabilità politica della comunità. Dal confronto tra queste diverse prospettive emerge chiaramente la peculiarità della rappresentazione pomponiana della legge come strumento volto ad assicurare la certezza del diritto nella fase più risalente della comunità romana. Se si alza lo sguardo, prendendo in esame il ruolo della legge nella narrazione pomponiana sul *processus iuris*, inserita nello scenario delle fonti del diritto, non si può prescindere dal confrontare questo quadro di sintesi con la classificazione gaiana delle fonti del diritto.

¹⁷¹ Tac., *Ann.*, 3, 27-28: *...iamque non modo in commune sed in singulos homines latae quaestiones, et corruptissima re publica plurimae leges. 28. Tum Cn. Pompeius, tertium consul corrigendis moribus delectus et gravior remediis quam delicta erant suarumque legum auctor idem ac subversor, quae armis tuebatur armis amisit. exim continua per viginti annos discordia, non mos, non ius; deterrima quaeque impune ac multa honesta exitio fuere.*

¹⁷² Si veda NÖRR 1976 (2002), p. 221 s.

¹⁷³ Cfr. STOLFI 2002, p. 292 s.

¹⁷⁴ Cfr. NÖRR 1976 (2002), p. 221; MANTOVANI 2012b, p. 399.

¹⁷⁵ MANTOVANI 2012b, p. 400.

¹⁷⁶ NÖRR 1976 (2002), p. 227. La lacuna è oggettiva, indipendentemente dal significato che a essa si voglia attribuire nei termini di una valutazione positiva o negativa da parte dello storico sul ruolo dei giuristi romani.

¹⁷⁷ Cfr. STOLFI 2002, p. 293 ss.

¹⁷⁸ MANTOVANI 2012b, p. 401.

8. La classificazione delle fonti del diritto in Gaio e in Pomponio: due modelli a confronto

Le due testimonianze possono considerarsi indipendenti, non essendo possibile ricostruire la loro relazione né a livello cronologico, né passando per i rapporti tra i due giuristi¹⁷⁹.

Gaio all'inizio delle sue Istituzioni riporta un elenco delle fonti degli *iura populi Romani*: leggi, plebisciti, *senatus consulta*, costituzioni imperiali, editti magistratuali, *responsa prudentium*.

Gai. 1.2.: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium. 3. Lex est, quod populus iubet atque constituit. Plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit. Plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis et patriciis: plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur; unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent: itaque eo modo legibus exaequata sunt. 4. Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit; idque legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum. Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit; nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat. 6. Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani. Sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent: nam in provincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur. 7. Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur.*

Ogni atto viene descritto, usando il medesimo *cliché* stilistico¹⁸⁰, a partire dall'organo che lo produce: la legge è ciò che il popolo approva e stabilisce, il plebiscito è ciò che la plebe approva e stabilisce. L'esclusiva partecipazione plebea alla votazione dei plebisciti portò i patrizi a non ritenersi vincolati da questi atti, senonché l'intervento della legge Ortensia, estendendo a

¹⁷⁹ Cfr. SCHIAVONE 2005, p. 329.

¹⁸⁰ Cfr. SCHIAVONE 2005, p. 328 ss., il quale, superando lo schermo formalistico della *lex*, ritiene che il popolo romano sia il soggetto nascosto sotto lo schermo, sia direttamente nella sua funzione deliberante rispetto alle leggi, sia indirettamente attraverso il rapporto di derivazione storica e ideologica dalla legge rispetto alle altre fonti. All'epoca di Gaio le sole fonti dello *ius* operanti sono giuristi e principe, con un primato indiscutibile dell'ultimo.

tutto il popolo l'applicazione dei plebisciti, li equiparò alle leggi. Il *senatus consultum* è quanto il senato approva e stabilisce e, nonostante alcune perplessità, gli è stata riconosciuta forza di legge. La costituzione imperiale è ciò che l'imperatore stabilisce mediante *decretum*, *edictum* ed *epistula* e, in questo caso, non si dubita che l'atto abbia forza di legge, perché l'imperatore ha ricevuto il proprio potere attraverso una legge. Gli editti dei magistrati, e in particolare l'editto del pretore urbano e peregrino, oltre a quello degli edili curuli, costituiscono un'altra importante fonte di diritto. Infine, i pareri dei giuristi sono decisioni e opinioni che fondano il diritto. Un rescritto di Adriano ha poi precisato che le decisioni che raccolgono il consenso di tutti i giuristi hanno valore di legge, quando invece c'è dissenso, il giudice può seguire la decisione che ritiene.

Nel leggere la testimonianza, non c'è dubbio che la legge sia il perno della sistematica. Depongono in questo senso numerosi elementi: la classificazione si apre con la definizione di *lex* basata su due verbi *iubere* e *constituere*, gli stessi che vengono usati, con indubbia efficacia didascalica, per qualificare la maggior parte delle fonti successive. La legge diventa il paradigma al quale si uniformano i plebisciti, differenti per l'organo deliberante, anche se una legge ne ha esteso l'efficacia a tutto il popolo. Anche le decisioni del senato hanno forza di legge, come le costituzioni imperiali. La giurisprudenza non sfugge al rapporto con la legge, posto che sulla base di una decisione di Adriano le decisioni concordi dei giuristi hanno valore di legge. Solo gli editti magistratuali non sembrano essere posti in relazione alla legge. Non è semplice comprendere la scelta di Gaio, anche perché la classificazione non è agganciata ad alcuna notizia storica che possa aiutare nella contestualizzazione.

Per quanto abbiamo potuto già osservare leggendo la classificazione pomponiana¹⁸¹, l'impostazione del giurista è del tutto differente. Si parte dalla *lex* per arrivare alla *constitutio principis*, seguendo un percorso ascendente dalla volontà popolare alla volontà del principe, che prende in considerazione, secondo una logica corale, anche le *legis actiones* che assicurano la forma per agire in giudizio¹⁸², assenti in Gaio, con l'obiettivo di garantire la certezza del diritto. Pomponio narra una storia delle fonti¹⁸³ dall'angolo visuale dello *ius certum*¹⁸⁴; Gaio, invece, le

¹⁸¹ Cfr. *supra*, § 6.

¹⁸² Seconda una tradizione interna allo *ius civile*, risalente ai *Tripertita* eliani. Cfr. *supra*, § 2, nt. 23.

¹⁸³ Non concordo con quanto MANTOVANI 2012b, p. 402, scrive a proposito della storicizzazione dell'impostazione di Pomponio che sarebbe "fortemente compressa da un'esigenza sistematica", tanto che la descrizione didascalico-giuridica dell'*origo iuris* e del suo progredire sarebbe un tentativo per conferire prospettiva storica allo statico elenco delle fonti del diritto. A me sembra, al contrario, che l'elenco riassuntivo delle fonti del diritto nel § 12 del frammento dell'*enchiridion* non sia che una sintesi della narrazione storica svolta nei paragrafi precedenti.

¹⁸⁴ Non mi trova concorde neppure un'altra conclusione di MANTOVANI 2021, p. 379, sul concetto di certezza del diritto nell'intero ordinamento romano che sarebbe affidata a due soli passi, uno di Cicerone (*De prov. cons.*, 8.19: *domitae sunt a Caesare maximae nationes, sed nondum legibus, nondum iure certo, nondum satis firma pace devinctae*), l'altro di Pomponio (D. 1.2.2.1), che rappresenterebbero "occorrenze troppo isolate per reggere da sole il compito di certificare che i Romani avessero elaborato il concetto". A dire il vero, come si è visto *supra* in testo, l'analisi del frammento di Pomponio sull'*origo et processus iuris* ha fatto emergere numerosi indizi ai quali affidare la ricostruzione pomponiana dell'idea di certezza del diritto presso i Romani, così come la lettura del *de legibus* di Cicerone. Il punto però è che i passi riportati possono testimoniare la peculiare prospettiva degli autori richiamati sulla certezza del diritto. Filtrando i fatti dalle considerazioni degli autori è possibile, come si vedrà *infra*, § 9, tentare una ricostruzione più generale della certezza del diritto – come del resto sembra

classifica secondo una partizione retorica e filosofica¹⁸⁵, senza prospettiva storica, usando come modello la *lex*¹⁸⁶.

Nella ricostruzione storica di Pomponio la legge è la fonte in grado di garantire la certezza del diritto nell'età monarchica, con leggi regie assimilate alle leggi rogate repubblicane, e nella prima fase dell'età repubblicana, ove tocca la sua vetta più alta con la legislazione decemvirale¹⁸⁷. Nella classificazione gaiana la legge è il modello statico sul quale sono omologate le altre fonti. Una visione storica, in divenire, che persegue un obiettivo, lo *ius certum*, giustapposta a una ricostruzione sistematica, statica, senza un obiettivo, se non la completezza dell'elenco¹⁸⁸.

Abbiamo a questo punto tutti gli elementi per poter fare una valutazione conclusiva sulla narrazione di Pomponio circa l'origine e lo sviluppo del diritto nella fase più antica della storia romana.

9. Conclusioni: lo *ius certum* come categoria storica nella rappresentazione pomponiana

Come abbiamo premesso, lo studio della certezza del diritto nella società romana nel periodo che va dall'età regia sino alla legislazione decemvirale è mediato dalla riflessione maturata dai giuristi, dagli storici e dai filosofi che si sono occupati della questione. Questi ultimi sono tutti

ritenere anche Mantovani, richiamando Burdese circa la consapevolezza della scienza giuridica romana del problema della certezza del diritto. SCHIAVONE 2005, p. 329, limita il contenuto della classificazione di Pomponio a una costruzione stratigrafica, in senso storico-continuistico, delle diverse manifestazioni del *ius* a Roma.

¹⁸⁵ Cfr. SCHIAVONE 2005, p. 330 ss., sul modello fissatosi dell'*ad Herennium* e nei *topica* ciceroniani, poi ripreso in ambienti sabiniani.

¹⁸⁶ Cfr. KASER 1986, p. 16, con riferimento a Gai. 1.3; BRETONE 1982², p. 231; SANTUCCI 2005, p. 47 ss., il quale ravvisa nella centralità della legge in Gaio, usata quale parametro dell'efficacia delle altre fonti, il possibile perpetuarsi del pensiero maturato nella tarda repubblica circa l'influenza del pensiero costituzionale greco che tendeva a riportare alla legge l'intero diritto; CANNATA 2012 (2014), p. 261 ss. Non così Pomponio, anche se MANTOVANI 2012c, p. 717, ritiene che la *lex* avesse nella storia dello *ius* tracciata da Pomponio il primo posto nell'ordinamento. Questo è vero solo per l'età più antica, come testimonia la storia narrata dal giurista. *Contra*, MASCHI 1966², p. 125, 132 ss., il quale ritiene che anche la classificazione gaiana risponda a un'esigenza storica. SCHIAVONE 2005, p. 330 ss., porta il discorso sull'effettività dell'ordine giuridico al tempo di Gaio, evidenziando la centralità della costituzione dell'imperatore, nel suo rapporto di derivazione storica e ideologica dalla legge e per il suo tramite dalla volontà del popolo. Principe e popolo costituirebbero dunque il nucleo del discorso di Gaio.

¹⁸⁷ ALBANESE 1978 (1991b), p. 1459 ss., interpreta *lex* come legge rogata repubblicana e non trova nei §§ precedenti il § 12 alcun riferimento se non alle leggi delle XII tavole, ritenendo oscuro il cenno alla *lex tribunicia* (*ibidem*, 1473) che avrebbe causato la fine del *regnum*. Queste anomalie denoterebbero un'imperizia da parte dell'a. del passo che ritiene essere uno scrittore contemporaneo a Pomponio, forse un uditore delle sue lezioni.

¹⁸⁸ SCHIAVONE 2005, p. 333 ss., ritiene che nell'elenco di Pomponio mancassero i giuristi che sarebbero stati recuperati successivamente nel lungo *excursus* sulla giurisprudenza, non quale parte nella composizione storica del diritto, ma quale condizione preliminare, e dunque esterna all'elenco, senza la quale l'intero *ius* non sarebbe potuto esistere. Insomma, per Schiavone i giuristi avrebbero rappresentato la barriera contro la possibile deriva autoritaria del principe. In ciò, prendendo le distanze dalla prospettiva di Gaio, anzi rovesciando il rapporto tra giurisprudenza e principe che per Gaio avrebbe pesato a favore dell'imperatore. Analogamente STARACE 2018, p. 190 ss., secondo la quale, in un periodo nel quale Salvio Giuliano riceve l'incarico della codificazione dell'editto pretorio, viene riordinato il consiglio imperiale, si esauriscono le scuole di diritto, Pomponio, da tradizionalista quale è, recupera in chiave storica tali esigenze sistematiche e cerca di valorizzare il ruolo della giurisprudenza in funzione del presente, per circoscrivere il potere imperiale. Scettico sul trarre indizi di un atteggiamento filo-repubblicano o per lo meno di opposizione al principato di Pomponio, NÖRR 1976 (2002), p. 222 s.

concordi, nonostante la differente natura delle loro testimonianze, nel ravvisare nella legge la fonte capace di garantire, meglio di altre, la certezza del diritto.

Nella narrazione sull'origine e sullo svolgimento del diritto, Pomponio anticipa il ruolo della *lex* repubblicana, quale massima espressione della volontà popolare, all'età monarchica. Vera o falsa che sia, l'omologazione della concezione della legge porta con sé la garanzia della certezza del diritto che copre tutto il periodo che va dalle origini all'epoca repubblicana.

In questo quadro tendenzialmente uniforme, emergono due parametri che configurano come certo il diritto prodotto dalla *lex*: la deliberazione popolare e la pubblicazione del testo normativo. Rispetto al primo criterio, nella narrazione pomponiana sia le leggi regie, sia le leggi repubblicane sono votate dal popolo. Quanto al secondo parametro, la raccolta di leggi regie ordinate da un tal Papirio, in un'opera nota con il nome di *ius civile Papirianum*, assolve alla funzione propria della pubblicazione, garantendo l'ampia conoscibilità delle norme. Rispetto alle leggi repubblicane, solo le norme delle XII tavole, insieme ad alcuni altri atti particolarmente rilevanti per la storia romana, risultano essere state affisse nel foro¹⁸⁹.

Le leggi delle XII tavole segnano un momento di passaggio nel ruolo svolto dalla legge nella società romana. Esse sono un punto di arrivo rispetto allo *ius certum*, massimamente garantito dalla consultazione popolare sulle proposte dei decemviri e dalla doppia pubblicazione delle norme (almeno delle prime dieci tavole). Se la pubblicazione delle leggi decemvirali garanti la certezza del diritto, la loro applicazione ai casi concreti e nelle dinamiche processuali richiede l'interpretazione dei giuristi. E qui rientrarono in gioco i pontefici, i custodi degli antichi *mores*, che a dispetto della pubblica conoscenza delle norme, avvolsero nella segretezza l'interpretazione del diritto delle XII tavole sino quando i giuristi laici assicurarono un altro momento di certezza del diritto, facendo procedere di pari passo la conoscenza delle norme e i criteri per la loro applicazione.

La storia successiva alla legislazione decemvirale è la storia del progressivo declino della funzione della legge. Pomponio lo lega alle oggettive difficoltà di partecipazione ai comizi centuriati della popolazione in costante crescita, toccando il suo momento più basso nell'ultima fase della repubblica rispetto alla quale sia Cicerone, sia Tacito lamentano l'ipertrofia del sistema legislativo e la mancanza di attenzione alla conservazione e alla pubblicazione delle leggi comiziali.

Nella sistematica delle fonti di produzione del diritto elaborata da Gaio la legge assume un ruolo cardine per essere il modello cui è ispirata l'intera classificazione. La legge cambia la sua funzione rispetto alla visione di Pomponio: da strumento in grado di assicurare, nella

¹⁸⁹ Un famoso passaggio di Livio conferma questo rapporto tra leggi regie e leggi decemvirali, ricordando la circostanza che, successivamente all'incendio gallico, si raccolsero i trattati e le leggi, tra cui alcune leggi regie e le norme decemvirali. Tra queste alcune furono anche pubblicate, mentre le norme che riguardavano i *sacra* furono sottratte alla conoscenza del popolo per volontà dei pontefici (Liv., *Ab urb. cond.*, 6.1.10: *in primis foedera ac leges – erant autem eae duodecim tabulae et quaedam regiae leges conquiri, quae comparerent, iusserunt. alia ex eis edita etiam in vulgus; quae autem ad sacra pertinebant, a pontificibus maxime, ut religione obstrictos haberent multitudinis animos, suppressa*). Cfr. ALBANA 2004, p. 13; MANCINI 2018, p. 12 ss., sulla stratificazione del testo delle norme decemvirali a seguito della distruzione delle tavole nell'incendio gallico.

concreta dinamica dei rapporti politico-sociali delle origini, lo *ius certum*, trovando nella normativa decemvirale il suo massimo riconoscimento quale fonte del diritto pubblico e privato, essa diventa nella sistematica gaiana delle fonti di produzione del diritto un modello senza tempo. La rilettura del ruolo della legge del giurista antoniniano non ha nulla a che vedere con la certezza del diritto che richiede una necessaria contestualizzazione nelle dinamiche politiche e sociali.

Pomponio, volgendosi al passato per narrare l'*origo* e il *processus* del diritto, ci insegna che lo *ius certum* è una categoria storica. Egli non dimostra soltanto di avere "coscienza storica"¹⁹⁰, raccordando il presente al passato nello svolgersi dei fenomeni giuridici non di rado con una ricaduta pratica, ma insegue la certezza del diritto nelle sue mutevoli forme e contenuti nei diversi contesti di riferimento. Il quadro che si configura è a un tempo sincronico e diacronico: le fonti del diritto nascono, si stabilizzano trovando uno spazio all'interno dell'ordinamento, vengono affiancate da altre che meglio garantiscano lo *ius certum*, partecipando allo svolgimento ininterrotto del diritto. Il segno del *processus* è positivo, conformemente al graduale, anche se non sempre costante, miglioramento del diritto. E ciò consente al giurista, si è detto¹⁹¹, di guardare senza avversione al presente e con fiducia al futuro.

Bibliografia

- ALBANA 2004 = M. ALBANA, *I luoghi della memoria a Roma in età repubblicana: templi e archivi*, in *Annali della Facoltà di Scienze della Formazione dell'Università di Catania* 3 (2004), pp. 9-53.
- ALBANESE 1959 (1991a) = B. ALBANESE, *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*, in *Iura* 10 (1959), pp. 431-444 = ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Palermo 1991, pp. 169-182 (qui cit.).
- ALBANESE 1978 (1991b) = B. ALBANESE, *D. 1.2.2.12 e la sua attribuzione*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, vol. IV, Milano 1978, pp. 3-27 = ID., *Scritti giuridici*, vol. II, Palermo 1991, pp. 1455-1479 (qui cit.).
- ALBANESE 1998 (2006) = B. ALBANESE, *Macrobio (Sat. 3,11,3 ss.) ed il ius Papirianum*, in *Annali Palermo* 45.2 (1998), pp. 5-30, ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. III, Torino 2006, pp. 625-650 (qui cit.).
- ALPA 2006 = G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli 2006.
- AMPOLO 1983 = C. AMPOLO, *La storiografia su Roma arcaica e i documenti*, in E. GABBA (a c. di), *Tria corda. Scritti in onore di A. Momigliano*, Como 1983, pp. 9-26.
- ANGELOSANTO 2020 = A. ANGELOSANTO, *Prevedibilità degli esiti giudiziari e ius controversum*, Napoli 2020.

¹⁹⁰ Cfr. NÖRR 1976 (2002), p. 171 ss. In particolare, relativamente al terzo stadio di "coscienza storica" del giurista che configura ogni epoca "immanente" nel suo condizionamento temporale.

¹⁹¹ Cfr. NÖRR 1976 (2002), p. 241.

- ARANGIO-RUIZ 1978 = V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli 1978.
- BERTOLINI 1888 = C. BERTOLINI, *I celeres ed il tribunus celerum. Contributo alla storia della costituzione dell'antica Roma*, Roma 1888.
- BRETONE 1982² = M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani²*, Napoli 1982.
- BUR, LANFRANCHI 2022 = CL. BUR, TH. LANFRANCHI, *L'Enchiridion de Sextus Pomponius, heurs et malheurs d'un manuel juridique antique*, in *Anabases* 35 (2022), pp. 205-224.
- BURCKHARDT 2007 = L. BURCKHARDT, *Elemente der Vergleichbarkeit von Gesetzgebung. Deuteronom – Gortyn – XII Tafelgesetze. Eine Skizze*, in ID., K. SEYBOLD, J. VON UNGERN-STERNBERG (Hrsg.), *Gesetzgebung in antiken Gesellschaften. Israel, Griechenland, Rom*, Berlin-New York 2007, pp. 1-66.
- BURDESE 1988 = A. BURDESE, Rec. a M. SARGENTI, G. LURASCHI (a c. di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 54 (1988), pp. 420-426.
- CALORE 2018 = E. CALORE, *Le norme di diritto pubblico*, in M.F. CURSI (a c. di), *XII Tabulae. Testo e commento*, vol. II, Napoli 2018, 721-800.
- CANCELLI 2008³ = F. CANCELLI (a c. di), *M.T. Cicerone, Le leggi³*, Roma 2008.
- CANNATA 2012 (2014) = C.A. CANNATA, *La posizione della lex nella sistematica delle fonti romane*, in J.-L. FERRARY (a c. di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, pp. 257-280 = ID., *Scritti scelti di diritto romano*, vol. III, Torino 2014, pp. 261-282 (qui cit.).
- CARAFA, FIORENTINI, FUSCO 2011 = P. CARAFA, M. FIORENTINI, U. FUSCO, in A. CARANDINI (a c. di), *La leggenda di Roma*, vol. III. *La costituzione*, Milano 2011.
- CASCIONE 2018 = C. CASCIONE, *Il contesto storico della legislazione decemvirale*, in M.F. CURSI (a c. di), *XII Tabulae. Testo e commento*, vol. I, Napoli 2018, 1-30.
- CASCIONE 2021 = C. CASCIONE, *Una piccola (ipotesi di) correzione romanistica alla c.d. 'Summa Parisiensis'*, in E. HÖBENREICH, M. RAINER, G. RIZZELLI (a c. di), *Liber amicorum et amicorum. Scritti in onore di L. Peppe*, Lecce 2021, pp. 89-100.
- CAVALLERO 2018 = F.G. CAVALLERO, *Ius publicum dedicandi (e consecrandi): il diritto di dedica a Roma*, in *Mélanges de l'École Française de Rome, Antiquité* 130-1 (2018), pp. 219-249.
- CORBINO 1994 = A. CORBINO, *La capacità deliberativa dei comitia curiata*, in ID. (a c. di), *Le strade del potere*, Catania 1994, pp. 65-90.
- CRAWFORD 1996 = M.H. CRAWFORD (ed.), *Roman Statutes*, vol. I, London 1996.
- CRAWFORD 2011 = M.H. CRAWFORD, *From Ionia to the Twelve Tables*, in K. MUSCHELER (Hrsg.), *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift D. Liebs*, Berlin 2011, pp. 153-160.
- CUENA BOY 2007 = F. CUENA BOY, *Exceso de leyes en Roma: ¿retórica o realidad?*, in *Anneus, Anales de la Tradición Romanística* 4 (2007), pp. 3-27.
- CULHAM 1984 = PH. CULHAM, *Tablets and Temples: Documents in Republican Rome*, in *Provenance, Journal of the Society of Georgia Archivists* 2 (1984) online.
- CURSI 2018a = M.F. CURSI, *La mancipatio e la mancipatio familiae*, in EAD. (a c. di), *XII Tabulae. Testo e commento*, vol. I, Napoli 2018, pp. 339-380.

- CURSI 2018b = M.F. CURSI, *Le norme in materia di sepoltura*, in EAD. (a c. di), *XII Tabulae. Testo e commento*, vol. II, Napoli 2018, pp. 703-719.
- DE MARTINO 1972² = F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, I², Napoli 1972.
- DILIBERTO 2018 = O. DILIBERTO, *La città e le leggi. Racconti di fondazione, legislazione arcaica e ideologia augustea*, in G. LUCHETTI (a c. di), *Legge eguaglianza diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica*, *Atti Bologna-Ravenna 2013*, Roma 2018, pp. 95-122.
- D'IPPOLITO 1986 = F. D'IPPOLITO, *Giuristi e sapienti in Roma arcaica*, Bari 1986.
- D'IPPOLITO 1998³ = F. D'IPPOLITO, *Forme giuridiche di Roma arcaica*³, Napoli 1998.
- DI PAOLA 1948 = S. DI PAOLA, *Dalla lex Papiria al ius Papirianum*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli 1948, pp. 631-651.
- DI TROLIO 2019² = G. DI TROLIO, *Le leges regiae in Dionigi d'Alicarnasso*², Napoli 2019.
- DUCOS 1978 = M. DUCOS, *L'influence grecque sur la loi des Douze Tables*, Paris 1978.
- DUCOS 1984 = M. DUCOS, *Les Romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Paris 1984.
- DUCOS 1991= M. DUCOS, *Les problèmes de droit dans l'oeuvre de Tacite*, in *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, II.33.4, Berlin-New York 1991, pp. 3183-3262.
- DYCK 2004 = R. DYCK, *A commentary on Cicero, De Legibus*, Michigan 2004.
- ECK 2015 = W. ECK, *Documents on bronze: a phenomenon of the Roman west?*, in J. BODEL, N. DIMITROVA (eds.), *Ancient documents and their context*, Leiden 2015, pp. 125-151.
- FERRARY 2009 = J.-L. FERRARY, *La gravure de documents publics de la Rome républicaine et ses motivations*, in R. HAENSCH (Hrsg.), *Selbstdarstellung und Kommunikation. Die Veröffentlichung staatlicher Urkunden auf Stein und Bronze in der römischen Welt. Internationales Kolloquium an der Kommission für Alte Geschichte und Epigraphik in München*, München 2009, pp. 59-74.
- FERRARY 2012a = J.-L. FERRARY, *L'iter legis, de la rédaction de la rogatio à la publication de la lex rogata, et la signification de la législation comitiale dans le système politique de la Rome républicaine*, in ID., *Leges publicae, La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, pp. 3-38.
- FERRARY 2012b = J.-L. FERRARY (a c. di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012.
- FERRERO 1974 = L. FERRERO, *Introduzione a ID., N. ZORZETTI (a c. di), M. Tullio Cicerone, Opere politiche e filosofiche*, vol. I, Torino 1974, pp. 9-52.
- FINO, STOLFI 2002 = M.A. FINO, E. STOLFI (a c. di), *Pomponio o 'della intelligenza storica dei giuristi romani'*, in *Rivista di Diritto Romano* 2 (2002), pp. 166-254.
- FIorentini 1988 = M. FIorentini, *Ricerche sui culti gentilizi*, Roma 1988.
- FIORI 1996 = R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996.
- FIORI 2018a = R. FIORI, *Il processo privato*, in M.F. CURSI (a c. di), *XII Tabulae. Testo e commento*, vol. I, Napoli 2018, pp. 45-149.
- FIORI 2018b = R. FIORI, *Le forme di aggregazione sociale basate sulla fides: clientela e sodalitates*, in M.F. CURSI (a c. di), *XII Tabulae. Testo e commento*, vol. II, Napoli 2018, pp. 681-702.

- FIORI 2019 = R. FIORI, *Un'ipotesi sull'origine delle curie*, in R. FIORI (a c. di), *Re e popolo. Istituzioni arcaiche tra storia e comparazione*, Göttingen 2019, pp. 327-410.
- FONTANELLA 2012 = F. FONTANELLA, *Introduzione al de legibus di Cicerone*. I, in *Athenaeum* 85 (1997), pp. 487-530 = ID., *Politica e diritto naturale nel de legibus di Cicerone*, Roma 2012, 3-56.
- FRANCHINI 2008 = L. FRANCHINI, *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di Publio Licinio Crasso (212-183 a. C.)*, Napoli 2008.
- FUHRMANN 1970 = M. FUHRMANN, *Interpretatio: Notizen zur Wortgeschichte*, in D. LIEBS (Hrsg.), *Symptica Franz Wieacker*, Göttingen 1970, pp. 80-110.
- GABBA 1987 = E. GABBA, *Tendenze all'unificazione normativa del diritto tardo-repubblicano*, in M. SARGENTI, G. LURASCHI (a c. di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987, pp. 169-178.
- GABBA 1960 (2000a) = E. GABBA, *Studi su Dionigi di Alicarnasso*, I, in *Athenaeum* 38 (1960), pp. 175-225, ora in ID., *Roma arcaica. Storia e storiografia*, Roma 2000, pp. 69-108 (qui cit.).
- GABBA 1961 (2000b) = E. GABBA, *Studi su Dionigi di Alicarnasso*, II, in *Athenaeum* 39 (1961), pp. 98-221, ora in ID., *Roma arcaica. Storia e storiografia*, Roma 2000, pp. 109-128 (qui cit.).
- GAGLIARDI 2009 = L. GAGLIARDI, *La lex Iunia Licinia e le procedure di pubblicazione e di conservazione delle leges nella Roma tardo-repubblicana*, in *Diritto@Storia* 8 (2009) online.
- GRILLI 1990 = A. GRILLI, *Data e senso del de legibus di Cicerone*, in *La Parola del Passato* 45 (1990), pp. 175-187.
- GROSSI 2015 = P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015.
- GUARINO 1969 = A. GUARINO, *Noterelle pomponiane*, in *Labeo* 15 (1969), pp. 102-107.
- GUARINO 1981 = A. GUARINO, *Appio Claudio 'De usurpationibus'*, in *Labeo* 27 (1981), pp. 7-11.
- GUIDA 2021 = G. GUIDA, *Iura condere: il problema della certezza del diritto nel prisma frammentario delle giurisdizioni*, in L. GAROFALO, L. VACCA (a c. di), *Studi in ricordo di C.A. Cannata*, Napoli 2021, 459 ss.
- HENTSCHEKE 1971 = A. HENTSCHEKE, *Zur historischen und literarischen Bedeutung von Cicero's Schrift De legibus*, in *Philologus* 115 (1971), pp. 118-130.
- KASER 1986 = M. KASER, *Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre*, in ID., *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz 1986, 9-41.
- LANDUCCI 1896 = L. LANDUCCI, *La pubblicazione delle leggi nell'antica Roma*, in *Atti e memorie della Regia Accademia di scienze, lettere e arti di Padova* 12 (1896), pp. 119-149.
- LANFRANCHI 2012 = TH. LANFRANCHI, *Le leggi comiziali nella prima Deca di Livio*, in J.-L. FERRARY (a c. di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, pp. 339-403.
- LANTELLA 1987 = L. LANTELLA, *"Ius certum" (in D. 1.2.2)*, in M. SARGENTI, G. LURASCHI (a c. di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987, pp. 223-232.
- LAURENDI 2013 = R. LAURENDI, *Leges regiae e ius Papirianum. Tradizione e storicità di un corpus normativo*, Roma 2013.

- LIEBS 2007 = D. LIEBS, *Die zwölf Tafeln im Vergleich mit griechischen und israelitischen Kodifikationen*, in L. BURCKHARDT, K. SEYBOLD, J. VON UNGERN-STERNBERG (Hrsg.), *Gesetzgebung in antiken Gesellschaften. Israel, Griechenland, Rom*, Berlin-Boston 2007, pp. 87-102.
- LOPEZ DE OÑATE 1950 = F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma 1950.
- MANCINI 2018 = M. MANCINI, *Essai de stratigraphie linguistique de la Lex XII Tabularum*, in *De Lingua Latina* 16 (2018) online.
- MANTOVANI 2003 (2012a) = D. MANTOVANI, *Le due serie di leges regiae*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano* 15 (2003), pp. 185-196, ora in J.-L. FERRARY (a c. di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, pp. 283-292 (qui cit.).
- MANTOVANI 2012b = D. MANTOVANI, *Mores, leges, potentia. La storia della legislazione romana secondo Tacito (Annales III 25-28)*, in M. CITRONI (a c. di), *Letteratura e civitas. Transizione dalla Repubblica all'Impero. In ricordo di E. Narducci*, Pisa 2012, pp. 353-404.
- MANTOVANI 2012c = D. MANTOVANI, *Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi*, in J.-L. FERRARY (a c. di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, pp. 707-767.
- MANTOVANI 2016 = D. MANTOVANI, *More than Codes. Roman Ways of Organising and Giving Access to Legal Information*, in P. DU PLESSIS, C. ANDO, K. TUORI (eds.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford 2016, pp. 23-42.
- MANTOVANI 2018 = D. MANTOVANI, *Les juristes écrivains de la Rome antique. Les œuvres des juristes comme littérature*, Paris 2018.
- MANTOVANI 2021 = D. MANTOVANI, *Per una mappa concettuale della certezza del diritto: idee romane e contemporanee*, in E. HÖBENREICH, M. RAINER, G. RIZZELLI (a c. di), *Liber amicorum et amicorum. Scritti in onore di L. Peppe*, Lecce 2021, pp. 363-390.
- MANTOVANI 2022 = D. MANTOVANI, *Legum multitudo: Diskussionen und Perspektiven aus Anlass einer Übersetzung*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 139 (2022), pp. 338-351.
- MARAGNO 2012 = G. MARAGNO, *Pomponio, le XII Tavole eburnee e la tradizione bizantina*, in S. SCHIAVO, E. MAESTRI (a c. di), *Coniectanea iuris. Studi sul diritto in transizione*, Bologna 2012, pp. 227-251.
- MASCHI 1959a = C.A. MASCHI, *Certezza del diritto nel diritto romano e nel pensiero contemporaneo*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité* 6 (1959), pp. 337-346 = *Jus* 10 (1959), pp. 32-38 (qui cit.).
- MASCHI 1959b = C.A. MASCHI, *Certezza del diritto nel diritto romano e nel pensiero contemporaneo*, in *Jus* 10 (1959), pp. 32-38.
- MASCHI 1962 = C.A. MASCHI, *Certezza del diritto e potere discrezionale del magistrato nel diritto romano*, in *Studi E. Betti*, vol. III, Milano 1962, pp. 411-449.
- MASCHI 1966² = C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, vol. I². *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*, Milano 1966.

- MASTROROSA 2009 = I. MASTROROSA, *Leges maluerunt: origine del diritto ed evoluzione giuspolitica in Tac. Ann. III, 25-28*, in *Euphrosyne* 37 (2009), pp. 145-162.
- MÖLLER 2018 = C. MÖLLER, *Il regolamento di confini*, in M.F. CURSI (a c. di), *XII Tabulae. Testo e commento*, vol. II, Napoli 2018, pp. 449-477.
- MOMMSEN 1858 (1907) = TH. MOMMSEN, *Sui modi usati da' Romani nel conservare e pubblicare le leggi ed i senatusconsulti*, in *Annali dell'Istituto di corrispondenza archeologica* 30 (1858), pp. 181-212, ora in Id., *Gesammelte Schriften*, vol. III. *Juristische Schriften*, vol. III, Berlin 1907, pp. 290-313 (qui cit.).
- NARDUCCI 1992 = E. NARDUCCI, *Introduzione a Cicerone*, Bari 1992.
- NASTI 2017 = F. NASTI, *Pensiero greco e giuristi romani: ricerche sull'Enchiridion di Pomponio*, in A. SCHIAVONE (a c. di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, Torino 2017, pp. 161-182.
- NASTI 2021 = F. NASTI, *Dalla monarchia alla repubblica: Pomponio lettore di Dionigi (D. 1.2.2.3, Pomp. l. s. ench., L. 178)*, in *Iura* 69 (2021), pp. 169-180.
- NOCERA 1940 = G. NOCERA, *Il potere dei comizi e i suoi limiti*, Milano 1940.
- NÖRR 1976 (2002) = D. NÖRR, *Pomponius oder 'zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen'*, in *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, II.15, Berlin-New York 1976, 497-604 = M.A. FINO, E. STOLFI (a c. di), *Pomponio o 'della intelligenza storica dei giuristi romani'*, in *Rivista di Diritto Romano* 2 (2002), pp. 166-254 (qui cit.).
- ORESTANO 1967 = R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino 1967.
- ORESTANO 1987 = R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987.
- PAOLI 1946-47 = J. PAOLI, *Le "ius Papirianum" et la loi Papiria*, in *Revue historique de droit français et étranger* 24-5 (1946-47), pp. 157-200.
- PERELLI 1990 = L. PERELLI, *Il pensiero politico di Cicerone. Tra filosofia greca e ideologia aristocratica romana*, Firenze 1990.
- PERUZZI 1973 = E. PERUZZI, *Origini di Roma*, vol. II. *Le lettere*, Bologna 1973.
- POCETTI 1994 = P. POCETTI, *Latino e diritto: vicende di una specularità*, in S. SCHIPANI, N. SCIVOLLETTO (a c. di), *Atti del convegno internazionale "Il latino del diritto"*, Perugia 8-10.10.92, Roma 1994, pp. 3-37.
- POCETTI 2009 = P. POCETTI, *Lineamenti di tradizioni 'non romane' di testi normativi*, in A. ANCILLOTTI, A. CALDERINI (a c. di), *L'umbro e le altre lingue dell'Italia antica*, Perugia 2009, 165-248.
- RAWSON 1973 = E. RAWSON, *The interpretation of Cicero's De legibus*, in *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, I.4, Berlin 1973, pp. 334-356.
- ROBINSON 1940 = E.A. ROBINSON, *Cornelius Nepos and the date of Cicero's de legibus*, in *Transactions and proceedings of the American Philological Association* 71 (1940), pp. 524-531.
- ROTONDI 1912 = G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912.
- SANIO 1867 = F.D. SANIO, *Varroniana in den Schriften der römischen Juristen*, vol. I. *Das Fragment des Pomponius de origine iuris*, Leipzig 1867.

- SANTORO 1998 (2009a) = R. SANTORO, *Sul ius Papirianum*, in *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire de A. Magdelain*, Paris 1998, pp. 329-416, ora in ID., *Scritti minori*, vol. II, Torino 2009, pp. 507-526 (qui cit.).
- SANTORO 2002 (2009b) = R. SANTORO, *Appio Claudio e la concezione strumentalistica del ius*, in *Annali Palermo* 47 (2002), pp. 295-365, ora in ID., *Scritti minori*, vol. II, Torino 2009, pp. 555-627 (qui cit.).
- SANTUCCI 2005 = G. SANTUCCI, *La legge nell'esperienza giuridica romana*, in U. VINCENTI (a c. di), *Inchiesta sulla legge nell'Occidente giuridico*, Torino 2005, pp. 33-59.
- SANTUCCI 2014 = G. SANTUCCI, *Legum inopia e diritto privato. Riflessioni intorno a un recente contributo*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 80 (2014), pp. 373-393.
- SCHIAVONE 2005 = A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005.
- SCHIAVONE 2012 = A. SCHIAVONE, *Dodici Tavole e 'ortodossia' repubblicana*, in J.-L. FERRARY (a c. di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, pp. 293-306.
- SCHMIDT 1969 = P.L. SCHMIDT, *Die Abfassungszeit von Ciceros Schrift über die Gesetze*, Rome 1969.
- SCHMIDT 2001 = P.L. SCHMIDT, *The original version of the De re publica and the De legibus*, in J.G.F. POWELL, J.A. NORTH (eds.), *Cicero's Republic*, in *Bulletin of the Institute of Classical Studies* 76 (2001), pp. 7-16.
- SCHULZ 1934 = F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934 = ID., *I principi del diritto romano*, Firenze 1946.
- SCHULZ 1946 = F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, Firenze 1946.
- SCHULZ 1968 = F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946 = G. NOCERA (trad. it. a c. di), F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968.
- SCHWEGLER 1867 = A. SCHWEGLER, *Römische Geschichte*, vol. I, Tübingen 1867.
- SERRAO 1973 (1974) = F. SERRAO, s.v. *Legge (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano 1973, pp. 794-850, ora in ID., *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa 1974, pp. 5-130 (qui cit.).
- SERRAO 1981 = F. SERRAO, *Cicerone e la lex publica*, in ID. (a c. di), *Legge e società nella repubblica romana*, vol. I, Napoli 1981, pp. 401-438.
- SERRAO 1987 (1989) = F. SERRAO, *Dalle XII tavole all'editto del pretore*, in M. SARGENTI, G. LURASCHI (a c. di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, *Atti Pavia 1985*, Padova 1987, pp. 51-100, ora in ID., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia mondo*, Pisa 1989, pp. 263-308 (qui cit.).
- SERRAO 1988 (2015) = F. SERRAO, *Individuo, famiglia e società nell'epoca decemvirale*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale Atti Copanello 1984*, Napoli 1988, pp. 85-143, ora in ID., *Ius lex edicta. Altri studi di diritto romano*, vol. I, Napoli 2015, pp. 167-208 (qui cit.).
- SERRAO 2006³ = F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, vol. I³. *Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Napoli 2006.
- SINI 1983 = F. SINI, *Documenti sacerdotali in Roma antica*, vol. I. *Libri e commentarii*, Sassari 1983.

- SMITH 2020 = CH. SMITH, *Leges Regiae and the Nomothetic World of Early Rome*, in *Cahiers des études anciennes* 57 (2020), pp. 91-103.
- SPAGNUOLO VIGORITA 2010³ = T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*³, Napoli 2010.
- STARACE 2018 = P. STARACE, *Certezza e ordine del ius civile nell'Enchiridion*, in *Index* 46 (2018), pp. 173-200.
- STOLFI 2002 = E. STOLFI, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, vol. I. *Trasmissione e fonti*, Napoli 2002.
- STORCHI MARINO 1999 = A. STORCHI MARINO, *Numa e Pitagora. Sapientia constituendae civitatis*, Napoli 1999.
- TALAMANCA 1988 = M. TALAMANCA, Rec. a M. SARGENTI, G. LURASCHI (a c. di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* 30 (1988), pp. 851-857.
- TATUM 1993 = W.J. TATUM, *Lex Papiria de Dedicacionibus*, in *Classical Philology* 88.4 (1993), pp. 319-328.
- THIBAUT, SAVIGNY 1982 = A.F.J. THIBAUT, F.C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a c. di G. MARINI, Napoli 1982.
- TONDO 1973 = S. TONDO, *Leges regiae e paricidas*, Firenze 1973.
- VON UNGERN-STERNBERG 2005² = J. VON UNGERN-STERNBERG, *The Formation of the Annalistic Tradition: the Example of the Decemvirate*, in K. RAAFLAUB (ed.), *Social Struggles in Archaic Rome: New Perspectives on the Conflict of the Orders*², London 2005, pp. 75-97.
- VALDITARA 1989 = G. VALDITARA, *Studi sul magister populi. Dagli ausiliari militari del rex ai primi magistrati repubblicani*, Milano 1989.
- VALDITARA 2014 = G. VALDITARA, *Leges e iurisprudencia fra democrazia e aristocrazia*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 80 (2014), pp. 17-70.
- VOLTERRA 1999 = E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Napoli 1999.
- WATSON 1972 = A. WATSON, *Roman private law and the leges regiae*, in *The Journal of Roman Studies* 62 (1972), pp. 100-105.
- WATSON 1973 = A. WATSON, *Ius Aelianum and Tripertita*, in *Labeo* 19 (1973), pp. 26-30.
- WIEACKER 1988 = F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. I, München 1988.
- ZANON 2022 = G. ZANON, *I re di Pomponio*, in *Jus – online* 2 (2022).

responsa prudentium in Gai 1.7 e in Inst. 1.2.8*

Giuseppe Falcone

Dipartimento di Giurisprudenza, Palermo, Italia

Abstract (Italiano)

La descrizione di Gai 1.7 dei *responsa prudentium* non contiene alcun riferimento al *ius respondendi* ed è congegnata in modo tale da mettere in risalto il profilo della controversialità giurisprudenziale. Nel corrispondente brano delle Istituzioni imperiali (Inst. 1.2.8) la menzione del *ius respondendi* costituisce un'autonoma iniziativa del compilatore (verosimilmente, Triboniano) e il riferimento gaiano alla eventuale difformità tra prese di posizione giurisprudenziali viene del tutto eliminato: entrambi gli interventi compilatori si riconducono alla propaganda giustiniana del crisma del potere imperiale sull'*auctoritas* dei testi giurisprudenziali, funzionale all'ideologia della certezza del diritto.

Keywords: *Responsa prudentium*, *ius respondendi*, *ius controversum*, ideologia giustiniana, Digesto, certezza del diritto.

Abstract (English)

The presentation of the responsa prudentium in Gai 1.7 does not contain any reference to ius respondendi and is arranged in order to emphasise the profile of jurisprudential controversiality. In the corresponding passage of the Imperial Institutes (Inst. 1.2.8) the mention of ius respondendi is an autonomous initiative by the compiler (most likely, Tribonianus) and the Gaian reference to the possible divergence between jurisprudential positions is completely removed: both interventions are related to the Justinian propaganda of the chrism of imperial power on the auctoritas of jurisprudential texts, which is functional to the ideology of legal certainty.

Keywords: *Responsa prudentium*, *ius respondendi*, *ius controversum*, Justinian's ideology, Digest, legal certainty

* Il testo apparirà anche negli Scritti in onore di Antonio Palma.

1. Il brano delle Istituzioni imperiali (Inst. 1.2.8) che informa sui *responsa prudentium* quali componenti del complessivo assetto giuridico¹ contiene alcune significative differenze rispetto alla corrispondente descrizione di Gaio (Gai 1.7), che costituiscono riflesso delle vedute giustiniane in tema di produzione, interpretazione e applicazione del diritto. Qui interessano specificamente le due differenze sostanziali costituite dall'aggiunta della menzione del *ius respondendi* e dall'eliminazione di ogni cenno ad un possibile *dissentire* tra i giuristi.

Per apprezzare la suddetta portata del dettato giustiniano occorre, naturalmente, valutare anzitutto la testimonianza gaiana, affrontando per prima cosa la tanto discussa questione della ravvisabilità o meno, in essa, di un implicito riferimento al *ius respondendi ex auctoritate principis*:

Gai 1.7. *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis uicem optinet; si uero dissentiunt, iudici licet quam uelit sententiam sequi; idque rescripto diui Hadriani significatur.*

Ebbene, a me sembra necessario assumere che il discorso di Gaio si riferisce all'elaborazione giurisprudenziale nel suo complesso e non soltanto ai pareri emessi dai giuristi muniti di autorizzazione imperiale. Ritengo, cioè, con una dottrina minoritaria², che le parole '*...eorum, quibus permissum est iura condere*' non alludano specificamente alla concessione del *ius respondendi*³ e che, piuttosto, Gaio in questo paragrafo abbia preso in considerazione il plurisecolare esercizio interpretativo-creativo svolto dalla generalità dei giuristi, ai quali la capacità di *iura condere* è stata ed è concessa⁴ ora da un comune riconoscimento, *ab antiquo*, da parte del corpo sociale, ora da un'attribuzione imperiale del *ius respondendi*, ora dall'inserimento nel *consilium principis*: proprio ad abbracciare questa varietà di possibili fattori legittimanti dovette a mio avviso esser funzionale la scelta di ricorrere alla generica formulazione '*permissum est*' senza altre precisazioni⁵.

¹ Inst. 1.2.3: '*Constat autem ius nostrum ex...*' (tratto dalle Istituzioni di Ulpiano).

² DE ZULUETA 1953, 22 s.; SCHILLER 1958, 1230 s.; ALBANESE 1978, 102 nt. 69; 2004, 19 ss. (= 2006, 1083 ss.); CANCELLI 1991, 545 ss.; PALAZZOLO 1991, 67 s.; 1996, 321; 2019, 290 s.; FERNÁNDEZ BARREIRO 1996, 119 (non vidi); NICOSIA 2005, 223 ss.; PLISECKA 2009, 388 s.

³ Come invece assumono, ad es., PRINGSHEIM 1934, 146 s.; WIEACKER 1935, 43 ss.; 1985, 77 ss.; DE VISSCHER 1936, 635; SIBER 1941, 397; KUNKEL 1949, 442 s.; GUARINO 1949, 401 ss. (= 1994, 385 ss.); 1983, 210 (= 1994, 416); MAGDELAIN 1950, 7 ss.; SCHONBAUER 1950, 95; LEVY-BRUHL 1962, 12 ss.; PROVERA 1962, 348 ss.; HORVAT 1964, 714; CASAVOLA 1976, 26 ss. (= 1980, 176 ss.); TONDO 1979, 74 s.; 1993, 415 s.; BAUMAN 1989, spec. 300 s.; GALLO 1993, 46 ss.; 2008, 12 s.; GIODICE SABBATELLI 1996, 71 s.; PARICIO 2001, spec. 32 ss.; 2018, 57 ss.; 2021, 122 s.; STOLFI 2001, 384 ss.; 2012, 315 ss.; CANNATA 2003, 27 ss.; BRUTTI 2003, 448 s.; 2011, 51 ss.; 2012a, 96 ss.; 2012b, 126 s.; ASTOLFI 2006, 1016 ss.; PANI 2012, 97; VACCA 2012, 82 ss.; PEPPE 2012, 704 s.; GIUNTI 2012, 214 ss.; SCHIAVONE 2017, 368 s.; 2021, 238 s.; LOVATO 2020, 560 ss.

⁴ Sulla duplice valenza della forma verbale '*permissum est*' cfr. CANCELLI 1991, 548 s. Un cenno anche in NICOSIA 2005, p. 235.

⁵ Uno spunto in tal senso in ALBANESE 2004, 25 (= 2006, 1087).

Osservo, preliminarmente, che non ritengo affidante l'argomento che, in favore di una portata onnicomprensiva, si è voluto trarre dalle parole '*quorum omnium si in unum sententiae concurrunt...*'. Si è detto, al riguardo, che Gaio, parlando di '*omnes*', mostrerebbe di avere in mente tutti i giuristi, e non già un numero limitato quale sarebbe quello dei titolari di *ius respondendi*⁶. A mio avviso, tuttavia, '*omnes*' allude a tutti quei giuristi le cui prese di posizione sono state adottate in relazione alla questione controversa, onde, astrattamente ragionando, potrebbe concedersi un sottinteso riferimento a "tutti quei giuristi muniti di *ius respondendi*, le cui prese di posizione sono state richiamate".

Piuttosto, le considerazioni che possono utilmente addursi sono, a mio avviso, altre.

Anzitutto, risulterebbe davvero singolare, su un punto così importante quale l'attribuzione di un'autorizzazione imperiale, il ricorso da parte di Gaio ad un modo di esprimersi tanto ellittico, soprattutto se confrontato con la chiarezza fin lì mostrata nel complessivo blocco descrittivo al quale appartiene il discorso sui *responsa prudentium*⁷. Un tale comportamento sarebbe ancor più curioso e difficile da ammettere ove si consideri che, per informare congruamente sulla concessione del *ius respondendi*, sarebbe bastato aggiungere al verbo '*permissum est*' le parole '*ab imperatore*' ('*a principe*', '*a Caesare*')⁸. A quest'ultimo proposito, peraltro, si noti che Gaio in relazione ad altre figure considerate nei paragrafi precedenti non aveva mancato, per l'appunto, di completare la relativa definizione indicando un elemento che riguarda proprio il fondamento legittimante: la *lex Hortensia*, quale fonte dell'*exaequatio* dei *plebiscita* alle *leges*, e la *lex de imperio*, quale fonte del potere nomopoietico del *princeps*⁹. Né vale il rilievo di R. Bauman, secondo cui "qualcuno" deve essere inteso quale soggetto agente del '*permissum est*', e costui può essere solamente l'imperatore, in quanto i giuristi repubblicani non dovevano chiedere il permesso a nessuno"¹⁰. Come mostrano, infatti, alcuni impieghi presenti negli stessi *commentarii* gaiani¹¹, la locuzione '*permissum est*' può senz'altro alludere ad una generica idea

⁶ Così LOMBARDI 1967, 71 nt. 133; 75; ALBANESE 2004, 24 (= 2006, 1088); NICOSIA 2005, 237; PLISECKA 2009, 387.

⁷ Pur se si tratta di paragrafi assai noti, è opportuno trascriverli, anche per i riferimenti che saranno qua e là compiuti nel prosieguo del discorso: Gai 1.2. *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.* 3. *Lex est, quod populus iubet atque constituit. plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit. plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione uniuersi ciues significantur, connumeratis et patriciis; plebs autem appellatione sine patriciis ceteri ciues significantur; unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quae sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita uniuersum populum tenerent: itaque eo modo legibus exaequata sunt.* 4. *Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit; idque legis uicem optinet, quamuis de ea re fuerit quaesitum.* 5. *Constitutio principis est, quod imperator decreto uel edicto uel epistula constituit. nec umquam dubitatum est, quin id legis uicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.* 6. *Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani. sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in prouinciis iurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in prouinciis populi Romani quaestores habent; nam in prouincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his prouinciis non proponitur.*

⁸ DE ZULUETA 1947, 178; 1953, 23

⁹ Gai 1.3 e 5, trascritti *supra*, in nt. 7.

¹⁰ BAUMAN 1989, 301.

¹¹ Gai 1.144 '*Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare*'; 147 '*hos enim etiam heredes instituere possumus, cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit*'; 168 '*Agnatis et patronis et liberorum capitem manumissoribus permissum est feminarum tutelam alii in iure cedere; pupillorum autem tutelam non est permissum cedere*';

di “esser consentito”, a prescindere dall’esistenza di un atto di concessione da parte di uno specifico soggetto esterno¹². La terminologia, dunque, ben si prestava ad abbracciare anche il fenomeno, risalente ad età repubblicana, di legittimazione per dir così anormativa, consistente nel riconoscimento diffuso, da parte del corpo sociale, di una facoltà/capacità interpretativo-creativa in capo ad una cerchia di sapienti del *ius*.

D’altra parte, il rilievo indiziario dell’assenza di un cenno al *princeps* quale autore del ‘*permissum est*’ è accresciuto ulteriormente dal confronto con un noto passaggio del quarto commentario, nel quale l’espressione ‘*iura condere*’ è impiegata in relazione ai giuristi mediorepubblicani:

Gai 4.30. *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet.*

Quel che in proposito rileva non è, come pure si è inteso, il fatto in sé che Gaio adoperi la medesima terminologia per indicare un’attività dei giuristi repubblicani¹³: giacché si potrebbe anche pensare che l’identità di designazione riflettesse semplicemente una identità di attività, la quale, però, secondo lo stesso Gaio, potrebbe esser stata esercitata, in un caso, in forza di un riconoscimento da parte del complessivo corpo sociale, in un altro, in forza di una concessione da parte dell’imperatore¹⁴. Il punto è, invece, un altro: posto che Gaio adotta la medesima locuzione per indicare l’esercizio interpretativo-creativo¹⁵ dei giuristi contemporanei e dei giuristi antichi – e si badi che la locuzione ‘*veterum, qui tunc iura condiderunt*’ assume come punto di partenza logico proprio la consapevolezza di questa duplicità di soggetti ai quali il ‘*iura condere*’ è riferibile –, ove egli avesse inteso alludere specificamente ad un esercizio

179 ‘*Sane patroni filius, etiamsi impubes sit, tamen libertae efficitur tutor, quamquam in nulla re auctor fieri potest, cum ipsi nihil permittunt sine tutoris auctoritate agere*’; 2.188 ‘*hoc solum nobis permissum est, ut eum per fideicommissum obligemus, ut hereditatem nostram totam uel ex parte restituat*’; 4.52 ‘*Debet autem iudex attendere, ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, [...]; item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit; [...] minoris autem damnare ei permissum est*’.

¹² Nemmeno le altre due circostanze segnalate da Bauman (*loc. cit.*) sono stringenti nel senso di un riferimento implicito di Gaio al *ius respondendi*: non il fatto che l’indicazione ‘*permissum est iura condere*’ nel corrispondente testo giustiniano (I. 1.2.8) viene fatta seguire da una spiegazione (*nam...*) che chiama in causa il *ius respondendi* (cfr. *infra*, n. 2), né il fatto che nel racconto pomponiano di D. 1.2.2.49 si parla di una concessione (*praestari solet*) del *ius respondendi*. Lo stesso dicasi per l’argomentazione di WIEACKER 1985, 77, il quale, da un lato, ripropone come primo indizio il fatto che i compilatori di Inst. 1.2.8 hanno così inteso le parole di Gaio e, come “più forte” indizio, la circostanza che il sabiniano Gaio aveva un particolare interesse per il privilegio “mit dem Tiberius einst das Schulhaupt ausgezeichnet hatte”: indizio che, tuttavia, lascia assai perplessi, prima ancora che per la sua indimostrabilità, per il suo stesso contenuto.

¹³ Cfr., esplicitamente, NICOSIA 2005, 244 s.: “Ora, dato che per questi antichi giuristi un collegamento con il *ius respondendi* non potrebbe neppure immaginarsi, e dato che in entrambi i testi Gaio adoperi la medesima espressione, mi pare che anche da questa constatazione risulta evidente che egli si riferiva (*scil.* in Gai 1.7) al risalente e persistente riconoscimento ai *prudentes* della facoltà di *iura condere*”. Ma nello stesso ordine di idee ALBANESE 2004, 22 s. (= 2006, 1086 s.) e PLISECKA 2009, 388.

¹⁴ In un ordine di idee analogo si pone il rilievo di PANI 2012, 97.

¹⁵ Per questa portata della locuzione ‘*iura condere*’ rinvio, per tutti, a QUADRATO 1994, 88 ss. (= 2010, 96 ss.)

“permesso” ad alcuni giuristi da un apposito provvedimento imperiale, non avrebbe potuto sottacere quest’ultimo elemento discretivo e congegnare la formulazione tanto generica che leggiamo nel § 1.7.

Ancora, la trama di *dissensiones* giurisprudenziali disposta lungo i quattro *commentarii* ha come protagonisti anche *prudentes* che hanno operato in un’epoca antecedente all’escogitazione della concessione imperiale di un *ius respondendi*, tra i quali Quinto Mucio, Servio, Ofilio; non solo, ma almeno in un caso il riferimento al *respondere* è esplicito:

Gai 3.179. ...*Seruius tamen Sulpicius existimavit statim et pendente condicione nouationem fieri, et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse et eo modo rem perire; qui consequenter et illud respondi¹⁶, si quis id, quod sibi L. Titius deberet, a seruo fuerit stipulatus, nouationem fieri et rem perire, quia cum seruo agi non posset. sed in utroque casu alio iure utimur...*

Di fronte a questa circostanza appare inverosimile che Gaio, nelle battute di presentazione, avesse di fatto assunto una linea di demarcazione che lasciava fuori il contributo interpretativo-costitutivo realizzato da giuristi che egli stesso avrebbe, poi, richiamato in relazione al processo di assestamento di istituti e regimi giusprivatistici.

Il che si collega ad una considerazione ulteriore e, ai miei occhi, ancor più rilevante. Se già è difficile imputare a Gaio una vistosa sfasatura, come quella or ora segnalata, tra un riferimento iniziale ai soli *prudentes* dotati di *ius respondendi* e una trattazione complessiva che, invece, si sarebbe giovata anche di richiami a dispute tra giuristi ‘non patentati’¹⁷, reputo ancor meno concepibile che Gaio sia incorso in una grave incongruenza perfino all’interno dello stesso segmento narrativo dei §§ 2-7: egli infatti, pur dopo aver preso in considerazione anche i *plebiscita* (§ 3), già per ciò solo mostrando di voler presentare i *iura populi Romani* “attraverso tutti gli elementi che vi concorrono storicamente, nel processo composito di sedimentazione ed evoluzione”¹⁸, avrebbe, però, guardato ai soli giuristi muniti del *ius respondendi* anziché ai protagonisti tutti di un’attività interpretativo-creativa che aveva avuto un ruolo determinante nella vicenda della formazione storica del *ius*¹⁹.

¹⁶ È il caso di segnalare che le parole ‘*et illud respondi*’ implicano che anche il precedente verbo ‘*existimavit*’ è espressione di un *respondere*.

¹⁷ In quanto giuristi operanti prima dell’escogitazione stessa del *ius respondendi* o in quanto giuristi che, come nel caso di Labeone, con ogni verosimiglianza non dovettero esser stati destinatari della concessione imperiale (STOLFI 2001, 390 nt. 307).

¹⁸ Così VACCA 2012, 82 (la quale, nondimeno, intende le parole ‘*quibus permissum est iura condere*’ come alludenti alla concessione imperiale del *ius respondendi*). Anche GALLO 1993, 46, avverte che Gaio attraverso l’enunciato iniziale ‘*constant autem iura populi Romani...*’ lascia intendere “di voler riferire le varie fonti da cui era originato il sistema giuridico in vigore al suo tempo, indipendentemente dal fatto che esse fossero, o non fossero, operanti da tempo”, e tuttavia anche questo studioso riferisce il discorso di Gai 1.7 ai soli responsi ‘patentati’.

¹⁹ È significativo che gli stessi studiosi che considerano il discorso di Gai 1.7 come riguardante (esclusivamente e direttamente) i *responsa* ‘autorizzati’ dall’imperatore sono costretti ad imputare a Gaio ora una “visione riduttiva” (VACCA 1978, 397; 2012, 82 ss.; GIUNTI 2012, 214 s.) ora un atteggiamento anacronistico (BRUTTI 2012, in 127).

È, del resto, mia convinzione che Gaio nei §§ 2 e 7 abbia parlato di *responsa* non riferendosi, specificamente e in senso stretto, ai pareri concretamente emessi dietro consultazione (di un privato, di un avvocato, di un magistrato, di un giudice) né ai pareri di questo tipo riuniti in apposite raccolte (*libri responsorum*) o richiamati in scritti di giuristi successivi, bensì ricomprendendovi qualsiasi presa di posizione assunta dai giuristi nel quadro della loro complessiva attività: di consulenza, interpretazione, commento, messa a punto dogmatica²⁰. In questa direzione, più che l'assenza di uno specifico cenno al *consulere*²¹ o il fatto in sé che Gaio parla dei *responsa* quali *sententiae et opiniones*²², mi sembrano indicative le seguenti tre circostanze: a) da un punto di vista generale, l'inverosimiglianza di un limitato riferimento alla sola attività rispondente rispetto al contributo dato dai giuristi alla formazione storica dei *iura populi Romani*; b) il fatto che in un caso Gaio adotta il segno '*responsum (est)*' per introdurre una presa di posizione riferita quale chiusura di una questione a sua volta presentata tramite un '*quaesitum est*'²³, e cioè tramite il caratteristico modulo espressivo usato nei *commentarii* per indicare una incertezza interpretativa insorta tra i giuristi²⁴; c) infine, il fatto che i termini '*sententia*' e '*opinio*', con i quali vengono definiti in apertura i *responsa prudentium*, saranno poi nei *commentarii* qua e là utilizzati anche per indicare una presa di posizione avente portata teorica o sistematica²⁵ o che, comunque, con certezza non è scaturita da una richiesta di consulenza²⁶.

Certo, ai nostri occhi potrebbe apparire strano che Gaio, per riferirsi all'intervento dei giuristi in qualunque occasione e modo manifestato, non abbia fatto ricorso ad una indicazione più generica, magari al sintagma '*auctoritas prudentium*' utilizzato in passato da Cicerone e

²⁰ Al "loro pensiero comunque espresso, in qualsiasi occasione e in qualunque modo": così G. NICOSIA, *Iura condere*, cit., 235. In passato, ad es., già DE ZULUETA 1953, 21: "The explanation here given by Gaius [...] makes the term cover all forms of expression of juristic opinion, including literature, in short jurisprudence in general"; SCHILLER 1978, 301.

²¹ Segnalata da ALBANESE 2004, 23 (= 2006, 1087). Potrebbe, però, concedersi che Gaio, pur pensando ai *responsa* in senso stretto, non avesse ritenuto necessario, nell'economia dell'informazione, esplicitare che essi erano preceduti da apposita consultazione.

²² Così NICOSIA 2005, 235. Come si dirà di seguito, a risultare significativa è, piuttosto, la portata con cui i termini *sententia* e *opinio* sono impiegati nei *commentarii*.

²³ Gai 3.198 '*Sed et si credat aliquis inuito domino se rem contractare, domino autem uolente id fiat, dicitur furtum non fieri. unde illud quaesitum [et probatum] est: cum Titius seruuum meum sollicitauerit, ut quasdam res mihi subriperet et ad eum perferret, et seruus id ad me pertulerit, ego, dum uolo Titium in ipso delicto deprehendere, permiserim seruo quasdam res ad eum perferre, utrum furti an serui corrupti iudicio teneatur Titius mihi, an neutro? responsum neutro eum teneri, furti ideo, quod non inuito me res contractari, serui corrupti ideo, quod deterior seruus factus non sit.*

²⁴ Gai 1.4; 74; 2.236; 3.16; 103; 172; 193; 208.

²⁵ Cfr. Gai 2.51 '*cum improbata sit eorum sententia, qui putauerint furtiuuum fundum fieri posse*'; Gai 3.184 '*...Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, [...] Alii adhuc ulterius eo usque manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo, quo perferre fur destinasset. alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens uisus fuerit; quae sententia non optinuit. sed et illorum sententia, qui existimauerunt, donec perferret eo, quo fur destinasset, furtum manifestum esse, ideo non uidetur probari, quia [...] Ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur; magis tamen plerique posteriorem probant*'; Gai 4.8 '*Poenam tantum persequimur uelut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione uel bonorum raptorum*'.

