

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

DOTTORATO DI RICERCA IN

“DIRITTO ROMANO E TRADIZIONE ROMANISTICA:

I FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO”

XXIV CICLO

TESI DI DOTTORATO

LE REGULAE IURIS NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA E NELLA
TRADIZIONE ROMANISTICA, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE
REGOLE DEL PROCESSO

COORDINATORE

CH.MO PROF. ALDO MAZZACANE

TUTOR
CH.MO PROF.
COSIMO CASCIONE

CANDIDATO
DR. FABIO ZUNICA

ANNO ACCADEMICO 2010 – 2011

INDICE SOMMARIO

I: ORIGINE, FONDAMENTO E VALORE DELLE REGULAE IURIS

§ 1: <i>Regula</i> : Etimologia, semantica e primi usi giuridici.....	3
§ 2: Fondamento storico e caratteri essenziali delle <i>regulae iuris</i> . La <i>regula Catoniana</i>	10
§ 3: La “regola delle regole”: D. 50.17.1	23
§ 4: Le <i>regulae iuris</i> nell’evoluzione giurisprudenziale: <i>i libri regularum</i>	28
§ 5: Rapporti tra <i>regulae</i> e <i>definitiones</i>	35

II: LE REGULAE IURIS NELLA TRADIZIONE ROMANISTICA

§ 1: Le <i>regulae iuris</i> nell’Alto Medioevo.....	46
§ 2: <i>Regulae, maximae</i> , brocardi, apparati e proverbi.....	52
§ 3: Le <i>regulae iuris</i> nelle opere dei Glossatori.....	59
§ 4: L’approccio alle <i>regulae</i> dai Commentatori a Pothier: cenni. 71	

III: SINGOLE REGULAE IURIS

§ 1: Tipologia e sistematica delle <i>regulae iuris</i>	85
§ 2: Le <i>regulae</i> e il processo.....	91
§ 3: Il significato attuale delle <i>regulae iuris</i>	130

INDICE DELLE FONTI.....	133
-------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	138
--------------------	-----

I CAPITOLO

ORIGINE, FONDAMENTO E VALORE DELLE REGULAE IURIS

I. 1: *Regula*: etimologia, semantica e primi usi giuridici

L'espressione "*regula*" deriva dalla radice "*regere*", nel senso di guidare, dirigere, ed è connessa alla parola "*rectus*", dritto, retto, ordinato.

Propriamente, il termine indica appunto qualcosa di dritto, in particolare un pezzo di legno o una staffa e, in tale accezione, è adoperato nella descrizione di Varrone¹ di un aratro, in cui l'autore usa tale espressione per indicare le parti dritte dello strumento.

In un passo tratto dal trentaduesimo libro del commentario all'editto, Ulpiano (e si passa così al linguaggio dei giuristi, ma in una utilizzazione relativa alla cultura materiale, non tecnico-giuridica), riferendo un'opinione di Nerazio, definisce invece "*regulae*" i dischi di una pressa dell'olio².

Nel linguaggio delle costruzioni, la parola "*regula*", analogamente, indica appunto il pezzo dritto di ferro o di legno, ovvero, per una naturale estensione, il "regolo", la verga utilizzata per tracciare linee dritte, quindi uno strumento di misura.

Nel senso di regolo l'espressione è utilizzata in un passo di Vitruvio, in cui peraltro compare, in corrispondenza al termine "*regula*", anche la parola "*norma*", nel senso di squadretta, usata dai carpentieri e dai costruttori per disegnare angoli retti.

¹ Varr. *de l. l.* 5.135.

² D. 19.2.19.2 (Ulp. 32 *ad ed.*): *sed et praelum vitiatum dominum reficere debere, quod si culpa coloni quid eorum corruptum sit, ex locato eum teneri, fiscos autem, quibus ad premendam oleam utitur, colonum sibi parare debere Neratius scripsit: quod si regulis olea prematur, et praelum et suculam et regulas et thimpanum et cocleas quibus relevatur praelum dominum parare oportere.*

Vitr. *de arch.* 1.2.2.: longitudines ad regulam et ad lineam, altitudines ad perpendicularum, anguli ad normam respondententes.

In questa accezione, l'espressione “*regula*” è stata intesa come l'ovvia traduzione del vocabolo greco “*κανών*”, che indicava appunto una misura standard.

In un importante scritto dedicato all'argomento oggetto della presente ricerca, Peter Stein³ osserva che Cicerone utilizza frequentemente la parola “*regula*” nel significato di “*κανών*”: ad esempio, nel *Lucullus*, l'Arpinate si riferisce tra l'altro alla *regula* come qualcosa che consente di distinguere ciò che è vero da ciò che è falso⁴.

Parimenti, nel linguaggio delle opere filosofiche, l'espressione viene adoperata dallo stesso Cicerone per separare il giusto dal torto: nel *de legibus*⁵, infatti, la *lex* viene definita “*iuris atque iniuriae regula*”, in sintonia peraltro con la definizione del filosofo greco Crisippo (“*κανόνα δικαίων καί άδίκων*”), contenuta

³ P. Stein, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims* (Edinburgh 1966) 51.

⁴ Cic. *Lucullus* 18.58: *Neque id est contra nos, nam nobis satis est ova illa non internoscere: nihil enim magis adsentiri par est hoc illud esse, quasi inter illa omnino nihil interesset; habeo enim regulam, ut talia visa vera iudicem, qualia falsa esse non possint; ab hac mihi non licet transuersum, ut aiunt, digitum discedere, ne confundam omnia. Veri enim et falsi non modo cognitio, sed etiam natura tolletur, si nihil erit quod intersit, ut etiam illud absurdum sit, quod interdum soletis dicere, cum visa in animos imprimantur, non uos id dicere, inter ipsas impressiones nihil interesse, sed inter species et quasdam formas eorum. Quasi vero non specie visa iudicentur, quae fidem nullam habebunt sublat veri et falsi nota.*

⁵ Cic. *de leg.* 1.19 : *Itaque arbitrantur prudentiam esse legem cuius ea uis sit ut recte facere iubeat uetet delinquere eamque rem illi Graeco putant nomine νόμων suum cuique tribuendo appellatam ego nostro a legendo. Nam ut illi aequitatis sic nos delectus uim in lege ponimus et proprium tamen utrumque legis est. Quod si ita recte dicitur ut mihi quidem plerumque uideri solet a lege ducendum est iuris exordium. Ea est enim naturae uis ea mens ratioque prudentis ea iuris atque iniuriae regula.*

nel suo libro sulle leggi e poi richiamata in un passo tratto dal *liber institutionum* di Marciano⁶.

In maniera non dissimile, il termine “*regula*”, nel gergo della dialettica, indica la linea di demarcazione tra gli argomenti veri da quelli falsi⁷.

Infatti, in un noto passo del *Brutus*⁸, in cui Cicerone elogia Servio Sulpicio per il modo in cui egli ha applicato il suo metodo dialettico alla formulazione della legge scientifica, la dialettica viene esaltata come l’attività capace di rendere chiaro ciò che è oscuro e di offrire una “*regula*”, ovvero un criterio per distinguere le cose vere da quelle false (*habere regulam qua vera et falsa iudicarentur*).

In definitiva, sia che si occupi di epistemologia, di etica, di dialettica o di retorica, Cicerone adopera l’espressione “*regula*” come equivalente di “*κανών*”, nel senso di misura, criterio, standard, mai nel significato di regola, in particolare di *regula iuris*⁹.

⁶ D. 1.3.2 (Marc. 1 *inst.*): *Nam et Demosthenes orator sic definit: τούτο ἐστὶ νόμος ὃ πάντας ἀνθρώπους προσήκει πείθεσθαι διὰ πολλά καὶ μάλιστα ὅτι πᾶς ἐστὶ νόμος εὐρημα μὲν καὶ δῶρον θεοῦ δόγμα δὲ ἀνθρώπων φρονιμῶν ἐπανόρθωμα δὲ τῶν ἐκούσιων καὶ ἐκούσιων ἀμαρτημάτων πόλεός δὲ συνθήκη κοινὴ καθ’ ἣν ἅπσι προσήκει ζῆν τοῖς ἐν τῇ πόλει. Sed et philophus summae stoicae sapientiae Chrysippus sic incipit libro, quel fecit περί νόμου: ὁ νόμος πάντων ἐστὶ βασιλεύς θεῶν τε καὶ ἀνθρωπίνων πραγμάτων δεῖ δὲ αὐτόν προστάτην εἶναι τῶν καλῶν καὶ τῶν αἰσχρῶν καὶ ἀρχοντα καὶ ἡγεμόνα καὶ κατὰ τοῦτο κανόνα τε εἶναι δικαίων καὶ ἀδίκων καὶ τῶν φύσει πολιτικῶν ζώων προστακτικόν μὲν ὧν ποιητέον, ἀπάγορευτικόν δὲ ὧν ποιητέον.*

⁷ P. Stein, *Regulae iuris* cit. 51 ss.

⁸ Cic. *Brutus*, 41.152: *Hic Brutus “Ain tu?” inquit. “etiamne Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis?”. “Sic enim”, inquam “Brute, existumo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partis, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia”.*

⁹ P. Stein, *Regulae iuris* cit. 52.

Anche nel campo della grammatica la parola “*regula*” ricorre frequentemente, associata perlopiù al concetto greco di “*κανών*”.

Varrone, ad esempio, non usa mai la parola “*regula*” nel senso di regola: egli, infatti, nel “*de lingua Latina*”, parla di “*praecepta*” quando si riferisce alle regole in generale, e di *analogiae* o di *similitudines* e *declinationes* quando intende far riferimento alle regole di grammatica¹⁰, ma in tale accezione non adoperò mai il termine “*regula*”.

Del resto lo stesso Vitruvio, contemporaneo di Varrone, nell'introduzione al trattato *de architectura*¹¹, chiede ai suoi lettori di conformarsi alla *regula artis grammaticae*, ovvero allo standard, al modello di scrittura prescritto dai grammatici.

Ciò induce a ritenere che, nella terminologia della grammatica, “*regula*” ebbe all'inizio il significato di misura, criterio, e solo successivamente, ovvero a partire dal I secolo d.C., assunse quello di regola individuale, ovvero di regola grammaticale¹².

In tal senso meritano di essere segnalati i “*Fragmenta Varronis*”, una collezione che raccoglie scritti di grammatici successivi a Varrone. Nell'opera in questione, la parola “*regula*” compare infatti prevalentemente nel significato di misura, ma ci sono due frammenti da cui si evince l'evoluzione del termine nel senso di “*regula*”: ci si riferisce, in particolare, a due citazioni che il grammatico *Flavius Sosipater Charisius* fa di Plinio il Vecchio, il quale a sua volta richiama proprio Varrone.

¹⁰ Cfr. Varr. *de l. L.* 9.4 e 10.9.

¹¹ Vitr. *de arch* 1.1.18.

¹² P. Stein, *Regulae iuris* cit. 52.

Nel primo dei due frammenti¹³, Plinio menziona una “*Varronis regula*” relativa alle parole *glossemata* e *poemata* e al loro dativo e ablativo plurale in “*bus*”.

Nel secondo passo¹⁴, invece, Plinio il Vecchio espone la vecchia regola secondo cui i sostantivi che terminano con il genitivo plurale in *ium* hanno l'accusativo in *eis*.

Plinio aggiunge che Varrone provò a confutare la regola con esempi, ma alla fine questi, in maniera quasi grossolana, ammise implicitamente l'esistenza della regola, dicendo che, a parte quegli esempi, valeva appunto la regola generale *de qua*.

Ora, poiché Varrone non sembra abbia usato altrove l'espressione “*regula*” nel senso di regola, rimanendo egli ancorato al significato tradizionale di misura, appare più corretto ritenere¹⁵ che fu dal I secolo d. C. in poi, epoca in cui scrive Plinio, che alla parola “*regula*” fu attribuito il valore di regola, sviluppandosi in tal modo l'originario significato dell'espressione come sinonimo di “*κανών*”.

In definitiva, nella letteratura non giuridica, il termine “*regula*”, che nel linguaggio delle costruzioni indicava il regolo, fu inizialmente adoperato, soprattutto negli scritti filosofici e retorici, come traduzione del termine greco “*κανών*”, nel senso figurato di “indirizzo”, “criterio direttivo”; l'uso della parola nel senso di “singola regola concreta” sembra essersi sviluppato nella grammatica, ed è appunto da questa disciplina che esso fu probabilmente mutuato dai giuristi¹⁶.

¹³ Funaioli, fr. 256, Goetz, fr. 52, Keil, G.L. I.131

¹⁴ Funaioli, fr. 255, Goetz, fr. 21, Keil, G.L. I.129

¹⁵ Così P. Stein, *Regulae iuris* cit. 52.

¹⁶ Cfr. P. Stein, *Regulae iuris* cit. 58.

La parola “*regula*” si diffuse nel linguaggio giuridico in epoca relativamente tarda.

Come rilevato da Schmidlin¹⁷, nessun frammento dei *veteres* contiene infatti questo termine, che si rinviene per la prima volta presso alcuni giuristi del I secolo d.C., precisamente in Sabino, in sostanziale consonanza cronologica con la mutazione semantica sopra proposta.

Ciò si desume dal noto frammento D. 50.17.1 (che sarà esaminato nel terzo paragrafo di questo capitolo), in cui Paolo, nel commentare un’opera di Plauzio, giurista del I secolo d.C., illustra in modo compiuto il significato operativo dell’espressione “*regula*”.

Ora, il fatto che Sabino e Plauzio discussero la natura della *regula* dimostra che questa nozione fu conosciuta dai giuristi tra la fine del I secolo e l’inizio del II d. C., epoca in cui, per primo, Nerazio Prisco, intitolò una sua opera *Libri regularum*, dando così impulso a un genere letterario che troverà in seguito un’ampia diffusione nella giurisprudenza classica.

Il termine “*regula*”, nel significato tecnico di “*regula iuris*”, compare peraltro in alcuni frammenti di Giuliano¹⁸, e ci troviamo con lui nella pienezza del II secolo d. C.

La lentezza con cui fu elaborata dalla scienza giuridica la nozione di “*regula iuris*”, che si era comunque manifestata nella trasmissione degli antichi principi della giurisprudenza pontificale, induce ragionevolmente a ritenere che gli antichi *dicta* creati dalla scienza dei *veteres*, la cui formazione è stata considerata caratteristica della giurisprudenza ai suoi albori (al punto da

¹⁷ B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie* (Köln – Wien 1970) 20.

¹⁸ Cfr., ad esempio, D. 36.2.17.1 (Iul. 36 *dig.*).

meritare l'appellativo, oggettivamente un po' enfatico, di "Regularjurisprudenz" usato da Jörs¹⁹), furono denominati *regulae* assai più tardi dell'epoca del loro sorgere²⁰.

In ogni caso, come più avanti si avrà modo di illustrare, lo sviluppo delle "*regulae iuris*", sebbene influenzato, almeno nella fase tardorepubblicana, dalla dialettica e dalla filosofia greca, avvenne comunque in modo sostanzialmente autonomo sia dalla prima che dalla seconda, e tanto a conferma della marcata indipendenza dalle altre discipline del pensiero giuridico romano, al cui spirito pratico non si adattavano molto le definizioni astratte e il teorico schematismo delle arti ellenistiche.

In conclusione, i giuristi romani, in linea con il loro approccio poco incline alla formulazione di categorie generali, non elaborarono un concetto metodologicamente unitario della "*regula*", corrispondendo a tale espressione una pluralità di significati tra loro non sempre omogenei e comunque storicamente variabili.

¹⁹ P. Jörs, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik I* (Berlin 1888) 290.

²⁰ B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* cit. 21.

I. 2: Fondamento storico e caratteri essenziali delle *regulae iuris*. La *regula Catoniana*

Il fondamento storico delle “*regulae iuris*” appare strettamente connesso con una delle caratteristiche principali del diritto romano antico, efficacemente declinata come “sindrome prescrittiva”²¹, e individuata tradizionalmente nell’ansia originaria che spinge a ridurre i rischi e cerca punti fermi²².

Nelle strutture romane arcaiche, pubbliche e private, infatti, ogni atto della vita doveva necessariamente essere in simmetria con un rito e trovare in esso riscontro e giustificazione; il diritto della comunità primitiva è prodotto e custodito dal *rex* sacerdote, dai pontefici e, in misura minore, dagli altri collegi sacerdotali²³.

In questo diritto, la validità e l’efficacia dell’agire umano trovavano fondamento solo nel collegamento tra la città e gli dei, garantito attraverso la *pax deorum*.

Nella connessione tra riti e *mores*, le tradizioni più antiche e salde della comunità diventano la base della convivenza relazionale e penetrano nel discorso giuridico.

²¹ A. Schiavone, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente* (Torino 2005) 48 e ss.

²² D. Nörr, *Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bronzetafel von Alcantara* (München 1989) 121.

²³ Cfr. C. Masi Doria, *Principii e regole. Valori e razionalità come forme del discorso giuridico*, in *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica Incontro di studio Trani 22 – 23 maggio 2009*. Atti, a cura di A. Lovato (Bari 2011) 19-42.

Il *mos* è il principio comunitario che giustifica la decisione del giurista fin nel pieno dell'età del Principato, acquisendo spesso, in particolare nell'*edictum* pretorio, sfumature etiche attraverso la qualificazione in termini di *bonus/boni*.

Viene dunque in rilievo un complesso sistema etico e di valori sociali, che ha alle sue spalle un ordinamento, risalente alla giurisprudenza pontificale, che ha già costruito un proprio assetto ontologico giuridicamente e concettualmente caratterizzato²⁴.

Il formalismo impregna di sé il diritto romano ancora nelle Dodici Tavole e nella procedura civilistica delle *legis actiones*, in cui anche il minimo errore nel rito dequalificava il comportamento processuale, rendendolo inefficace fino alla perdita della *lis*.

In tale contesto, l'espressione del diritto in regole riassume le ipotesi normative in brachilogie ritmiche, che esprimono il rito o la norma facilmente memorizzabili in una cultura che è ancora prevalentemente legata all'oralità: lo stesso utilizzo nella storiografia del termine "versi" o "versetti" per indicare le regole contenute nelle XII Tavole non appare casuale, tanto è vero che lo stesso Cicerone²⁵ ricordava come nella sua fanciullezza avesse imparato il testo decemvirale "*ut carmen necessarium*".

Non c'è dubbio, comunque, che la comparsa, non improvvisa, graduale e per certi aspetti spontanea delle antiche "*regulae iuris*" nella riflessione giuridica pone all'interprete alcuni problemi di individuazione del fondamento storico-dogmatico.

²⁴ F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* I (München 1988) 583.

²⁵ Cic. *de leg.* 2.59.

Sul punto appaiono tuttavia particolarmente efficaci le note (sia pur fortemente condizionate e perciò non del tutto attendibili, come ha da tempo messo in luce un'autorevole storiografia) considerazioni operate da Schulz²⁶: “questi principi non sono tali da potersi comodamente leggere nei nostri testi. I Romani non li esprimono, perché in genere non è nelle loro abitudini l'introspezione, né la posizione di principi; per molti di essi si può dire con certezza che i Romani non ne hanno avuto coscienza neppure una volta. E tuttavia non è da pensare che si tratti di fantasie. I principi costruttivi dei giuristi romani devono essere necessariamente riconoscibili nel risultato della loro fatica e si possono indurre dai singoli fatti della storia giuridica”.