²⁶ È il caso della '*sententia*' di Servio menzionata in Gai 3.149 a proposito della ripartizione di perdite e utili nella *societas* ('...sed Seruius Sulpicius, cuius etiam praeualuit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimauit, ut...'), la cui sede originaria furono i *reprehensa Saeuolae capita*, come registrato da Paolo in D. 17.2.30.

successivamente da Papiniano²⁷. Ma, come sempre, occorre tener conto della peculiare angolazione dalla quale Gaio imposta le informazioni²⁸. E a questo riguardo, occorre tener presente che egli assume ad oggetto dell'intera rassegna dei §§ 2-7 i concreti atti o provvedimenti – la *lex*, il *plebiscitum*, il *senatusconsultum*, la *constitutio principis*, gli *edicta praetorum* –, per di più considerati non in senso formale e astratto, bensì quali concreti disciplinamenti tramite essi adottati o in essi contenuti²⁹, onde in linea con questa angolazione, con riguardo ai giuristi, anziché far riferimento ad un elemento astratto quale l'*auctoritas*, richiama un prodotto concreto della loro attività.

Che, poi, in questa prospettiva concreta, la scelta sia caduta sul termine '*responsum*' può essere dipeso da diverse circostanze: ad esempio, dal fatto che esso si era da tempo affermato nella rappresentazione comune (anche) quale evocativo della interpretazione e della produzione giurisprudenziali *tout court*, come lascia riconoscere la scelta da parte di Vitruvio (*arch.* 1.3) di anticipare con le parole '*responsa iurisconsultorum noverit*' il concetto che l'architetto deve conoscere i disciplinamenti giuridici ('*iura nota habeat*') che attengono agli edifici e alle servitù urbane (*arch.* 1.10)³⁰; o magari, più specificamente, da una eventuale presenza del termine

²⁷ Il riferimento è, rispettivamente, a Cic. *top.* 5.28 '*ut si quis ius civile dicat id esse, in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat*' e a D. 1.1.7pr. (Pap. 2 def.) '*Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium uenit*'. La maggiore adeguatezza di '*auctoritas prudentium*' rispetto a '*responsa prudentium*' per ricomprendere la complessiva produzione giurisprudenziale era stata già segnalata, ad es., da F. PRINGSHEIM, *The legal policy and reforms of Hadrian*, cit., 147.

²⁸ Sulla imprescindibilità di questo canone metodologico ai fini dell'apprezzamento dei dati offerti, in generale, nei *commentarii* gaiiani rinvio a G. FALCONE, *Studi sui commentarii 'istituzionali' di Gaio. I. Formazione e natura del testo*, Roma-Bristol 2022, spec. 28 ss.; 50 ss.; 123 ss.

²⁹ In questa direzione è rivelatrice la definizione della *constitutio principis* (§ 5). Gaio afferma, non che la *constitutio* è il *decretum* o l'*edictum* o l'*epistula*, bensì che la *constitutio* è "ciò che l'imperatore *constituit* tramite un decreto o un editto o un'epistola". Siffatta indicazione mostra che il giurista ha in mente, anziché l'atto normativo in sé, inteso da un punto di vista formale ed esteriore, il contenuto dell'atto normativo. Questo dato si irradia sulle definizioni formulate nei precedenti §§ 3-4, nei quali la *lex*, il *plebiscitum* e il *senatusconsultum* sono, rispettivamente, '*quod populus* –, '*quod plebs* –, '*quod senatus iubet atque constituit*'. Anche in questi casi, conformemente a quanto si osserva per la *constitutio principis*, il '*quod iubet atque constituit*' dovette esprimere non l'atto deliberativo in sé, ma il suo contenuto. Il che, del resto, trova un'autonomia conferma proprio in seno alla notazione riguardante i *responsa prudentium*. Nel § 7, infatti, Gaio afferma che in caso di uniformità tra le *sententiae* dei giuristi '*... id, quod ita sentiunt, legis uicem optinet*': qui il riferimento del '*legis uicem optinere*' direttamente ai concreti contenuti è lampante e inequivoco e consente di apprezzare una prospettiva parimenti contenutistica anche nei §§ 4 e 5, là dove l'*idque legis uicem optinere*' si lega al '*quod*' della locuzione '*quod (senatus, imperator) constituit*'.

Quel che precede, peraltro, implica che *leges*, *plebiscita*, *senatusconsulta* etc., dal momento che vengono considerati direttamente in termini contenutistici (di regimi, disciplinamenti, regole ecc., in essi disposti), sono assunti da Gaio, ad un tempo, come fattori di produzione e come parti dalle quali risulta composto l'insieme che *iura populi Romani*: in sostanza, nei §§ 2-7 quel che viene presentato e illustrato non è un catalogo delle 'fonti del diritto', come generalmente si intende, bensì è un catalogo degli elementi che compongono l'insieme di disciplinamenti e regimi del diritto privato romano ('*constant iura populi Romani ex...*'). Su tutto ciò FALCONE 2022, 35 s.

³⁰ '*Iura quoque nota habeat oportet, ea quae necessaria sunt aedificiis communibus parietum ad ambitum stillicidiorum et cloacarum, luminum. Item, aquarum ductiones et cetera quae eiusmodi sunt, nota oportet sint architectis, uti ante caveant quam instituant aedificia, ne controversiae factis operibus patribus familiarum relinquuntur, et ut legibus scribendis prudentia cavere possit et locatori et conductori; namque si lex perite fuerit scripta; erit ut sine captione uterque ab utroque liberetur*'. Un cenno a Vitruv., *arch.* 1.3 è anche in CANCELLI 1991, 550 (gli altri due testi addotti da questo studioso, Sen., *epist.* 94, 27 e Quint., *inst. or.* 12.3.7, non mi pare che siano in grado di attestare un'accezione di '*responsa*' come alludente alla complessiva produzione giurisprudenziale: il riferimento dovette essere ai pareri emessi dietro apposita consultazione). Segnalo la costruzione '*civica iura respondere*' in Hor., *epist.* 1.3.1: il verbo dovette qui, certo, esser stato usato nel senso di "interpretare tramite

in qualche elencazione analoga a quella di Gai 1.2 circolante nella tradizione scolastica³¹: o, magari ancora, da una sua probabile assunzione quale termine-chiave del rescritto di Adriano che Gaio ha tenuto direttamente presente nell'organizzare il proprio discorso.

Quanto, infine, alla menzione di questo rescritto adrianeo, con cui Gaio chiude la complessiva informazione sui *responsa prudentium* (*...idque rescripto divi Hadriani significatur*'), mi pare che possa compiersi la seguente riflessione. Come è stato da altri osservato³², tanto il sentirsi il giudice vincolato ad una posizione uniforme dei giuristi quanto la facoltà, in caso di posizioni discordanti, di seguire quella che gli apparisse preferibile³³ dovevano certo essere fenomeni già radicati nella prassi processuale repubblicana. In ragione di ciò, è bensì plausibile che il caso concreto che ha sollecitato il rescritto avesse coinvolto la questione del valore delle soluzioni provenienti da giuristi titolari del *ius respondendi* (ad esempio, potrebbe immaginarsi che, in relazione a una determinata fattispecie oggetto di controversia, si fosse chiesto all'imperatore se, stante una pluralità di pareri di giuristi 'patentati' che si orientavano in uno stesso senso, potesse preferirsi l'opinione difforme anche di uno soltanto e che l'imperatore avesse risposto affermando che pure in siffatta ipotesi era fatta salva la – tradizionale – libertà di scelta da parte del giudice); ma senza che siffatto riferimento a pareri di giuristi 'autorizzati' contraddica o infici gli argomenti poc' anzi adottati e che convergono nel senso di un riferimento di Gai 1.7 alla generalità dei *prudentes*. Piuttosto, in coerenza con quegli argomenti, è legittimo assumere che Gaio dovette richiamare il rescritto adrianeo, non già in quanto provvedimento che aveva istituito, innovativamente, il meccanismo subito prima descritto (*quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis uicem optinet, si uero dissentiunt, iudici licet quam uelit sententiam sequi*'), bensì in quanto provvedimento nel cui disposto il preesistente, tradizionale spazio di autonomia del giudice in caso di difformità tra le posizioni giurisprudenziali adottate dalle parti trovava una manifestazione e un riscontro (*significatur*)³⁴.

responsa"); ma mi chiedo se la *iunctura* con l'accusativo non possa intendersi come indice di un avanzamento, per così dire, del contenuto interno dell'interpretazione rispetto al profilo esteriore della modalità-*respondere*, rappresentando, così, una tappa di un processo di avvicinamento del verbo '*respondere*' verso l'idea di "interpretare" *tout court*.

Ipotizzava che già ai tempi di Adriano si fosse affermato nel linguaggio corrente un uso esteso di '*responsa*' EISELE 1890, 203; lo escludevano con decisione, ad es., PRINGSHEIM 1934, 147; WIEACKER 1935, 47 ss. Più cauto, lodevolmente, DE ZULUETA 1953, 21, il quale, pur parlando, come Wieacker, di una mancanza di attestazioni fino al IV secolo, ammetteva che "we cannot be quite certain exclude that this loose usage was not already current in the schools" (v.a. DE ZULUETA 1947, 176).

³¹ In quest'ordine di idee, ad es., DE ZULUETA 1953, 22.

³² ASTOLFI 2006, 1016 s. (il quale, però, formula il rilievo nel quadro di una lettura che riferisce l'intero discorso di Gai 1.7 ai *responsa* dei giuristi autorizzati dal *princeps*).

³³ Condivido la posizione di quanti ritengono che la libertà del giudice, di cui parla Gaio e che trova riscontro nel rescritto adrianeo, si muove pur sempre entro l'ambito dei pareri adottati dalle parti nella causa in questione, risultando inverosimile un impegno da parte del giudice di autonoma ricerca e consultazione delle opinioni dei giuristi sul punto controverso: cfr., per tutti, STOLFI 2012, 321 e gli studiosi citati ivi, in nt. 92, cui *adde*, nello stesso volume *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, cit., la posizione di GIUNTI 2012, 220 e nt. 17.

³⁴ Questa lettura consente, peraltro, di superare l'osservazione che era stata a suo tempo avanzata contro la genuinità del richiamo ad Adriano (PRINGSHEIM 1934, 147 s.; WIEACKER 1935, 61 ss.) e che consisteva nel fatto che, per sua natura, un rescritto non stabilisce principi di natura generale.

Vi sono almeno altri due casi nei quali compare il medesimo impianto narrativo adottato in Gai 1.7, consistente nella descrizione di un regime o di uno stato di cose, subito seguita dalla locuzione ‘idque rescripto (edicto, constitutionibus, epistulis) significatur’, e nei quali questa locuzione, inequivocabilmente, non attribuisce una portata creativa all’intervento imperiale in questione, bensì indica che nell’intervento imperiale quel regime o quello stato di cose trova riscontro, testimonianza, espressione. Si tratta di Gai 1.55 (‘Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreauimus. quod ius proprium ciuium Romanorum est [...] idque diui Hadriani edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo ciuitatem Romanam petebant, significatur’) e di Gai 1.96 (‘...aut maius est Latium aut minus: maius est Latium, cum [...]; minus Latium est, cum [...]: idque conpluribus epistulis principum significatur’): infatti, naturalmente, né l’esclusiva romanità della patria potestas è stata introdotta da un editto di Adriano né la distinzione tra il Latium maius e il Latium minus è stata istituita da numerose epistulae principum³⁵.

Riterrei, peraltro, che la citazione del ‘riscontro’ offerto dal rescritto adrianeo possa esser stata sollecitata da una specifica preoccupazione didattica, che può apprezzarsi tenendo presente che, come ho già osservato in una recente occasione³⁶, la descrizione gaiana in tema di *responsa prudentium* è stata congegnata in modo tale da far risaltare con particolare nettezza il fenomeno della controversialità giurisprudenziale.

³⁵ Non disponiamo, invece, di dati che consentano l’esatta decifrazione degli altri due impieghi della medesima locuzione e cioè Gai 1.94 e Gai 2.280 (diversamente, GIODICE-SABBATELLI 1980, 2145 e NICOSIA 2005, 239 intendono anche il ‘significatur’ di Gai 2.280 nel senso di ‘trova riscontro, manifestazione’).

Leggermente diversa è la locuzione ‘et haec ita principalibus constitutionibus (edicto, rescripto) significatur’, che ricorre in Gai 1.62, 1.93 e 2.151a. Nel primo di questi tre luoghi essa esprime il senso di regime, stato di cose, assetto che trova riscontro in un disposto normativo: posto, infatti, che ‘haec’ si riferisce all’intero contenuto del paragrafo (cfr. DAVID, NELSON 1954, 85) e che nella prima parte di questo paragrafo Gaio aveva affermato che la possibilità di sposare la nipote *ex fratre* per la prima volta ‘venit in usum’ in occasione del matrimonio tra Claudio e Agrippina, grazie – sappiamo da Tac., *Ann.* 12.7.2 – ad un senatoconsulto, è giocoforza concludere che le costituzioni imperiali cui si allude in chiusura di discorso non ebbero portata innovativa, bensì hanno offerto ulteriori riscontri della liceità di codeste *nuptiae*. Con riguardo agli altri due impieghi (Gai 1.93 ‘et haec ita edicto diui Hadriani significatur’; Gai 2.151a ‘et hoc ita rescripto imperatoris Antonini significatur’, preceduto da una lacuna di una certa ampiezza), invece, non vi sono elementi utili per una interpretazione del ‘significari’.

Senz’altro una portata costitutivo-innovativa assume questo verbo, in forma sia attiva sia passiva, in costruzioni di diverso tipo: Gai 1.80 ‘ex senatusconsulto quo auctore diuo Hadriano significatur, ut quoquo modo ex Latino et ciue Romana natus ciuis Romanus nascatur’; 1.81 ‘senatusconsultum diuo Hadriano auctore significavit, ut ex Latino et peregrina, item contra ex peregrino et Latina qui nascitur, is matris condicionem sequatur’; 2.120 ‘Rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui... posse... defendere se per exceptionem doli mali’; 2.126 ‘Sed nuper imperator Antoninus significavit rescripto suas non plus nascisci feminas per bonorum possessionem, quam quod iure adcrendi consequerentur’; 2.207 ‘...ipsa lege Papia significatur, ut collegatarius coniunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt’ (nell’immediato seguito – § 208 – si afferma ‘Sed plerisque placuit, quantum ad hoc ius, quod lege Papia coniunctis constituitur, nihil interesse rell.’); 3.64 ‘...item in hereditate ciuis Romani liberti liberis manumissoris nulla exhereditatio nocet, in bonis Latinorum nocere nominatim factam exhereditationem ipso senatus consulto significatur’.

³⁶ FALCONE 2022, 108 ss.

In effetti, da un lato, l'identificazione dei *responsa* attraverso l'endiadi *'sententiae et opiniones'*³⁷ sollecita un immediato rinvio al profilo della soggettività, e dunque della possibile varietà, dei punti di vista sostenuti dai giuristi; dall'altro lato, la collocazione del discorso sui *responsa prudentium* proprio a chiusura dell'intera rassegna concernente i *iura populi Romani* e, all'interno di questo discorso, la posizione terminale del cenno all'eventuale *dissentire* tra i giuristi costituiscono una scelta topografica che, conformemente ad una generale cura di Gaio nell'organizzazione e disposizione delle informazioni³⁸, non può ritenersi neutrale e che conferisce il massimo rilievo al fenomeno in questione. Il che, del resto, è pienamente coerente rispetto alla complessiva impostazione dei *commentarii*, che, com'è risaputo, sono caratterizzati da frequenti richiami a dispute tra giuristi³⁹. Non solo; ma, in virtù del richiamo alla libertà di scelta del giudice nel caso di difformità tra i pareri giurisprudenziali adottati (*'si uero dissentiant, iudici licet quam uelit sententiam sequi'*), quel che vien messo in particolare rilievo è che codesta controversialità giurisprudenziale, lungi dal confinarsi in un ambito di dispute teoriche, si proietta invece direttamente nella dimensione pratica dell'attuazione delle posizioni giuridiche dei privati.

Ebbene, alla luce di questa circostanza, mi pare legittimo ipotizzare che Gaio abbia adottato l'intervento di Adriano perché preoccupato di giustificare con una sorta, per dir così, di copertura autoritativa istituzionale quella libertà del giudice che avrebbe potuto apparire, ai destinatari del discorso gaiano, elemento di instabilità e 'incertezza' del *ius*, al quale costoro si stavano accostando.

2. Il corrispondente brano delle Istituzioni di Giustiniano, come accennato in apertura, contiene, invece, un esplicito riferimento al *ius respondendi*:

³⁷ La portata endiadica del binomio *'sententiae et opiniones'* risulta dall'impiego dei due termini come interscambiabili in vari luoghi dell'esposizione gaiana. Cfr., con assoluta evidenza, l'uso fungibile all'interno di Gai 2.220-223 (*'... nihil aliud secundum nostrorum praeceptionem opinionem per praeceptionem legari posse, nisi quod testatoris sit [...]. Sed diversae scholae auctores putant etiam extraneo per praeceptionem legari posse [...]. Quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse. Secundum hanc igitur opinionem [...] Sive tamen heredibus secundum nostrorum opinionem, sive etiam extraneis secundum illorum opinionem...'*) e all'interno di Gai 3.184 (*'Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, [...] Alii adhuc ulterius eo usque manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo, quo perferre fur destinasset. alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens usus fuerit; quae sententia non optinuit. sed et illorum sententia, qui existimauerunt, donec perferret eo, quo fur destinasset, furtum manifestum esse, ideo non uidetur probari, quia [...] Ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur; magis tamen plerique posteriorem probant'*); nonché l'equipollenza tra la *'sententia'* di Gai 2.280 (*'quam sententiam et his temporibus magis optinere uideo'*), Gai 3.64 (*'idque maxime Pegaso placuit; quae sententia aperte falsa est'*), Gai 3.71 (*'Cassio placuit...; sed huius sententiam plerique improbant'*), Gai 3.149 (*'Sed Servius Sulpicius, cuius etiam prevaluit sententia'*) e l'*'opinio'* di Gai 3.140 (*'cuius opinionem Cassius probat; cuius opinionem Proculus secutus est'*) e Gai 3.156 (*'Sabini opinionem contra sententis'*). Che, poi, nella parte conclusiva del § 1.7 Gaio rinuncia alla coppia terminologica ed impieghi solo *'sententiae'* non rileva, giacché il dato potrebbe esser stato funzionale al proposito di far risaltare con particolare evidenza il profilo del soggetto *'sentire'* nel quadro della complessiva notazione *'quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis uicem optinet; si uero dissentiant, iudici licet quam uelit sententiam sequi...'* (né può escludersi che il giurista sia stato attratto da una scelta lessicale presente, chissà, nel rescritto adrianeo richiamato in proposito). Su tutto ciò rinvio, anche per richiami bibl., a FALCONE 2022 109 s. e ivi ntt. 443-446.

³⁸ Su questa peculiarità della complessiva scrittura dei *commentarii* gaiani cfr. FALCONE 2022, 11 ss.

³⁹ Cfr., almeno, SCHWARZ 1951, 213 ss.; STOLFI 1997, 49 ss.; BRUTTI 2012a, 75 ss.

Inst. 1.2.8. *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat iura condere. nam antiquitus institutum erat ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est, qui iurisconsulti appellabantur. Quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenent ut iudici recedere a responso eorum non liceat, ut est constitutum.*

La prima parte del testo (*‘Responsa – condere’*) ripropone l’affermazione iniziale di Gai 1.7, con la sola differenza che il *‘permissum est’* gaiano diventa *‘permissum erat’*. La ragione del mutamento è palese. Invero, è risaputa l’avvenuta affermazione, con Giustiniano, del monopolio interpretativo-creativo dell’imperatore (nell’enunciazione del quale, si badi, compare anche la stessa semantica del *‘condere’* che ricorre in Inst. 1.2.8):

c. *Deo auct.* 7 *‘...Cum enim lege antiqua, quae regia nuncupabatur, omne ius omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem, nos vero sanctionem omnem non dividimus in alias et alias conditorum partes, sed totam nostram esse volumus...’;*

C. 1.14.12.5 *‘...tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur’;*

c. *Tanta* 21 *‘...ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari’;*

c. Δέδωκεν 21 *‘...τοῦτο βασιλεὺς ἐρμηνεύσει καλῶς, ὅπερ αὐτῷ μόνῳ παρὰ τῶν νόμων ἐφεῖται...’;*

ed è parimenti notorio che attraverso l’inserimento nei *Digesta* del materiale giurisprudenziale si è realizzata una ‘codificazione’ di quest’ultimo, che viene propagandato come ormai direttamente riferibile alla volontà e cioè alla legiferazione dell’imperatore:

c. *Deo auct.* 6 *‘...ut omnes qui relati fuerint in hunc codicem prudentissimi viri habeant auctoritatem tam, quasi et eorum studia ex principalibus constitutionibus profecta et a nostro divino fuerint ore profusa...’;*

c. *Tanta* 10 *‘...ut quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum’;*

c. *Tanta* 20a *‘...Cum enim constitutionum vicem et has leges obtinere censuimus quasi ex nobis promulgatas...’;*

c. *Tanta* 23 *‘Leges autem nostras, quae in his codicibus, id est institutionum seu elementorum et digestorum vel pandectarum posuimus...’.*

Ebbene, con coerenza rispetto a questi fenomeni, dovette ritenersi opportuno che l'esistenza di un *'iura condere'* da parte di soggetti diversi dall'imperatore, i giuristi appunto, risultasse, agli occhi di chi stava iniziando a studiare il diritto, come appartenente e confinata al passato in modo più netto ed inequivoco rispetto a quanto avrebbe potuto lasciar intendere la forma verbale *'permissum est'* presente in Gai 1.7.

L'imporsi del monopolio creativo-interpretativo in capo all'imperatore e la rappresentazione delle posizioni giurisprudenziali raccolte nella Compilazione come direttamente provenienti dall'imperatore costituiscono aspetti della realtà e dell'ideologia giustinianee davvero troppo conosciuti per richiedere la citazione di ulteriori riscontri, rispetto a quelli appena indicati nel testo, o il compimento di scontati richiami bibliografici. Solo, è il caso di precisare che con tali fenomeni nulla ha a che fare l'annuncio, in c. *Omnem* 11, dell'avvenuta realizzazione di una *'legum permutatio'* da parte di Giustiniano:

'Incipite igitur legum doctrinam eis dei gubernatione tradere et viam aperire quam nos invenimus, quatenus fiant optimi iustitiae et rei publicae ministri et vos maximum decus in omne saeculum sequatur: quia vestris temporibus talis legum inventa est permutatio, qualem et apud Homerum patrem omnis virtutis Glaucus et Diomedes inter se faciunt dissimilia permutantes: 'χρῦσεα χαλκείων, ἑκατόνβοια ἔννεαβοίων' quae omnia optinere sancimus in omne aevum, ab omnibus tam professoribus quam legum auditoribus et librariis et ipsis et iudicibus observanda'.

Compio questa puntualizzazione avendo presente la particolare lettura, che a più riprese ha propugnato Filippo Gallo e che si trova qua e là riproposta in dottrina, secondo la quale la locuzione *'legum permutatio'* di c. *Omnem* 11 farebbe riferimento alla complessiva svolta in chiave assolutistica e accentratrice che Giustiniano ha impresso in materia di produzione, interpretazione e applicazione del diritto, perseguendo "una nuova teorizzazione nel campo giuridico, rappresentata come *legum doctrina*" e costituita dai seguenti elementi: l'intero precipitato giuridico è ridotto alla *lex* imperiale, viene asserita l'esclusività della creazione e interpretazione diritto da parte dell'imperatore (con conseguente assegnazione allo stesso dell'*ars iuris* in passato esercitata dai giuristi), viene riconosciuto ai giudici un compito di mera applicazione delle *leges*⁴⁰. In realtà, il ricorso all'immagine della *'legum permutatio'* vuole soltanto rimarcare enfaticamente, a chiusura dell'intero testo riformatore degli studi, il salto di qualità che, rispetto al passato, il nuovo percorso scolastico stabilito da Giustiniano determina con specifico riguardo all'oggetto d'insegnamento: la locuzione allude allo "scambio" rea-

⁴⁰ Ai saggi con i quali il maestro torinese è andato formulando questa interpretazione e che sono indicati in CERAMI 2019, 38 nt. 4, *adde*: GALLO 2011a, 325 ss.; 2011b, pp. 1 ss.; 2012, 533 ss.; 2013, 15 ss.; 2014; 2018.

lizzato tra l'antico materiale d'insegnamento giuridico (stigmatizzato come dotato di scarsa consistenza e, per di più, come insegnato in modo inadeguato, senza completezza e mescolandosi cose utili e cose inutili: §§ 1; 2; 5) e il nuovo materiale sì come individuato attraverso la stessa costituzione *Omnem*, uno "scambio" proclamato nel § 11 a coronamento di un contrappunto che pervade l'intero testo della costituzione (e che costituisce la *ratio* stessa dell'intervento imperiale in materia): a partire, ad es., da contrapposizioni esplicite quali quelle presenti nel § 2 '*penuria legum – legitimi thesauri*', '*antiqua confusio legum – leges iam clare et dilucide prostant animis eorum tradendae*'. Tant'è che il richiamo alla *legum permutatio* è direttamente rivolto agli insegnanti di diritto ('*quia vestris temporibus talis legum inventa est permutatio...*': la seconda persona plurale è la stessa dell'esortazione '*Incipite igitur legum doctrinam eis dei gubernatione traderet*', che apre il § 11): quegli stessi insegnanti ai quali già tra le prime battute della costituzione (*pr.*) era stato detto che essi avrebbero appreso la '*via eruditionis legitima*' da percorrere per l'innanzi e che adesso, nel § 11, sono invitati a '*viam aperire* (*scil.* agli studenti) *quam nos invenimus*'. Del resto, che il termine '*leges*' all'interno del sintagma '*legum permutatio*', anziché avere la portata amplissima presupposta dalla lettura in esame (alludente genericamente e complessivamente al diritto), assuma il diverso e specifico significato di testi giuridici assunti come oggetto d'insegnamento, risulta (oltre che dalla concettualizzazione '*via eruditionis legitima*' or ora richiamata e dalle espressioni '*penuria legum*' e '*confusio legum*' del § 2 poc' anzi riferite) dallo stesso immediato seguito del § 11 e precisamente dalle parole '*tam professoribus quam legum auditoribus*'. Quanto, poi, al sintagma '*legum doctrina*' ('*Incipite igitur legum doctrinam eis [...] traderet*'), esso non evoca l'idea di "dottrina", "teoria" o "visione" giustiniana del diritto, bensì esprime, sullo stesso piano concettuale che si è qui precisato, l'insieme delle conoscenze in ambito giuridico da trasmettere agli studenti: già l'imperatore Anastasio parlava di '*legum doctrina*' per alludere all'avvenuta acquisizione di tali conoscenze (C. 2.7.24.5) e lo stesso Giustiniano in c. *Summa* 1 adottava questa locuzione per elogiare il sapere giuridico in capo ai commissari scelti per la compilazione del Codice ('*...electis viris gloriosissimis tam doctrina legum quam experientia rerum studioque pro re publica indefesso...*'), mentre all'interno della stessa c. *Omnem* il concetto in esame è riconoscibile nel § 7, dal momento che le parole '*doctrinam discipulis adulterinam traderet*' vengono poco più avanti esplicitate con il cenno all'operato di '*quidam imperiti homines*' i quali '*non leges docent, sed in leges committunt*' (aggiungasi che '*doctrina*' nel senso di complessivo oggetto d'insegnamento ricorre anche in c. *Omnem* 4: '*Tertii insuper anni doctrina talem ordinem sortiatur, ut...*', '*hocque termine tertii anni doctrina concludatur*')⁴¹.

⁴¹ Ai rilievi che precedono può aggiungersi, pur se non dotata di autonomo peso probatorio, la circostanza che l'idea di svolta o rivoluzione (che, secondo l'interpretazione in esame, Giustiniano avrebbe realizzata a tutto campo in ambito giuridico) presenta già una discrasia rispetto alla stessa prospettiva dello "scambio" espressa dal termine *permutatio*: LANTELLA 2016, 53. Su un piano diverso, e cioè in relazione ad alcuni passaggi interni alla complessiva lettura di Gallo, si collocano le riserve formulate da CERAMI 2019, 66 ss.

Segue, a questo punto, una notazione (*'nam – appellabatur'*) del tutto priva di riscontro nel discorso gaiano, che ha lo scopo di giustificare l'antico permesso ai giuristi di *'iura condere'* e che al suo interno contiene l'espressa menzione del *ius respondendi*. Circostanza, quest'ultima, che ha finito, peraltro, per influenzare indebitamente, dall'esterno, l'interpretazione di Gai 1.7, inducendo gli studiosi a leggere anche nel *'permissum est'* utilizzato da Gaio un richiamo alla concessione imperiale⁴².

Anche in questo tratto centrale di Inst. 1.2.8 si riconosce l'intervento compilatorio.

Anzitutto, ammettendo per ipotesi che vi sia alla base un'affermazione escerpita da un'opera istituzionale classica⁴³, è evidente che, poiché nel *collage* compilatorio il tratto in questione assume la funzione di giustificare ed esplicitare l'affermazione precedente *'quibus-erat'*, risulta di conio compilatorio l'elemento di raccordo *'nam'* e la conversione dei verbi al passato, da *'institutum erat'* ad *'appellabantur'*. D'altra parte, a nessun autore classico sarebbe venuto in mente di circoscrivere la qualifica *'iurisconsulti'* ai soli giuristi muniti del *ius respondendi*, come, invece, risulta dalla sequenza delle due relative *'quibus a Caesare ius respondendi datum est, qui iurisconsulti appellabantur'*: ché la designazione dei giuristi in quanto tali come *iurisconsulti* è un *topos* che risale almeno ai tempi di Cicerone⁴⁴. Ciò significa che – sempre immaginando di trovarci di fronte all'impiego di un testo classico – un ulteriore intervento su di esso è consistito nell'improvvisa aggiunta di una delle due relative. Ora, che, tra le due, a costituire innesto compilatorio sia la relativa che contiene il cenno al *ius respondendi* si può argomentare dalla circostanza che, mentre un'apposita aggiunta della qualifica *'iurisconsulti'* su un preesistente enunciato non era sollecitata da alcuna esigenza ed anzi non si coordinava perfettamente con il fatto che i soggetti in questione erano in apertura di paragrafo indicati con la diversa designazione *'prudentes'*, l'inserimento del richiamo al *ius respondendi* concesso dall'imperatore appare raccordarsi con quella stessa tendenza a riportare l'antico potere creativo-interpretativo dei giuristi al crisma di un riconoscimento imperiale, che trova espressione in dettati quali le

⁴² Come giustamente deplorato da PALAZZOLO 1996, 321 nt. 78 e da NICOSIA 2005, 230 s. Un esempio concreto di questo ingiustificato fenomeno storiografico si è incrociato *supra*, in nt. 12, in relazione ad uno degli argomenti addotti da Bauman e da Wieacker; ma v., ad es., anche TONDO 1979, 74 s., il quale afferma che, con riguardo alla caratterizzazione dei giuristi, il contenuto di Gai 1.7 risulta "puntualizzato meglio" dal dettato di Inst. 1.2.8.

⁴³ Hanno pensato ad una provenienza dalle *Institutiones* di Ulpiano KRÜGER 1870, 163 (seguito da FERRINI 1901, 125 (= 1929, 334); KÜBLER 1902, 512. *Contra*, SCHULZ 1968, 207 (208) nt. 4, il quale ha obiettato essere impossibile che Ulpiano avesse affermato che soltanto i titolari di *ius respondendi* si chiamassero *iurisconsulti*. Come quest'ultimo studioso, considerano l'intero tratto in questione di fattura compilatoria – ma senza riferimento a profili che coinvolgono autorità o stratificazione interna e che considero di seguito nel testo – CANCELLI 1991, 562 s.; ALBANESE 2004, 21 (= 2006, 1085); NICOSIA 2005, 232; ASTOLFI 2006, 1021; SCHIAVONE 2021, 239.

⁴⁴ Denunciano l'inammissibilità dell'attribuzione della qualifica *'iuris consulti'* ai soli titolari del *ius respondendi* (oltre a Schulz, citato nella nt. prec.) ALBANESE 2004, 21 (= 2006, 1085) e NICOSIA 2005, 205, 232 ("affermazione veramente incredibile"), il quale ultimo in nt. 3 richiama, in contrario, numerosi luoghi ciceroniani (*Brut.* 79.275; *inv.* 2.22.68; *leg.* 2.19.47 e 48; 21.53; *de orat.* 1.28.128; 45.200; 48.212; 95.236; 56.239; 2.33.142; *Phil.* IX.5.10; *Caec.* 23.65; 24.67-68-69; *Flacc.* 32.80; *Mur.* 13.28; *Planc.* 24.62; *top.* 12.51) nonché l'intitolazione *'De officio iurisconsulti'* di un'opera di Cincio (in *Fest.*, *'nuncupata pecunia'*, 176 L.); riscontri ai quali aggiungerei D. 1.2.2.40 (Pomp., *l. sing. ench.*). In adesione a Nicosia, PLISECKA 2009, 390. Un'apposita critica ai tentativi compiuti da qualche studioso di valorizzare, al contrario, il nesso tra la titolarità del *ius respondendi* e la qualifica *'iuris consultus'* è in TUORI 2004, 304 ss.

costituzioni *Deo auctore* (§ 4)⁴⁵ e *Tanta* (§ 20a)⁴⁶ e, già prima, nella chiusa dell'energica costituzione del 529 (C. 1.14.12.5) con la quale Giustiniano rivendicava a sé l'esclusività della produzione e interpretazione del diritto⁴⁷.

A questi rilievi va, ancora, aggiunta la seguente constatazione: con ogni verosimiglianza il compilatore che ha curato il libro I delle Istituzioni è stato Teofilo⁴⁸, tuttavia deve senz'altro escludersi che sia stato questo stesso commissario a formulare l'inciso sul *ius respondendi*. Non solo, infatti, nel corrispondente brano della Parafrasi la relativa contenente il cenno al *ius respondendi* viene del tutto omessa (*ἐπετέτραπτο δὲ τοῦτοις δημοσίᾳ νομοθετεῖν ἦτοι τοὺς νόμους ἐρμηνεύειν ὄτινες καὶ IURIS CONSULTI προσηγορευόντο, τουτέστιν οἱ περὶ τοῦ νόμου ἐπερωτώμενοι CONSULERE γὰρ ἔστι τὸ ἐρωτᾶν*)⁴⁹, ma altresì, e soprattutto⁵⁰, in apertura della trattazione sui *responsa prudentium* Teofilo fa derivare, diversamente, la concessione dal popolo o dal senato o dall'imperatore: *Ἐν ἑκτῇ τάξει νομοθετοῦσιν οἱ σοφοί. σοφοὺς δὲ λέγω οἷς τὸ νομοθετεῖν ἢ δῆμος ἢ σύγκλητος ἢ βασιλεὺς ἐπέτρεψε*⁵¹.

⁴⁵ *Tubemus igitur vobis antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes prae buerunt, libros ad ius Romanum pertinentes et legere et elimare, ut ex his omnis materia colligatur, nulla secundum quod possibile est neque similitudine neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi, quod unum pro omnibus sufficiat. Quia autem et alii libros ad ius pertinentes scripserunt, quorum scripturae a nullis auctoribus receptae nec usitatae sunt, neque nos eorum volumina nostram inquietare dignamur sanctionem*.

⁴⁶ *Legis latores autem vel commentatores eos elegimus, qui digni tanto opere fuerant et quos et anteriores piissimi principes admittere non sunt indignati, omnibus uno dignitatis apice impertito nec sibi quodam aliquam praerogativam vindicante. Cum enim constitutionum vicem et has leges obtinere censuimus quasi ex nobis promulgatas, quid amplius aut minus in quibusdam esse intellegatur, cum una dignitas, una potestas omnibus est indulta?.* Non importa, in questa sede, prendere partito in merito alla questione se in questo brano, come nel parallelo testo di c. Δέδοκεν e nel su trascritto § 4 della c. *Deo auctore*, debba riconoscersi un implicito riferimento al *ius respondendi* (secondo la dottrina dominante) o invece al regime della c.d. legge delle citazioni (BUONAMICI 1898, 26 ss.; 1900, 18 ss.; 1905, 6 ss.; FALCHI 1983, 61 ss.; 1989, 90; 139 ss.) o, ancora, ad una commistione tra le due prospettive (MUIRHEAD 1888, 412 nt. 947; FERRINI 1893, 37) o tra altre prospettive ancora (CANCELLI 1991, 560: *ius respondendi*, disposizioni di Costantino in tema di *iura*, legge delle citazioni, presenza dei giuristi nel *consilium principis*).

⁴⁷ *Explosis itaque huiusmodi ridiculosis ambiguitatibus tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus, quia et eis hoc maiestas imperialis permisit*. Nelle parole conclusive è stato riconosciuto una ellittica allusione ora proprio all'antica concessione del *ius respondendi* (SCHULZ 1968, 517 nt. 1; CANNATA 2003, 29; HUMFRESS 2005, 168 s.; ASTOLFI 2006, 1020.) ora al disposto della c.d. legge delle citazioni (VON SAVIGNY 1840, 302 nt. o); ma non può escludersi, in alternativa, un richiamo alla disposizione di cost. *Summa* 3, con la quale lo stesso Giustiniano aveva riconosciuto l'efficacia degli antichi scritti giurisprudenziali, collocandoli sullo stesso piano rispetto alla legislazione imperiale raccolta nel Codice: *cum sufficiat earundem constitutionum nostri codicis recitatio adiectis etiam veterum iuris interpretatorum laboribus ad omnes dirimendas lites*: rinvio sul punto a FALCONE i.c.s.

⁴⁸ Rinvio all'apposita disamina svolta in FALCONE 1998, 223 ss. (con un prospetto riassuntivo a p. 391).

⁴⁹ Trad. Murison (in LOKIN, MEIJERING, STOLTE, VAN DER WAL 2010): «The jurists were empowered to make law – that is, to explain the laws – with public authority; and they were also designated iurisconsulti, that is, persons consulted on the law, for consulerere means 'to consult'».

⁵⁰ Invero, se la differenza tra il testo latino e quello della Parafrasi fosse soltanto quella ora segnalata, a tutto concedere potrebbe immaginarsi che Teofilo, accortosi in sede di spiegazione del ῥητόν dello svarione commesso costruendo un discorso che finiva per riferire la qualifica *'iuris consulti'* ai soli giuristi muniti di *ius respondendi*, vi avesse posto rimedio omettendo l'inciso in questione.

⁵¹ Trad. Murison: «In the sixth place, the men learned in the law (prudentes, Jurists) make laws. By jurists I mean those that the people or the Senate or the Emperor has empowered to make law».

La menzione teofilina di popolo, senato e imperatore potrebbe, forse, esser stata indotta dalla lettura dell'*Enchiridion*. Da un lato, invero, l'affermazione di D. 1.2.2.49 *'ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur'* – in sé mal costruita (segno, con altri, di una non diretta attribuibilità del testo del *liber singulari Enchiridii* alla mano di

Mettendo insieme i dati che precedono, è legittimo prospettare che autore (almeno) del richiamo al *ius respondendi* sia stato Triboniano. In generale, che anche quest'ultimo abbia direttamente preso parte al confezionamento del titolo 1.2, o *ab initio* o in un secondo momento rispetto alla redazione compiuta dal compilatore-antecessore, è senz'altro ammissibile ove si consideri che questo titolo rivestiva il ruolo strategico di presentazione dell'assetto giuridico vigente (il '*ius nostrum*' del § 3); con specifico riguardo, poi, ai *responsa prudentium*, un'attenzione apposita da parte di Triboniano tanto più è plausibile in ragione del fatto stesso che la relativa trattazione altro non era che la prima presentazione, ai *rudes studiosi*, di quella '*antiqua prudentia*' destinata al loro apprendimento (c. *Omnem* 1), che era stata raccolta nel Digesto proprio sotto la direzione di Triboniano. In sostanza, alla luce di quanto fin qui osservato, ritengo che la presenza della relativa '*quibus – datum est*', che determina l'inammissibile limitazione della qualifica di '*iuris consulti*' ai soli titolari del *ius respondendi*, costituisca l'infelice esito di un affrettato innesto compiuto da Triboniano su una formulazione già esistente, tratta da una fonte classica e ritoccata nei tempi verbali o, in alternativa, interamente congegnata, in una prima fase redazionale, dal compilatore-Teofilo⁵².

Ebbene, come, da un lato, l'origine compilatoria del cenno al *ius respondendi* priva il dettato di Inst. 1.2.8 di ogni rilievo ai fini dell'interpretazione delle parole di Gaio, nel senso che la testimonianza giustiniana non si presta in alcun modo a mettere in discussione l'insieme degli elementi più su segnalati (n. 1), che a mio avviso portano senz'altro a ritenere che Gai 1.7 si riferisse alla generalità dei giuristi anziché ai soli destinatari di *ius respondendi*⁵³; così, dall'altro lato, questa iniziativa di Triboniano può intendersi come anch'essa espressione di quella 'linea ufficiale', sancita nei summenzionati enunciati di *Deo auct.* 4 e *Tanta* 20a, che puntava a fondare l'accoglimento-selezione dei testi giurisprudenziali nella raccolta-Digesto sul fatto che già in passato agli antichi *prudentes* era stata riconosciuta un'*auctoritas* da parte del potere imperiale⁵⁴.

Pomponio: FALCONE 2022, 102 con bibl. in nt. 412) – si prestava ad ingenerare l'idea che il *ius respondendi* esistesse già in età repubblicana: e l'antecessore potrebbe aver trovato naturale, a quel punto, immaginare che l'attribuzione di un potere di *iura condere* dovesse provenire dagli altri due organi nomopoietici elencati nelle *Institutiones* imperiali, e cioè, appunto, il *populus* e il *senatus*; dall'altro lato, in D. 1.2.2.37 si legge che il giurista Sempronius fu il primo ad essere appellato dal *populus Romanus* 'σοφός', che il giurista Gaius Scipio Nasica '*optimus a senatu appellatus est*' e che a questo stesso giurista (in realtà, al di lui figlio Scipio Nasica Corculum: cfr. NASTI 2013, 8 ss.) fu assegnata *publice una domus nella via sacra* affinché potesse svolgere più agevolmente l'attività rispondente (*quo facilius consuli posset*). In queste informazioni Teofilo potrebbe aver visto una sorta di riconoscimento-autorizzazione da parte del *populus* e, rispettivamente, del *senatus* allo svolgimento stesso del *respondere* (per uno spunto in tal senso già SCHRADER 1832, 30).

⁵² Per un verosimile caso di scrittura di Triboniano maldestramente aggiunta a composizione avvenuta di un altro titolo iniziale strategico quale Inst. I.1 '*De iustitia et iure*' (segnatamente, l'inserimento fuori posto dei *iuris praecepta* nel § 3) cfr. FALCONE 2007, 361 s.

⁵³ Mette conto precisare che il convincimento che il cenno al *ius respondendi* in Inst. 1.2.8 sia frutto di un'autonoma inserzione compilatoria e, già prima, che in Gai 1.7 sia del tutto assente un riferimento a questo istituto lascia impregiudicata la questione della storicità dello stesso, che esula dai confini di questa ricerca.

⁵⁴ C. *Deo auct.* 4 '*Iubemus igitur vobis antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praeberunt...*'; c. *Tanta* 20a '*Legis latores autem vel commentatores eos elegimus, qui digni tanto opere fuerant et quos et anteriores piissimi principes admittere non sunt indignati...*'.

3. L'altra, macroscopica differenza che emerge dal confronto rispetto al testo di Gaio si riscontra nella parte finale di Inst. 1.2.8, '*Quorum omnium eam auctoritatem tenent, ut iudici discedere a responso eorum non licet, ut est constitutum*', e consiste nella cancellazione di ogni cenno all'eventualità di una divergenza tra le *sententiae et opiniones* dei giuristi. Scompare, così, ciò che in Gai 1.7 costituiva il più esplicito riferimento testuale a quella controversialità giurisprudenziale sulla quale, come poc' anzi segnalato, risulta calibrata l'intera informazione gaiana.

A mio avviso questo segmento finale del testo giustiniano, nonostante l'autorevole opinione di Ferrini e di Kübler, i quali avevano ipotizzato una provenienza dalle Istituzioni di Ulpiano⁵⁵, consiste in una diretta rielaborazione compilatoria del discorso di Gai 1.7. In questo senso depongono sia l'incipit '*Quorum omnium*' sia l'identità di posizione dell'*'ut et constitutum*' rispetto alle parole di Gai 1.7 '*idque rescripto diui Hadriani significatur*'⁵⁶, come pure la piena equipollenza concettuale tra l'affermazione che al giudice non è consentito di scostarsi dal responso e l'affermazione gaiana che i responsi (in caso di uniformità) '*legis vicem optinent*'; mentre l'aggiunta delle parole '*et opiniones*' dovette esser volta a restituire simmetria con la coppia '*sententiae et opiniones*', che, invece, Gaio aveva utilizzata solo nell'esordio della descrizione⁵⁷.

La soppressione del riferimento all'eventualità del *dissentire* tra i giuristi deriva, evidentemente, dal fatto che le *sententiae et opiniones* che possono esser sottoposte alla valutazione di un giudice sono ormai, nella complessiva sistemazione giuridica realizzata attraverso la Compilazione, esclusivamente le prese di posizione degli antichi giuristi in quanto veicolate nei testi raccolti nei *Digesta* (c. *Deo auct.* 11; c. *Tanta/Δέδοκεν* 19) e questi testi, secondo l'enfatica propaganda di Giustiniano, non presentano tra loro alcuna contraddizione o antinomia:

c. *Deo auct.* 8 '*Nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia [...] aliquem sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia*';

c. *Tanta* pr. '*Erat enim mirabile Romanam sanctionem [...], intestinis proeliis vacillantem hocque et in imperiales constitutiones extendentem in unam reducere consonantiam, ut nihil neque contrarium neque idem neque simile in ea inveniatur...*';

c. *Tanta* 1 '*...in quinquaginta libros omne quod utilissimum erat collectum est et omnes ambiguitates decisae nullo seditioso relicto*';

⁵⁵ Cfr. i luoghi citati *supra*, in nt. 43. Ma il solo indizio specifico a tal fine addotto, e cioè la frequenza con cui Ulpiano usa la locuzione '*ut est constitutum*', è già in sé inadeguato: cfr. SCHULZ 1968, 208 (207) nt. 2.

⁵⁶ Così, opportunamente, F. DE VISSCHER 1936, 641 (640), nt. 2.

⁵⁷ *Supra*, nt. 37.

c. *Tanta* 15 ‘*Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet: sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querellam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem*⁵⁸.

A seguito di questa modifica, peraltro, le parole ‘*quorum omnium*’, pur mantenute dal testo gaiano, assumono un nuovo significato. Nel dettato classico esse integravano la prospettazione dell’ipotesi di consenso tra tutti i giuristi addotti nella controversia, ‘*quorum omnium si in unum sententiae concurrunt*’, la quale era direttamente coordinata alla contrapposta ipotesi della difformità di posizioni, ‘*si vero dissentiunt...*’. Soppresso il cenno all’eventualità del *dissentire* e venuto meno, conseguentemente, anche il correlato ‘*si in unum concurrunt*’, le parole ‘*quorum omnium*’ risultano ora collegate all’affermazione ‘*sententiae et opiniones eam auctoritatem tenent, ut...*’ e in questa nuova connessione alludono alla circostanza che le prese di posizione di tutti i giuristi hanno, indistintamente, pari dignità e *auctoritas* vincolante per il giudice⁵⁹ dal momento che sono state assunte quali espressione della volontà dello stesso Giustiniano, che le ha riversate nella codificazione-Digesto:

c. *Deo auct.* 6 ‘*...ut omnes qui relati fuerint in hunc codicem prudentissimi viri habeant auctoritatem tam, quasi et eorum studia ex principalibus constitutionibus profecta et a nostro divino fuerint ore profusa. Omnia enim merito nostra facimus, quia ex nobis omnis eis impertietur auctoritas...*’;

c. *Tanta* 10 ‘*...unaque omnibus auctoritate indulta, ut quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum...*’;

c. *Tanta* 20 ‘*...omnibus uno dignitatis apice impertito nec sibi quodam aliquam praerogativam vindicante. Cum enim constitutionum vicem et has leges obtinere censuimus quasi ex nobis promulgatas, quid amplius aut minus in quibusdam esse intellegatur, cum una dignitas, una potestas omnibus est indulta?*’.

⁵⁸ Il particolare valore che Giustiniano attribuisce al fatto di aver placato le contese tra le posizioni e nell’aver confezionato una raccolta nella quale non residuerebbero contrasti o antinomie si desume anche dalla circostanza che a giustificazione del divieto di *commentarii* al Digesto egli adduce rischio di *confusio* derivante dal riprodursi di prese di posizione contrastanti e riferendosi a siffatto rischio parla di ‘*dedecus*’, “disonore”, che verrebbe arrecato alla compilazione: cost. *Tanta* 21 ‘*...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 titularum subtilitatem adnotare maluerint et ea quae παράπλοια nuncupantur componere. Alias autem legum interpretationes, immo magis perversiones eos iactare non concedimus, ne verborum 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?*’. In generale, sul divieto di *commentarii* cfr. FALCONE 2014, 1 ss.; 2020, 599 ss.

⁵⁹ Cfr. MAGDELAIN 1950, 171 s.

In sostanza, come autorevolmente osservato, eliminato il riferimento all'alternativa consenso/dissenso tra i giuristi, non resta che la "consécration pure et simple" del valore legislativo di tutte le opinioni giurisprudenziali, quali figurano nel Digesto⁶⁰. Le parole 'ut est constitutum', con le quali questa 'consacrazione' viene sorretta, potrebbero, peraltro, avere una sfumatura particolare. Come già accennato, esse prendono il posto della chiusa di Gai 1.7 'idque rescripto diui Hadriani significatur': il compilatore non poteva mantenere la menzione del rescritto di Adriano a meno di non compiere una falsificazione, dal momento che, diversamente dalla portata di quel provvedimento, il dato che egli voleva presentare era la forza vincolante per il giudice della figura in sé dei responsi giurisprudenziali. Ora, la scelta di sopperire con la locuzione 'ut est constitutum', anziché di chiudere la descrizione direttamente con l'affermazione 'ut iudici recedere a responso eorum non liceat', va senz'altro letta in chiave di attribuzione di un crisma imperiale all'*auctoritas* dei *responsa*, e in quest'ottica può forse aver avuto l'obiettivo di accreditare la mancanza di libertà del giudice di fronte alle soluzioni giurisprudenziali quale principio generale, non agganciato a questo o a quel disposto specifico⁶¹, ma, comunque, avvenute derivazione imperiale.

In definitiva, la scrittura di Inst. 1.2.8 costituisce, nei suoi scostamenti rispetto a Gai 1.7, una riproposizione fedele della complessiva risposta giustiniana all'esigenza di certezza del diritto⁶² di fronte al precipitato letterario giurisprudenziale quale componente dell'ordinamento giuridico vigente e, insieme, quale materiale raccolto nella codificazione-*Digesta*, che viene per la prima volta presentato agli studenti: in questo paragrafo del manuale si ritrovano condensate, in poche stringate battute, l'ideologia dell'assenza di contraddizioni fra i testi giurisprudenziali, quale frutto dell'intervento risolutorio compiuto da Giustiniano su un repertorio chiuso di testi tassativamente raccolti; l'ideologia della parità di *auctoritas* fra le prese di posizione di tutti i giuristi conseguente alla sovrapposizione, su di esse, dell'*auctoritas* dello stesso imperatore; e l'ideologia della vincolatività delle fonti giurisprudenziali per i giudici, ricondotta, ancora una volta, al suggello del potere imperiale ('ut est constitutum').

⁶⁰ DE VISSCHER 1936, 640: "Il ne reste donc que la consécration pure et simple de la force obligatoire de toutes les *sententiae et opiniones* de la jurisprudence officielle, telles bien entendu qu'elles figurent au Digeste".

⁶¹ Non potrebbe pensarsi nemmeno al dettato di c. *Tanta* 17, giacché la prospettiva di questo passaggio della costituzione è del tutto diversa: Giustiniano deplora che in passato, nonostante l'abbondante produzione giurisprudenziale, i litiganti portavano avanti le liti sulla base di pochi testi ('*licet multae leges fuerant positae, tamen ex paucis lites perferebantur*'), con la conseguenza che, in sostanza, le liti venivano risolte sulla base della *voluntas* dei giudici anziché sulla base dell'*auctoritas* delle fonti giuridiche ('*voluntate iudicum magis quam legitima auctoritate lites dirimebantur*'). In questo caso, dunque, non viene in questione come in Inst. 1.2.8, la libertà (esclusa) del giudice di scostarsi dal contenuto di questa o a quella singola fonte giurisprudenziale, bensì la volontà del giudice come antitesi rispetto alle stesse fonti in quanto tali.

⁶² Per un collegamento tra il dettato di Inst. 1.2.8 e il profilo della certezza del diritto, in tempi recenti, DALLA 2006, 1029 ss.

Bibliografia

- ALBANESE 1978 = B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo 1978.
- ALBANESE 2004 = B. ALBANESE, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del ius respondendi*, in *AUPA* 49 (2004), pp. 19-26.
- ALBANESE 2006 = B. ALBANESE, *Scritti giuridici*, III-IV, a c. di G. FALCONE, Torino 2006.
- ASTOLFI 2006 = R. ASTOLFI, *Sabino e il ius respondendi*, in M. BACCARI, C. CASCIONE 2006, II, pp. 1007-1022.
- BACCARI, CASCIONE 2006 = M. BACCARI, C. CASCIONE (a c. di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, I-II, Napoli-Roma 2006.
- BAUMAN 1989 = R. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the early Roman Empire. A study of relations between the Roman Jurists and the Emperors from Augustus to Hadrian*, München 1989.
- BRUTTI 2003 = M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo ius controversum all'autorità del principe)*, in MILAZZO 2003, pp. 403-458.
- BRUTTI 2011 = M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma²*, Torino 2011.
- BRUTTI 2012a = M. BRUTTI, *Gaio e lo ius controversum*, in *AUPA* 55 (2012), pp. 75-124.
- BRUTTI 2012b = M. BRUTTI, *Il dialogo tra giuristi e imperatori*, in MAROTTA, STOLFI 2012, pp. 97-204.
- BUONAMICI 1898 = F. BUONAMICI, *Ancora sulla scelta dei giureconsulti e delle loro opere fatta dai compilatori delle Pandette*, in *AG* 60 (1898), pp. 1-44.
- BUONAMICI 1900 = F. BUONAMICI, *Memoria terza sulla scelta dei giureconsulti e delle sue opere fatta dai compilatori delle Pandette*, in *AG* 64 (1900), pp. 1-22.
- BUONAMICI 1905 = F. BUONAMICI, *Nuove osservazioni sulla scelta dei giureconsulti e delle loro opere fatta dai compilatori delle Pandette*, in *AG* 74 (1905), pp. 1-9.
- CANCELLI 1991 = F. CANCELLI, *Il presunto 'ius respondendi' istituito da Augusto*, in *BIDR* 90 (1987; ma pubbl. 1991), pp. 543-568.
- CANNATA 2003 = C.A. CANNATA, *"Iura condere". Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e "auctoritas principis"*, in MILAZZO 2003, pp. 27-48.
- CASAVOLA 1976 = F. CASAVOLA, *Scienza, potere imperiale, ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo*, in *IVRA* 27 (1976), pp. 17-32.
- CASAVOLA 1980 = F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980.
- CERAMI 2019 = P. CERAMI, *'Ius est ars boni et aequi'. Un riesame della definizione celsina*, in *AUPA* 62 (2019), pp. 35-82.
- DALLA = D. DALLA, *Fra ius controversum, discrezionalità del giudicante e assetti costituzionali*, in M. BACCARI, C. CASCIONE 2006, II, pp. 1023-1033.
- M. DAVID, H.L.W. NELSON 1954 = M. DAVID, H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum Commentarii IV. Kommentar* (1. Lieferung), Leiden 1954.
- DE VISSCHER 1936 = F. DE VISSCHER, *Le "ius publice respondendi"*, in *RHDFE* 15 (1936), pp. 616-650.

- DE ZULUETA 1947 = F. DE ZULUETA, *Reflections on Gai 1,7*, in *Tulane Law Review* 22 (1947), pp. 173-179.
- DE ZULUETA 1953 = F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, II, Oxford 1953.
- EISELE 1890 = F. EISELE, *Zu Gaius. I. Zu Gai 1,7*, in *ZSS* 11 (1890), pp. 199-203.
- FALCHI = G. FALCHI, *Sul possibile coordinamento tra le 'masse' blubmiane e le 'partes' del Digesto*, in *SDHI* 49 (1983), pp. 51-90.
- FALCHI 1989 = G. FALCHI, *Sulla codificazione del diritto nel V e VI secolo*, Roma 1989.
- FALCONE 1998 = G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in *AUPA* 45.1 (1998), 223-426.
- FALCONE 2007 = G. FALCONE, *Iuris praecepta, vera philosophia, iuris prudentia. Metodi di ricerca*, in *SDHI* 73 (2007), pp. 353-387.
- FALCONE 2014 = G. FALCONE, *The prohibition of commentaries to the Digest and the antecessorial literature*, in *Subseciva Groningana IX (Between Groningen and Palermo)*, 2014, pp. 1-36.
- FALCONE 2020 = G. FALCONE, *Ancora sul divieto giustiniano di commentarii al Digesto*, in *KOINONIA XLIV/I*, 2020, pp. 599-611.
- FALCONE 2022 = G. FALCONE, *Studi sui commentarii 'istituzionali' di Gaio. I. Formazione e natura del testo*, Roma-Bristol 2022.
- FALCONE ics. = G. FALCONE, *Per una rilettura di C. 1.14.12.5 e cost. Summa rei publicae § 3, in tema di fonti giurisprudenziali*, in corso di stampa.
- FERNÁNDEZ BARREIRO 1996 = A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Poder político y jurisprudencia en la época tardo-clásica*, in J. PARICIO (a c. di), *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid 1996, pp. 107-122.
- FERRARY 2012 = J.-L. FERRARY (a c. di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012.
- FERRARY, MAROTTA, SCHIAVONE 2020 = J.-L. FERRARY, V. MAROTTA, A. SCHIAVONE, *Cnaeus Domitius Ulpianus. Institutiones. De censibus*, Roma-Bristol 2021.
- FERRINI 1901 = C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR* XIII, 1901, pp. 101-207.
- FERRINI 1929 = C. FERRINI, *Opere*, II, Milano 1929.
- FERRINI 1893 = C. FERRINI, *Il Digesto*, Milano 1893.
- GALLO 1993 = F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino 1993.
- GALLO 2008 = F. GALLO, *La recezione moribus nell'esperienza romana: una prospettiva perduta da recuperare*, in *IVRA* LV, 2004-2005 (pubbl. 2008), pp. 1-28.
- GALLO 2011a = F. GALLO, *Che cos'è la costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica*, in *BIDR* 105 (2011), pp. 325-383.
- GALLO 2011b = F. GALLO, *Definizione celsina e dottrina pura del diritto*, in *TSDP* 4 (2011), pp. 1-178.
- GALLO 2012 = F. GALLO, *L'eredità perduta del diritto romano*, in *Index* 40 (2012), pp. 533-536.

- GALLO 2013 = F. GALLO, *La consuetudine grande sconosciuta*, in *SCDR* 26 (2013), pp. 15-41.
- GALLO 2014 = F. GALLO, *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Torino 2014.
- GALLO 2018 = F. GALLO, *Ius, quo utimur*, Torino 2018.
- GIODICE-SABBATELLI 1980 = V. GIODICE SABBATELLI, *Un rescritto di Adriano. Legati e fedecommes- si*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, V, Napoli 1980, pp. 2131-2145.
- GIODICE-SABBATELLI 1996 = V. GIODICE SABBATELLI, *Gli iura populi Romani nelle Istituzioni di Gaio*, Bari 1996.
- GIUNTI 2012 = P. GIUNTI, *Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in *MAROTTA, STOLFI* 2012, 213-251.
- GUARINO 1949 = A. GUARINO, *Il "jus publice respondendi"*, in *RIDA I.2 (Mélanges F. De Visscher)*, 1949, pp. 401-419.
- GUARINO 1983 = A. GUARINO, *Frustula iuris Romani*, I (II. *Iura condere*), in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, I, Milano 1983, pp. 205-210.
- HORVAT 1964 = M. HORVAT, *Note intorno alla ius respondendi*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, 2, Napoli 1964, pp. 710-716.
- HUMFRESS 2005 = C. HUMFRESS, *Law and Legal Practice in the Age of Justinian*, in *The Cambridge Companion to the Age of Justinian*, edited by M. MAAS, Cambridge 2005, pp. 161-184.
- KRÜGER 1870 = P. KRÜGER, *Kritische Versuche im Gebiete des römischen Rechts*, Berlin 1870.
- KÜBLER 1902 = B. KÜBLER, *Recensione a C. FERRINI, Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *ZSS* 23, 1902, pp. 508-526.
- KUNKEL 1948 = W. KUNKEL, *Das Wesen des ius respondendi*, in *ZSS* 88 (1948), pp. 423-457.
- LEVY-BRUHL 1962 = H. LEVI-BRUHL, *Juge et prudent*, in *RHDFE* 40 (1962), pp. 5-28.
- LANTELLA 2016 = L. LANTELLA, *Per una sintesi del pensiero del professor Gallo in tema di definizione celsina del diritto*, in *Due maestri del diritto. Filippo Carlo Gallo e Gastone Cottino. Quaderni dell'Accademia di Scienze di Torino*, 24 (2016), pp. 47-56.
- LOMBARDI 1967 = L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967.
- LOVATO 2020 = A. LOVATO, *Giuristi e principi nel II secolo*, in *Armata sapientia. Scritti in onore di Francesco Paolo Casavola in occasione dei suoi novant'anni*, Napoli 2020, pp. 545-565.
- MAGDELAIN 1950 = A. MAGDELAIN, *"Jus respondendi"*, in *RHDFE* 28 (1950), pp. 1-22; 157-182.
- MAROTTA, STOLFI 2012 = V. MAROTTA, E. STOLFI (a c. di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi* (Atti del Convegno, Firenze 2010), 2012.
- MILAZZO 2003 = F. MILAZZO (a c. di), *Ius controversum e auctoritas principis. Giuristi principe e diritto nel primo Impero* (Atti Convegno, Copanello 1998), Napoli-Roma 2003.
- MUIRHEAD 1888 = J. MUIRHEAD, *Storia del diritto romano dalle origini a Giustiniano*, tr. it. Milano 1888.
- NASTI 2013 = F. NASTI, *Studi sulla tradizione giurisprudenziale romana. Età degli Antonini e dei Severi*, Napoli 2013.
- PALAZZOLO 1991 = N. PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, Torino 1991².

- PALAZZOLO 1996 = N. PALAZZOLO, *Il princeps, i giuristi, l'editto*, in *Res publica e Princeps* (Atti Convegno Copanello 1994), Napoli 1996, pp. 289-322.
- PALAZZOLO 2019 = N. PALAZZOLO, in N. PALAZZOLO, O. LICANDRO, *Roma e le sue istituzioni dalle origini a Giustiniano*, Torino 2019.
- PANI 2012 = M. PANI, *Il principe e l'esercizio giurisprudenziale*, in *Politica antica* II.1 (2012), pp. 95-105.
- PARICIO 2001 = J. PARICIO, *Valor de las opiniones jurisprudenciales en la Roma clásica*, Madrid 2001.
- PARICIO 2018 = J. PARICIO, *Respondere ex auctoritate principis. Eficacia de las respuestas de los juristas en la experiencia jurídica romana*, Madrid 2018.
- PARICIO 2021 = J. PARICIO, *La formación del derecho privado romano*, Madrid 2021.
- PEPPE 2012 = L. PEPPE, *I senatusconsulta come alternativa alla legge comiziale. Con un'appendice su Gai. Inst. 1.1-8*, in FERRARY 2012, pp. 627-705.
- PLISECKA 2009 = A. PLISECKA, *The Roman jurists' law during the passage from the Republic to the Empire*, in *Jahrbuch Junge Rechtsgeschichte* 4 (2009), pp. 372-392.
- PRINGSHEIM 1934 = F. PRINGSHEIM, *The legal policy and reforms of Hadrian*, in *JRS* 24 (1934), pp. 141-153.
- PROVERA 1962 = G. PROVERA, *Ancora sul 'ius respondendi'*, in *SDHI* 28 (1962), pp. 342-360.
- QUADRATO 1994 = R. QUADRATO, "Juris conditor", in *INDEX* 22 (1994), 87-106.
- QUADRATO 2010 = R. QUADRATO, *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Bari 2010.
- SAVIGNY 1840 = F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840.
- SCHIAVONE 2017, = A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2017².
- SCHIAVONE 2021 = A. SCHIAVONE, in L. FERRARY, V. MAROTTA, A. SCHIAVONE, *Cnaeus Domitius Ulpianus. Institutiones. De censibus*, Roma-Bristol 2021.
- SCHILLER 1958 = A. SCHILLER, *Jurist's Law*, in *Columbia Law Review* 58 (1958), pp. 1226-1238.
- SCHILLER 1978 = A. SCHILLER, *Roman Law. Mechanisms of Development*, The Hague-Paris-New York 1978.
- SCHONBAUER 1950 = E. SCHONBAUER, *Die Legende vom ius respondendi ex auctoritate principis*, in *Anzeiger der Österreichischen Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse*, 1950, pp. 94-124.
- SCHRADER 1832 = E. SCHRADER, *Imp. Iustiniani Institutionum libri IV*, Berolini 1832.
- SCHULZ 1968 = F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, tr. it. Firenze 1968.
- SCHWARZ 1951 = A. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Fest. F. Schulz*, II, Weimar 1951, pp. 201-225.
- SIBER 1941 = H. SIBER, *Der Ausgangspunkt des ius respondendi*, in *ZSS* 61 (1941), pp. 397-402.
- STOLFI 1997 = E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI* 63 (1997), pp. 1-106.
- STOLFI 2001 = E. STOLFI, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le "sententiae prudentium" nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in *RDR* 1 (2001), pp. 1-50.

- STOLFI 2012 = E. STOLFI, *Dissensiones prudentium, dispute di scuola e interventi imperiali*, in V. MAROTTA, E. STOLFI (a c. di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, L'Erma di Bretschneider, Roma 2012, pp. 287-338.
- TONDO 1979 = S. TONDO, *Note esegetiche. III. Ius respondendi*, in *IVRA* 30 (1979), pp. 65-77.
- TONDO 1993 = S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, 2, Milano 1993.
- TUORI 2004 = K. TUORI, *The ius respondendi and the Freedom of Roman Jurisprudence*, in *RIDA* 51 (2004), pp. 295-337.
- VACCA 1978 = L. VACCA, *Considerazioni sull'aequitas come elemento del metodo della giurisprudenza romana*, in *Studi in memoria di G. d'Amelio*, I, Milano 1978, pp. 397-424.
- VACCA 2012 = L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto. Corso di lezioni²*, Torino 2012.
- WIEACKER 1935 = F. WIEACKER, *Quellen zur Hadrianischen Justizpolitik*, in *Freib. Rechtsgesch. Abhandlungen V* (1935), 331-349.
- WIEACKER 1985 = F. WIEACKER, *Respondere ex auctoritate principis*, in *Satura Roberto Feenstra oblata*, Fribourg 1985, pp. 71-94.

LE TRADIZIONI GIURIDICHE

Certeza del diritto e ordine giuridico moderno: un inventario tra ieri e oggi

Italo Birocchi

Facoltà di Lettere, Università Sapienza, Roma, Italia

Abstract (Italiano)

Il saggio muove dall'analisi di una vecchia interpretazione – smaccatamente ideologica – secondo la quale il modello giuridico ottocentesco fondato sulla legge positiva sarebbe stato storicamente quello in cui si sarebbe realizzata l'esigenza della certezza del diritto. L'autore ritiene che il concetto di certezza, da intendere in modo relativo, sia correlato all'esistenza stessa del diritto. La certezza si realizza e si percepisce attraverso l'incrocio di due condizioni: da un lato, quando nello specifico ordinamento esista una costituzione che sia avvertita come effettiva, e dall'altro quando esso produca gli strumenti che soddisfino il bisogno di certezza in relazione alla propria "costituzione". Sulla base di queste premesse, per i secoli d'Antico Regime in Europa il saggio stila un inventario delle "cose" che si incontrano nell'indagine storiografica. Con riferimento alla crisi di certezza attuale, la tesi prospettata ipotizza che i problemi odierni derivino dalle costituzioni nazionali necessariamente deboli rispetto al mondo globalizzato; esse non offrono garanzie adeguate alle esigenze di effettività, controllabilità e prevedibilità di fronte alle spinte selvagge dell'economia e della politica.

Keywords: Certezza, costituzione, garanzie

Abstract (English)

The essay starts from the analysis of an old interpretation – shamelessly ideological – according to which the eighteenth century juridical model based on positive law would have been historically the one realising the need for law certainty.

The author is of the view that the concept of certainty, intended in a relative sense, is correlated to the existence of law itself. Certainty is realised and is perceived through two interlinked conditions: on the one hand, when in the specific juridical order a constitution that is considered effective exists; and on the other, when it produces the tools that are instrumental to satisfy the need for certainty in relation to its "Constitution".

On the basis of such premises, the essay lists an inventory of the "things" that are met in the historical investigation for the centuries of the ancien régime in Europe.

With regard to the current crisis of certainty, the prospected thesis is that the present problems derive from the national constitutions' necessary weakness faced by the globalised

world; they do not offer sufficient guarantees to the needs of effectiveness, accountability and predictability when clashing with the wild waves of economics and politics.

Keywords: Legal certainty, Constitution, guarantees

1. Nel tempo dell'interlocuzione teorica

Un profluvio di monografie e saggi in tema di certezza del diritto affolla le nostre biblioteche. Da quasi un secolo e con un crescendo impressionante negli ultimi decenni, ne sono autori principalmente filosofi del diritto, costituzionalisti e penalisti, ma in realtà, a parte la labilità delle etichette disciplinari, l'argomento ha interessato più o meno gli studiosi di tutte le branche giuridiche; di recente, con la trasformazione o il tramonto dei pilastri della tradizione giuridica borghese (la legge, le categorie privatistiche, il codice, il sistema piramidale delle fonti), ha catturato insistentemente le cure dei civilisti. Cospicui sono pure gli interventi degli scienziati della politica e dei politici stessi (in veste di *conditores legum*). Può dirsi, anzi, che il tema sia uno di quei pochi in cui il discorso giuridico si allacci immediatamente all'opinione pubblica, che infatti interviene a sua volta nelle forme più svariate, di solito per lamentare i mali dell'incertezza giuridica.

Molte voci e molte interlocuzioni, ma anche, non di rado, un dibattito tra sordi allorché il sintagma al centro dell'attenzione, di per sé carico di vaghezza, non viene definito preliminarmente. *Certezza del diritto* può essere intesa come un fatto (cioè una situazione da indagare), oppure come un valore (e in tante occasioni la Corte Costituzionale l'ha evocata come un principio del nostro ordinamento); e in quanto "situazione" può essere sminuzzata in tanti aspetti diversi riferiti alla prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti dei soggetti, oppure alla sicurezza dei diritti per l'esistenza di una sfera sottratta alle disposizioni del legislatore, o alla stabilità della cosa giudicata, o alla controllabilità delle decisioni giurisdizionali, o ancora a una condizione di chiarezza delle disposizioni normative e di accessibilità alla loro conoscenza, o magari alla sicurezza dei rapporti giuridici derivante da una loro disciplina normativa prevedibilmente stabile e da un determinato assetto dei pubblici poteri che la garantisca¹. Significati eterogenei, che lo storico sarebbe portato ad accrescere ulteriormente rovistando nell'infinito magazzino delle cose con cui ha a che fare.

2. Una vecchia interpretazione, tutta ideologica

Secondo l'interpretazione a lungo prevalente nella storiografia giuridica italiana, i secoli dell'età moderna sarebbero stati l'espressione massima, anzi eponima, dell'incertezza del diritto. Ne sarebbero state cause salienti l'eterogeneità delle fonti normative, la molteplicità degli

¹ Questi e altri significati ancora sono esemplificati in GOMETZ 2005, pp. 7-8.

status personali, l'arbitrarietà dell'interpretazione, complessivamente foriere di un sistema faraginoso, incoerente e imprevedibile. Nella fosca rappresentazione che ne scaturiva emergeva *a contrario* il fondamento ideologico di quella vulgata: magnificare gli esiti ottocenteschi, appunto come superamento del *caos* ordinamentale del diritto comune, reso possibile dal diritto borghese fondato sull'uguaglianza dei cittadini, chiaramente disposto nei codici e amministrato tramite organi giurisdizionali e amministrativi obbedienti solo al dettato della legge.

In particolare a partire dal Risorgimento la storia del diritto italiano è stata costruita come il passaggio dal molteplice all'unità, dall'incertezza derivata dall'intreccio di *status* difformi e di fonti eterogenee alla sicurezza del diritto positivo. Forse è per questo che si fatica a trovare una trattazione del problema della certezza nei repertori enciclopedici pubblicati o ideati fino alla metà del Novecento: solo il *Novissimo Digesto* contiene una voce firmata da quel Mario Longo che, originariamente magistrato e discendente dalla scuola torinese di Segrè e Maroi, si era indirizzato verso il diritto dell'economia, particolarmente sensibile al problema della certezza per la preponderante importanza che i profili della calcolabilità del diritto hanno sull'autonomia privata e sull'attività del mondo imprenditoriale².

Ovvio che la raffigurazione smaccatamente ideologica così proposta abbia dovuto fare i conti con la crisi del modello di ordine a cui faceva riferimento. Non occorre stabilire per ora se nello Stato legislativo di diritto la certezza fosse vera, presunta o solo millantata; sta di fatto che essa è andata erosa, tanto che, con un crescendo vieppiù accelerato negli ultimi decenni, insistentemente si parla per l'attualità di *caos normativo*³ e di *diritto incalcolabile*⁴: facile perciò oggi trovare formulato il parallelo tra il pluralismo delle fonti e delle situazioni giuridiche in età premoderna – con conseguente incertezza del diritto – e l'odierna realtà sfrangiata e disomogenea, che rientrerebbe pertanto in una sorta di neo-medievalismo. Ciò che appariva un fenomeno lontano e superato ricompare addirittura ingigantito nell'esperienza contemporanea.

3. Quale spazio per lo storico?

Verrebbe spontaneo pensare che ci sia un ampio campo di riflessione per lo storico, che invece non sembra protagonista del dibattito. Gioca in questo forse una perdurante ritrosia a

² Longo 1959. Dalla scuola d'origine derivava la robustezza dogmatica dell'autore, come pure l'attenzione per la pratica, intesa specialmente come insieme di esigenze sollecitate dal tessuto produttivo e dal mondo del lavoro. A metà degli anni Cinquanta, insieme a un gruppo di distinti giuristi (Ascarelli, Carnelutti, Allorio, Santoro Passarelli, Astuti, Grosso e Minervini) aveva organizzato un convegno rivolto appunto al problema della certezza del diritto, i cui atti furono pubblicati nella rivista *Diritto dell'economia* II, 1956. Nessuna voce dedicata alla certezza del diritto si riscontra nel repertorio di Francesco Foramiti (1838-40), nell'*Enciclopedia giuridica italiana* (1881 ss.), nel *Digesto Italiano* (1881 ss.), nel *Nuovo Digesto Italiano* (1937 ss.), e nella *Enciclopedia del diritto* (1958 ss.), ove però si ritrova una voce di Massimo Severo Giannini (1960), su un profilo particolare come quello della certezza degli atti. Diversa la situazione nei due repertori di fine secolo: nel 1988 alla *Certezza del diritto* furono dedicate le trattazioni di Letizia Gianformaggio (in *Digesto Discipline privatistiche, Sez. civ., II*) e di Massimo Corsale (in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI).

³ Si veda, ad esempio, in relazione alla materia del contratto in prospettiva planetaria, BALESTRA 2019, pp. 18 e 24.

⁴ IRTI 2016.

misurarsi con problemi teorico-pratici che non hanno precisi referenti in un'opera o in una documentazione d'archivio e che invece richiedono una ricostruzione trasversale della cultura giuridica in un tempo dato⁵; e d'altra parte presso i giuristi che si occupano dell'oggi prevale una cultura per la quale sarebbe inutile risalire a esperienze lontane nel tempo, bastando muovere dal paradigma dell'ordine positivo ottocentesco e dalla sua crisi. È istruttiva la grande fortuna storiografica dell'opera di Muratori, dedicata ai difetti estrinseci e intrinseci della giurisprudenza⁶. Disinteressato alla discussione teorica – aveva esplicitamente rifiutato di esaminare le posizioni circolanti tra i giuristi dell'*Usus modernus* –, il prestigioso bibliotecario della corte estense si limitava essenzialmente a uno sforzo di osservazione restando nel campo descrittivo; ma la prosa ficcante ed efficace con cui sferzava il mondo dei legulei e l'infinita produzione giuridica buona al più per farne carta da asporto delle sardelle, nonché la proposta finale di codice hanno attirato l'attenzione per la facile comparazione con le coeve ricette illuministiche (peraltro assai più articolate di quanto solitamente si accrediti). In effetti è semplice riscontrare nel *Dei difetti della giurisprudenza* la testimonianza viva della contrapposizione tra la farragine giurisprudenziale del diritto comune e la chiarezza del codice, con l'inevitabile scelta che ne derivava. Ma come si collocava la denuncia muratoriana nella variegata concezione ordinamentale del tempo? che cosa intendeva il grande letterato per certezza del diritto? e perché ne trattava in rapporto specifico con la giurisprudenza, rilevandone “i difetti”?⁷

Sembra indubitabile che, qualunque sia il significato di certezza del diritto adoperato di volta in volta, se ne possa parlare solo in relazione all'ordinamento, sia questo un modello teorico oppure un'esperienza storica specifica. E la questione si pone, almeno implicitamente, in ogni ordinamento: non è dunque una pretesa esclusiva della cultura legicentrica e statalista ottocentesca⁸. Di solito essa entra in gioco sul piano pratico, per l'*esigenza* e la *percezione* che se ne

⁵ Conviene segnalare l'opera di CORSALE 1970, buona parte della quale (capp. III, IV e V) è dedicata al problema della certezza negli ordinamenti susseguitisi dall'età romana al Novecento; si tratta comunque di una riflessione storica condotta sotto l'angolazione della filosofia del diritto.

⁶ Un forte apprezzamento dell'opera di Muratori al fine dell'affermazione dello Stato di diritto è, ad esempio, in ACOCELLA 2019, p. 10, di cui si condivide l'opinione che “senza vigilanza sui rischi della incertezza, il principio di legalità è liquidato insieme allo stato di diritto e alla libertà dei cittadini”.

⁷ MURATORI 1742. Se il pensiero del grande letterato appare originalmente fondato sul giusnaturalismo cattolico (il diritto come *corpus* razionale derivante da Dio) e sulla fiducia nell'attività illuminata del sovrano, correttiva degli inevitabili difetti giurisprudenziali, esso tuttavia conteneva rilevanti venature scettiche e si svolgeva comunque entro gli indirizzi dell'*Usus modernus* ormai nella fase dello storicismo dei lumi; mille fili (dinastie regnanti, programmi di governo, rapporti personali tra letterati e giuristi, circolazione delle idee e dei libri) collegavano la cultura giuridica italiana a quella tedesca, anche protestante.

⁸ In diversi interventi Grossi ha collocato il problema della certezza del diritto all'interno della dialettica tra ordinamento moderno (cioè ottocentesco) e postmoderno (che dal Novecento arriva fino ad oggi) e ha opportunamente segnalato che nel primo la questione della certezza del diritto si è risolta in quella della legge, diventando la certezza addirittura il principio sommo e persino un dogma (GROSSI 2014, p. 925). Ha inoltre precisato che nell'esperienza novecentesca la questione si presenta diversamente perché la fattualità del sociale entrò in contrasto con la semplicità del sistema individualistico e ruppe gli argini del monopolio statualistico, imponendo la necessità giuridica del pluralismo e con questo rendendo più imprevedibile il diritto (“se fattualità significa storicità, significa anche presupporre che movimento e mutamento sono scansioni naturali, intrinseche al ‘giuridico’, con tutta una buona dose di imprevedibilità per ogni manifestazione di quello. Significa che si pongono come prevalenti altri valori rispetto a quelli – esaltati nella modernità – della certezza e della prevedibilità”: GROSSI 2018, p. 5). Se questo è vero, come credo, non si è ancora affrontato il problema storiografico

ha e i *meccanismi* che vengono suggeriti o predisposti per conseguirla. Ma questi risvolti esperienziali dipendono in primo luogo dalla *concezione del diritto* concretamente prevalente nella cultura giuridica: il diritto è un “dato”, come nei modelli del giusnaturalismo antico, oppure un “qualcosa che si fa”, da parte dell’autorità o della comunità, come nei paradigmi di ispirazione positivistica o, rispettivamente, storicistici.⁹ In ciascuno di tali orizzonti ordinamentali il problema della certezza si presenta in modo diverso e differenti sono i meccanismi predisposti o, *de iure condendo*, proposti per soddisfarlo¹⁰. In ogni caso senza un orizzonte di certezza non può neppure parlarsi di diritto¹¹; e non può mantenersi a lungo un ordinamento senza certezza di sé, senza cioè che vi sia la *fides* da parte dei sudditi o dei cittadini nel suo potere ordinante e nei valori che lo costituiscono, in qualunque modo questi siano formati e siano còlta e applicati nella fase della *iurisdictio*¹². Il problema storico della certezza consiste allora nel riscontrare come la *fides* nei valori fondanti e nella loro applicazione si sia andata costruendo e come eventualmente sia andata in crisi¹³. Qui si stilerà un inventario elementare delle cose pertinenti al problema che si incontrano nell’indagine storiografica, senza alcuna trattazione di merito¹⁴.

della certezza del diritto, ma ne sono individuati i due presupposti per avviare l’indagine: a) per la postulata storicità del diritto la questione della certezza – più o meno prevalente rispetto ad altri valori – si pone per ogni ordinamento e non è specificamente propria di una specifica esperienza giuridica; b) essa consiste precisamente nell’individuare come di volta in volta si sia atteggiato il rapporto tra la fattualità e il diritto, che dovrebbe appunto disciplinare il disordinato e conflittuale movimento dei fenomeni sociali. S’intende che un diritto semplicemente imprevedibile è indispensabile, come pure una certezza “assoluta”, sicché può esistere solo una certezza relativa, come generalmente riconosciuto (per tutti GOMETZ 2005, pp. 29-35, e PINO 2018, pp. 530-532 e, per citare un giurista-scienziato di estrazione pratica sensibile alla storia e alla teoria, MARINELLI 2002, spec. pp. 142-144 e 151 ss.): allo storico il compito di indagare su come (in quale grado e con quali mezzi giuridico-istituzionali) un certo ordinamento soddisfi il bisogno di certezza.

⁹ Un’espressione storicistica celebre del diritto “che si fa” è in BETTI 1955, p. 836; su di essa, di recente, MURA 2022, p. 387 con approfondimenti.

¹⁰ Un versante molto proficuo di studio sarebbe senz’altro quello volto a rinvenire le propensioni e le spinte verso la certezza del diritto, dunque l’*humus* o l’*ethos* (secondo l’espressione di CORSALE 1970, pp. 191-194 con riferimento alle convinzioni ed esigenze della borghesia in età moderna) che ne sono alla base; qui se ne prescinde considerando come ovvia la conoscenza del contesto sociale rispetto all’analisi giuridica.

¹¹ Così, nella famosa recensione all’opera del realista americano Jerome Frank, BOBBIO 1951, p. 150, ben attento comunque a collocare i problemi del diritto entro il tessuto della storia (ivi, pp. 150-151). Cfr. SEPE 2019, p. 24 e soprattutto PINO 2018, pp. 517-519 e *passim*.

¹² È il tema al centro dell’indagine di MONTORZI 1984, specificamente p. 12.

¹³ Si comprende allora perché la questione della certezza del diritto non sia appannaggio solo delle correnti normativistiche, ma anche dei variegati orientamenti del realismo giuridico. Si veda ad esempio il pensiero di Lon L. Fuller, filosofo del diritto americano contemporaneo di Bobbio e Frank, in posizione mediana tra le teorie formalistiche e quelle del realismo estremo (FULLER 2016 e cfr. PORCIELLO 2016).

¹⁴ Si potrebbe obiettare che, a monte dell’inventario, occorrerebbe definire l’oggetto della ricerca, la certezza del diritto; ma non sembra opportuno impiegare il metodo bettiano (BETTI 1990) che proponeva l’uso delle categorie contemporanee per l’indagine storica (in tal caso verrebbe in mente di utilizzare la definizione indicata da PINO 2018, p. 520, attento anche a chiarire che la certezza non è un concetto naturalistico o empirico, bensì normativo, p. 522). Il fatto è che per definire il problema giuridico occorre conoscere specificamente l’ordinamento entro il quale esso si pone, oggi (ove quella conoscenza è data per scontata) come ieri (ove essa è da acquisire). Da qui, in questa sede, la proposta di un semplice inventario di cose che lo storico ritrova mentre affronta la ricerca; esse si riconducono press’a poco ai quattro principali significati di certezza del diritto individuati da LOMBARDI 1967: 1) come certezza dell’azione (che presuppone *fides* nel diritto, disposizioni obbedite, giudici non ignoranti e non corrottabili, ecc.: p. 568 s.); 2) come inviolabilità delle situazioni soggettive da parte del potere (p. 570 ss.); 3) come conoscibilità e prevedibilità della situazione giuridica individuale (nel duplice senso di prevedibilità discendente dalla norma generale e di prevedibilità del diritto di domani da quello di oggi: p. 573 ss.); 4) come stabilità (pp. 586-587). La quadripartizione proposta da Lombardi non è sfuggita a GOMETZ 2005, pp. 8-9, nt. 3.

Va da sé che in Antico Regime la dimensione teorica del problema affiorava scarsamente; e nella pratica le diverse componenti della questione non venivano distinte, sicché normalmente l'attenzione si appuntava su singoli aspetti, sugli epifenomeni e spesso sulla realtà minuta, che finiva così per diventare espressiva dell'intero discorso della certezza. Oggi stesso, del resto, questo viene sollecitato da episodi che – come il rovesciamento di una sentenza nel successivo grado di giudizio – destano clamore per la loro apparente assurdità, ma che di per sé possono essere fisiologici all'interno di un sistema di diritto certo¹⁵.

4. In Antico Regime: a) la considerazione del tempo e dello spazio nella percezione della certezza

In dipendenza dell'interpretazione ideologica prima illustrata (*supra*, § 2) a lungo l'età dell'Antico Regime è stata considerata come un ininterrotto periodo di incertezza giuridica perché sprovvista dei caratteri del modello ottocentesco e fondamentalmente improntata a un diritto giurisprudenziale senza possibilità di controllo e dunque incerto. È una visione gravemente semplificatrice, che cavalca i secoli, non considera i mutamenti nei rapporti di potere, e conseguentemente nelle fonti del diritto, e uniforma gli ordinamenti.

In quanto espressione storica, il problema della certezza del diritto si presenta in forme diverse nel tempo e nello spazio. Se si prende sul serio questa direttrice, alla base di ogni interpretazione storica, conviene non appiattire le forme in cui la questione si presenta, appagandosi semplicisticamente della tesi che nel continente europeo gli ordinamenti a diritto comune avrebbero avuto una lunga persistenza nei secoli compresi tra il basso Medioevo e l'età moderna. Basti pensare che si affermò un ruolo più incisivo della legge e soprattutto si rafforzò la convinzione che, parallelamente alle storie nazionali, si stabilissero specifici *iura patria*¹⁶; ma soprattutto andò mutando la percezione dei valori fondanti della società e delle garanzie che ne fornivano le autorità o enti depositari (lo Stato, la Chiesa, il Comune, la corporazione, ecc.).

Non vale osservare che, quanto alle fonti vigenti, in nessun ordinamento c'era alcun catalogo e tanto meno una sorta di ordine predeterminato per la loro applicazione¹⁷: il punto è che esse possono essere note e magari rimanere formalmente le stesse, ma nel mutare dei rapporti di forza che le esprimono nel tessuto sociale correlativamente si evolvono le percezioni della

¹⁵ BETTI 1971, p. 323 e *passim* ammonisce a non considerare atomisticamente il singolo giudice impegnato a emanare una sentenza, bensì a inserirlo nella comunione complessiva della giurisprudenza, ministra (“portavoce e gestore”) della coscienza sociale.

¹⁶ Calasso stesso, sostenitore-principe della tesi dell'espansione europea del diritto comune, distingue una ultima fase, abbracciante i secoli dell'età moderna e da lui denominata del *diritto comune particolare*, in cui il diritto si andò regionalizzando (CALASSO 1970, pp. 121-122). Le indagini più recenti hanno confermato questa intuizione (v. ora i lavori raccolti da BIROCCHI, MATTONE 2006 e BIROCCHI 2012). Partecipando al Convegno della Società di Storia del diritto tenutosi a Modena nel dicembre 2010 e dedicato alla certezza del diritto, ho ritenuto di poter individuare per i tre secoli compresi tra Cinque e Settecento ben tre cesure temporali in cui approssimativamente il problema si era configurato in termini diversi.

¹⁷ Le enunciazioni normative in tal senso sono molto tarde – appartengono al Settecento – e derivano dalla volontà del principe di rafforzare il ruolo della legge come strumento di governo. Non venne mai meno comunque la pluralità delle fonti e semmai l'ordine disposto in quelle enunciazioni accrebbe i problemi interpretativi.

sicurezza. Si pensi alla certezza come senso condiviso nelle pratiche consuetudinarie in uso entro una ristretta comunità territoriale o di mestiere e viceversa al suo affievolimento (fino magari alla convinzione del suo rovesciamento) allorché i rapporti infra- ed extracomunitari si andarono allargando: sul piano delle fonti si registrerà un processo di erosione della consuetudine, che implica l'esigenza di dislocare le forme di certezza – più o meno efficaci e più o meno generatrici di conflitti – presso altre istanze (il sovrano legislatore; o un gruppo comunitario il quale, esercitando una qualche forma di potere, “costituzionalizzasse” a modo suo la consuetudine; o il mondo dei giuristi che razionalizzasse con i propri strumenti i precedenti usi). Molto spesso le nuove forme adottate venivano accompagnate dalla dichiarazione che si trattava di una semplice stabilizzazione di pratiche conosciute: giustificazione rientrante in una strategia che cercava di accreditare contemporaneamente la funzione di accertamento, sicurezza, giustizia e che ovviamente non impediva che l'atto intervenuto contenesse aspetti di novità sostanziale più o meno incisivi¹⁸. Non necessariamente si trattava di un processo in cui l'accertamento consisteva nel mettere per iscritto ciò che in precedenza era patrimonio tramandato oralmente: uno *stylus curiae*, ad esempio, nel rappresentare l'insieme delle regole seguite nel procedimento da una corte, doveva la sua affidabilità al meccanismo dei “precedenti” e in sé non richiedeva alcuna forma scritta di estrinsecazione (solo eventuali, di solito non ufficiali e per fini privati, sono gli *styli* che giacciono manoscritti negli archivi).

Tutto questo suggerisce la necessità di indagini particolari, che restituiscano l'immagine mossa della realtà ordinamentale e della percezione del problema della certezza.

5. b) strumenti di conoscenza/accertamento

Nella posizione del problema della certezza del diritto e nella sua percezione la stampa aprì scenari inediti, tutt'altro che a senso unico però. Se sono evidenti i benèfici effetti in ordine alla conoscenza degli atti giuridici e alla circolazione delle opere, la proliferazione della stampa poté suscitare situazioni di incertezza, sia perché sollevò il quesito dell'ufficialità e autenticità dei testi, sia perché generò la necessità di controllo e selezione delle opere riversate sul mercato editoriale: difficile misurare il grado di autorevolezza di un giurista, il quale d'altro canto, quand'anche circondato da stima unanime (Bartolo ad esempio), finiva col cedere per la

¹⁸ Per citare solo due esempi, si può pensare alla *Carta de logu* d'Arborea emanata dalla giudicessa Eleonora alla fine del Trecento e alle *Leggi e costituzioni di Sua Maestà* emanate per gli Stati di terraferma da Vittorio Amedeo II (1723 e 1729). Vengono in mente le considerazioni, come al solito originali per la capacità di maneggiare congiuntamente la prospettiva filosofica, storica e comparatistica, di Alessandro Pekelis allorché rilevava una delle tante difficoltà dello storico nel ricostruire un periodo attraverso le fonti del diritto, a causa della grande varietà delle relazioni fra le norme giuridiche e la realtà sociale: “le fonti giuridiche generalmente contengono in un'inestricabile confusione almeno due tipi di norme contraddittorie: norme che costituiscono una mera ridefinizione della consuetudine esistente, e norme create proprio allo scopo di scardinare tali consuetudini e che, in termini di realtà sociale, si dovrebbero vedere come si guarda il negativo di una pellicola fotografica: bianco per nero e nero per bianco” (PEKELIS 1982, p. 141). Una delle chiavi di lettura di questa “inestricabile” situazione potrebbe appunto essere quella che la interpreta come una strategia tesa a mantenere la fiducia nella certezza del diritto attraverso il sicuro riparo della consuetudine.

minore utilità rispetto a un repertorio aggiornato che in ordine alfabetico contenesse le massime giurisprudenziali (ritenute) più accreditate e comuni. Non stupisce perciò che di fronte al profluvio delle opere a stampa si manifestasse un diffuso senso di insicurezza e che, nelle correnti critiche dell'umanesimo e in tante pagine letterarie, si affermassero filoni di cultura scettica o utopistica¹⁹; e tuttavia il mercato editoriale proliferava, spesso popolato di giuristi di seconda fila, ma addentro alla giurisprudenza delle corti e in grado di collegare le particolarità locali o regionali al diritto comune.

Fu un lavoro imponente, che contribuì alla coesione sociale nella mediazione tra il potere del principe, la religione e l'ideologia dei ceti. Di fatto nell'età moderna crebbe a dismisura la tipologia degli strumenti di conoscenza del diritto: codici normativi – che la storiografia contemporanea usa distinguere in codici “veri e propri” e consolidazioni, secondo criteri peraltro problematici e comunque con una nomenclatura estranea ai protagonisti del tempo –, testi statuari in edizioni rinnovate, collezioni di consuetudini, raccolte di *decisiones* e di *consilia*, formulari (del processo o dei negozi privati), sillogi di *opiniones communes* e di *practicae conclusiones* che si susseguirono soprattutto tra il Cinque e il Seicento. Erano strumenti di conoscenza/accertamento del diritto, che possono apparire spuri anche perché di natura privata ed essenzialmente rivolti alla pratica; ma, come detto, in Antico Regime il problema della certezza non aveva un'impostazione teorica, bensì consisteva in una percezione fattuale.

6. c) sistemi di controllo

C'è un altro profilo attinente alla sicurezza del diritto, ed è quello dei limiti precostituiti all'esercizio del potere. Sebbene si presumesse che il principe agisse con le leggi per il bene della collettività, un insieme di limiti elaborati dalla dottrina e però anche dotati di strumenti pratici ne avvolgeva l'operato in funzione di controllo²⁰: quelli – divenuti in pratica sempre più labili con l'affermarsi degli assolutismi – riguardanti i suoi poteri come *conditor legum*, affidati nei vari ordinamenti al Senato, al Consiglio o alla Udienza e concretantisi nella possibilità di rifiutare l'interinazione degli atti viziati da orrezione o surrezione; e quelli esercitati sulle sue funzioni di artefice della giustizia in terra, presumendosi che, nel delegare ai suoi ufficiali i poteri di giurisdizione, egli volesse che il giudizio fosse retto. Da qui, attraverso una prassi congiunta alla riflessione dottrinale, l'affermarsi di binari regolativi del comparto della *iurisdictio* (precostituzione delle prove legali per imbrigliare l'*arbitrium iudicis*; principi da applicare per l'apprezzamento delle testimonianze e per l'irrogazione della tortura, come istituto processuale “legale”; ecc.).

¹⁹ In proposito cfr. FIRPO 1966.

²⁰ Il pensiero assolutistico di Bodin è ancora impregnato di limiti alla sovranità (QUAGLIONI 1992).

In epoca più risalente – l'origine era medievale e l'esperienza si concluse nel corso del Seicento – in molti ordinamenti operavano i Parlamenti (o Cortes o Stati generali)²¹ nella duplice funzione di controllo sull'amministrazione della giustizia e di partecipazione all'emanazione di norme (leggi e privilegi) 'pazionate' tra il sovrano e i rappresentanti cetuali riuniti appunto nelle assise parlamentari.

Siamo, sotto questo profilo, in un ambito che riguarda la certezza come salvaguardia del diritto rispetto all'arbitrio del legislatore e del giudice: la stabilità del diritto era considerata un bene in sé, perché dava sicurezza promettendo di salvaguardare la condizione giuridica e di riflesso i rapporti sociali esistenti. Ma s'intende che fu estremamente variabile nei vari ordinamenti il gioco tra la *potestas plena*, o astratta, e quella *ordinata*, o concreta, tra l'assolutismo in ascesa e l'organizzazione cetuale²². Così nei Parlamenti era d'uso presentare come prima e immancabile richiesta dei ceti la conferma di privilegi, statuti e consuetudini (oggetto quanto mai sfuggente) a cui il sovrano solitamente faceva seguire il suo assenso, con la clausola tuttavia che si trovassero in uso (col che subordinava la conferma, che avrebbe dovuto assicurare certezza, a un successivo eventuale giudizio).

7. Quale conoscenza del diritto? Conoscenza come condivisione

All'inventario finora prospettato occorre aggiungere un elemento ulteriore, di natura sostanziale: in Antico Regime l'uomo comune quale contezza aveva del diritto a cui era soggetto? Sembra infatti che si possa parlare di certezza del diritto solo sul presupposto di conoscere ciò che è lecito giuridicamente.

Non è un paradosso affermare che, nonostante i livelli infimi di alfabetizzazione, le direttrici principali (il *directum*) di ciò che si poteva fare e di ciò che non si doveva fare erano note o almeno conoscibili all'occorrenza. Sia per le attività lecite, sia per quelle proibite operava infatti il filtro dell'educazione religiosa, che toccava una sfera abbastanza ampia di azioni, sotto il profilo penale (la maggior parte dei peccati rientrava anche nel catalogo dei reati: si pensi all'omicidio, al furto e fattispecie assimilabili, nonché alla sequela di delitti attinenti all'ambito sessuale dentro o fuori del matrimonio: adulterio, stupro – in senso classico, indipendentemente dalla violenza –, sodomia, ecc.) e sotto quello civile (regole del matrimonio, divieto di usure nel mutuo). Poiché inoltre la gamma delle attività private praticate era relativamente ristretta e inerente ai diversi *status* di appartenenza, vigeva una conoscenza consuetudinaria del funzionamento dei principali istituti civili (contratti, successioni), rispetto ai quali anche

²¹ È noto che in Francia l'ultima convocazione parlamentare (prima dell'Ottantanove) avvenne nel 1614. In Italia per la durezza è peculiare l'esperienza dei Parlamenti sardi che si estende dal 1355 al 1698-1699 (con l'ulteriore autoconvocazione nel cosiddetto triennio rivoluzionario sardo: 1793-96); poiché è a buon punto la relativa pubblicazione degli atti parlamentari (*Acta curiarum Regni Sardiniae*, Cagliari 1986 ss.) lo studioso ha a disposizione un tesoro da esplorare per una ricognizione del problema della certezza in un ordinamento specifico.

²² QUAGLIONI 2004, pp. 46-49 e, sull'eredità lasciata dalle elaborazioni medievali, CORTESE 1966, pp. 120-157.

nelle piccole comunità operava qualche notaio dotato di un'ars sufficiente e comunque provvisto degli opportuni formulari.

Era questo il risultato di una stratificazione ordinamentale per la quale il diritto era “attaccato” alla persona in relazione alle sue varie appartenenze (di ceto, di mestiere, di comunità, financo di chiesa). Paradossalmente il particolarismo d'Antico Regime produceva una sorta di conoscenza “naturale” del diritto, perché inerente all'inserimento del singolo nella vita sociale e imbevuta della religione degli avi. Anche i principali istituti giuridici apparivano perciò naturali (i contratti agrari, il matrimonio, la *locatio operarum* che regolava molte specie di rapporti lavorativi) o espressione di proibizioni necessarie e dunque naturali anch'esse (i delitti). La comunanza dei contenuti tra la morale religiosa e le prescrizioni giuridiche spiega non solo la generale conoscenza della sfera del lecito, ma anche la loro condivisione, col conseguente risvolto dell'obbedienza²³. Talvolta, leggendo certe *Pratiche* – genere letterario non dotto, in uso per il foro ma comunque risultato di uno sforzo di razionalizzazione del diritto – si ha l'impressione che quella “naturalità” si traducesse in concetti perfettamente logici e chiari. Così, ad esempio, se ci chiedessimo quale fosse la percezione del suicidio e perché esso fosse compreso tra i reati atroci, potrebbe soccorrere una *Pratica* veneta compilata verso la fine del Cinquecento da Lorenzo Priori, che compiva una primaria assimilazione tra il suicidio e l'omicidio – in entrambi i casi si trattava della soppressione di una vita umana – e quindi individuava le parti offese: nell'ordine, Dio, in quanto creatore dell'uomo, il sovrano, che perdeva un suddito, la famiglia, che pure perdeva un componente, e infine sé stesso²⁴.

S'intende che con il progredire, nel Settecento, del processo di secolarizzazione del diritto e con l'incremento delle relazioni civili andò gradualmente crescendo la percezione che il diritto è un qualcosa di artificiale che può dare impulso al progresso e va conosciuto nelle sue novità. Da qui il fluire della legge sovrana che tuttavia solo in proporzioni ridotte regolò la sfera dei privati, dedicandosi soprattutto agli organi istituzionali, alla procedura e all'amministrazione. Ormai priva di condizionamenti e controlli, essa fu affiancata dalla scienza della legislazione (Filangieri, Schmidt D'Avenstein), dalla nascente disciplina dell'economia politica e dalla cameralistica che si sforzarono di apprestare criteri razionali e logici per l'azione di governo, e in qualche modo svolsero un ruolo “costituzionale” di stimolo, supporto, discussione e dunque conoscenza delle decisioni del principe.

È probabile che la relativa ampia conoscibilità del diritto non coincidesse con un analogo grado di prevedibilità pratica delle conseguenze delle azioni, in parte per i margini elevati di

²³ Lateo infatti era perseguito non solo dalla Chiesa, ma anche dal principe. E ancora a metà del Settecento l'illuminato Muratori riteneva che un popolo senza timor di Dio non potesse mantenersi in pace: nell'ordinamento occorreva che si unisse la forza del sovrano con quella della religione (BIRROCCI 2008, p. 145). Era un pensiero che persisterà ancora a lungo nella cultura italiana.

²⁴ La *Pratica* di Priori è edita da CHIUDI, POVOLO 2004 (pp. 142 per l'omicidio e 166 per il suicidio); la prima edizione è postuma (1622), il testo originario è databile attorno al 1590. In certi ordinamenti, come quelli sabauda e veneta, sulla famiglia del suicida, sebbene parte offesa, in certe circostanze poteva ricadere anche una sanzione (non poteva accedere alla successione del suicida).

corruzione dei giudici, in parte per la zona grigia che l'ordinamento esplicitamente contemplava²⁵: in ambito penale attraverso l'*arbitrium iudicis* il magistrato poteva irrogare una pena anche qualora non fosse stata raggiunta la prova legale, purché in presenza di indizi di colpevolezza e col limite di poter decretare solo una pena inferiore a quella edittale.

8. Il *mos geometricus* in funzione di certezza? Assaggi

Ci si potrebbe stupire che negli ordinamenti di diritto comune e particolarmente in un settore importante come la materia contrattuale per secoli si tenesse fermo il principio *ex nudo pacto actio non oritur* (D. 2.14.7.4), arrivando però a riconoscere che esso subiva un numero esorbitante di *exceptiones* (ben 67 nell'opera di un giurista francese cinquecentesco, André d'Exea)²⁶: come districarsi senza incertezze tra le pieghe del rapporto tra il principio disposto dalle *leges* e le eccezioni costruite dalla giurisprudenza? E non è incomparabilmente più chiara la via delineata dal codificatore ottocentesco, che procedeva definendo il contratto come una convenzione tra le parti, alla quale, in presenza di alcune condizioni (oltre al consenso, la capacità di contrattare, l'oggetto e la causa), l'ordinamento assicurava efficacia giuridica (artt. 1101 e 1108 *code Napoléon*)? I pregi della modalità assiomatica di formulazione degli enunciati normativi sono indubbi, anche se non decisivi per sostenere la preferenza rispetto a un sistema giuridico di *case law*; ma va comunque detto che la metodologia che lavorava sulla dialettica tra principio romanistico ed eccezioni non può essere liquidata semplicisticamente come un arnese gotico foriero di confusione, se solo si guarda alla sua funzione di strumento analitico attraverso il quale la scienza giuridica ha potuto forgiare la sistematica contrattuale. Postulare che il semplice accordo non fosse efficace per la creazione del vincolo giuridico conduceva infatti a ricercare le condizioni (o i requisiti) che unendosi alla convenzione le conferissero forza obbligatoria, sicché si può dire che il metodo di d'Exea (e in fondo del *mos italicus*) è l'interfaccia delle proposte sistematiche di un Doneau, di un Vultejus, di un Domat; e quando Heineccius, nelle opere della maturità, utilizzerà il linguaggio assiomatico a sua volta attingerà al patrimonio della tradizione. Si trattava in fondo di metodi diversi che, nella dialettica tra il privato e l'ordinamento, insegnavano a indagare a quali condizioni la volontà individuale fosse considerata giuridicamente efficace.

Non sembra dubbio che al buon d'Exea nessun giurista del suo tempo avrebbe negato il timbro della chiarezza. A tal fine l'impiego nel diritto delle tante correnti logico-filosofiche (ramismo, cartesianesimo, ecc.) raggruppabili sotto la qualifica di *mos geometricus* non è decisivo. È curioso che il papa Alessandro VI, quasi contemporaneo del giurista francese, a seguito dei primi approcci di Colombo alle Indie occidentali delineasse un meridiano – “constituendo

²⁵ Dato sociologicamente assai rilevante, la corruzione comunque è un elemento di sviamento *dal* sistema, non *di* sistema; e la certezza dell'ordinamento non si identifica perfettamente con la prevedibilità (appropriata l'osservazione di PINO 2018, p. 521).

²⁶ D'EXEA 1584, nn. 295-585, fogli 9v-29v.

unam lineam a polo artico scilicet septentrione ad polum antarcticum scilicet meridiem” – come segno distintivo per l’assegnazione alla corona spagnola e a quella portoghese delle terre che si sarebbero scoperte a est e a ovest dello stesso. Confine chiarissimo e certo, scelto per una operazione di concessione che però, se poteva essere accreditata dalle tesi teocratiche della canonistica medievale, dall’ideologia universalistica della Chiesa romana e da una sua asserita *potestas indirecta in temporalibus*, non era in potere del suo autore, nonostante ancora nella prima metà del Seicento, per trascinarsi, le opere trattatistiche di matrice spagnola ne sostenessero la validità²⁷.

I confini aprono comunque questioni che per vari aspetti si incrociano con il discorso della certezza, in molteplici direzioni.

Sul piano pubblicistico, innanzi tutto, ci si può chiedere come incidessero le politiche dinastiche, spesso propense a cessioni o viceversa a inglobamenti territoriali, sui diritti delle popolazioni: erano queste in balia di un matrimonio o di una successione ereditaria? Non c’è una risposta unica, ovviamente, e può soddisfare la domanda solo l’indagine storica, che da un lato non dovrebbe trascurare il grado di vitalità dei sentimenti religiosi delle popolazioni coinvolte, appartenenti o meno alla stessa fede, dall’altro dovrebbe tener conto del livello di affermazione del diritto patrio nei territori interessati, in particolare allorché questo fosse espressione di una cultura autonomistica ostile alle tendenze centralistiche. La stipula di trattati o talvolta di concessioni unilaterali a favore del mantenimento di leggi, consuetudini e privilegi preesistenti fu un mezzo che tese ad affermarsi dopo Westfalia, nel clima prevalente della politica dell’equilibrio, ma con ampie zone di opacità (cioè di incertezza) sia per la perdurante prassi di accordi nascosti, sia perché giudice della violazione delle garanzie di mantenimento del diritto patrio era in definitiva lo stesso sovrano che si era impegnato a conservare e tutelare diritto e istituzioni patrie.

Sul piano privatistico, una importante funzione di accertamento/sicurezza fu data dalla istituzione della forma scientifica del catasto. Ne è un esempio perspicuo l’esperienza teresiana per il milanese, a metà del Settecento: misurazioni col metodo geometrico, mappe, riscontro e registrazione dei titolari della proprietà. Sociologicamente era il superamento della cultura comunitaria, abituata alle persistenze (i confini del fondo e il suo possessore facevano parte del notorio) e imperniata sulla *fides* dei *boni homines*. Economicamente e giuridicamente era l’avvento di una doppia sicurezza: innanzi tutto dell’individuo proprietario, libero di possedere, acquistare, dare in uso i beni immobiliari sulla fede dei registri censuari; e poi dello Stato, che allargava la base impositiva liberandosi dall’ingombro delle esenzioni godute dai ceti privilegiati in nome ora dell’uguaglianza dei cittadini e della proporzionalità tra il valore del bene accatastato e l’imposta fondiaria. Operazione tecnica e strumento del mercato, il catasto lombardo simboleggiava la nuova cultura in atto entro le due sfere (pubblica e privata) che si

²⁷ Le cosiddette bolle alessandrine (3-4 maggio 1493) sono pubblicate in J. METZLER (ed.), *America pontificia* 1991, I, pp. 71-83 (cit. a p. 81, e di nuovo 82).

andavano delineando: con l'impronta di certezza, di semplificazione e assolutezza dei procedimenti, emerge il disegno di un sistema uniforme e laico, sicuro e prevedibile, incentrato sulla proprietà e sullo scambio.

9. Chiusura dell'inventario

Gli esempi addotti mostrano che ai fini della certezza giuridica l'uso del *mos geometricus* poté costituire un ausilio strumentale, purché vi corrispondesse il potere di imporre i contenuti per i quali lo si adoperava: è questa in fondo la scoperta della modernità, preannunciata dalle correnti umanistiche già nel tardo Medioevo e poi declinata in forme diverse dal pensiero contemporaneo (marxista o weberiano, storicista o positivista, giusnaturalista o realista). Il diritto "si fa" perché lo fanno gli uomini interessati a un assetto sociale che riesce a imporsi. Nel farsi è pieno di accidenti, si avventura su terreni incerti e tuttavia cerca continuamente di essere certo e di dare sicurezza: è la sua forza ordinante, che implicitamente presuppone almeno un certo grado di stabilità del sistema e che si può esplicitare in pieno quando riesce a conseguire spazi di autonomia dal sociale, cioè dalla politica e dall'economia. Il crinale è stretto e consiste nel problematico nesso tra due sfere – il giuridico e il sociale – tra loro strettamente interrelate ma distinte. Da un lato il rapporto tra la fattualità e il diritto è necessario, e questo comporta che le cangianti istanze provenienti dal mondo sociale premano continuamente sul sistema normativo proponendo instabilità, cambi di rotta, particolarismi; dall'altro, l'ordine giuridico è tale in quanto riesca a governare i fatti degli uomini, e questo implica che esso rispecchi i valori fondanti e condivisi del vivere civile traducendoli in disposizioni o principi da applicare.

La sicurezza è dunque quella in cui i due aspetti ora evocati – una certa stabilità del sistema normativo e una certa indipendenza del diritto dalla politica e dall'economia – si realizzano, almeno in qualche misura²⁸. È evidentemente il discorso della costituzione: in altre parole, si realizza e si percepisce la certezza del diritto quando esiste una costituzione – non rileva né per la teoria né per la storia che si tratti di un testo scritto – che è avvertita come effettiva. Quella percezione è tuttavia in tensione permanente, più o meno soddisfatta, e forse si può addirittura dire che l'obiettivo della certezza non sia mai compiutamente realizzato: sia un bisogno e una ricerca continua²⁹.

I termini complessi in cui oggi si parla di "certezza" del diritto sono presenti anche negli ordinamenti di Antico Regime proprio perché l'odierna concezione del diritto come artefatto ci è stata consegnata dall'esperienza di secolarizzazione dell'età moderna. Da allora quella esigenza di sicurezza si traduce essenzialmente in una aspirazione. Naturalmente variano, e di

²⁸ Sulla relatività della certezza si veda nt. 8.

²⁹ Il titolo di un libro pubblicato una ventina d'anni fa, che faceva riferimento alla ricerca dell'ordine e che riguardava l'esperienza giuridica compresa tra il primo Cinquecento e l'età napoleonica, potrebbe rimanere invariato se il libro si estendesse sino all'oggi (BIROCCHI 2002).

molto, il quadro culturale e il contesto politico-economico, cioè le forze in campo interessate alla certezza e suoi fruitori. Anche la domanda di certezza si indirizza in modo diverso nella storia. Si comprende come sia stata solo un'illusione ritenere che il positivismo giuridico ottocentesco potesse risolvere il problema; e fa quasi sorridere ripercorrere i sentieri della celebre polemica tra il positivista Bobbio e il realista Frank negli anni successivi al secondo conflitto mondiale. Eppure quella discussione è un documento storico importante nell'esprimere due vie significative – quella fiduciosa nella ragione del sistema normativo sostenuta dal filosofo torinese e quella pragmatica e proiettata sui casi giurisprudenziali difesa dal realista americano – secondo le quali il problema è stato affrontato. Non si può negare del resto che il positivismo avesse proposto per il tempo lungo di circa un secolo la risposta più durevole alle prismatiche esigenze riassunte nel sintagma *certezza del diritto*: non certo perché il diritto era stato reso noto e messo per iscritto attraverso la forma unificante della legge, bensì perché era chiara, giuridicamente definita e condivisa la cornice costituzionale dell'ordinamento, imperniata sulla uguaglianza formale dell'individuo proprietario.

Si costruì un ordinamento polarizzato su due attori, entrambi pensati come sovrani: lo Stato, gestore dei principi costituzionali in posizione di monopolista e signore nel porre le leggi, purché astratte e nel solco della costituzione materiale; e l'individuo, libero di muoversi nel concreto, ma solo entro la cornice dettata dallo Stato. E la sicurezza venne sancita dai codici ottocenteschi: innanzi tutto quello civile – vera costituzione stabile perché articolazione normativa dei rapporti della società borghese³⁰ – e poi gli altri che gli si accompagnarono apprestando le garanzie di tipo penale e procedurale. Nella cultura prevalente in quel tempo erano ritenute soddisfatte le esigenze di *prevedibilità*, *verificabilità* e *controllabilità* del diritto vigente³¹.

10. Ritorno all'oggi

Se il problema della certezza è eminentemente storico nel suo fluire in forme diverse nel tempo e nei vari ordinamenti, tuttavia è nei momenti di crisi che esso affiora con prepotenza. L'uso del termine "crisi" è fin troppo inflazionato e rischia di appartenere al repertorio dei discorsi vaghi e astorici perché tutta la storia finisce per essere un susseguirsi di crisi. E quando magari quell'uso è espresso con cognizione di causa è molto alto il tasso di soggettività dell'apprezzamento. Per uno Jemolo il quale durante la dittatura fascista parlava di crisi del principio di separazione dei poteri con la conseguenza che, in mancanza di indipendenza dei giudici, il diritto diventava incerto³², da parte di parecchi altri giuristi si affermava invece che quel principio fosse beneficamente alle spalle, così superandosi i difetti di astrattezza della legislazione

³⁰ Lo ha detto benissimo, guardando oltre le forme, CARONI 2015.

³¹ Faccio mie le caratteristiche in cui si sostanzia la certezza del diritto nell'età contemporanea individuate da PERLINGIERI 2018, pp. 44-45 e 48.

³² JEMOLO 1932.

con la concretezza di una giurisdizione legata alle cose (*ex facto oritur ius*) e cioè all'assetto dei rapporti sociali e politici³³.

Eppure ci sono momenti in cui si avverte prepotentemente un senso generale di “crisi”, che si percepisce allorché è in gioco il sistema costituzionale. Ne è un esempio tipico il clima diffuso durante l'ultima guerra, pervaso da una estesa coscienza della necessità di ricostruzione, sul presupposto dello sfaldarsi del vecchio ordinamento e di una cesura nella continuità giuridica. L'ultima leva della giuspubblicistica ne registrò immediatamente i segni (Mortati, Esposito, Crisafulli, Chiarelli). Come è noto, specificamente la discussione fu suscitata dal denso pamphlet del giovane allievo di Capograssi, Lopez de Oñate, dedicato appunto a *La certezza del diritto*, che in chiara posizione critica verso la cultura del regime poneva al centro del problema la persona e la salvaguardia dei suoi diritti, indisponibili anche al legislatore³⁴; il tema della legalità, apparentemente in primo piano, si dipanava attorno al nodo di una costituzione che per l'autore non poteva che essere modellata sull'autonomia e la libertà dell'individuo. Ne nacque una fitta riflessione – non propriamente una polemica, come invece talvolta si legge – che vide impegnati giuristi non affiancati al fascismo (Carnelutti, Candian, Calamandrei, Capograssi, Fedele).

La caduta di Mussolini nel 1943 aprì la fase ormai comunemente definita come “giustizia di transizione”. E sta di fatto che giuristi di vaglia, e non l'uomo di strada, erano fermi nell'idea che il primo problema della ricostruzione fosse quello della certezza del diritto, declinato allora per lo più come una questione concernente la giurisdizione e in particolare bisognosa per la sua risoluzione di una riforma radicale dell'ordinamento giudiziario. Così, con ripetute prese di posizione tra il 1945 e il 1946, Enrico Redenti focalizzava il discorso sull'obiettivo della certezza del diritto, intendendolo nel senso di una ricerca di garanzia dei diritti della persona; esso, a suo parere, poteva essere perseguito con un insieme coordinato di interventi sull'amministrazione della giustizia che, magari senza roboanti enunciazioni di principi, incidessero sugli interessati (quelli primari, e dunque i cittadini comuni e in particolare gli imputati e le parti nel processo; e quelli secondari, cioè i giudici e gli avvocati, nonché gli ausiliari) e sui luoghi (tribunali, carceri) in cui si gestiva il diritto. Lottica era eminentemente pratica e non tanto perché Redenti era un consumato esponente del foro – ben noto peraltro anche come eminente processualcivilista educatosi in gioventù nella scuola scialojana, e quale “legislatore” su commissione di alcuni guardasigilli negli anni Trenta – quanto perché il problema era sentito nei contorni vivi del diritto in azione e dunque del procedimento giurisdizionale. Così, se per quanto riguardava la figura del magistrato occorreva sancire il principio dell'indipendenza dell'ordine giudiziario, tale enunciazione andava resa effettiva aumentando l'organico, incrementando di molto lo stipendio, e purando i ranghi della magistratura dai profittatori del

³³ BIROCCHI 2022.

³⁴ Sul testo del giovane filosofo del diritto è condivisibile la interpretazione di SEPE 2019, pp. 24-27; cfr. BIROCCHI 2022 e vd. in questa stessa rivista COSTA.

regime e dagli inetti, elevando gli standard della preparazione giuridica, slegando la carriera dal giudizio dei superiori gerarchici³⁵. Nella stessa direzione dovevano andare i provvedimenti negli altri comparti (umani e strutturali) interessati: se si pensa che si era ben all'interno del processo innescato dalla *decisione costituente* sancita dal r.d.l. 25 giugno 1944 n. 151 e che anzi, dal giugno 1946, era all'opera la Costituente, risulta evidente che la riflessione ora illustrata sull'incertezza del diritto equivaleva a una denuncia dei mali della giustizia e approdava a un complesso di proposte che poco confidavano sulla Costituzione in via di elaborazione e molto invece su provvedimenti che chiameremmo di natura gestionale, incidenti sulle persone e sull'organizzazione dell'apparato di giustizia. In controluce di nuovo emerge una posizione netta sull'assetto ordinamentale da ricostruire, in questo caso di chiaro segno storicistico: essa non riteneva decisiva la futura carta costituzionale e faceva affidamento su provvedimenti strutturali (e perciò tendenzialmente stabili) e sulle capacità interpretative della giurisprudenza (mobile, eppure saldamente ancorata alle categorie) per rendere elastico il sistema di amministrazione della giustizia.

Ma se, come nella vicenda ora sommariamente illustrata, il problema della certezza del diritto emerge in particolare quando si avverte una crisi dell'ordinamento in conseguenza di una guerra, la sua percezione può avvenire (e di fatto è avvenuta) anche in mancanza di eventi bellici. È il caso, attualmente in atto, dovuto a un complesso di fenomeni tra loro collegati, la cui discussione riempie le pagine della letteratura evocata all'inizio di questo saggio: l'allargarsi dell'orizzonte spaziale delle relazioni e l'irruzione massiccia del diritto europeo che incide non solo sulle disposizioni da applicare, ma anche sulla teoria generale dell'interpretazione; il contesto del diritto internazionale, sempre più incidente nella legislazione, giurisdizione e amministrazione nazionale; la crescente stratificazione pluralistica di fonti normative, governate dalla tecnica di una legislazione per principi aperti, da ponderare, e perciò sempre più lontana dal tradizionale modo di ragionare per fattispecie (è il portato o, per alcuni, il costo dello Stato di diritto costituzionale); il processo di trasformazione della legislazione, sempre più votata a soddisfare esigenze particolari o contingenti dettate dal mondo sociale ed economico e quindi viepiù distante dai caratteri di generalità e astrattezza alla base del principio di uguaglianza; parallelamente l'affermazione di un diritto giurisprudenziale che sembra estendersi anche al campo penale³⁶; il proliferare di Autorità tecniche dotate di poteri ibridi, che contribuisce al fenomeno della destrutturazione delle fonti, il quale si accompagna alla crisi, per alcuni irreversibile, degli antichi pilastri ordinamentali (i codici) o degli strumenti applicativi del ragionamento giuridico (la dogmatica, il procedimento per sussunzione)³⁷. Al di là della Co-

³⁵ REDENTI 1945 e 1946. In quest'ultimo intervento, per mostrare dal vivo le condizioni della giurisdizione il giurista raccontava una giornata trascorsa in tribunale (o meglio, nei corridoi di un edificio adibito a tribunale).

³⁶ Il quale peraltro richiede oggi una specifica ermeneutica (DONINI 2018, p. 82 e nt. 15), segno ulteriore della complicità del diritto attuale.

³⁷ Nella ormai imponente letteratura vd. le messe a punto di CAMARDI 2017, spec. pp. 1-29 e 43-47 (in ottica privatistica) e di ZACCARIA 2022, spec. pp. 7-84 (con visione complessiva). I punti sommariamente esposti fan parte ormai di una vulgata,

stituzione nazionale vigente, si pone la domanda – a cui ben difficilmente l'uomo comune saprebbe rispondere – di quale sia la costituzione complessiva che ci governa³⁸.

L'intreccio di situazioni poc'anzi evocato è variamente definito. Alcuni parlano di sistema complesso, altri ritengono che si sia superata l'idea stessa di "sistema", talora reputata persino illusoria. Di pari passo frequentemente si parla della certezza del diritto come di un mito, rispetto al quale a poco servirebbe l'adozione di misure tecniche per correggere le disfunzioni gravi nascenti da leggi troppe numerose, scritte male e ineffettive.

È sintomatico che, dalle dispute che un tempo si svolgevano in dottrina sull'art. 3 preleggi del vecchio codice Pisanelli o sull'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile attuale, si passi oggi a denunciare la perdita della funzione di stabilità delle categorie secolarmente assicurata dal diritto civile³⁹ o addirittura a parlare di eclissi del diritto civile⁴⁰; e una voce giustamente allarmata ha paventato *tout court* l'eclissi della certezza del diritto⁴¹. Più in generale il diritto appare deterritorializzato tanto rispetto agli organi o enti che lo producono, quanto ai destinatari; il che, mentre per reazione attizza continuamente il risorgere di velleità nazionalistiche e rende oltremodo equivoca l'enunciazione relativa alla sovranità del popolo, fa perdere quel riferimento spaziale che è stato il tradizionale ancoraggio del diritto. I caratteri di effettività, controllabilità e prevedibilità paiono sempre più difficili da realizzare ora che i grandi problemi giuridici si estendono su scala mondiale.

Si ripresenta il nodo dibattuto in queste pagine: storicamente il problema della certezza rimanda ai caratteri dell'ordinamento e al modo in cui fondamentalmente è vissuto. Essa è una situazione, che però confina e tende a confondersi con un valore. Se avesse qualche plausibilità la tesi espressa in questo saggio, che la certezza del diritto, sempre relativa e labile, possa percepirsi solo quando l'ordinamento esprime un certo grado di stabilità, è effettivo e prevedibile, gode di sufficiente autonomia dalla politica e dall'economia, la diagnosi della crisi presente sarebbe allarmante. Come è stato recentemente riconosciuto da un attento indagatore della contemporaneità giuridica,

che singolarmente può essere discussa e con ottimi argomenti (vd. FERRAJOLI 2018, pp. 21-35 per negare la creatività del diritto da parte del giudice pur ammettendone l'ampia discrezionalità interpretativa; o per la necessità di sfrondare la nozione di "principi" riconoscendo come regole i diritti fondamentali e la norma sull'uguaglianza; o per precisare specie e ambiti della ponderazione nell'argomentazione giuridica), ma che nell'insieme resta valida.

³⁸ In proposito non si potrebbe evocare il suggestivo concetto di *costituzione materiale*, perché elaborato da Mortati nell'orizzonte di un ordinamento nazionale.

³⁹ "Categorie consolidatissime – come, ad esempio, quelle di contratto o di diritto soggettivo – non evocano più alla mente dell'operatore un sicuro punto di riferimento concettuale perché si stemperano in una serie variegata di situazioni. Il richiamo lessicale non serve più per canalizzare l'indagine entro l'imbuto di una disciplina univoca, quanto meno nei suoi connotati essenziali, ma si disarticola in una serie di zampilli, ciascuno dei quali esige specificazioni o aggettivazioni particolari" (LIPARI 2013, p. 4).

⁴⁰ CASTRONOVO 2012.

⁴¹ LUCIANI 2015, il quale in particolare scorge il pericolo di una opacità dei confini tra la politica e la giurisdizione, e dunque del venir meno delle rispettive funzioni storiche – il progettare, per la prima, e il controllare, per la seconda –: il bene della certezza sarebbe irrimediabilmente perduto (p. 6).

in un quadro, come quello delineato, di “porosità del diritto”, che ne accentua a dismisura la contingenza e l’indeterminatezza e ne indebolisce la capacità di dare ordine e forma alla convivenza civile, si apre naturalmente il delicato problema di distinguere ciò che è diritto da ciò che diritto non è, e di differenziare forme nuove di diritto da forme spurie e degenerate⁴².

Come ovvio, lo storico non ha strumenti per predire il futuro e si limita perciò a sollevare dubbi e a porre domande: si va verso uno scenario privo di sicurezza, ovvero tendenzialmente selvaggio? O c’è ancora spazio per una prospettiva razionale e sistemica imperniata su una costituzione riconosciuta da tutti e munita delle necessarie garanzie?

Bibliografia

- ACOCELLA 2019 = N. ACOCELLA, *Prefazione*, in S. SEPE, E. CROBE (a c. di), *Legislazione flessibile. Certezza del diritto, legalità, buon governo*, Napoli 2019, pp. 9-11.
- BALESTRA 2019 = L. BALESTRA, *Le plurime direttrici del diritto dei contratti in epoca contemporanea*, in A. D’ANGELO, V. ROPPO (dir.), *Annuario del diritto*, 2019, pp. 8-29.
- BETTI 1955 = E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, I-II, Milano 1955.
- BETTI 1971 = E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, II ediz., Milano 1971.
- BETTI 1991 = E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in E. BETTI, *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, Milano 1991, pp. 59-133 (I ediz. 1928).
- BIROCCHI 2002 = I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine. Fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino 2002.
- BIROCCHI 2008 = I. BIROCCHI, *La laicità in Italia: notazioni minime di uno storico*, in *Eadem utraque Europa* [Buenos Aires] IV (2008), n. 7, pp. 137-159.
- BIROCCHI 2012 = I. BIROCCHI, *Il diritto patrio*, in P. CAPPELLINI, P. COSTA, M. FIORAVANTI, B. SORDI (a c. di), *Enciclopedia italiana – Appendice ottava – Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma 2012, pp. 169-176.
- BIROCCHI 2022 = I. BIROCCHI, *Le traversie belliche: le opposte vicende militanti di Candian e Betti e il re-incontro nell’ordinamento di transizione*, in I. BIROCCHI, E. MURA, *La missione del giurista. L’itinerario parallelo di Emilio Betti e di Aurelio Candian*, Torino 2022, pp. 259-324.
- BIROCCHI, MATTONE 2006 = I. BIROCCHI, A. MATTONE (a c. di), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Roma 2006.
- BOBBIO 1951 = N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* XXVIII (1951), pp. 146-152.