Ora, in assenza di un inquadramento astratto del fenomeno da parte della giurisprudenza romana, al fine di individuare i tratti essenziali delle “*regulae iuris*” elaborate di volta in volta per regolamentare singoli istituti o determinate materie, occorre partire da una preliminare considerazione di fatto, ovvero che le fonti giuridiche ci hanno tramandato almeno due categorie di regole, tra loro distinte²⁷.

Nella prima rientrano le vere e proprie regole normative, talora espressamente denominate “*regulae*”, ma comunque sempre riconoscibili nella struttura; si tratta, in definitiva, di asserzioni non

²⁶ F. Schulz, *I principi del diritto romano*, trad. a cura di V. Arangio-Ruiz (Firenze 1946) 1 ss.

²⁷ In tal senso, B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* cit. 21. Sul fondamento storico delle *regulae*, cfr. J.M. Blanch Nougues, *La “certissima iuris regula” de Gayo*, in *RIDA*. 44 (1997) 45-70 e G. Nocera, *Jus publicum (D. 2.14.38) contributo alla ricostruzione storico – esegetica delle regulae iuris* (Roma 1946).

attribuibili a questo o a quel giurista, ma valide sempre e per chiunque, perché dotate di efficacia generale e astratta.

Una seconda categoria di “*regulae*”, invece, comprende il materiale contenuto nei *libri regularum*, genere letterario tipico dell’epoca classica, ovvero proposizioni nelle quali il carattere di regola dipende non dal contenuto, ma dal modo in cui la proposizione è costruita; le “*regulae*” così intese non sono altro che figure metodologiche del momento costruttivo di una giurisprudenza casistica, soluzioni pratiche enunciate in forma appunto regolare, che non si considerano poste come norme, ma proposte, ad opera del singolo giurista che le espone, come conclusioni da acquisire.

Soffermandosi per ora sulla prima delle due categorie, occorre ricordare che, nelle fonti giuridiche romane, la parola “*regula*” copre un campo semantico assai vasto, designando nelle sue diverse sfumature tutto ciò che può valere come principio conduttore o come direttiva di carattere generale, individuando i *dicta dei veteres*.

Dall’esame delle fonti si rileva che il termine “*regula*”, compare senza alcuna specificazione in diversi testi nel senso di *regula iuris*²⁸, mentre assume poi un significato ancor più univoco e pregnante con l’aggiunta di *iuris*²⁹, o di *iuris civilis*³⁰.

²⁸ D. 22.6.9 (Paul *lib. sing. de iuris et facti ignorantia*): *regula est iuris quidam ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*. D. 41.2.1.16 (Paul. 54 *ad ed.*). Altrove, ad esempio in Gai. 3.142, il termine compare nel significato più atecnico di regolamento giuridico della vendita e della locazione.

²⁹ Cfr. ad esempio D. 26.5.20 (Mod. 7 *differ.*): *ventri tutor a magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest; nam de curatore constituendo edicto comprehensum est. Curatores habenti quo minus alius curator detur, regula iuris non est impedimento*.

³⁰ Cfr. D. 2.14.28 (Gai. 1 *ad ed. prov.*), su cui si tornerà subito *infra*.

Al di là dell'espressione lessicale, qualificata o meno dall'aggiunta di *iuris* o *iuris civilis*, l'essenza della “*regula*”, come meglio si vedrà nel prossimo paragrafo esaminando il noto frammento di Paolo contenuto in D. 50.17.1, è data dalla sua attitudine a offrire, in sintesi, la disciplina normativa di una determinata fattispecie.

Pur non rivestendo carattere assoluto e inderogabile, la “*regula iuris*” in senso proprio assume comunque valore imperativo in quanto frutto di un'elaborazione giuridica consolidata e universalmente accettata.

In tale prospettiva, la celebre affermazione gaiana³¹ secondo cui “*contra iuris civilis regulas pacta conventa rara non habentur*”, dimostra che la libera esplicazione dell'autonomia privata incontra nelle “*regulae iuris*” un limite non diverso da quello che incontra con gli altri due termini, il che vale a confermare il valore normativo tradizionalmente espresso dalle “*regulae iuris*”.

In questo senso, non sorprende allora che, generalmente, le “*regulae*” si caratterizzino per la loro forma anonima.

Del resto, quando un giurista, per una propria soluzione, impiega una “*regula*”, lo fa sul presupposto del suo valore normativo, per cui non si sente tenuto a cercare, per l'asserzione contenuta nella regola, altro fondamento che non sia quello dell'esistenza della regola stessa, in quanto le regole valgono di per sé, e non per l'autorità del giurista che le ha pronunciate, poiché non si tratta di mere opinioni giurisprudenziali, ma di enunciazioni

³¹ D. 2.14.28 pr. (Gai. 1 *ad ed. prov.*): *contra iuris civilis regulas pacta conventa rata non habentur, veluti si pupillus sine tutoris auctoritate pactus sit, ne a debitore suo peteret, aut ne intra certum tempus veluti quinquennium peteret.*

acquisite nella prassi, che sono divenute così vere e proprie statuizioni normative, come tali anonime e impersonali.

Il valore delle “*regulae iuris*” non è dunque quello di semplici principi di esperienza derivanti dalla pratica del diritto e consolidatisi in forma di massime, ma di norme ormai stabilite, portatrici di propria forma regolatrice.

A differenza di qualsivoglia *sententia* dei giuristi, infatti, le “*regulae iuris*” non possono essere rovesciate nell’esercizio del cd. *ius controversum*³², ma al più limitate eccezionalmente o aggirate mediante sottili distinzioni concettuali: il principio giuridico che esse esprimono non è mai apertamente rinnegato, e la stessa cura scrupolosa con cui i giuristi giustificano le eccezioni che vi apportano mostra con tutta evidenza che le stesse, per la loro natura cogente, sono qualcosa di ben diverso dai semplici detti proverbiali³³.

A ben vedere, poi, la stessa possibilità di riconoscere eventuali eccezioni alla regola generale (il brocardo medievale *exceptio firmat regulam*, pur non essendo presente nelle fonti giuridiche romane, appare comunque radicato nella riflessione dei giureconsulti romani³⁴) rivela un tratto caratteristico del pensiero giuridico romano, ovvero “l’attitudine a ragionare attraverso *regulae*, nel particolare, la propensione a considerare la regola con

³² Sul punto cfr. da ultimo M. Bretone, *Ius controversum* (Roma 2008) 3 ss.

³³ B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* cit. 21.

³⁴ Al fondamento storico e alla portata operativa dell’adagio *exceptio firmat regulam* è stato di recente dedicato un brillante studio condotto da C. Nitsch, “*Exceptio firmat regulam*”. *Un contributo sul ragionamento giuridico in Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna VI* (Napoli 2007) 3787-3827.

riferimento alla definizione dei suoi confini, in rapporto a ciò che, *exceptus*, è tratto fuori di essa”³⁵, dunque incluso ciò che è escluso.

Alla portata tendenzialmente imperativa delle “*regulae*”, ben si adegua, del resto, la caratteristica forma di sentenza con cui sono solitamente enunciate: in quest’ottica, proprio la loro strutturazione come massima, che costituisce una delle più antiche forme di espressione stilistica, anche al di fuori del campo giuridico, conferiva loro la necessaria autonomia e le rendeva idonee a essere tramandate nel tempo, tanto che ai giuristi classici esse appaiono regole fisse di diritto vigente, risalenti ad epoca imprecisata e, anche per tale ragione, prive di una specifica paternità.

Unica eccezione alla costante caratteristica dell’anonimato delle “*regulae iuris*” risulta essere la *regula Catoniana*, così denominata dal giurista che la enunciò, Mario Porcio Catone Liciniano, figlio maggiore del celebre censore, che premorì al padre nel 152 a.C.

La “*regula*”, che, come noto, si riferisce al diritto successorio, è richiamata da Celso in un passo che ne delinea in modo efficace l’ambito operativo.

D. 34.7.1 (Cels. 35 *dig.*): *Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere. Quae definitio in quibusdam falsa est. Quind enim, si qui ita legaverit, “si post kalendas mortuus fuero, Titio dato?” An cavillamur? Nam hoc modo si statim mortuus fuerit, non esse datum legatum verius est quam inutiliter datum. Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi*

³⁵ C. Nitsch, “*Exceptio firmat regulam*” cit. 3827.

testamenti tempore tuus est, si enim vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decesserit.

Dunque, il legato che sarebbe nullo se il testatore fosse morto al momento della confezione del testamento rimane nullo quale che sia il momento della morte del testatore; in altri termini, il legato nullo al momento della confezione del testamento non si convalida ancorché la causa di nullità non sussista più al momento della morte del testatore, cioè quando il testamento diventa efficace³⁶ (così, ad esempio, il legato di materiali congiunti a un edificio, o il legato di cosa appartenente al legatario non si convalida se al momento della morte del testatore i materiali siano separati o la cosa non appartenga più al legatario³⁷).

La *regula* in questione, peraltro, costituisce una particolare applicazione, in tema di legati, della più ampia e consolidata regola generale³⁸, secondo la quale, utilizzando una terminologia moderna, i negozi inizialmente nulli non si convalidano in base a eventi posteriori.

D'altra parte, era affermazione costante³⁹ quella secondo cui il testamento, per essere efficace al momento della morte del

³⁶ G. Scherillo, *Note critiche su opere della giurisprudenza romana*, in *Iura* 3 (1952), 180 ss.; Id., s.v. “*Catoniana regula*”, in *NNDI*. XV (Torino 1968) 28-29.

³⁷ Lo si desume da D. 30.41.1, che richiama espressamente la “*regula*”.

³⁸ D. 50.17.29 (Ulp. 23 *ad Sab*): *quod ab inizio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*. Sul fondamento e sull’operatività dell’istituto della conversione, cfr. per tutti V. Giuffrè, *L’utilizzazione degli atti giuridici mediante “conversione” in diritto romano* (Napoli 1965).

³⁹ D. 50.17.201 (Iav. 10 *epist.*): *omnia, quae ex testamento profiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitium ceperint*.

testatore, non deve essere affetto da alcuna causa di nullità, e tale nullità si comunicava ai negozi contenuti nel testamento⁴⁰.

La regola concerneva quindi nullità che riguardavano legati disposti in un testamento di per sé valido, giacché altrimenti sarebbe stato inutile enunciarla⁴¹.

La giurisprudenza posteriore, pur prestando omaggio alla *regula Catoniana*, tendeva a interpretarla in maniera restrittiva, tant'è che lo stesso Celso, autore del passo in cui è citata la “*regula*”, non mancava di aggiungere che la stessa *in quibusdam falsa est*, escludendone l'operatività proprio in un tipico caso di applicazione, ovvero quello del legato di cosa del legatario e da costui alienata prima della morte del testatore⁴².

Ora, al di là della questione relativa ai suoi limiti operativi, non c'è dubbio anche la *regula Catoniana*, pur sottraendosi alla caratteristica dell'anonimato tipica delle “*regulae iuris*”, era considerata dai giuristi non come un semplice parere di Catone, ma come un principio normativo valevole anche al di là del caso particolare in occasione del quale era stato enunciato e, infatti, proprio in considerazione di questa sua valenza, Giuliano⁴³ le

⁴⁰ La *regula Catoniana* non trova cittadinanza nel diritto vigente: se infatti vi prestava un parziale omaggio l'art. 843 del codice civile del 1865, statuendo la nullità in ogni caso del legato di cosa appartenente al legatario al momento della confezione del testamento, il corrispondente art 656 del codice civile del 1942 stabilisce che il legato di cosa appartenente al legatario al momento della confezione del testamento è nullo se la cosa è in proprietà del legatario anche al momento dell'apertura della successione; se invece la cosa al momento dell'apertura della successione si trova in possesso del testatore, il legato è valido, come pure è valido se in tal momento la cosa si trova in proprietà dell'onerato o di un terzo.

⁴¹ Così G. Scherillo, s.v. “*Catoniana regula*” cit. 28.

⁴² Il passo è contenuto all'interno del titolo (D. 34.7) *De regula Catoniana*, composto da soli cinque frammenti, quattro dei quali contengono eccezioni alla regola che, evidentemente, pur rispettata, non era considerata tuttavia sempre vigente.

⁴³ Cfr. D. 36.2.17 (Iul. 36 dig.): *Cum legato servo aliquid legatur, dies eius legati quod servo datur non mortis tempore, sed aditae hereditatis cedit: et ideo*

attribuisce senza esitazione la qualifica di “*regula iuris*”, pur se ne ridimensiona in parte la sfera operativa in alcuni casi specifici.

In ogni caso, la *regula Catoniana* conferma una tendenza costante delle “*regulae iuris*” già prima enunciata, cioè quella di essere in stretta connessione con il formalismo degli atti del *ius civile*, che costituisce il fondamento principale, anche se non esclusivo, dell’elaborazione delle regole di diritto.

In quest’ottica appaiono significative le “*regulae*” relative al cd. “principio di simmetria”, che sancisce l’omogeneità formale tra l’atto costitutivo e l’atto estintivo di un rapporto giuridico (*nexum – nexi liberatio, stipulatio – acceptilatio* ecc.).

Le fonti (cfr. ad esempio D. 46.3.80⁴⁴ e D. 50.17.35⁴⁵) ci hanno in realtà tramandato derivazioni alquanto tarde del principio di simmetria, che nel suo significato originario doveva essere più rigoroso; quel che rileva, comunque, è rimarcare lo stretto legame esistente tra le “*regulae iuris*” e gli antichi istituti dello *ius civile*, non nel senso che tutte le “*regulae*” sono espressione solo dello *ius civile*, ma nel senso che quest’ultimo è il punto di partenza delle

impedimento non est regula iuris, quo minus manumissio legatum debeatur, quia etsi confestim pater familias moreretur, non in eiusdem personam et emolumentum legati et obligatio iuris concurreret. perinde igitur est hoc, de quo quaeritur, ac si filio herede instituto patri legatum esset: quod consistere intellegitur eo, quod, quamvis statim pater familias moriatur, potest emancipatus adire hereditatem non cesserit.

⁴⁴ Cfr. D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Q. Muc.): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

⁴⁵ D. 50.17.35 (Ulp. 48 ad Sab.): *semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id equimur, quod actum est: aut, si non pareat quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione in qua actum est frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fit? Ad id, quod minimum est, redigenda summa est.*

“*regulae*”, che, pur se formatesi in epoca successiva, ne riprendono lo stile espressivo di asserzioni autonome e cogenti⁴⁶.

In definitiva, la rigorosa struttura e la severa disciplina degli atti dello *ius civile* costituivano senza dubbio un terreno particolarmente fertile per la formazione di “*regulae iuris*” che, in stringate proposizioni normative, cristallizzavano le conseguenze giuridiche derivanti dal compimento delle arcaiche forme negoziali.

In ogni caso, il formalismo giuridico, anche se ne è il principale, non costituisce però l’unico fondamento delle “*regulae iuris*”, esistendo altre massime che, pur presentando tutte le caratteristiche delle regole normative, non si lasciano però in alcun modo ricondurre a un determinato atto formale dell’antico diritto ma appaiono invece fondate su risalenti concezioni giuridiche consolidate⁴⁷.

Tali massime, tra le quali, secondo la convincente impostazione di Schmidlin⁴⁸, possono annoverarsi alcune riguardanti i diritti reali (*superficies solo cedit*⁴⁹ e *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*⁵⁰), o le obbligazioni (*noxam caput sequitur*⁵¹ ed *ex nudo pacto actio non nascitur*⁵²) trovano diffusione soprattutto con riferimento a istituti diretti alla determinazione, alla garanzia e al rafforzamento di posizioni giuridiche assolute, quali si riscontrano in primo luogo nel campo del diritto delle persone, del

⁴⁶ B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* cit. 28.

⁴⁷ Così C.A. Cannata, *Per una storia della scienza giuridica europea*. I. *Dalle origini all'opera di Labeone* (Torino 1997) 149.

⁴⁸ B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* cit. 31.

⁴⁹ Gai 2.73: *id quod in solo nostro ab aliquot aedificanda est, quamvis ille suo nomine, iure naturali nostri fit, quia superficies solo cedit.*

⁵⁰ D. 41.2.3.19 (Paul. 57 *ad ed.*).

⁵¹ D. 47.1.1.2 (Ulp. 43 *ad Sab.*).

⁵² P.S. 2.14.1.

diritto delle cose e dei *delicta*, settori questi in cui, pur se non tutti i rapporti giuridici sono suscettibili di tradursi in forme esteriormente visibili, i principi che li governano appartengono comunque ai momenti costruttivi delle istituzioni giuridiche, e pertanto ottengono immediata validità normativa come “*regulae iuris*”.

Non va invece confusa con le “*regulae iuris*” quella nutrita serie di precetti, usuali e casistici, che era tipica della giurisprudenza cautelare, la quale si preoccupava essenzialmente della corretta attuazione formale dei negozi dello *ius civile*⁵³.

Tali precetti, che fanno perno su locuzioni tipo *utilis – inutilis, oportet, debet, potest – non potest, valet – non valet*, pur riallacciandosi alle regole normative, se ne differenziano, in quanto queste ultime sono *dicta* che si concretano in espressioni fisse, mentre le prescrizioni cautelari sono formulate ogni volta in modo nuovo.

Al di là dell’aspetto formale, la vera differenza si coglie però sotto il profilo sostanziale⁵⁴.

Mentre, infatti, le “*regulae iuris*” sono creative, perché, come la “*regula Catoniana*”, colmano una lacuna della regolamentazione giuridica, riferendosi al profilo giuridico dei singoli istituti, le regole cautelari non sono uno strumento di sviluppo del diritto, ma esauriscono la propria funzione nell’istruzione sul corretto compimento degli atti.

La formula espressiva delle regole casistiche è molto varia: quella più comune è tuttavia la forma ipotattica, per cui il *casus* è prospettato in una breve e semplice frase concepita in

⁵³ B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* cit. 46.

⁵⁴ Sul punto, in particolare, B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* cit. 47.

termini condizionali (*si ...*), o introdotta da una locuzione generalizzante (*ubi, cum, dum* ecc.) o da un soggetto genericamente individuato (*aliquis, quis, nemo* ecc.), da cui sono fatte discendere determinate conseguenze giuridiche.

Non è tuttavia rara una diversa formula espressiva, denominata da Schmidlin, “forma istituzionalmente qualificata” (“institutionell qualifizierte Form”⁵⁵), con cui non si fa riferimento a un generico *si quis*, bensì a un soggetto più specificamente individuato (*heres, emptor, possessor, servus*), al quale viene riferita la condizione del caso.

Infine, una ulteriore modalità espressiva, che segna una sorta di transizione al tipo di regola istituzionale, è quella in cui il richiamo casistico manca completamente e la conseguenza giuridica enunciata nella regola discende direttamente dalla struttura stessa dell’istituto preso in esame (esempio caratteristico in tal senso è la regola “*mandatum solvitur morte*”⁵⁶).

Così ricostruiti i caratteri fondamentali delle “*regulae iuris*” in senso proprio, appare ora doveroso soffermarsi sull’unico testo delle fonti giuridiche romane, contenuto in D. 50.17.1, che individua la natura e i limiti operativi delle *regulae iuris*.

⁵⁵ B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* cit. 48.

⁵⁶ D. 17.1.26 pr. (Paul. 32 *ad ed.*).

I. 3: “La regola delle regole”: D. 50.17.1

Nella parte finale dei *Digesta*, com'è noto, Giustiniano raccolse 211 frammenti di *regulae iuris*, inserendoli nel titolo 17 dell'ultimo libro dell'opera, intitolato appunto “*De diversis regulis iuris antiqui*”.

Di particolare interesse, al fine di ricostruire l'ambito di operatività delle “*regulae iuris*”, risulta il primo passo, tratto da uno scritto di Paolo, in cui è contenuta quella che ben può essere definita come la “regola delle regole”⁵⁷.