⁴² L’Autore prosegue enunciando la necessità “che la positività del diritto rimanga concettualmente legata ai principi dello Stato di diritto, di separazione dei poteri, di legalità e di proporzionalità, di *due process of law*, in una parola alle forme tipiche della *rule of law*” (ZACCARIA 2022, pp. 25-26).

- CALASSO 1970 = F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1970 (= 1951).
- CAMARDI 2017 = C. CAMARDI, *Certeza e incerteza nel diritto privato contemporaneo*, Torino 2017.
- CARONI 2015 = P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche*, Basel 2015.
- CASTRONOVO 2012 = CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2012.
- CHIODI, POVOLO = G. CHIODI, C. POVOLO (a c. di), *L'amministrazione della giustizia penale nella Repubblica di Venezia (secoli XVI-XVIII)*, I, *Lorenzo Priori e la sua Pratica Criminale*, Sommacampagna (Vr) 2004.
- CORSALE 1970 = M. CORSALE, *La certeza del diritto*, Milano 1970.
- CORTESE 1966 = E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*, Roma 1966.
- DONINI 2018 = M. DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione del diritto penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia* n. 4, (2018), pp. 79-101.
- D'EXEA 1584 = A. D'EXEA, *De pactis*, in *Tractatus universi iuris*, VI, pars II, Venetiis 1584, fogli 1-29v.
- FERRAJOLI 2018 = L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena 2018.
- FIRPO 1966 = L. FIRPO, *Sfiducia nel diritto e riforma delle leggi nell'utopismo del Cinquecento*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze 1966, pp. 459-467.
- FULLER 2016 = L. FULLER, *Scritti sulla certeza tra teoria e prassi del diritto*, Pisa 2016.
- GIANNINI 1960 = M.S. GIANNINI, s.v. *Certeza pubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano 1960, pp. 769-792.
- GOMETZ 2005 = G. GOMETZ, *La certeza giuridica come prevedibilità*, Torino 2005.
- GROSSI 2014 = P. GROSSI, *Sulla odierna "incerteza" del diritto*, in *Giustizia civile*, 2014, n. 4, pp. 921-955.
- GROSSI 2018 = P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *Questione giustizia* 2018, n. 4, pp. 1-7.
- IRTI 2016 = N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016.
- JEMOLO 1932 = A.C. JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto*, in *Archivio giuridico* CVII (1932), pp. 129-170.
- LIPARI 2013 = N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano 2013.
- LOMBARDI 1967 = L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967.
- LONGO 1959 = M. LONGO, s.v. *Certeza del diritto*, in *Novissimo digesto italiano*, III, Torino 1959, pp. 124-129.
- LOPEZ DE OÑATE 1968 = F. LOPEZ DE OÑATE, *La certeza del diritto*, Milano 1968 [riedizione a c. di G. Astuti].
- LUCIANI 2015 = M. LUCIANI, *L'eclissi della certeza del diritto*, in *Liberio osservatorio del diritto*, 2015, n. 1, pp. 1-6.
- MARINELLI 2012 = V. MARINELLI, *"Dire il diritto". La formazione del giudizio*, Milano 2012.
- METZLER 1991 = J. METZLER (ed.), *America pontificia primi saeculi evangelizationis 1493-1592*, I, Città del Vaticano 1991.

- MONTORZI 1984 = M. MONTORZI, *Fides in rem publicam. Ambiguità e tecniche del diritto comune*, Napoli 1984.
- MURA 2022 = E. MURA, *Nella cultura dell'Italia democratica*, in I. BIROCCHI, E. MURA, *La missione del giurista. L'itinerario parallelo di Emilio Betti e di Aurelio Candian*, Torino 2022, pp. 325-395.
- MURATORI 1742 = L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia 1742.
- PEKELIS 1982 = A. PEKELIS, *Tecniche giuridiche e ideologie politiche*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica XII (1982)*, trad. di A. DONDI, pp. 141-166 (ediz. orig. 1943).
- PERLINGIERI = G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli 2018.
- PINO 2018 = G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico* 2018, n. 2, pp. 517-544.
- PORCIELLO 2016 = A. PORCIELLO, *Il problema della certezza tra realismo giuridico e normativismo*, in L. FULLER, *Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto*, Pisa 2016, pp. 21-32.
- QUAGLIONI 1992 = D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova 1992.
- QUAGLIONI 2004 = D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari 2004.
- REDENTI 1945 = E. REDENTI, *Lettera al professor Candian*, in A. CANDIAN, E. REDENTI, A. LOFFREDO, *Per l'ordinamento giudiziario*, Milano 1945, pp. 23-48.
- REDENTI 1946 = E. REDENTI, «Cose viste». (*Un tribunale nell'anno 1946*), in *Per l'ordine giudiziario*, Milano 1946, pp. 37-39.
- SEPE 2019 = S. SEPE, *La legalità sfuggente: diritto, giustizia, democrazia nell'era della "grande trasformazione"*, in S. SEPE, E. CROBE, *Legislazione flessibile. Certezza del diritto, legalità, buon governo*, Napoli 2019.
- ZACCARIA 2022 = G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna 2022.

La certezza del diritto fra fascismo e repubblica: a proposito di Flavio Lopez de Oñate

Pietro Costa

Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Firenze, Firenze, Italia

Abstract (Italiano)

La certezza del diritto è un tema intorno al quale si sviluppa un vivace dibattito in Italia fra gli anni Trenta e gli anni Quaranta. Questo saggio ne offre una ricostruzione a partire dal libro di un filosofo del diritto, Flavio Lopez de Oñate, pubblicato nel 1942, e dalle numerose reazioni da esso suscitate, in una fase particolarmente complessa della storia italiana, fra la crisi del fascismo e l'avvio dell'esperienza repubblicana.

Keywords: Certezza del diritto; fascismo; politica e diritto; legislatore e interprete

Abstract (English)

The rule of law gave rise to a lively debate in Italy between the 1930s and 1940s. This essay reconstructs the opinions of some of its protagonists starting from a book published in 1942 by a philosopher of law, Flavio Lopez de Oñate, in a complicated phase of Italian history, between the crisis of fascism and the coming of a new age.

Keywords: Rule of law; fascism; politics and law; legislator and interpreter

Altro che crisi della legalità! Qui la vera crisi è che la vita è senza ordinamento giuridico, e l'ordinamento giuridico è senza vita.

G. Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe*

1. Cenni introduttivi

La certezza del diritto – un'opera composta da un filosofo del diritto, Flavio Lopez de Oñate – esce nel 1942 e diviene rapidamente un 'caso': da un lato, per l'attenzione e il consenso manifestati da studiosi di indiscussa autorevolezza (da Calamandrei a Carnelutti, a Fedele, a Ca-

pograssi), dall'altro lato, per la presa di distanza dall'imperante ideologia fascista, agevolmente percepibile, sottotraccia, nelle pagine del libro¹, infine, per l'aura tragica che la precoce morte dell'autore (avvenuta nel '44) e il drammatico evolversi del contesto storico non potevano non proiettare sul libro pubblicato appena due anni prima.

In realtà, che la certezza del diritto fosse un tema centrale nel dibattito italiano degli anni Trenta-Quaranta e toccasse un nervo sensibile del progetto 'totalitario' del regime sembra, a noi posteri, forse meno immediatamente evidente di quanto non apparisse ai contemporanei. Non è un caso che la recente storiografia si sia intensamente impegnata nel tentativo di comprendere il senso che proprio la 'certezza del diritto' aveva assunto, in particolare fra gli anni Trenta e gli anni Quaranta, nella riflessione di Calamandrei²: se infatti era indubbia la valenza 'antifascista' che il giurista fiorentino intendeva attribuire a quel 'principio', sono apparse problematiche tanto l'efficacia della strategia adottata quanto la stessa valenza semantica della parola-chiave su cui quella strategia faceva leva.

Può essere allora di un qualche interesse interrogarsi sulle prospettive e sulle aspettative che, nel dibattito di quegli anni, si concentravano sulla 'certezza del diritto' imprimendo a quel termine una tensione nuova o rinnovata e assumere il libro pubblicato da Lopez de Oñate nel '42 come la punta emergente di una sensibilità che proprio nei primi, difficilissimi anni Quaranta prendeva a diffondersi nella più avvertita cultura filosofico-giuridica italiana.

2. La certezza del diritto e i suoi temi

Nel libro del '42, 'crisi', 'individuo', 'certezza del diritto' sono i lemmi che, intrecciandosi fra loro, svolgono la funzione di ricondurre a una precisa unità tematica gli enunciati di cui si compone il tessuto discorsivo in esso sviluppato. È la crisi che, investendo tanto la percezione che l'individuo ha di sé stesso quanto l'esperienza e la teoria del diritto, mostra implicitamente come la parabola dell'individuo e la dimensione giuridica siano inscindibili. È il resoconto della crisi che apre il libro di Lopez: un libro caratterizzato da una singolare struttura, su cui l'autore stesso richiama l'attenzione. Il libro – scrive Lopez – “consta di due parti che procedono parallelamente: il testo, che è stampato in caratteri maggiori, e le aggiunte, stampate in caratteri più piccoli”, dove vengono offerti tanto “delucidazioni e chiarimenti storici” quanto “lo svolgimento di qualche posizione assunta”. Le 'aggiunte' non contengono in effetti semplici note, ma offrono uno spaccato della più vivace letteratura europea, che Lopez commenta e

¹ È noto il nicodemico acrostico che conclude il libro di Lopez e, dietro l'apparenza di un elogio del regime fascista, cela la frase “magari fosse vero”. Non è un caso che, secondo la testimonianza di Vittorio Frosini, Arnaldo Volpicelli, nella commissione concorsuale chiamata a valutare il candidato Lopez, redigesse una relazione avversa. Cfr. MARCONI 2017, p. 430 (che cita un'intervista a Frosini raccolta da Raimondo Cubeddu e Giuseppe Cavera).

² Cfr. ZAGREBELSKY 1998; CIANFEROTTI 2008; GROSSI 2014; COLAO 2018; COLAO 2020, p. 158 ss. Cfr. anche BINDI, COLAO 2021.

utilizza criticamente, mostrando, con esemplare onestà intellettuale, l'*humus* di cui si alimenta la sua riflessione.

Per quanto riguarda la crisi, le 'aggiunte' sono indubbiamente illuminanti. Nel laboratorio cui Lopez ci introduce sono presenti molte delle voci più importanti della cultura europea degli anni Venti e Trenta, convogliate in due direzioni principali: da un lato, per sottolineare (nella linea dell'esistenzialismo heideggeriano e jaspersiano) l'angoscia dell'individuo e la sua risorgente inquietudine metafisica, una volta appannate le scintillanti promesse della filosofia positivista, e, dall'altro lato, per raccogliere dalla fortunatissima opera di José Ortega y Gasset – *La ribellione delle masse* – la messa a fuoco di un fenomeno epocale: l'avvento della massa (che rende impotente l'individuo e lo costringe a un'esistenza impersonale e anonima) e il conseguente affossamento di una civiltà che vedeva nell'autonomia e nell'autodeterminazione dell'individuo il titolo principale della propria storica 'legittimità'.

Vittima della crisi (travolto dalla 'società di massa'), l'individuo continua però ad aspirare alla sicurezza, alla certezza, che proprio il diritto gli offriva nella trascorsa civiltà. In essa l'individuo era sicuro di sé stesso nella misura in cui poteva affermare vigorosamente la sua personalità al riparo dello scudo che un diritto certo e inalterabile gli offriva. È però proprio la certezza del diritto che sta venendo meno. La crisi dell'individuo (la sua 'massificazione') e la crisi del diritto appaiono necessariamente congiunte. "La crisi della nostra epoca si palesa dunque come crisi dell'individuo, che disperatamente anela ad una certezza, senza pervenire a conseguirla"³.

Per Lopez, il diritto ha perduto o sta perdendo la 'certezza' che lo caratterizzava a causa di trasformazioni strutturali e di inclinazioni teoriche. Le prime coincidono con il fenomeno dell'inflazione legislativa: lo Stato moltiplica le sue 'dichiarazioni di volontà', rendendo sempre più complesso e sempre meno controllabile il sistema normativo. A causa della moderna "ipertrofia della legge", tanto la trasparenza quanto la coerenza del sistema decrescono e di conseguenza si indeboliscono l'univocità e la conoscibilità (la 'certezza') delle regole. È però dalla teoria che provengono le insidie maggiori. Il principale imputato deve essere ravvisato nella cosiddetta *Freirechtsbewegung*, anticipata, secondo Lopez, da Jhering e compiutamente sviluppata da Kantorowicz.

La critica di Lopez sembra trascurare uno dei problemi centrali sollevati dal 'movimento' del diritto libero: il problema delle lacune. Lopez lo menziona nel capitolo dedicato alle "minacce 'di fatto' contro la certezza del diritto" (il capitolo IV) e non nel capitolo dedicato alle "correnti teoriche" (il capitolo V), e lo dà sbrigativamente per risolto: asserendo che, pur concesso che ogni sistema normativo è costitutivamente lacunoso ("come la filosofia idealistica ha visto con insuperabile precisione"⁴), la sua 'auto-integrazione' è conseguibile facendo ricorso alle collaudate tecniche dell'ermeneutica giuridica, grazie alle quali l'ordinamento da "sistema

³ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 29.

⁴ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 68.

di lacune' (come con troppo riferimento all'apparenza fu audacemente detto)⁵ "si converte in un 'sistema di certezze'"⁶.

È sul terreno non tanto dell'ermeneutica quanto della visione del diritto e del suo rapporto con lo Stato che Lopez concentra i suoi affondi contro il giusliberismo. Già nella sua versione originaria, la teoria del diritto libero conduceva all'assolutizzazione delle pretese individuali e all'interruzione del circolo virtuoso che collega libertà e legge, diritto e Stato, individuo e società. È ancora più preoccupante è l'evoluzione 'post-weimariana' del giusliberismo. Nella Germania nazionalsocialista, la critica del normativismo statualista è andata incontro a decisivi slittamenti. In primo luogo, l'accento cade non più sul singolo e sulle sue individuali aspettative, ma sulla collettività, sul "popolo come entità storica (e razziale) a sé"⁷. In secondo luogo, il normativismo viene messo in mora in nome non del libero convincimento del giudice, ma della sua obbligata dipendenza da una cogente ideologia politica. In terzo luogo, lo Stato è un semplice strumento e le sue leggi possono essere disattese dal giudice quando l'interesse del 'popolo' lo richieda. È quanto avviene, *mutatis mutandis*, nella dottrina sovietica, anch'essa convinta del primato della politica e della funzione meramente strumentale dello Stato e della legge.

È ragionevole supporre che, più che al giusliberismo delle origini, Lopez guardasse con preoccupazione all'anti-normativismo della letteratura nazionalsocialista, pur riconducendo entrambi a una comune matrice 'irrazionalistica'. La cultura giuridica italiana non era peraltro nuova a valutare criticamente le scelte politico-giuridiche della Germania nazionalsocialista (un termine obbligato del confronto era stata l'impostazione del rapporto fra 'partito' e 'Stato'). Nel '42, tuttavia, la presa di distanza dall'esperienza tedesca interveniva in un momento politicamente delicato e la critica della *konkrete Ordnung* nazionalsocialista si prestava a essere intesa come una *fabula* narrata con gli occhi rivolti (anche) all'Italia e a essere letta come un invito a ritrovare, nel diritto, l'espressione di una *ratio* che nessuna *potestas* poteva giungere a sovvertire.

Nasce da qui la *pars construens* sviluppata da *La certezza del diritto*, dal rifiuto di dissolvere l'autonoma razionalità e oggettività del diritto nell'immediato fluire della dinamica sociale, e trova il suo senso, la sua immanente finalità, nel presentare il diritto come l'insostituibile struttura protettiva dell'esistenza individuale. L'individuo, comparso nel primo capitolo come il protagonista di una crisi che lo travolgeva, torna di nuovo, a partire dal capitolo VII, come il deuteragonista tematico dell'intera opera.

È allo scopo di arginare la crisi che minaccia l'individuo che viene pensata e realizzata la certezza del diritto, che Lopez presenta come la migliore difesa "del soggetto nella sua individualità precisa singola ed irriducibile"⁸. A intervenire come termine medio fra il singolo e

⁵ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 69. Il riferimento è ad ASCOLI 1928, di cui Lopez dà conto nelle 'Aggiunte' (LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 73).

⁶ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 73.

⁷ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 87.

⁸ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 114.

la legge è il diritto soggettivo: e infatti è proprio nella “negazione del diritto soggettivo” che la crisi della certezza del diritto e la crisi dell’individuo trovano il loro più evidente punto di congiunzione. Ed è in questa prospettiva che, nelle ‘Aggiunte’, Lopez valorizza il nesso rosminiano fra ‘persona’ e ‘proprietà’: una proprietà che, prima del possesso dei beni esterni, indica in Rosmini la sfera groziana del *proprium* dell’individuo e si presenta come il ‘punto di derivazione’ dei diritti⁹.

Da un lato, un individuo come centro di imputazione di diritti inviolabili e, dall’altro lato, la legge, come garanzia e tutela dell’azione di un individuo considerato nella sua concreta singolarità: è questo l’asse portante dell’intera opera del ’42. A esso si connettono strettamente altre tre, essenziali caratteristiche dell’ordine politico-giuridico.

In primo luogo, deve restare ferma, per Lopez, quella distinzione fra diritto e fatto, fra norma e volizione sociale, che veniva indebolita o annullata dall’irrazionalismo imputabile al giusliberismo e soprattutto alla dottrina nazionalsocialista. Il diritto gode per Lopez di una costitutiva ‘trascendenza’ rispetto alla società (e, implicitamente, rispetto allo Stato) e proprio per questo può offrirsi come parametro e unità di misura dell’agire individuale e collettivo. In secondo luogo, il diritto, proprio perché è contrassegnato da un’intrinseca razionalità che lo pone al di fuori (e al di sopra) delle contingenze della politica, proprio perché è *ratio* e non *potestas*, è l’indispensabile argine all’arbitrio cui il potere inclina. In terzo luogo, il diritto, in quanto sistema di norme, in quanto certa e razionale tutela di tutti i soggetti, è tramite di eguaglianza e proprio nell’eguaglianza rivela la sua specifica dimensione valoriale: è grazie all’eguaglianza promossa dalla norma che la tensione fra ‘diritto’ e ‘giustizia’ trova la sua soluzione.

Assumere come obiettivo polemico le teorie giusliberiste e contrapporre a esse una visione del diritto come certa e razionale forma dell’esperienza e indicare nell’individuo (nella sua concreta singolarità) la destinazione di senso del diritto: sono questi i principali passaggi del discorso sviluppato nel *La certezza del diritto*. L’impianto che lo caratterizza non ha niente di subitaneo e di improvvisato, ma affonda le radici in una storia complessa: nel variegato e tormentato (anche se breve) percorso intellettuale di Lopez e nel dibattito teorico-giuridico del primo Novecento. Da questo dibattito il libro del ’42 non è separabile. Ne è lucidamente consapevole lo stesso autore, che delle sue nutrite letture dà conto con esemplare puntualità nelle ‘Aggiunte’, che vanno molto al di là delle ‘note’ prescritte dalla tradizione accademica e aprono un serrato confronto con le principali voci della cultura giuridica europea. È un confronto che il giovane filosofo del diritto ha iniziato con notevole precocità e non ha mai interrotto. Da questo punto di vista, *La certezza del diritto*, cui la morte dell’autore ha impedito di essere ‘un punto di partenza’, è un testo che può essere considerato un ‘punto di arrivo’: un testo dove le riflessioni svolte nel precedente decennio trovano il loro più alto momento di decantazione.

⁹ ROSMINI 1967, pp. 154 ss.

Conviene allora dar conto tanto di alcuni momenti dell'itinerario intellettuale di Lopez quanto dell'ambiente storico-culturale nel quale *La certezza del diritto* è immerso: non per ricostruire esaustivamente la cultura giuridica italiana del primo Novecento (un obiettivo impossibile, ovviamente, nei limiti di un breve saggio) e nemmeno per scrivere una biografia intellettuale di Lopez, ma soltanto per capire come il libro del '42 raccolga gli echi di un intenso dibattito e al contempo ne provochi la rifrazione.

3. La critica del giusliberismo

La critica delle teorie 'giusliberiste' svolge la funzione, nel *La certezza del diritto*, di un'indispensabile *pars destruens*, ma merita di essere letta 'in controtuce', sullo sfondo della riflessione che nell'Italia novecentesca (sia prima che dopo l'avvento del fascismo) era stata assai vivace. Un testo, in particolare, può essere ricordato per la sua rilevante influenza sull'opera di Lopez (che non manca di richiamarlo più volte): *Il nostro tempo e il diritto*, un saggio pubblicato da Carlo Arturo Jemolo sull'*Archivio giuridico* del 1932¹⁰.

Anche per Jemolo, una delle cause della crisi dello Stato di diritto è la 'rivolta dei fatti contro il Codice' (come recita un famoso titolo); una 'rivolta' che Jemolo illustra guardando alla Francia di Géný, piuttosto che alla Germania di Heck o di Kantorowicz, e riconduce in sostanza al problema che era stato al centro anche del dibattito italiano: il problema della frattura storico-temporale (e quindi culturale ed economico-sociale) fra i 'vecchi' codici e le nuove dinamiche sociali e, più in generale, fra la staticità e astrattezza delle previsioni legislative e le continue, accelerate trasformazioni delle esigenze e dei valori socialmente condivisi.

È di fronte a questo problema che anche in Italia, a partire dal tardo Ottocento, si sviluppa un dibattito nel quale sarebbero state avanzate sempre nuove formulazioni della medesima, fondamentale alternativa. Da una parte, veniva affermato che la cultura giuridica doveva prendere atto che il continuo mutamento sociale rendeva anacronistico un sistema normativo venuto ad esistenza in una società nettamente diversa. Occorreva quindi spostare il fulcro dell'ordinamento dalla legislazione alla giurisprudenza e affidare all'interprete (e al giudice innanzitutto) l'onere di intendere la norma alla luce delle mutate esigenze. Soltanto un forte riconoscimento del ruolo 'creativo' dell'interpretazione giurisprudenziale e l'applicazione di un'ermeneutica rinnovata dall'applicazione del metodo che veniva detto 'storico-evolutivo' avrebbero potuto conferire al sistema normativo la necessaria attualità ed efficacia. Di contro, era proprio la nuova funzione attribuita alla giurisprudenza dai fautori del metodo 'storico-evolutivo' ad apparire, ai sostenitori della 'tradizione', pericolosamente eversiva di una gerarchia delle fonti imperniata sul primato della legge. È possibile che il giudice si imbatta in casi non previsti da una singola disposizione legislativa, ma (come già aveva limpidamente scritto Savigny) l'interprete può e deve risalire alla logica dell'ordinamento complessivo, coglierne

¹⁰ JEMOLO 1957.

l'interna, sistematica unità e integrarlo senza arrendersi di fronte alle sue apparenti lacune. Certo, la società cambia. A cogliere e a disciplinare il cambiamento è chiamato però il legislatore e non il giudice. Se fosse invece quest'ultimo ad arrogarsi questo ruolo, alla certezza delle regole si sostituirebbe l'anarchia delle interpretazioni: la logica impersonale e oggettiva del sistema normativo sarebbe scalzata dalla soggettiva valutazione e decisione dell'interprete e dominerebbe non la *ratio* ma la *potestas*, non il diritto ma la politica.

Ovviamente, il dibattito ermeneutico otto-novecentesco, anche in Italia, è assai più vario e articolato di quanto l'elementare contrapposizione cui mi sono riferito faccia intendere¹¹, ma non sembra smentire una duplice impressione: che la dialettica (per intenderci) fra 'tradizionalisti' e 'innovatori' si fosse già compiutamente sviluppata in un arco di tempo compreso fra gli anni Novanta dell'Ottocento e il primo dopoguerra e che ne fosse uscita vincente l'opzione 'legicentrica'.

Certo, l'interessante e innovativo apporto del neoidealismo, che spostava l'accento dall'astrattezza della norma alla concretezza della sua puntuale volizione, sembrava spostare decisamente l'asse della bilancia in una direzione 'giusliberista'. A frenare questo esito però interveniva la distinzione (anch'essa caratteristicamente neoidealistica) fra la filosofia e la scienza. È esemplare, da questo punto di vista, un brillante saggio di Widar Cesarini Sforza: che non esita a sottoscrivere due capisaldi delle teorie giusliberiste ("il riconoscimento del carattere individualistico dell'attività giuridica"¹² e l'affermazione "dell'astrattezza della norma"¹³), ma si affretta ad aggiungere che essi valgono nel momento in cui guardiamo non alla pratica giuridica, ma alla pura esperienza etica. Occorre guardarsi dall'identificare meccanicamente le verità della filosofia con i principi della scienza giuridica, che dovrà quindi continuare a operare con il metodo suo proprio ('dogmi', principi, concetti generali e astratti) e a vedere nell'attività del giudice "un lavoro esclusivamente logico"¹⁴.

È la prospettiva che un ancor giovane Calamandrei difende vibratamente prendendo posizione, nel primo dopoguerra, sulle giurisdizioni di equità¹⁵. Queste giurisdizioni speciali, sollecitate dalle urgenze socioeconomiche provocate dalla guerra, sono per Calamandrei il sintomo di una possibile evoluzione del sistema politico-giuridico¹⁶: una trasformazione che ne sposterebbe l'equilibrio dal legislatore al giudice. A favore di questo cambiamento continuano a essere usati, secondo Calamandrei, gli argomenti ripetuti da un trentennio¹⁷: si invoca l'equità (facendo riferimento, con questo termine, non al necessario adattamento della norma generale al caso

¹¹ Mi permetto di rinviare, per un'analisi più ravvicinata, a COSTA 1991.

¹² CESARINI SFORZA 1913, p. 48.

¹³ CESARINI SFORZA 1913, p. 56.

¹⁴ CESARINI SFORZA 1913, pp. 52-54.

¹⁵ CALAMANDREI 1921.

¹⁶ CALAMANDREI 1921, p. 6.

¹⁷ CALAMANDREI 1921, p. 46: "Più di trenta anni fa Angelo Majorana [...] stimava che [...] già si disegnasse nell'età nostra un probabile ricorso alla giurisdizione, nel senso di allentare sempre più i rigorosi vincoli che nello Stato costituzionale la legge pone all'attività del giudice".

individuale, ma all'insieme dei valori e delle esigenze socialmente condivise in un dato momento storico) e la si legittima come indispensabile correttivo della fissità e conseguente storica inadeguatezza della norma. Questa tendenza, peraltro, se ancora non ha avuto la meglio in Italia, trionfa nella Russia bolscevica, dove ci si attende che il nuovo diritto germini direttamente dalle sentenze dei giudici, interpreti del "naturale sentimento di classe insito nelle masse"¹⁸.

L'alternativa (presente da almeno un trentennio, come riconosce Calamandrei, nel dibattito) è fra il "caos senza legge" generato dall'indiscriminata applicazione delle teorie giusliberiste e la salvaguardia di un sistema normativo (assunto come) completo, interpretato da un giudice che, "posto dinanzi a una norma giuridica, trascuri deliberatamente ogni indagine relativa alla bontà sociale del suo contenuto" e si preoccupi soltanto del suo "meccanismo formale"¹⁹. Questa alternativa è ancora attuale, per Calamandrei, nel primo dopoguerra e continua a essere riproposta (apparentemente negli stessi termini) negli anni successivi: ad esempio da Jemolo, come ricordavo, e, di nuovo, da Calamandrei, che torna a insistervi fra il '39 e il '41.

Il bersaglio è, ancora una volta, il giusliberismo, dal momento che la sua "aberrazione", che "cinquant'anni fa [...] parve sepolta sul nascere", rinasce sull'onda della filosofia neoidealistica, che contrappone all'astrattezza della legge, alla sua 'irrealità', il concreto atto volitivo e induce quindi a spostare sull'attività giurisprudenziale il fulcro dell'ordinamento²⁰. Calamandrei non contesta frontalmente la visione idealistica della legge, ma la aggira appellandosi alla distinzione fra la filosofia e la scienza giuridica (una distinzione, peraltro, già valorizzata, pur all'interno della tradizione idealistica – ad esempio da Cesarini Sforza, come ricordavo – per confermare la validità dell'ermeneutica giuridica 'tradizionale'). Per il giurista, quindi, resta invalicabile la distinzione fra la legge e il giudizio e quindi fra la politica e il diritto: è il legislatore che disciplina i rapporti sociali sulla base di una previa decisione politica, mentre il giudice si limita ad applicare la norma. È a questa capitale distinzione che il nuovo Codice di procedura civile si mantiene fedele accreditandosi come "una energica riaffermazione del sistema della legalità"²¹, di cui i giuristi sono "gli ausiliari fedeli e insostituibili"²² (ed è in questo orizzonte che Calamandrei colloca la sua personale collaborazione alla stesura del Codice)²³.

Con il suo libro del '42 Lopez accoglie e rilancia (anche attraverso un'attenta e penetrante rilettura della letteratura disponibile) le argomentazioni di Calamandrei: tanto nell'assumere le teorie 'giusliberiste' (e le loro presunte 'realizzazioni' nella Germania nazionalsocialista e nella Russia bolscevica) come il proprio bersaglio²⁴ quanto nel ribadire l'insuperabile distin-

¹⁸ CALAMANDREI 1921, p. 44.

¹⁹ CALAMANDREI 1921, pp. 16-17.

²⁰ CALAMANDREI 1939, p. 410.

²¹ CALAMANDREI 1941, p. 469.

²² CALAMANDREI 1941, p. 467.

²³ Sul rapporto fra Calamandrei e il Codice di procedura civile cfr. PROTO PISANI 1999; CIPRIANI 2009; MELIS, MENICONI 2018.

²⁴ Sempre nel '42 esce una recensione di Lopez a un saggio di Antonio Segni, dedicato alla critica delle dottrine nazionalsocialiste, che in nome di una 'mistica' del popolo conducono alla dissoluzione tanto dello Stato quanto del diritto, imperniato sulla "certezza obiettiva, la permanenza, la stabilità" (LOPEZ DE OÑATE 1942, p. 61).

zione fra la creazione della legge e la sua applicazione giurisprudenziale. È comprensibile quindi che Calamandrei, recensendo *La certezza del diritto*, veda in esso la conferma delle sue tesi di fondo e un'occasione per affrontare di nuovo, in sintonia con Lopez, il delicato problema della legge 'ingiusta'.

Il giurista, di fronte a una legge che "moralmente gli ripugna", non deve forzarne il senso per ostacolarne l'applicazione: agirebbe in questo modo "da politico, non da giurista", che invece "anche quando il contenuto della legge gli fa orrore, sa che nel rispettarla e nel farla rispettare quale essa è, anche se iniqua, si riafferma quell'ideale di uguaglianza e di reciprocità umana che vivifica e riscalda l'apparente rigidità del sistema della legalità"²⁵. Per Calamandrei la certezza del diritto e la sua giustizia si implicano a vicenda. Per quanto moralmente condannabile, la legge, applicata da un giudice 'razionale' e imparziale, garantisce a tutti un trattamento eguale e in questo modo esprime "il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini"²⁶. È questa la convinzione di Lopez che vede nell'uguaglianza "il contenuto specifico dell'idea di giustizia"²⁷ e nella certezza del diritto la "specificità etica del diritto" (come suona il titolo dell'ultimo capitolo del suo libro).

In prima approssimazione, quando si confrontino le argomentazioni sviluppate nel '21 e nel '40-42 (e accolte da Lopez), niente sembra mutato: da un lato il legislatore, dall'altro lato il giudice; da un lato la politica, dall'altro lato, il diritto; e un'ermeneutica che, per essere compatibile con questa *summa divisio*, deve stare alla larga dai cortocircuiti 'giusliberisti'. In seconda approssimazione, però, è facile accorgersi che le medesime argomentazioni, collocate in un 'contesto situazionale' profondamente diverso (l'Italia del ventennio fascista), acquisiscono valenze ulteriori. Le teorie giusliberiste (sconfitte già da vari lustri in Italia, come lo stesso Calamandrei riconosce) appaiono ora la testa di turco presa di mira, da un lato, per sottolineare la distanza della cultura fascista dal nazionalsocialismo e, dall'altro lato, per portare acqua al mulino della tesi principale: la netta distinzione fra 'politica' e 'diritto'. Ed è questa tesi a porsi al centro di un dibattito che percorre l'Italia degli anni Venti e Trenta.

È in questione la stessa auto-legittimazione storico-ideologica del fascismo. Il fascismo infatti, da un lato, si accredita come un movimento che, in nome della nazione di cui si dichiara il rappresentante 'oggettivo', restaura e rilancia la suprema autorità dello Stato, insidiata e indebolita dalle degenerazioni liberal-democratiche, ma, dall'altro lato, si propone come una 'rivoluzione' che aspira a una politicizzazione integrale della società. Si forma quindi una singolare 'dualità' che finisce per costituire l'asse lungo il quale si sviluppa la parabola del regime: da un lato, è lo Stato giuridicamente strutturato, lo Stato che trova nella legge l'espressione suprema della sua volontà, il tramite obbligato dell'ordine, ma, dall'altro lato, è la società 'fascistizzata' a proiettare sullo Stato i contenuti della nuova ideologia.

²⁵ CALAMANDREI 1942, p. 511.

²⁶ CALAMANDREI 1941, p. 476.

²⁷ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 157.

Iscritta nella struttura ‘costituzionale’ del regime, la ‘dualità’ si riverbera anche sulla cultura giuridico-accademica: divisa fra chi ritiene che il modello imperativistico e statualistico ereditato dalla cultura giuridica ottocentesca sia ancora valido, data la centralità (continuamente enfatizzata dal fascismo) dello Stato e della legge, e chi invece denuncia l’inadeguatezza della tradizione statualistica di fronte alle innovazioni (ideologiche e istituzionali) introdotte dalla rivoluzione fascista. Da un lato, il plotone dei giuristi ‘tecnici’, dall’altro lato la falange dei giuristi ‘politicamente militanti’: i primi continuano a lavorare con i principi e con il metodo consolidati (in sostanziale continuità con lo statualismo e il giuspositivismo otto-novecenteschi), mentre i secondi aspirano ad accelerare e a potenziare il processo ‘rivoluzionario’ facendo della decisione politica una componente indispensabile dell’argomentazione giuridica.

Certo, questa distinzione (ampiamente usata anche dalla storiografia) non deve indurre a trascurare le tante sfumature e differenze che emergono quando si guardi più da vicino alla cultura del (e nel) fascismo e può essere utilizzata solo per il suo valore orientativo e indicativo. Occorre in ogni caso guardarsi da un equivoco: che risiederebbe nell’immaginare che la riflessione dei giuristi ‘tecnici’ fosse una sorta di corpo estraneo nell’Italia fascista o addirittura un fortillio capace di contenere l’assalto dei ‘barbari’. Al contrario, il contributo della tradizione ‘statualistica’ era una componente importante del funzionamento complessivo del regime, che mostra l’esistenza, al suo interno, di due ‘poli’ (il puro ordine giuridico-statuale e la nazione ‘fascistizzata’, la nazione identificata con il fascismo) e implica non già la loro contrapposizione, ma al contrario la loro strutturale coimplicazione²⁸.

Se ciò è vero, se il regime si regge su una sorta di circolarità sistemica fra i due ‘poli’, è possibile ipotizzare che la difesa della legge e della sua supremazia e la fedeltà all’ermeneutica giuspostivistica nascessero da una *soggettiva* inclinazione a-fascista (o addirittura anti-fascista, come nel caso di Calamandrei), ma è difficile ammettere che quella difesa potesse costituire un *oggettivo* punto di resistenza nei confronti delle politiche del regime. Certo, fra gli anni Trenta e Quaranta le sirene nazionalsocialiste si facevano sentire ed è comprensibile che i giuristi ‘tecnici’ fossero allarmati. Anche in quel contesto, tuttavia, non salta la consolidata ‘duplicità’ del regime: che continua a imprimersi, ad esempio, nel dibattito sui ‘principi generali dell’ordinamento’ e nel dibattito sui codici²⁹. Non trionfa, una volta per tutte, un polo sull’altro; e lo stesso Calamandrei sembra ritenere che il Codice di procedura civile segni “una energica riaffermazione del sistema della legalità, e quindi un solenne riconoscimento della utilità della tecnica giuridica”³⁰. È dell’incessante moto pendolare fra i due ‘poli’ del regime che la difesa della ‘legalità’ di Calamandrei sembra prigioniera.

²⁸ Per una più diffusa argomentazione di questa tesi mi permetto di rinviare a COSTA 2022, p. 107 ss. Cfr. le importanti considerazioni di BIROCCHI 2015 e STORTI 2019.

²⁹ Cfr. CAPPELLINI 1999, SCIUMÈ 2002, pp. 202 ss., MELIS 2018, pp. 295 ss., STORTI 2020.

³⁰ CALAMANDREI 1941, p. 469.

4. I diritti soggettivi

La certezza del diritto di Lopez, se si limitasse alla celebrazione della legge e alla condanna dell'ermeneutica 'storico-evolutiva' e 'giusliberista', difficilmente potrebbe apparire la testimonianza dell'inquietudine che serpeggiava nella cultura giuridica italiana alle soglie degli anni Quaranta. Nel libro del '42, però, emergono prospettive che vanno assai al di là della difesa d'ufficio dell'ermeneutica 'tradizionale'. Uno spunto interessante è offerto dal tema del diritto soggettivo: un tema che, di nuovo, Lopez può toccare appoggiandosi all'autorità di Calamandrei³¹, che in un saggio del 1939 ha scomposto "con chirurgica abilità" le varie componenti dell'attuale 'crisi del diritto' indicando, fra queste, il "progressivo affievolimento del diritto soggettivo fino a ridursi a un interesse occasionalmente protetto"³².

A queste considerazioni Calamandrei era indotto da una riconsiderazione della storia del concetto di azione. A suo avviso, il graduale passaggio da una teoria dell'azione come momento del diritto soggettivo a una visione che "anche nel processo civile" esalta "lo scopo pubblicistico di attuazione del diritto oggettivo"³³ è coerente con un processo che sta spostando sempre di più il baricentro dell'ordine dall'individuo allo Stato e trova la sua espressione più esasperata nel nazionalsocialistico *Kampf wider das subjektive Recht*.

Nemmeno per Calamandrei la 'crisi del diritto' coincide con l'erosione giusliberista della certezza. Fino a che punto allora basta contrapporre, per fronteggiare la crisi, il 'diritto' alla 'politica'? Se da un lato Calamandrei non esita a difendere la *dura lex* e a reclamare che il giudice la applichi anche quando "moralmente gli ripugna", dall'altro lato egli sembra trovarsi, nel breve e drammatico periodo nel quale si consumano la crisi del regime e il passaggio a uno scenario radicalmente diverso, in una *impasse* tragica, perché priva di sbocchi, non solo 'pratici', ma anche 'teorici'. La celebrazione dello Stato e della sua legge, sulla quale si fondava la contrapposizione del 'diritto' alla 'politica', era infatti strettamente congiunta con il modello egemone nella cultura giuridica (e segnatamente giuspubblicistica) otto-noventesca: il modello (gerberiano-labandiano) che deduceva il diritto dallo Stato e sospendeva i diritti alla sua 'assoluta' e illimitabile volontà sovrana.

Era questo modello (un modello che escludeva la possibilità di una qualche fondazione giuridica metastatale dei diritti individuali) a essere condiviso da Rocco come da Ranalletti e a valere non soltanto come un punto di riferimento obbligato per i giuristi 'tecnici', ma anche come uno strumento impiegabile dai giuristi 'militanti' nella loro retorica 'anti-individualistica'. Certo, alle soglie o ai margini della cultura dominante nell'Italia degli anni Venti e Trenta era possibile trovare qualche voce dissenziente³⁴. In particolare, uno storico del diritto – Francesco Ruffini – aveva consegnato nel 1925 alla casa editrice di Piero Gobetti un'impegnativa

³¹ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 38, p. 41.

³² CALAMANDREI 1940, p. 449.

³³ CALAMANDREI 1940, p. 440.

³⁴ Vedi le interessanti pagine di CARVALE 2016, pp. 185 ss. Cfr. anche CARVALE 2017.

riflessione che non era soltanto una vibrante difesa della libertà, ma si proponeva di mettere in questione il modello dominante. Era appunto l'impianto teorico che presiedeva alla sua presa di posizione etico-politica a rendere particolarmente interessante la sua testimonianza.

Il bersaglio del libro di Ruffini era quel modello gerberiano-labandiano che si era precocemente proposto (Ruffini cita alcune eloquenti pagine di Rocco) come punto di incontro fra l'organicismo anti-individualista (sottolineato dai giuristi 'militanti') e la celebrazione della dimensione giuridico-statuale dell'ordine (privilegiata dai giuristi 'tecnici') e avrebbe reso possibile la loro 'oggettiva' coesistenza nella cornice della costitutiva 'duplicità' del regime fascista. La demolizione del modello gerberiano era funzionale al *thema demonstrandum*, enunciato nel terzultimo capitolo del libro: "il fondamento giuridico dei diritti di libertà"³⁵.

Per Ruffini, siamo di fronte a un'alternativa apparentemente insuperabile: o accettiamo una fondazione giusnaturalistica dei diritti, restando anacronisticamente fedeli alle mitiche figure dello stato di natura e del contratto sociale, oppure accogliamo la rigorosa rappresentazione giuspositivistica dell'ordine giuridico, ma siamo costretti a vedere nei diritti i 'riflessi' dell'assoluta volontà statale. In realtà, per Ruffini, la possibilità di superare il dilemma esiste, a patto di valorizzare gli apporti di una cultura giuridica che, da Savigny a Gierke, a Romano, ha impostato su nuove basi il rapporto fra lo Stato e il diritto. In questa prospettiva, il diritto non è un *posterius* (logico e storico) dello Stato: "Stato e Diritto sono coevi, poiché quello è nato con il diritto, vive nel diritto, e solo perdurando nel diritto può continuare ad esistere"³⁶. Per Romano, lo Stato, come ogni altra istituzione, esiste in quanto capace di 'ordinarsi'³⁷. Non è vero allora che lo Stato, in quanto tale, è privo di limiti e che questi intervengono solo come effetto della sua scelta di 'autolimitarsi'. Lo Stato, in quanto ordinamento giuridico, in quanto strutturalmente organizzato secondo regole, non può non essere 'limitato'; ed è proprio nella sua "originaria, primordiale e, di conseguenza, fatale sua limitazione" che i diritti di libertà traggono la loro origine e la loro "intangibilità"³⁸.

Non possiamo sottovalutare né l'importanza né l'originalità della riflessione di Ruffini³⁹, che colpisce esattamente il bersaglio che la cultura giuridica italiana (la cultura dei giuristi 'tecnici', a-fascisti o antifascisti che fossero) stenta a mettere a fuoco: la fragilità dello statuto teorico dei diritti all'interno del modello statualistico dominante. Certo, a rigore, l'argomento 'gierkiano-romaniano' di Ruffini non risolve alla radice il difficile problema della fondazione delle libertà: è vero, infatti, che lo Stato non può non essere 'limitato' nei suoi poteri, ma quali siano questi limiti e quale sia la loro estensione non appare definibile

³⁵ RUFFINI 2012, pp. 120 ss.

³⁶ RUFFINI 2012, p. 125.

³⁷ RUFFINI 2012, p. 127.

³⁸ RUFFINI 2012, p. 130.

³⁹ Come scrive Dogliani nella sua lucida e appassionata 'Postfazione', l'opera di Ruffini non è affatto "una ricapitolazione – solo rinvigorita dalla passione e dall'angoscia a fronte degli eventi politici – di tesi diffuse nella cultura dell'Italia liberale", ma è invece l'espressione di "una trattazione originale ed eccentrica rispetto a tale cultura" (DOGLIANI 2012, p. 242). Coglie l'importanza del tentativo di Ruffini di sottrarsi all'egemonia del modello gerberiano-labandiano CARETTI 2011, p. 29.

una volta per tutte e sembra quindi dipendere dalle contingenze storiche. La ‘terza via’ di Ruffini (terza rispetto al giuspositivismo e al giusnaturalismo) sembra allora rinviare a una prospettiva che non era affatto estranea alla cultura del liberalismo ottocentesco, alla quale appartenevano gli inventori della teoria della ‘autolimitazione’ dello Stato: che, se da un lato sostenevano che lo Stato potesse contrarre *ad libitum* la sfera delle libertà, dall’altro lato ritenevano del tutto improbabile che una siffatta decisione avesse effettivamente luogo, dal momento che lo Stato era l’espressione della storia e la storia procedeva unidirezionalmente dalla barbarie alla civiltà; e di questa civiltà un’espressione essenziale era proprio il circolo virtuoso fra la nazione, lo Stato e le libertà (rese possibili dalla ‘autolimitazione’ dello Stato stesso). In sostanza, quindi, la ‘terza via’ raccomandata da Ruffini può essere presentata come la variante di un approccio ‘storicistico’ al problema dei diritti (e trova infatti nella rilettura dello Statuto albertino e nelle vicende dello Stato unitario – come osserva Dogliani – una precisa determinazione⁴⁰).

In ogni caso, ciò che qui interessa non è valutare l’efficacia dimostrativa della tesi di Ruffini, ma sottolineare, da un lato, lo scarto della sua argomentazione dalla tradizione dominante e, dall’altro lato, la sua espunzione dal dibattito degli anni Trenta. Ovviamente, il contenuto duramente ed esplicitamente antifascista della sua opera è stato determinante per la *damnatio memoriae* da essa subita. Lo stesso Calamandrei – solitamente informatissimo e sensibile alle più diverse sollecitazioni – non sembra aver conosciuto *I diritti di libertà* nel momento in cui si affaticava sul problema della legalità e si interrogava sulla sorte dei diritti soggettivi e sulle loro paventate compressioni.

Il libro di Ruffini però, ignorato da Calamandrei a causa della sua verosimilmente minima circolazione, non era sfuggito a quell’onnivoro e attento lettore che mostrava di essere Lopez, che non manca di ricordarlo nelle ‘Aggiunte’⁴¹ proprio a proposito del difficile e ‘strategico’ problema dei diritti soggettivi.

La “negazione dei diritti pubblici subiettivi operata in Germania dal Gerber [...]” (così come la critica comtiana dei diritti individuali) sono presentate da Lopez, ancora una volta, come la “negazione della certezza del diritto”, in una prospettiva strettamente analoga a quanto negli stessi anni veniva sostenendo Calamandrei. Al contempo, tuttavia, la difesa del diritto soggettivo è in Lopez il punto di emersione e di consolidazione di una trama argomentativa più vasta e ramificata il cui filo conduttore è la visione del soggetto. La certezza del diritto è importante perché costringe a concentrare l’attenzione sull’individuo e a interrogarsi sulla sua caratterizzazione complessiva, imponendo di guardare al “soggetto nella sua individualità precisa singola ed irriducibile: quella cioè reale e concreta, nella quale realmente e concretamente si fonda e deve fondarsi lo Stato [...]”⁴².

⁴⁰ DOGLIANI 2012, pp. 241 ss.

⁴¹ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 117.

⁴² LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 114.

Non è un confronto diretto che Lopez instaura con l'antinomia prospettata da Ruffini. Egli adotta piuttosto una tattica di aggiramento: compie un passo di lato, o meglio all'indietro, per cercare la soluzione del dilemma nella realtà a esso soggiacente: una realtà che per Lopez trova il suo epicentro nell'individuo concretamente agente.

5. L'individuo, fra idealismo ed esistenzialismo

La certezza del diritto rinvia al diritto soggettivo e l'una e l'altro dipendono strettamente dalla sorte riservata all'individuo: è la rappresentazione dell'individuo (e della sua crisi) il tema portante del libro del '42. Da questo punto di vista però *La certezza del diritto* è tanto il punto di partenza di un itinerario precocemente interrotto, quanto il punto di arrivo o di decantazione di un percorso iniziato da almeno un decennio, dal momento che il problema dell'individuo era stato uno dei principali fili conduttori della riflessione cui il giovane filosofo si era intensamente dedicato.

Ce ne offre una preziosa illustrazione Giovanni Nencioni, attingendo agli scritti inediti di Lopez e riproducendone lunghi passaggi: non mi sarebbe stato possibile – scrive Nencioni – ricostruire con sufficiente distacco “l'amicizia e la conversazione quasi quotidiana con lui” e la soluzione migliore era “far parlare la sua voce inedita, dopo che quella edita aveva combattuto, con la *Certezza del diritto*, la sua buona battaglia [...]”⁴³. Gli appunti di Lopez documentano, secondo Nencioni, tanto l'importanza dell'idealismo crociano e gentiliano, che aveva presieduto alla sua formazione, quanto la sua “continua inesorabile revisione delle posizioni speculative dominanti”⁴⁴.

È il tema dell'individuo e del suo rapporto con lo Stato a dare il titolo alla tesi di laurea di Lopez, discussa con Giorgio Del Vecchio nel '33: *Note sul tema Individuo e Stato*. Alla stessa linea di indagine appartiene un inserto, redatto nello stesso periodo, dominato dall'esigenza di “assicurare all'individuo una sua autonomia e vita morale che non siano conculcate dal gruppo”⁴⁵. L'individuo – scrive Lopez in un documento di poco successivo, che si dedica a raccogliere passi di autori diversi, ma convergenti verso la “negazione dell'individuo – si pone veramente come lo scandalo grave della filosofia, della cultura, del pensiero moderno [...]. Gli è stato cantato su tutti i toni [...] che egli non è che un momento, che è transeunte, che è inconsistente”⁴⁶. “Comincia così – scrive Nencioni – quella teoresi dell'individuo che accompagnerà tutta l'attività di Lopez”⁴⁷: comincia con la presa d'atto che numerose, ed eterogenee, correnti della cultura contemporanea non erano in grado di cogliere l'individuo nella sua singolare e concreta realtà e prosegue con la crescente consapevolezza che era semmai la

⁴³ NENCIONI 1974, p. lxxxiv.

⁴⁴ NENCIONI 1974, p. xi.

⁴⁵ NENCIONI 1974, p. xxiv.

⁴⁶ NENCIONI 1974, p. xxv.

⁴⁷ NENCIONI 1974, p. xxiv.

tradizione cristiana a ‘prendere sul serio’ l’individuo, a valorizzare “l’individuo intero”⁴⁸. Ed è “attraverso il problema dell’individuo” che Lopez prende gradualmente le distanze dal neoidealismo trovando nel “cristianesimo e nell’etica cristiana” gli “argomenti per l’individuo”⁴⁹ che andava cercando.

Certo, le riflessioni che, nel breve tempo della sua vita, Lopez è stato in grado di esporre in forma compiuta e di comunicare al pubblico sono solo la punta emergente del continente più vasto, sul quale gli scritti inediti permettono di gettare uno sguardo. Non mancano comunque spunti interessanti, che emergono nitidamente, prima della sua opera più nota, in uno scritto (pubblicato, nel 1939, nella *Rivista internazionale di filosofia del diritto*) in cui Lopez discute la monografia dedicata da Roger Holmes a Gentile⁵⁰.

La tesi di fondo dell’autore inglese riposa, per Lopez, su un equivoco. L’idealismo di Gentile, secondo Holmes, è l’estrema variante dell’antropocentrismo e del soggettivismo che trovano nella famosa massima di Protagora (l’uomo come misura di tutte le cose) la loro prima formulazione. L’equivoco, per Lopez, risiede proprio nella rappresentazione del ‘soggetto’: che, per l’antico sofista era certamente l’“individuo empirico”, mentre “la dottrina del Gentile non si riferisce all’uomo come soggetto singolo, che, se è inteso nella sua effettiva singolarità, distinto cioè dall’universale che esso realizza e che in esso si realizza [...] va considerato come oggetto del pensiero, alla stessa stregua degli altri oggetti di pensiero che costituiscono il contenuto dell’atto di pensare”⁵¹.

È appena uno spunto, che però trova nel *La certezza del diritto* una forte tematizzazione. In questo libro l’individuo è (come ricordavo) non solo il deuteragonista dell’opera, ma, al contempo, la sua destinazione di senso e il suo punto di gravitazione. Il punto decisivo è come rappresentare l’individuo e come situarlo nel complessivo ordine giuridico-statuale. È su questo punto che si consuma, sobriamente ma inequivocabilmente, la presa di distanza di Lopez dalla filosofia neoidealista: una presa di distanza che coincide con il rifiuto di risolvere l’individuo nel Soggetto universale, precludendosi di cogliere la sua irripetibile singolarità.

Occorre sottrarsi alla luce abbagliante del Soggetto e considerare l’individuo “quale esso è, restio ad ogni riduzione universalistica: con il suo destino assolutamente individuale, nella sua situazione personalissima, legato alla singolarità che non intende abbandonare e non può perdere”⁵². “Se certa recente formulazione dell’idealismo – scrive Lopez – ha troppo programmaticamente insistito sulla necessità dell’universale, sulla società come realizzazione dell’universale, le teoriche più rigorose non hanno mancato di rilevare che i singoli sono l’individuale in cui l’universale si fa concreto, ed hanno insistito sul valore etico insostituibile dell’individuo”⁵³.

⁴⁸ NENCIONI 1974, p. xxvii.

⁴⁹ NENCIONI 1974, p. xxxii.

⁵⁰ HOLMES 1937.

⁵¹ LOPEZ DE OÑATE 1939, p. 6.

⁵² LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 29.

⁵³ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 111.

Non importa insistere sulla portata strategica della ‘mossa’ di Lopez: era appunto l’assunzione dell’individuo come Soggetto universale che rendeva improponibile l’ipotesi di una costitutiva tensione fra l’individuo e lo Stato proprio perché conduceva all’immedesimazione del primo nel secondo. Di contro, la tematizzazione dell’irriducibile singolarità del soggetto mette in crisi la logica dell’identità e impedisce che l’individuo “scompaia, annullato nella società, di fronte allo Stato” e al contempo costringe a porre il “problema dell’altro, degli altri”, pur rimanendo l’individuo sé stesso (né peraltro – osserva ironicamente Lopez – “potrebbe in alcun modo fare diversamente!”)⁵⁴.

È la rappresentazione dell’individuo il terreno sul quale il neoidealismo sta perdendo molto della sua efficacia persuasiva. L’itinerario percorso da Lopez nel decennio che si conclude con la pubblicazione del *La certezza del diritto* non è un’avventura isolata. Lopez ne è lucidamente consapevole: la ‘crisi dell’individuo’ (e la crisi della sua rappresentazione) sono, a suo avviso, il problema centrale del suo tempo e hanno sollecitato la diffusione di un orientamento che egli presenta come “la vera filosofia della crisi”⁵⁵: l’esistenzialismo. Di questa filosofia Lopez mostra di essere un conoscitore attento e informato, capace di offrire non generiche informazioni bibliografiche, ma precise indicazioni: riferendosi, per l’Italia, in particolare, a Pareyson, a Luporini, a Bobbio, ad autori dai quali Lopez può trarre precise testimonianze su un orientamento che proprio fra gli anni Trenta e gli anni Quaranta stava ottenendo anche in Italia una udienza crescente.

Luigi Pareyson aveva pubblicato nel 1940 (appena ventiduenne) un esauriente studio sulla filosofia di Karl Jaspers, che si propone subito come un importante riferimento per cogliere (attraverso l’opera di uno dei protagonisti della ‘filosofia dell’esistenza’) alcuni dei principali assunti del nuovo orientamento: l’aspirazione (secondo Pareyson comune all’esistenzialismo nel suo complesso) a “fondare filosoficamente la persona”⁵⁶, il superamento della ragione idealistica, la scoperta, nell’individuo, di un retroterra metarazionale⁵⁷ e, infine, il rifiuto del “sistema” (“se il filosofare è la via della libertà, il sistema è il carcere più soffocante”⁵⁸).

In realtà, per Pareyson il rapporto dell’esistenzialismo con l’idealismo non è di semplice frontale opposizione, soprattutto in Italia, dove l’attacco jaspersiano al ‘sistema’ sembra difficilmente estensibile all’attualismo gentiliano, che è centrato sull’atto, “realizzazione perenne che

⁵⁴ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 113.

⁵⁵ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 32.

⁵⁶ PAREYSON 1940, p. viii.

⁵⁷ “La ragione non è la ragione dell’idealismo, che tutto riduce a pensiero e pensabilità [...]. Di fronte alla ragione c’è il fondo dell’esistenza, che è effettività, possibilità, attualità, insomma tutto ciò che si sottrae alla riduzione a puro intelligibile”: PAREYSON 1940, p. 144. In questo senso si esprime PACI 1943, p. 6: “[...] la filosofia dell’esistenza deve essere considerata nella sua funzione storica, che è quella di aver spezzato il dogmatismo hegeliano e di aver riposto in primo piano i problemi della personalità, del nulla, del tempo, della storia, del destino. Di fronte al panlogismo di Hegel l’esistenzialismo fa valere il piano dell’irrazionale e ci obbliga alla ricerca di un metodo di comprensione dell’irrazionale che sia tale da non trasformare l’irrazionale in razionale”.

⁵⁸ PAREYSON 1940, p. 145.

il realizzante fa di sé stesso”⁵⁹. È possibile addirittura ipotizzare che in Italia sia stato proprio l’idealismo gentiliano a preparare un’atmosfera nella quale “son potuti germinare temi speculativi riconosciuti in seguito come esistenzialistici”⁶⁰. L’esistenzialismo può essere presentato non come un mero ‘antagonista’ dell’idealismo, ma come una reazione ad alcuni suoi aspetti “o, meglio, irrigidimenti [...]: esso “rappresenta, in fondo, una reazione alla dialettica e l’implicita rivalutazione di tutto ciò che alla dialettica non si può ridurre”⁶¹. Il *porro unum* di questa reazione “è la rivalutazione del singolo irriducibile a qualsiasi dialettica” e la dimostrazione che “l’io [...] è [...] unico”, è “singolare” e “questo significa: unico e intero”. L’esistenzialismo “accentua quella singolarità in irripetibilità e quella delimitatezza in finitezza”⁶². Con analoghi accenti Cesare Luporini situa la sua proposta filosofica “alla confluenza dei tre più vivi movimenti del pensiero contemporaneo: l’idealismo italiano, la ‘filosofia della vita’ e la filosofia esistenziale”⁶³ e la presenta come “rivendicazione dell’incarnato individuo e nell’individuo della persona come incondizionata iniziativa”⁶⁴.

Porre al centro l’individuo nella sua finitezza e singolarità ed esaltarne la libertà, la scelta, la decisione: sono i temi che ritroviamo nella discussione sull’esistenzialismo (con il titolo *L’esistenzialismo in Italia*) organizzata dalla rivista di Giuseppe Bottai – *Primato* – nel ’43⁶⁵. Il dibattito è aperto da Nicola Abbagnano ed Enzo Paci (assunti come i corifei del nuovo orientamento), che insistono sulla finitudine dell’uomo, sulla scelta, sulla sua singolarità⁶⁶, ma anche su “la dignità e l’importanza degli altri rispetto alla mia stessa esistenza”, sull’esistenza come coesistenza⁶⁷. In termini analoghi si esprime Cesare Luporini, per il quale l’esistenzialismo “è rivendicazione del finito, del contingente, del singolo (dell’incarnato, è stato detto), questo – qui – ora”⁶⁸.

La rappresentazione dell’individuo è il decisivo punto di frattura fra la tradizione idealistica e la nuova sensibilità ‘esistenzialistica’ ed è uno dei principali fili conduttori del dibattito promosso da *Primato*: nell’intervento redazionale non firmato (verosimilmente riconducibile allo stesso Bottai) che, nel giugno del ’43, conclude la discussione, a essere indicato come elemento caratterizzante della nuova filosofia è, di nuovo, la visione di un individuo colto nella sua singolarità e contingenza, irriducibile alle pretese totalizzanti di un qualsivoglia ‘sistema’⁶⁹.

⁵⁹ PAREYSON 1943, p. 277.

⁶⁰ PAREYSON 1943, p. 276.

⁶¹ PAREYSON 1943, p. 290.

⁶² PAREYSON 1943, p. 292. Pareyson modificherà la sua visione del rapporto fra esistenzialismo e idealismo in PAREYSON 1985, p. 252. Cfr. PIANCIOLA 1996, p. 260.

⁶³ LUPORINI 1942, p. vii.

⁶⁴ LUPORINI 1942, p. ix.

⁶⁵ Cfr. MAIORCA 1993; INVITTO 1995.

⁶⁶ ABBAGNANO 1943, p. 2. PACI 1943 b, p. 4: “Se io sono soltanto Pensiero gli altri non saranno per me che il Pensiero. Se io sono persona gli altri saranno persone, come me finite, ma come me aperte alla Trascendenza”.

⁶⁷ ABBAGNANO 1943, p. 2.

⁶⁸ LUPORINI 1943, p. 84.

⁶⁹ “Riassunto nei suoi termini essenziali, il contrasto fra idealismo ed esistenzialismo, è questo: da una parte, il mondo infinito nella ragione, concepita come pensiero puro, anonimo, impersonale, risolvente dialetticamente e necessariamente

Questo tema appare centrale anche nelle acute, e partecipate, analisi che Norberto Bobbio dedica, fra gli anni Trenta e gli anni Quaranta, alla ‘filosofia dell’esistenza’⁷⁰. La radice del recente successo dell’esistenzialismo risiede, per Bobbio, nel suo “appello appassionato all’uomo singolo”, nella “affermazione della personalità”, in un “atteggiamento antiuniversalistico”⁷¹ che al “sapere oggettivo” contrappone la “rivelazione dell’esistenza a se stessa nella singolarità della sua essenza, e nella storicità della sua situazione”⁷².

Per Bobbio, la tematizzazione dell’individuo concretamente agente serve a prendere le distanze non solo dalla tradizione idealistica, ma anche dal determinismo e dalle pretese olistiche della recente sociologia⁷³. Far leva sulle caratteristiche strettamente ‘individuali’ della persona permette, da un lato, di evitare la mitologica rappresentazione della società come “persona collettiva” e, dall’altro lato, invita a cogliere la dimensione relazionale delle singole individualità⁷⁴. È l’individuo nella sua concretezza il “problema centrale dell’esistenzialismo”, come ha affermato “il Pareyson nel suo bel libro sulla filosofia dell’esistenza”⁷⁵. Al contempo, l’esistenzialismo, nei suoi ultimi sviluppi, si rende conto che “il concetto di persona non è raggiungibile, se non ponendo il problema della molteplicità degli individui e della loro relazione”, tanto da rendere possibile “una fondazione sociale della persona in contrasto con la comune concezione individualistica”⁷⁶. Non appena risorge “più vivo che mai” il senso della “persona concreta”, ci si accorge che la persona “non può essere se stessa se non in rapporto di unione con altre persone”⁷⁷.

Sembra dunque delinarsi un affollato ‘campo teorico’, che trova il suo centro, da un lato, in un individuo, colto nella concretezza del suo esistere e nella sua inconfondibile singolarità, e, dall’altro lato, nella necessaria, vitale relazione che il singolo non può non intrecciare con una pluralità di individui.

6. La certezza del diritto, fra giuspositivismo e giusnaturalismo

È l’irriducibilità del singolo a un qualsivoglia ‘sistema’ che pretenda di dissolverne l’individua realtà la spina nel fianco di tradizioni che, pur difformi fra loro, convergono nel trasformare i ‘molti’ nell’‘uno’, nel risolvere la pluralità in un’entità olistica, sia essa la società

in sé tutti i contrasti, in un sistema in cui l’errore e il male sono solo un momento negativo della verità, e tutto si risolve in razionalità, senza residui; dall’altra, si contrappone il mondo del finito, del contingente (questo, qui, ora) in quanto tale, costitutivo dell’uomo singolo, che nasce e muore, e si distingue dall’altro: per cui il mondo è problematicità continua, senza soluzione vera, e implica perciò la necessità di decidersi con rischio e pericolo, con salti nel buio e possibilità di scacco. Si è detto perciò l’esistenzialismo una filosofia della crisi [...]” (ANONIMO 1943, p. 191).

⁷⁰ Cfr. GRECO 2000; CIANFEROTTI 2005.

⁷¹ BOBBIO 1941a, p. 114.

⁷² BOBBIO 1941, p. 113.

⁷³ BOBBIO 1938a, p. 5.

⁷⁴ BOBBIO 1938a, p. 9.

⁷⁵ BOBBIO 1941b, p. 320.

⁷⁶ BOBBIO 1941b, p. 333.

⁷⁷ BOBBIO 1938b, p. 7.

del ‘sociologismo’ (per usare l’espressione di Bobbio), lo Stato della tradizione idealistica (con la quale principalmente si confronta Lopez) oppure il *Volk* della dottrina nazional-socialista, bersaglio esplicito tanto di Lopez quanto di Bobbio: del primo, che lo indicava come emblema di una radicale politicizzazione della giustizia⁷⁸, e del secondo, che attaccava (nel ’38, nel momento d’avvio del ‘razzismo di Stato’) il “fanatismo, che per nobilitarsi si fa chiamare misticismo” e conduce nella recente letteratura tedesca a ‘ideologizzare’ “il popolo, cioè quell’oscuro termine, su cui si esercita il tentativo di teorizzare la politica sopra basi razzistiche”⁷⁹.