D. 50.17.1 (Paul. 16 *ad Plaut.*): Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est; quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.

Orbene, nel passo di Paolo possono distinguersi tre proposizioni, che peraltro non appaiono tra loro completamente omogenee e sovrapponibili⁵⁸.

In base alla prima, viene affermato, seguendo la traduzione suggerita da Wacke⁵⁹, che una “*regula*” descrive in

⁵⁷ M. Kaser, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristemethode* (Wien – Köln – Graz 1986) 146.

⁵⁸ Cfr. O. Behrends, *La nuova traduzione tedesca dei Digesta e la critica interpolazionistica*, in *Index* (1997) 13 – 70.

breve lo stato delle cose, ovvero offre una sintesi di una fattispecie concreta, mettendone in risalto gli aspetti più significativi.

Per descrivere il contenuto della “*regula*”, Paolo adopera quindi una locuzione di origine dialettica, che discende dalla logica aristotelica e stoica ai retori romani⁶⁰.

Il nucleo centrale del passo è però contenuto nella seconda proposizione, ove si afferma che “*non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*”.

Non è dunque da una “*regula*” che si ricava il diritto vigente, ma è dal diritto vigente che si desume la “*regula*”: in definitiva, era l’applicazione del diritto a dover creare la regola, non la regola a dover creare diritto, ammonimento questo volto a scongiurare il pericolo che comportava il seguire acriticamente una particolare regola normativa.

Infine, nella terza parte del frammento, viene spiegato che attraverso una “*regula*” viene trasmessa una sintetica descrizione delle fattispecie; essa rappresenta, in un certo qual modo, un collegamento, un insieme di cause; tuttavia, non appena questa si rivela in qualche parte non corrispondente, perde la propria funzione.

Il richiamo all’analogia di Sabino della “*causae coniectio*”, contenuto nella parte finale del frammento, rappresenta quindi una sorta di obiezione di metodo all’impiego apodittico delle “*regulae iuris*”, nel senso che l’enunciato espresso in forma di regola dovrà cedere il passo (“*perdit officium*”), laddove non sia

⁵⁹ A. Wacke, *Brocardi giuridici e assimilazione dei diritti nazionali europei*, in *Filia Scritti per Gennaro Franciosi IV* (Napoli 2007) 2827 ss.

⁶⁰ B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* cit. 61.

conforme alla descrizione degli elementi rilevanti della fattispecie concreta oggetto di regolamentazione.

Non è del tutto chiaro il contesto in cui si inseriva il frammento paolino.

È noto solo che il sedicesimo libro delle note di Paolo al lavoro di *Plautius*, un giurista della seconda metà del I secolo a.C., riguardava il tema delle manomissioni.

Pare molto probabile, tuttavia, che il passo originale fosse parte di una più ampia discussione relativa alla validità dei legati operati per manomettere gli schiavi, con particolare riferimento agli effetti su questo tipo di legati della “*regula Catoniana*”⁶¹.

Tale “*regula*”, secondo cui, come detto, un legato che fosse diventato inutile se il testatore fosse morto immediatamente dopo aver confezionato il suo testamento non poteva essere convalidato da eventi successivi, poneva tuttavia seri problemi per la manomissione degli schiavi avvenuta mediante legati: infatti, poiché uno schiavo non aveva la capacità di ricevere legati finché non fosse libero, e dal momento che il dono della libertà contenuto nello stesso testamento avrebbe prodotto effetto solo quando l’erede avrebbe accettato l’eredità, il che poteva avvenire qualche tempo dopo la morte del testatore, l’applicazione della “*regula*” avrebbe potuto perciò invalidare un legato concesso a uno schiavo che avesse ricevuto la libertà nello stesso testamento.

Per quando il testatore fosse morto, infatti, lo schiavo poteva non essere in condizione di accettare il legato.

Per evitare questo risultato e consentire cioè al testatore di beneficiare con un legato il suo schiavo che egli aveva

⁶¹ P. Stein, *Regulae iuris* cit. 67 e ss.

contemporaneamente liberato con il suo testamento, i giuristi sostennero⁶² che il legato non poteva essere conferito fino all'ingresso dell'erede nell'eredità.

In tal senso, venne esclusa l'operatività della *regula Catoniana* nella maggior parte dei casi, ma non tutti, riguardanti il legato relativo a uno schiavo⁶³.

In definitiva, la “*regula Catoniana*”, in quanto tale, era potenzialmente operativa anche per i legati relativi alla manomissione degli schiavi, ma alcuni giuristi, guidati da Sabino, hanno contestato la generalizzata applicazione della “*regula*” in tema di legati sulla *manumissio*, e ciò proprio alla luce del criterio direttivo (*non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*) opportunamente sintetizzato da Paolo in D. 50.17.1.

In quest'ottica, al di là del verosimile riferimento alla “*regula Catoniana*”, il frammento paolino, ponendo in contrasto il processo di formazione di una regola con la sua applicazione, trattandosi di procedimenti diversi, anche se non incompatibili⁶⁴, contiene un chiaro avvertimento circa la pericolosità di racchiudere in categorie rigide una previsione normativa, di per sé soggetta a una costante e naturale evoluzione, e comunque inidonea a fornire una risposta adeguata alla varietà dei casi potenzialmente suscettibili di rientrare nella sua sfera di operatività.

⁶² Cfr. D. 36.2.7.6 (Ulp. 20 *ad Sab.*).

⁶³ D. 36.2.17 (Iul. 36 *Dig.*): *Cum legato servo aliquid legatur, dies eius legati quod servo datur non mortis tempore, sed aditae hereditatis cedit: et ideo impedimento non est regula iuris quinimus manumissio legatum debeatur, quia etsi confestim paterfamilias moreretur, non in eiusdem personam et emolumentum legati et obligatio iuris concurreret.*

⁶⁴ Così A. Wacke, *Brocardi giuridici e assimilazione dei diritti nazionali europei* cit. 2828.

La medesima “prudenza” fu manifestata dai giuristi, oltre che in relazione alle “*regulae iuris*”, anche con riferimento all’uso delle definizioni, come si avrà modo di vedere più accuratamente nell’ultimo paragrafo di questo capitolo.

Circa i criteri di redazione del titolo 50.17, è stato correttamente evidenziato⁶⁵ che, tra le sottocommissioni impegnate nella selezione delle fonti, a raccogliere il maggior numero di *regulae* fu quella che si occupò della cosiddetta massa “edittale”, con 111 frammenti a fronte dei 71 provenienti dalla massa sabiniana e dei 28 della massa papiniana.

Ora, se si considera che circa la metà dei frammenti dei *Digesta* provengono dai lavori di Paolo e di Ulpiano, non sorprende che questi ultimi due giuristi guidino l’elenco dei giuristi citati nel titolo D. 50.17, il primo con 69 frammenti e il secondo con 62 citazioni (nell’ordine vengono poi Gaio e Pomponio con 17 *regulae* ciascuno).

Appare comunque interessante notare che, in questo caso, a differenza di quanto avviene per gli altri luoghi della Compilazione, è Paolo a precedere Ulpiano nella graduatoria dei giuristi più citati, il che induce a ritenere che Paolo avesse una particolare inclinazione all’uso delle *regulae iuris*, come del resto fa intendere anche la stessa provenienza del frammento generale che apre il titolo che conclude l’ultimo libro dei *Digesta*.

⁶⁵ P. Stein, *The Digest title de diversis iuris regulis antiqui and the general principles of law*, in *Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound* (1962) 3 ss.

I. 4: Le *regulae iuris* nell'evoluzione giurisprudenziale: *i libri regularum*

Come già anticipato nella parte finale del primo paragrafo di questo capitolo, l'atteggiamento della giurisprudenza romana nei confronti delle "*regulae iuris*", nelle diverse fasi della sua storia, fu caratterizzato da una pluralità di approcci.

Nell'età tardorepubblicana, soprattutto sotto l'influsso della dialettica, furono elaborate dai giuristi alcune regole generali, formulate generalizzando le decisioni riguardanti taluni casi particolari, attraverso la tecnica divisoria ("diaretica") e l'astrazione logica recepite dai modelli della filosofia aristotelica e platonico-scettica.

Pur non comparando il termine "*regula*" nei passi della giurisprudenza repubblicana a noi noti, deve comunque farsi risalire a questa fase storica la prima diffusione e divulgazione dei principi giuridici volti a disciplinare una determinata fattispecie.

Un precursore di questa nuova tendenza metodologica viene tradizionalmente⁶⁶ individuato in Quinto Mucio Scevola, noto per essere l'ultimo giurista ad abbinare alle attività contingenti e ormai pienamente laiche del *cavere, agere e respondere*, l'esercizio della funzione religiosa di pontefice massimo.

⁶⁶ S. Riccobono, s.v. *Regulae iuris*, in *NNDI*. XV (Torino 1968) 360 – 361.

Oltre che per i suoi 18 libri dedicati allo *ius civile*, Mucio Scevola è ricordato per il *liber singularis horòn*, una raccolta di “*horoi*”, ovvero di definizioni volte a dominare, attraverso il costante ricorso alla tecnica divisoria, la casistica e le complesse forme giuridiche derivanti dall’estendersi dei traffici e dall’attività creativa del pretore.

Un frammento del *liber singularis horòn* di Quinto Mucio Scevola è peraltro menzionato proprio in D. 50.17.73.4, che si conclude con la nota *regula* secondo cui *nec paciscendo, nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest*⁶⁷.

Dunque, con Quinto Mucio l’attività volta a formulare regole e definizioni si fece più intensa, perché essenziale alla costruzione sistematica del diritto⁶⁸.

Le regole della giurisprudenza preclassica sono comunque strumenti prevalentemente definitivi, che descrivono le conseguenze giuridiche di una data premessa e che enunciano in termini generali e sintetici una certa disciplina giuridica⁶⁹.

La diffusione delle “*regulae iuris*” conobbe invece un significativo incremento durante il periodo classico, che però fu contraddistinto da un atteggiamento molto prudente rispetto al loro impiego, come si desume chiaramente dal frammento di Paolo

⁶⁷ L’importanza della *regula*, che nega qualsiasi effetto a convenzioni fatte a favore di terzi, anche se al di fuori dello *ius Quiritium*, deve ravvisarsi, in chiave storica, soprattutto nel fatto che, per la prima volta, ricomprende tutti i vari ordinamenti giuridici che avevano vigore nell’ultimo periodo della Repubblica, e cioè lo *ius civile*, lo *ius gentium* e lo *ius honorarium*: nel *paciscendo*, infatti, è contemplato lo *ius honorarium*, nella *stipulatio* lo *ius gentium* e nella *lex dicta* lo *ius civile*.

⁶⁸ S. Riccobono, s.v. “*Iurisprudencia*”, in *NNDI IX* (Torino 1965) 348 ss.

⁶⁹ Cfr. C. Masi Doria, *Principii e regole. Valori e razionalità come forme del discorso giuridico* cit. 39 ss.

sopra esaminato e dalla citazione di Sabino parimenti compiuta in D. 50.17.1.

Nel diritto postclassico, poi, in concomitanza con il progressivo decadimento della scienza giuridica, vi fu un rinnovato interesse verso le “*regulae iuris*”, le quali si ponevano in perfetta sintonia con le esigenze di classificazione tipiche dell’epoca.

Sul punto, la romanistica tradizionale⁷⁰ ha evidenziato che, mentre nel periodo preclassico e postclassico, vi fu una particolare attenzione dei giuristi romani all’elaborazione e alla divulgazione delle regole di diritto, la giurisprudenza classica mostrò apertamente diffidenza verso l’uso di definizioni e regole normative, che in questa lunga fase storica attraversarono una prolungata fase di decadenza.

Ora, come attentamente sottolineato da Stein nel suo lavoro dedicato all’argomento⁷¹, un’affermazione così netta deve essere almeno in parte ridimensionata.

Se è innegabile, infatti, che il superamento dell’antico diritto formalistico rilanciò la ricerca di soluzioni più adeguate alla peculiarità delle singole fattispecie oggetto di valutazione, apparendo spesso il rigore formale delle “*regulae iuris*” un intralcio all’evoluzione della scienza giuridica, è altrettanto vero che, proprio nel periodo classico, giuristi del calibro di Nerazio Prisco, Pomponio, Gaio, Cervidio Scevola, Paolo, Ulpiano, e più tardi Marciano e Modestino, si sono occupati di “*regulae*” mediante appositi scritti, tanto è vero che i compilatori dei *Digesta* hanno

⁷⁰ F. Schulz, *I principi del diritto romano* cit. 16.

⁷¹ P. Stein, *Regulae iuris* cit. 49.

attinto molte più “*regulae*” dagli autori classici piuttosto che dai loro predecessori.

I *Digesta* contengono infatti ben 108 frammenti estratti dai 10 libri di “*regulae*” di Modestino e 68 tratti frammenti “*regulae*” dai 5 libri di “*regulae*” di Marciano⁷².

Il termine “*regula*” ricorre 12 volte in Gaio (8 volte nelle Istituzioni e 5 nei *Digesta*), 5 volte in Giuliano, 4 in Paolo, 3 in Ulpiano e una sola volta in Nerazio, Pomponio e Modestino.

L’esistenza di un maggiore atteggiamento critico nei confronti delle “*regulae*”, reso palese nel noto passo di Paolo che apre l’ultimo titolo del cinquantesimo libro dei *Digesta*, sul quale ci si è già soffermati, non esclude quindi che i giuristi classici abiurarono le “*regulae iuris*”, tanto è vero che frequenti sono nelle fonti locuzioni e modi di dire (*placet, generaliter dicitur, traditum est, constat*) che fanno riferimento a soluzioni giuridiche generalmente riconosciute, che possono servire come linea direttiva e punto di riferimento nell’elaborazione delle singole fattispecie concrete.

Il nuovo atteggiamento verso le “*regulae iuris*” costituisce in tal senso una necessità metodologica della giurisprudenza classica: nessun giurista sarebbe giunto al punto di rifiutare il valore normativo di una “*regula*”, ma era naturalmente portato a operare una verifica casistica del loro senso e della loro portata⁷³.

Esemplare in proposito risulta l’approccio di Giuliano⁷⁴ alla *regula Catoniana* che, pur se rispettata nel suo enunciato, viene

⁷² P. Stein, *Regulae iuris* cit. 49.

⁷³ B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* cit. 77.

⁷⁴ Cfr. D. 41.3.33.1 (Iul. 34 dig.).

tuttavia sottoposta a una rigorosa analisi che, come si è già avuto modo di osservare, ne limita l'applicazione in alcuni casi.

Va inoltre ricordato che, tra la fine del I secolo e gli inizi del II secolo d. C., in concomitanza con l'affermazione delle due scuole dei Sabiniani e dei Proculiani, si diffuse nella giurisprudenza, come già anticipato, un nuovo genere letterario tipico dell'epoca classica, ovvero i *libri regularum*; questi contenevano sia regole casistiche, che ricollegano a determinate circostanze di fatto, enunciate in una breve proposizione ipotetica, determinate conseguenze di ordine giuridico, sia regole definienti, che esprimono in una frase succinta, spesso conforme al modello di una definizione strutturata per *genus* e per *species*, le caratteristiche di un istituto giuridico o le sue suddivisioni interne, sia regole tratte da rescritti, che isolano il nucleo fondamentale di una decisione imperiale su una fattispecie concreta e lo traducono in una breve massima, in genere espressa nella forma generalizzante di una regola casistica⁷⁵.

Ora, i *libri regularum*⁷⁶ fanno parte della letteratura problematica casistica, al pari dei *libri quaestionum, digestorum, sententiarum e responsorum*, ma mentre in queste ultime opere il *casus* viene ampiamente sviluppato e discusso in tutti i suoi dettagli, la regola casistica ha una portata assai più ristretta, limitandosi semplicemente a fissare, in una concisa enunciazione

⁷⁵ Così, per tutti, B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* cit. 139.

⁷⁶ Un posto a parte tra i *libri regularum* spetta al *liber singularis regularum* attribuito a Ulpiano e fondato, secondo una recente tesi, su materiale della scuola proculiana; sull'argomento, cfr. M. Avenarius, "Il *liber singularis regularum pseudo – ulpiano*: sua specificità come opera giuridica altoclassica in comparazione con le *Institutiones di Gaio*", in *Index* 34 (2006) 455 - 477.

formulata a mò di principio generale, le conseguenze giuridiche incontroverse della fattispecie presa in esame⁷⁷.

Alla serie dei *libri regularum*, costituita da opere in più libri di Nerazio, Gaio, Scevola, Paolo, Licinio Rufino, Modestino e Marciano, deve inoltre aggiungersi un interessante lavoro di tipo diverso, che forse ne costituisce l'antecedente storico.

Si tratta dei "Pithanà" di Antistio Labeone, il grande giurista d'età augustea⁷⁸.

Ora, il concetto di *pithanòn* proviene dalla dottrina gnoseologica della Stoà (Crisippo e Diogene Laerzio), e indica, nella letteratura scolastica dialettica, un'affermazione plausibile, ma non necessariamente vera, destinata a trovare consenso generale, pur non essendo fondata su una dimostrazione rigorosa e incontestata.

I "Pithanà" di Labeone hanno lo stesso carattere: sono infatti una raccolta di brevi proposizioni di contenuto casistico, per lo più enunciate in forma condizionale consequenziale, che aspirano ad incontrare l'approvazione di tutti, ma non per questo possono ritenersi inoppugnabili o immuni da rettifiche e censure.

La conseguenza condizionata⁷⁹ e l'implicazione⁸⁰ sono le forme preferite, se non addirittura esclusive, dei *pithana* labeoniani: le relative proposizioni sono dunque costruite non per vincolare, ma

⁷⁷ Cfr. F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana* trad. it. (Firenze 1968).

⁷⁸ Sul fondamento filosofico dell'opera, v. almeno M. Talamanca, *I "Pithana" di Labeone e la logica stoica*, in *Iura* 26 (1975) 1-40. Sulla valenza giuridica dell'opera, cfr., tra gli altri, M. Bretone, *Ricerche labeoniane. Πιθανά*, in *La parola del passato* 28 (1973) 170 ss.; Id., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (Napoli 1982) 23 ss.

⁷⁹ D. 8.5.21 (Lab. 1 *pit. a Paul. epit.*): *si aqua nondum apparet, eius iter ductus constitui non potest.*

⁸⁰ D. 19.1.53 (Lab. 1 *pit.*): *si mercedem insulae accessuram esse empori dictum est, quanti insula locata est, tantum empori praestetur.*

per convincere; la loro forma si presta alle esigenze della letteratura casistica molto più che non il sillogismo della dialettica.

Del resto, Labeone scrive in un'epoca in cui la parola “*regula*” non aveva ancora assunto un preciso significato tecnico, che sarà acquisito, come si è visto, di lì a poco, con Sabino, per cui tale espressione ben poteva comprendere anche i *Pithana* in quanto regole del probabile.

Ora, non appare affatto sbagliato ritenere⁸¹ che i “*Pithana*” di Labeone si avvicinino molto ai successivi “*libri regularum*” dell'epoca classica (mentre non è sicuro che un loro antecedente possa ravvisarsi nel *liber singularis horòn* di Mucio Scevola).

Ai “*Pithana*” si ispirò molto probabilmente Nerazio Prisco nella composizione dei suoi *libri regularum*, sebbene tale scritto abbia un contenuto assai più ampio, non limitato solo alle regole del tipo dei “*Pithana*”, ma esteso anche a numerose definizioni e spiegazioni di parole che nell'opera labeoniana a quanto pare non vengono prese in considerazione⁸².

In conclusione, pur con i diversi accenti registratisi nelle diverse fasi della sua lunga evoluzione, rimase sempre viva nella giurisprudenza romana la convinzione circa l'importanza delle *regulae iuris*, considerate non tanto come un dogma insuperabile, quanto piuttosto come un utile supporto al progresso della scienza giuridica.

⁸¹ B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* cit. 78.

⁸² M. Talamanca, *I “Pithana” di Labeone e la logica stoica* cit. 12.

I. 5: Rapporti tra *regulae* e *definitiones*

Nel completare la disamina introduttiva sul fenomeno delle “*regulae iuris*”, dopo averne illustrato l’origine, il fondamento e l’evoluzione giurisprudenziale, appare ora necessario soffermarsi sul controverso rapporto tra le “*regulae*” e le “*definitiones*”.

Si tratta di due termini che, a livello semantico e concettuale, esprimono concetti tra loro diversi, anche se talora vengono accomunati e indebitamente sovrapposti.

In ambito giuridico, le “*definitiones*” descrivono l’essenza dell’oggetto cui si riferiscono, delineano i caratteri fondamentali di un istituto, la struttura di un atto, la portata di un termine tecnico, adempiendo cioè a una funzione descrittiva ed ordinatrice⁸³.

Al pari delle “*regulae*”, le “*definitiones*” non ebbero origine nella scienza giuridica, essendosi inizialmente diffuse soprattutto nella retorica e nella dialettica⁸⁴.

In ambito processuale, tuttavia, Cicerone, in un passo del *De Oratore*⁸⁵, suggerisce di non impiegare le definizioni nelle

⁸³ B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* cit. 163 ss.

⁸⁴ Una definizione della definizione si rinviene nella *Rethorica ad Herennium* (4.24.35), laddove si afferma che “*definitio est quae rei alicuius proprias amplectitur breviter et absolute*”.

⁸⁵ Cic. *de orat.* 2.108: *atque in hoc genere causarum non nulli praecipiant ut verbum illud, quod causam facit, breviter uterque definiat. Quod mihi quidam perquam puerile videri solet. Alia est enim, cum inter doctos homines de his ipsis rebus quae versantur in artibus disputatur, verborum definitio, ut quom quaeritur quid sit ars, quid sit lex, quid sit civitas. In quibus hoc praecipit ratio et doctrina, ut vis eius rei quam definias sic exprimatur, ut neque absit quicquam neque supersit. Quod quidem in illa causa neque Sulpicius fecit, neque ego facere conatus sum; nam quantum*

cause, ricordando che, nella causa a carico di Norbano, né lui né Sulpicio dettero la *definitio* di *maiestatem minuere*, mentre si servirono di ogni mezzo oratorio per accusare o difendere l'imputato.

Nell'evidenziare che una definizione è già dissolta prima che il giudice ne colga il significato (*ante praetelabatur quam percepta est*), Cicerone appare consapevole, ponendosi in ciò in sintonia con il pensiero aristotelico, che è più facile demolire una "*definitio*" isolata, che non confermarne con il ragionamento la validità.

Cicerone afferma in proposito che la definizione è un mezzo proprio della dottrina: "*alia est enim, inter doctos homines*"; la "*definitio*", pertanto, pur essendo sconsigliabile per ragioni pratiche nelle cause, era utilizzata nella dottrina e nella didattica.

In proposito l'Arpinate, nel sostenere il suo programma secondo cui la giurisprudenza, sul modello delle *artes*, doveva trasformarsi in una scienza giuridica dialettica (*ius civile in artem redigere*), evidenziava che il materiale casistico, raccolto spesso in modo confuso e dissipato, poteva essere organizzato in modo sistematico e organico in due modi, ovvero attraverso l'elaborazione di *genera perpauca*, cioè categorie fondamentali che unificano le molteplici varietà giuridiche in un insieme convenientemente ordinato, e la formulazione di "*definitiones*"⁸⁶.

uterque nostrum potuti, omnia copia dicendi dilatavit, quid esset maiestatem minuere. Etenim definitio primum, reprehendo uno aut addito aut dempto, saepe extorquetur et manibus, deinde genere ipso doctrinam redolet exercitationemque paene puerilem; tam et in sensum et in mentem iudicis entrare non potest; ante praetelabatur quam percepta est.

⁸⁶ Cic. *de orat.* 1.41.185: *et quoniam de impudentia dixi, castigemus etiam segnitatem hominum atque inertiam; nam si esset ista cognitio iuris magna atque difficilis, tamen utilitatis magnitudo deberet homines ad suspiciendum discendi laborem impellere;*

Cicerone distingueva tre tipi di “*definitiones*”⁸⁷: la *definitio per divisionem*, attuata mediante distinzione (*diairesis*) in *genera* e *species*, la *definitio per partitionem*, volta a suddividere la cosa da definire nelle sue parti costitutive, e infine la *divisio ex notatione*, imperniata sulla ricerca delle derivazione etimologica delle parole.

Ora, il “*generatim componere*” esaltato da Cicerone non ebbe un’ apprezzabile eco tra i giureconsulti, i quali furono sempre maggiormente attenti alle immediate implicazioni pratiche.

Maggiore successo invece riscosse presso i giuristi il progetto ciceroniano relativo alla formulazione delle definizioni⁸⁸.

Già i giuristi contemporanei di Cicerone si servirono nelle loro opere del metodo della “*diairesis*” (si pensi alla definizione dei *gentiles* di Mucio Scevola⁸⁹), metodo questo che peraltro trovò applicazione anche nei *libri regularum*⁹⁰.

Deve tuttavia evidenziarsi che lo schema diairetico fu utilizzato dai giuristi soprattutto al fine di fissare le caratteristiche giuridicamente rilevanti dei singoli istituti, che non potevano essere determinate con il consueto metodo casistica, e non anche al fine di costruire un piano generale volto alla configurazione di un insieme sistematicamente ordinato secondo concetti superiori e inferiori⁹¹.

Un discorso analogo, nel senso che il relativo metodo venne adottato essenzialmente per colmare le lacune della casistica,

sed, o di immortales, non dicerem hoc, audiente Scaevola, nisi ipse dicere soleret nullius artis sibi faciliorem cognitionem videri.

⁸⁷ Cic. *Topica* 29

⁸⁸ B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* cit. 170.

⁸⁹ Cic. *Topica* 29

⁹⁰ Cfr. ad esempio D. 1.3.7 (Mod. 1 Reg).

⁹¹ B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* cit. 177.

vale per le *definitiones per partitionem*: queste compaiono per la prima volta presso i contemporanei di Cicerone (si pensi alle suddivisioni dei generi della tutela ad opera di Q. Mucio e di Servio⁹² e alla quadripartizione serviana del *furtum*⁹³) e sono frequentemente utilizzate nella letteratura istituzionale e a volte anche nei *libri regularum*⁹⁴, dove servono non alla suddivisione di un'opera didattica, ma alla configurazione della struttura di singoli istituti giuridici.

A trovare un'accoglienza favorevole presso i giuristi romani furono in realtà soprattutto le definizioni etimologiche, che consentivano di penetrare, attraverso la parola, nella struttura intima delle istituzioni giuridiche.

Il metodo adottato fu invero alquanto rudimentale e privo di pretese filologiche, basandosi solitamente i giuristi sull'assonanza fonetica della parola derivata con parole fondamentali elementari, adatte a sottolineare la caratteristica giuridica di un determinato istituto⁹⁵, a conferma del fatto che, anche in tal caso e in un'ottica essenzialmente pratica, era il

⁹² Gai. 1.188.

⁹³ Gai. 3.183.

⁹⁴ Cfr. D. 8.3.2. (Ner. 4 Reg.): *Rusticorum praediorum servitutes sunt licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium, vel protectum habere licere. Aquae ductus et haustus aquae per eundem locum ut ducatur, etiam pluribus concedi potest: potest etiam, ut diversis diebus vel horis ducatur: si aquae ductus vel haustus aquae sufficiens est, potest et pluribus per eundem locum concedi, ut et isdem diebus vel horis ducatur.*

⁹⁵ Si veda ad esempio D. 47.2.1 (Paul. 39 ad ed.). *Furtum a furuo, id est nigro dictum Labeo ait, quod clam et obscuro fiat et plenumque nocte: vel a fraude, ut Sabinus ait: vel a ferendo et auferendo: vel a Graeco sermone, qui "foràs" appellant fures: immo et Graeci "apò toù ferein foras" dixerunt.*

pensiero giuridico ad affiancare e a dirigere l'etimologia e non viceversa⁹⁶.

Quest'ultima tipologia di "*definitiones*" è stata collocata da una parte autorevole della dottrina nella categoria delle "*regulae*", le cd. regole definitorie⁹⁷, che enunciano un criterio direttivo attraverso l'illustrazione del significato tecnico di una parola.

L'assimilazione tra "*regulae*" e "*definitiones*", come si è anticipato, non appare tuttavia del tutto convincente, rispondendo le due espressioni a caratteri e funzioni diverse, che gli stessi giuristi romani non mancarono di cogliere, tanto è vero che nella stessa rubrica "*De diversis regulis iuris antiqui*" contenuta in D. 50.17, alla "*regula*" e alla "*definitio*", come di qui a un attimo sarà meglio illustrato, sono dedicati due distinti frammenti, che evidentemente confermano la diversità ontologica e strutturale dei due termini.

Ed invero, come attentamente sottolineato da Carcaterra in un importante studio sull'argomento⁹⁸, la "*definitio*" è essenzialmente "una proposizione che stabilisce una equazione semantica tra un termine *definiendum*, e uno o più *definientes*".

La definizione, quindi, implica l'inserzione di un predicato di identità (espresso o con il verbo *definio*⁹⁹, o con altri

⁹⁶ Manca una recente indagine complessiva sul ruolo dell'etimologia nello sviluppo del pensiero giuridico romano; ci si può quindi ancora utilmente riferire all'la raccolta di L. Ceci, *Le etimologie dei giureconsulti romani* (Roma 1966 rist.).

⁹⁷ B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* cit.180.

⁹⁸ A. Carcaterra, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini* (Napoli 1966) 189.

⁹⁹ D. 5.3.9 (*Ulp. 15 ad ed.*): *Regulariter definiendum est eum demum teneri petitione hareditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam.*

tipo *est*¹⁰⁰, *accipitur*¹⁰¹, *significat*¹⁰², *appellatur*¹⁰³, *constat*¹⁰⁴, *dividitur*¹⁰⁵) fra due serie di termini, che diventano così reversibili e commutabili.

In ogni caso, al di là dell'espressione verbale adoperata, elemento questo che di per sé non è decisivo¹⁰⁶, il criterio più affidabile per individuare una definizione è l'esistenza dell'equazione (identità e reversibilità) tra due serie di termini (*definiendum* e *definiens*)¹⁰⁷.

Diversa, invece, è la struttura della “*regula*”.

In tal caso, infatti, si è in presenza non di un'equazione semantica tra due termini, ma di una norma di condotta espressa in forma sintetica e desunta o dal diritto, come ci ricorda Paolo in D. 50.17.1, o dall'esperienza di vita che, ripetuta, può essere il fondamento di un comportamento inteso come normativo.

In definitiva, nella “*regula iuris*” è insito più il concetto di comando o di giudizio che quello di esplicazione del significato di un termine tecnico.

¹⁰⁰ Si pensi, ad esempio, alla nota definizione del furto contenuta in D. 47.2.1.3 (Paul. 39 *ad ed.*): *furtum est contrectatio rei fraudolosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve.*

¹⁰¹ D. 50.16.10 (Ulp. 6 *ad ed.*): *Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione vel honorario vel extraordinario, sive pure sive in diem vel sub condicione. Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum, sed si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur.*

¹⁰² D. 50.16.4 (Paul. 1 *ad ed.*): *Nominis appellatione rem significari Proculus ait.*

¹⁰³ Così avviene nella nota definizione del mutuo contenuta in D. 12.1.2.2 (Paul. 28 *ad ed.*): *Appellata est autem mutui datio ad eo, quod de meo tuum fit: et ideo, si non faciant tuum, non nascitur obligatio.*

¹⁰⁴ Gai. 1.2.

¹⁰⁵ D. 1.7.1.2 (Mod. 2 *reg.*): *Filios familias non solum natura, verum et adoptiones faciunt.. Quod adoptionis nomen est quidem generale, in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. Adoptantur filii familias, adrogantur qui sui iuris sunt.*

¹⁰⁶ Lo stesso verbo “*definio*” non indica sempre rivela che si è in presenza di una definizione: si veda D. 36.2.22.1 (Paul. 7 *dig.*), oppure D. 44.7.35 (Paul. 7 *dig.*).

¹⁰⁷ A. Carcaterra, *Le definizioni dei giuristi romani* cit. 190.

Tale criterio valutativo consente allora di sussumere nella categoria delle “*regulae*”, piuttosto che in quello delle “*definitiones*”, un frammento di dubbio inquadramento come quello “*non omne quod licet honestum est*”, contenuto in D. 50.17.44 (Paul. 62 *ad ed.*).

In tal caso, infatti, non si è in presenza di una “*definitio*”, non solo perché non vi è alcuna *explicatio* né dell’*honestum* né del *licitum*, ma soprattutto perché manca il duplice requisito dell’identità e reversibilità dei due concetti presi in considerazione.

L’affermazione di Paolo appare quindi inquadrabile tra quelle “*regulae*” che sono espresse non tanto in forma di comando, quanto piuttosto in guisa di giudizio.

Posta in questi termini la distinzione tra “*regulae*” e “*definitiones*”, deve rilevarsi che, anche rispetto all’utilizzo di queste ultime in ambito giuridico, la giurisprudenza, sia pure in modo non omogeneo, si mostrò molto cauta, come si desume dal seguente frammento, collocato quasi a chiusura del titolo “*De diversis regulis iuris antiqui*”.

D. 50.17.202 (Iav. 11 *Epist.*): *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset.*

Dunque, ogni definizione è pericolosa nello *ius civile*: non sono poche, infatti, quelle che possono essere sovvertite.

Molteplici sono le interpretazioni che ha ricevuto il testo¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Sul punto, tra i vari contributi della dottrina, oltre quello di Carcaterra già menzionato, cfr. R. Martini, *Le definizioni dei giuristi romani* (Milano 1966). Di particolare interesse risultano anche gli scritti di B. Albanese, “*Definitio periculosa*”: *un singolare caso di duplex interpretatio*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto III*

Nel suo studio sull'argomento già citato¹⁰⁹, Carcaterra ha osservato, in modo suggestivo, che questo frammento deve essere sottoposto a una *duplex interpretatio*, una secondo il pensiero del suo autore, e un'altra alla stregua della legislazione giustiniana.

Secondo questa impostazione, Giavoleno, uno dei principali esponenti della scuola sabiniana del I secolo dopo Cristo, non condannò affatto la "*definitio*" in sé dichiarandola "*periculosa*" nel diritto, ma intese dire soltanto che è rischiosa "*in iure civili*", ovvero nel diritto positivo, cioè negli atti normativi (*leges, plebiscita, senatusconsulta*, ecc), ma non anche quando è impiegata nella scienza giuridica, dove invece l'uso delle "*definitiones*", come si è visto, era largamente diffuso.

L'impostazione seguita da Giavoleno, secondo Carcaterra, sarebbe peraltro coerente con il dato oggettivo secondo cui, nel diritto positivo classico, non vi sono definizioni¹¹⁰.

Tuttavia, dal monito di Giavoleno era esclusa l'attività scientifica e soprattutto quella didattica dei giuristi, nella quale era infatti frequente il ricorso alle "*definitiones*".

L'uso delle *definitiones* nella scienza giuridica era particolarmente diffuso nei commentari, tanto è vero che Labeone, laddove si è occupato di enunciati editali, ne ha definito i termini fondamentali.

Interessante in tal senso, tra i tanti¹¹¹, è il passo in cui Ulpiano richiama le definizioni di Labeone dell'*agere*, del *gerere* e del

(Padova 1970), ora in *Scritti Giuridici I* (Palermo 1991) 701 – 778, e A. Guarino, *D. 50.17.202 Interpretatio simplex*, in *Labeo* 14 (1968) 65 ss., ora, con il titolo *Giavoleno e le definizioni*, in *Pagine di diritto romano V* (Napoli 1994) 155 – 167.

¹⁰⁹ A. Carcaterra, *Le definizioni dei giuristi romani* cit. 2 ss.

¹¹⁰ L'unico esempio appare ravvisabile nel senatoconsulto Giuvenziano emanato in materia successoria: cfr. in proposito D. 5.3.20.6. (Ulp. 15 *ad ed.*).

*contrahere*¹¹², definizioni che dimostrano la confidenza dell'illustre giurista con le tecniche filosofiche e il metodo dialettico¹¹³.

Diversa, invece, secondo la prospettiva di Carcaterra, fu la posizione di Giustiniano, il quale, come legislatore, non solo ha accolto le definizioni dogmatiche e didattiche dei giuristi, ma ne ha dato egli stesso, talvolta interpolando testi classici; di queste “*definitiones*” è però mutata la natura, perché da scolastiche e scientifiche erano diventate normative.

Nel qualificare come “*periculosa*” la “*definitio*”, Giustiniano si sarebbe riferito quindi alle definizioni normative che, al pari di ogni commento e *interpretatio* delle sue leggi, rischiavano di contaminare la coerenza e la genuinità della produzione del diritto, la cui unica fonte è ormai diventa, *deo auctore*, la sola volontà imperiale.

L'inversione del pensiero di Giustiniano rispetto a quella di Giavoleno sarebbe dunque giustificata dal fatto che l'imperatore aveva riservato a sé ogni potere e facoltà di commento delle leggi, e quindi anche di definizione¹¹⁴.

In quest'ottica i compilatori avevano creato due appositi titoli, “*de verborum significatione*” e “*de diversis regulis iuris antiqui*”, formati da testi, in gran parte didascalici e scientifici, che

¹¹¹ Si vedano ad esempio le definizioni di Labeone contenute in D. 50.16.242.3 (Iav. II *ex post. Labeo*), o in D. 4.3.1.2. (Ulp. 11 *ad ed.*), definizione questa, relativa al *dolus malus*, che Ulpiano ricorda ed elogia.

¹¹² D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*) *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam “agantur”, quaedam “gerantur”, quaedam “contrahantur”; et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione.*

¹¹³ A. Carcaterra, *Le definizioni dei giuristi romani* cit. 216.

¹¹⁴ Sull'ampiezza dei poteri dell'imperatore, cfr. per tutti G. Bassanelli Sommariva, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano* (Milano 1983).

hanno oramai acquisito valore normativo: in sostanza, se di definizioni c'è bisogno, queste devono essere dettate solo dall'imperatore¹¹⁵.

Ora, la *duplex interpretatio* suggerita da Carcaterra non appare del tutto convincente, dovendosi riconoscere alla *definitio* un unico significato, tanto nel contesto di Giavoleno che in quello di Giustiniano, in entrambi i casi distinto da quello di *regula iuris*¹¹⁶.

La *definitio*, infatti, non è la regolamentazione giuridica di una determinata materia, ma la precisazione di un concetto, che può tanto consistere in una *explicatio verborum*, quanto in una distinzione sistematica o concettuale, quanto in una *brevis narratio* dello stato di diritto vigente (appare significativo, in tal senso, che il frammento di Giavoleno sia collocato non a ridosso di quello introduttivo di Paolo, ma quasi alla fine di D. 50.17).