Il riconoscimento della pluralità però, a sua volta, è, sì, un punto di arrivo (del processo di allontanamento dagli orientamenti dominanti), ma è anche un difficile punto di partenza. Per Lopez, si pone, a partire dall’individuo, dagli individui, dalla loro pluralità, il problema di gettare un ponte fra la ‘singolarità’ e l’‘universalità’, di cogliere la trama profonda della coesistenza⁸⁰. Il diritto e la sua ‘certezza’ vogliono essere una risposta in questa direzione, ma possono esserlo solo a patto di muovere da una visione impegnativa e complessiva del fenomeno giuridico. Non mancano spunti che vanno in questa direzione nel *La certezza del diritto*. Questi spunti però sono più accennati che sviluppati e finiscono per essere in qualche modo oscurati dal cono d’ombra che getta su di essi ciò che rischia di apparire il principale *thema probandum* dell’argomentazione: la difesa della norma nella sua generalità e astrattezza di contro alle indebite pretese di un’interpretazione ‘creativa’.

In effetti, la recensione di Calamandrei portava acqua a questo mulino, nel momento in cui riteneva di trovare nel libro di Lopez la conferma delle sue tesi di fondo: il primato della legislazione, il carattere logico-deduttivo dell’interpretazione giurisprudenziale, la rigorosa distinzione fra politica e diritto, che lo induceva a ribadire che il giudice che, di fronte a una legge che “moralmente gli ripugna”, tenti di “attenuarla” facendo leva su “distinzioni e riserve”, agiva “da politico, non da giurista”⁸¹.

La legge sembra identificarsi con la giustizia (per Calamandrei lettore di Lopez). E anche un altro recensore ‘eccellente’ del *La certezza del diritto* – Francesco Carnelutti – sembra pensarla allo stesso modo. Calamandrei, come “i miei maestri”, erano “dei candidi adoratori della legge, ossia della certezza del diritto”⁸² e tanto Calamandrei quanto Lopez – uniti nell’apologia della *lex* ancorché *dura* – escludono qualsiasi possibile tensione fra ‘diritto’ e ‘giustizia’, perché per entrambi le leggi “sono sempre ciò che debbono essere”. Per Lopez, in particolare, è “l’insidenza della verità nella realtà e della realtà nella verità” “la chiave per risolvere l’antinomia fra equità e legalità”⁸³.

⁷⁸ LOPEZ DE OÑATE, p. 87.

⁷⁹ BOBBIO 1938b, p. 39.

⁸⁰ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 113.

⁸¹ CALAMANDREI 1942, p. 511.

⁸² CARNELUTTI 1943, p. 194.

⁸³ CARNELUTTI 1943, p. 203. Cfr. CARIA 2019.

Chi offre una lettura ‘polifonica’ e non riduttiva del pensiero di Lopez è Giuseppe Capograssi, prima nel Necrologio⁸⁴ e poi nella Prefazione alla ristampa del *La Certezza del diritto* nel 1950. Nel ‘ricordo’ dell’amico scomparso Capograssi enuncia con esemplare chiarezza le linee portanti del percorso intellettuale di Lopez: per il giovane filosofo “cogliere la vita è coglierla nell’assoluta individualità nella quale essa si presenta. Cogliere l’individualità [...] è il criterio e il metodo di ogni suo lavoro”⁸⁵. Al contempo, però, la comprensione dell’individuale non può fargli perdere di vista il suo punto di congiunzione con l’universale. Come scrive Giuseppe Acocella, la scienza, per Lopez, è cognizione dell’universale ed è chiamata a illustrare la struttura della realtà, a individuare la razionalità immanente all’esperienza⁸⁶.

Alla luce di questi orientamenti di fondo Capograssi è in grado di rileggere criticamente le interpretazioni che Calamandrei e Carnelutti avevano proposto: il primo sostenendo e il secondo contestando la riconducibilità della ‘giustizia’ alla ‘norma’, ma entrambi dando per acquisito che la ‘norma’ di cui Lopez elogiava la ‘certezza’ fosse comprensibile senza residui nel quadro del consolidato paradigma giuspositivistico. Per Capograssi invece il retroterra di Lopez è diverso: lungi dall’identificare la realtà con la verità, il reale con il razionale, il fatto con l’idea, Lopez ha assunto l’agire umano come il “centro dell’esperienza giuridica” ed è andato in cerca della sua logica interna, del principio che la informa e la spiega: e questo principio “può chiamarsi, se si vuole, diritto naturale, nell’unica maniera in cui si può intendere il diritto naturale, come principio che dà vita al mondo del diritto e sostiene l’esperienza giuridica, come ragione obiettiva [...]”⁸⁷.

È vero allora, come sostiene Calamandrei, che il giurista, interpretando la legge, deve rispettarne il dettato e che accetta anche la legge ingiusta, perché sa che comunque che il rispetto della legge è “anche nei regimi totalitari” “una catena all’arbitrio”⁸⁸. Proprio per questo il giurista, per Calamandrei, non può, interpretando la legge, “aggirarla”, foss’anche per “impedirle di nuocere”. Che cosa significa però interpretare la legge? Significa intenderla non “come qualcosa di separato”, ma come momento di una più vasta realtà: significa “riportare la singola legge a quella ragione obiettiva” che percorre e sostiene l’intera esperienza giuridica, ricondurla alla “vivente pienezza della ragione obiettiva del mondo del diritto”⁸⁹. Se ciò è vero, il libro di Lopez non è una conferma, ma è una netta riconsiderazione dei “banali schemi della certezza del diritto come pura e mera legalità, come certezza esteriore o formale e simili”⁹⁰.

Capograssi è un lettore capace di intendere in tutti i suoi risvolti *La certezza del diritto*: non solo perché l’itinerario intellettuale di Lopez e le sue riflessioni (svolte in particolare negli

⁸⁴ CAPOGRASSI 1947. Il necrologio fu pubblicato originariamente nel 1947 nella *Rivista internazionale di filosofia del diritto*.

⁸⁵ CAPOGRASSI 1947, p. 4.

⁸⁶ LOPEZ DE ONATE 1955, pp. 217 ss. Cfr. ACOCELLA 1974, alla cui attenta e convincente lettura rinvio complessivamente.

⁸⁷ CAPOGRASSI 1950a, p. 244.

⁸⁸ CAPOGRASSI 1950a, p. 251.

⁸⁹ CAPOGRASSI 1950a, pp. 252-253.

⁹⁰ CAPOGRASSI 1950a, p. 255. Coglie esattamente la visione capogrossiana della certezza del diritto GROSSI 2006, pp. 26-27.

Studi filosofici sulla scienza del diritto, del 1939, e nel *Compendio di filosofia del diritto*, del 1942) gli sono perfettamente chiari, ma anche perché l'opera del giovane filosofo, se da un lato si sostanzia in un serrato confronto con le più vivaci testimonianze della cultura contemporanea, dall'altro lato è l'espressione di un dialogo ininterrotto con Capograssi stesso. È proprio in Capograssi (nei suoi scritti e negli incontri con lui, che della comunicazione amicale aveva fatto un tramite essenziale del suo magistero⁹¹) che Lopez aveva trovato indicazioni decisive per la sua riflessione: a partire dalla rappresentazione dell'individuo e dalla sua 'crisi'.

“La vera filosofia della crisi – aveva scritto Lopez nelle sue ‘Aggiunte’ – è l'esistenzialismo” e “un pensatore [...] che presenta assai interessanti consonanze con l'esigenza esistenzialistica è il Capograssi”, anche se il suo orientamento si è formato “contemporaneamente all'esistenzialismo ed in modo autonomo nei confronti di esso”⁹². Sono dello stesso avviso Carnelutti⁹³ e Bobbio, che, come già Lopez, afferma che Capograssi si era dedicato a una “analisi dell'esistenza umana” “simile per consonanza o vocazione naturale, non per imitazione, a quella degli esistenzialisti”⁹⁴. E proprio di analisi esistenziale parla un altro allievo di Capograssi, Pietro Piovani, a proposito della ‘filosofia dell'esperienza’ di Capograssi⁹⁵.

L'Analisi dell'esperienza comune, del 1930, si apre con la denuncia di una “speculazione moderna” per la quale la vita è “o ragione universale o attività universale” che risolve in sé l'individuo “come centro permanente e durevole di esistenza”⁹⁶. Se però si risolve l'individuo in un “soggetto universale”, in una “realtà universale”, diviene impossibile comprendere “il dato dell'esperienza concreta”⁹⁷. Si perde di vista l'individuo come realtà “finita”, si dimentica la “finitezza della vita” facendo leva sull'identificazione dell'individuo con lo Stato o con la società, ci si illude che “la morte [...] non lasci traccia”⁹⁸ e si cancella il “fondamentale fatto che il soggetto si trova gettato in mezzo a un mondo già pensato e creato”⁹⁹.

La heideggeriana *Geworfenheit* dell'individuo che Capograssi fa propria esprime icasticamente la sua netta distanza dalla tradizione idealistica, ma non fa di lui “né l'ultimo, infedele, epigono del tramontante idealismo, né il primo profeta dell'imminente esistenzialismo”¹⁰⁰: da un lato, è “l'antropocentrismo cristiano che si sovrappone a quello idealistico e lo soverchia [...]”¹⁰¹, dall'altro lato, “la storicità esistenziale è presa in considerazione per quel tanto che sia

⁹¹ Salvatore Satta, ricordando la sua lunga, ventennale frequentazione di Capograssi, scriveva: “Solo ora comprendiamo che il foglio sul quale egli imprimeva le sue parole eravamo noi stessi” (SATTA 1957, p. 8).

⁹² LOPEZ DE OÑATE 1968, pp. 32-33.

⁹³ CARNELUTTI 1956, p. 7.

⁹⁴ BOBBIO 1956-57, p. 141.

⁹⁵ PIOVANI 1976. Fra gli scritti recenti dedicati a Capograssi cfr. DELOGU, MORACE 2009; CAPPELLINI 2013; ADDIS 2015; ACOCCELLA 2016; MARCI 2017; ACOCCELLA 2021; TESSITORE 2022.

⁹⁶ CAPOGRASSI 1930, p. 6.

⁹⁷ CAPOGRASSI 1930, p. 10.

⁹⁸ CAPOGRASSI 1930, p. 16.

⁹⁹ CAPOGRASSI 1930, p. 29.

¹⁰⁰ OPOCHER 1991, pp. 34-35.

¹⁰¹ OPOCHER 1991, p. 35.

inseribile nel processo universale che la giustifichi”¹⁰². Lo storicismo di Capograssi, ricostruito da Fulvio Tessoro in pagine convincenti¹⁰³, è segnato dall’esigenza di andare ‘oltre’ l’individuo senza comprometterne la singolarità e la finitezza. È uno storicismo che parte da un’originale rilettura di Vico, passa attraverso la visione hegeliana dello spirito oggettivo, non trascura gli scritti del giovane Marx¹⁰⁴ e accoglie da Dilthey¹⁰⁵ “la tensione verso l’oggettività” e il tentativo di “conciliare il riconoscimento della finitezza del singolo con l’affermazione del suo ruolo imprescindibile all’interno della totalità storica”¹⁰⁶.

Il principale momento di congiunzione fra il singolo e l’esperienza complessiva è il diritto. L’individuo di Capograssi peraltro “non è solo”, ma è caratterizzato da una costitutiva interazione con l’altro, con gli altri¹⁰⁷. L’esperienza “non è che la comunicazione del soggetto con l’altro soggetto”, un “vasto e totale sistema e processo di conoscenza fra soggetti”¹⁰⁸; ed è significativo il rinvio¹⁰⁹, a conferma della centralità dei rapporti intersoggettivi nelle scienze morali, a Troeltsch e a Scheler (apprezzato anche per la valorizzazione della componente emozionale, metarazionale, della personalità umana¹¹⁰).

L’esperienza è dunque esperienza di pluralità e una sua adeguata comprensione esige di muovere oltre il livello “dell’esperienza esistenziale individualmente considerata”, verso “un ordine che la dispieghi e trascenda”¹¹¹. Occorre però guardarsi dal rischio di “imporre schemi alla vita” e tentare di intenderla nella concretezza dei suoi contenuti. È questa, per Capograssi, l’aspirazione più interessante della cultura moderna. Al suo interno è stata la fenomenologia (“una delle più significative correnti moderne”) a proporsi di cogliere i “dati originari” della vita “nella loro purezza”, “in quello che presentano di originale e di irriducibile”¹¹².

Non dobbiamo sottovalutare il richiamo di Capograssi alla fenomenologia. Non è un rinvio di maniera (mai le sue poche citazioni lo sono); e Norberto Bobbio, che proprio alla fenomenologia – e ai suoi riflessi nella scienza del diritto – aveva dedicato la sua prima monografia¹¹³, non manca di presentare Capograssi come un “attento studioso della corrente fenomenologica”, fra i pochi allora in Italia¹¹⁴. Certo, il pensiero di Capograssi non è mai riconducibile a un’esclusiva matrice: la stessa ‘filosofia dell’azione’ (da Léon Ollé-Laprune a Maurice Blondel), pur così presente ed esplicitamente richiamata nella sua opera, è sem-

¹⁰² PIOVANI 1976, p. 48.

¹⁰³ Cfr. in particolare TESSITORE 1971.

¹⁰⁴ TESSITORE 1976, pp. 89 ss.

¹⁰⁵ BIANCO 1976, p. 204.

¹⁰⁶ BIANCO 1976, p. 217.

¹⁰⁷ CAPOGRASSI 1930, p. 41.

¹⁰⁸ CAPOGRASSI 1932, p. 226.

¹⁰⁹ CAPOGRASSI 1932, pp. 227-228.

¹¹⁰ CAPOGRASSI 1932, p. 225.

¹¹¹ PIOVANI 1976, p. 21.

¹¹² CAPOGRASSI 1932, pp. 223-224.

¹¹³ BOBBIO 1934.

¹¹⁴ BOBBIO 1934, p. 29.

pre metabolizzata in una riflessione inconfondibilmente ‘personale’. Ciò non diminuisce comunque il ruolo esercitato dalla fenomenologia in un passaggio capitale della riflessione di Capograssi: nel suo tentativo di cogliere le modalità essenziali, le forme strutturali, dell’esperienza giuridica.

Impegnato a delineare i tratti fondamentali del mondo umano, il fenomenologo mette in parentesi i presupposti e gli accidenti dell’esperienza e guarda ai dati “nella loro purezza, in quello che essi presentano di originale e di irriducibile”, non già ‘costruendo’ l’oggetto della conoscenza, ma entrando in rapporto diretto con l’esperienza sulla base di una intuizione immediata che ne coglie le determinazioni essenziali¹¹⁵.

È in questa prospettiva che Capograssi, nelle seminali opere del ’30 e del ’32, individua i tratti caratterizzanti dell’esperienza giuridica, muovendo dal soggetto e dalla sua volontà: a partire dal nucleo elementare della ‘promessa’ (“Spondesne? Spondeo”¹¹⁶), che permette di superare “l’insolubile groviglio” dei problemi economici sostituendo “all’utilità l’obbligazione”. “Col contratto il soggetto comincia a fare esperienza che solo traverso l’altra volontà egli può conseguire i suoi beni”¹¹⁷. Occorre partire dal soggetto, dalla sua volontà, dalla sua “attività pratica e diretta” e da qui rintracciare “la logica” dell’esperienza¹¹⁸. Nell’opera del ’32, Capograssi parla di una rete “di comandi e di obbedienze”: comandi e obbedienze individuali e collettive, espressione di quella “connessione di rapporti di atti di volontà” che è l’esperienza giuridica¹¹⁹. È nella stretta connessione di pretese e obblighi, di comandi e obbedienze che è possibile ravvisare la trama intima dell’esperienza.

Non sembra un’indebita forzatura ravvisare nelle pagine capograssiane qualche suggestiva assonanza con le ricerche fenomenologiche di Adolf Reinach. Era uscita nel 1913 la sua opera principale (*Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*¹²⁰), che si proponeva un obiettivo che Capograssi avrebbe perseguito a suo modo: individuare le grandezze soggiacenti all’esperienza giuridica, assumere queste “rechtliche Gebilde” come proposizioni giuridiche a priori e sottolinearne l’indipendenza dal diritto positivo¹²¹. Reinach dedica pagine innovative al concetto di ‘atto sociale’ (e non dimentichiamo la costitutiva relazionalità del soggetto capograssiano), mette alla prova il suo progetto fenomenologico analizzando la promessa e il conseguente rapporto fra la pretesa e l’obbligazione e per questa via assume come determinante il concetto di “atto sociale”. Per Reinach, accanto a innumerevoli atti puramente ‘interni’, l’individuo compie atti che egli qualifica come “fremdpersonal”, gli atti che chiamano diret-

¹¹⁵ CAPOGRASSI 1932, p. 24.

¹¹⁶ CAPOGRASSI 1930, p. 120.

¹¹⁷ CAPOGRASSI 1930, p. 121.

¹¹⁸ CAPOGRASSI 1932, p. 234.

¹¹⁹ CAPOGRASSI 1932, p. 235.

¹²⁰ REINACH 1913. Reinach non era ignoto in Italia. Si tenga presente, in generale, l’opera di Cesare Goretta (GORETTI 1930). Può essere interessante notare che nel ’29 Luis Recaséns Siches aveva diffusamente parlato di Reinach in un’opera (*Direcciones contemporaneas del pensamiento jurídico*), nota a Capograssi, che la ricorda in una sua recensione, del 1931, ad altra opera dello stesso autore (CAPOGRASSI 1931, p. 198).

¹²¹ REINACH 1913, pp. 688-689.

tamente in causa un soggetto 'altro' ed esigono la sua comprensione¹²²: appunto, gli atti che Reinach chiama "sociali". È in questa prospettiva che Reinach si dedica a un'analisi fenomenologica della promessa (e della pretesa e dell'obbligo che ne conseguono) e, più in generale, dei rapporti di comando e di obbedienza.

La promessa e l'obbligo, il comando e l'obbedienza: sono figure che appartengono, in Reinach come in Capograssi, a una 'grammatica dell'esperienza' che, lungi dall'essere il prodotto del 'decisionismo' di un legislatore, è semmai la condizione previa del funzionamento del diritto positivo. Esiste per Capograssi una "legge dell'azione" che ha le sue regole 'strutturali', esistono "principi fondamentali" che la legge positiva presuppone. Il diritto positivo è non già il punto di origine dell'esperienza giuridica, bensì una sua componente e una sua funzione: primario e fondante è il ruolo dell'azione e degli individui agenti (ciascuno nella sua "concreta individualità"); essenziali "sono gli imperativi ultimi ed universali", "le vere 'Grundnormen' che la legge positiva non pone direttamente, non comanda [...], ma senza le quali la legge positiva non potrebbe concepirsi"¹²³.

"Il singolo partecipa della ragione, di quella ragione vivente che è divenuta realtà pratica, da lui stesso sperimentata"¹²⁴. È in questo quadro che Vico è un indispensabile punto di riferimento per Capograssi: non solo come punto d'avvio di uno storicismo che lo induce a muovere dalla centralità del singolo alla totalità dell'esperienza, ma anche come sostenitore di un'idea di ragione che opera al fondo dell'azione umana. La scienza del diritto ha, come suo scopo ultimo, l'affermare "il primato della ragione su tutta la vita" e come suo "contenuto la vita stessa concreta nella sua profonda razionalità"¹²⁵.

Il diritto appare dunque, quando la scienza ne colga le effettive radici, l'espressione e il tramite della razionalità immanente all'esperienza: è in questa prospettiva che Capograssi ripensa il diritto naturale non come un parametro esterno alla dinamica storica, ma come la sua struttura profonda, come "il sistema di permanenze al di sotto delle variazioni superficiali della storia"¹²⁶. Sono eloquenti le considerazioni svolte da Capograssi a proposito di Karl Bergbohm e del suo libro più noto (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, del 1892). Bergbohm reclama l'attenzione alla 'realtà' e vede nel diritto naturale, da un lato, "un subiettivismo arbitrario" e, dall'altro lato, "uno sforzo perennemente eversivo degli ordini esistenti"¹²⁷, incorrendo però in questo modo in un duplice errore: in una considerazione puramente "empirica della realtà, ed astratta della ragione"¹²⁸. Egli riduce la ragione ad "arbitrio subiettivo" e concepisce "la realtà fuori della ragione", senza pervenire al "riconoscimento

¹²² REINACH 1913, p. 706. Su Reinach cfr. STELLA 1990, PUNZI 1991, DE VECCHI 2012, TEDESCHINI 2015, CICCARELLI 2017, DI LUCIA 2018.

¹²³ CAPOGRASSI 1932, pp. 337-338.

¹²⁴ MARINI 1976, p. 131.

¹²⁵ CAPOGRASSI 1937, p. 498.

¹²⁶ PIOVANI 1963.

¹²⁷ CAPOGRASSI 1928, p. 55.

¹²⁸ CAPOGRASSI 1928, p. 58.

della ragione che regge la vita, dei principi che formano l'esperienza, che danno il valore e il contenuto di verità all'esperienza"¹²⁹: perdendo di vista quindi "il contenuto più profondo dell'idea del diritto naturale, vale a dire l'affermazione dei principi di verità che reggono la vita del diritto"¹³⁰.

È sul terreno di un'esperienza giuridica intrinsecamente 'razionale', è nell'orizzonte di un 'diritto naturale' reinterpretato come la logica profonda della dinamica storica, che Capograssi colloca lo Stato e il suo più alto prodotto, la legge. La legge "non è una trovata dello Stato, ma è la profonda realtà già insita nell'azione". Le forme dell'esperienza non sono create dallo Stato, che però interviene conferendo a esse "la loro vera energia e la loro piena verità", assumendole come espressioni coerenti e correlate "dell'unico ed intero imperativo giuridico"¹³¹. La legge svolge una funzione di raccordo e di sintesi di "tutte le posizioni fondamentali dell'azione giuridica". Il diritto, lungi dal coincidere con l'insieme degli imperscrutabili e arbitrari atti di volontà statale, affonda le radici nell'immanente razionalità dell'esperienza (nella logica dell'azione e dell'interazione dei soggetti) e trova in essa il suo senso, la sua misura, la sua stessa possibilità di funzionamento.

È comprensibile allora che Capograssi rifiutasse (contro Calamandrei e Carnelutti) di ridurre la certezza del diritto di Lopez ai "banali schemi [...] della mera legalità"¹³². Per Capograssi, come per il suo brillante allievo, proprio perché la legge è la punta emergente dell'esperienza giuridica nella sua totalità, il diritto potrà dirsi 'certo' solo nella misura in cui la legge positiva e il 'diritto naturale', la volontà eminente dello Stato e la razionalità intrinseca dell'esperienza, si disporranno in un rapporto di reciproca implicazione ed osmosi.

7. La certezza del diritto di fronte alla catastrofe: continuità e fratture

La certezza del diritto di Lopez era iscritta nell'orizzonte della 'crisi': una crisi i cui coefficienti principali erano, da un lato, la dissoluzione dell'esistenziale singolarità dell'individuo nell'astratta unità del Soggetto e, dall'altro lato, l'attacco alla maestosa intangibilità della legge, assunto come indizio della crescente distanza fra la *ratio* e la *potestas*.

Nel libro di Lopez erano presenti gli elementi che permettevano una diagnosi della 'crisi' e anche spunti potenzialmente idonei per una futura *pars construens*. Non a Lopez, morto precocemente nell'agosto del 1944, fu però possibile gettare uno sguardo 'oltre' la crisi. Lo fu per Capograssi, che la affronta confermando, ma al contempo modulando e mettendo alla prova schemi interpretativi venuti a maturazione nel corso degli anni Trenta. Capograssi – scrive Bobbio nel suo commosso ricordo –

¹²⁹ CAPOGRASSI 1928, p. 57.

¹³⁰ CAPOGRASSI 1928, p. 56.

¹³¹ CAPOGRASSI 1930, p. 143.

¹³² CAPOGRASSI 1950a, p. 255.

ha sentito profondo orrore della catastrofe; e la interpreta dal punto di vista metafisico come la macabra vittoria del nichilismo sulla tradizione cristiana; dal punto di vista sociale, come la vittoria dello stato onnipotente sull'individuo spogliato e spodestato. Egli prende le difese dell'individuo. E lo difende perché nonostante la miseria in cui è caduto, ha fiducia in lui. Dalla rinascita dell'individuo dipende la ripresa dopo la crisi¹³³.

Di fronte alla catastrofe, acquistano un nuovo e drammatico risalto alcuni temi nodali della sua riflessione: il rapporto fra l'esperienza giuridica e la legge dello Stato, la sempre risorgente tensione fra Stato e individuo¹³⁴, fra *ratio* e *potestas*, fra diritto naturale e diritto positivo.

Sul problema del rapporto fra diritto naturale e diritto positivo Capograssi si intrattiene in un impegnativo intervento pubblicato nel 1949 sul primo numero di *Iustitia*, prendendo spunto da uno scritto anonimo (ma riconducibile a Santoro Passarelli¹³⁵), che si era interrogato sulla posizione che il giurista deve assumere di fronte alla 'legge ingiusta'. La risposta di Capograssi è in linea con le riflessioni che egli avrebbe svolto di lì a poco contestando l'interpretazione riduttiva che della certezza del diritto di Lopez avevano dato Calamandrei e Carnelutti¹³⁶. Il giurista deve rispettare l'ordinamento positivo, senza indulgere a forzature interpretative riconducibili alle sue soggettive, personali inclinazioni, ma non deve nemmeno "fermarsi a mezza strada": non deve arrestarsi alla "superficie normativa", ma deve "arrivare" "ai valori costitutivi, alle forme di vita, alle strutture inalterabili della vita concreta dell'umanità, di cui norme e istituzioni positive non sono che le determinazioni storicamente puntuali"¹³⁷.

Per il 'neovichiano' Capograssi il diritto naturale non può essere che la ragione profonda dell'esperienza, accolta e rafforzata dallo Stato che è "un comodo organo di smistamento e di elaborazione dei contenuti della vita"¹³⁸. Il fenomeno che però ora assume un'urgenza e una drammaticità nuove rispetto al decennio precedente è lo scollamento fra la ragione immanente all'esperienza e il dettato legislativo: in alcuni momenti della storia ("e noi abbiamo vissuto in una di queste epoche") intervengono "lacerazioni" che riducono il diritto a strumento di un'arbitraria e sfrenata volontà sovrana. Di fronte a questa emergenza, resta solo la speranza che qualcosa dell'ordinamento 'razionale' dell'esperienza sopravviva in modo da impedire il collasso del "mondo umano" e il suo precipitare "nel preistorico, nel sub-umano, addirittura nel demoniaco"¹³⁹.

¹³³ BOBBIO 1956-1957, p. 139.

¹³⁴ Cfr. la suggestiva riflessione capograssiana sul rapporto fra l'individuo e la terra: CAPOGRASSI 1952. Vedine l'acuta interpretazione di CAZZETTA 2003.

¹³⁵ D'ADDIO 2011, p. 167.

¹³⁶ Vedi *supra* §.

¹³⁷ CAPOGRASSI 1949, p. 31.

¹³⁸ CAPOGRASSI 1949, p. 31.

¹³⁹ CAPOGRASSI 1949, p. 32.

Capograssi, se nel corso degli anni Trenta sembrava ancora credere nella persistenza di una qualche armonia fra l'immanente razionalità dell'esperienza e l'ordinamento positivo, di fronte alla sopravvenuta catastrofe (che ha immerso "l'umanità in un mondo caratterizzato dalla morte e dall'incubo"¹⁴⁰) prende atto della rottura dell'equilibrio da cui dipende la possibilità di una vita 'umana' e si interroga sulle radici della crisi.

L'epicentro della crisi, per Capograssi (come era stato per Lopez) è un cambiamento che investe la rappresentazione dell'individuo, che cessa di essere considerato come "essere intelligente e morale" per divenire una realtà liberamente trasformabile dalle decisioni del potere, mera funzione di uno scopo definito dall'esterno della sua concreta esistenza¹⁴¹. Privato di valore e di autonomia, l'individuo "può essere formato e plasmato" liberamente dal "gruppo dominante"¹⁴² oppure, se di ostacolo, può essere "soppresso direttamente, [...] portato in speciali luoghi e ambienti creati ad hoc, detti in genere campi di concentramento, [...] un mondo sociale di secondo grado, che forma e plasma gli individui [...]"¹⁴³.

"Nasce un nuovo individuo, che è stato per ora provvisoriamente chiamato l'uomo concentrazionario [...]"¹⁴⁴. Il termine 'concentrazionario' era stato creato di recente da David Rousset, che, sopravvissuto ai *Lager*, aveva scritto nel 1946 *L'univers concentrationnaire*¹⁴⁵. Capograssi ha bisogno di questo neologismo per riferirsi a una realtà fino a quel momento impensata, di cui egli coglie l'importanza epocale, con una sensibilità tanto più significativa quanto più diffusa nel secondo dopoguerra era la 'amnesia collettiva' (come la ha definita Enzensberger) riservata alle vittime dei sistemi concentrazionari¹⁴⁶. È urgente guardare in faccia la catastrofe ed esplicitarne la "filosofia" per capire "la sua puntuale unicità storica"¹⁴⁷ e intendere il terremoto provocato nell'esperienza giuridica¹⁴⁸.

La faglia del terremoto è, in primo luogo, la convinzione che lo Stato, titolare di un'onnipotente volontà sovrana, possa plasmare liberamente la società come se il "mondo storico"

¹⁴⁰ CAPOGRASSI 1950b, p. 153.

¹⁴¹ CAPOGRASSI 1950b, pp. 155-156. Conviene ricordare la costante influenza su Capograssi, nella rappresentazione del valore 'assoluto' dell'individuo, della filosofia di Rosmini, cui Capograssi dedica non soltanto numerosi riferimenti nel corso della sua riflessione, ma un apposito saggio (cfr. CAPOGRASSI 1940). Cfr. CAMPANINI 1990.

¹⁴² CAPOGRASSI 1950b, p. 157.

¹⁴³ CAPOGRASSI 1950b, p. 159.

¹⁴⁴ CAPOGRASSI 1950b, p. 159.

¹⁴⁵ ROUSSET 1946. Su Rousset cfr. TODOROV 2003, pp. 148 ss. Capograssi cita il resoconto della repressione sovietica in Polonia pubblicato anonimo da Longanesi nel 1948 con il titolo *L'altra faccia della luna*, ma redatto da Elena Sikorski (SIKORSKI 1948) e presenta Ferdinando Di Fenizio, autore del saggio *Interpretazione economica dei campi di concentramento tedeschi* (DI FENIZIO 1948), come "l'unico studioso italiano, che si è reso conto della necessità di studiare queste nuove forme subumane di convivenza". Il saggio è firmato da Di Fenizio con lo pseudonimo (Mauro Fermar) da lui già impiegato in precedenti pubblicazioni invise al regime fascista (cfr. LENTI 1983, p. 70). Non sorprende che nel saggio capograssiano non vi siano cenni a *Se questo è un uomo*, di Primo Levi, dal momento che il libro, pubblicato nel 1947 da una piccola casa editrice torinese, De Silva, rimase per lungo tempo ai margini del dibattito pubblico.

¹⁴⁶ JUDT 1992, p. 95. Cfr. anche JUDT 2007. Da un altro punto di vista, conviene ricordare la dura polemica di Sartre nei confronti di David Rousset per la sua azione di accertamento e di denuncia del mondo concentrazionario sovietico.

¹⁴⁷ CAPOGRASSI 1950b, p. 164.

¹⁴⁸ CAPOGRASSI 1950b, p. 167.

“non avesse in sé principi esigenze formazioni istituzioni nascenti dalla profonda natura umana”¹⁴⁹, in secondo luogo e di conseguenza, il distacco della legge statutale “dai fini che ineriscono nella costituzione stessa dell’individuo”¹⁵⁰ e, infine, lo svuotamento dei contenuti essenziali dell’esperienza giuridica, strettamente legati alla centralità dell’individuo e della sua libertà.

Consumato il divorzio fra lo Stato e l’intrinseca razionalità dell’esperienza giuridica, cancellato il ‘diritto naturale’ come trama immanente al mondo storico e identificato il diritto con la legge statutale, il drammatico scenario che si è aperto non può essere ridotto in alcun modo a una mera ‘crisi di legalità’. “Altro che crisi della legalità! Qui la vera crisi è che la vita è senza ordinamento giuridico, e l’ordinamento giuridico è senza vita”¹⁵¹.

La catastrofe intervenuta rende impossibile un semplice appello alla ‘legalità’. Per Capograssi, occorre prendere atto della spaccatura intervenuta fra il diritto naturale e il diritto positivo, fra la *ratio* e la *potestas*, e individuare la strada che conducesse alla ricomposizione della frattura. Non è sull’ipotesi della fondazione costituzionale di un nuovo ordine che Capograssi ferma l’attenzione. In un articolo pubblicato nel giugno del 1945, anzi, sembra prevalere lo sgomento di fronte allo spettacolo di un’Europa rovinata e imbarbarita: un’Europa che con il costituzionalismo ottocentesco si era proposta di sottoporre il conflitto politico alla “legge di ragione” e alle regole della libertà e ormai sembra incapace di individuare “le basi” dell’ordine, il “punto fermo” al quale ricondurre la dinamica storica di un popolo¹⁵².

Non manca però un ‘frammento’ successivo, un testo incompiuto, dove Capograssi offre una visione più complessa della costituzione, presentandola come “l’insieme dei modi con i quali l’unità dell’esperienza è organizzata”, come l’espressione (e il tramite) di una “volontà comune a tutte le forze dell’esperienza”¹⁵³. “Ciò significa che la costituzione non è altro che l’esperienza giuridica la quale [...] mantiene se stessa nella molteplicità delle forme e delle forze che l’accompagnano”¹⁵⁴: la costituzione presuppone un pensiero che assume come proprio oggetto “il mondo dell’azione” e “ne ricerca la profonda natura, cioè la profonda verità [...]”¹⁵⁵. È in una costituzione così concepita che sembra profilarsi una nuova saldatura fra l’esperienza giuridica e lo Stato, fra il diritto naturale e il diritto positivo.

La costituzione come il prodotto di una volontà comune e di una condivisa comprensione di principi immanenti nell’esperienza: potremmo vedere, in questa visione della costituzione, una sorta di innesto mortatiano sul robusto tronco della capograssiana ‘esperienza giuridica’; e l’ipotesi potrebbe avere una sua ‘fattuale’ plausibilità tenendo conto dei rapporti di amicizia

¹⁴⁹ CAPOGRASSI 1950b, p. 168.

¹⁵⁰ CAPOGRASSI 1950b, p. 177.

¹⁵¹ CAPOGRASSI 1950b, p. 180.

¹⁵² CAPOGRASSI 1945, pp. 106-107.

¹⁵³ CAPOGRASSI 1959, pp. 387-388.

¹⁵⁴ CAPOGRASSI 1959, p. 389.

¹⁵⁵ CAPOGRASSI 1959, p. 390. Cfr. LUONGO 2008.

e di consonanza ideale che intercorrevano fra Costantino Mortati, giovane collega di Capograssi alla Sapienza di Roma, e il più anziano filosofo¹⁵⁶.

Non dobbiamo invece lavorare di fantasia per capire quali siano alcune delle principali determinazioni nei quali si sostanzia la *ratio* immanente all'esperienza giuridica nell'Europa sopravvissuta alla 'catastrofe': ce lo dice apertamente Capograssi riflettendo sui 'diritti umani' e sulla loro 'Dichiarazione universale'. L'individuazione di questi diritti, per Capograssi, non è il frutto di una "speculazione astratta", ma è un tentativo di risposta "ad esigenze concrete dell'attuale mondo storico", sollecitate dagli attentati cui la dignità dell'uomo è stata esposta¹⁵⁷. Il senso stesso della Dichiarazione universale dei diritti umani, del 1948, sfugge se non si tiene presente il loro diretto collegamento con "le esigenze più vitali della umanità presente". La Dichiarazione – conclude Capograssi – è "quasi – si direbbe – il più potente atto di riflessione che le Nazioni Unite hanno portato sulla esperienza storica delle società contemporanee"¹⁵⁸ e il nucleo sul quale tutti i diritti convergono è la "persona umana", considerata nel complessivo svolgersi della sua individualità. Proprio per questo i diritti enunciati a sua tutela "sono tra di loro solidali, fanno insieme sistema"¹⁵⁹, sono retti dal principio (che sarà detto) dell'indivisibilità e dell'interdipendenza di tutti i diritti fondamentali: i diritti che "tutelano l'individuo nella sua esistenza", i diritti che garantiscono la sua "sicurezza contro i bisogni"¹⁶⁰, i diritti che impediscono le discriminazioni, i diritti che favoriscono la partecipazione politica¹⁶¹.

Guardare in faccia la catastrofe implica per Capograssi prendere atto che i regimi totalitari avevano provocato una drammatica frattura fra la *potestas* e la *ratio* e individuare nei 'diritti umani' il perno intorno al quale promuovere una nuova osmosi fra "l'ordinamento giuridico" e la "vita". Il radicale mutamento del contesto storico non impone però a Capograssi di rinunciare alle coordinate teoriche che egli aveva messo a punto (soprattutto) nel corso degli anni Trenta: resta intatto il rapporto fra lo Stato e la società, fra la legge e l'esperienza, fra il diritto positivo e il 'diritto naturale' e resta intatta la visione neo-vichiana del diritto naturale.

Certo, nel secondo dopoguerra le proposte 'giusnaturalistiche' si moltiplicano, sollecitate dalla diffusa esigenza di opporre argini 'definitivi' all'onnipotenza del potere celebrata e praticata dai regimi totalitari. È in questo clima che vengono a esistenza tanto le costituzioni poste a fondamento delle nuove democrazie, in Europa, quanto la Dichiarazione universale dei diritti umani. Non posso nemmeno accennare alle tante voci che animano la cultura del secondo dopoguerra e, pur mantenendo provenienze e caratteri inconfondibili, concordano

¹⁵⁶ Cfr. le interessanti osservazioni di GALIZIA 2003, pp. 423 ss.

¹⁵⁷ CAPOGRASSI 1948, p. 4.

¹⁵⁸ CAPOGRASSI 1950c, p. 41.

¹⁵⁹ CAPOGRASSI 1950c, p. 43.

¹⁶⁰ Dal complesso dell'economia contemporanea e "dalle lotte sociali" è nata l'esigenza della "libertà dal bisogno", "che percorre tutta la storia contemporanea" e ha dato origine ai "cosiddetti diritti economici e sociali, che in definitiva non sono altro che il diritto di ogni individuo in quanto tale a un minimo di vita umana [...]": CAPOGRASSI 1950 c, p. 39.

¹⁶¹ CAPOGRASSI 1948, p. 4. Cfr. CACCIATORE 2020, pp. 21 ss.

nel prendere le distanze dalla *vulgata* giuspositivistica e statualistica otto-novecentesca¹⁶² e devo limitarmi a sottolineare l'incidenza del nuovo clima culturale sulla visione della legge all'interno dei nuovi ordinamenti.

Nelle democrazie che nascono dal travaglio politico e culturale del secondo dopoguerra viene meno infatti la possibilità di identificare il diritto con la legge, dal momento che l'ordine trova nei diritti umani il fondamento e la condizione di legittimità. Ed è proprio sulla visione dei diritti fondamentali che è ravvisabile l'incidenza (implicita o esplicita, diretta o indiretta) delle sollecitazioni 'neo-giusnaturalistiche'.

Certo, sono molteplici gli idiomi 'giusnaturalistici' che compaiono dietro le quinte delle argomentazioni costituenti. In Italia, accanto alla riproposizione della dimensione ontologica e metastorica del diritto naturale (se ne fa autorevole portavoce lo stesso pontefice, Pio XII, nei suoi famosi messaggi radiofonici del 1942 e del 1944), esercita una notevole influenza, su molti costituenti cattolici (a partire da La Pira, uno dei principali 'architetti' del nuovo edificio costituzionale e dal gruppo dossettiano), il neotomismo maritainiano. Il quadro complessivo è assai composito e si moltiplicano le tendenze a individuare contatti e sinergie fra i paradigmi, tradizionalmente distanti, dello storicismo e del giusnaturalismo.

Per quanto riguarda il tentativo di innestare preoccupazioni 'giusnaturalistiche' sul tronco storicistico si pensi, emblematicamente, a Guido de Ruggiero e al suo libro del 1946 (*Il ritorno alla ragione*), che non esita a imputare allo storicismo di essere "troppo immerso o sommerso nella corrente del divenire, e di svalutare e annullare tutto ciò che tende a emergere da esso con un'esigenza trascendente, come i valori, le norme, gli ideali"¹⁶³, mostrandosi vicino al clima che sarebbe stato favorevole alla 'rinascita' del giusnaturalismo¹⁶⁴; e, successivamente, a Carlo Antoni, che sosterrà che "l'esigenza giusnaturalistica e l'esigenza storicistica si incontrano" nel momento in cui "il principio ideale" viene "avvertito come un prodotto storico", che nella storia si annuncia e si realizza¹⁶⁵. Viceversa, il paradigma giusnaturalistico tende a perdere la sua storica fissità per presentarsi come un patrimonio di principi che si manifesta e si modifica nella storia. Sono eloquenti, in questo senso, le argomentazioni sviluppate nell'Assemblea costituente tedesca da Hermann von Mangoldt e da Carlo Schmid, ispirate dall'idea di un diritto di natura "adattabile alla concreta dimensione storica, un diritto di natura 'fluttuante'"¹⁶⁶.

Anche per Capograssi i diritti umani sono il perno su cui far leva per lasciarsi alle spalle la catastrofe; e lo sono perché, se da un lato danno voce a un'esigenza storicamente inconfondibile (sono collegati con "le esigenze più vitali della umanità presente"¹⁶⁷), dall'altro lato sono

¹⁶² Cfr. SCHELAUSKE 1968; RICCIARDI 2004; VIOLA 2016; VIOLA 2021.

¹⁶³ DE RUGGIERO 2018, p. 81.

¹⁶⁴ Cfr. MANCUSO 2018, p. 53, che riporta un'opinione di Gennaro Sasso.

¹⁶⁵ ANTONI 1959, p. 41. Cfr. POSTORINO 2018, p. 29 ss.

¹⁶⁶ Cfr. CATERINA 2022 a, p. 15. Cfr. anche CATERINA 2022b.

¹⁶⁷ CAPOGRASSI 1950c, p. 41.

la determinazione e l'espressione della razionalità immanente all'esperienza storico-giuridica. Nella prospettiva capogrossiana la legge mantiene tutta la sua rilevanza, ma deve essere armonizzata con quella *ratio* (di cui i diritti umani sono la determinazione storicamente più recente e urgente) che, costituendo la struttura stessa dell'esperienza, è anche il fondamento e la misura della legge stessa.

La modulazione neo-vichiana della *ratio* giusnaturalistica permetteva a Capogrossi di pensare il diritto oltre la catastrofe, ma al contempo non lo induceva a mettere in risalto la componente volontaristica, politica, della trasformazione che aveva luogo nel secondo dopoguerra, non lo sollecitava a fermare l'attenzione su un fenomeno sostanzialmente nuovo nella storia italiana: l'esercizio del 'potere costituente'. Di contro, è proprio la radicale discontinuità storico-politica prodotta dal processo costituente a permettere a Calamandrei di compiere un salto oltre quel modello gerberiano-labandiano all'ombra del quale si erano svolte, fra gli anni Trenta e i primi anni Quaranta, le sue perorazioni in difesa della 'legalità'.

Come ricordavo¹⁶⁸, Calamandrei, quando rifletteva sulla 'legalità', fra gli anni Trenta e gli anni Quaranta, non si era potuto avvalere del lavoro di Ruffini. Quando Calamandrei ne viene a conoscenza? "Negli ultimi anni del fascismo" – scrive Galante Garrone – "e nel forzato rifugio di un paesello umbro, a Colcello, egli non ne fa ancora cenno. Se lo avesse letto, ne avrebbe certamente parlato nel diario, e nelle lettere di quegli anni [...]"¹⁶⁹. L'ipotesi di Galante Garrone¹⁷⁰ è che "la 'scoperta' del piccolo libro sia avvenuta sul finire del 1944", quando Calamandrei, di nuovo a Firenze, redige, per la Facoltà giuridica fiorentina, un corso di lezioni di diritto costituzionale, intitolato *Appunti sul concetto di legalità*¹⁷¹: nei suggerimenti bibliografici che seguono alla Premessa, infatti, vengono per la prima volta menzionati i *Diritti di libertà* di Ruffini¹⁷². Ed è plausibile, come sostiene Galante Garrone, che Calamandrei entri realmente in contatto con il libro di Ruffini soltanto "verso la fine del corso"¹⁷³, dal momento che soltanto nella sua ultima parte emerge qualche spunto nuovo, mentre "il carattere dominante" degli *Appunti sul concetto di legalità* è "la ripresa di quanto egli aveva scritto negli anni precedenti, dal 1938 in poi, sulle riviste giuridiche"¹⁷⁴.

Gli *Appunti* si aprono infatti con una riflessione sulla libertà, che però resta indeterminata nei suoi contenuti e nei suoi fondamenti e coincide con la certezza del diritto: con la possibilità offerta al singolo, grazie all'esistenza di leggi 'certe', di prevedere le conseguenze giuridiche della sua azione. Resta ferma la distinzione fra la politica e il diritto, fra il legislatore e il giudice, fra la formulazione e l'applicazione della norma e continua l'attacco al 'giusliberismo' (che nel nuovo contesto – 1944-1945 – appare più di sempre una singolare testa di turco).

¹⁶⁸ Vedi *supra*, § 4.

¹⁶⁹ GALANTE GARRONE 1990, p. 289.

¹⁷⁰ GALANTE GARRONE 1990, p. 290.

¹⁷¹ CALAMANDREI 1944.

¹⁷² CALAMANDREI 1944, p. 57.

¹⁷³ GALANTE GARRONE 1990, p. 292.

¹⁷⁴ GALANTE GARRONE 1990, p. 291.

Le novità intervengono nella parte finale del Corso, quando viene annunciata una nuova declinazione (“in senso sostanziale”) della legalità¹⁷⁵, che all’immagine del legislatore onnipotente contrapponga l’idea di vincoli cui il sovrano stesso deve sottostare. È a questo punto che Calamandrei ricorda le dottrine che, sostenendo che “tutto il diritto deriva dallo Stato”, rendono impossibile una autonoma fondazione dei diritti di libertà¹⁷⁶. Appare verosimile ipotizzare che proprio la lettura delle pagine di Ruffini abbia indotto a Calamandrei a mettere a fuoco il problema su cui l’opera di Ruffini insisteva: la difficoltà di fondare giuridicamente le libertà restando all’interno del modello gerberiano-labandiano (all’interno, cioè, della matrice stessa della cultura dominante, la cultura dei giuristi ‘tecnici’), continuando a ritenere che “il diritto è tutto e soltanto nelle leggi scritte”¹⁷⁷.

Ruffini aveva formulato un’antinomia e aveva prospettato una fuoriuscita dal dilemma. Il dilemma era: restare fedeli al ‘metodo giuridico’ e vedere nei diritti solo i ‘diritti riflessi’ della volontà statale oppure cedere alle lusinghe del diritto naturale. La soluzione del dilemma era affidata, come ricordiamo, al ricorso a una visione storicistica e istituzionalistica dello Stato. Calamandrei accoglie, da Ruffini, non tanto la soluzione dell’antinomia, quanto la sua formulazione e trae dalla sua opera soprattutto lo stimolo a prendere le distanze dal modello gerberiano-labandiano (e quindi anche, implicitamente, dalla cultura nella quale la sua riflessione si era formata e sviluppata). Non è un caso che nel ’46 proprio alla ripubblicazione del libro di Ruffini¹⁷⁸ Calamandrei dedichi un’impegnativa Introduzione, significativa già nel titolo: *L’avvenire dei diritti di libertà*. È all’avvenire dei diritti che occorre guardare. L’antinomia (fra giusnaturalismo e giuspositivismo, fra i diritti ‘assoluti’ e “anteriori allo Stato” e i ‘diritti riflessi’) che emergeva non appena ci si interrogava sul fondamento giuridico delle libertà era “allora”, quando Ruffini la enunciava, un tema “attuale”¹⁷⁹, ma ora, “nel momento storico che attraversiamo”¹⁸⁰, può essere relegata nel passato: nel momento in cui “la costituente sta per fondare una democrazia”, i diritti di libertà emergono non già come limite di un’autorità altrimenti costituita, ma come “strumenti e condizioni della autorità medesima”¹⁸¹.

Per risolvere l’antinomia denunciata da Ruffini occorre andare ‘oltre’ di essa. Occorre far leva su un processo costituente che (come avvenuto nelle rivoluzioni di fine Settecento) trasformi il ‘diritto naturale’ “da sentimento disarmato e sprovvisto di sanzione esterna” in “legge positiva superiore alle leggi positive, limite pratico a quel potere che il legislatore ha di limitare praticamente la libertà dei sudditi”¹⁸². Per questa via i diritti di libertà divengono “parte integrante della costituzione dello Stato” e le leggi che li proclamano divengono “superleggi”

¹⁷⁵ CALAMANDREI 1944, p. 90.

¹⁷⁶ CALAMANDREI 1944, p., 103.

¹⁷⁷ CALAMANDREI 1944, p. 100.

¹⁷⁸ CALAMANDREI 1946.

¹⁷⁹ CALAMANDREI 1946, p. xi.

¹⁸⁰ CALAMANDREI 1946, p. xii.

¹⁸¹ CALAMANDREI 1946, p. xiii.

¹⁸² CALAMANDREI 1946, p. 100.

che il legislatore non può abrogare come non può distruggere le basi dell'ordinamento da cui il suo stesso potere dipende¹⁸³.

L'antinomia è alle spalle. Il suo superamento, però, se implica il congedo dal modello gerberiano, non si traduce nella semplice dismissione dell'altro polo dell'alternativa (il giusnaturalismo), ma in una sua *Aufhebung*: il diritto naturale (coincidente, per Calamandrei, con un ideale di 'giustizia' irriducibile all'assetto politico-istituzionale esistente) scompare, ma risorge 'assorbito' nei diritti che il processo costituente assume come base del nuovo ordinamento. Questi diritti, che riposano sulla decisione democratica del potere costituente, non hanno più niente da spartire con gli evanescenti 'diritti naturali' e tuttavia traggono da essi l'aura dell'intangibilità: sono al riparo dai colpi di mano di improvvisate maggioranze, ma addirittura devono essere pensati – come afferma Calamandrei anticipando un tema destinato a futuri, rilevanti sviluppi – come “diritti supercostituzionali”, che devono “essere rispettati dallo stesso potere costituente e salvaguardati anche contro gli attentati provenienti da esso”¹⁸⁴. I diritti naturali sono la crisalide che, nella calda stagione costituente, si è trasformata nella farfalla dei 'positivi', ma intangibili diritti 'fondamentali'.

Erano maturi i presupposti per il superamento della legalità ottocentesca e per il suo assorbimento in una nuova legalità: era adombrato il passaggio (per usare una formula oggi consolidata) dallo Stato di diritto fondato sulla legge allo Stato di diritto fondato sulla costituzione.

Per Calamandrei, è attraverso la frattura provocata dalla costituzione (con la costituzione 'incipit vita nova'¹⁸⁵) che mutano il ruolo della legge, il rapporto fra la legge e i diritti e l'idea stessa di 'certezza' e di 'legalità'. Per Capograssi, tanto la rilevanza quanto i limiti della legge non sono l'improvviso prodotto della recente contingenza storica, ma sono iscritti nel cuore dell'esperienza giuridica, la cui intrinseca razionalità, brutalmente interrotta dalla 'catastrofe', viene confermata e corroborata dal sistema dei diritti 'umani-fondamentali'. Per entrambi, la condizione di possibilità di una più articolata visione della 'legalità' era il distacco dal dominante paradigma gerberiano-labandiano: un distacco che per Capograssi era iscritto nella sua modulazione 'storicistica' del diritto naturale, mentre per Calamandrei era la conseguenza di una scelta costituente che costruisce *ex novo* un ordinamento e fa delle libertà la condizione stessa della sua esistenza.

Da un lato, una ragione immanente nell'esperienza¹⁸⁶, dall'altro lato, una scelta capace di tradurre il “sentimento disarmato” della giustizia in una norma (anzi in una “superlegge”) positiva; da un lato la *ratio*, dall'altro la *potestas*. Le due prospettive non sono facilmente con-

¹⁸³ CALAMANDREI 1946, p. 102.

¹⁸⁴ CALAMANDREI 1946, p. liv

¹⁸⁵ “Sulla porta della costituente sarà scritto, in modo da dissipare ogni incertezza, *incipit vita nova*”: CALAMANDREI 1945, p. 80.

¹⁸⁶ In un'analoga prospettiva di 'giusnaturalismo storicistico' Guido Fassò scriverà: “È alla ragione, ad una ragione che non neghi la storia, che si chiede di stabilire un limite alla volontà dei sovrani [...]”; e anche oggi questa funzione è essenziale “prima che siano nuove catastrofi e nuovi lutti a indurre a invocare 'ritorni alla ragione' e 'restaurazioni del diritto di natura [...]” (FASSÒ 1964, p. 209). Cfr. PATTARO 1982; FARALLI 1982; QUAGLIO 1991; FARALLI 2007; RUSSO 2018.

ciliabili¹⁸⁷ e rischiano di sfociare rispettivamente in una razionalistica sottovalutazione della politica e in un decisionistico misconoscimento di esigenze ed evidenze storicamente consolidate; e tuttavia entrambe condividono l'aspirazione a un ordine complessivo che offra alle istanze della 'giustizia' garanzie giuridicamente 'certe' di realizzazione.

Bibliografia

- ABBAGNANO 1943 = N. ABBAGNANO, [Intervento], in *Primato. Lettere e Arti D'Italia* 4.1 (1943), pp. 2-3.
- ACOCELLA 1974 = G. ACOCELLA, *Diritto e Stato nel pensiero di Flavio Lopez de Oñate. Contributo alla storia del liberalismo giuridico in Italia*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *Responsabilità e azione. Scritti vari di filosofia, storia, diritto e politica*, a c. di G. ACOCELLA, Napoli 1974, pp. 197-263.
- ACOCELLA 2016 = G. ACOCELLA, *Principio di legalità ed esperienza giuridica nel pensiero di G. Capograssi*, in G. ACOCELLA (a c. di), *Materiali per una cultura della legalità*, Torino 2016, pp. 175-185.
- ACOCELLA 2021 = G. ACOCELLA, *Attualità di Giuseppe Capograssi. Una filosofia politica per i tempi nuovi*, Milano-Udine 2021.
- ADDIS 2015 = S. ADDIS, *Autorità e libertà nel pensiero di Giuseppe Capograssi*, Torino 2015.
- ANONIMO 1943 = [Intervento], in *Primato. Lettere e Arti D'Italia* 4.11 (1943), pp. 191-192.
- ANTONI 1959 = C. ANTONI, *La restaurazione del diritto di natura*, Venezia 1959.
- ASCOLI 1928 = M. ASCOLI, *La interpretazione della legge*, Roma 1928.
- BIANCO 1976 = F. BIANCO, *Storicismo e filosofia dell'esperienza comune*, in P. PIOVANI, T. TESSITORE, G. MARINI *et al.*, *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli 1976, pp. 191-231.
- BINDI, COLAO 2021 = E. BINDI, F. COLAO (a c. di), *Piero Calamandrei. Dagli anni senesi all'attuazione della costituzione (1920-1956)*, Napoli 2021.
- BIROCCHI 2015 = I. BIROCCHI, *Il giurista intellettuale e il regime*, in I. BIROCCHI, L. LOSCHIAVO (a c. di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma 2015, pp. 9-61.
- BOBBIO 1934 = N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, a c. di P. DI LUCIA, Torino 2018.
- BOBBIO 1938a = N. BOBBIO, *La persona e la società*, Napoli 1938 (estratto da N. BOBBIO, *La persona e la società*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino* 12 [1938], pp. 161-177).
- BOBBIO 1938b = N. BOBBIO, *La persona nella sociologia contemporanea*, Torino 1938 (estratto da N. BOBBIO, *La persona nella sociologia contemporanea*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino* 12 (1938), pp. 219-255)

¹⁸⁷ Cfr. le interessanti considerazioni di Luigi Ferrajoli sul rapporto fra il "giusnaturalismo critico" di Guido Fassò e il "giuspositivismo laico e liberale di Kelsen e Bobbio" (FERRAJOLI 2015, p. 41).

- BOBBIO 1941a = N. BOBBIO, *La filosofia dell'esistenza in Italia*, in *Rivista di filosofia* 32.1-2 (1941), pp. 111-122.
- BOBBIO 1941b = N. BOBBIO, *Persona e società nella filosofia dell'esistenza*, in *Archivio di filosofia* 11.3 (1941), pp. 320-336.
- BOBBIO 1956-57 = N. BOBBIO, *Giuseppe Capograssi. Cenni commemorativi*, in *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino* 91 (1956-57), pp. 129-43.
- CACCIATORE 2020 = G. CACCIATORE, *Giuseppe Capograssi e Pietro Piovani: riflessioni sull'opera di due maestri*, Napoli 2020.
- CALAMANDREI 1921 = P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità* (1921), in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a c. di M. CAPPELLETTI, vol. III, Napoli 1968, pp. 3-51.
- CALAMANDREI 1939 = P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico* (1939), in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a c. di M. CAPPELLETTI, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Napoli 1965, pp. 393-414.
- CALAMANDREI 1940 = P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto d'azione* (1940), in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a c. di M. CAPPELLETTI, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Napoli 1965, pp. 427-449.
- CALAMANDREI 1941 = P. CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica* (1941), in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a c. di M. CAPPELLETTI, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Napoli 1965, pp. 456-476.
- CALAMANDREI 1942 = P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina* (1942), in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a c. di M. CAPPELLETTI, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Napoli 1965, pp. 504-522.
- CALAMANDREI 1944 = P. CALAMANDREI, *Appunti sul concetto di legalità* (1944), in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a c. di M. CAPPELLETTI, vol. III, Napoli 1968, pp. 52-126.
- CALAMANDREI 1945 = P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Firenze 1945.
- CALAMANDREI 1946 = P. CALAMANDREI, *Introduzione*, in F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Firenze 1946², pp. v-lxi.
- CAMPANINI 1990 = G. CAMPANINI, *Capograssi e Rosmini*, in F. MERCADANTE, *Due Convegni su Giuseppe Capograssi (Roma-Sulmona 1986)*, Milano 1990, pp. 186-197.
- CAPOGRASSI 1928 = G. CAPOGRASSI, *Karl Bergbohm (1849-1927)*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, VI, Milano 1959, pp. 51-59.
- CAPOGRASSI 1930 = G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune* (1930), in G. CAPOGRASSI, *Opere*, II, Milano 1959, pp. 1-207.
- CAPOGRASSI 1931 = G. CAPOGRASSI, *Recensione a Luis Recasens Siches, Filosofia del derecho, Tomo II, Barcelona 1930*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, VI, Milano 1959, pp. 197-199.
- CAPOGRASSI 1932 = G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica* (1932), in G. CAPOGRASSI, *Opere*, II, Milano 1959, pp. 209-373.

- CAPOGRASSI 1937 = G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, II, Milano 1959, pp. 399-627.
- CAPOGRASSI 1940 = G. CAPOGRASSI, *Il diritto secondo Rosmini* (1940), in G. CAPOGRASSI, *Opere*, IV, Milano 1959, pp. 321-53.
- CAPOGRASSI 1945 = G. CAPOGRASSI, *Dubbi sulla costituzione*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, VI, Milano 1959, pp. 105-108.
- CAPOGRASSI 1947 = G. CAPOGRASSI, *Flavio Lopez de Oñate*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, a c. di G. ASTUTI, Milano 1968, pp. 1-17.
- CAPOGRASSI 1948 = G. CAPOGRASSI, *Diritti umani*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, V, Milano 1959, pp. 1-8.
- CAPOGRASSI 1949 = G. CAPOGRASSI, *Il problema fondamentale* (1949), in G. CAPOGRASSI, *Opere*, V, Giuffrè, Milano 1959, pp. 27-34.
- CAPOGRASSI 1950 a = G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, a c. di G. ASTUTI, Milano 1968, pp. 239-283.
- CAPOGRASSI 1950 b = G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in G. CAPOGRASSI, *Opere*, V, Milano 1959, pp. 151-195.
- CAPOGRASSI 1950 c = G. CAPOGRASSI, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il suo significato* (1950), in G. CAPOGRASSI, *Opere*, V, Milano 1959, pp. 35-50.
- CAPOGRASSI 1952 = G. CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, V, Milano 1959, pp. 269-310.
- CAPOGRASSI 1959 = G. CAPOGRASSI, *Frammento sulle costituzioni e le procedure*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, III, Milano 1959, pp. 385-398.
- CAPELLINI 1999 = P. CAPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione e regime*, in *Quaderni Fiorentini* 28 (1999), pp. 175-292.
- CAPELLINI 2013 = P. CAPELLINI, *Flavio Lopez de Oñate*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a c. di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna 2013, pp. 1199-1200.
- CARVALE 2016 = M. CARVALE, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Bologna 2016.
- CARVALE 2017 = M. CARVALE, *L'ombra di Banquo: il fantasma della libertà nella giuspubblicistica del primo decennio fascista*, in G. BARTOLI (a c. di), *I filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre*, Roma 2017, pp. 88-100.
- CARETTI 2011 = P. CARETTI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2011³.
- CARIA 2019 = C. CARIA, *Dialogo intorno a "La certezza del diritto". Lopez de Oñate e Carnelutti a confronto*, in *Rivista di filosofia del diritto* 8.1 (2019), pp. 163-182.
- CARNELUTTI 1943 = F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto* (1943), in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, a c. di G. ASTUTI, Milano 1968, pp. 191-206.
- CARNELUTTI 1956 = F. CARNELUTTI, *Interpretazione di Capograssi*, Firenze 1956.

- CATERINA 2022 a = E. CATERINA, *Il ritorno del diritto di natura nel costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra*, in *Diritto pubblico* 1 (2022), pp. 3-43.
- CATERINA 2022 b = E. CATERINA, *Alle origini del personalismo della Legge fondamentale: un viaggio nei dibattiti costituenti tedeschi del dopoguerra (1946-1949)*, in *Diritto pubblico* 2 (2022), pp. 485-527.
- CESARINI SFORZA 1913 = W. CESARINI SFORZA, *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 53 (1913), pp. 41-57.
- CAZZETTA 2003 = G. CAZZETTA, *Natura delle cose e superbia del legislatore. Giuseppe Capograssi e il diritto agrario italiano di metà Novecento*, in AA.Vv., *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano 2003, pp. 285-315.
- CIANFEROTTI 2005 = G. CIANFEROTTI, *L'opera giovanile di Norberto Bobbio e l'inizio del suo insegnamento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 35.1 (2005), pp. 65-105, 35.2 (2005), pp. 381-424.
- CIANFEROTTI 2008 = G. CIANFEROTTI, *Ufficio del giurista nello Stato autoritario ed ermeneutica della reticenza. Mario Bracci e Piero Calamandrei: dalle giurisdizioni d'equità della grande guerra al codice di procedura civile del 1940*, in *Quaderni fiorentini* 37 (2008), pp. 259-323.
- CICCARELLI 2017 = P. CICCARELLI, *Storicità del diritto. Sul problema dei "due diritti" in Adolf Reinach*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 94.2-3 (2017), pp. 413-24.
- CIPRIANI 2009 = F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile: miti, leggende, interpretazioni, documenti*, Napoli 2009.
- COLAO 2018 = F. COLAO, *"Le leggi sono leggi". Legalità, giustizia e politica nell'Italia di Piero Calamandrei*, in *Giornale di storia costituzionale* 35.1 (2018), pp. 177-193.
- COLAO 2020 = F. COLAO, *Dubbio, certezza, decisione, verità. La coscienza del giudice e l'interpretazione del giurista nella giustizia civile dall'età moderna all'età dell'incertezza*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia* 2 (2020), pp. 149-165.
- COSTA 1991 = P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *Quaderni Fiorentini* 20 (1991), pp. 367-495.
- COSTA 2022 = P. COSTA, *Il regime fascista fra 'diritto' e 'politica': un caso di 'dual State'*, in *Giornale di storia costituzionale* 43.1 (2022), pp. 93-118.
- D'ADDIO 2011 = M. D'ADDIO, *Giuseppe Capograssi (1889-1956). Lineamenti di una biografia*, Milano 2011.
- DE RUGGIERO 2018 = G. DE RUGGIERO, *Il ritorno alla ragione* (1946), a c. di F. MANCUSO, F. PASTORINO, Torino 2018.
- DE VECCHI 2012 = F. DE VECCHI (a c. di), *Eidetica del diritto e ontologia sociale. Il realismo di Adolf Reinach*, Milano 2012.
- DELOGU 2009 = A. DELOGU, A.M. MORACE (a c. di), *Esperienza e verità. Giuseppe Capograssi: un Maestro oltre il suo tempo*, Bologna 2009.
- DI FENIZIO 1948 = F. DI FENIZIO, *Interpretazione economica dei campi di concentramento tedeschi*, in *L'Industria* 1.1 (1948), n.s., pp. 28-39.