In definitiva, Giavoleno in un'occasione particolare, e Giustiniano in una formulazione generalizzante, hanno voluto entrambi avvertire i loro contemporanei che, *in iure civili*, ovvero nella scienza del diritto positivo, ogni traduzione della realtà giuridica in formulazioni precise comporta il rischio di essere smentita, sovvertita, rovesciata, non solo da variazioni successive dell'ordinamento, ma anche da valutazioni diverse dello stesso argomento¹¹⁷.

¹¹⁵ A. Carcaterra, *Le definizioni dei giuristi romani* cit. 184.

¹¹⁶ A. Guarino, *Giavoleno e le definizioni* cit. 164.

¹¹⁷ Così A. Guarino, *Giavoleno e le definizioni* cit. 164 ss.

II CAPITOLO

LE REGULAE IURIS NELLA TRADIZIONE ROMANISTICA

II. 1: Le *regulae iuris* nell'Alto Medioevo

Dopo la caduta dell'Impero e fino all'anno Mille, il diritto romano conosciuto e praticato in Occidente non fu il diritto della Compilazione giustiniana, ma prevalentemente il diritto pregiustiniano, filtrato dalle leggi romano – barbariche, raccolte di costituzioni imperiali e frammenti di opere giuridiche che trovavano applicazione tra i cittadini romani dei Regni romano - barbarici¹¹⁸.

Mentre infatti in Oriente il diritto romano si trasformò nel diritto bizantino, caratterizzandosi per la produzione di numerose opere legislative e giurisprudenziali che traevano spunto dalla Compilazione di Giustiniano¹¹⁹, in Occidente, tra il VI e il X secolo, il collegamento con il diritto giustiniano fu molto flebile, soprattutto tra le popolazioni spagnole, francesi e anglosassoni.

Una parziale conoscenza dell'opera di Giustiniano fu conservata soltanto in Italia, dove la formale estensione del *Corpus iuris civilis* operata dalla *Pragmatica Sancito* del 529 d.C., fu di fatto annullata nei suoi immediati effetti pratici dall'invasione longobarda del 568 d.C.

La Compilazione di Giustiniano, tuttavia, era nota solo nei territori rimasti politicamente legati all'Impero d'Oriente che

¹¹⁸ Come è noto, in questa tradizione grande rilevanza ebbe il *Codex Theodosianus*, recepito dalla legislazione romano – visigotica nel cd. *Breviarum* di Alarico.

¹¹⁹ Si pensi agli *indices*, ovvero ai riassunti, e ai sommari del Digesto e del Codice redatti dai maestri delle scuole orientali di diritto tra cui Teofilo, Doroteo, Stefano, Cirillo, Anatolio; la matrice giustiniana si rinviene peraltro nell'attività legislativa degli imperatori, la cui massima espressione è costituita dalla colossale compilazione di Leone VI il Saggio (886 – 911 d. C.), comunemente nota come *Libri Basilicorum*.

furono coinvolti in modo marginale dalla germanizzazione del diritto, ovvero l'Esarcato di Ravenna e larga parte dell'Italia Meridionale.

In realtà, le uniche parti della Compilazione giustiniana con le quali i giuristi dell'epoca mostrarono una certa familiarità furono solo le Istituzioni, i primi nove libri del Codice e la collezione latina di *Novellae*, tramandata con il nome di *Epitome Iuliani*.

Da questo materiale furono estrapolate diverse *regulae*, soprattutto dagli uomini di Chiesa, che naturalmente concentrarono la loro attenzione sulle regole rilevanti per le materie di loro interesse, come di qui a un attimo si avrà modo di precisare.

In tal senso assume rilievo un'opera del nono secolo, la *lex Romana canonice compta*, di autore ignoto, contenente 324 sezioni divise in due parti, la prima (da 1 a 168) riguardante le regole relative al clero, la seconda concernente le regole sul laicato (da 169 a 308, con un'appendice dedicata ai crimini ecclesiastici).

Un'analoga raccolta di poco successiva e anch'essa di autore ignoto, gli *Excerpta Bobiensa*, contiene a sua volta, al pari della *lex Romana canonice compta*, delle regole che sono tratte non direttamente dai testi di Giustiniano, ma dalla massa intermedia degli estratti giustiniani, circolata probabilmente con il titolo di *lex Romana*¹²⁰.

A parte queste forme estemporanee, un'attenzione particolare alle *regulae iuris* si rinviene nel genere maggiormente praticato dalla letteratura giuridica italiana già partire dall'Alto

¹²⁰ Cfr. F. Calasso, *Medioevo del diritto I. Le Fonti* (Milano 1954) 533 ss.

Medioevo, ovvero la glossa, che si esprimeva come è noto mediante le annotazioni poste a margine dei testi antichi.

Prima ancora dell'insegnamento di Irnerio e dei suoi discepoli, ad esempio con la Glossa di Torino e, più tardi, con la Glossa di Pistoia (entrambe aventi ad oggetto istituzioni imperiali), caratteristica costante di questo genere letterario fu quella di estrapolare regole generali dai testi, isolando una frase da un passaggio più ampio o riproducendo la sostanza di un testo con parole proprie¹²¹.

Come i commentatori postclassici studiarono le Istituzioni di Gaio annotandone nelle loro epitomi ogni proposizione in forma di *regula*, allo stesso modo i commentatori postgiustiniani si comportarono con le Istituzioni di Giustiniano: ora, se è eccessivo affermare che, fino agli inizi dell'anno Mille, l'intero corpo di leggi romane fu ridotto a *regulae iuris*, è però corretto osservare che, almeno in questa fase storica, la parola *regula* è usata come sinonimo di *lex* e non nel senso di regola giuridica, tranne che nel caso di una regola di un ordine monastico, come ad esempio la regola di San Benedetto¹²².

Il livello della cultura giuridica si innalzò in maniera significativa in Italia cinquecento anni dopo la Compilazione di Giustiniano, ovvero nella metà dell'undicesimo secolo dopo Cristo.

¹²¹ Molteplici sono le trattazioni dedicate alla scuola della glossa: tra gli altri si segnalano a titolo solo orientativo, A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico I* (Milano 1982), M. Caravale, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale* (Bologna 1994). E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale II Il basso medioevo* (Roma 1995), P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale* (Roma – Bari 1997), L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo I. Dal Crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello ius comune* 2^a ed. (Torino 2011).

¹²² P. Stein, *Regulae iuris* cit. 127.

Un contributo importante in tal senso venne dalla maggiore scuola di diritto dell'epoca, quella di Pavia, capitale del regno Lombardo.

Gli studi pavesi confluirono nel *Liber Papiensis*, una collezione di editti di re longobardi, in cui fu sostenuta l'esigenza di utilizzare il diritto romano per integrare e interpretare il diritto lombardo.

Il lavoro dei giuristi di Pavia culminò, intorno al 1070, nella redazione di una *expositio* al *Liber Papiensis*, in cui, oltre ad alcuni riferimenti al Codice, alle Istituzioni e all'*Epitome Iuliani*, compaiono anche nove citazioni tratte dai *Digesta*.

Ad esempio l'introduzione si apre con D. 1.1.1 e termina con quattro frammenti sulla natura della legge, uno tratto dalle Istituzioni (1.2.4), uno dalla *Constitutio Imperatoriam* (3) e due dai *Digesta* (D. 1.3.1 e D. 1.3.18 tratte dal titolo *de legibus*).

La tipologia di queste citazioni suggerisce che, all'epoca, i *Digesta* furono considerati principalmente come una fonte di massime¹²³.

Un ulteriore sviluppo nello studio delle *regulae* si ebbe come anticipato con i canonisti, i quali fecero larga applicazione delle tecniche della retorica nell'illustrazione delle loro fonti¹²⁴.

L'ordinamento canonico, infatti, poggiava su due capisaldi dell'esperienza altomedievale: da un lato, l'etica cristiana, dall'altro il diritto romano, ovvero quella *lex Romana* che la Chiesa

¹²³ P. Stein, *Regulae iuris* cit. 128.

¹²⁴ Per "diritto canonico" si intende, come noto, quel complesso di norme formulate dalla Chiesa cattolica allo scopo di disciplinare i rapporti ecclesiastici, regolamentare l'attività dei fedeli e le relazioni con la società esterna. Tra i numerosi contributi sul tema si vedano tra gli altri: P. Fedele, *Lo spirito del diritto canonico* (Padova 1962), con particolare riferimento al rapporto con la tradizione e il diritto romano, P. Fournier, *Mélanges de droit canonique*, a cura di T. Kölzer (Aalen 1983); J. Gaudemet, *Droit canonique et droit romain*, in *Studia Gratiana* 9 (1966) 112 ss.

aveva sempre rispettato, soprattutto con riferimento alle regole fissate nel sedicesimo libro del Codice Teodosiano¹²⁵.

Gran parte dell'eterogenea e spesso confusa produzione normativa della Chiesa di Roma era costituita dalle cd. decretali (*decretales*), espressione abbreviata di *epistuale decretales*, ovvero lettere decisorie consistenti nelle numerose e varie risposte date dai Papi alle richieste di chiarimento su punti dubbi.

Un primo tentativo di riorganizzazione del consistente materiale accumulato nel corso dei secoli fu operato alla fine dell'undicesimo secolo dal francese Ivo, vescovo di Chartres.

Fu poi il monaco camaldolese Graziano, intorno al 1140, a operare una prima sistemazione organica del diritto canonico, procedendo a una grande collezione di leggi canoniche, tradizionalmente indicata come il *Decretum* di Graziano, anche se il vero titolo dell'opera fu "*Concordia discordantium canonum*".

I metodi dei canonisti ebbero grande influenza sulla dialettica del XII secolo, come dimostra l'opera *Sic et non* scritta da Pietro Abelardo intorno al 1120, dove vi è largo uso delle tecniche introdotte dagli studiosi di diritto canonico, ovvero la comparazione dei testi, la specificazione del tempo, del luogo e delle persone, la determinazione della causa originale della fattispecie e la differenziazione di standard generali da quelli particolari.

Sulla strada tracciata dai giuristi lombardi e dai canonisti, la cui metodologia presupponeva una conoscenza completa delle fonti, si inserì in modo autorevole Imerio, fondatore della scuola dei glossatori di Bologna, che, avvalendosi anche delle arti liberali, pose al centro dei suoi studi i testi di Giustiniano, superando

¹²⁵ J. Gaudemet, *Droit canonique et droit romain* cit. 115 ss.

l'impostazione che individuava il diritto romano nelle epitomi e nelle forme riassuntive che erano circolate fino a quel momento¹²⁶.

L'interesse dei Glossatori per le *regulae* fu invero la manifestazione di un tendenza generale ad astrarre e a generalizzare le decisioni rinvenute nelle fonti giuridiche; in questo senso, non sorprende allora che i Glossatori non si limitarono ad adoperare il termine *regula* per indicare le proposizioni descritte come *regulae* dalle fonti, ma estesero tale espressione anche alla vera e propria *lex*¹²⁷.

¹²⁶ F. Calasso, *Medioevo del diritto* cit. 320.

¹²⁷ Così P. Stein, *Regulae iuris* cit. 130.

II. 2: *Regulae, maximae*, apparati, brocardi e proverbi

Prima di esaminare i contributi dei Glossatori allo studio delle *regulae iuris*, appare opportuno soffermarsi su alcuni dei generi letterari maggiormente praticati a partire dal XI secolo d. C.

Tra questi, uno dei più diffusi era la redazione dei “*brocardica*”, raccolte di massime e di regole che rappresentavano idee generali affermate da una lunga tradizione nel campo del diritto¹²⁸.

La prima collezione di questo tipo, intitolata *Libellus disputatorius*, risale intorno al 1185 ad opera di Pillio da Medicina, che fu indicato come *primus auctor* di *brocarda*, ma in realtà già prima di questa data la circolazione dei brocardi era molto diffusa¹²⁹.

L’etimologia del termine brocardo, tuttavia, non è chiara¹³⁰.

Secondo una prima ricostruzione, recepita nell’*Oxford English Dictionary* ma invero non molto seguita, il termine brocardo deriverebbe dal nome del giurista Burchard, vescovo di Worms, vissuto nel secolo XI, e autore di 20 libri di *regulae ecclesiasticae*.

Poco credito ha riscosso anche la diversa tesi che individua la radice del termine in “*protarchica*”, cioè “*prima principia*”, mentre più accreditata e suggestiva è l’opinione secondo cui “brocardo” sarebbe l’esito di una compenetrazione tra le parole *pro* e *contra*.

¹²⁸ S. Riccobono, s.v. “*Brocardica*”, in *NNDI*. XII (Torino 1958) 583 – 584.

¹²⁹ P. Stein, *Regulae iuris* cit. 131 e 144.

¹³⁰ J. W. Spargo, *The etymology and early evolution of brocard*, in *Speculum* 23/3 (1948) 472 ss.

Accettando l'assicurazione di Giustiniano (*Const. Tanta* 15) che i *Digesta* non contenevano contraddizioni che non fossero risolvibili *subtili animo*, i Glossatori concepirono quindi i brocardi come ricerca della *solutio* dei *contraria* rinvenibili nei testi antichi.

In questo senso, la presenza di *contrarietates* nella compilazione giustiniana sollecitava gli esegeti a ricercarne una composizione, proprio nella consapevolezza dell'apparenza delle contraddizioni¹³¹.

Ora, se all'individuazione di un *pro* e di un *contra* è essenziale il rinvenimento della *solutio*, questa non può coincidere né con l'uno, né con l'altro, ma deve comprendere entrambi e presentare, cioè, il carattere della generalità rispetto ai due *contraria*, assorbendo in sé le due forme speciali in cui si manifesta con i due testi contrastanti.

La tecnica di presentare gli argomenti *pro* e *contra* e di cercare una loro composizione non fu peraltro tipica solo dei *brocardica*, ma fu un tratto comune dell'approccio alle fonti sia dei giuristi che dei canonisti operanti a Bologna: è significativo in tal senso che, come si è già visto, quando il monaco Graziano pubblicò il suo *decretum* intorno al 1140 d.C., lo chiamò *Concordia discordantium canonum*.

Strutturalmente diversi dai *brocardica* sono invece gli *apparatus* alle *regulae iuris*, consistenti in una serie completa di ciascun frammento di un titolo dei *Digesta*, con carattere quindi esegetico¹³².

¹³¹ S. Caprioli, *Tre capitoli intorno alla nozione di regula iuris nel pensiero dei glossatori*, in *Annali di storia del diritto* 5-6 (1961-1962) 221 ss.

¹³² P. Stein, *Regulae iuris* cit. 131.

Come attentamente sottolineato da autorevole dottrina¹³³, raccolte di *brocarda* e *apparatus* alle *regulae iuris* convergono nel porre generali criteri di giudizio: nei *brocarda*, questi vengono resi espliciti come *solutiones* dei *contraria*, mentre negli *apparatus* alle *regulae iuris* si analizzano nelle loro implicazioni, siano esse conformi o difformi (*exceptiones*).

Al di là di questa convergenza generale, tuttavia, i *brocarda* differiscono dagli *apparatus* alle *regulae iuris* per la dinamica del pensiero¹³⁴: mentre infatti nei *brocarda* il *generale* viene formulato come *solutio* dell'antinomia, negli *apparatus* il principio generale costituisce è considerato immediatamente.

Brocarda e *apparatus* alle *regulae* cristallizzano due momenti diversi del pensiero giuridico, uno euristico e l'altro esegetico, anche se sono frequenti gli scambi tra i due generi.

In questi due *genera*, del resto, si possono agevolmente cogliere due atteggiamenti fondamentali dei glossatori: da un lato, l'aspirazione a proseguire l'opera degli antichi, conciliando le *contrarietates* che appaiono nella Compilazione giustiniana, dall'altro, il tentativo di una rigorosa ricostruzione della nascita dei singoli criteri di giudizio (*regulae*), considerando l'elaborazione teorica romana come un ciclo concluso, che deve essere rispettato nella sua unità.

I “*brocardica*” e gli *apparatus*, in definitiva, da un lato, continuavano l'opera dei giuristi romani e, dall'altro, rispondevano all'esigenza dei Glossatori di porre al testo antico nuove domande.

¹³³ Così S. Caprioli, *Tre capitoli intorno alla nozione di regula iuris nel pensiero dei glossatori* cit. 223.

¹³⁴ S. Caprioli, *Tre capitoli intorno alla nozione di regula iuris nel pensiero dei glossatori* cit. 223.

In realtà, il termine “brocardo” assunse gradualmente un significato sempre più ampio, fino a comprendere una pluralità di espressioni letterarie non sempre riconducibili a un unico *genus*.

Accanto infatti alle *solutiones* di *contrarietates*, fondate sui frammenti dei *Digesta*, si diffusero infatti ben presto delle regolette basate sulla pratica giudiziaria che riscossero un notevole successo e che riguardavano soprattutto il diritto processuale civile e penale.

In una successiva fase, il termine brocardo finì con l’indicare anche quei detti proverbiali di origine popolare ispirati dal buon senso¹³⁵.

Come ci ricorda Calasso¹³⁶, i giuristi medievali si cimentarono molto nelle raccolte di brocardi, al punto che, ancora nel Trecento, il già citato Pillio da Medicina continuava a essere ricordato come *primus auctor* di essi, mentre al più celebre dei glossatori, Azzone, viene riconosciuta una copiosa raccolta di *brocarda*, che fu poi incrementata ad opera dei suoi scolari.

L’elaborazione dei brocardi da parte dei giuristi medievali, se fu molto utile alla conoscenza e all’approfondimento dei testi antichi, spesso si rivelò tuttavia un ostacolo al progresso della scienza giuridica, apparendo le formule linguistiche create dai giuristi inidonee a spiegare e a seguire la costante evoluzione del diritto¹³⁷.

Del resto, serie perplessità sulla validità pratica dei brocardi furono nutrite già all’epoca della loro creazione, tanto è vero che un

¹³⁵ A. Wacke, *Brocardi giuridici e assimilazione dei diritti nazionali europei* cit. 2830.

¹³⁶ F. Calasso, *Medioevo del diritto* I cit. 533.

¹³⁷ S. Riccobono, s.v. “*Brocardica*” cit. 584.

giurista del calibro di Cino da Pistoia giunse ad affermare già nel Trecento che “*via est brocardica et ideo est semper dubia*”¹³⁸.

Gradualmente, in un processo di costante e progressiva volgarizzazione del sapere giuridico, i brocardi penetrarono anche nella cultura popolare, fino a diventare detti proverbiali, espressi generalmente in forma ritmica e rimata.

Il fenomeno, comune a vari paesi europei, conobbe una significativa diffusione innanzitutto in Francia, dove peraltro il diritto era in molti casi fondato sull'applicazione degli usi consuetudinari (“*coutumiers*”) cristallizzatisi nel corso del tempo.

Una importante raccolta di massime proverbiali si deve al giurista francese Antoine Loysel (1536 – 1617), discepolo di Cuiacio, il quale fu autore del famoso *Manuel de institutes coutumieres*, pubblicato a Parigi nel 1607.

I 958 proverbi raccolti da Loysel rappresentano una sintesi del diritto consuetudinario francese dell'epoca, che in parte proveniva dalla tradizione giuridica romana, filtrata dalle successive rielaborazioni medievali, non sempre fedeli alla fonte originaria¹³⁹.

Raccolte di proverbi si diffusero poi anche in Germania, con il *Thesaurus paroemiarum germanico – judicarum* di Pistorius, di cui fu fatta una seconda edizione a Lipsia nel 1667, e la collezione dell'*Heretius*, dal titolo *De Paroemilis juris germanici*¹⁴⁰.