- DI LUCIA 2018 = P. DI LUCIA, *Norberto Bobbio e le due fenomenologie*, in N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, a c. di P. DI LUCIA, Torino 2018, pp. xi-xlv.
- DOGLIANI 2012 = M. DOGLIANI, *Postfazione* in F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Roma 2012, pp. 231-48.
- FARALLI 1982 = C. FARALLI, *I momenti della riflessione critica su Guido Fassò*, in G. FASSÒ, *Scritti di filosofia del diritto*, a c. di E. PATTARO, C. FARALLI, G. ZUCCHINI, Milano 1982, pp. 1477-1528.
- FARALLI 2007 = C. FARALLI, *Norberto Bobbio e Guido Fassò. Sulla annosa e ricorrente disputa tra positivisti e giusnaturalisti*, in A. PUNZI (a c. di), *Metodo, linguaggio, scienza del diritto. Omaggio a Norberto Bobbio (1909-2004)*, Milano 2007, pp. 145-154.
- FASSÒ 1964 = G. FASSÒ, *La legge della ragione*, Bologna 1964.
- FERRAJOLI 2015 = L. FERRAJOLI, *Il giusnaturalismo critico e liberale di Guido Fassò*, in *Guido Fassò. Una tavola rotonda*, in *Rivista di filosofia del diritto* 4 (2015), pp. 39-43.
- GALANTE GARRONE 1990 = A. GALANTE GARRONE, *I diritti di libertà da Ruffini a Calamandrei*, in P. BARILE (a c. di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano 1990, pp. 269-301.
- GALIZIA 2003 = M. GALIZIA, *Esperienza giuridica, libertà, costituzione. Ricordi di Giuseppe Capograssi, maestro di diritto e di cattolicesimo liberale*, in *Il Politico* 68. 3 (2003), pp. 381-433.
- GORETTI 1930 = C. GORETTI, *I fondamenti del diritto*, Milano 1930.
- GRECO 2000 = T. GRECO, *Norberto Bobbio. Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Roma 2000.
- GROSSI 2006 = P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in *Rivista Internazionale di filosofia del diritto* 83.1 (2006), pp. 13-40.
- GROSSI 2014 = P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, II, Milano 2014, pp. 33-54.
- HOLMES 1937 = R.W. HOLMES, *The Idealism of Giovanni Gentile*, New York-London 1937.
- INVITTO 1995 = G. INVITTO, *La presenza di Giovanni Gentile nel dibattito sull'esistenzialismo italiano*, in *Idee* 28 (1995), pp. 175-184.
- JEMOLO 1957 = A.C. JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto*, in A.C. JEMOLO, *Pagine sparse di diritto e storiografia*, a c. di L. SCAVO LOMBARDO, Milano 1957, pp. 26-68.
- JUDT 1992 = T. JUDT, *The Past is Another Country: Myth and Memory in Postwar Europe*, in *Daedalus* 121.4 (1992), pp. 83-118.
- JUDT 2007 = T. JUDT, *Dopoguerra. Come è cambiata l'Europa dal 1945 a oggi*, Milano 2007.
- LENTI 1983 = L. LENTI, *Le radici nel tempo. Passato al presente e futuro*, Milano 1983.
- LOPEZ DE OÑATE 1939 = F. LOPEZ DE OÑATE, *Attualismo, solipsismo, protagonismo* (1939), in F. LOPEZ DE OÑATE, *Responsabilità e azione*, Napoli 1974, pp. 1-23.
- LOPEZ DE OÑATE 1942 = F. LOPEZ DE OÑATE, *Recenti dottrine processuali e crisi del diritto* (1942), in F. LOPEZ DE OÑATE, *Responsabilità e azione. Scritti vari di filosofia, storia, diritto e politica*, a c. di G. ACOCELLA, Napoli 1974, pp. 55-64.

- LOPEZ DE OÑATE 1955 = F. LOPEZ DE OÑATE, *La filosofia e le scienze* (1939), in F. LOPEZ DE OÑATE, *Compendio di filosofia del diritto*, Milano 1955, pp. 187-265.
- LOPEZ DE OÑATE 1968 = F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, a c. di G. ASTUTI, Milano 1968.
- LUONGO 2008 = A. LUONGO, *Moderamen. Stato, costituzione e prassi nell'ultimo Capograssi*, in G. MARINO (a c. di), *In ricordo di Capograssi. Studi napoletani*, Napoli 2008, pp. 141-165.
- LUPORINI 1942 = C. LUPORINI, *Situazione e libertà nell'esperienza umana*, Firenze 1942.
- LUPORINI 1943 = C. LUPORINI, [Intervento], in *Primato. Lettere e Arti d'Italia* 4.5 (1943), pp. 84-85.
- MAIORCA 1993 = B. MAIORCA (a c. di), *L'esistenzialismo in Italia. I testi integrali dell'inchiesta su "Primato" nel 1943 e la discussione sulla filosofia dell'esistenza fino ai nostri giorni*, Torino 1993.
- MANCUSO 2018 = F. MANCUSO, *Libertà, giustizia, democrazia. Un'altra visione del liberalismo*, in G. DE RUGGIERO, *Il ritorno alla ragione*, Torino 2018, pp. 37-70.
- MARCI 2017 = T. MARCI, *Esperienza e soggettività nella riflessione giuridica di Giuseppe Capograssi*, in G. BARTOLI (a c. di), *I filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre*, Roma 2017, pp. 355-403.
- MARCONI 2017 = P. MARCONI, *La Rivista internazionale di Filosofia del diritto. Teoria giuridica e scienze sociali*, in G. BARTOLI (a c. di), *I filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre*, Roma 2017, pp. 405-433.
- MARINI 1976 = G. MARINI, *Stratificazione dell'esperienza comune e spirito oggettivo*, in P. PIOVANI, T. TESSITORE, G. MARINI et al., *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli 1976, pp. 121-190.
- MELIS 2018 = G. MELIS, *La macchina imperfetta (Immagine e realtà dello Stato fascista)*, Bologna 2018.
- MELIS, MENICONI 2018 = G. MELIS, A. MENICONI, *Il professore e il ministro. Calamandrei, Grandi e il nuovo Codice*, in G. ALPA et al. (a c. di), *Piero Calamandrei e il nuovo codice di procedura civile (1940)*, Bologna 2018, pp. 125-176.
- NENCIONI 1974 = G. NENCIONI, *Introduzione*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *Responsabilità e azione. Scritti vari di filosofia, storia, diritto e politica*, a c. di G. ACOCELLA, Napoli 1974, pp. ix-lxxxv.
- OPOCHER 1991 = E. OPOCHER, *Giuseppe Capograssi filosofo del nostro tempo*, Milano 1991.
- PACI 1943a = E. PACI, *L'esistenzialismo*, Padova 1943.
- PACI 1943b = E. PACI, [Intervento], in *Primato. Lettere e Arti D'Italia* 4.1 (1943), pp. 3-4.
- PAREYSON 1940 = L. PAREYSON, *La filosofia dell'esistenza e Carlo Jaspers*, Napoli 1940.
- PAREYSON 1943 = L. PAREYSON, *Studi sull'esistenzialismo* (1943), Firenze 1950².
- PAREYSON 1985 = L. PAREYSON, *Esistenza e persona*, Il Melangolo, Genova 1985.
- PATTARO 1982 = E. PATTARO, *Sull'assoluto. Contributo allo studio del pensiero di Guido Fassò*, in G. FASSÒ, *Scritti di filosofia del diritto*, a c. di E. PATTARO, C. FARALLI, G. ZUCCHINI, Milano 1982, pp. xvii-lxxx.
- PIANCIOLA 1996 = C. PIANCIOLA, *Il singolo e la persona. Discussioni sull'esistenzialismo nella cultura filosofica italiana*, in *Parolechiave* 10-11 (1996), pp. 257-285.

- PIOVANI 1963 = P. PIOVANI, *Introduzione* a C. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, a c. di P. PIOVANI, Milano 1963, pp. iii-xxxii.
- PIOVANI 1976 = P. PIOVANI, *Una analisi esistenziale dell'esperienza comune*, in P. PIOVANI, T. TESSITORE, G. MARINI *et al.*, *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli 1976, pp. 7-61.
- POSTORINO 2018 = F. POSTORINO, *Guido de Ruggiero: dall'essere al dover essere*, in G. DE RUGGIERO, *Il ritorno alla ragione*, Torino 2018, pp. 5-35.
- PROTO PISANI 1999 = A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in *Quaderni Fiorentini* 28 (1999), pp. 713-747.
- PUNZI 1991 = A. PUNZI (a c. di), *Relazione giuridica, riconoscimento e atti sociali*, Roma 1991, pp. 395-455.
- QUAGLIO 1991 = D. QUAGLIO, *Guido Fassò. Della ragione come legge*, Napoli 1991.
- REINACH 1913 = A. REINACH 1913, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts* (1913), Halle 1922².
- RICCIARDI 2004 = M. RICCIARDI, *Ritorno del diritto naturale?*, in A. CAMPODONICO (a c. di), *Tra legge e virtù: la filosofia pratica angloamericana contemporanea*, Genova 2004, pp. 159-180.
- ROSMINI 1967 = A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, a c. di R. ORECCHIA, I [*Opere edite e inedite di A. Rosmini-Serbati*, vol. XXXV], Padova 1967.
- ROUSSET 1946 = D. ROUSSET, *L'univers concentrationnaire*, Paris 1946.
- RUFFINI 2012 = F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Roma 2012.
- RUSSO 2018 = G. RUSSO, *Guido Fassò. Un itinerario filosofico tra diritto e natura umana*, in *Il pensiero italiano. Rivista di studi filosofici* 2.1-2 (2018), pp. 91-114.
- SATTA 1957 = S. SATTA, *Giuseppe Capograssi*, in *Il Foro Italiano* 80 (1957), pp. 1-10.
- SCHELAUSKE 1968 = H.D. SCHELAUSKE, *Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Überblick über zwei Jahrzehnte: 1945-1965*, Köln 1968.
- SCIUMÈ 2002 = A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino 2002.
- SIKORSKI 1948 = E. SIKORSKI, *L'altra faccia della luna*, Milano 1948.
- STELLA 1990 = G. STELLA, *I giuristi di Husserl. Interpretazione fenomenologia del diritto*, Milano 1990.
- STORTI 2019 = C. STORTI, *Ancora sulla legalità del fascismo*, in M. D'AMICO, A. DE FRANCESCO, C. SICCARDI (a c. di), *L'Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant'anni dalle leggi antiebraiche*, Milano 2019, pp. 43-102.
- STORTI 2020 = C. STORTI, *Una costituzione per il regime? 1940: lo scoppio della guerra e del conflitto tra partito fascista e scienza giuridica*, in *Giornale di storia costituzionale* 39.1 (2020), pp. 143-72.
- TEDESCHINI 2015 = M. TEDESCHINI, *Adolf Reinach: la fenomenologia, il realismo*, Macerata 2015.
- TESSITORE 1971 = F. TESSITORE, *Capograssi nello storicismo*, ora in F. TESSITORE, *Dimensioni dello storicismo*, Napoli 1971, pp. 213-270.

TESSITORE 1976 = F. TESSITORE, *Capograssi e il collettivismo dell'azione: i contatti ideali con Vico, Hegel, Proudhon e Marx*, in P. PIOVANI, T. TESSITORE, G. MARINI et al., *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli 1976, pp. 63-120.

TESSITORE 2022 = F. TESSITORE, *La filosofia morale di Giuseppe Capograssi e Pietro Piovani*, a c. di M. PAPA, Roma 2022.

TODOROV 2003 = T. TODOROV, *Hope and memory: Lessons from the twentieth century*, Princeton 2003.

VIOLA 2016 = F. VIOLA, *Introduction: Natural Law Theories in the 20th Century*, in E. PATTARO, C. ROVERSI (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 12, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The civil World*, Tome 2: *Main Orientations and Topics*, Dordrecht 2016, pp. 3-90.

VIOLA 2021 = F. VIOLA, *1900-2020. Una storia del diritto naturale*, Torino 2021.

ZAGREBELSKY 1998 = G. ZAGREBELSKY, *Una travagliata apologia della legge*, in P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, a c. di S. CALAMANDREI, Roma-Bari 1998, pp. 3-23.

FIGURE DELLA CONTEMPORANEITÀ

La certezza del diritto nello Stato fascista

Ernesto De Cristofaro

Professore associato di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza¹

Abstract (Italiano)

Con la conquista del potere il fascismo procede a una radicale revisione della struttura normativa dello Stato italiano. Nessun ambito viene risparmiato: nel campo del diritto costituzionale si interviene introducendo leggi che svuotano l'assetto di poteri disegnato dallo Statuto albertino e dalla successiva prassi dei rapporti tra corona e parlamento; nel campo del diritto penale, tanto sostanziale che processuale, si procede alla stesura di nuovi Codici ispirati al principio *salus publica suprema lex*; infine, anche nel campo del diritto civile si procede, con una tempistica più distesa perché meno pressante è la necessità di regolare i rapporti tra privati di quanto non fosse puntellare l'ordine pubblico, all'emanazione di nuovi Codici che verranno pubblicati, sulle soglie della guerra o a guerra iniziata, poco prima del collasso del regime fascista. Nonostante questa massiccia opera di riscrittura normativa, l'orizzonte d'azione rimane aperto a ulteriori interventi. Perché, come viene evidenziato da autorevole dottrina dell'epoca, lo Stato totalitario non può essere imbrigliato nemmeno dalle regole che esso ha varato ed esse dovranno essere considerate suscettibili di modifica se e quando le circostanze di fatto lo dovessero consigliare. Da tale prospettiva discende un drastico ridimensionamento dell'importanza del principio di legalità di matrice illuministica e dell'idea di certezza del diritto.

Keywords: Totalitarismo, costituzione, codificazione, legalità

Abstract (English)

*With the seizure of power, fascism undertakes a radical overhaul of the normative structure of the Italian state. No sphere is spared: in the field of constitutional law, it intervenes by introducing laws that empty the structure of powers designed by the Statuto albertino and the subsequent practice of relations between crown and parliament; in the field of criminal law, both substantive and procedural, it proceeds to draft new Codes inspired by the principle *salus publica suprema lex*; finally, in the field of civil law as well, with a more relaxed timetable because the need to regulate relations between private individuals*

¹ Università di Catania. e-mail: edecristofaro@lex.unict.it.

was less pressing than it was to shore up public order, new Codes were issued, which would be published, on the threshold of war or after the war had begun, shortly before the collapse of the fascist regime. Despite this massive regulatory rewriting, the horizon for action remains open for further intervention. For, as is pointed out by authoritative doctrine of the time, the totalitarian state cannot be harnessed even by the rules it has enacted, and they will have to be considered susceptible to modification if and when factual circumstances advise it. From this perspective follows a drastic downsizing of the importance of the Enlightenment principle of legality and the idea of legal certainty.

Keywords: Totalitarianism, constitution, codification, legality

Il fascismo è anzitutto *azione e sentimento*, e tale deve rimanere. Se fosse diversamente, esso non avrebbe l'immensa forza di propulsione e di rinnovazione che possiede e sarebbe solitaria meditazione di pochi spiriti eletti.

A. Rocco, *La dottrina politica del fascismo* (1925)

1. La sintassi giuridica del totalitarismo

Il diritto è, secondo una nota descrizione di Niklas Luhmann, un meccanismo di stabilizzazione delle aspettative. “Le norme [...] sono aspettative di comportamento stabilizzate in modo da resistere a variazioni della situazione di fatto. Il loro senso implica una validità incondizionata, in quanto la validità viene avvertita, e quindi anche istituzionalizzata, come indipendente dalla fattuale realizzazione o mancata realizzazione della norma”². La validità “controfattuale” delle norme qualifica, in particolare, quella configurazione moderna del potere pubblico designata dall’espressione “Stato di diritto”, facendo sì che entro il suo perimetro siano le regole, universalmente accessibili e vincolanti, a prevalere sulle decisioni umane e che non vi sia autorità, per quanto elevata, che possa sottrarsi alla loro stretta osservanza. È, più che ogni altro, il diritto europeo moderno, e talune sue filiazioni, a presentarsi con i tratti di un dispositivo impersonale e livellante, giacché esso pone tutti i destinatari dei propri contenuti sullo stesso piano e reclama da ognuno la medesima adesione. Nessun privilegio di fronte alla legge è deducibile dalle condizioni personali dei consociati e questi, a loro volta, possono confidare sul fatto che l’esercizio del potere non segua itinerari discrezionali che prescindano da quanto la legge stabilisce. Priorità delle regole, centralità dei diritti dei singoli, unicità del soggetto di diritto nel segno dell’uguaglianza al cospetto della legge concorrono a fare dello Stato di diritto la forma politica che, generata dalle rivoluzioni di fine Settecento, accompagna la storia

² LUHMANN 1977, p. 54.

europea nei secoli successivi³. La politica dei regimi totalitari sostituisce al primato statico dell'ordine attraverso le leggi, quello dinamico della guerra e della rivoluzione. La guerra è, in particolare, per il fascismo ciò che svela alla coscienza della nazione la degenerazione delle sue istituzioni e il carattere sclerotizzato, sterile ed autoreferenziale delle sue procedure deliberative. Il 20 aprile 1933, tenendo una relazione presso la Casa del fascio di Bologna in occasione del Congresso internazionale di Diritto romano, Alfredo De Marsico si esprime così:

Gli organi della Costituzione si erano alcuni atrofizzati, altri deformati: ad un tempo la guerra aveva rivelato un popolo a sé medesimo ed aveva creato, con l'esigenza di nuove funzioni nazionali, quella di organi idonei. [...] Sono questi sbalzi di sviluppo non frequenti perché richiedono, oltre che avvenimenti insoliti capaci di sollecitare la crisi verso quei margini estremi in cui l'elasticità degli ordigni costituzionali e questi minacciano di disgregarsi, anche l'intervento e la mediazione del genio che compensi l'intervallo evolutivo soppresso. L'Italia ebbe quell'avvenimento nella sua guerra e nella sua vittoria, vera palingenesi della Nazione, che si sollevava di mille stadi oltre gli stagni della politica, agitati solo da competizioni tra partiti: ebbe il suo genio [...] in Colui che uscì dalla sua casa di Predappio come da un di quei covi in cui la Natura e la storia nelle ore supreme si alleano per creare il prodigio⁴.

Ma, secondo questa lettura, la guerra non è solo ciò che consente a una comunità politica di prendere coscienza del proprio destino e di stringersi intorno al Capo-demiurgo che con la sua guida ricompatta e rivitalizza la massa. Essa è uno stato permanente, una condizione di perenne mobilitazione che sollecita all'agonismo e al continuo superamento: "La guerra segnò l'atto di nascita di un mondo in cui l'individuo ha perduto il suo posto centrale di soggetto di diritto, e sono subentrati i popoli, fusi in possenti unità ed i condottieri"⁵. Accenti simili a quelli di De Marsico si ritrovano in larga parte della letteratura giuridica e politologica coeva. Nel 1927, occupandosi del diritto della rivoluzione, Giuseppe Bottai si esprime nei termini seguenti:

[...] la legalità non ripudia, ma anzi esige quando è il caso, quegli adattamenti rivoluzionari che valgono ad adeguarla alla realtà. Se è vero che il diritto è espressione della vita reale, esso è necessariamente mutevole attraverso i tempi. [...] la sostanza degli istituti giuridici deve mutare necessariamente, variando quelle che ne sono le condizioni di fatto. Ma quando la evoluzione delle condizioni di fatto si produce più rapidamente di quella che è l'evoluzione delle condizioni di diritto, si verifica la

³ Cfr. FIORAVANTI 2002, pp. 17-18. Questa sommaria panoramica non intende, ovviamente, trascurare le differenze esistenti tra le diverse declinazioni nazionali del modello dello Stato di diritto: *Rechtsstaat* tedesco, *État de droit* francese e *Rule of law* inglese o nordamericano. Per tutti gli approfondimenti, che lo spazio e le finalità della presente trattazione non consentono, si rinvia a: NEUMANN (1936) 1986; ZAGREBELSKY 1992, pp. 20-45; COSTA e ZOLO (a c. di) 2002, in particolare pp. 21-316.

⁴ DE MARSICO 1933, p. 76.

⁵ Ivi, p. 79.

crisi rivoluzionaria. Spesso solo lo statista, il legislatore, si fa interprete delle supreme esigenze della realtà e precede colla sua opera, egli uomo di azione oltreché di pensiero, l'opera di quegli altri uomini che, rimasti lontani dall'azione, si attardano nella contemplazione dei monumenti giuridici del passato⁶.

Il diritto dello Stato fascista perde ogni ancoraggio a una dimensione trascendente e si impone esclusivamente come criterio di irreggimentazione della congiuntura, come misura pragmatica del “qui e ora” e, in quanto tale, come diretta trascrizione della volontà politica da cui esso promana. Il fascismo, d'altronde, rifugge ogni concezione teleologica e ogni anelito a costruire un'utopistica felicità terrena. Nessuna sistemazione definitiva della condizione umana è pensabile giacché la storia umana è un continuo fluire e divenire. Nelle parole di Mussolini, “il fascismo politicamente vuol essere una dottrina realistica; praticamente aspira a risolvere solo i problemi che si pongono storicamente da sé e che da sé trovano o suggeriscono la propria soluzione. Per agire tra gli uomini, come nella natura, bisogna entrare nel processo della realtà e impadronirsi delle forze in atto”⁷. Anche a distanza di alcuni anni la riflessione sul diritto è scandita da osservazioni del medesimo tenore. Nel compilare la voce sull'argomento per il *Dizionario di politica*, Carlo Costamagna insiste sul carattere volontaristico del diritto: “Il diritto è, anzitutto, un'espressione della forza, della potenza dello stato, in una parola, della politica”⁸. Nessuno spazio è lasciato a vincoli dottrinali o rigidità teoriche: il diritto è comando politico che assume una forza specifica denominata “legge”. Non vi sono, né possono esservi, regole che si pongano fuori dall'orizzonte della positività storica. Tra diritto e politica “è il fattore politico a condizionare il fenomeno giuridico e non, viceversa, il diritto a condizionare lo stato”⁹. Nel 1936, in un articolo apparso sul *Popolo d'Italia*, Sergio Panunzio aveva scritto: “Il diritto fascista non è giusnaturalistico, immobile, rigido, assoluto ed eterno. Queste delizie appartengono al diritto individualistico democratico, la cui eterna e perfetta sepolcrale immobilità è custodita da quel perfetto organo della giustizia giusnaturalistica liberale che è la Corte di Cassazione”¹⁰. Anche dalla sua prospettiva il diritto deve essere aderente al movimento continuo della realtà, all'altezza di una prassi che è continuo oltrepassamento, incessante innovazione. In ultima analisi, il diritto prodotto dal totalitarismo fascista rompe gli argini della visione liberale -che vi coglie perlopiù l'unità di misura che governa gli interessi individuali e le transazioni economiche - e si pone come autentica espressione della forza di chi regge le sorti della nazione scegliendo, di momento in momento, la soluzione più appropriata: la volontà domina sull'intelletto, l'azione sul pensiero, il mutamento sulla conservazione e l'orientamento al fine perseguito fa sì che ogni possibile presupposto etico o assiologico resti inerte a scolorare

⁶ BOTTAI 1927, pp. 4-5.

⁷ MUSSOLINI (1932) 1949, p. 847.

⁸ COSTAMAGNA 1940, p. 791.

⁹ Ivi, p. 792.

¹⁰ PANUNZIO (1936) 1987, p. 286.

sullo sfondo. Questa condizione è di lampante evidenza già nei primi anni Venti, quando il regime mette in cantiere la riforma delle leggi penali e l'introduzione di un nuovo Codice. I tre decenni precedenti erano stati connotati da un intenso, e a tratti aspro, dibattito dottrinale tra le due maggiori scuole penalistiche: la scuola classica e la scuola positiva. L'una custode del principio di responsabilità morale del delinquente, della funzione retributiva della sanzione e della necessità di fissare le pene a tassativi termini di durata; l'altra attestata sulla pericolosità oggettiva del reo, quale che fosse la sua capacità di scelta, sulla funzione puramente custodialistica e neutralizzante della sanzione in vista della difesa sociale e sulla durata variabile della misura di sicurezza applicata in ragione del persistere o del diminuire del rischio di liberazione. Nel presentare alle Camere le linee che ispirano la riforma il Ministro Rocco osserva che questo conflitto si sarebbe ricomposto sul piano delle "pratiche realizzazioni".

La relazione da me presentata ha questo valore: che prescindendo dai dissidi teorici e superandoli, essa trova nel terreno della pratica legislativa l'accordo tra i voti di riforme di entrambe le scuole. Infatti essa conserva la pena come sanzione giuridica e il principio che sta a fondamento della responsabilità penale, cioè l'imputabilità basata sulla capacità di volere. Ma, d'altro canto, integra la difesa dello Stato contro la criminalità, prima abbandonata ai soli mezzi repressivi (sanzioni penali e civili) con nuovi mezzi preventivi (misure di sicurezza) in cui trovano attuazione i principi della scuola positiva, senza negare i principi fondamentali della scuola classica¹¹.

In altri termini, al Governo non interessa arbitrare una contesa teorica e, anzi, essa viene elusa omettendo di ricercare quali siano le radici eziologiche della condotta delinquenziale. Quel che rileva è che, sul piano del contrasto alla criminalità, la giustapposizione tra pene e misure di sicurezza potenzia sensibilmente le armi di difesa dello Stato nella gestione dell'ordine pubblico. La scelta di adottare un sistema "a doppio-binario" affiancando alla pena a termine fisso commisurata alla gravità del reato le misure di sicurezza calibrate sulla pericolosità, scelta nella quale autorevole dottrina ha colto "il più vistoso esempio di disonestà intellettuale del Codice Rocco"¹², è perfettamente coerente con lo spirito pragmatico che anima la politica fascista e con la necessità, in più sedi e momenti dichiarata, di non lasciarla imbrigliare da idealità o teorie coartanti, ma di seguire il più possibile il criterio del risultato concreto come parametro della buona o cattiva qualità di ogni decisione. Anche eminenti studiosi stranieri, la cui analisi è tanto carica di interesse quanto priva di palpiti militanti, non possono evitare di cogliere questo passaggio. Secondo Gerhard Leibholz, il volontarismo e l'attivismo che innervano il *modus operandi* dello Stato fascista conducono a una relativizzazione della sfera normativa, ridotta a una pura prestazione strumentale, a vantaggio della dimensione fattuale. "Il diritto scritto

¹¹ Rocco (1925) 1927, p. 268.

¹² NEPPI MODONA 1977, p. 673.

si esaurisce quasi esclusivamente nella funzione di legalizzare a posteriori una situazione già effettivamente prodotta. Di fronte a questa funzione legittimante, va in secondo piano quella normativo-produttiva del diritto positivo¹³. Ciò nondimeno, l'espressione "Stato di diritto" non scompare dalla trattatistica giuridica del ventennio e, anzi, taluni degli autori che continuano ad usarla sostengono che allo Stato fascista, più che ad altri, spetti fregiarsene. Secondo la dottrina dell'epoca, Stato di diritto non è quello che si fa tutore dei diritti individuali, bensì quello che esprime la propria sovrana volontà attraverso il diritto, che coltiva i suoi fini con lo strumento solenne e formale della legge. Dunque, Stato di diritto come Stato legale, ma a condizione che la legge sia intesa come un vincolo solo per gli organi dell'apparato statale nel loro operare e niente più di questo. "Lo stato di diritto era quello che garantiva il rispetto di un diritto di natura temporanea, vigente, cioè, solo fino a quando lo Stato stesso lo avesse giudicato funzionale ai suoi cangianti interessi"¹⁴. Lo Stato fascista sorveglia e dirige le forze della Nazione esercitando un imperio che si esprime con la lingua del diritto ma, secondo larga parte dei giuristi, essendo gli individui assorbiti dallo Stato ogni facoltà o prerogativa che possa essere loro riconosciuta va intesa nei termini di una concessione compatibile con il prioritario perseguimento dei fini collettivi. Quanto poco resti, in tutto questo, dell'impalcatura liberale risulta di chiara evidenza già dai primissimi anni del regime e dallo svuotamento dello Statuto albertino¹⁵.

2. Uno Statuto in disarmo

La prima Costituzione del Regno d'Italia viene concessa dal re Carlo Alberto di Savoia nel marzo 1848, alcuni anni prima che l'unificazione sia compiuta, e attraversa la storia politica del Paese sino alla fine della seconda guerra mondiale. Essa disegna una struttura della Stato nella quale, pur mantenendosi una centralità della figura monarchica – il Re sanziona le leggi approvate dal Parlamento, detiene il potere esecutivo nominando e revocando i Ministri del Governo che sono legati solo a lui da rapporti fiduciari, istituisce i giudici che amministrano la giustizia in suo nome – si comincia a comporre un sistema dualistico articolato sulla collaborazione tra il Re e il Parlamento grazie al quale, in sede giuridica, si può parlare di monarchia rappresentativa o di monarchia costituzionale. Accanto al funzionamento dei poteri dello Stato, lo Statuto albertino individua alcuni diritti individuali quali l'uguaglianza di fronte alla legge che consente a chiunque l'accesso alle cariche civili e militari dello Stato, il diritto ad essere giudicati dai giudici naturali e precostituiti (cui si associa il divieto di istituire magistrature *extra ordinem*), i diritti di libertà personale, di domicilio, di stampa e di riunione. Ora, benché lo Statuto non

¹³ LEIBHOLZ (1928), 2007, p. 17. Nello stesso senso, NEUMANN (1942), 1965.

¹⁴ CARVALE 2016, p. 202.

¹⁵ Gli spostamenti, e gli affievolimenti, della linea di confine tra politica e diritto nell'Italia fascista sono stati, com'è facile immaginare, oggetto di intensa attenzione da parte della storiografia giuridica. A titolo meramente orientativo, e senza alcuna pretesa di esaustività, si può rinviare a: GROSSI 2000, pp. 119-265; MAZZACANE 2002; DE CRISTOFARO 2012; DE CRISTOFARO 2016; COSTA 2022.

preveda procedure particolari per la sua modifica e le sue disposizioni possano essere derogate da leggi ordinarie, esso è comunque garante di un principio di legalità consistente “nell’assoluta preminenza della legge come fonte ‘indiscutibile’ ordinante la totalità dei rapporti sociali, ma anche nella sottoposizione alla legge, e cioè al potere normativo che il Re condivideva con le Camere, dell’antico potere normativo che anteriormente spettava al Re solo”¹⁶. L’articolo 6 dello Statuto stabiliva che al Re spettasse fare i decreti e i regolamenti per l’esecuzione delle leggi, senza sospenderne l’osservanza o dispensarne, ovvero senza poter derogare alle regole che esse stabilivano. Parimenti era fatto divieto al governo di imporre ai giudici interpretazioni obbligatorie della legge. A pochi mesi di distanza dalla conquista del potere da parte del fascismo, Giacomo Matteotti, parlamentare dotato di raffinata preparazione giuridica e non minore risolutezza morale, ritiene si possa fare un censimento di tutto quello che è già stato spazzato via.

Lo Statuto per lo meno è già decaduto in Italia. [...] L’articolo 24 dello Statuto garantiva a tutti i cittadini “i diritti civili e politici e l’ammissibilità alle cariche civili e militari”. Ma il partito fascista al potere licenzia dalle amministrazioni i cittadini socialisti e costituisce, accanto all’esercito, un nuovo esercito tutto suo, obbediente personalmente al capo del fascismo, costituito di tutti i fascisti e solo di fascisti¹⁷.

Lo stesso destino che, secondo Matteotti ha interessato l’articolo 24, non risparmia l’articolo 26 facendo sì che l’arresto da esso previsto solo nei casi di legge possa essere arbitrariamente compiuto da qualunque camicia nera per motivi di persecuzione politica, l’articolo 28, che a dispetto della libertà di stampa da esso proclamata, è reso inerte da una prassi grazie alla quale l’autorità di pubblica sicurezza può ostacolare, anche pesantemente, l’attività delle redazioni e delle tipografie qualora esse non si adeguino alle direttive che segnano il nuovo corso politico e l’art. 32, che tutelava il diritto di riunione reso sempre più precario da perquisizioni improvvise, devastazioni, incarcerazioni. Pochi mesi dopo questa prima presa di posizione, Matteotti rincarava le sue contestazioni:

Mai come in questo periodo di tempo *la legge* è divenuta una finzione che non offre più nessuna garanzia per nessuno. La libertà personale, di domicilio, di riunione non sono più regolate dallo Statuto, e neppure dai soli capricci della polizia, ma continuano ad essere alla mercé di qualsiasi capo fascista. Ottanta cittadini italiani sono stati uccisi quest’anno impunemente dai cittadini che godono il privilegio fascista [...]. Migliaia di cittadini sono stati bastonati, percossi, feriti; centinaia di domiciliai invasi o devastati senza che la polizia se ne sia mai accorta. La libertà di stampa dovrebbe essere garantita dallo Statuto, ma non passa settimana che un giornale non sia o sop-

¹⁶ DOGLIANI, MASSA PINTO 2017, p. 112.

¹⁷ MATTEOTTI (1923) 2020, p. 205.

presso illegalmente dai Prefetti e dai Questori, o assalito e devastato dai fascisti, o per lo meno, pubblicamente minacciato di violenza, non tanto per avere commesso reati, ma semplicemente per avere esercitato opera legittima di opposizione. *Lo Stato* ha finito per perdere ogni autorità. Esso è sostituito o asservito al partito dominante¹⁸.

La legge e lo Stato – parole che, non casualmente, Matteotti scrive in corsivo, come a voler evidenziare che ad esse non corrisponde più il consueto referente oggettivo – vedono cambiare in breve tempo drasticamente la loro rispettiva fisionomia. Un tassello ulteriore della mutazione costituzionale che interessa l'Italia in questo frangente temporale è rappresentato dalla modifica della legge elettorale. Il testo approvato il 18 novembre 1923 assegna i due terzi dei seggi alla lista di maggioranza relativa che avesse superato il venticinque per cento dei voti. Esso “non ebbe altro scopo che di dare al governo la possibilità di costituirsi una maggioranza indipendentemente dalla volontà del corpo elettorale”¹⁹. Si trattava, a questo punto del percorso, di legittimare l’usurpazione del potere consumatasi un anno prima. Ma, nonostante il successo elettorale del 6 aprile 1924 che assegna al fascismo e alle liste che lo fiancheggiano una robusta maggioranza numerica alla Camera dei Deputati, la torsione autoritaria subisce una ulteriore radicalizzazione nel biennio 1925-26, anche come conseguenza della crisi politica seguita al delitto Matteotti e ad alcuni attentati condotti, senza successo, contro Mussolini. Alla fine del 1925 viene approvata la legge 2263 che assegna un ruolo di maggiore rilievo al capo del governo. Essa sviluppa l’articolo 5 dello Statuto albertino, che si limitava ad affermare che al Re solo spetta il potere esecutivo, specificando che il potere esecutivo è esercitato dal Re per mezzo del suo governo e prosegue eliminando le Camere dalla vita del governo e restringendo alla responsabilità del Primo ministro verso il Re la relazione fiduciaria concernente l’indirizzo politico dell’esecutivo. In siffatta configurazione, il Primo ministro, al quale la legge consente anche di dirigere più Ministeri contemporaneamente e di porre il veto all’ordine del giorno delle Camere, diventa l’“interlocutore monocratico del Re”²⁰. Con la successiva legge 100 del gennaio 1926, viene concessa al Governo la facoltà di emanare norme giuridiche nell’ambito dei regolamenti organizzativi dei pubblici uffici e di varare decreti d’urgenza con forza di legge e con una validità temporale sino alla conversione estesa a due anni. Grazie a questi poteri “Mussolini fece di sé un vero e proprio legislatore incarnando ormai la funzione di dittatore sovrano che decide sullo stato d’eccezione”²¹. Sul terreno dell’ordine pubblico viene messa in atto una repressione che colpisce ogni possibile dissidenza e le residue manifestazioni di non allineamento al regime vengono derubricate al rango di attività delinquenziali. Nel mese di novembre 1926 viene introdotto il nuovo Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, che assegna penetranti poteri repressivi ai prefetti e che riesuma, con le disposizioni sul confino

¹⁸ MATTEOTTI (1924) 2020, p. 207.

¹⁹ TRENTIN (1929) 1983, p. 139.

²⁰ MARTUCCI 2002, p. 213.

²¹ SØRENSEN 2001, p. 146.

di polizia, il vecchio istituto del domicilio coatto, nato ai tempi della lotta al brigantaggio e da allora largamente usato per contrastare ogni condotta “antisistema” che non fosse sussumibile nei termini tassativi di una violazione al Codice penale. Negli stessi giorni vengono varati i “Provvedimenti per la difesa dello Stato”, che sanzionano con la pena di morte – non prevista dal Codice penale del 1889 e reintrodotta dal Codice Rocco nel 1930 – gli attentati contro le persone del Re, della Regina, del Reggente, del Principe ereditario e del Primo ministro e con severe pene detentive la ricostituzione di partiti o associazioni sciolti dall’autorità di pubblica sicurezza o la diffusione all’estero di voci e notizie false, esagerate o tendenziose sulle condizioni interne dello Stato. La competenza a giudicare queste fattispecie viene attribuita a un organo di nuovo conio, la cui istituzione forza l’art. 71 dello Statuto albertino posto a tutela della pre-costituzione del giudice naturale, che è il Tribunale speciale per la difesa dello Stato. La legge istitutiva prevede che esso operi per un quinquennio ma, in effetti, con varie proroghe la sua attività accompagnerà tutta la vita del regime sino al collasso del 1943²². L’ultimo atto rilevante nell’evoluzione della struttura costituzionale in senso totalitario è la legge 2693 del dicembre 1928 che trasforma il Gran Consiglio del fascismo da organo del partito a organo dello Stato attribuendogli un’importante funzione deliberativa per quel che attiene alla composizione delle liste elettorali per la Camera e consultiva su molte materie che vanno dalla ratifica di trattati internazionali alle funzioni del capo del governo, dai rapporti Stato/Chiesa alla successione al trono e alle prerogative della corona, dall’ordinamento sindacale e corporativo alla facoltà dell’esecutivo di emanare norme giuridiche. L’insieme di tali funzioni fa sì che nelle mani del Gran Consiglio si concentrino rilevanti poteri concernenti la direzione effettiva della vita dello Stato. Nella costituzione materiale del Paese, se non altrettanto espressamente in quella formale, il Gran Consiglio diventa, persino più della Corona, uno snodo fondamentale nell’esercizio della sovranità. In generale, tutti gli organi dello Stato sono divenuti docili strumenti nelle mani del partito fascista. Un raffinato giurista, costretto all’esilio dalle sue idee antifasciste, traccia questo amaro bilancio sulla situazione del diritto italiano alla fine degli anni Venti:

Ecco lo statuto ridotto, con una giravolta, a un pezzo di carta privo di ogni autorità, di qualunque forza probante, di qualunque funzione; ecco lo stato strappato dai suoi piloni e ridotto alla mercé dell’umore mutevole di un legislatore dotato di prerogative “autoctone”; ecco tolta ogni sicurezza, ogni certezza alla vita giuridica e rinnegata e beffata l’esigenza fondamentale di ogni società retta dal diritto di perseguire i suoi scopi e di orientare e di esplicare la sua azione al riparo di uno stabile ordinamento, sotto la garanzia di istituzioni solidamente radicate nella coscienza collettiva²³.

²² Sulla, progressivamente sempre più marcata, politicizzazione della repressione penale e sulla varietà di strumenti, anche extra-giudiziari, della quale essa si serve nel ventennio fascista (misure di polizia, detenzione, pena di morte, internamento manicomiale) si vedano: TRENTIN 1975; SBIRCOLI 1999; DE CRISTOFARO 2007; MECCARELLI 2009; PETRACCI 2014; LACCHÉ (a c. di) 2015.

²³ TRENTIN (1929) 1983, p. 144.

3. Diritto penale totalitario (in divenire)

La coscienza giuridica europea acquisisce al tempo dei primi dibattiti tra intellettuali riformisti e delle prime codificazioni post-illuministe quello che diventerà uno dei principi cardine del moderno diritto penale e che è espresso dalla formula: *nullum crimen sine lege*, nessun fatto può essere sanzionato e nessuna pena applicata se non in forza di una legge precedente al fatto medesimo. Nella riflessione di Cesare Beccaria, che muove dalla necessità di oltrepassare una tradizione fondata su “avanzi di leggi [...] involte in farraginosi volumi di privati ed oscuri interpreti”²⁴, questo punto è espresso con le parole seguenti:

[...] le sole leggi possono decretar le pene sui delitti, e quest’ autorità non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale; nessun magistrato (che è parte di società) può con giustizia infligger pene contro ad un altro membro della società medesima. Ma una pena accresciuta al di là del limite è la pena giusta più un’altra pena; dunque non può un magistrato sotto qualunque pretesto di zelo o di ben pubblico accrescere la pena stabilita ad un delinquente cittadino²⁵.

Questo punto resta fermo nella legislazione ottocentesca e apre molti dei testi che ne fanno parte. L’art. 1 del Codice italiano del 1889 recita: “Nessun può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”. Tra le conseguenze di questa disposizione rientra che se nel tempo vi è una successione di leggi sul medesimo fatto, si applicano le disposizioni più favorevoli all’imputato. Anche il Codice Rocco sembra tendere in questa direzione giacché, in effetti, il testo del suo primo articolo riproduce letteralmente quello del Codice precedente. Tuttavia, quanto alla successione, l’art. 2 introduce alcune modifiche: per il legislatore fascista si applica la legge più favorevole al reo – nel caso che quella vigente al tempo del fatto sia superata da una nuova disciplina – a meno che non sia stata già pronunciata una sentenza irrevocabile. Inoltre, le disposizioni sulla successione di leggi penali non si applicano qualora si abbia a che fare con leggi eccezionali o temporanee. La regola che investe il valore non retroattivo della legge assume portata ancora più ampia nelle Disposizioni sulla legge in generale (c.d. Preleggi) che vengono pubblicate, unitamente al Codice civile, il 16 marzo 1942 e il cui art. 11 recita: “la legge non dispone che per l’avvenire: essa non ha effetto retroattivo”. Nonostante tali vincoli, nella storia del regime fascista questa eventualità si era già concretizzata, sia pure con riferimento all’assetto giudiziario, ma in maniera da mostrare che nemmeno l’irretroattività del diritto costituiva più un tabù inviolabile. Quando, alla fine del 1926, viene istituito il Tribunale

²⁴ BECCARIA (1764), 1994, p. 3.

²⁵ Ivi, pp. 13-14.

speciale per la difesa dello Stato, l'art. 7 della legge 2008, sulla composizione e le competenze del nuovo organismo, all'ultimo capoverso stabilisce che: "I procedimenti per i delitti preveduti dalla presente legge, in corso al giorno della sua attuazione, sono devoluti nello stato in cui si trovano alla cognizione del Tribunale speciale di cui alla prima parte del presente articolo". Questo strappo a un principio universalmente osservato e considerato tra i meno negoziabili viene avvertito dallo stesso Rocco. Nella relazione al disegno di legge presentato al Parlamento da Mussolini e Rocco, si legge:

L'ultimo capoverso dell'articolo 7 risolve il dibattuto problema della legge speciale, limitandola al campo processuale. Non già che insormontabili argomenti giuridici si opporrebbero al principio della retroattività della pena. Indubbiamente la retroattività integrale della norma penale è difficilmente ammissibile, perché non può punirsi come reato un fatto che tale non era al momento in cui fu commesso [...]. Ma altra cosa è la legge penale quanto ai delitti, altra cosa la sua retroattività quanto alla pena. Allorché un fatto è già punito dalla legge, nulla vieta in principio che una legge successiva aggravi la pena. Se ciò non si ammettesse bisognerebbe riconoscere al delinquente un diritto ad essere punito in una determinata misura, cioè un diritto a una certa pena, ciò che trasformerebbe il rapporto tra il reo e lo stato in un rapporto contrattuale, per cui il cittadino acquisterebbe il diritto di commettere il reato a condizione di assoggettarsi alla pena. L'esclusione della retroattività nel nostro caso è dunque dovuta a considerazioni di opportunità politica²⁶.

Ma la debilitazione del principio di legalità sul terreno penale sotto il fascismo non si arresta al campo delle leggi speciali. C'è una parte del mondo accademico, la parte più apertamente militante e schierata, che reputa si debba riflettere sul mantenimento di una regola che appare non più consentanea al primato della politica sul diritto ed alla necessità, che da quello consegue, di amministrare la giustizia nella maniera più sintonica possibile rispetto a questa gerarchia. In occasione del secondo convegno dei giuristi italiani e tedeschi che si svolge a Vienna nel marzo 1939, Carlo Costamagna tiene una relazione sul giudice e la legge nello Stato totalitario. Il giudice, in questa nuova congiuntura storica, non può essere estraneo all'azione politica e non può essere indifferente ai suoi fini. "Ciò significa che il carattere della funzione giurisdizionale deve adeguarsi, nel tipo dello Stato Totalitario, al carattere unitario, dinamico e imperativo che assume in esso il potere pubblico"²⁷.

Il giudice non è più l'arbitro delle contese tra privati cittadini, ma il custode delle leggi che esprimono l'identità della comunità. A questa funzione deve ispirarsi la sua attività che è radicalmente distante dalla meccanica "posizione di automa che gli aveva imposto il sistema

²⁶ MINISTERO DELLA DIFESA, STATO MAGGIORE DELL'ESERCITO, UFFICIO STORICO 1980, pp. 27-28.

²⁷ COSTAMAGNA 1939, p. 5.

demoliberali²⁸. In definitiva, al giudice della nuova Italia deve riconoscersi una più ampia discrezionalità ed egli, a sua volta, deve orientare la sua azione riferendosi agli ideali della rivoluzione fascista (così come i suoi omologhi tedeschi fanno con il nazismo). Pochi mesi più tardi, su una rivista diretta da Francesco Antolisei e Giacomo Delitala, il penalista, e filosofo del diritto, palermitano Giuseppe Maggiore torna stentoreamente sull'argomento. Premessa comune alla riflessione di Costamagna per Maggiore è che il diritto non può non procedere dall'evento più significativo del mondo moderno, ovvero la rivoluzione fascista. Una rivoluzione che è perennemente in marcia e che ha i suoi poli nelle personalità del Capo, che si sostituisce all'astratta autorità della legge, e nell'unità della comunità nazionale, che non si risolve nella mera somma degli individui da cui è composta, ma assume il popolo come un tutto coeso e razzialmente omogeneo – “lo Stato totalitario è stato nazionale perché è uno Stato di razza”²⁹ – che si estende nel tempo coprendo le generazioni passate e future. La domanda che Maggiore pone è se il principio *nullum crimen sine lege* sia compatibile con lo Stato totalitario.

Se il magistero punitivo è il massimo potere che lo Stato ha nelle sue mani per esercitare la sua autorità, poiché è un diritto armato, un vero *jus gladii*, è inconcepibile che lo Stato totalitario consenta spogliarsene per un malinteso riguardo ai diritti dell'individuo delinquente. Uno Stato totalitario che non può tollerare alcun limite alla sua attività, tanto meno può consentire ad esautorarsi quando quell'autorità è diretta alla persecuzione della delinquenza³⁰.

Nell'ipotesi in cui si verifichi un fatto che sia sostanzialmente reato, ma non formalmente perché non contemplato da alcuna norma, lo Stato totalitario dovrà creare la regola per intervenire e comandare ai suoi giudici di applicarla. In ogni caso, “il giudice non sbaglierà mai, né farà un uso arbitrario della sua potestà, quando interpretando la volontà, sia pure formalmente inespressa, dello Stato e del suo capo, castigherà il delinquente che si ribella contro lo Stato”³¹. Nello Stato fascista, in cui il capo vive in simbiotica fusione con il popolo, ogni atto che offenda l'autorità dello Stato e sia meritevole di punizione secondo lo spirito della rivoluzione e la volontà del Duce potrà essere considerato reato ancorché non contemplato come tale dal Codice penale. Si passerà, in tal modo, dalla visione individualistica del *nullum crimen sine lege* a quella totalitaria del *nullum crimen sine poena*. Questa è la soglia di legalità alla quale deve tendere uno Stato che voglia vedere integralmente restaurata la propria forza e autorità.

²⁸ Ivi, p. 7.

²⁹ MAGGIORE 1939, p. 145.

³⁰ Ivi, p. 158.

³¹ Ivi, p. 159.

Per i regimi totalitari “certezza del diritto” è la sicurezza della società politica di non vedere annullate le conquiste della rivoluzione e di non vedere il furfante commettere ogni sorta di ribalderie all’ombra della legge e quasi ai margini del codice penale. Il divieto dell’espansione analogica della legge penale, proveniente da un malinteso verso il delinquente, ha radici nel diritto canonico che considerò la legge penale come *lex odiosa* o nel falso umanitarismo illuministico che deificò la libertà dell’individuo. Per lo stato totalitario, invece, erede dello spirito di Roma, l’analogia è una integrazione necessaria del magistero punitivo. Così il diritto penale diviene veramente totalitario³².

All’altezza temporale in cui le tesi di Costamagna e Maggiore si affacciano al dibattito, la loro risonanza non è tale da lasciare supporre che i cambiamenti auspicati godessero di ampio favore e che si sarebbero, verosimilmente, concretizzati in tempi brevi. Giuliano Vassalli commenta, pochi anni dopo, che la necessità politico-teorica di superare l’art. 1 del Codice penale propugnata da Maggiore era rimasta “senza alcuna eco nella dottrina”³³. Difficile stabilire se i semi lanciati sulle soglie della guerra avrebbero attecchito o meno nel caso in cui essa si fosse conclusa diversamente o se essa non avesse avuto, già ai tempi del saggio di Vassalli, un andamento tale da mostrare il probabile declino del regime e fare, conseguentemente, accantonare per sempre ogni residua velleità rivoluzionaria. Di sicuro quelle posizioni dimostrano l’apertura del mondo italiano a correnti di pensiero sensibili a una profonda rimediazione dogmatica del diritto penale e al suo uso più ampio come strumento repressivo nell’orizzonte della pura lotta priva di qualunque scrupolo garantistico.

4. I limiti della codificazione civile

Il Codice civile, i cui libri vengono pubblicati tra il 1939 e il 1942, è l’ultimo conseguimento della grande opera di riscrittura normativa che attraversa il ventennio fascista. Pur arrivando verso la fine, il progetto risale ai primissimi anni del nuovo corso politico. La legge con cui si delibera la riforma del Codice del 1865 risale al dicembre 1923. Il Codice civile fascista recupera il rapporto privilegiato della tradizione giuridica italiana con le radici romane e difende strenuamente la categoria dei diritti soggettivi, esposta in quegli anni all’urto di dottrine che vi colgono un retaggio della visione individualista e liberale. Sebbene, in verità, tale difesa sconti i limiti dell’adesione fascista all’ideologia razziale, con tutto ciò che ne è tragicamente scaturito in termini di drastica limitazione della sfera giuridica di parte della popolazione sulla base di

³² Ivi, p. 161.

³³ VASSALLI 1942, p. 35, n. 1. È pur vero che negli anni precedenti si sedimenta una riflessione ad ampio spettro che, pur non interessando direttamente né intaccando formalmente il principio di legalità, si mostra sensibile a un’apertura verso l’applicazione analogica della legge penale. Facendo questo, essa scava il terreno per una futura, realistica e rovinosa debilitazione della più rigorosa tradizione applicativa e interpretativa che si radica sul principio *nullum crimen sine lege*. Cfr. CARRARA 1934; CARNELUTTI 1935; BOBBIO 1938; MANASSERO 1938.

criteri etnici. Ma queste contraddizioni non sono l'unica ipotesi che grava su questo importante tassello della nuova struttura normativa. Una domanda che spesso affiora tra gli studiosi in quegli anni è se la stessa codificazione, in quanto raccolta sistematica ed esaustiva di tutte le regole relative a un determinato ambito, convenisse al carattere magmatico e mobile della rivoluzione fascista. Fra coloro che sollevano questo dubbio, Sergio Panunzio si esprime così:

Ho scritto recentemente sul *Popolo d'Italia* che l'ideologia dei codici, e dei codici perfetti, immutabili e immortali non è fascista ma giusnaturalistica e demoliberale; razionalistica non romanistica; napoleonica non mussoliniana. Il primo punto da stabilire è proprio questo: rientrano sì o no i codici nel sistema e nella logica del Fascismo, o essi sono soltanto ed esclusivamente un prodotto caratteristico del diritto naturale e dell'individualismo giuridico?³⁴.

D'altra parte non è pensabile uno Stato che non raccolga le sue leggi. Si tratta, allora, di capire come stiano insieme la necessità dei Codici e il riconoscimento che la codificazione ha alcuni limiti. Compito del diritto è per Panunzio non tanto riproporre forme e assetti irrigiditi dal tempo ma, al contrario, porre regole che siano al passo con l'attualità. Gli istituti tradizionali del diritto civile, il contratto tra gli altri, non sempre appaiono adeguati alle trasformazioni che la vita economica e sociale ha subito. Molto più flessibile il diritto commerciale che, sostiene Panunzio, "è un diritto di contenuto, è agile, mobile e flessibile, aderisce immediatamente agli usi ed oggi più che alle consuetudini fa appello ai contratti tipo, ai contratti intersindacali ed alle norme corporative come fonti di regolamentazione giuridica"³⁵. L'attesa di Codici perfetti ed eterni "come si aspetta il Messia"³⁶, di testi che racchiudano tutta l'esperienza reale nella sua infinita varietà e molteplicità, rischia di disallineare il tempo del diritto dal tempo della storia. Questo rischio è particolarmente presente in fasi storiche di grande fibrillazione come quella che vive l'Italia in camicia nera. Le necessità di puntellare alcune delle trasformazioni consumatesi aveva fatto sì che sul terreno del diritto pubblico, e in particolare su quello del diritto penale, si fosse arrivati a legiferare più tempestivamente e in maniera organica. Lo stesso non era avvenuto, ed era problematico che potesse avvenire altrettanto fluidamente, sul terreno dei rapporti tra privati.

La ragione profonda sta nel fatto che il diritto privato, legato e connesso com'è indiscernibilmente con il fermento delle forze e dei rapporti sociali e particolarmente con le vicende economiche [...] è, nella sua "gestazione" e "formulazione", più difficile, più lento, più delicato, più faticoso. Chi dice in materia sociale ed economica dove siamo? Dove andiamo?³⁷

³⁴ PANUNZIO 1936, p. 9.

³⁵ Ivi, p. 14.

³⁶ Ivi, p. 17.

³⁷ Ivi, p. 19.

In definitiva, l'ideale del diritto secondo la visione fascista non è la statica contemplazione del mondo, non è la fissità. Questa idea di imbalsamazione ripugna alla coscienza nazionale e, peraltro, secondo Panunzio non appartiene nemmeno alla storia delle tradizioni giuridiche nazionali che il regime intende onorare.

Non la *perfezione*, ma la *efficienza*, la vitalità, ossia, se così posso dire, la utilità biologica del diritto è, in questo nostro tempo di moto e di dinamismo, l'ideale del diritto Fascista. Il Fascismo non è rigida geometria, ma pieno ed irrompente, anche nel diritto, vitalismo sociale.

Le opinioni di Panunzio non restano confinate al settore più movimentista del Partito, o delle sue propaggini nel mondo accademico. A distanza di pochi anni, nel novembre 1939, riflettendo sull'inclusione dei principi generali del diritto nel testo del nuovo Codice civile, del quale era stato appena pubblicato il secondo libro (sulle successioni) e da pochi mesi era entrato in vigore il primo libro, emanato nel dicembre 1938 (su persone e famiglia), il senatore e Primo Presidente della Cassazione Mariano D'Amelio ricorda che i principi del diritto non possono essere ricercati nel cielo delle idee ma sul terreno della vita, delle sue esperienze e delle esigenze poste dalle finalità politiche del regime.

Bisogna ricordarsi di quanto il Duce stesso dichiarava in caso analogo, notando che quando instaurò il Regime fascista “non aveva un programma bell'è fatto da realizzarsi nell'anno Duemila, per la semplice ragione che il Fascismo costruisce giorno per giorno l'edificio della sua volontà e della sua passione”³⁸.

Ma è, forse, ancora più significativo che questo approccio “relativizzante” su ciò che il Codice si candida ad essere e su ciò che potrà, eventualmente, ancora diventare ove le dinamiche della storia ne sollecitassero più o meno ampi adattamenti, sia condiviso dal Ministro Dino Grandi, ovvero da colui che, in sede politica, vanta più di tutti la paternità del Codice civile del 1939-1942, così come di quello di Procedura civile del 1940. Pronunciando, il 16 ottobre 1939, un discorso alla Commissione delle Camere legislative per la riforma dei Codici e prendendo posizione sulla opportunità che non vengano formulati principi generali che potrebbero “ingabbiare” il Codice civile, Grandi raccomanda l'osservanza di un metodo di lavoro sperimentale e lo fa richiamando le parole usate in Campidoglio da Mussolini il 21 aprile 1924. Secondo il Duce si sarebbe fatto meglio a non creare archetipi legislativi aprioristici o a farsi prendere dalla smania di legiferare ma “lasciare che la coscienza giuridica affronti i problemi mano mano che essi si presentano nei loro nuovi aspetti, in modo che i bisogni e l'esperienza

³⁸ D'AMELIO (1939) 1940, p. 56.

precedano le norme della legge”³⁹. Alcuni mesi dopo, Grandi riprende il tema della riforma dei Codici affermando che si è ormai giunti ad una nuova legalità, che si ispira a una lunga tradizione ma, nondimeno, la vivifica con l’inserzione di nuove idee e nuovi istituti. Sicché il compito fondamentale che si pone al legislatore è trovare il giusto punto di equilibrio tra tradizione e rivoluzione. Perché ciò sia possibile, secondo il Guardasigilli, occorre tenere presente che la riforma “deve avere carattere espansivo; deve cioè costituire una tappa e un punto di partenza per l’ulteriore elaborazione e perfezionamento che saranno dati nel futuro ai nostri Istituti giuridici”⁴⁰.

Dunque, se da un lato vi è nell’opera di codificazione del diritto promossa dal regime fascista un rilevantissimo investimento simbolico, l’aggancio alla realtà concreta (che implica una costante mediazione tra il primato della politica e le esigenze dell’economia) attraverso la possibilità di emendare, revocare, sostituire quanto stabilito in precedenza, reclama costantemente il suo spazio. Chi ha analiticamente studiato il Codice civile del 1939-1942 ha, non a caso, osservato che su punti importanti esso esprime una sorta di predisposizione a successive alterazioni ed evoluzioni. In materia di proprietà, per esempio, si è scritto che: “ogni regola sui beni poggia su di un fragile fondamento, tale da essere travolto ove le nuove esigenze economiche, le nuove tecnologie, le nuove combinazioni di risorse e modalità tecniche facciano nascere nuovi tipi di beni, con nuove strutture e nuove possibilità utilizzatorie”⁴¹. Ma anche in materia di contratti obbligatori, “molte disposizioni sono derogabili e quindi la libertà contrattuale delle parti ha la prevalenza sulle direttive del legislatore”⁴².

In ultima analisi, la legislazione civile dell’Italia fascista viene programmata con la consapevolezza del suo alto tasso di variabilità e, dunque, veicolando una sorta di “incertezza genetica” che è probabilmente ciò che le ha consentito di attraversare un arco temporale consistente e sopravvivere a tutti i cambiamenti di cornice politica che vi si sono consumati.

5. Conclusione: la certezza del diritto

Nel 1942, Flavio Lopez de Oñate, un giovane studioso formatosi alla scuola di Giorgio Del Vecchio, dedica al tema della certezza del diritto una monografia, che in breve tempo riscuote l’attenzione di alcuni tra i più blasonati esponenti della scienza giuridica italiana. Al netto delle qualità del libro, tale circostanza dimostra che esso intercetta una questione molto presente nello spirito del suo tempo. Lopez ritiene che il diritto debba essere preservato da fattori che ne minacciano la stabilità e la funzione di orientamento e che hanno diverse caratteristiche. Le “minacce di fatto” provengono dall’ipertrofia legislativa, dall’affastellarsi continuo di leggi e decreti legge che fanno sì che la volontà dello Stato, piuttosto che rimane-

³⁹ GRANDI 1939, c. 245.

⁴⁰ GRANDI 1940, p. 15.

⁴¹ ALPA 2000, pp. 317-318.

⁴² Ivi, p. 320.

re ferma ed univoca, si disperda in un'alluvione di norme. "Il legislatore vuole prevedere tutto e legiferare su tutto e crede erroneamente [...] che la molteplicità sterminata delle leggi sia adeguato rimedio a ciò"⁴³. Le minacce teoriche provengono dalla c.d. "Scuola del diritto libero", nella quale si riconosce al giudice di farsi, non semplicemente interprete della legge, ma suo creatore per soddisfare eventuali esigenze di giustizia che non siano contemplate dalle norme scritte e dalle teorie sull' "Ordinamento concreto" che ammettono una simile possibilità creativa delle Corti ma in vista del soddisfacimento di esigenze che attengono alla vita della comunità – individuata come entità storica e razziale a sé – piuttosto che alla posizione del singolo consociato. "L'aver conferito al giudice – osserva Lopez – la potestà di fare opera di finalità politica, allorché deve decidere una controversia, è una delle tante derivazioni, nel diritto, dell'irrazionalismo contemporaneo, che pone la supremazia della volontà sull'intelligenza; e si tratta di un irrazionalismo arbitrario [...]"⁴⁴. C'è, d'altra parte, una diversa onnipotenza dalla quale il singolo deve salvarsi perché il suo rapporto con la legge non si tramuti da una condizione di affidamento sereno a una condizione di timore e angoscia: l'onnipotenza del legislatore: "Il legislatore non può fare quello che vuole [...] può fare quel che crede solo se si rende conto di quella che è la legge che la realtà, cioè la storia, vuole: ad essa, come ad ogni uomo, anche il legislatore che pone i vincoli, e talora crede di porli senza vincolo, è e dev'essere legato"⁴⁵. Ciò che, a dispetto della forma sotto cui può presentarsi, distingue il comando arbitrario del tiranno – puro fatto incapace di rappresentare alcuna garanzia – e la legge autentica, ciò che realmente determina uno scarto tra lo Stato dispotico e lo Stato giuridico, è la circostanza che in uno Stato la cui esistenza riposa sul diritto domina sovrana "non un'inafferrabile e continuamente mutevole volontà, ma una volontà costante, coerente con sé medesima, oggettivata e oggettivamente valida: cioè la volontà della legge"⁴⁶. Così espresso il giudizio può apparire pleonastico: lo stato giuridico, cioè fondato sulla legge, è quello in cui la certezza del diritto è assicurata dalla legge. Ma Lopez specifica la sua tesi affermando che per prevenire ogni arbitrio è necessario che "il principio di legalità investa tutto l'ordinamento dello Stato"⁴⁷. È una maniera, alquanto velata, per dire che la certezza del diritto esiste solo dove la massima autorità risiede presso la legge e non presso di chi detenga il comando politico. Si tratta, in tutti i casi fin qui considerati – la critica al diritto libero, la censura delle concezioni che si ispirano all'"ordinamento concreto", infine il primato della legge sugli uomini – di posizioni in decisa controtendenza rispetto alla fase della storia politica europea in cui esse vengono presentate e ancora più apprezzabile è la libertà che esse manifestano se si considera la giovane età e la conseguente marginalità scientifica del loro autore. Senonché, concludendo la sua disamina, Lopez afferma che questa condizione si afferma nello Stato

⁴³ LOPEZ DE OÑATE (1942) 1968, p. 72.

⁴⁴ Ivi, p. 86.

⁴⁵ Ivi, p. 125.

⁴⁶ Ivi, p. 140.

⁴⁷ Ivi, p. 141.

fascista attraverso provvedimenti del capo del governo come una circolare del 1926, relativa alla legge n. 100, dove si scrive che le norme sull'amministrazione della giustizia, presidio dei diritti e delle libertà individuali, sono riservate alla legge o una circolare del 1942 che richiama il principio della sottoposizione dell'attività amministrativa alla legge e dell'inderogabilità della tutela giurisdizionale verso i diritti e gli interessi legittimi che permette che i rapporti tra Stato e cittadini siano rapporti di diritto e mai di puro fatto. Una conclusione, questa favorevole al regime fascista, che potrebbe considerarsi 'sconcertante'⁴⁸ alla sola condizione di non considerare che anche in uno Stato totalitario l'esaltazione della legge come garanzia del singolo potrebbe, al limite, apparire come un'istanza "di tipo costituzionalistico-liberale"⁴⁹. A distanza di pochi mesi dalla sua pubblicazione il lavoro di Lopez è recensito da Piero Calamandrei e poco tempo dopo da Francesco Carnelutti. Sono due letture molto dense e partecipative ma orientate verso conclusioni diametralmente opposte. Calamandrei apprezza il culto della legalità che rinviene nelle pagine di Lopez e reputa che esso abbia "una sua grandezza morale"⁵⁰. Tutte le volte in cui il giurista si fabbrica un sistema aprioristico di verità scollegate dal dato testuale, la sua opera, secondo Calamandrei, concorre ad "annebbiar nelle coscienze il sentimento della legalità"⁵¹. Il giurista che è chiamato ad applicare una legge che gli ripugna è indotto ad aggirarla, ad interpretarla, a far dire alle sue disposizioni cose che letteralmente non dicono. Ma facendo questo, egli agirà da politico e non da giurista, giacché il sabotaggio può essere un gesto di azione rivoluzionaria ma "non certo un metodo di ricerca scientifica"⁵². Doti fondamentali del vero giurista sono, per Calamandrei, l'umiltà e l'aderenza testuale al dato normativo così come esso si presenta. Carnelutti rimprovera a Calamandrei, e a Lopez, l'assolutizzazione del dato normativo per due diverse ragioni. Anzitutto, perché in molti casi, come per esempio quando la legge stabilisce che sia il giudice a stabilire la pena da irrogare tra un massimo e un minimo edittale, l'esigenza di giustizia, ovvero la necessità di trattare ogni situazione per quel che essa ha di unico e irripetibile rispetto ad ogni altra, lascia a chi opera nel processo, dove il diritto prende vita, un margine di discrezionalità senza il quale la statica certezza della medesima soluzione ripetuta volta per volta condurrebbe a una sequenza di decisioni ingiuste; inoltre, perché individuare la soluzione della naturale tensione tra legalità ed equità nel meccanico ossequio al dato testuale è possibile solo sul presupposto, alquanto hegeliano, dell'insidenza della verità nella realtà e della realtà nella verità: "non vi può essere legge che non sia giusta perché tutto quello che è giusto che sia; se per ogni reato la legge comminasse la pena di morte, questa sarebbe, ad un tempo, la realtà e la verità perché la verità è nella realtà e nella verità la realtà"⁵³. Le riflessioni di Carnelutti, in particolare per

⁴⁸ CATTANEO 1998, p. 297.

⁴⁹ Ivi, p. 298.

⁵⁰ CALAMANDREI (1942) 1968, p. 177.

⁵¹ Ivi, p. 176.

⁵² Ivi, p. 177.

⁵³ CARNELUTTI (1943) 1968, p. 202.

la cornice in cui sono fatte, richiamano immediatamente la questione delle leggi razziali. Un caso in cui nel modo più stridente collidono la nozione formale di legalità come applicazione certa del dettato normativo e quella di giustizia come sentimento del grave torto sostanziale che la stretta osservanza delle regole reca con sé. La soluzione alla crisi del diritto offerta dalla prospettiva di Lopez (e di Calamandrei) può agevolmente far sprofondare in una crisi ancora più abissale: “Calamandrei sta con Lopez dalla parte dell’*infallibilità dell’atto*, che vuol dire nel nostro campo, dell’*infallibilità del legislatore*; solo a questo prezzo il problema del contrasto tra giustizia e certezza è eliminato”⁵⁴.

Bibliografia

Monografie

- ACERBI 2011 = G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, Milano 2011.
- ALPA 2000 = G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari 2000.
- BECCARIA 1994 = C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), a c. di F. VENTURI, Torino 1994.
- BOTTAI 1927 = G. BOTTAI, *Il diritto della rivoluzione*, Roma 1927.
- CALVO 2023 = R. CALVO, *L'ordinamento criminale della deportazione*, Roma-Bari 2023.
- CATTANEO 1998 = M.A. CATTANEO, *Terrorismo e arbitrio. Il problema giuridico nel totalitarismo*, Padova 1998.
- CARVALE 2016 = M. CARVALE, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Bologna 2016.
- COLLOTTI 2003 = E. COLLOTTI, *Il fascismo e gli ebrei. Le leggi razziali in Italia*, Roma-Bari 2003.
- DE CRISTOFARO 2008 = E. DE CRISTOFARO, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Torino 2008.

⁵⁴ Ivi, p. 204. La questione delle leggi razziali revoca in dubbio in misura ancora più radicale che nel passato la possibilità di riferirsi al diritto fascista come a un sistema di regole che si rivolga universalmente a un medesimo soggetto astrattamente considerato. L'idea che solo l'appartenenza a un ceppo etnico 'puro' e omogeneo sia il presupposto per godere della stessa capacità giuridica segna il crepuscolo di uno dei più rilevanti tra gli aspetti che caratterizzano la modernità giuridica. Peraltro, l'introduzione delle leggi che, dalla fine del 1938, limitano drasticamente la libertà individuale dei cittadini italiani di discendenza ebraica – restringendo la possibilità di contrarre matrimonio, di esercitare la potestà genitoriale, di adottare, di possedere beni, di svolgere determinate attività lavorative – avviene sin da subito con la previsione di un insieme di deroghe e di ipotesi di disapplicazione delle disposizioni introdotte. L'art. 14 del r.d.l. 1728 del 17 novembre 1938 prevede il riconoscimento di 'benemerienze' tali da attenuare il rigore delle leggi razziali sotto il profilo patrimoniale e, ancora più incisivamente, l'art. 1 della legge 1024 del 13 luglio 1939 assegna al Ministro dell'Interno, previo parere di apposita Commissione, la facoltà di dichiarare “la non appartenenza alla razza ebraica anche in difformità dalle risultanze degli atti dello stato civile”. Dunque, si determina una sorta di *mise en abyme*, di moltiplicazione concentrica di piani regolativi nei quali ciascuno è l'eccezione del livello precedente e viene parzialmente sospeso e/o derogato dal successivo. Un dato che, *ictu oculi*, esalta l'arbitrarietà e irragionevolezza delle disposizioni persecutorie. Ciò nondimeno, in termini puramente formali, persino lo strappo rappresentato dalla legalizzazione dell'antisemitismo poteva considerarsi coperto dall'art. 24 dello Statuto albertino – nonostante l'origine di questo fosse chiaramente collegata al liberalismo politico e all'emancipazione delle minoranze religiose nell'Europa del XIX secolo – secondo il quale: “Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve le eccezioni determinate dalle Leggi”. Per approfondimenti si può rinviare a: SARFATTI 2000; COLLOTTI 2003; DE CRISTOFARO 2008; ACERBI 2011; VENTURA 2013; CALVO 2023.

- DOGLIANI, MASSA PINTO 2017 = M. DOGLIANI, I. MASSA PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino 2017.
- GROSSI 2000 = P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000.
- LEIBHOLZ 2007 = G. LEIBHOLZ, *Il diritto costituzionale fascista* (1928), Napoli 2007.
- MARTUCCI 2002 = R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma 2002.
- LUHMANN 1977 = N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Roma-Bari 1977.
- PETRACCI 2014 = M. PETRACCI, *I matti del Duce. Manicomi e repressione politica nell'Italia fascista*, Roma 2014.
- NEUMANN 1965 = S. NEUMANN, *Permanent revolution. Totalitarianism in the age of international civil war* (1942), London and Dunmow 1965.
- NEUMANN 1936 = F. NEUMANN, *The rule of law. Political theory and the legal system in modern society* (1936), Leamington Spa-Heidelberg-Dover NH 1986.
- SARFATTI 2000 = M. SARFATTI, *Gli ebrei nell'Italia fascista. Vicende, identità, persecuzione*, Torino 2000.
- TRENTIN 1975 = S. TRENTIN, *Dieci anni di fascismo totalitario in Italia. Dall'istituzione del Tribunale speciale alla proclamazione dell'Impero (1926-1936)*, Roma 1975.
- TRENTIN 1983 = S. TRENTIN, *Dallo Statuto albertino al regime fascista* (1929), a c. di A. PIZZORUSSO, Venezia 1983.
- VASSALLI 1942 = G. VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale (norme ordinarie e norme eccezionali)*, Milano 1942.
- VENTURA 2013 = A. VENTURA, *Il fascismo e gli ebrei. Il razzismo antisemita nell'ideologia e nella politica del regime*, Roma 2013.
- ZAGREBELSKY 1992 = G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritto, giustizia*, Torino 1992.

Raccolte di scritti, studi e atti di convegni

- CALAMANDREI 1968 = P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* (1942), in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto. Nuova edizione riveduta. In aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele*, a c. di G. ASTUTI, appendice di M. CORSALE, Milano 1968, pp. 167-190.
- CARNELUTTI 1968 = F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto* (1943), in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto. Nuova edizione riveduta. In aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele*, a c. di G. ASTUTI, appendice di M. CORSALE, Milano 1968, pp. 191-206.
- COSTA, ZOLO 2002 = P. COSTA, D. ZOLO (a c. di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano 2002.
- D'AMELIO 1940 = M. D'AMELIO, *Sulla nuova codificazione del diritto privato*, in *Atti della reale Accademia d'Italia. Rendiconti della classe di scienze morali e storiche*, s. 7, v. I, Adunanza del 18 novembre 1939-XVII, Roma 1940, pp. 51-64.

- DE CRISTOFARO 2016 = E. DE CRISTOFARO, *Fascismo e diritto: letture militanti di un binomio problematico*, in *Liberare e federare. L'eredità intellettuale di Silvio Trentin*, a c. di F. CORTESE, Firenze 2016, pp. 9-24.
- FIORAVANTI 2002 = M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in M. FIORAVANTI (a c. di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari 2002, pp. 3-36.
- LACCHÈ 2015 = L. LACCHÈ (a c. di), *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma 2015.
- LOPEZ DE OÑATE 1968 = F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto. Nuova edizione riveduta. In aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele*, a c. di G. ASTUTI, appendice di M. CORSALE, Milano 1968, pp. 23-165.
- MATTEOTTI 2020a = G. MATTEOTTI, *Un'altra festa da abolire. La festa dello Statuto* (1923), in G. MATTEOTTI, *Il fascismo tra demagogia e consenso. Scritti 1922-1924*, a c. di M. GRASSO, Roma 2020, pp. 205-206.
- MATTEOTTI 2020b = G. MATTEOTTI, *Dopo un anno di dominazione fascista* (1924), in G. MATTEOTTI, *Il fascismo tra demagogia e consenso. Scritti 1922-1924*, a c. di M. GRASSO, Roma 2020, pp. 207-213.
- MAZZACANE 2002 = A. MAZZACANE, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in A. MAZZACANE (a c. di), *Diritto, economia e istituzioni nell'Italia fascista*, Baden Baden 2002, pp. 1-20.
- MINISTERO DELLA DIFESA, STATO MAGGIORE DELL'ESERCITO, UFFICIO STORICO 1980 = MINISTERO DELLA DIFESA, STATO MAGGIORE DELL'ESERCITO, UFFICIO STORICO, *Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Decisioni emesse nel 1927, Relazione al disegno di legge presentato alla Camera dei Deputati il 9.11.1926 e al Senato del regno il 20.11.1926 dal Capo del Governo, Primo Ministro Segretario di Stato Ministro della Guerra (Mussolini) e dal Ministro della Giustizia e degli affari di culto (Alfredo Rocco)*, Roma 1980, pp. 14-28.
- PANUNZIO 1987 = S. PANUNZIO, *La produzione del diritto* (1936), in S. PANUNZIO, *Il fondamento giuridico del fascismo*, Introduzione di F. PERFETTI, Roma 1987, pp. 283-288.
- ROCCO 1927 = A. ROCCO, *Sulla delega al Governo del Re della facoltà di emendare il Codice penale, il Codice di procedura penale, le leggi sull'ordinamento giudiziario e di apportare nuove modificazioni e aggiunte al Codice civile. Discorso alla Camera dei Deputati 27 maggio 1925* in A. ROCCO, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma 1927, pp. 261-288.

Enciclopedie, dizionari

- COSTAMAGNA 1940 = C. COSTAMAGNA, *Diritto*, in *Dizionario di politica*, a c. del Partito nazionale fascista, vol. I, A-D, Roma 1940, pp. 789-794.
- MUSSOLINI 1932 = B. MUSSOLINI, *Fascismo, dottrina* (1932), in *Enciclopedia italiana*, XIV, Milano 1949, pp. 847-851.

Articoli su rivista

- BOBBIO 1938 = N. BOBBIO, *L'analogia e il diritto penale*, in *Rivista penale* fasc. 5 (maggio) 1938, pp. 526-542.
- CARNELUTTI 1935 = F. CARNELUTTI, *L'equità nel diritto penale*, in *Rivista di diritto processuale civile* vol. 12, n. 1, 1935, pp. 105-121.
- CARRARA 1934 = M. CARRARA, *L'antropologia criminale e la "analogia" nel diritto penale*, in *Archivio di antropologia criminale, psichiatria e medicina legale*, vol. LIV, 1934, pp. 671-691.
- COSTA 2022 = P. COSTA, *Il regime fascista tra 'diritto' e 'politica': un caso di 'dual State'?*, in *Giornale di storia costituzionale* 43, 2022, pp. 93-118.
- COSTAMAGNA 1939 = C. COSTAMAGNA, *Il giudice e la legge nello Stato totalitario al 2° convegno dei giuristi italiani e tedeschi*, Vienna, marzo 1939-XVII, estratto dalla rivista *Lo Stato* a. X, f. III, marzo 1939-XVII, pp. 3-12.
- DE CRISTOFARO 2007 = E. DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* vol. 36, 2007, pp. 1031-1082.
- DE CRISTOFARO 2012 = E. DE CRISTOFARO, *Giuristi e cultura giuridica dal fascismo alla Repubblica (1940-1948)*, in *Laboratoire italien* 12, 2012, pp. 63-80.
- DE MARSICO 1933 = A. DE MARSICO, *Fascismo e diritto*, in *Irpinia. Rivista di studi regionali edita dalla società storica irpina* a. V, marzo-giugno 1933, pp. 71-94.
- GRANDI 1939 = D. GRANDI, *La riforma fascista dei Codici*, in *Il Foro italiano* vol. 64, parte IV, 1939, cc. 241-256.
- GRANDI 1940 = D. GRANDI, *Tradizione e rivoluzione nei Codici Mussoliniani*, in *Stato e diritto* a. I, f. I, marzo-aprile 1940-XVIII, pp. 8-16.
- MAGGIORE 1939 = G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Rivista italiana di diritto penale* vol. 11, a. 1939, pp. 140-161.
- MANASSERO 1938 = A. MANASSERO, *La legalità dei delitti e il divieto di analogia al IV Congresso internazionale di diritto penale*, in *Annali di diritto e procedura penale* a. VII, fasc. 6 (giugno), 1938, pp. 445-453.
- MECCARELLI 2009 = M. MECCARELLI, *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale: una prospettiva storico-giuridica*, in *Quaderni storici* vol. 44, 2009, pp. 493-521.
- NEPPI MODONA 1977 = G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del Codice penale*, in *Democrazia e diritto* a. XVII, 1977, pp. 661-684.
- PANUNZIO 1936 = S. PANUNZIO, *Il problema dei Codici e i limiti della codificazione*, estratto da *Lo Stato* f. XII, a. VII, dicembre 1936, XV, pp. 6-21.
- SBRICCOLI 1999 = M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* vol. 28, 1999, pp. 817-850.
- SØRENSEN 2001 = G. SØRENSEN, *Il doppio Stato e il fascismo*, in *Studi storici* a. 42, gennaio-marzo 2001, pp. 139-153.

A proposito di certezza del diritto

Riccardo Guastini

Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Università di Genova

Abstract (Italiano)

La letteratura in tema di certezza del diritto occupa un'intera biblioteca. In questa vasta biblioteca immaginaria il ponderoso volume di Humberto Ávila, *Teoria della certezza del diritto*, riveste una importanza speciale. Sebbene si presenti soprattutto come un lavoro dogmatico sulla costituzione brasiliana, esso ha senza dubbio una portata teorico-generale. Ed è probabilmente lo studio più vasto e sistematico in materia condotto con metodo analitico.

Keywords: Certezza del diritto; Humberto Ávila; diritto incerto

Abstract (English)

The literature on legal certainty occupies an entire library. In this vast imaginary library, Humberto Ávila's volume, Theory of Legal Certainty, has a special importance. Although it presents itself above all as a dogmatic work on the Brazilian constitution, it undoubtedly has a wider, theoretical scope. And it is probably the largest and most systematic study on the subject conducted with an analytical method.

Keywords: Legal certainty; Humberto Ávila; Uncertainty of law

La letteratura in tema di certezza del diritto occupa un'intera biblioteca. In questa vasta biblioteca immaginaria il ponderoso volume di Humberto Ávila, *Teoria della certezza del diritto* (in corso di stampa per i tipi dell'editore Giappichelli, Torino), riveste una importanza speciale.

Sebbene si presenti soprattutto come un lavoro dogmatico sulla costituzione brasiliana e specificamente sul diritto tributario brasiliano (di cui l'autore è un riconosciuto specialista), il libro ha senza dubbio una portata teorico-generale. Ed è probabilmente lo studio più vasto e sistematico in materia condotto con metodo analitico.

Humberto Ávila (HÁ di qui in avanti) decostruisce la certezza del diritto, riducendola ai suoi elementi costitutivi, e mostrandone tutte le sue molteplici dimensioni, sia concettuali sia istituzionali.

1. Il concetto di certezza giuridica

Nella tradizione teorica e dogmatica prevalente – di ascendenza illuministica e giuspositivista – il diritto è certo se, e solo se, ciascuno può prevedere con ragionevole precisione le conseguenze giuridiche delle proprie azioni, o comunque può conoscere *ex ante* i limiti e i modi dell'esercizio dei poteri coercitivi dello stato. HÁ elabora un concetto di certezza giuridica assai più articolato, entro un contesto teorico moderatamente “realistico” (nel senso del realismo giuridico) in materia di interpretazione.

A suo avviso, il diritto può dirsi “certo” a condizione che sia: (a) conoscibile e intelligibile, (b) affidabile, e (c) calcolabile.

(a) La conoscibilità del diritto solleva due distinti problemi: conoscibilità dei testi normativi e conoscibilità del loro significato, i.e. delle norme, rispettivamente. I testi normativi sono conoscibili quando siano (ovviamente) pubblicati e accessibili. Le norme, a loro volta, sono conoscibili non solo quando i testi normativi siano intelligibili in virtù della loro formulazione, ma quando, inoltre, la loro interpretazione sia guidata da metodi interpretativi e strategie argomentative noti e intersoggettivamente controllabili. A queste condizioni, il diritto può essere (relativamente) conoscibile malgrado la sua (fatale) indeterminatezza, di cui ora diremo.

(b) L'affidabilità del diritto suppone che le norme non abbiano effetti retroattivi, siano rispettose della cosa giudicata, dei diritti acquisiti, e dei rapporti esauriti. Ma affinché il diritto sia affidabile occorre altresì che sia ragionevolmente stabile, che il mutamento giuridico sia non troppo frequente né repentino, e sempre sia accompagnato da opportune norme di diritto intertemporale, che per l'appunto non travolgano i rapporti esauriti e i diritti acquisiti.

(c) Il diritto – inteso (per dirla con Crisafulli) come insieme non di “disposizioni”, ma di “norme” propriamente intese, ossia di significati – non è un oggetto previamente “dato” ai giuristi e ai giudici, indipendentemente dalla sua interpretazione e applicazione: al contrario, ne dipende interamente. Così è perché i testi normativi non hanno un unico, univoco, significato (e, si potrebbe aggiungere, spesso presentano lacune, spesso esprimono norme confliggenti). In questo senso il diritto è indeterminato.

Duplicemente indeterminato, direi. Per un verso, è indeterminato l'ordinamento, nel senso che è controverso quali norme appartengano ad esso. Per un altro verso, è indeterminata ogni singola norma, nel senso che è controverso quali fattispecie ricadano nel suo campo di applicazione.

L'indeterminatezza del diritto – non consente di prevedere con precisione – con “certezza” – le conseguenze giuridiche delle proprie azioni. Nondimeno, i possibili (plausibili) significati dei testi normativi sono in numero finito, e sono identificabili alla luce dei metodi d'interpretazione e degli stili di argomentazione in uso. Il diritto è calcolabile quando – essendo conoscibile, intelligibile, e affidabile – i cittadini (o almeno i loro avvocati e consulenti), conoscendo la pratica interpretativa e argomentativa esistente nella cultura giuridica data, abbiano una elevata capacità di anticipare le alternative interpretative, così da prevedere, sia

pure tentativamente e solo approssimativamente, le possibili decisioni degli organi dell'applicazione e segnatamente dei giudici. Componente essenziale della certezza giuridica è dunque il controllo razionale della discrezionalità interpretativa.

Risulta evidente che conoscibilità, affidabilità, e calcolabilità sono proprietà strettamente intrecciate l'una con l'altra.

D'altra parte, è facile intuire che tutti i concetti in gioco sono concetti quantitativi, non classificatori. Nella teoria di HÁ, insomma, la certezza non è un concetto a due valori (certo/incerto): è piuttosto questione di grado. E comunque la certezza "assoluta" è inatingibile.

2. La struttura normativa dello stato di diritto

Molte costituzioni proclamano solennemente il valore della "sicurezza", intesa come assenza di (o protezione da) minacce alla vita, alla salute, alla libertà, alla proprietà. Il principio di certezza "del diritto", per contro, raramente si trova espressamente costituzionalizzato: la costituzione spagnola (ma, secondo HÁ, anche quella brasiliana) è una eccezione.

Il principio in questione, tuttavia, si affaccia spesso nelle argomentazioni dei tribunali costituzionali, quale criterio di valutazione della "ragionevolezza" delle leggi. Se ne trova un buon esempio in una decisione additiva della Corte costituzionale italiana (Corte cost. 364/1988), che, pur senza fare espresso riferimento alla certezza del diritto, ha ritenuto parzialmente incostituzionale l'art. 5 cod. pen. – il principio "Ignorantia juris non excusat" (o, come anche si dice, "Nemo censetur ignorare jus") – laddove *non* prevede come causa di giustificazione l'impossibilità di conoscere e/o comprendere la legge (penale).

Anche là dove non è espressamente formulato, il principio di certezza giuridica può essere tuttavia "costruito" – ricavato per via argomentativa – da una lunga serie di disposizioni costituzionali, comuni a molti ordinamenti liberal-democratici, detti comunemente "stati di diritto".

Qualunque ordinamento giuridico (occidentale moderno) è costituito da due livelli, o strati, di norme:

(i) le norme di condotta, che si rivolgono ai privati cittadini, qualificando deonticamente (obbligatorio, proibito, permesso, facoltativo) il comportamento; e

(ii) le meta-norme di autorizzazione o competenza, che istituiscono e disciplinano (circoscrivendoli) i pubblici poteri di produzione e applicazione del diritto, mediante modalità non deontiche, ma hohfeldiane: potere (o competenza che dir si voglia), soggezione, incompetenza, immunità.

Ebbene, in uno stato liberale di diritto, ciascuno dei due insiemi di norme ha una sua propria norma di chiusura.

L'insieme delle norme di condotta è chiuso dal principio di libertà, o norma generale "esclusiva" (Donati) o "negativa" (Zitelmann): "Tutto ciò che non è espressamente proibito (ai privati cittadini) è tacitamente permesso". Se ne trova una mirabile formulazione nell'art.

5 della *Déclaration* dell'Ottantanove: «Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas».

L'insieme delle meta-norme di competenza, a sua volta, è chiuso dal principio di legalità: grosso modo, "Tutto ciò che non è espressamente permesso (agli organi dello stato, ai pubblici poteri) è tacitamente proibito".

Ma entrambi questi principi esigono qualche chiarimento.

(a) Il principio di libertà, così come l'ho formulato, è una banale tautologia, dal momento che le modalità deontiche sono interdefinibili, e "permesso" è logicamente equivalente a "non-proibito". Ma è importante capire che altro è un comportamento permesso (in senso negativo, diciamo) perché non proibito (e dunque suscettibile di proibizione in futuro); altro è un permesso (positivo) statuito da una norma che espressamente conferisce un diritto di libertà.

E, ovviamente, la distinzione tra permesso negativo e permesso positivo riveste una importanza speciale quando il permesso positivo di cui si parla sia un diritto di libertà conferito da una costituzione rigida. Una libertà costituzionale è altra cosa da una libertà "naturale" pre-giuridica, che sussiste (solo) là dove il diritto positivo non si spinge.

Si noti che questo modo di vedere (che risale alla teoria giuridica secentesca: Hobbes, Pufendorf) suppone che la libertà "naturale" sia coestensiva con le lacune del diritto, intese, in modo elementare, pre-teorico, come condotte non deonticamente qualificate, e dunque indifferenti. È l'idea dello "spazio vuoto di diritto" di Bergbohm e Santi Romano (sebbene con questa idea essi pretendessero non già di illustrare il concetto di lacuna, ma di negare l'esistenza di lacune).

(b) La formulazione deontica del principio di legalità, offerta sopra, simmetrica al principio di libertà, è icastica, ma concettualmente imprecisa, giacché qui sono in gioco non propriamente concetti deontici, ma concetti hohfeldiani. Tecnicamente si dovrebbe dire: "Tutto ciò che non è autorizzato è non autorizzato".

Di nuovo, una tautologia, si direbbe. Ma non è così, perché l'espressione "non autorizzato" (almeno in diritto pubblico) ha, diciamo così, un significato instabile. Nella prima occorrenza "non autorizzato" è la proprietà di un potere non conferito da una norma previa. Nella seconda occorrenza, "non-autorizzato" è la proprietà di un atto formalmente invalido.

Così è perché "in natura" esistono sì libertà pre-giuridiche (condotte non disciplinate dal diritto, e dunque giuridicamente indifferenti), ma non poteri o competenze. Il potere (giuridico: altra cosa è il potere di fatto) è una creazione artificiale del diritto positivo. Insomma, il principio di legalità è semplicemente una regola sulla validità degli atti delle pubbliche autorità, ivi inclusa l'autorità legislativa laddove la costituzione sia rigida.

3. Le istituzioni della certezza

HÁ argomenta persuasivamente che il principio di certezza giuridica, anche là dove non è espressamente formulato in costituzione, è strumentale alla realizzazione di altri principi

espressi, che intrattengono con esso una connessione evidente, ed è pertanto “implicito” in essi. “Implicito”, beninteso, non in senso strettamente logico, ma in senso argomentativo. Del resto, non è infrequente incontrare nella giurisprudenza costituzionale di diversi paesi la costruzione di un qualche principio inespresso con l’argomento che tale principio, pure *inespresso*, è condizione necessaria di efficacia dell’uno o dell’altro principio costituzionale *espresso*. La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana ne offre innumerevoli esempi.

I principi espressi da cui può essere ricavato il principio inespresso di certezza sono principalmente i principi di libertà, eguaglianza, e dignità. Quest’ultimo, a onor del vero, è un concetto estremamente elastico e sfuggente; si può anzi dubitare che abbia un contenuto (non meramente emotivo, ma) normativo qualsivoglia. HÁ, molto sensatamente, lo ridefinisce come la capacità di pianificare il proprio futuro, sicché la protezione della dignità esige – e la certezza del diritto è funzionale a – il rispetto dell’autonomia individuale: il principio cardine dell’etica liberale.

D’altro canto, il principio di certezza, anche là dove non è espressamente formulato, offre giustificazione assiologica a – e trova concretizzazione in – una lunga serie di principi e regole espressi, di rango ora costituzionale, ora semplicemente legislativo. Tra questi (sarebbe difficile enumerarli tutti):

- (a) le regole in materia di pubblicazione degli atti normativi e di *vacatio legis*;
- (b) il principio di legalità della giurisdizione (la soggezione del giudice alla sola legge e l’obbligo di motivazione delle decisioni giurisdizionali);
- (c) il principio di legalità dell’amministrazione (e il connesso principio di tipicità degli atti amministrativi);
- (d) il principio di stretta legalità e stretta interpretazione (divieto di analogia e, a mio avviso, anche di interpretazione estensiva) in materia penale;
- (e) il principio di legalità dei tributi;
- (f) il principio di irretroattività della legge (sebbene in alcune costituzioni questo sia circoscritto alla sola legge penale);
- (g) la regola di intangibilità della cosa giudicata, nonché dei rapporti esauriti e dei diritti acquisiti;
- (h) la stessa rigidità costituzionale, che è funzionale alla certezza giuridica al livello più elevato della gerarchia delle fonti.

Il principio di certezza del diritto, insomma, è strumentale alla realizzazione di altri principi più alti, che lo giustificano, e al tempo stesso è a sua volta matrice – e fondamento assiologico – di altri principi subordinati che lo concretizzano.

4. Gli ostacoli alla certezza

Malgrado quanto sono venuto dicendo, è abbastanza evidente che il principio di certezza giuridica è inattuato, o comunque attuato molto imperfettamente, in tutti gli ordinamenti statali

contemporanei. Dal lavoro di HÁ emerge con chiarezza quali e quanti fenomeni rendano il diritto incerto.

Nel seguito, tralasciando le cause dirette di discrezionalità interpretativa (equivocità dei testi normativi, vaghezza o “trama aperta” delle norme, clausole generali, lacune, antinomie, ecc.), provo ad enumerare senza un ordine preciso alcuni ostacoli, macroscopici, alla certezza.

1. Una prima classe di ostacoli deriva dal sistema delle fonti, più precisamente dalla pluralità di fonti eterogenee (leggi centrali e locali, atti governativi con forza di legge, ecc.), non sempre chiaramente ordinate secondo un ordine gerarchico.

Ciò è particolarmente vero, naturalmente, nei paesi dell’Unione europea, dove la normativa europea interferisce con le fonti nazionali. Persino con le fonti di rango costituzionale, secondo giurisprudenza consolidata, sebbene assai discutibile (chi scrive la trova decisamente infondata: come può una norma qualsivoglia, nella specie una norma internazionale convenzionale, prevalere sulla norma, nella specie una norma costituzionale, che le dà fondamento? potrebbe mai un regolamento derogare alla legge che lo autorizza o un decreto delegato derogare alla legge di delegazione?).

2. Una seconda classe di ostacoli attiene al disordine dei testi normativi. Ad esempio:

(a) la bulimia delle autorità normative, cui segue una sterminata quantità di disposizioni normative sinchronicamente vigenti;

(b) la dispersione delle disposizioni vigenti in una molteplicità di documenti normativi distinti (insomma: la insufficiente codificazione);

(c) la instabilità diacronica dei testi normativi, giacché ogni giorno nuove disposizioni sono introdotte nell’ordinamento, mentre disposizioni previgenti sono *tacitamente* derogate, o soppresse e sostituite.

3. Una terza classe di ostacoli deriva dalla (pessima) tecnica di redazione dei testi normativi. Qualche esempio.

(i) L’inclusione in un testo normativo su una qualsivoglia materia x di disposizioni che vertono su tutt’altra materia y, senza alcuna relazione con la materia x, rende assai difficile l’identificazione del diritto vigente sulla materia y.

(ii) Accade frequentemente (normalmente, in realtà) che un testo normativo non già sostituisca, ma solo modifichi parzialmente un testo previgente, cambiando, ad esempio, non una legge intera, ma solo una disposizione legislativa, sicché la disciplina della materia in questione si trova dispersa in testi legislativi distinti; o anche (e ancor peggio) cambiando solo alcune parole di una disposizione preesistente (o sopprimendole), e non la disposizione nella sua interezza, sicché per identificare la disposizione vigente occorre combinare due (o più) frammenti di enunciati dispersi in testi normativi differenti.

(iii) Accade altresì che un testo normativo A modifichi un precedente testo normativo B che a sua volta aveva modificato un precedente testo normativo C: con il risultato di rendere pressoché inconoscibili le disposizioni vigenti se non per gli specialisti.

(iv) Una disposizione che faccia rinvio ad un'altra disposizione preesistente è priva di significato autonomo e indipendente, sicché non può essere compresa se non in combinazione con una diversa disposizione collocata in tutt'altro testo normativo; e d'altro canto una disposizione che (come pure accade) faccia rinvio ad una disposizione futura, ossia al momento inesistente, è a sua volta priva di qualsivoglia contenuto normativo (almeno quando non sia accompagnata da una norma di diritto intertemporale).

(v) L'abrogazione, totale o parziale, produce effetti univoci solo quando è espressa e inoltre menziona con precisione (con "nome e cognome", per così dire) le disposizioni normative in tutto o in parte abrogate; per contro, quando l'autorità normativa detta una nuova disciplina per una fattispecie qualsivoglia senza abrogare espressamente le disposizioni preesistenti (abrogazione meramente tacita), il risultato è fatalmente dubbio e potenzialmente controverso.

L'abrogazione "innominata" ("Sono abrogate tutte le norme incompatibili con la presente"), dal canto suo, altro non è che una sorta di delega ad abrogare rivolta agli organi dell'applicazione.

Fenomeni, tutti quelli menzionati, che mettono seriamente in discussione la sensatezza del principio tralatizio *jura novit curia*.

4. Infine, una quarta classe di ostacoli deriva dalla prassi giurisprudenziale. Mi riferisco a fenomeni quali:

(a) l'interpretazione non uniforme, alla quale non sempre sopperisce il giudizio di cassazione;

(b) l'interpretazione non convenientemente argomentata (spesso una motivazione inutilmente prolissa, frequente in tutte le giurisdizioni, maschera la mancanza di seri argomenti);

(c) i *revirements*, specie quando si situano al livello degli organi giurisdizionali di ultima istanza;

(d) l'interpretazione detta "evolutiva" (o "dinamica"), che, nell'inerzia del legislatore, attribuisce ai testi normativi (peraltro non senza ragione a volte) un significato diverso da quello comunemente accolto;

(e) l'applicazione analogica, che – se consente al giudice di colmare le lacune (reali o immaginarie), come è doveroso fare vigendo il divieto di *non liquet* – produce comunque decisioni imprevedibili *ex ante*, perché fondate su norme fino a quel momento inesprese.

Il lavoro di HÁ mostra come il tema della certezza giuridica sia una sorta di *Aleph* (nel senso di Borges) dal quale molti problemi centrali della moderna teoria del diritto si intrecciano e si mostrano in tutta la loro evidenza.

Certezza del diritto e legalità costituzionale*

Roberto Bin

Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Ferrara, Ferrara, Italia

Abstract (Italiano)

La certezza del diritto entra nell'orizzonte del diritto costituzionale come uno degli obiettivi che danno senso all'intero ordinamento. L'incertezza è il punto di partenza negativo, il problema da risolvere; così come il disordine è il male a cui rimediare, la Costituzione e il diritto costituzionale dovrebbero essere gli strumenti per rimediare. Il saggio prende in esame i tre principali strumenti previsti dalla Costituzione per avvicinarsi all'obiettivo della certezza del diritto: la separazione tra diritto e politica; la pluralità dei gradi di giudizio e il ruolo speciale della Corte di Cassazione; la funzione sociale della difesa dei diritti individuali.

Keywords: *Entfremdung*, pluralità di gradi di giudizio, diritti individuali, Corte costituzionale

Abstract (English)

Legal certainty enters the horizon of constitutional law as one of the objectives that give meaning to the entire legal system. Uncertainty is the negative starting point, the problem to be solved; just as disorder is the evil to be remedied, the constitution and constitutional law should be the instruments to remedy it.

The essay examines the three main instruments provided by the constitution to approach the goal of legal certainty: the separation of law and politics; the plurality of degrees of judgement and the special role of the Court of cassation; the social function of the defense of individual rights.

Keywords: *Entfremdung*, Plurality of Degrees of Judgement, Individual Rights, Constitutional Court

* Questo contributo è destinato agli scritti in memoria di un caro amico, Gladio Gemma.

1. Premessa

La certezza del diritto entra nell'orizzonte del diritto costituzionale come uno degli obiettivi che danno senso all'intero sistema giuridico. L'incertezza è il dato negativo di partenza, il problema da risolvere; così come il disordine è il male a cui porre rimedio, la costituzione e il diritto costituzionale dovrebbero essere gli strumenti per rimediarvi¹. D'altronde, il diritto, nel suo insieme, serve alla certezza dei rapporti sociali. Il che significa che la certezza del diritto è sempre un obiettivo esterno al diritto, a cui si mira attraverso i mezzi predisposti dall'ordinamento e, in primo luogo, dalla costituzione stessa.

Quali strumenti? Con quali strategie la costituzione mira a avvicinare l'obiettivo della certezza del diritto? Cercherei di rispondere alla domanda seguendo tre vie: la separazione tra diritto e politica; la pluralità dei gradi di giudizio; la tutela dei diritti.

2. *Entfremdung*

La prima strada è senz'altro quella che mira a regolare l'ingresso del nuovo diritto nell'ordinamento giuridico: o meglio, a separare con un tratto netto la volontà politica dalla norma giuridica, che pure di quella è figlia. Come spiega Luhmann, la costituzione moderna nasce dalla differenziazione tra il sistema giuridico e il sistema politico². La cura con cui la costituzione disciplina il procedimento legislativo sta appunto a garantire l'*Entfremdung*, a tracciare con nettezza la soglia tra potere e diritto.

La formalità del procedimento di formazione delle norme che vincoleranno i nostri comportamenti è quindi la prima condizione, necessaria benché non sufficiente, per garantire la certezza del diritto. Essa comporta la netta chiusura del sistema delle fonti, che non è composto solo dalle leggi e dalle altre fonti primarie, tutte individuate e disciplinate dalla costituzione, ma anche dalle fonti sub-legislative, la cui disciplina dipende dalle leggi ordinarie.

La tesi della chiusura del sistema delle fonti, che qui enuncio con tanta risolutezza, è peraltro contestata da dottrina autorevole e forse maggioritaria: il motivo che porta a negarla è la confusione che regna nella produzione normativa italiana, in cui spesso può sembrare che qualsiasi ordine (e la separazione tra fonte e non-fonte è senz'altro un tratto importante dell'ordine) si sia ormai perso. Ma – come ho cercato di chiarire in un recente libretto³ – la netta separazione tra ciò che è fonte dell'ordinamento e ciò che non lo è non deve essere considerata come qualcosa che possa trarre conferma o smentita da dati di osservazione empirica:

¹ Come scriveva RANELLETTI 1913, p. 168, “fu negli scopi delle moderne carte costituzionali assicurare la certezza e la stabilità delle norme fondamentali dell'ordinamento e l'attività dello Stato e i diritti fondamentali dei cittadini e le loro guarentigie”.

² Cfr. LUHMANN 1996, p. 83 ss. (spec. 87 e 110 s.).

³ BIN 2021.

è un principio di sistema, una norma che non può essere negata, anche se può essere violata. Appartiene al dover essere, non all'essere: ed è una condizione di pensabilità di un sistema giuridico di tradizione liberale.

Non si tratta però di una condizione astratta, priva di riflessi sulla pratica del diritto. Gli effetti della confusione tra ciò che è e ciò che non è norma giuridica sono nefasti, come ha dimostrato la recente polemica, che ha impegnato anche settori non ristrettissimi della dottrina giuridica, attorno ai famosi d.P.C.M. con cui il Governo ha cercato di arginare gli effetti della pandemia da Covid-19. La stessa Corte costituzionale, però, ha riposizionato i confini tra le fonti impiegate (i decreti legge, per lo più) e gli “atti amministrativi tipizzati”, che fonti non sono (i d.P.C.M. appunto)⁴. Se si perde questo criterio discrezionale la confusione che si ingenera può essere fatale.

La chiusura del sistema delle fonti è dunque un principio normativo che caratterizza (*rectius*, deve caratterizzare) il sistema costituzionale, e chiede di impedire la rottura degli argini tra decisione politica e norma giuridica. Ogni punto in cui qualche falla sembra aprirsi suscita la reazione della dottrina e della giurisprudenza. I tentativi del potere politico di incidere indebitamente nel sistema normativo sono di regola rintuzzati proprio in nome della certezza del diritto⁵. Le leggi che si pretendono retroattive, per esempio, magari celate sotto l'equivoca veste della “interpretazione autentica”, suscitano il sistematico rigetto del giudice costituzionale e della dottrina⁶. L'abuso dell'interpretazione autentica, spiega la Corte⁷, lede “l'affidamento dei consociati nella sicurezza giuridica e le attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria”.

3. Tre gradi di giudizio

Tutto ciò serve a separare il diritto dalla volontà politica: a dividere ciò che è “fonte” del diritto – e quindi può incidere sui diritti delle persone – e ciò che non lo è; ma non basta a garantire la certezza del diritto. La distanza tra l'atto normativo e la sua applicazione ai casi della vita è riassunta nella voce “interpretazione giuridica”, e nella particolare versione di essa affidata all'autorità dei giudici.

Che l'interpretazione non sia un processo univoco capace di garantire la convergenza dei risultati non ha bisogno di essere qui tematizzato. Non bastano le solide radici comuni che gli studi di giurisprudenza assicurano agli interpreti, né gli scaffali delle biblioteche giuridiche dedicati alle tecniche di interpretazione e all'applicazione del diritto. L'incertezza è una

⁴ Si veda in particolare C. Cost. 198/2021.

⁵ Si veda per es., nella giurisprudenza costituzionale che cerca di porre limiti al condono legislativo di abusi di vario tipo, C. Cost. 54/2009 (e i precedenti ivi citati): vi si osserva che attraverso i condoni “è leso l'affidamento dei consociati nella natura definitiva della normativa in questione, e con esso, in ultima analisi, la stessa certezza del diritto”.

⁶ Si veda la fondamentale ricerca di PUGIOTTO 2003 e, nella giurisprudenza costituzionale successiva, C. Cost. 78/2012.

⁷ C. Cost. 209/2010, richiamata da C. Cost. 260/2015 e recentemente ribadita, tra le tante, da C. Cost. 61/2022.

dimensione esistenziale dell'interpretazione, non solo di quella giuridica (e non solo dell'interpretazione). La costituzione ne è a tal punto consapevole da individuare il primo rimedio nella garanzia dei tre gradi di giudizio, assegnando alla Corte di Cassazione, ed in particolare alle Sezioni unite, il compito della nomofilachia⁸. Un procedimento tanto articolato serve esclusivamente a garantire che nell'applicazione della legge si siano scelte le interpretazioni più ragionevoli e sostenibili sulla base della legge stessa. Non è certo garanzia di certezza del diritto, ma assicura almeno che all'incertezza sia tolto il rischio dell'arbitrarietà e della totale imprevedibilità.

C'è di più. Il sistema giuridico moderno si basa sul divieto di denegare giustizia, che nel codice civile italiano è espresso nell'art. 12 delle c.d. "Preleggi". Quale sia la domanda che gli venga rivolta, il giudice deve dare una risposta in termini di diritto, sia essa positiva o negativa. È una risposta che deve fondarsi sulle norme vigenti: il principio "il giudice è soggetto soltanto alla legge" (art. 101.2 Cost.) sancisce, non soltanto la autonomia e indipendenza del giudice da qualsiasi altra autorità, ma anche il vincolo che lo lega al testo, alla fonte normativa. Se di per sé l'interpretazione non assicura mai la certezza dei suoi risultati (e perciò esiste la garanzia dei più gradi di giudizio), la autonomia in cui si svolge il processo di interpretazione dei testi normativi e l'obbligo di motivazione della decisione basata sui testi concorrono ad avvicinare l'obiettivo della certezza e prevedibilità del risultato. Il risultato dev'essere argomentato e motivato; sulla motivazione si svolge il controllo dell'opinione pubblica, oltre che degli eventuali giudici di appello. L'interpretazione del diritto può essere considerata quindi come un'opera collettiva. "Il ponte non è sostenuto da questa o quella pietra... ma dalla linea dell'arco che esse formano", rispose Marco Polo alle domande di Kublai Khan che cercava di capire cosa fosse un arco⁹. È l'insieme delle interpretazioni che avvicina l'obiettivo della certezza del diritto.

4. La difesa "egoistica" dei propri diritti

La terza via per ridurre l'incertezza del diritto si basa sulla illimitata possibilità di appellarsi alla legge e reclamare davanti ad un giudice "tecnico" la tutela dei propri diritti e interessi. "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi" è quindi la norma costituzionale fondamentale che indica la garanzia, non già di un diritto oggettivo "certo" (che resta un'aspirazione), ma che ciò che il diritto oggettivo promette alle persone possa da queste essere sempre tutelato davanti ad un giudice: e che questi, amministrando i diritti degli individui, possa sempre ricorrere alla Corte costituzionale per assicurare che le promesse scritte in costituzione vengano mantenute dalle fonti legislative che il giudice

⁸ Sulla connessione tra la funzione nomofilattica e la "centralità del valore della certezza del diritto, pietra d'angolo del sistema di tutele giurisdizionali in uno Stato di diritto", cfr. ora C. Cost. 13/2022.

⁹ Ho usato questa metafora in conclusione di BIN 2013.

deve applicare al caso. La tutela del rispetto del testo costituzionale si lega così alla certezza dei propri diritti.

Al contrario di quello che spesso si dice, non è la Corte costituzionale il “giudice dei diritti”¹⁰. Ogni giudice comune, sia ordinario che amministrativo, svolge per la sua parte il compito della tutela dei diritti così come essi sono regolati dalle leggi. Ma se le leggi non sono conformi alla costituzione, il giudice deve sospendere il suo giudizio e investire del problema la Corte costituzionale. Anche la Corte costituzionale concorre quindi al compito di garantire la certezza, la certezza dei diritti costituzionali e della loro tutela.

L’aspetto più interessante del sistema è che esso si preoccupa della concretezza della tutela dei diritti. Davanti al giudice si può agire quando si abbia un interesse concreto all’azione; e il giudice può interrogare la Corte costituzionale solo se la questione che le pone è “rilevante”, deve cioè essere attinente, anzi pregiudiziale, rispetto al giudizio che egli è chiamato a svolgere; lo stesso giudice costituzionale è legato al principio della domanda, può quindi pronunciarsi solo in relazione alla questione concreta che le è stata posta.

L’estrema astrattezza della tutela assicurata ai diritti dal testo costituzionale si sposa così con la necessaria concretezza della tutela assicurata dalla Corte costituzionale. E di questa concretezza è strumento di garanzia assai raffinato il giudizio di ragionevolezza.

Come può il testo costituzionale, con le poche righe che dedica a ciascuno dei nostri diritti fondamentali o con le disposizioni di principio, per loro stessa natura fraseggiate con il massimo grado di astrattezza, consentire una risposta “certa” a tutte le domande che sorgono nei casi concreti sottoposti ai giudici comuni? Due le vie attraverso le quali la Corte ha cercato di uscire da questa *impasse*. Da un lato rifiutando sin dall’inizio teorie dell’interpretazione costituzionale che accreditino la “pietrificazione” del testo e l’“originalismo” come teoria della sua interpretazione. Il testo – ha affermato la Corte fin da subito – “vive” nella comunità e la sua interpretazione deve adattarsi all’evoluzione della società. Per esempio, ciò che è ‘famiglia’ oggi è cosa ben diversa da ciò che la parola significava nel 1947: i diritti che erano protetti allora non sono quelli che sono protetti ora¹¹. L’evoluzione interpretativa del significato di termini la cui scrittura non è cambiata non migliora la “certezza” della tutela giuridica: anzi, potrebbe sembrare l’opposto. D’altra parte, la sua “pietrificazione” avrebbe progressivamente ridotto il significato sociale e l’ambito di applicazione della tutela dei diritti, che si restringerebbe sempre più man mano il tempo ne riveli l’inevitabile obsolescenza. Eppure il testo non molla mai l’ormeggio del significato: come spiegava Edward H. Levi¹², il richiamo al testo giustifica *revirement* che riavvolgono catene di precedenti evolutivi che troppo si sono allontanati da esso. Quel tanto di certezza che si perde a causa dell’interpretazione evolutiva, la quale muta nel tempo il significato delle parole per ade-

¹⁰ Per questa tesi, forse anch’essa minoritaria, rinvio a BIN 2018.

¹¹ Sul tema rinvio a BIN 2022a, p. 101 ss. (e BIN 2022b, p. 514 ss.)

¹² LEVI 1949, p. 58 s.

guarlo al mutamento della società, lo si riguadagna con la capacità del testo di proporsi come regola dei problemi attuali.

Di questo adeguamento del diritto ai fatti concreti è strumento particolarmente efficiente il principio di eguaglianza applicato come giudizio di ragionevolezza. È il modo in cui la Corte costituzionale si è attrezzata per inseguire la “infinita variabilità del reale”, per usare un’espressione cara alla Corte stessa. Si dice che la ragionevolezza promuove la coerenza dell’ordinamento, smussando tutte quelle durezze che le leggi producono circoscrivendo le fattispecie a cui si applicano. Il funzionamento di questo potente strumento di produzione della coerenza delle norme è sempre legato all’interesse egoistico dell’individuo, che agisce davanti ad un giudice lamentando la discriminazione che ritiene di aver subito.

Il che significa che la rivendicazione dell’interesse del singolo produce coerenza, e quindi certezza e tutela dell’affidamento, ed è perciò premiata dall’ordinamento. La tutela è accordata infatti solo a chi agisce: chi subisce l’applicazione della legge incostituzionale senza reagire ricorrendo al giudice non concorre all’opera collettiva della coerenza dell’ordinamento e della certezza delle sue norme. I rapporti giuridici si possono consolidare anche se contrari a costituzione se non si agisce per tempo: persino il condannato in via definitiva, in applicazione di una legge dichiarata solo in seguito incostituzionale, vede cessare l’esecuzione della sua condanna, ma non trae alcun altro beneficio, quale potrebbe essere per esempio la cancellazione della condanna stessa: perché ha lasciato che il giudicato si formasse senza contestare la legittimità costituzionale della norma incriminatrice. Solo il cittadino attivo, che si spende per la tutela dei propri interessi egoistici, collabora all’opera collettiva che persegue l’obiettivo della certezza.

5. La certezza del diritto nella giurisprudenza costituzionale

Come si osservava in esordio, la certezza del diritto è un’esigenza, un obiettivo che ispira larghi tratti del sistema giuridico, e di quello costituzionale segnatamente. Non si tramuta però in un preciso *standard* di giudizio, in un principio su cui viene fondata una decisione di merito attorno alla legittimità costituzionale degli atti legislativi.

Nei primi anni della giurisprudenza costituzionale, anzi, la certezza del diritto viene nominata raramente. I casi in cui viene richiamata si contano sulle dita di una mano nei primi dieci anni: quello che è ancora più significativo è che alla certezza del diritto si fa riferimento, non come parte di un parametro di giudizio sulla legittimità costituzionale delle leggi sottoposte a giudizio, ma quasi a volere delimitare le conseguenze derivanti dal possibile accoglimento della questione, che potrebbe creare “grande confusione, perché lascerebbe a tutti, amministratori, funzionari e cittadini chiamati ad interpretare, applicare ed osservare la legge, una latitudine di indagine che servirebbe ben poco alla certezza del diritto”¹³; infatti “i dubbi di co-

¹³ C. Cost. 19/1956.

stituzionalità” insidierebbero “il preminente interesse pubblico della certezza del diritto”¹⁴. La stessa interpretazione estensiva delle categorie tracciate dal legislatore (che anni dopo avrebbe giustificato anche un intervento estensivo pronunciato dalla Corte costituzionale utilizzando il grimaldello del principio di eguaglianza) viene sconsigliata proprio per la “esigenza fondamentale della certezza del diritto, che mal si concilierebbe con la forzata genericità derivante alla norma da una diversa e più lata interpretazione”¹⁵.

Negli anni più recenti la Corte costituzionale si rifà più spesso all’esigenza della certezza del diritto. Sono di solito le ordinanze di rimessione a invocarla, anche per sollecitazione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell’UE (preoccupata della corretta applicazione delle norme europee)¹⁶ e della CEDU, che nella sua giurisprudenza ha ripetutamente insistito sulle esigenze di chiarezza, accessibilità, prevedibilità della base giuridica, esigenze che sono ricomprese nel principio della certezza del diritto, presupposto del principio di legalità¹⁷: sono “principi di preminente interesse costituzionale, che costituiscono altrettanti motivi imperativi di interesse generale secondo la Corte EDU”, avverte la Corte costituzionale per dimostrare che la CEDU non aggiunge nulla a quanto già c’è in costituzione¹⁸. Tuttavia la Corte costituzionale non sembra disposta a dare un rilievo autonomo al principio di certezza del diritto, anche se ne ha costantemente ribadito il valore costituzionale. Esso è sempre entrato in gioco accompagnato da argomenti più pregnanti, basati sul principio di irretroattività delle leggi e dei connessi principi di tutela dell’affidamento dei consociati¹⁹ e di buon andamento della pubblica amministrazione²⁰.

Alla fine, la giurisprudenza più esplicita nel valorizzare il significato costituzionale della certezza del diritto, “pietra d’angolo del sistema di tutele giurisdizionali in uno Stato di diritto”, è quella che ribadisce ed esalta il principale strumento predisposto dalla costituzione per realizzare questo obiettivo: cioè la funzione nomofilattica delle Sezioni unite della Cassazione²¹. Non c’è dubbio che la certezza del diritto sia un “valore” che non può essere ignorato dalla costituzione: ma non occorre che essa ne faccia oggetto di espliciti proclami, basta che predisponga strumenti utili a conseguire il risultato.

¹⁴ C. Cost. 129/1957. Negli anni successivi però la Corte costituzionale si orienta a ritenere che l’impugnazione delle leggi possa in effetti servire ad “un interesse generale alla certezza del diritto”: cfr. C. Cost. 30/1964 e 121/1966.

¹⁵ C. Cost. 73/1958.

¹⁶ Si veda per es. C. Cost. 142/2018.

¹⁷ Cfr. tra tutte *Baranowski c. Polonia*, del 28 marzo 2000.

¹⁸ C. Cost. 24/2018.

¹⁹ Cfr. per es. C. Cost. 446/1994, 8/2016, 188/2022. Particolarmente esplicita e ricca di riferimenti ai precedenti C. Cost. 210/2021.

²⁰ Per es. C. Cost. 198/2022.

²¹ C. Cost. 13/2022.

Bibliografia

- BIN 2013 = R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva "quantistica"*, Milano 2013.
- BIN 2018 = R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC* 4 (2018), pp. 633-650.
- BIN 2021 = R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano 2021.
- BIN 2022a = R. BIN, *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia*, in C. CAMARDI (a c. di), *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*, Padova 2022, pp. 101-111.
- BIN 2022b = R. BIN, *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia*, in *Famiglia e diritto* 29.5 (2022), pp. 514-524.
- LEVI 1949 = E.H. LEVI, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago-London 1949.
- LUHMANN 2021 = N. LUHMANN, *La costituzione come conquista evolutiva*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a c. di), *Il futuro della costituzione*, Torino 1996, pp. 83-128.
- PUGIOTTO 2003 = A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, Milano 2003.
- RANELLETTI 1913 = O. RANELLETTI, *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno (costituzionale e amministrativo)*, in *Rivista di Diritto Pubblico* 3-4, I (1913), pp. 146-172.

Sulla (in)sostenibile incertezza del diritto penale

Francesco Viganò*

Università Bocconi, Dipartimento di Studi Giuridici "A. Saffa", Milano, Italia

Abstract (Italiano)

La certezza del diritto è un principio di centrale rilievo per il diritto penale, connesso a garanzie costituzionali cruciali quali il *nullum crimen*, l'eguaglianza, il giusto processo. Questo contributo esamina i numerosi fattori che rendono, tuttavia, la realtà del diritto penale distante da quel modello ideale, e sostiene la tesi secondo cui la giurisprudenza dovrebbe divenire più consapevole del suo ruolo nell'assicurare una maggiore prevedibilità, e dunque un più elevato grado di certezza giuridica, nell'applicazione del diritto penale.

Parole chiave: Certezza del diritto, diritto penale, principio di legalità in materia penale, interpretazione giudiziaria

Abstract (English)

The principle of legal certainty is of paramount importance in criminal law, being linked to key constitutional guarantees such as nulla poena, equality of treatment, fair trial. This article explores the many factors that make the reality of criminal law distant from that ideal, and argues that courts should become more aware of their role in ensuring greater foreseeability, and more legal certainty, in the application of criminal provisions.

Keywords: Legal certainty, criminal law, principle of legality in criminal matters, judicial interpretation

* L'autore, professore di diritto penale nell'Università Bocconi di Milano, è attualmente componente della Corte costituzionale. Le opinioni espresse in questo contributo sono, tuttavia, di carattere esclusivamente personale, e non riflettono necessariamente la posizione della Corte. L'articolo riprende in buona parte e rielabora tesi già espresse in un precedente lavoro (*Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016 e in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISCATO [a c. di], *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, ESI, Napoli 2016, pp. 213-265), cui si rinvia per le indispensabili indicazioni bibliografiche.

1. Il dover essere: l'aspirazione alla certezza nel diritto penale

Il diritto penale – e il suo braccio armato, il procedimento penale – è la branca dell'ordinamento che incide con maggiore intensità sui diritti fondamentali della persona.

La persona sospettata di avere commesso un reato può essere pesantemente limitata nei propri diritti alla vita privata, alla riservatezza delle comunicazioni, alla proprietà, alla libertà personale, per effetto di perquisizioni, intercettazioni, sequestri, misure cautelari personali. Una volta rinviato a giudizio, l'imputato è sottoposto a un processo che di per sé lo espone a un grave danno per la propria reputazione, e che è in ogni caso fonte di gravi pregiudizi emotivi e patrimoniali. L'eventuale condanna determina poi le conseguenze proprie della pena, la quale può privare la persona – per un tempo determinato, e talvolta per l'intera vita – dei propri diritti più basilari, a cominciare, ancora, dalla libertà personale, e dalla possibilità stessa di avere una libera vita di relazione. E la condanna, una volta eseguita interamente, produce una serie di effetti, che possono pesantemente incidere – in particolare – sul diritto al lavoro del condannato.

A fronte della gravità di tutte queste conseguenze, non sorprende che l'esigenza di certezza – aspirazione comune a tutte le branche del diritto – sia da sempre particolarmente avvertita proprio nel settore del diritto penale. Conseguenze così gravose sui diritti della persona non possono dipendere dall'arbitrio di polizia, pubblici ministeri e giudici; ma debbono essere basate su leggi che configurino in modo certo presupposti e limiti dell'esercizio dei loro poteri, tutelando così il consociato contro un loro uso arbitrario e imprevedibile.

1.1. Certezza e legalità penale

Questa esigenza sta, anzitutto, alla base dello stesso principio di legalità penale: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Un principio i cui classici corollari sono in gran parte funzionali proprio ad assicurare un esercizio certo dello *ius puniendi*.

Il *nullum crimen*, enunciato per la prima volta dall'art. 8 della *Déclaration* francese del 1789 (“*Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*”) in combinazione con il precedente art. 7, che sancisce il principio della legalità nel procedere (“*Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites*”), poggia su due grandi *rationes*, rispetto a ciascuna delle quali l'ideale della certezza gioca un ruolo essenziale: l'una legata alla tutela della separazione dei poteri, l'altra preoccupata della garanzia dei diritti dell'individuo nei confronti dell'autorità.

Due grandi *rationes*, peraltro, espressamente enunciate dall'art. 16 stessa *Déclaration*: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*”.

1.1.1. Separazione dei poteri

Partiamo dalla separazione dei poteri, e dunque dall'anima politico-istituzionale del *nullum crimen*.

Il potere punitivo – questo il presupposto storico del principio – appartiene al sovrano: ed è anzi, secondo l'insegnamento del contrattualismo da Hobbes in poi, uno dei connotati essenziali del suo potere, che ne segna la stessa ragion d'essere. Il contratto sociale conferisce al sovrano il monopolio dell'uso della forza, per proteggere i diritti dei consociati – oltre che dai nemici esterni – dai nemici interni cui sarebbero esposti nello stato di natura. Ma l'esperienza dell'assolutismo insegna che di questo potere il sovrano può facilmente abusare: il che induce il pensiero illuminista e rivoluzionario, alla fine del XVIII secolo, ad affermare il principio che il potere di punire deve essere circoscritto entro i limiti fissati dalla legge, espressione essa stessa della volontà popolare. Solo la legge approvata dal parlamento è autorizzata a fissare, come recita l'art. 3 della *Déclaration*, i limiti alla libertà individuale, necessari a garantire che essa non rechi danno ad altri; e solo la legge, conseguentemente, è autorizzata a stabilire quando un comportamento costituisca reato, e possa così autorizzare le privazioni della libertà e dei diritti fondamentali del cittadino che l'esercizio (legittimo) dello *ius puniendi* necessariamente comporta.

Da questa prospettiva, il principio di legalità costituisce anzitutto un argine al potere *esecutivo*, al quale sottrae il potere di stabilire i presupposti del potere di privare i cittadini della propria vita, libertà, patrimonio attraverso l'introduzione di nuove norme incriminatrici, e la cui azione di repressione dei reati costringe entro i limiti fissati in via preventiva dalla legge. Al tempo stesso, tale principio costituisce un limite allo stesso potere *giudiziario* – la cui indipendenza istituzionale dal potere sovrano, d'altronde, era alla fine del Settecento ben lungi dall'essere garantita –, nella misura in cui vincola gli stessi giudici penali a condannare nei soli casi previsti in via generale dalla legge emanata dal parlamento.

Se questa è l'aspirazione, è però evidente come il principio che vuole l'esercizio del potere punitivo vincolato alle prescrizioni della legge rischi di essere a sua volta svuotato nella sostanza, allorché la legge sia formulata in modo vago e impreciso, sì da non consentirne applicazioni *certe* da parte del potere esecutivo e giudiziario, incaricati della sua esecuzione. Una legge che comminasse una pena a carico di chiunque commettesse "azioni immorali", o "cagionanti grave danno alla società", ovvero una legge che consentisse di procedere all'arresto di qualunque cittadino ogniqualvolta ciò fosse giudicato "necessario" dalla polizia per prevenire la commissione di un reato, costituirebbero garanzie soltanto *apparenti* della separazione dei poteri: in realtà, sulla base di leggi siffatte sarebbero, ancora una volta, i funzionari di polizia prima, e poi i giudici, a determinare con assoluta discrezionalità i presupposti per l'applicazione di misure pesantemente incidenti sui diritti fondamentali della persona.

Di qui la fonte di due corollari tradizionali del principio di legalità, miranti a garantire – diremmo oggi – il suo effetto utile di garanzia della separazione dei poteri, quanto meno rispetto al versante del diritto penale sostanziale: i sub-principi di *precisione* (o, con varianti ter-

minologiche sostanzialmente equivalenti, di *tassatività* o *sufficiente determinatezza*) e di *divieto di applicazione analogica* della legge penale. Essi non sono in genere proclamati espressamente nelle costituzioni e nelle carte internazionali dei diritti, ma vengono ormai considerati parte integrante del *nullum crimen*, in forza di un ampio consenso internazionale.

Il primo corollario – riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale italiana come contenuto implicito dell'art. 25, comma 2, Cost. a partire dalla sentenza n. 96 del 1981 – esprime l'esigenza che la norma che stabilisce i requisiti del reato, e dunque i presupposti in presenza dei quali una data condotta concreta possa essere considerata penalmente rilevante, siano formulati in termini *precisi* dal legislatore, in modo da legare le mani il più possibile ai titolari dello *ius puniendi* (potere esecutivo e giudiziario assieme), e da assicurare che la definizione del confine tra lecito e illecito sia riservata al legislatore, restando così espressione della volontà generale.

Il secondo corollario vieta ai giudici di utilizzare il *procedimento analogico*, usuale in altri rami del diritto, per estendere il raggio applicativo di norme incriminatrici a condotte non riconducibili al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore. Anche in questo caso, lo scopo è di evitare che sia il potere giudiziario a compiere valutazioni sulla meritevolezza e necessità di pena, che l'ordinamento vuole riservate al legislatore: al quale unicamente spetta il compito di creare nuove norme incriminatrici, qualora intenda colmare eventuali lacune di tutela penale, avvertite come tali nella coscienza sociale.

L'uno e l'altro corollario si muovono dunque nella direzione di conferire *certezza* all'applicazione della legge penale, sulla base di preve valutazioni del legislatore, espresse chiaramente nella legge e non estensibili da parte della giurisprudenza a condotte diverse da quelle espressamente indicate nella legge medesima.

1.1.2. Garanzia dei diritti dell'individuo

La seconda grande *ratio* del principio di legalità in materia penale è quella di garanzia dei diritti della persona nei confronti dell'autorità: una garanzia, si noti, che l'evoluzione del costituzionalismo concepisce sempre più chiaramente come rivolta *anche nei confronti della legge*, la quale è sì espressione della volontà generale, ma rappresenta pur sempre l'esercizio di un potere suscettibile di incidere pesantemente sui diritti fondamentali dell'individuo, che le costituzioni contemporanee concepiscono come non disponibili da parte delle contingenti maggioranze politiche.