¹³⁸ Cino da Pistoia, *Lect. Super Cod.* IV 35, *mandati l ad comparandas*.

¹³⁹ Sul punto cfr. F. Olivier-Martin, *La Coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes* (Paris 1925).

¹⁴⁰ Cfr. R. Corso, s.v. “*Proverbi giuridici*”, in *NNDI*. XIV (Torino 1967) 376. Proprio a R. Corso, peraltro, si deve, nel 1916, la pubblicazione dello scritto “*Proverbi giuridici italiani*”, avvenuta sulla *Rivista italiana di sociologia*.

Sebbene si tratti di concetti non sempre distinti con sufficiente chiarezza, deve evidenziarsi che, accanto ai *brocarda* e alle *regulae*, trovarono ampia diffusione in età medioevale anche le *maximae*, espressione questa a sua volta dotata di un autonomo significato

Maxima è un'abbreviazione di *maxima propositio*, nozione che rimanda alla filosofia aristotelica, in particolare alla formulazione di alcune proposizioni universali che erano così evidenti da non richiedere alcuna prova, e che perciò erano chiamati luoghi comuni.

Le *maximae* rappresentavano in tal senso delle asserzioni contenenti principi generali di ragionamento, prive di un contenuto predeterminato e tendenzialmente espresse in forma di sillogismo.

Nella trasposizione al linguaggio giuridico, la *maxima* assume quindi il valore di principio generale, mentre la *regula* si configura come disciplina di un caso pratico o di una certa fattispecie¹⁴¹.

Mentre i giuristi romani, come si è visto, mostrarono un'aperta diffidenza verso il ricorso ai principi generali, suscettibili di essere derogati di fronte all'evoluzione del diritto, nel corso del Medioevo *maximae*, *regulae*, *definitiones* e *brocarda*, spesso accomunati in un unico *genus*, conobbero un crescente impulso, sotto la spinta della costante esigenza di procedere per categorie generali e astratte.

Sotto questo profilo, giova rimarcare che, accanto all'elaborazione dei *brocardica* e degli *apparatus* alle *regulae iuris*, l'attività letteraria dei glossatori si sviluppò attraverso altri due generi, anch'essi volti alla generalizzazione dei concetti giuridici, cioè le *quaestiones* e le *summae*; le prime consistono nell'illustrazione di un problema giuridico, affrontato mediante

¹⁴¹ P. Stein, *Regulae iuris* cit. 156. L'argomentazione è ripresa più di recente e, in un contesto di comunicazione tra matrice storica e diritto attuale, anche da G. Alpa, *I principi generali* (Milano 2006) 59 s.

l'enumerazione dei testi e delle ragioni a favore di una soluzione e di quella opposta e con la esposizione di una proposta conclusiva di interpretazione.

Le *summae*, invece, sono opere in cui, attraverso la trattazione generale su un testo ampiamente commentato, è condensata l'intera sostanza di un titolo, di un libro o di un argomento.

Oltre alla glossa, che diede il nome alla Scuola e che consisteva come già anticipato nel chiarimento del testo spiegato dal docente agli studenti mediante annotazioni scritte a margine o tra le righe del testo, l'attività di studio si sviluppò anche attraverso scomposizioni analitiche del punto di diritto (*distinctiones*), esemplificazioni di fattispecie concrete (*casus*), opere contenenti le opposte soluzioni proposte dai vari maestri in merito ai più noti e problematici temi in discussione (*dissensiones dominorum*)¹⁴².

Fu attraverso questa pluralità di generi letterari che, soprattutto a partire dal XII secolo d. C., trovò spazio in Italia la diffusione delle *regulae iuris* ereditate dall'esperienza giuridica romana.

¹⁴² L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo* I cit. 96.

II. 3: Le *regulae iuris* nelle opere dei Glossatori e dei Canonisti.

Molteplici furono le opere dei Glossatori dedicate alle *regulae iuris*.

La prima attività svolta dalle Scuole di diritto fu in realtà di tipo esplorativo e approdò alla riscoperta dei testi giustinianei, in particolare il Digesto, che da secoli, specie in Occidente, erano stati accantonati o volgarizzati dalla cultura altomedievale¹⁴³.

Dopo i primi isolati fermenti della Scuola di diritto di Pavia, a prodigarsi per la ricostruzione del *Corpus iuris* fu dunque Imerio, che rivelò straordinarie capacità innovative non solo sul piano del metodo, ma anche nell'individuazione dei materiali giuridici.

La fantasia popolare creò una vera e propria leggenda circa il ritrovamento delle Pandette ad Amalfi e il trasporto dei *libri legales* da Ravenna a Bologna, ma è chiaro che la riscoperta fu non tanto materiale ma culturale e segnò la rinascita degli studi giuridici.

Una volta compiute le operazioni preliminari di cernita e di allestimento dei materiali di studio, i giuristi bolognesi si dedicarono all'opera di attualizzazione pratica del *Corpus iuris*, con l'intento di ordinare i testi secondo un sistema ritenuto non solo

¹⁴³ Così, di recente, L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo* I cit. 94 ss.

privo di contraddizioni ma esaustivo, capace cioè di dare una risposta a ogni questione giuridica sollevata dalla pratica.

L'armonizzazione dei testi, la loro comprensione letteraria e i primi tentativi di una ricomposizione organica delle fonti giuridiche si attuarono proprio attraverso un accurato studio delle *regulae iuris*.

Nell'approccio dei Glossatori alle *regulae iuris*, può ravvisarsi comunque un filo conduttore, ovvero il costante richiamo all'*aequitas*, “una delle realtà che più sentita suggestione esercitavano sull'animo loro”¹⁴⁴.

Nella dimensione etico – religiosa del diritto medievale, il concetto di *aequitas* fu strettamente collegato alle sue radici romanistiche, espresse nella celebre definizione di Celso del diritto come *ars boni et aequi*¹⁴⁵.

In particolare, come nel diritto romano il richiamo al valore etico all'*aequitas* fu utilizzato per operare una mediazione tra diritto civile (cioè la tradizione) e diritto onorario (attento a rispecchiare le nuove istanze dei rapporti socioeconomici), allo stesso modo i Glossatori si riferivano all'*aequitas* come a uno strumento di sintesi tra il diritto giustiniano e i diritti particolari, cioè tra il diritto antico e quello secolare (*lex mundana*)¹⁴⁶.

¹⁴⁴ S. Caprioli, *Tre capitoli intorno alla nozione di regula iuris nel pensiero dei glossatori* cit. 229.

¹⁴⁵ D. 1.1.1 pr. (Ulp. 1 *inst.*).

¹⁴⁶ Cfr. in proposito P. Cerami, *La concezione celsina del 'ius'. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche*, in *AUPA*. 38 (1985) 5 ss.; F. Gallo, “*Ars boni et aequi*” e “*ius naturale*”, in *SDHI*. 75 (2009) 15 ss. Validi spunti di riflessione e utili riferimenti bibliografici sul valore dell'*aequitas* nell'esperienza giuridica romana si possono rinvenire in A. Guarino, s.v. “*Equità (diritto romano)*”, in *NNDI*. VI (Torino 1960) 619 ss.

In questo senso, per Imerio e i suoi discepoli, l'equità incarnava quella giustizia naturale che per volontà divina era intrinseca alla quotidiane relazioni umane¹⁴⁷.

Per estrinsecarsi in forma concreta, quindi per divenire giustizia in atto, operante nei rapporti tra gli uomini, era necessario tradurre l'*aequitas* in una norma giuridica cogente; in tal modo, da valore morale, ovvero da *aequitas rudis*, si sarebbe trasformata in *aequitas constituta*, cioè in comando scritto, direttamente ed efficacemente applicabile in giudizio, a preferenza di ogni altra impostazione basata sul mero rigore normativo¹⁴⁸.

Dunque, il diritto derivava dall'*aequitas*, costituendone la positiva attuazione come criterio di interpretazione del giusto.

In questo contesto, il ruolo del giurista chiamato a interpretare le norme romane, e in particolare le *regulae iuris*, era quello di verificare, attraverso un operato vigile e creativo, se queste realizzassero davvero il valore ideale dell'*aequitas*.

Allo stesso modo, nell'analisi alla quale i glossatori sottopongono la composita definizione tramandata dai compilatori giustiniani in D. 50.17.1, "la riflessione sul ruolo svolto nella traditio regule dall'individuarsi della causa li conduce a isolare, nella ricostruzione del procedimento formativo di una *regula*,

¹⁴⁷ L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo* I cit. 102.

¹⁴⁸ A. Cavanna, *Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune (Un'occasione di riflessione sull'identità del giurista oggi)*, in *SDHI*. 44 (1978) 95 ss. Sulle implicazioni teologiche sottese alla differenziazione tra *aequitas rudis* ed *aequitas constituta*, cfr. A. Padovani, "Perché chiedi il mio nome? Dio, natura e diritto nel secolo XII" (Torino 1997) 78 ss. Più in generale, sul valore dell'*aequitas* medievale, cfr. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale* cit. 80 ss.

quell'*aequitas* che, una volta tratta in piena luce, non potrà più nascondersi al loro sguardo”¹⁴⁹.

Fatta questa necessaria premessa generale sull'approccio alle *regulae* dei Glossatori, deve osservarsi che un contributo importante allo studio delle *regulae iuris* fu fornito innanzitutto da Bulgaro, illustre studente di Imerio, appartenente alla seconda generazione dei Glossatori, ovvero quella dei “quattro dottori”, che, oltre a Bulgaro annoverava anche altri tre allievi di Imerio, cioè Martino, Ugo e Jacopo.

Bulgaro in particolare si occupò di *regulae* in due lavori: il primo è un interessante trattato ideato per introdurre agli *arcana iuris* il suo amico Cardinale *Aimericus*, rettore della Chiesa romana.

Il secondo è un *Apparatus* al titolo *de regulis*, genere questo che fu individuato per l'occasione come autonoma forma letteraria¹⁵⁰.

Il primo lavoro è ricordato sia come *Excerpta legum edita a Bulgarino causidico*, sia come *Introductiones Bulgari*.

L'opera si colloca tra il 1123 e il 1141, epoca di durata dell'ufficio di Cardinale ricoperto dal destinatario del trattato.

Dopo aver fornito alcune nozioni di tipo procedurale, l'autore illustra il suo intento di commentare le regole di diritto, iniziando da quella che apre il titolo *de regulis*, oggetto di un attento esame.

¹⁴⁹ Così S. Caprioli, *Tre capitoli intorno alla nozione di regula iuris nel pensiero dei glossatori* cit. 229.

¹⁵⁰ Cfr. H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter I Die Glossatoren* (München 1997) 167.

Gli *Excerpta legum* sono considerati come uno studio pilota per il suo *Apparatus*, scritto più tardi, ma comunque prima del 1141.

In quest'opera, Bulgaro confermò di avere confidenza con il linguaggio della dialettica, utilizzandone la tecnica nell'analisi, qui ancora più accurata, del testo introduttivo del titolo *de regulis*. Bulgaro espresse in proposito il concetto, di chiara derivazione stoica, secondo cui la *regula* converte in via induttiva le singole regolamentazioni all'interno di una proposizione universale¹⁵¹.

In definitiva, mentre negli *Excerpta* l'intento di Bulgaro è quello di prendere per mano gli studiosi di diritto nella conoscenza delle *regulae* e di mostrare ai non giuristi come le *regulae iuris* hanno interagito tra loro, nell'*Apparatus* l'autore spiega ai giuristi come nasce una *regula*, laddove *regula* per Bulgaro, prima ancora che una norma giuridica, è piuttosto una legge scientifica, ovvero una generalizzazione ricavata da un numero di esperimenti di regolamentazione che ricorrono in maniera costante.

L'*Apparatus* di Bulgaro fu utilizzato come modello per tutti i successivi lavori dei Glossatori aventi ad oggetto il titolo *de regulis*, sia da parte degli studiosi di diritto civile che da parte dei canonisti.

In particolare, le opere sulle *regulae* di Bulgaro trovarono vasta eco nella terza generazione dei Glossatori, rappresentata in particolar modo da giuristi del calibro di Pillio da Medicina, Piacentino e Giovanni Bassiano: quest'ultimo prese il posto di Bulgaro come leader dell'ala conservatrice dei Glossatori, mentre il

¹⁵¹ P. Stein, *Regulae iuris* cit. 135.

primo era un seguace di Martino, un giovane contemporaneo di Bulgaro, sostenitore di un approccio al diritto più riformatore.

Piacentino, personalità brillante e versatile che trascorse parte della sua carriera accademica insegnando diritto a Montpellier in Francia, scrisse alcuni commenti all'*Apparatus* alle *regulae* di Bulgaro, puntualizzando affermazioni generali contenute nella sua opera.

Ad esempio, a proposito della *regula iuris* contenuta in D. 50.17.30 (*nuptias non concubitus, sed consensus facit*), Bulgaro osservò che una donna avrebbe potuto contrarre matrimonio con un uomo, anche se lui fosse stato assente, e dopo sarebbe potuto anche diventare vedova, se, prima che si fosse unito con lei, lui fosse annegato nel Tevere, magari prima di andare a cena.

Piacentino, invece, sostenne che alcuni accordi non erano sufficienti a contrarre matrimonio, come quando le parti appartenevano a differenti strati sociali, ipotesi in cui era necessario mostrare che loro manifestare l'intenzione di unirsi in matrimonio.

Per Giovanni Bassiano, in definitiva, un passaggio fondamentale nella formazione delle *regulae iuris* è la ricerca di una medesima *causa* in una serie differente di circostanze¹⁵².

Ora, la differenza tra la visione di Piacentino e quella di Bassiano a proposito delle *regulae* fu molto influenzata dal diverso approccio dei due giuristi rispetto alle arti liberali: mentre infatti Piacentino fu sprezzante rispetto all'utilizzo delle arti del *trivium* nello studio del diritto, Bassiano fu un entusiasta sostenitore dell'applicazione delle tecniche delle arti liberali alla scienza

¹⁵² Cfr. P. Stein, *Regulae iuris* cit. 137.

giuridica, per cui frequente nel suo discorso espositivo è il ricorso al sillogismo¹⁵³.

A Giovanni Bassiano è autorevolmente attribuita¹⁵⁴ la *Summa de regulis iuris*¹⁵⁵, parte di una più ampia collezione di *Summae* dedicata ai titoli dei *Digesta*, in passato attribuita ad Azzone unitamente alla *Summa Codicis* alla quale spesso risulta accomunata.

I contenuti della *Summa de regulis iuris* appaiono in realtà conformi al pensiero di Azzone, essendo ribadito nell'opera il concetto che la regola è la trasmissione (*traditio*) o la definizione (*definitio*) di diversi aspetti di una fattispecie complessa, sintetizzati in una proposizione universale posta in termini positivi o negativi¹⁵⁶.

In questo senso, la citazione della massima *ubi eadem ratio, ibi idem ius*, dimostra che l'autore della *Summa* non considerò la *regula* come la sola espressione del diritto esistente, ma come la descrizione aperta di una fattispecie, suscettibile di essere applicata in tutti i casi si fosse manifestato il suo principio ispiratore.

Gli studi giuridici dei Glossatori, dopo essersi consolidati tra la fine del XII secolo e gli inizi del XIII secolo, raggiunsero il loro coronamento intorno al 1240 con la Grande Glossa di Accursio.

¹⁵³ Cfr. B. Brugi, *Dall'interpretazione della legge al sistema del diritto*, in *Per la storia della giurisprudenza e delle Università Italiane Nuovi Saggi* (Roma 1931) 31.

¹⁵⁴ E. Genzmer, *Die Iustinianische Kodifikation und die Glossatoren*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano I* (Bologna 1933) 411.

¹⁵⁵ Cfr. H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter I* cit. 224 s.

¹⁵⁶ P. Stein, *Regulae iuris* cit. 141.

Prima di questa tappa, un ulteriore contributo alla conoscenza e alla diffusione delle *regulae iuris* fu fornito soprattutto da Azzone.

Questi, oltre che della monumentale *Summa Codicis*¹⁵⁷, esemplare espressione del lavoro sintetico e sistematico dei giuristi bolognesi, fu autore dell'*Apparatus maior de regulis*¹⁵⁸, scritto intorno al 1191, in cui viene fornita una compiuta sintesi delle discussioni dei giuristi formulate in ordine alle *regulae iuris* nei 50 anni precedenti.

Azzone fu il pupillo di Giovanni Bassiano e, una volta succedutogli, fu un seguace delle opinioni del suo maestro: l'esistenza di questo legame è comprovata dal fatto che nell'*Apparatus* Bassiano è citato trenta volte, laddove le citazioni di Bulgaro e di Piacentino sono, rispettivamente, soltanto sette e sei. Nel suo commento al passo di Paolo riportato in D. 50.17.1, Azzone spiega la *regula* come una *coniunctio causae*, interpretando *causa* come *ratio* e mostrandosi sarcastico nei confronti di Piacentino che aveva sostenuto che le eccezioni sono anch'esse una regola, anche se poi egli stesso è costretto ad ammettere che, se una regola perde la sua funzione, devono essere dichiarate false quasi tutte le regole.

L'interesse per le *regulae iuris*, oltre che i Glossatori, contagiò, come si è visto, anche i canonisti: in fatto, nello stesso periodo in cui Azzone compose il suo *Apparatus maior de regulis*, Bernardo da Pavia si rese autore della prima collezione di decreti papali pubblicati mezzo secolo dopo il *decretum Gratiani*¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Cfr. H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter* I cit. 263 s.

¹⁵⁸ Cfr. H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter* I cit. 267.

¹⁵⁹ P. Stein, *Regulae iuris* cit. 144.

Nella sua *Compilatio Prima*¹⁶⁰, redatta tra il 1187 e il 1191, Bernardo da Pavia incluse un titolo *de regulis iuris* (5.37) e, pochi anni dopo, nella sua *Summa Decretalium*, inserì la prima discussione degli studiosi di diritto canonico sulle *regulae*.

Bernardo e il suo successore Damaso, la cui *Summa*¹⁶¹ fu scritta all'inizio del XIII secolo, mostrarono di avere una certa confidenza con il commentario di Bulgaro, di cui subirono l'influenza.

Nella elaborazione dei canonisti, tuttavia, la nozione di *regula* subì un differente valore rispetto alla tradizionale concezione giuridica di regolamentazione generale di una fattispecie, assumendo piuttosto il significato di *constitutio canonica* o di regola speciale di vita di un determinato ordine monastico¹⁶².

Allo stesso modo, scomparve la distinzione tra regola e brocardo, se non quella secondo cui la prima era fondata sui testi autorevoli del passato, mentre il secondo era formato al di fuori dai testi antichi.

Appare quindi significativo in tal senso che, nel momento in cui pubblicò la sua collezione di brocardi intorno al 1230, Damaso le diede il titolo di *Brocarda sive regulae canonicae*.

Ora, intorno alla metà del XIII secolo, mentre gli studi giuridici trovarono il loro suggello nella *Magna Glossa*¹⁶³ di Accursio, che con le sue novantaseimila glosse sviluppate intorno alle quattro parti del *Corpus iuris*, chiuse la fase più creativa della Scuola dei Glossatori, il parallelo consolidamento degli studi

¹⁶⁰ Cfr. H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter* I cit. 301.

¹⁶¹ Cfr. H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter* I cit. 300.

¹⁶² P. Stein, *Regulae iuris* cit. 144.

¹⁶³ Cfr. H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter* I cit. 345 ss.

canonici conobbe la sua pietra miliare nei Decretali di Papa Gregorio IX, che si innestò, completandola, sulla Compilazione di Bernardo del 1234.