Il cuore di questa garanzia individuale, di cui si fa carico il *nullum crimen*, è quella di assicurare al consociato la possibilità di fare tutto ciò che non è espressamente vietato, come recita l'art. 5 della *Déclaration*, senza timore di incorrere in sanzioni penali (e prima ancora, di essere sottoposto a indagini o a processo) in conseguenza di condotte non previste dalla legge.

In quest'ottica si staglia, anzitutto, il corollario rappresentato dal *divieto di applicazione retroattiva* della legge penale, espresso a chiare lettere dallo stesso art. 8 della *Déclaration* poc'anzi rammentato. È solo una legge già promulgata, e debitamente pubblicata, che assicura

al cittadino la possibilità di regolare la propria condotta in modo da evitare di incorrere nelle sanzioni da essa previste. D'altra parte – come ha rammentato la Corte costituzionale nella sentenza n. 32 del 2020 – un'applicazione retroattiva della legge penale apre fisiologicamente la porta all'arbitrio da parte dei detentori del potere, da sempre tentati di stabilire o aggravare *ex post* pene per fatti già compiuti, perseguendo così intenti vendicativi nei confronti dei loro oppositori politici.

Ma, anche in questo caso, la garanzia dell'individuo sarebbe soltanto apparente, se la legge, pur entrata in vigore prima del fatto commesso, fosse formulata in modo vago e impreciso, e se i tribunali (e ancor prima la polizia e i pubblici ministeri) fossero liberi di interpretarla oltre i limiti fissati dal loro tenore letterale, sino a considerare penalmente rilevanti casi da essa non espressamente previsti.

Ecco allora che il corollario della *precisione* della legge penale diviene funzionale, anche, a garantire la *prevedibilità* dell'applicazione della legge penale per i suoi destinatari, in modo da assicurarne – per riprendere la notissima espressione utilizzata dalla sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale – la “certezza di libere scelte d'azione”. Prevedibilità su cui insiste in particolare, oggi, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 7 CEDU, così come a proposito della garanzia di legalità di ogni misura che incide su altri diritti e libertà riconosciuti espressamente dalla Convenzione.

Per altro verso, il corollario del *divieto di analogia* contribuisce anch'esso alla tutela della prevedibilità dell'applicazione della legge penale, e dunque alla garanzia della certezza di libere scelte di azione dell'individuo, assicurandogli che l'area del penalmente rilevante non sarà estesa dalla giurisprudenza rispetto a quanto desumibile dal significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore penale.

1.2. Certezza ed eguaglianza

Come in ogni settore dell'ordinamento, anche nel diritto penale la certezza nell'applicazione della norma è – inoltre – funzionale alla tutela del *principio di eguaglianza* dei consociati di fronte alla legge – principio, d'altronde, esso stesso coesistente allo stato costituzionale di diritto, e già espresso dall'art. 6 della *Déclaration* ben prima di essere proclamato solennemente, nell'ordinamento italiano, dall'art. 3 Cost. Solo un diritto la cui applicazione sia *certa* garantisce che tutti i cittadini siano trattati in modo eguale dalla pubblica autorità, mentre un diritto incerto genera fatalmente arbitrio e diseguaglianze.

Proprio l'impatto drammatico del diritto penale – e di tutte le misure funzionali all'*enforcement* del diritto penale – sui diritti fondamentali della persona rende, d'altra parte, questa esigenza di parità di trattamento specialmente acuta in questo settore, e per converso particolarmente odiosa una situazione in cui siano evidenti disparità di trattamento, magari in favore dei potenti di turno o a danno dei loro oppositori politici, nell'applicazione della legge penale e nell'instaurazione di indagini e processi penali.

1.3. Certezza, efficiente amministrazione della giustizia penale ed effettività del diritto di difesa

Ma vi è tutto un fascio ulteriore di principi e garanzie costituzionali che afferiscono alla materia penale, e che reclamano nel loro complesso un diritto penale *certo* nei suoi presupposti applicativi.

Un diritto penale incerto non oppone alcun ostacolo all'apertura di indagini e al rinvio a giudizio di imputati le cui prospettive di condanna saranno tutt'altro che sicure, e dipenderanno in ultima analisi dall'apprezzamento soggettivo dei diversi giudici che si succederanno nella gestione dei relativi processi, sino alla valutazione definitiva della corte di legittimità. E ciò non già, come in certa misura è fisiologico che sia, per effetto dell'aleatorietà dell'esito dell'istruzione dibattimentale avente a oggetto le prove del reato; bensì per effetto dell'incertezza circa la stessa configurazione dei limiti della fattispecie astratta di reato.

Una simile situazione genera mostri. L'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, a sua volta funzionale a garantire l'applicazione eguale e non arbitraria della legge penale, fa sì che i pubblici ministeri debbano svolgere indagini e chiedere il rinvio a giudizio anche di imputati le cui condotte non siano univocamente costitutive di reato; e che debbano essere svolti processi penali a carico di questi imputati, le cui prospettive di condanna sono però, sin dall'inizio, incerte. Le indagini, e poi il processo, provocano però gravissimi pregiudizi alle persone interessate: sofferenze di natura emotiva (meglio ancora, esistenziale), danni economici, ostacoli alla carriera professionale e (eventualmente) politica, solo per limitarci qui agli effetti più vistosi. D'altra parte, questi procedimenti e processi creano immediatamente aspettative di giustizia nelle vittime e nella collettività, il cui soddisfacimento è però incerto; e proprio queste aspettative verranno drammaticamente deluse nel caso in cui gli imputati – all'esito di procedimenti durati anni e dipanatisi per molti gradi di giudizio – vengano alla fine assolti, perché la loro condotta non è penalmente rilevante. Nel frattempo, lo Stato avrà investito importanti risorse, umane e finanziarie, per perseguire gli imputati, nel contesto di un sistema penale già sovraccarico di procedimenti. Infine, la contraddittorietà degli esiti dei procedimenti finirà inevitabilmente per determinare l'erosione della fiducia dei cittadini nel funzionamento della giustizia penale, che è bene di fondamentale importanza per la tenuta del sistema penale, e dello stato di diritto nel suo complesso.

Un diritto penale incerto svuota, insomma, di significato l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale (art. 112 Cost.) e pregiudica l'efficienza complessiva del sistema della giustizia penale e la sua autorevolezza agli occhi dei consociati, che sono valori essenziali sottostanti alla logica di tutela del "giusto processo" di cui all'art. 111 Cost. e sono, altresì, funzionali alla tutela degli interessi e diritti fondamentali che lo Stato ha il dovere di salvaguardare, se necessario attraverso il diritto penale.

D'altra parte, un diritto penale incerto interferisce pesantemente con l'esercizio del diritto di difesa, di cui all'art. 24 Cost., e con la sua dimensione di effettività, sulla quale particolarmente insiste la recente giurisprudenza della Corte costituzionale. L'incertezza su come una norma

penale sarà interpretata dai giudici rende difficile impostare strategie difensivi, costringendo l'imputato e il suo difensore a confrontarsi con una molteplicità di possibili scenari processuali. Questa incertezza ha, ancora, ricadute importanti in termini di (reale) eguaglianza tra gli imputati. Essa infatti non può non indurre chi disponga di scarsi mezzi economici a definizioni processuali alternative, che comportano pur sempre una ammissione implicita di colpevolezza (e in ogni caso l'applicazione di una pena), pur di beneficiare almeno degli sconti di pena legati ai riti alternativi; e ciò anche in presenza di fondati argomenti per sostenere l'irrelevanza penale del fatto sulla base del diritto vigente. Viceversa, chi possa contare su mezzi economici sufficienti sarà indotto a percorrere tutti i gradi di giudizio, nella speranza non solo di poter lucrare della prescrizione, ma anche di poter beneficiare, prima o poi, di qualche interpretazione favorevole.

2. L'essere: la realtà di un diritto penale incerto

Molti dunque sono in principi costituzionali in gioco quando si invoca la *certezza* del diritto penale, e dunque della sua prevedibile e non arbitraria applicazione nel caso concreto. Ma assai diffusa – oggi più che mai – è la sensazione che la *realtà* del diritto penale contemporaneo, specialmente in Italia, sia ben lungi dal corrispondere a questo ideale.

Emblematico il dibattito di questi ultimi mesi – che riprende peraltro una discussione aperta sin dai tempi di “Mani pulite” – sull'abuso d'ufficio: un reato, si afferma, dai confini tanto incerti da rendere di fatto imprevedibile la sua applicazione nel caso concreto, con conseguente alone di incertezza a carico degli amministratori pubblici sulla possibilità che la prioria condotta nell'esercizio delle funzioni sia, domani, qualificata come abuso d'ufficio da un pubblico ministero. Ciò che ingenererebbe un fenomeno di “paura della firma”, gravemente dannoso per la stessa efficienza dell'azione amministrativa, che rischia così di essere paralizzata dal timore di conseguenze penali per ogni decisione innovativa, o che per qualche ragione si discosta dalle prassi consolidate; paura che non sarebbe peraltro schermata dalla considerazione che la grande maggioranza delle indagini per abuso d'ufficio si conclude con provvedimenti di archiviazione, né dal fatto che la stragrande maggioranza dei processi che comunque si celebrano per questo reato si concludano – in primo grado, in appello o in cassazione – con assoluzioni: già lo stato di indagato, e più ancora quello di imputato, è infatti idoneo a recare gravi pregiudizi personali, finanziari e politici al pubblico amministratore di volta in volta interessato.

Simili preoccupazioni, cui ha dato voce recentemente anche una pronuncia della Corte costituzionale (sentenza n. 8 del 2022, *Considerato in diritto* n. 2.4.), non sono peraltro confinate a questo reato: da tempo la dottrina penalistica denuncia un insostenibile tasso di incertezza del diritto penale in Italia.

Incertezza che, a ben guardare, concerne sia la definizione del raggio applicativo delle norme penali, sia le conseguenze che l'ordinamento ricollega alla loro violazione. Incertezza, dunque, delle *fattispecie*, e delle *pene*.

2.1. Incertezza delle fattispecie

Un primo fattore che mina la certezza del diritto penale è – lo si è già rilevato – l'imprecisione delle norme penali: la loro *vaghezza*, per utilizzare un'espressione corrente nel diritto costituzionale nordamericano.

2.1.1. Vaghezza del linguaggio

Al riguardo, occorre però sin da subito sottolineare che l'ideale illuministico di una legge penale assolutamente precisa, tale da rendere inutile ogni interpretazione (*in claris non fit interpretatio!*) e da ridurre il lavoro del giudice a quello del mero applicatore della previsione normativa al fatto concreto, sconta un'ingenuità di fondo. Quella, cioè, di non prestare la dovuta attenzione alla ineliminabile vaghezza, porosità, imprecisione del linguaggio – di *ogni* linguaggio: di quello comune, ma anche di quello usato nelle norme. Quanto più, anzi, il linguaggio utilizzato dalle norme si avvicina al linguaggio comune – ciò che pure corrisponde a un ideale del pensiero giuridico illuminista –, tanto più la norma si carica delle caratteristiche del linguaggio comune, che è ricco di vocaboli polisemici, naturalmente aperti all'interpretazione.

Persino vocaboli apparentemente univoci come “uomo”, utilizzato dalla norma incriminatrice dell'omicidio volontario (art. 575 c.p.) – l'archetipo, potremmo dire, delle norme penali – non è privo di ambiguità semantiche. Anzitutto, il legislatore del 1930 intendeva certamente ricomprendere nel suo significato anche la “donna”: ma, allora, perché non ricorrere alla scelta, certamente più inclusiva, “persona”, pure utilizzata nella contigua norma che incrimina l'omicidio colposo (art. 589 c.p.)? Né è autoevidente *quando* un essere vivente *cominci* a essere qualificabile come “uomo”, e quando *cessi* di essere considerato tale. Se alla seconda domanda un'altra norma reperibile nell'ordinamento sembra fornire una risposta sufficiente chiara (esiste un “uomo” sino a quando non sopraggiunga la morte cerebrale, definita dall'art. 1 della legge n. 578 del 1993 come cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo), più risposte diverse sono plausibili alla prima domanda, discutendosi presso la dottrina penalistica e la stessa giurisprudenza se il concepito acquisti la qualità di “uomo” – e quindi, di possibile soggetto passivo di un omicidio, anziché di un mero aborto – soltanto quando venga alla luce, ovvero quando inizi il processo naturale del parto, o ancora già al momento in cui raggiunga un tale grado di sviluppo da essere capace di vita autonoma al di fuori del corpo della madre (tesi, quest'ultima, che a sua volta presenta forti margini di incertezza in relazione alla precisa determinazione di tale momento, che i progressi delle neonatologia tendono continuamente ad anticipare). Tutto ciò spalanca un ampio spazio all'interpretazione, e crea dunque una fisiologica *incertezza* nell'applicazione di una norma presente in ogni diritto penale, in qualsiasi epoca storica e in qualsiasi ordinamento.

2.1.2. Applicazioni analogiche delle leggi penali

Da molti decenni, d'altra parte, la dottrina penalistica si duole – oltre che dei margini di incertezza, più o meno fisiologici, insiti nelle espressioni utilizzate dal *legislatore* – della propensione dei *giudici* penali italiani a ignorare il divieto di analogia in materia penale, e a estendere conseguentemente l'ambito applicativo di molte norme incriminatrici oltre quanto ragionevolmente consentito dal significato letterale di quelle espressioni, nel perseguimento di obiettivi di tutela “a tutto tondo” dei beni giuridici protetti dalle singole norme incriminatrici.

I manuali e gli scritti della dottrina abbondano, in verità, di simili esempi: dall'estensione, in via interpretativa, di norme che incriminano l'esercizio di attività “senza autorizzazione” alle attività compiute *in presenza* di una autorizzazione *illegittima*; alla applicazione delle norme che incriminano la corruzione per un “atto” dell'ufficio a ipotesi in cui non sia possibile identificare alcuno specifico atto oggetto di illecito mercimonio; alla sussunzione nella fattispecie di truffa, che richiede il compimento di “artifici o raggiri”, di ipotesi di mero *silenzio* di un contraente su determinate circostanze, la cui conoscenza da parte dell'altro contraente lo avrebbe verosimilmente indotto a non concludere il contratto; e l'elenco potrebbe continuare a lungo.

Il problema, del resto, è stato recentemente denunciato dalla stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 98 del 2021, in un caso in cui si discuteva dell'applicazione dell'art. 572 c.p., che vieta i maltrattamenti compiuti nei confronti di “una persona della famiglia o comunque convivente”, a condotte compiute contro una persona con la quale l'agente intratteneva una (mera) relazione affettiva, senza tuttavia con essa convivere; e ciò sulla base di una interpretazione diffusa presso la stessa Corte di cassazione, secondo la quale il reato in questione ben potrebbe configurarsi non solo con riferimento “ai nuclei familiari fondati sul matrimonio”, ma anche “a qualunque relazione sentimentale che, per la consuetudine dei rapporti creati, implichi l'insorgenza di vincoli affettivi e aspettative di assistenza assimilabili a quelli tipici della famiglia o della convivenza abituale”. La Corte costituzionale ha rammentato, in proposito, che “[i]l divieto di analogia non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. E ciò in quanto, nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore”. Secondo la Corte costituzionale, l'orientamento giurisprudenziale cui il rimettente aveva aderito – evidentemente ispirato dall'intento di “assicurare una più intensa tutela penale a persone particolarmente vulnerabili, vittime di condotte abusive nell'ambito di rapporti affettivi dai quali esse hanno difficoltà a sottrarsi” – non si era

confrontato con il divieto di analogia, omettendo in particolare “di chiarire se davvero possa sostenersi che la sussistenza di una relazione, come quella che risulta intercorsa tra imputato e persona offesa nel processo *a quo*, consenta di qualificare quest’ultima come persona (già) appartenente alla medesima ‘famiglia’ dell’imputato; o se, in alternativa, un rapporto affettivo dipanatosi nell’arco di qualche mese e caratterizzato da permanenze non continuative di un partner nell’abitazione dell’altro possa già considerarsi, alla stregua dell’ordinario significato di questa espressione, come una ipotesi di ‘convivenza’”.

2.1.3. Imprecisione delle norme di parte generale

Ma i margini di incertezza del diritto penale vigente crescono esponenzialmente con riferimento a norme diverse da quelle incriminatrici in senso stretto: le norme, cioè, della parte generale del diritto penale, che sanciscono i criteri generali di imputazione della condotta criminosa, ovvero che prevedono circostanze aggravanti o attenuanti, o ancora cause di non punibilità in senso lato.

Si pensi, anzitutto, a tre norme chiave della parte generale – gli artt. 56, 40, comma 2, e 110 c.p. – che sanciscono, rispettivamente, rispettivamente, i presupposti della responsabilità a titolo di tentativo, di omesso impedimento dell’evento e di concorso di persone nel reato. Quando un atto può essere (già) considerato “diretto in modo non equivoco” a commettere un delitto? Quando una persona può essere ritenuta titolare di un “obbligo giuridico di impedire un evento”? E a quali condizioni una condotta di per sé non conforme alla fattispecie astratta di alcuna norma incriminatrice può essere considerata come “concorso” nel reato da altri commesso?

Le articolatissime discussioni che si incontrano in ogni manuale di diritto penale su questi concetti chiave, e la pluralità delle tesi dottrinali che sono ivi illustrate, mostrano l’elevato tasso di incertezza che ancora circonda questi istituti chiave della parte generale, da cui dipende la valutazione finale di rilevanza o irrilevanza penale di condotte concrete, e in definitiva l’applicazione di pene – spesso anche assai gravose – agli imputati di delitti tentati, omissivi e commessi in concorso con altre persone. Può, ad esempio, essere considerato responsabile di omicidio tentato – e, come tale, essere arrestato, e poi essere rinviato a giudizio – chi sia sorpreso, magari grazie a un’intercettazione telefonica, a consegnare una prima *tranche* di denaro a un malvivente appositamente contattato per uccidere il proprio coniuge? Ovvero una simile condotta andrà considerata (ancora) penalmente irrilevante, con la conseguenza che all’aspirante uxoricida sarà applicabile, al più, la blanda misura di sicurezza della libertà vigilata, ai sensi dell’art. 115 c.p.?

Problemi ancora più complessi pongono, poi, le norme che disciplinano i criteri di imputazione oggettivi o soggettivi su cui si fonda la teoria del reato, come la causalità, il dolo e la colpa: criteri sul cui esatto significato da sempre si discute animatamente nella dottrina penalistica, sulla base di fondamenti normativi rappresentati da disposizioni spesso tautologiche, ovvero utilizzanti clausole generali destinate a essere riempite *ad libitum* da parte degli interpreti. Si pensi alla definizione di colpa, che rinvia da un lato ai concetti elastici di negligenza, imprudenza e imperizia, e dall’altro – genericamente – alla violazione di “leggi, regolamenti,

ordini o discipline”. Sulla base di una simile, estesissima definizione, accade frequentemente di vedere formulato l’addebito ad un imputato di avere cagionato un determinato evento lesivo in conseguenza della violazione di una specifica legge o di uno specifico regolamento avente finalità cautelare, “o comunque per negligenza, imprudenza o imperizia”, senza che nell’imputazione si specifichi ulteriormente quale fosse la condotta diligente, prudente o perita che l’imputato avrebbe dovuto compiere in luogo di quella contestatagli. Il che rende assai arduo l’esercizio stesso del diritto di difesa all’imputato, e fatalmente imprevedibile l’esito del processo, dal momento che l’apprezzamento dello standard di diligenza, prudenza e perizia attese sarà esclusivamente frutto della discrezionale valutazione del giudice, senza alcun preciso punto di riferimento nell’ordinamento.

2.1.4. Ai confini della responsabilità penale: cause di non punibilità e circostanze del reato

Un ulteriore profilo di incertezza delle norme da cui dipende la responsabilità penale, questa volta poco esplorato dalla dottrina, concerne poi le norme che delineano, per così dire, i confini negativi della responsabilità penale, configurando cause di non punibilità (comprehensive di cause di giustificazione, scusanti e cause di non punibilità in senso stretto). Molte di queste norme sono costruite attorno a clausole generali, o comunque a concetti elastici. Si pensi ai requisiti di “necessità” e “proporzione”, che abbondano nelle norme che configurano cause di giustificazione; ovvero alla clausola del fatto di “particolare tenuità” contenuta nella causa di non punibilità di cui all’art. 131-*bis* c.p.

Si tende spesso a pensare che tali previsioni non siano abbracciate dal principio di legalità, o quanto meno non da tutti i suoi corollari, trattandosi – si afferma tradizionalmente – di norme “di favore”, proprio in quanto escludono la responsabilità penale. Conseguentemente, esse non sarebbero vincolate ai medesimi requisiti di precisione che vigono per le norme incriminatrici; non sarebbero soggette al divieto di analogia; e, addirittura, per esse non varrebbe la riserva di legge.

Una discussione analitica su ciascuna di queste affermazioni trascenderebbe i limiti di questo contributo. Basti qui osservare che esse non sembrano confrontarsi, nel loro complesso, con l’obiezione secondo cui la linea di demarcazione tra ciò che è penalmente rilevante e ciò che non lo è – e dunque, in ultima analisi, se un dato imputato debba o meno essere punito – dipende in egual misura dalla formulazione e interpretazione della norma incriminatrice, così come dalla formulazione e interpretazione delle norme che limitano il suo ambito di applicazione, disponendo la non punibilità di determinate condotte che – in assenza della norma di favore – risulterebbero ricomprese dalla sua fattispecie astratta. Sicché l’eventuale incertezza nell’interpretazione di una norma “di favore” determina, inevitabilmente, un’incertezza nell’applicazione delle stesse norme incriminatrici nel caso concreto.

Infine, molte norme configuranti circostanze (aggravanti o attenuanti) sono anch’esse costruite attorno a concetti-chiave elastici, e in definitiva assai affini a clausole generali. Il caso più evidente è rappresentato dalle cosiddette circostanze attenuanti generiche, previ-

ste dall'art. 62-*bis* c.p., che consente al giudice di diminuire sino a un terzo la pena quando sussistano "altre circostanze" (*id est*, diverse da quelle espressamente disciplinate dalla legge), qualora egli "le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena": la legge rinuncia qui ad enunciare qualsiasi criterio che possa guidare la discrezionalità del giudice, lasciandolo in definitiva libero di adeguare la pena prevista dalla legge al proprio senso di giustizia, anche al di sotto del limite minimo di pena ordinariamente previsto per il reato di cui è causa. Ma anche altre circostanze – la cui applicazione in relazione a gravi reati, come l'omicidio volontario, può determinare addirittura il passaggio da una pena temporanea all'ergastolo, e viceversa – contengono requisiti fortemente imprecisi, il cui apprezzamento nel caso concreto è riservato in larga misura alla sensibilità del singolo giudice – dai motivi "abietti o futili" (art. 61, n. 1 c.p.) o, all'opposto, "di particolare valore morale o sociale" (art. 62, n. 2, c.p.), al "danno patrimoniale di rilevante gravità" (art. 61, n. 7, c.p.), o al traffico di "quantità ingenti" di sostanze stupefacenti (art. 80, comma 2, t.u. stup.).

2.2. Incertezza delle pene

Un secondo macro-fattore di incertezza del diritto penale concerne la stessa applicazione delle pene. Prevedere la tipologia e l'entità della pena che sarà in concreto inflitta a un determinato autore di reato è impresa assai ardua nell'ordinamento italiano; e ancor meno prevedibile sarà in che misura la pena formalmente inflitta sarà effettivamente scontata dal condannato. Senza contare, poi, i margini di incertezza crescenti relativi alla stessa stabilità della sentenza di condanna definitiva, connessi al processo – dipanatosi tumultuosamente negli ultimi dieci anni – di progressiva erosione della stabilità del giudicato penale, istituto paradigmaticamente funzionale alla certezza del giudizio.

2.2.1. Gli arcani della commisurazione

Per cominciare, la commisurazione della pena nell'ordinamento italiano è largamente affidata alla discrezionalità del giudice, sì che gli esiti sanzionatori concreti possono essere, a parità di reato, assai differenziati tra condannato e condannato.

Il legislatore si limita, in effetti, a fissare in genere la tipologia di pena – a volte, peraltro, lasciando al giudice la scelta se infliggere una pena detentiva o pecuniaria – e a indicare un minimo e un massimo, all'interno del quale il giudice ha il compito di individuare la pena da applicare in concreto, sulla base dei (vaghi e variegati) criteri elencati nell'art. 133 c.p. (nonché, per quanto riguarda la pena pecuniaria, nell'art. 133-*bis* c.p.).

Ma gli stessi minimi e massimi sono tutt'altro che invalicabili.

Anzitutto per effetto delle circostanze, che possono determinare abbassamenti o innalzamenti di pena assai significativi, e la cui concreta applicazione è peraltro affidata alla discrezionalità del giudice: non solo per la ragione già sopra segnalata, connessa alla vaghezza dei presupposti di molte di esse (si rammenti l'esempio delle attenuanti generiche), ma anche

perché, nella frequente ipotesi del concorso tra attenuanti e aggravanti, il giudice ha un potere pressoché illimitato, ai sensi dell'art. 69 c.p., di applicare soltanto le une o le altre circostanze, ovvero di non applicarne alcuna.

Amplissimi poteri commisurativi sono poi a disposizione del giudice quando l'imputato deve essere giudicato per più reati: nel caso di concorso formale ovvero di reato continuato – ipotesi, quest'ultima, ricorrente con grande frequenza nella prassi giurisprudenziale, anche in conseguenza della vaghezza (ancora!) del suo presupposto (la presenza di un “medesimo disegno criminoso”) e della usuale generosità nella sua abituale interpretazione – il giudice deve aumentare la pena stabilita per il reato più grave “fino al triplo”: ossia, trattandosi di pena detentiva, da un solo giorno di detenzione sino a tre volte la pena stabilita per quel reato. A fronte di una pena base di cinque anni di reclusione (già stabilita, poniamo, all'interno di una cornice edittale da quattro a otto anni di reclusione), il potere discrezionale del giudice gli consentirà di applicare, in caso di concorso formale con altro reato o reato continuato, una pena detentiva che spazia da cinque anni e un giorno a quindici anni.

I margini di imprevedibilità della concreta commisurazione della pena aumentano ulteriormente se si considerano gli effetti dei riti alternativi. In caso di patteggiamento, ad esempio, è frequente che difensore e pubblico ministero si accordino su una pena pari al minimo di legge, con tutte le diminuzioni massime previste in presenza di circostanze attenuanti – in particolare, delle attenuanti generiche, regolarmente riconosciute in sede di patteggiamento –, e con l'ulteriore diminuzione di un terzo prevista per il rito speciale. Con la conseguenza che per reati per i quali è prevista una pena minima, poniamo, di sei anni di reclusione, la pena medesima può ridursi – per effetto di un paio di attenuanti e della diminuzione connessa al rito – al di sotto della soglia dei due anni, che consente normalmente la concessione della sospensione condizionale della pena; mentre laddove lo stesso reato sia giudicato in dibattimento, le *chances* di una consistente pena detentiva sarebbero assai elevate. Quanto poi al rito abbreviato, che prevede una riduzione “secca” di un terzo della pena, l'esperienza concreta di molti difensori è che l'entità finale della pena, in caso di condanna, dipende in larga misura dalle personali prassi commisurative del singolo giudice per l'udienza preliminare cui il fascicolo sarà assegnato: di talché due identici fatti di vendita di stupefacenti, relativi alla stessa sostanza e alla stessa quantità, compiuti da due imputati non recidivi, rischiano di essere sanzionati – in presenza di un quadro edittale di eccezionale ampiezza, che si estende tra un minimo di sei e un massimo di vent'anni di reclusione – l'uno con una pena contenuta di pochissimi anni di reclusione, suscettibile di essere eseguita sin da subito in regime di affidamento in prova al servizio sociale, e l'altro con una pena di media o elevata estensione, destinata inesorabilmente a essere eseguita in carcere. Con buona pace del principio di eguaglianza.

2.2.2. L'esecuzione delle pene

Il quadro di incertezza del diritto penale vigente si infittisce ulteriormente non appena si volga uno sguardo alla fase di effettiva esecuzione delle pene.

Qui il condannato gode di numerose opportunità di ottenere una misura alternativa alla detenzione, e dunque di vedere radicalmente modificato l'impatto della pena sui propri diritti fondamentali. Ma, naturalmente, se queste opportunità si realizzeranno in pratica non può essere previsto *ex ante*: sicché una pena di otto anni di reclusione potrà, in concreto, essere eseguita interamente in carcere, oppure "convertirsi" – a partire grosso modo dalla metà della pena scontata – in semilibertà e/o affidamento in prova; ferma restando l'ulteriore possibilità per il condannato, nella fase finale, di accedere alla liberazione condizionale, la quale determina la cessazione dell'esecuzione della pena, e la sua sostituzione con la blanda misura di sicurezza della libertà vigilata.

L'esecuzione della pena è, insomma, per sua natura *incerta*, le sue concrete modalità – e la sua stessa durata – dipendendo dalle valutazioni da parte dei tribunali di sorveglianza circa i progressi dei condannati verso l'obiettivo della rieducazione e risocializzazione.

2.2.3. L'instabilità del giudicato

Infine, il quadro della incertezza del diritto penale non sarebbe completo senza, almeno, un cenno alla sempre maggiore instabilità degli stessi giudicati di condanna nel nostro ordinamento.

Una delle ragioni d'essere del giudicato è, per l'appunto, quello di conferire stabilità e, dunque, certezza alle decisioni giudiziali, una volta che la loro correttezza sia passata attraverso tutti i filtri delle impugnazioni ordinarie. Ciò vale, in linea di principio, anche nell'ambito del diritto penale, sia pure con importanti correttivi, da sempre e ovunque riconosciuti: in particolare, rispetto all'eventualità che emergano nuove prove, non vagliate nei gradi ordinari di giudizio, che dimostrino l'innocenza di chi sia stato condannato in via definitiva; ipotesi in cui ogni ordinamento riconosce una possibilità di revisione della condanna, considerandosi prevalenti le ragioni di tutela dei diritti del condannato rispetto alle stesse esigenze di certezza del diritto sottese al giudicato.

Una serie di sviluppi giurisprudenziali che hanno avuto luogo approssimativamente nell'ultima decina d'anni – sui quali non è possibile in questa sede soffermarci nel dettaglio – hanno peraltro progressivamente esteso le possibilità di travolgere i giudicati di condanna a una quantità di altre ipotesi, in nome di una tutela sempre più incisiva dei diritti fondamentali del condannato. Anzitutto nel caso – oggetto prima di una sentenza additiva della Corte costituzionale, la n. 113 del 2011, poi di vari interventi della Corte di cassazione (in particolare, Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza n. 18821 del 2014) e ora della novella legislativa con la quale si è introdotto il nuovo art. 629-*bis* c.p.p. – in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia accertato una violazione dei diritti convenzionali del condannato, nel corso del processo o in conseguenza dell'applicazione delle norme sostanziali poste a base della stessa condanna o della concreta determinazione della pena. E poi in una serie di altri casi non previsti espressamente dalla legge, che spaziano dalla sopravvenienza di una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che abbia accertato l'incompatibilità tra le norme

penali applicate al condannato e il diritto dell'Unione (Corte di cassazione, sentenza n. 14276 del 2012) alla sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della pena edittale prevista dalla legge, sulla cui base sia stata commisurata la pena inflitta al condannato (Corte di cassazione, sentenza n. 42858 del 2014).

Anche il giudicato penale di condanna è, insomma, oggi tutt'altro che certo.

3. Alla ricerca di equilibri sostenibili

La diagnosi appena tratteggiata sulla *realtà* del diritto penale – la realtà di un diritto penale lontanissimo dall'ideale illuministico di certezza, per ciò che attiene sia all'*an* della responsabilità, sia al *quomodo* e al *quantum* della risposta sanzionatoria – non deve però trarre in inganno, e indurre alla semplicistica conclusione che ogni incertezza debba auspicabilmente essere eliminata. Taluni margini di incertezza sono, in effetti, fisiologici e salutari, in omaggio ad altri principi fondamentali che presiedono alla materia penale.

Occorre, dunque, separare il grano dal loglio, e impegnarsi pazientemente – nell'ambito, così sensibile, del diritto penale – nella ricerca di equilibri sostenibili tra aspirazione alla certezza del diritto e le confliggenti esigenze che di volta in volta vengono prese in considerazione.

3.1. Sull'interpretazione delle fattispecie normative

Prendendo le mosse dall'interpretazione delle fattispecie normative – il settore ove l'imprevedibilità della decisione giudiziale risulta particolarmente pregiudizievole, rispetto ai vari principi costituzionali rammentati all'inizio di questo contributo –, due ordini di rimedi vengono immediatamente in considerazione, allo scopo di attenuare i segnalati margini di incertezza: da un lato, una vigilanza più attenta da parte della Corte costituzionale sul rispetto del principio di precisione delle norme incriminatrici; dall'altro, una maggiore attenzione da parte della giurisprudenza comune al proprio ruolo di garanzia della prevedibilità nell'applicazione della norma penale, nel senso che cercherò di meglio chiarire tra qualche istante.

3.1.1. Il ruolo della Corte costituzionale

Anzitutto, se le norme da cui dipende la responsabilità penale di una persona sono imprecise, il rimedio principe dovrebbe essere la loro dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Per la verità, l'efficacia di tale rimedio non può essere sopravvalutata.

Ogni norma – persino, come dicevamo poc'anzi, quella che incrimina l'omicidio volontario – presenta margini fisiologici di imprecisione, in conseguenza della naturale vaghezza del linguaggio. Ciascun termine utilizzato dal legislatore ha un nucleo di significato univoco, che coincide con l'insieme di oggetti che qualsiasi parlante medio ricondurrebbe a quel termine, ed è in grado di escludere con altrettanta univocità altri oggetti, che nessun parlante ricondurrebbe, invece, a quel termine. Ma ogni termine presenta una “zona grigia” più o meno ampia,

che coincide con l'insieme degli oggetti la cui riconducibilità al segno linguistico potrebbe essere oggetto di discussione tra i parlanti medi di una certa lingua. Pensiamo al termine "prostituzione": un italiano medio non avrebbe esitazione nel riferire questo termine ad atti sessuali dietro pagamento in denaro compiuti con una pluralità indeterminata di partner; e altrettanto certamente escluderebbe che possa parlarsi di "prostituzione" con riferimento ad un atto sessuale compiuto da un giovane con una signora benestante, nella speranza che lei si decida a sposarlo. Ma potranno ravvisarsi atti di prostituzione nelle ipotesi – tutte oggetto di ampia discussione nella giurisprudenza più recente – di atti sessuali compiuti nei confronti di un solo partner, in cambio di compensi in denaro o di altra natura, ancora non determinati nella tipologia e nel *quantum* al momento del compimento della condotta? ovvero di atti sessuali compiuti, a pagamento, davanti ad una webcam, in contatto soltanto virtuale con il cliente? ovvero, ancora, nel caso di atti sessuali compiuti – ancora, dietro compenso pecuniario – davanti a una macchina da presa, allo scopo di produrre materiale pornografico? Su tutte queste ipotesi, più parlanti medi che pure condividano un unico *medium* linguistico potrebbero legittimamente trovarsi in disaccordo circa la riconduzione della condotta che di volta in volta viene in considerazione al termine "prostituzione", che disvela dunque una – ineliminabile – zona grigia.

Pensare che il legislatore possa risolvere *ex ante* tutti questi dubbi mediante complesse definizioni normative è probabilmente illusorio. È soltanto il confronto della norma con la realtà che, spesso, fa emergere problemi difficilmente prevedibili al momento della formulazione della norma incriminatrice: le norme in vigore in materia di prostituzione sono nate, ad esempio, in un'epoca in cui nessuno avrebbe potuto immaginare fenomeni come la "prostituzione online". La realtà, come afferma un detto popolare fondato sul buon senso, spesso supera la fantasia.

Esistono tuttavia limiti, oltre i quali è chiaro che il tasso di apertura semantica delle espressioni utilizzate dal legislatore nelle norme incriminatrici sconfinava in una violazione del principio di legalità. Nell'antesignana sentenza n. 96 del 1981, la Corte ha dichiarato illegittima la norma incriminatrice del plagio, ivi definito come "stato di totale soggezione" di una persona nei confronti di un'altra. La sentenza stigmatizzò "l'impossibilità di attribuire [a tale norma] un contenuto oggettivo, coerente e razionale e pertanto l'assoluta arbitrarietà della sua concreta applicazione". "Giustamente" – proseguì la Corte – la norma "è stata paragonata ad una mina vagante nel nostro ordinamento, potendo essere applicata a qualsiasi fatto che implichi dipendenza psichica di un essere umano da un altro essere umano e mancando qualsiasi sicuro parametro per accertarne l'intensità".

Recentemente, nella sentenza n. 25 del 2019, la Corte ha fatto applicazione dei medesimi principi, dichiarando parzialmente incostituzionale una norma che incriminava, tra l'altro, la violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi" da parte di chi sia sottoposto a misura di prevenzione personale. La sentenza è particolarmente significativa perché la medesima disposizione era già stata dichiarata non contrastante con il principio di

precisione della legge penale con la sentenza n. 282 del 2010, che aveva ritenuto che la doppia clausola in questione consentisse comunque al destinatario di avere una percezione sufficientemente chiara degli obblighi cui è sottoposto: e cioè del dovere di rispettare “tutte le norme a contenuto precettivo”, e non solo quelle sanzionate penalmente, dovendosi poi ritenere che l’obbligo di “vivere onestamente” avesse soltanto valore rafforzativo di quegli obblighi, senza un autonomo contenuto precettivo. Nove anni più tardi – dopo che la Grande camera della Corte europea dei diritti dell’uomo, con la sentenza *de Tommaso contro Italia* del 23 febbraio 2017, aveva ritenuto che la norma in parola fosse incompatibile con l’esigenza di prevedibilità della legge penale, discendente dall’art. 7 CEDU – la Corte costituzionale è pervenuta ad un risultato diametralmente opposto, riconoscendo in buona sostanza che l’amplessima formulazione della norma non fosse compatibile con esigenze minime di prevedibilità dell’applicazione della legge penale nel caso concreto.

3.1.2. Il ruolo della giurisprudenza comune

Al di fuori però di simili casi macroscopici, il compito di garantire una ragionevole prevedibilità dell’applicazione della legge penale, e di tutelare pertanto la certezza delle libere scelte di azione del consociato, deve essere svolto anche dalla giurisprudenza comune, grazie alla capacità di orientamento dei suoi precedenti.

Ciò è affermato a chiare lettere dalla stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. “*The Court has acknowledged in its case-law*” – si legge in una recente pronuncia in tema di art. 7 CEDU (Grande camera, sentenza 12 febbraio 2018, *Kafkaris c. Cipro*, § 141) – “*that however clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice (see, mutatis mutandis, The Sunday Times (no. 1), § 49, and Kokkinakis, § 40 [...]). The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain (see, mutatis mutandis, Cantoni [...]). Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, ‘provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen’ (see S.W. v. the United Kingdom [...], § 36, and Streletz, Kessler and Krenz v. Germany [GC])*”.

Al riguardo, è bene premettere – a scampo di ogni fraintendimento – che riconoscere il ruolo di chiarificare gradualmente le regole del diritto penale, dissipando i relativi dubbi interpretativi, non significa affatto attribuire alla giurisprudenza il potere di integrare liberamente le scelte del legislatore, e di introdurre in tal modo, in via interpretativa, nuove fattispecie di reato. Il divieto di analogia, su cui abbiamo già richiamato l’attenzione, mira

precisamente a riaffermare la *priorità delle scelte del legislatore*, specialmente in materia di incriminazioni, precludendo ai giudici di estendere *praeter legem* le incriminazioni stesse a fattispecie non riconducibili al dato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore. Ma *all'interno* dei possibili significati compatibili con tale dato letterale, sarebbe irrealistico non riconoscere alla giurisprudenza il ruolo di precisare gradualmente a quali ipotesi la norma debba essere riferita, e a quali invece non lo debba essere: chiarendo, per riprendere l'esempio di poc'anzi, se nella zona grigia dei possibili significati del termine "prostituzione" debba essere o meno ricompresa anche la situazione di chi compia atti sessuali, a pagamento, davanti ad una webcam.

In questi limiti – che potremmo tentare di afferrare con l'espressione tradizionale di interpretazione *secundum legem* – i *precedenti* giurisprudenziali operano, quanto meno di fatto, come *fonti* del diritto. Essi restano subordinati, certo, rispetto alla legge, al cui metro le decisioni dei giudici potranno sempre essere falsificate; ma difficilmente se ne potrebbe disconoscere una vera e propria forza normativa, idonea a costituire criterio per la decisione di casi futuri.

La teoria generale del diritto contemporanea nega, d'altronde, che l'interpretazione normativa sia un atto meramente *ricognitivo* di un significato già implicito nella norma, ammettendo che con tale operazione il giudice compia in realtà una *scelta* – e dunque un atto di natura *volitiva* – tra più possibili significati, tutti compatibili con il dato testuale della norma, che segna i confini delle legittime interpretazioni. Attraverso l'interpretazione, dunque, il giudice *prosegue e completa l'attività normativa del legislatore*, definendo il preciso contenuto del precetto da applicare nel caso concreto.

Questa attività di completamento del diritto – o, se vogliamo, di *con-formazione* del diritto – si attua tipicamente mediante la formulazione da parte del giudice di una *regula iuris* specificamente ritagliata sulla tipologia di casi – o sulla "sottofattispecie" – cui è riconducibile il caso concreto all'esame. Una regola più specifica di quella contenuta nella legge, dunque, ma che conserva carattere *generale e astratto*, e si candida così a fungere da reale premessa maggiore di futuri sillogismi giudiziali (ad esempio: "compiere atti sessuali su se stesso davanti a una webcam a pagamento, in collegamento diretto con il cliente, costituisce atto di prostituzione; conseguentemente, chi organizza tale servizio, risponde di favoreggiamento della prostituzione"). Questa regola è, del resto, ciò che si definisce – nel linguaggio dei codici di procedura – il "principio di diritto" enunciato dalla Corte di cassazione, nel suo ruolo di nomofilachia: ossia nello svolgimento del suo ruolo di garanzia dell'uniforme interpretazione della legge nell'ordinamento italiano (art. 65 ord. giud.).

Simili regole non sono a stretto rigore vincolanti, negli ordinamenti di *civil law* – e certamente non lo sono in un ordinamento come quello italiano, in cui il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.) –; ma la loro capacità di orientare i futuri atti di interpretazione e applicazione della legge da parte dei giudici di merito, e degli stessi giudici di legittimità, è indiscutibile, e corrisponde anzi all'aspirazione sottostante all'appena citato art. 65 ord. giud., che definisce le funzioni essenziali della Corte di cassazione. I giudici ten-

dono ad *applicare* queste regole, sempre più facilmente reperibili sulle banche date online, alla stessa stregua delle regole di rango legislativo: nei gradi di merito, non foss'altro che per un ovvio istinto alla conservazione dei propri provvedimenti, che rischierebbero altrimenti di essere riformati o annullati in caso di contrasto con i precedenti della Cassazione; e in sede di legittimità, per una altrettanto ovvia preoccupazione di non contraddire la giurisprudenza consolidata, e non fornire così messaggi equivoci ai giudici di merito.

Riconoscere alla giurisprudenza una funzione autenticamente *normativa* – sia pure, ripetiamolo una volta di più, *gerarchicamente subordinata* rispetto alla legge, e sottoposta come tale al vincolo della sua compatibilità con la legge stessa –, e più precisamente riconoscere tale funzione all'insieme delle *regolae iuris* enunciate o comunque estraibili dai precedenti, in particolare di legittimità, non ha rilievo soltanto sul piano *descrittivo*, ma assume altresì un preciso significato *deontologico-prescrittivo*. L'aspirazione alla certezza del diritto, e dunque alla *prevedibilità* della sua applicazione – valori così rilevanti nell'ambito del diritto penale, per le ragioni poc'anzi ricapitolate –, *deve* essere perseguita, a mio avviso, anche attraverso l'acquisizione di una precisa *consapevolezza*, da parte dei giudici (specie di legittimità), di questa loro funzione, e della necessità di un suo esercizio responsabile, in funzione proprio di una migliore tutela di quei valori.

Ciò comporta anzitutto – se non un obbligo in senso stretto, che sarebbe incompatibile con l'art. 101, comma 2, Cost. – la *stringente opportunità che ogni giudice si conformi alla giurisprudenza consolidata, salvo che esistano ottime ragioni per non farlo*. Stringente opportunità che segna, a mio avviso, un punto di bilanciamento virtuoso tra lo stesso principio della soggezione del (singolo) giudice “soltanto” alla legge e il fascio dei menzionati principi e diritti fondamentali sottesi alla certezza del diritto.

Una tale opportunità è particolarmente evidente nel diritto penale, ove è fondamentale che ogni consociato sia posto in condizioni di prevedere se il comportamento che intende compiere sarà o meno considerato reato, e ove è naturale che tale previsione sia effettuata sulla base non solo di quanto scritto nei codici, ma anche di quanto deciso dalla giurisprudenza nell'interpretazione di quei codici, come pragmaticamente riconosce la Corte europea dei diritti dell'uomo. Inoltre, assicurare – anche attraverso interpretazioni costanti e uniformi – la prevedibilità nell'applicazione della legge penale è funzionale, come si è detto, ad un esercizio responsabile dell'azione penale, che eviti inutili sprechi di risorse e azioni destinate a provocare inutili costi e sofferenze a carico degli imputati; e assieme alla garanzia dell'effettività del diritto di difesa degli imputati stessi. *Last but not least*, attenersi ai precedenti significa anche contribuire all'obiettivo di assicurare una giustizia eguale per tutti, come richiesto dall'art. 3 Cost.

A fronte di tali esigenze, il personale senso di giustizia del giudice, e la sua libertà di confrontarsi direttamente col testo normativo per individuare la soluzione interpretativa a suo avviso più persuasiva tra quelle compatibili con la lettera della legge, dovrebbero fare un passo indietro, proprio in omaggio a quel fascio di interessi costituzionalmente rilevanti

che sono sottesi alle esigenze di certezza e prevedibilità dell'applicazione della legge penale. Il giudice non è, e non deve concepirsi come, una monade: ma come esponente di un potere *corale*, chiamato *nel suo complesso* a interpretare e a inverare nei casi concreti i precetti normativi emanati dal legislatore, secondo regole che è bene concepire sempre come (tendenzialmente) uniformi.

Tutto ciò salvo che, come anticipavo, ci siano ottime ragioni per discostarsi da un precedente: perché, ad esempio, esso appaia tanto 'ingiusto', o comunque 'sbagliato' (perché, magari, in palese contrasto con la lettera della legge, ovvero dimentico di ovvie esigenze di interpretazione conforme a fonti sovraordinate, costituzionali o internazionali), da far apparire necessario sacrificare almeno parzialmente i diritti e interessi sottesi alla prevedibilità della decisione giudiziaria (e alla certezza del diritto), in nome dell'esigenza... di non perseverare nell'errore.

In tal caso, si imporrà però un *onere di motivazione rafforzato*: il giudice di merito che intenda discostarsi da una giurisprudenza di legittimità consolidata dovrà avere cura di illustrare puntualmente le ragioni del proprio dissenso, con l'obiettivo di persuadere le istanze superiori di giudizio – e in definitiva – gli stessi giudici di cassazione sull'opportunità di modificare tale orientamento, specie qualora esso sia nel frattempo *divenuto* incompatibile con nuovi dati sistematici, non debitamente considerati quando l'orientamento in questione si era formato.

Quanto ai giudici di cassazione, l'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p., introdotto nel 2017, disegna oggi un particolare procedimento con il quale si impone alla sezione semplice, che non condivida un principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, di rimettere la decisione del ricorso alle sezioni unite, all'evidente scopo di consentire a queste ultime di riconsiderare il principio stesso. Dal che pare evincersi, *a contrario*, che le sezioni semplici non possano più (oggi) discostarsi *tout court* dalla giurisprudenza delle sezioni unite.

Già il testo originario dell'art. 618 c.p.p., al comma 1, prevedeva peraltro il coinvolgimento delle sezioni unite ogniqualvolta una sezione rilevi che la questione di diritto sottoposta al suo esame "ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale", evidenziando così la necessità di prevenire, o quanto meno risolvere, le contraddizioni tra i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità, in omaggio alle esigenze di certezza e prevedibilità sulle quali ci siamo fin qui soffermati.

Dopodiché, resta ferma la possibilità per le stesse sezioni unite di modificare gli orientamenti consolidati, attraverso un loro vero e proprio *overruling* o un sapiente *distinguishing*, che conduca a enunciare speciali sotto-regole per situazioni in precedenza non considerate. Ma il valore della certezza del diritto (e della prevedibilità della sua applicazione) imporrà che del potere di effettuare *overrulings* sia fatto, dalle stesse sezioni unite, un uso il più possibile parco, onde non frustrare gli affidamenti (dei singoli individui, ma anche dei pubblici ministeri e degli operatori della giustizia in generale) nel frattempo ingenerati. Una regola aurea, quest'ultima, che la Corte Suprema degli Stati Uniti aveva in passato sempre seguito, e che

purtroppo oggi sembra stata clamorosamente abbandonata nella decisione sul recentissimo caso *Dobbs*, in materia di diritto all'aborto.

Non solo.

Una più matura presa di coscienza, da parte della giurisprudenza, del proprio ruolo con-formativo del diritto (anche penale) dovrebbe condurla a un'attenzione particolare nell'enunciare le *regulae iuris* che costituiscono le *rationes decidendi* delle proprie sentenze, che si candidano al ruolo di precedenti per future decisioni. Anche i giudici hanno infatti il compito di contribuire, con le proprie sentenze, a rendere prevedibile l'applicazione del diritto ai consociati, e in particolare – per quel che riguarda il diritto penale – a scolpire con chiarezza la linea di confine tra il lecito e l'illecito, così come tra le singole fattispecie incriminatrici o le relative circostanze aggravanti o attenuanti (linee di confine, queste ultime, spesso trascurate dalla riflessione teorica, ma dalle quali possono dipendere anni in più o in meno di carcere, o la stessa alternativa tra pena detentiva e modalità alternative di esecuzione della stessa, o ancora la possibilità della sua sospensione condizionale).

Da ciò deriva la necessità, per la giurisprudenza, di formulare in modo il più preciso queste regole, in modo che esse possano fungere da (reale) criterio di decisione per casi futuri; ciò che non accade quando la regola giurisprudenziale (la “massima”) si riduca essa stessa a un rinvio in bianco alla discrezionalità del giudice di merito. Il che avviene quando la massima stessa richiami il giudice – come si legge in una nota sentenza delle sezioni unite sul delicatissimo tema della demarcazione tra concussione e induzione indebita a dare o promettere un'utilità – a “una puntuale e approfondita valutazione in fatto, sulle specificità della vicenda concreta, tenendo conto di tutti i dati circostanziali, del complesso dei beni giuridici in gioco, dei principi e dei valori che governano quello specifico settore di disciplina” (Cassazione, sezione unite penali, 24 ottobre 2013, n. 12228, Maldera). Simili formulazioni costituiscono, a ben vedere, una fuga dalla stessa funzione nomofilattica, rinunciando a fornire all'interprete – in chiave di precisazione, o di “continuazione”, della stessa funzione normativa affidata alla legge – alcun maneggiabile criterio astratto di giudizio per la soluzione di casi futuri, al metro del quale il consociato prima, e poi gli operatori della giustizia penale – polizia, pubblici ministeri, avvocati e giudici di merito – possano compiere le proprie scelte, negli ambiti di rispettiva competenza.

Nell'ottica qui sostenuta, mi pare invece meritino deciso apprezzamento le decisioni con cui la Corte di cassazione assume senza timore la responsabilità di enunciare proposizioni normative che – restando all'interno del perimetro segnato dalla legge – fungano programmaticamente quale criterio di giudizio non solo nel singolo caso sottoposto al suo esame, ma anche per casi futuri, compiendo *scelte* fra possibili opzioni interpretative, nessuna delle quali *vincolata* dal testo della legge. Un esempio particolarmente significativo è rappresentato da una recentissima sentenza della sesta sezione (3 novembre 2022, n. 45061), in cui si dà atto anzitutto di uno studio commissionato all'Ufficio per il processo presso la Corte di cassazione istituito dalla riforma Cartabia, con il quale sono state analizzate circa quat-

trocento decisioni della Corte in materia di spaccio di lieve entità, punibile ai sensi dell'art. 73, comma 5, del testo unico sugli stupefacenti. Tale studio ha permesso di individuare i quantitativi medi relativi alle cessioni di sostanze stupefacenti più diffuse (cocaina, eroina, marijuana, hashish) ritenute di lieve entità dalla giurisprudenza. Su questa base la sentenza ha ritenuto, in assenza di altre circostanze comunque indicative di una particolare gravità della condotta, di riqualificare il fatto commesso dall'imputato – relativo a un quantitativo di hashish inferiore rispetto a tale valore medio – ai sensi, appunto, del comma 5, con conseguente annullamento della sentenza e rinvio alla competente corte d'appello per la rideterminazione della pena.

La sentenza appena menzionata, in effetti, estende al delitto di traffico di droga di lieve entità una tecnica già sperimentata dalle sezioni unite (sentenza 24 maggio 2012, n. 36258, Biondi) a proposito della circostanza aggravante prevista dall'art. 80, comma 2, del medesimo testo unico, relativa al traffico di “quantità ingenti” di sostanze stupefacenti: in quella occasione, parimenti, la Cassazione aveva dato conto di un esame statistico delle sentenze in materia pronunciate negli ultimi due anni, dal quale era emerso che l'aggravante in parola non era stata di norma ravvisata quando la quantità fosse inferiore a 2000 volte la dose massima giornaliera, individuata da un decreto ministeriale ai fini dell'esclusione della responsabilità penale dell'assuntore; e aveva quindi stabilito di attenersi, anche per il futuro, a quella indicazione nella definizione dei confini applicativi dell'aggravante (ferma restando la discrezionale valutazione del giudice di merito quando quei limiti fossero superati), conferendo così una almeno relativa precisione alla formula elastica utilizzata dal legislatore.

A fronte della (prevedibile) obiezione di invasione del campo riservato al legislatore da parte di simili pronunce, mi pare debba chiedersi se sia davvero preferibile lasciare che ciascun singolo giudice, di fronte a clausole come la “lieve entità” del fatto ovvero le “ingenti quantità” di sostanze stupefacenti, resti del tutto libero di apprezzare la loro integrazione nel caso concreto. Quest'ultima soluzione apre in effetti, inevitabilmente, la via a diseguaglianze di trattamento tra situazioni identiche, a seconda del personale senso di giustizia del giudice; diseguaglianze di trattamento, peraltro, dagli effetti imponenti sui diritti fondamentali del condannato. Sicché il tentativo, da parte della giurisprudenza, di precisare i confini delle fattispecie in questione – sulla base, peraltro, di una mera rilevazione statistica di prassi già esistenti – mi pare debba essere senz'altro apprezzato, specie se associato all'opportuna precisazione che il giudice di merito ha sempre la possibilità di discostarsi dalle indicazioni quantitative così fornite, ove sussistano circostanze fattuali concrete che inducano a ritenere una particolare tenuità o, all'opposto, una speciale gravità del fatto.

L'alternativa radicale sarebbe, d'altronde, quella di rinunciare del tutto alle clausole generali nel diritto penale: ma si tratterebbe davvero di riformare l'intero sistema, che è ricco di clausole siffatte, quali requisiti di norme esimenti, nonché delle previsioni di parte generale relative alle norme estensive della punibilità, alle circostanze aggravanti o attenuanti, ovvero alla determinazione della pena.

Proprio prendendo atto dell'abbondante presenza di clausole generali nel diritto penale positivo, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha, in una celebre sentenza del 2010 (BVerGE 126, 170, par. 98), enunciato un vero e proprio “*Präzisierungsgesetz*”, o “dovere di precisazione”, in capo alla giurisprudenza penale: chiamata da un lato a non adottare interpretazioni che accrescano le incertezze sul campo di applicazione delle norme penali, e dall'altro a eliminare i margini di ambiguità che risultino dal testo normativo attraverso un'opera di precisazione e concretizzazione dei significati del testo. Questo dovere è tanto più rilevante, prosegue la corte tedesca, rispetto a quelle fattispecie che contengono clausole generali o comunque espressioni flessibili e “aperte” all'interpretazione. Rispetto ad esse, anzi, la giurisprudenza ha uno speciale dovere – così, ancora, il Tribunale federale – di contribuire a rendere immediatamente riconoscibili al destinatario della norma i presupposti della punibilità, attraverso la creazione di orientamenti interpretativi consolidati sul suo ambito di applicazione.

Ciò senza alcuna violazione della riserva di legge: che – ripeto – resta rispettata, nella misura in cui la giurisprudenza non ecceda, in questa opera di progressiva precisazione attraverso l'interpretazione, i confini di quanto consentito dalla lettera della disposizione legislativa.

3.2. Sull'incertezza delle pene

Qualche cenno soltanto, prima di concludere, al tema dell'incertezza nell'applicazione ed esecuzione delle pene.

La difformità dei criteri utilizzati nella commisurazione delle pene da parte di ciascun giudice è spesso lamentata dagli avvocati penalisti, ed è comprensibilmente avvertita come una grave ingiustizia da parte degli stessi condannati. E tale difformità è particolarmente pregiudizievole allorché difensore e imputato debbono decidere se optare per il giudizio abbreviato, anziché affrontare il dibattimento, a fronte della diffusa sensazione che molti giudici dell'udienza preliminare applichino la riduzione obbligatoria di un terzo della pena legato alla scelta di quel rito partendo da pene assai più elevate di quelle che sarebbero verosimilmente inflitte in sede dibattimentale.

Una sensazione di disparità di trattamento è, d'altra parte, diffusa tra i detenuti condannati in via definitiva, i quali spesso si dolgono della non uniformità dei criteri con i quali la magistratura di sorveglianza decide sulla concessione o non concessione di benefici penitenziari, misure alternative, liberazione condizionale.

E il progressivo scardinamento dell'intangibilità del giudicato, cui abbiamo dedicato poc'anzi qualche breve riflessione, contribuisce esso pure a restituire una complessiva immagine di incertezza della pena.

Tuttavia, non è facile immaginare correttivi in grado di rendere davvero prevedibile *ex ante* l'*an*, la tipologia e il *quantum* di pena applicabile a ciascun reato.

Cominciando dall'ultimo aspetto segnalato, la cedevolezza del giudicato rispetto a circostanze sopravvenute in grado di dimostrare non solo l'innocenza del condannato, ma anche

che nel suo processo sono stati violati i suoi diritti fondamentali, appare ben difficilmente criticabile. Gli interessi che stanno dietro l'intangibilità di un giudicato di condanna – *in primis*, l'esigenza di porre un limite alle risorse che l'ordinamento può investire nell'assicurare il diritto di difendersi a chi sia accusato di un reato – sono certamente recessivi rispetto alla necessità di porre rimedio alla violazione dei suoi diritti fondamentali, causata dall'esecuzione di una pena che per qualsiasi motivo si sia rivelata illegittima, o inflitta in esito a un processo illegittimo.

Quanto poi alla incertezza nella commisurazione o nelle vicende esecutive della pena, sono proprio i principi elaborati da una pluridecennale giurisprudenza della Corte costituzionale, a partire dalle idee guida di proporzionalità della pena e di funzione rieducativa della stessa, a rendere inevitabili ampi margini di flessibilità al giudice nella operazione di *individualizzazione* della pena in relazione alla concreta gravità del fatto e alla personalità del suo autore, così come nella valutazione dei concreti *progressi* del detenuto nel cammino verso la risocializzazione. Un maggior grado di certezza nella commisurazione e nella valutazione su benefici, misure alternative e liberazione condizionale finirebbe per legare le mani al giudice e tradursi – in fase di cognizione – nella inflizione di pene sproporzionate, nonché – in fase di esecuzione – in automatismi e preclusioni incompatibili con l'art. 27, comma 3, Cost.

Ci si potrebbe invero chiedere, con riguardo almeno alla fase di commisurazione della pena da parte del giudice di cognizione, se sia possibile attenuare le segnalate diseguaglianze di trattamento attraverso l'introduzione, anche nel nostro paese, di *linee guida* per la commisurazione della pena, quanto meno per i fatti di reato più comuni, rispetto ai quali non apparirebbe certo impossibile individuare una serie di sotto-fattispecie l'una contigua all'altra, suddivise a seconda dell'entità del danno cagionato e di alcune ricorrenti caratteristiche della condotta – secondo, grosso modo, il modello già sperimentato dalla giurisprudenza di legittimità relativo ai delitti di droga, in relazione alla tipologia e alla quantità della sostanza stupefacente oggetto della condotta. La stessa giurisprudenza di legittimità potrebbe, in quest'ottica, elaborare linee guida con indicazioni più precise delle fasce di pena applicabili per ciascuna singola sottofattispecie, ferma restando poi la possibilità per ciascun giudice di deviare verso il basso o verso l'alto dal *quantum* di pena indicato dalle linee guida, previa specifica motivazione, ogniqualvolta sussistano ragioni concrete che parlino in favore di una maggiore o minore gravità del fatto rispetto al caso ordinario contemplato dalle predette linee guida.

Ma si tratterebbe, naturalmente, di una prospettiva tutta da studiare, e verso cui avvicinarsi con ogni cautela, anche perché il suo probabile effetto collaterale sarebbe – allo stato – quello di innalzare il livello medio delle pene applicate, che oggi tendono ad assestarsi verso il minimo edittale, probabilmente in conseguenza della diffusa percezione dell'insostenibile elevatissima delle pene massime in rapporto alla gravità dei singoli fatti di reato. Ciò che potrebbe essere ritenuto un ottimo argomento per... *quieta non movere*, e accettare quindi come un male inevitabile le attuali diseguaglianze nella commisurazione delle pene nel nostro paese.

4. Osservazioni conclusive

Le osservazioni che precedono hanno mostrato, mi pare, che anche nel diritto penale – nonostante la presenza di un principio di legalità particolarmente stringente, con i suoi corollari rappresentati dal mandato di determinatezza della norma penale e dal divieto di analogia – l'ideale della certezza della sua applicazione, a sua volta funzionale alla tutela di numerosi altri principi costituzionali, è lungi dall'essere realizzato. E forse è lungi dal *poter* essere realizzato, per un insieme di ragioni non tutte riconducibili a patologie del sistema.

Questa considerazione non esime, tuttavia, dalla necessità di lavorare nella direzione di una maggiore certezza e prevedibilità, quanto meno, nell'applicazione delle norme incriminatrici, e di tutte le norme dalle quali dipende l'individuazione di una certa cornice di pena, nel cui ambito sarà destinata a dispiegarsi la discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena da infliggere al condannato. Un simile impegno dovrebbe idealmente coinvolgere tanto il legislatore – chiamato a evitare formulazioni eccessivamente imprecise, come tali incompatibili con l'art. 25, comma 2, Cost. –, quanto la Corte costituzionale – dalla quale potrebbe essere legittimo attendersi una maggiore vigilanza sul rispetto di tale principio –, quanto infine la giurisprudenza comune. Sulla quale pure incombe, io credo, un preciso dovere di contribuire, attraverso i propri precedenti, ad un'applicazione più prevedibile della legge penale nei singoli casi concreti.

Il che passa, però, per una rimediazione *ab imis*, da parte della stessa giurisprudenza, del proprio ruolo con-formativo del diritto vigente, anche in un ordinamento di *civil law* come quello italiano: un ruolo che merita di essere preso sul serio, e che impone però a ciascun giudice di pensare al proprio lavoro non già, sulla base di una unilaterale lettura dell'art. 101, comma 2, Cost., come all'opera di un *solista* chiamato a confrontarsi direttamente con il testo legislativo, da un lato, e con il caso concreto, dall'altro; ma piuttosto come all'opera di un interprete chiamato, *assieme a tutti gli altri giudici*, a fornire interpretazioni unitarie e coerenti a quel testo.



An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence

DIRITTI ANTICHI

Per una ricerca sulla certezza del diritto nell'esperienza greca.

Tra speculazione filosofica e prassi retorica

EMANUELE STOLFI

Ius certum e attività normativa in età monarchica e decemvirale.

Lo sguardo di Pomponio

M. FLORIANA CURSI

I responsa prudentium in Gai 1.7 e in Inst. 1.2.8

GIUSEPPE FALCONE

LE TRADIZIONI GIURIDICHE

Certezza del diritto e ordine giuridico moderno: un inventario tra ieri e oggi

ITALO BIROCCI

La certezza del diritto fra fascismo e repubblica: a proposito di Flavio Lopez de Oñate

PIETRO COSTA

FIGURE DELLA CONTEMPORANEITÀ

La certezza del diritto nello Stato fascista

ERNESTO DE CRISTOFARO

A proposito di certezza del diritto

RICCARDO GUASTINI

Certezza del diritto e legalità costituzionale

ROBERTO BIN

Sulla (in)sostenibile incertezza del diritto penale

FRANCESCO VIGANÒ

ISBN 979-12-5477-283-6



9 791254 772836

€ 60,00