Anche l'opera di Gregorio IX, al pari di quella di Bernardo, si concludeva con un titolo di sole undici *regulae*, alcune fondate sul Digesto e molte altre consistenti in proverbi dal contenuto morale¹⁶⁴.

Quanto alla *Magna Glossa*, compilata nella seconda e terza decade del XIII secolo, deve evidenziarsi, per quanto in questa sede rileva, che la glossa a D. 50.17 fu fondamentalmente una sorta di amalgama tra l'*Apparatus* di Giovanni Bassiano e quello di Azzone, che il giurista più citato (20 volte, a fronte delle 17 di Bassiano e delle 10 di Bulgaro, la cui influenza è comunque testimoniata dal fatto che metà dei frammenti del titolo riportano tracce verbali dell'*Apparatus* di Bulgaro, scritto circa un secolo prima).

La glossa "*regula est*" (D. 50.17.1) è ripresa quasi interamente dalla *Summa de regulis iuris* e dall'*Apparatus* di Azzone, mentre il contributo innovativo di Accursio sul punto riguarda soprattutto l'annosa questione se la *regula* potesse creare la legge; in proposito, l'autore, temendo i rischi di formulare regole applicabili ad ogni caso, spiega che ciò è possibile solo nelle ipotesi che ricadono sotto la medesima *ratio* della *regula* (*supra casibus in quibus eadem est aequitas, nec tamen sunt in iure positi, bene facit ius*).

¹⁶⁴ Ad esempio, la *regula* 3 avvisa che è meglio consentire uno scandalo piuttosto che abbandonare la verità, mentre la *regula* 10 ricorda che non esiste una valida scusa per un pastore, se il lupo mangia le sue pecore e lui non lo sa.

Dopo la *Magna Glossa*, quindi a partire dalla seconda metà del XIII secolo, l'espressione *regula iuris* diventa ormai parte del comune patrimonio culturale dell'Europa, anche se, in ambito processuale, la stessa rimane confinata al contenuto del titolo *de regulis* o rimane comunque ancorata a proposizioni generali di tipo proverbiale¹⁶⁵.

Nel campo del diritto canonico, invece, verso la fine del XIII secolo, ravvisandosi l'esigenza di aggiornare i cinque libri dei Decretali di Gregorio IX raccogliendo la più recente legislazione, vi fu una importante iniziativa di papa Bonifacio VIII, il quale predispose una nuova compilazione, nota come *Liber Sextus*.

Seguendo l'esempio del suo predecessore, Bonifacio VIII aggiunse un titolo di *regulae* alla compilazione del *Decretum* di Graziano che costituisce come è noto il primo nucleo del *Corpus iuris canonici*.

In questo caso, tuttavia, il numero di *regulae* inserite non fu undici, ma ottantotto, di vario contenuto, non solo ecclesiastico, gran parte delle quali estratte dalla Compilazione di Giustiniano.

L'autore del *Liber Sextus* viene tradizionalmente¹⁶⁶ indicato in Dino del Mugello, il quale fu non solo uno studioso di diritto canonico, ma anche e soprattutto un valente giurista civilista che si adoperò in particolar modo per semplificare alcune *regulae* dei *Digesta*¹⁶⁷.

Egli, che se non fu l'autore esclusivo dell'opera, vi prese comunque parte in forma attiva, affermò il concetto secondo cui la

¹⁶⁵ P. Stein, *Regulae iuris* cit. 148.

¹⁶⁶ Cfr. F. Liotta, *I Papi Anagnini e lo sviluppo del diritto canonico classico*, in *Studi di storia del diritto medievale e moderno* a cura di F. Liotta (Bologna 1999) 119 ss.

¹⁶⁷ P. Stein, *Regulae iuris* cit. 148 ss.

regula è formata da un numero di decisioni che hanno una stessa *ratio determinationis*, richiamando comunque l'insegnamento di Accursio secondo cui la regola diventa legge solo nelle ipotesi in cui la stessa viene applicata ai casi non regolamentati preventivamente che presentano la stessa *ratio* dei casi già definiti.

Il *Liber Sextus*, oltre a segnare un importante punto di arrivo per gli studi canonistici, fu anche un rilevante punto di partenza per le opere dei giuristi delle epoche successive, rappresentando in tal senso un esempio di coerenza organizzativa senz'altro utile al successivo sviluppo della scienza giuridica¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Cfr. L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo* I cit. 83 s.

II. 4: L'approccio alle *regulae* dai Commentatori a Pothier: cenni.

Sul finire del XII secolo, la conoscenza del diritto romano, alla quale come si è visto diede grande impulso l'attività dei Glossatori, si era diffusa nelle Università italiane soprattutto mediante l'insegnamento della Glossa accursiana, mentre, dal canto suo, il diritto canonico veniva divulgato principalmente attraverso lo studio della compilazione gregoriana dei canoni.

Dopo l'esperienza dei Glossatori, tuttavia, la didattica fu ispirata da un più spiccato indirizzo pratico, collegato a un diverso metodo di lettura dei testi giuridici romani: l'esegesi di ciascun passo, infatti, secondo l'insegnamento di Cino da Pistoia, allievo italiano di Orleans di Pierre de Belleperche e antesignano della Scuola dei Commentatori, doveva procedere attraverso scansioni ben definite, ovvero la divisione in parti (*divisio legis*), la spiegazione sintetica del suo contenuto (*expositio*), l'esemplificazione con fattispecie concrete (*positio casuum*), l'enucleazione dei suoi aspetti particolari e più significativi (*collectio notabilium*), l'esposizione di eventuali obiezioni (*oppositiones*) e, ancora, l'illustrazione delle differenti interpretazioni cui il dato testuale poteva dar luogo (*quaestiones*)¹⁶⁹.

¹⁶⁹ L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo* I cit. 114.

Nel costante riferimento ai casi pratici e nel procedimento analitico di scomposizione e ricomposizione del testo può cogliersi dunque la grande differenza della metodologia dei Commentatori rispetto al modo di procedere dei Glossatori.

Questi ultimi, infatti, furono impegnati prevalentemente nello studio e nella didattica, mentre i Commentatori furono più intenti a operare una lettura dei testi antichi conforme alle esigenze della prassi.

Se lo scopo della glossa era stato dunque il chiarimento del significato letterale del passo, il commento, genere letterario da cui prese appunto il nome la Scuola dei Commentatori, era finalizzato piuttosto a penetrare criticamente il testo legislativo e quindi a comprendere il senso, lo spirito e la funzione della norma.

In definitiva, al pari dei Glossatori, i Commentatori continuarono a studiare i testi del *Corpus iuris*, ma il loro intento era soprattutto quello di ricercarvi un corpo di leggi che fosse applicabile nei Tribunali del loro tempo: in questo i loro commentari furono poco inclini alle elaborazioni dogmatiche, tanto è vero che, per restare ancorati all'oggetto della presente ricerca, l'esegesi del titolo *de regulis* fu sostanzialmente ripetitiva di quella di Dino¹⁷⁰.

Il titolo 50.17 veniva quindi considerato essenzialmente come una *clausula generalis*, riassuntiva di una serie di casi espressi appunto in forma generale.

Considerando il titolo *de regulis* come una sorta di sommario di tutto ciò che era contenuto nei cinquanta libri dei *Digesta*, i Commentatori interpretarono pertanto ogni *regula*

¹⁷⁰ P. Stein, *Regulae iuris* cit. 153.

individuale come principio generale comprensivo di tutto ciò che era stato previsto.

In quest'ottica, i contenuti del titolo 50.17 e il libro Sesto acquisirono un particolare rilievo, divenendo vero e proprie norme di legge, riconosciute come tali nelle fonti di entrambi i due testi in esame e per questo motivo continuamente citati nelle loro opere.

Al tempo stesso, queste regole erano nettamente distinte da quelle dottrinali, che erano invece elaborate dai giuristi e che non trovavano fondamento nelle due collezioni¹⁷¹.

Sia il più illustre esponente della Scuola dei Commentatori, Bartolo da Sassoferrato, vissuto tra il 1314 e il 1357, e il suo successore, Baldo degli Ubaldi (1327 – 1400), si mostrarono entrambi consapevoli dei limiti operativi delle *regulae iuris*, in quanto riconobbero che lo studio dell'ultimo titolo dei *Digesta* e del *Liber Sextus* non poteva sostituire l'analisi approfondita dei singoli titoli riguardanti i casi particolari affrontati.

I due giuristi in realtà consideravano indubbiamente le *regulae*, soprattutto quelle relative all'interpretazione e alla procedura, un valido supporto per il proprio lavoro, ma al tempo stesso non ignoravano quanto fosse rischiosa una argomentazione fondata esclusivamente sulle regole di diritto, sulla scia peraltro del già citato ammonimento sulla pericolosità dei brocardi di Cino da Pistoia, che peraltro fu allievo di Dino e maestro di Bartolo¹⁷².

Uno studio approfondito alle *regulae* fu dedicato da uno degli ultimi esponenti della Scuola dei Commentari, Filippo Decio, vissuto tra la fine del Quattrocento e la prima metà del Cinquecento.

¹⁷¹ P. Stein, *Regulae iuris* cit. 154.

¹⁷² Per una più compiuta ricostruzione del pensiero di Bartolo e della sua Scuola, cfr. tra gli altri F. Calasso, *Introduzione al diritto comune* (Milano 1951) 181 ss.

Questi fu autore di un'opera, "*in titulis de regulis iuris*", consistente in una attenta analisi del titolo 50.17, in cui il testo di ogni singola regola veniva preceduto da un indice logico degli argomenti trattati.

Il trattato di Decio, pur contribuendo in modo significativo e puntuale alla conoscenza delle *regulae*, non rappresentò tuttavia sul piano teorico una grande evoluzione dogmatica, consistendo soprattutto in un riassunto degli studi sino a quel momento compiuti sull'argomento da parte dei giuristi precedenti, un po' sulla falsariga del *Liber Sextus* scritto su impulso di Bonifacio VIII.

Invero, dopo l'esperienza dei Commentatori, la discussione sulla natura delle *regulae iuris*, tra il XIV e il XV secolo, segnò il passo.

Ciò avvenne, in particolare, in concomitanza con l'affermazione dell'Umanesimo giuridico, sorto nel periodo rinascimentale, come manifestazione di rispetto e di ammirazione per l'antichità classica.

In realtà, già la Scuola Culta, sviluppatasi nel nord della Francia e in Olanda e conosciuta anche con la denominazione di *mos Gallicus iura docendi*, mostrò un interesse puramente storico – filologico per il diritto romano classico, che si assumeva "corrotto" dai Compilatori giustinianeï, contestando perciò l'impiego e l'adattamento del *Corpus iuris*, cui veniva negato carattere vigente, per le esigenze pratiche della vita forense¹⁷³.

¹⁷³ Per tutti, cfr. L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo I* cit. 130 ss.

Parallelamente, anche agli occhi degli Umanisti la materia romanistica si presentava appesantita e deviata da una plurisecolare interpretazione innovativa che aveva trasformato l'insegnamento del diritto romano puro in una disciplina caotica e arbitraria, e perciò non più valida come modello pedagogico e operativo.

Un illustre esponente dell'Umanesimo, Lorenzo Valla, nel suo *Elegantiae linguae latinae*, attaccò duramente sia Giustiniano, per aver osato mutilare i testi classici, senza conoscere né la legge né probabilmente il latino, sia Accursio, Bartolo e tutti i loro contemporanei per la loro cattiva conoscenza della lingua latina.

Per quanto riguarda invece le *regulae iuris*, occorre rilevare che, sebbene la loro popolarità rimase costante nella pratica forense, l'approccio degli studiosi nei loro confronti non fu più devoto, ma divenne al contrario critico e talora addirittura sarcastico¹⁷⁴.

Lo scrittore e umanista francese Francois Rabelais¹⁷⁵, ad esempio, nella sua descrizione del processo del Giudice Bridoye, ci ricorda che questi, per decidere una causa, utilizza il lancio dei dadi, attenendosi alla stretta osservanza della legge.

E così, quando la materia è oscura, egli usa il suo dado più piccolo, seguendo la regola, contenuta in D. 50.17.9 e recepita nel *Liber Sextus* (5.12.30), secondo cui *semper in obscuris quod minimum est sequimur*; invece, quando gli si chiede come pronuncia il suo verdetto, Bridoye risponde che egli dà ragione alla parte che per prima ha presentato l'istanza, in base alla nota *regula* secondo cui *prior tempore, potior iure*.

¹⁷⁴ Per tutti cfr. P. Stein, *Regulae iuris* cit. 162 ss.

¹⁷⁵ Sul rapporto tra l'opera di Rabelais e il diritto romano, cfr. E. Nardi, *Rabelais e il diritto romano* (Milano 1962), ora in *Scritti minori II* (Bologna 1991) 1245 – 1276.

Un atteggiamento più diffidente nei confronti delle *regulae* fu invece assunto dal maggiore esponente dell'Umanesimo giuridico, il giurista francese Jacopo Cuiacio (vissuto tra il 1552 e il 1590), il quale, nel suo commentario all'ultimo libro del Digesto, evidenziò che il titolo di 50.17 era *de diversis regulis iuris antiqui* e non *de omnibus regulis iuris*, volendo con ciò sottolineare che Giustiniano vi incluse solo le regole che erano ancora in vigore all'epoca della Compilazione, escludendone molte altre, che magari erano riportate in altri passi del Digesto e sono state poi ignorate.

Cuiacio propose quindi un'interpretazione filologica della raccolte *regulae iuris* contenute nel Digesto, evidenziandone l'inidoneità a integrare la legge, avendo le stesse una limitata portata applicativa¹⁷⁶.

In ogni caso, la comodità didattica e mnemonica delle regole o massime e il loro impiego pratico come enunciazioni generali applicabili a fattispecie molteplici continuarono a mantenere una forte *vis attractiva*, per cui anche nel Cinquecento le regole e le massime venivano intesi non come semplici contenuti del Digesto, ma come principi generali (*generalia iuris principia et elementa*)¹⁷⁷.

Lo studio teorico e sistematico del titolo *de regulis*, comunque, rimase ancora attivo anche in questa nuova fase storica.

Ad esempio, l'olandese Everhard Bronchorst (1554 – 1627), che fu professore di diritto all'Università di Leyden dal 1587 fino alla sua morte, pubblicò nel 1624 un noto commentario al titolo *de regulis*, nel cui prefazione egli sottolineò la duplice utilità delle

¹⁷⁶ P. Stein, *Regulae iuris* cit. 163 ss.

¹⁷⁷ G. Alpa, *I principia generali* cit. 62.

regulae, utili sia agli studenti per trattenere a memoria le parti più importanti del diritto, sia agli avvocati, che avrebbero così potuto conoscere un qualcosa di equivalente ai luoghi comuni della retorica¹⁷⁸.

Per Bronchorst, quindi, le *regulae* sono i *prima iuris principia*, equivalenti alle massime della dialettica, ai problemi degli studiosi di geometria e agli aforismi dei medici.

Un contributo molto importante sulle *regulae iuris* venne offerto in quest'epoca dal giurista svizzero Jacopo Gotofredo, nato nel 1587 a Ginevra, dove morì nel 1652, figlio di quel Dionisio Gotofredo, cui si deve la prima edizione completa del *Corpus iuris civilis*, pubblicata nel 1583¹⁷⁹.

Nel suo poderoso *commentarium in titulum e diversis regulis iuris antiqui*, pubblicato nel 1652, Gotofredo, applicando il metodo logico e filologico, descrisse le *regulae* non come principi generali, ma come i fondamenti dei principi generali, cioè di tutto il diritto. Ribadendo l'utilità delle *regulae iuris* sia per lo studente che per il pratico, Gotofredo suggerì anche un metodo per il loro studio.

Innanzitutto, il suo consiglio fu di tenerle a mente, anche quelle di non immediata comprensione; poi di distinguere quelle generali che si applicano a tutti i settori del diritto, da quelle speciali che riguardano settori particolari (contratti, matrimoni, testamenti ecc.).

In realtà, a Gotofredo non sfuggiva che il titolo sulle *regulae* prestasse il fianco ad alcune critiche, o per l'oscurità di alcune asserzioni, o per la loro non brillante formulazione: tuttavia,

¹⁷⁸ P. Stein, *Regulae iuris* cit. 175 ss.

¹⁷⁹ Cfr. tra gli altri L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo* I cit. 133 e P. Stein, *Regulae iuris* cit. 168 ss.

egli ne valorizzò molto l'importanza pratica e teorica, indicando per la loro applicazione un procedimento composto da quattro fasi: accertare se la regola che si vuole applicare riguardi il medesimo settore del diritto cui appartiene il caso da risolvere, comprendere se regola e caso abbiano il medesimo oggetto, quindi individuare quale sia lo scopo della regola, e infine verificare se l'applicazione della regola debba essere o meno mitigata dalle circostanze del caso concreto.

Lo studio delle *regulae iuris*, in questo stesso periodo, oltre a travalicare i confini nazionali, si diffuse anche nel sistema di *common law*: a interessarsene, in particolare, furono in particolare Francesco Bacone (1561 – 1626) e Adolf Coke (1561 – 1626), i quali furono avversari sia nella carriera legale che in quella politica.

Il primo se ne occupò in un'ottica prevalentemente descrittiva, il secondo in una prospettiva eminentemente speculativa¹⁸⁰.

Bacone, in special modo, provvide a compilare, dopo averlo sottoposto alla regine Elisabetta, un lessico di venticinque massime, denominato “*maxims of the law*”, pubblicato postumo nel 1630. Nella prefazione dell'opera, il giurista inglese spiegò che la sua aspirazione era di rimediare all'incertezza della legge, operazione questa che poteva essere realizzata con il ricorso alle massime. Secondo Bacone, massime e regole indicano quindi un sintetico principio generale desunto da un numero di casi che sono state decisi nello stesso modo; egli descrive le massime come *regulae* e considera le parole come sinonimi, indicandole come

¹⁸⁰ P. Stein, *Regulae iuris* cit. 170 ss.

generalizzazione della casistica, laddove la legge, come per i “civilians”, costituisce una disposizione immediatamente operativa che ripete la propria efficacia dall’autorità di chi la introduce.

A manifestare ampie riserve nei confronti dell’uso delle *regulae iuris* furono invece gli esponenti del giusnaturalismo, movimento fiorito nel centro Europa nei secoli XVII e XVIII, che, traendo linfa vitale dall’illuminismo, sviluppò la teoria, già presente negli antichi filosofi greci, dell’esistenza di un diritto ideale, ispirato da una *naturalis ratio*, che spesso è in contrasto con il diritto positivo concretamente in vigore, ponendosi rispetto ad esso come una sorta di meta virtuale da perseguire.

Nell’approccio al diritto romano, i giusnaturalisti, al pari dei fautori del *mos Gallicus*, mostrarono un approccio critico e prudente, pur ispirandosi ai principi giuridici espressi nel *Corpus iuris civilis*.

In questo contesto, Ugo Grozio, illustre esponente del movimento, vissuto tra la fine del Cinquecento e gli inizi del Seicento, osservò, tanto nella sua opera fondamentale *de iure belli ac pacis*, quanto, con maggior vigore, nel *Florum sparsio ad ius Iustinianum*, che nel libro L del Digesto non sono raccolte le regole perpetue che si desumono dai principi del diritto naturale, ma piuttosto quelle derivate dai principi del diritto romano e dalle leggi speciali; richiamando l’aforisma di Giavoleno sulla pericolosità delle definizioni, egli mise in risalto soprattutto il valore morale delle *regulae*, ridimensionandone di conseguenza l’importanza pratica¹⁸¹.

¹⁸¹ Per un’ampia ricostruzione del pensiero di Grozio, cfr. F. De Michelis, *Le origini storiche e culturali del pensiero di Ugo Grozio* (Firenze 1967).

Su posizioni non dissimili si colloca anche il pensiero del giurista francese Jean Domat, amico di Pascal, vissuto tra il 1625 e il 1695. Secondo la visione razionale di Domat, espressa nel titolo *Des regles du droit en general* dell'opera *Les droit civiles dans leur ordre naturel*, pubblicata tra il 1689 e il 1694, il diritto è composto da regole naturali, emanate da Dio, e da regole positive, emanate dagli uomini; sia le regole naturali che quelle positive possono essere generali e speciali e, in quest'ultimo caso, perdono effetto e quindi non devono applicarsi fuori dal loro settore di appartenenza o in modo falso, ovvero in contrasto con il loro spirito autentico.

In Domat, il diritto viene quindi concepito come il frutto di un instancabile lavoro della ragione, di infinite riflessioni condotte nel corso dei secoli, partendo dalla considerazione dei principi naturali e immutabili dell'equità, che rispecchiano poi regole generali¹⁸².

Sebbene le regole contenute in D. 50.17 non si collocassero facilmente negli schemi dei giusnaturalisti, il loro uso non scomparve affatto nella pratica forense, dove continuarono a essere tenute in considerazione le massime tratte dal Digesto e dal *Liber Sextus* e filtrate dalle raccolte collezionate nelle epoche successive.

Sul piano sistematico, invece, una riflessione accurata ed esaustiva sulle *regulae iuris* si deve senz'altro a Robert Joseph Pothier (1669 – 1772), considerato a buon diritto il “padre” del codice civile francese¹⁸³.

¹⁸² J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689-1692, ried. Paris 1777 (trad. it. tomo I Firenze 1834).

¹⁸³ Cfr. A. Cavanna, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia* (Milano 1983). J. Gaudemet, *Pothier et Jacqueminot. A propos des*

Consigliere presso il *Présidial* di Orleans, dove insegnò anche diritto francese, Pothier si dedicò alacramente allo studio scientifico del diritto, dando vita a una vasta produzione letteraria.

Nella sua opera principale, le *Pandectae in novum ordinem digestae*, scritta tra il 1748 e il 1752, egli andò ben oltre il semplice “riordinamento” del diritto romano, enunciato modestamente nel titolo, ma si impegnò a trovare un filo conduttore tra tutti i passi all’interno di uno stesso argomento, esponendoli in modo organico, in tal modo sforzandosi anch’egli di ritrovare nel diritto romano l’espressione più pura della ragione.

Il suo non fu un lavoro meramente esegetico: oltre a una illustrazione ragionata di tutti gli istituti, civilistici, penalistici e di diritto pubblico, Pothier operò anche notevoli e rilevanti addizioni.

Il testo, seguito da note esplicative, reca sempre il raffronto latino a piè di pagina, per cui vi sono nell’opera tre livelli di lettura: l’esposizione, gli approfondimenti o i chiarimenti e i passi della compilazione di riferimento. L’opera si divide in cinque parti: le regole generali, le persone, le cose, le azioni che attengono al diritto privato e infine le regole che riguardano il diritto pubblico.

Di particolare interesse nelle *Pandectae* fu l’elaborazione dedicata alle *regulae iuris*: in proposito, il giurista francese spiega di non essersi soffermato solo sulle regole del diritto antico (ovvero su quelle desunte dalle opere di autori anteriori a Giustiniano), raccolte in modo selettivo da Triboniano, ma di aver riportato le

sources du Code civil de 1804, in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Etudes à la mémoire du professeur A. Rieg* (Bruxelles 2000) 369 ss., L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo II Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne* 2^a ed. (Torino 2010) 60 ss.

brevi sentenze da tutti i titoli dei *Digesta*, dalla Costituzione degli imperatori e da altre fonti del diritto¹⁸⁴.

Anche in questo caso, i passi sono selezionati, raggruppati per materia e sistemati in ordine logico, con un considerevole ampliamento dell'orizzonte conoscitivo, reso evidente dal fatto che, mentre i passi raccolti nel titolo 17 sono 211, Pothier nella sua opera ne commenta sinteticamente ben 2025.

Alcune delle *regulae* raccolte e illustrate nelle *Pandectae* vengono riprese nel *Traitè des obligations*, dove in particolare Pothier isolò e valorizzò 12 regole: la ricerca del comune interesse delle parti, più che il senso letterale delle parole; la scelta del senso che possa dare effetto all'accordo, la scelta del senso conforme alla natura del contratto, il ricorso alle pratiche del luogo, l'integrazione secondo gli usi, l'integrazione *contra stipulatorem*, l'uso di espressioni generali, l'uso esemplificativo, l'uso del plurale, l'interpretazione unitaria delle clausole¹⁸⁵.

Orbene, alcune di queste *regulae iuris* si sono trasformate direttamente in articoli di legge.

In tal senso va rilevato che gli art. 1156-1164 del *Code Civil* enunciano in forma di disposizione le medesime regole, pressocchè nel medesimo ordine, che Pothier aveva ricostruito nelle *Pandette*. Queste norme, peraltro, sono poi trasmigrate senza sostanziali variazioni negli art. 1224 – 1255 del codice albertino, e da questo

¹⁸⁴ J. R. Pothier, *Pandectae in novum ordinem digestae* IV (Paris – Orleans 1752) 1459.

¹⁸⁵J. R. Pothier, *Traitè des obligations* (Paris – Orleans 1701) 1459, ora in *Oeuvres* I (Bruxelles 1831).

negli art. 1131 - 1139 del codice del 1865 e, infine, negli art. 1362 – 1371 del vigente codice civile del 1942¹⁸⁶.

Si può ben dire, in proposito, che il codice italiano vigente è più aderente dei suoi predecessori alle Pandette di Pothier, ancorché ne sia più distante per epoca e cultura¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Si tratta del capo IV del libro IV (*delle obbligazioni*), dedicato all'*interpretazione del contratto*.

¹⁸⁷ G. Alpa, *I principi generali* cit. 67.

III CAPITOLO

SINGOLE REGULAE IURIS

III. 1: Tipologia e sistematica delle *regulae iuris*

Dopo aver illustrato l'origine, il fondamento e il valore delle *regulae iuris* nel diritto romano e dopo aver esaminato la loro evoluzione nella tradizione romanistica, è ora possibile soffermarsi su alcune singole *regulae*.

In particolare, l'attenzione sarà concentrata in questa sede sulle *regulae* relative alla struttura del processo e alle decisioni.

Si tratta di massime che ancora oggi vengono di frequente invocate nel linguaggio forense e che, in maniera breve ed efficace, individuano regole processuali recepite dal legislatore, o comunque utilizzate nell'interpretazione giurisprudenziale e dottrinarie.

Alcune di queste *regulae* sono state tramandate dall'esperienza giuridica romana, mentre altre provengono dalla successiva elaborazione dogmatica.

Prima di iniziare la disamina delle singole *regulae iuris*, occorre premettere che una gran parte delle stesse deriva in primo luogo dal titolo finale dell'ultimo libro dei *Digesta* che, con i suoi 211 frammenti, costituisce, come si è già visto nel I capitolo (par. 3), una collezione di regole generali ampia ed eterogenea.

Alcune delle *regulae*, invero, oltre che in D. 50.17, sono contenute anche in altri passi dei *Digesta*, dove cioè sono riportate nel contesto originario della discussione da cui sono estrapolate.

Si è in presenza quindi di esempi di *leges geminatae*, cioè raddoppiate nella tradizione che ne propone la Compilazione, nel cui ambito vengono riportate in titoli diversi.

È il caso, ad esempio, della *regula* di Modestino “*expressa nocent, non expressa non nocent*” (D. 50.17.195), che è citata anche in D. 35.1.52, dove la *regula*, collocata in una più ampia discussione circa la validità delle asserzioni valide e quelle tacite in materia testamentaria, è preceduta dalla frase *inde dictum est*, il che conferma che la massima di Modestino già in epoca classica era considerata una *regula iuris*¹⁸⁸.

Nella maggior parte dei casi, però, le regole contenute in D. 50.17 non erano precetti generali già noti al momento della loro formulazione, ma spiegazioni elaborate dai giuristi per illustrare la validità delle decisioni che essi stessi avevano già assunto.

L’extrapolazione della massima dal contesto originario ha spesso determinato un evidente allargamento del suo reale spazio operativo.

Ad esempio, la regola cristallizzata in D. 50.17.56 (Gai. 3 *de leg. ad ed. urb.*), secondo cui “*semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*”, fu estrapolata da una più ampia discussione di Gaio in tema di legati e dal suo iniziale ambito di riferimento è stata poi proiettata in una dimensione più generale, divenendo un criterio interpretativo applicato in ogni ramo dello *ius civile*¹⁸⁹.

Allo stesso modo, la famosa regola *eius est nolle qui potest velle* (D. 50.17.3) proviene, come ci rileva l’iscrizione (Ulp. 3 *ad Sab.*), da un passo in cui il giurista si occupa del testamento,

¹⁸⁸ Cfr. P. Stein, *Regulae iuris* cit. 118.

¹⁸⁹ Così P. Stein, *Regulae iuris* cit. 119.

spiegando che una persona istituita erede non può rifiutare il testamento se è incapace di accettare l'eredità.

È chiaro quindi che, originariamente, la massima, poi divenuta di portata generale, era la giustificazione di una decisione riguardante l'ingresso dell'erede nell'eredità.

Le *regulae* contenute in D. 50.17, come detto, toccano i vari settori del diritto, spaziando, tra l'altro, dalla materia testamentaria (D. 50.17.12¹⁹⁰) al diritto di famiglia (D.50.17.30¹⁹¹), dalle obbligazioni (D. 50.17.14¹⁹²) ai diritti reali (D. 50.17.209¹⁹³), dal diritto pubblico (D. 50.17.196¹⁹⁴) al diritto processuale (D. 50.17.207¹⁹⁵), dalla responsabilità (D. 50.17.203¹⁹⁶) all'interdizione (D. 50.17.40¹⁹⁷).

Molte delle *regulae iuris* riportate in D. 50.17 esprimono invece precetti di carattere generale, che fissano canoni interpretativi di ampia portata.

In quest'ultima categoria rientrano, tra le altre, le seguenti massime:

D. 50.17.10 (Paul. 3 *ad Sab.*): *secundum naturam est commoda eiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda.*

D. 50.17.21 (Ulp. 27 *ad Sab.*): *non debet cui plus licet quod minus non licere.*

¹⁹⁰ Paul. 3 *ad Sab.*: *in testamentis plenius voluntates interpretarum.*

¹⁹¹ Ulp. 36 *ad Sab.*: *nuptias non concubitus, sed consensus facit.*

¹⁹² Pomp. 5 *ad Sab.*: *in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, presenti die debetur.*

¹⁹³ Ulp. 4 *ad legem Iul. et Pap.*: *Servitutum mortalitati fere comparamus.*

¹⁹⁴ Mod. 8 *reg.*: *Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae. Et ideo quaedam ad heredem transmittitur, quae causae sunt; quae personae sunt, ad heredem non transeunt.*

¹⁹⁵ Ulp. 4 *ad legem Iul. et Pap.*: *Res iudicata pro veritate accipitur.*

¹⁹⁶ Pomp. 8 *ad Quintum Mucium*: *quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.*

¹⁹⁷ Pomp. 34 *ad Sab.*: *furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.*

D. 50.17.55 (Gai. 2 *de test. ad ed. urb.*): *nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur.*

D. 50.17.56 (Gai. 3 *de leg. ad ed. urb.*): *semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.*

D. 50.17.69 (Paul. *lib. sing. de adsig. libert.*): *invito beneficium non datur.*

D. 50.17.134 (Ulp. 21 *ad ed.*): *nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest.*

D. 50.17.142 (Paul. 56 *ad ed.*): *qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare.*

D. 50.17.144 (Paul. 62 *ad ed.*): *non omne quod licet honestum est.*

Si tratta, evidentemente, di *regulae* estroolate da contesti ben delimitati, la cui portata generale, sottolineata dall'autonoma collocazione nell'ultimo titolo dei *Digesta*, ne ha favorito la diffusione nel corso degli anni, ponendosi come criteri ermeneutici spesso utilizzati anche in un ambito non strettamente giuridico.

Gli oltre duecento frammenti collocati nel titolo *de diversi regulis iuris antiqui*, comunque, non esauriscono l'intero panorama delle *regulae iuris* di formazione romana, alcune delle quali si rinvencono anche in altre parti della Compilazione Giustiniana, come ad esempio la regola *nemo iudex in sua causa* (CI. 3.5).

Altre *regulae*, invece, si sono formate al di fuori dei *Digesta*, traendo spunto da altri luoghi della Compilazione, il cui significato originario tuttavia è stato in alcuni casi stravolto.

È il caso, ad esempio, del noto brocardo “*de minimis non curat praetor*”, il cui fondamento viene in genere individuato in due

frammenti dei *Digesta*, uno *de dolo malo*¹⁹⁸, l'altro *de in integrum restitutione*¹⁹⁹.

Il significato dei due passi, tuttavia, non era, come farebbe intendere il tenore letterale della massima, che il pretore non si curava dei piccoli interessi, o che interessi di poco valore non erano tutelati dal diritto, ma solo che il pretore non accordava mezzi straordinari, qual era la *in integrum restituito*, per lesioni di poco valore, proprio perché con quei mezzi straordinari il pretore, in forza del suo *imperium*, rescindeva un atto valido per lo *ius civile*²⁰⁰.

Per quanto riguarda il tema specifico che ci si propone di approfondire, occorre evidenziare che, alla dinamica del processo è dedicata, tanto nelle fonti giuridiche romane quanto in quelle che ad esse si richiamano, una pluralità di *regulae iuris*, volte sia a disciplinare la sequenza delle attività preordinate alla decisione della controversia, sia a delimitare i poteri delle parti processuali, sia a fissare i criteri di risoluzione di eventuali ostacoli al sviluppo dell'iter processuale.

In tal senso, la molteplicità dei frammenti relativi al processo conferma non solo la centralità dell'istituto processuale nella storia giuridica di Roma, ma anche la rilevanza costantemente assunta dalle rispettive tematiche nella riflessione dei giuristi.

¹⁹⁸ D. 4.3.9.5 (Ulp. 11 *ad ed.*): *merito causae cognitorem praetor inseruit: neque enim passim haec actio indulgenda est. Nam ecce in primis, si modica summa sit.*

¹⁹⁹ D. 4.1.4 (Call. 1 *ed. monit.*): *scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si maiori rei vel summae praeiudicetur, audiatur is qui in integrum restitui postulat.*

²⁰⁰ Così S. Riccobono, s.v. "*Brocardica*" cit. 583 – 584.

In questa sede costituiranno oggetto di approfondimento le seguenti *regulae iuris*: *ne bis in idem*, *in dubio pro reo*, *nullum crimen sine lege*, *audiatur et altera parte* e *res iudicata pro veritate accipit*.

II. 2: Le *regulae* e il processo

a) NE BIS IN IDEM

La regola del *ne bis in idem*²⁰¹ esprime l'esigenza di evitare che si svolga due volte un processo in relazione a una medesima vicenda²⁰².

Si tratta di un principio generale ispirato da finalità di economia processuale, comportando la duplicazione dei giudizi un evidente aggravio di tempi, fasi e costi dell'iter processuale.

La regola del *ne bis in idem* costituisce un'esigenza avvertita in ogni epoca storica, tant'è che già nell'Antico Testamento si ritrova la frase *non iudicabit Deus bis in id ipsum*²⁰³.

È però nell'esperienza giuridica romana che il principio venne elaborato e approfondito in maniera compiuta: infatti, almeno nella fase avanzata del processo per *legis actiones*, costituiva una regola consolidata quella che impediva che un altro processo si svolgesse in relazione allo stesso fatto già oggetto di un giudizio²⁰⁴.

Tale principio veniva generalmente espresso con le locuzioni "*rem actam agere*", oppure "*res acta est*", "*actum est*",

²⁰¹ Per una ricostruzione delle citazioni della massima nelle fonti letterarie e giuridiche, cfr. D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* (München 2007) 140, R. Domingo, B. Rodríguez-Antolín, *Reglas Jurídicas y Aforismos* (Pamplona 2000) 92, e L. De Mauri, *Regulae iuris* (Milano 1976 e rist. 1993) 7.

²⁰² Le implicazioni storiche e operative del principio del *ne bis in idem*, con particolare riferimento al processo penale, sono state già affrontate dal sottoscritto in una precedente pubblicazione: cfr. F. Zunica, *Il principio del ne bis in idem: fondamento storico e limiti applicativi nel processo penale italiano*, in *Fides, Humanitas e Ius. Studi in onore di Luigi Labruna VII* (Napoli 2007) 6145 – 6157.

²⁰³ *Test. Vet. Nahum* 1.9.

²⁰⁴ Per tutti: G. Pugliese, s.v. "*Giudicato civile (storia)*", in *ED. XVII* (Milano 1969) 727 ss.

per indicare un qualcosa di irrimediabilmente concluso e deciso, quindi un atto inutile, in quanto non poteva condurre ad alcun risultato.

Le espressioni appena indicate richiamavano un criterio operativo di antica origine: Cicerone ne parla come di un *vetus proverbium*²⁰⁵, mentre dal I secolo d.C. è documentata una diversa forma del medesimo principio, quella espressa appunto dal brocardo *ne bis in idem*, che appare quindi riferito al processo formulare²⁰⁶.

Quanto alle fonti giuridiche, il riferimento è più ampio in Gaio, il quale illustra l'efficacia pratica della massima con riguardo al processo civile:

Gai 3.80. ...et hoc est quod apud veteres scriptum invenimus: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.

Dunque, una stessa *actio* non poteva essere esercitata o fatta valere due volte, qualunque fosse l'esito che dall'esercizio compiutone la prima volta derivasse.

In particolare, nei *iudicia legitima* aventi ad oggetto un'*obligatio*, la *litis contestatio* convertiva il rapporto sostanziale in processuale, di modo che il primo non ha più rilievo extraprocessuale (almeno al di fuori del campo delle cd. obbligazioni naturali), mentre nei *iudicia quae imperio continentur*

²⁰⁵ Cic. *Lael. de amic.* 22.85.

²⁰⁶ L'espressione è riportata da Quintiliano in *Inst. orat.* 9.6.4., in cui l'autore afferma: *solet et illud quaeri, quo referatur, quod scriptum est: bis de eadem actio ne sit actio.*

e in quei *iudicia legitima* nei quali sono dedotte *actionem in rem*, il divieto di esercitare reiteratamente l'*actio* non discendeva automaticamente dalla *litis contestatio* e non si verifica *ipso iure*, ma opera solo se il convenuto lo faccia valere mediante un'*exceptio rei in iudicium deductae*²⁰⁷.

Il principio del *ne bis in idem*, rispondendo in primo luogo a esigenze di economia processuale e di coerenza sistematica, trovava applicazione sia nel processo civile che in quello penale; in tale ambito, tuttavia, tale regola acquistava e acquista un significato ancora più rilevante, in quanto la duplicazione del processo in tal caso incide direttamente sul piano umano, esponendo l'imputato al rischio di quella che può diventare una inutile e gravosa persecuzione giudiziaria.

L'ingiustizia, o quantomeno la gravità di tale situazione, era avvertita nel diritto romano: una prova indiretta si desume, ad esempio, dall'enfasi con la quale Cicerone, nelle *Verrine*, dichiara che se la *quaestio* avesse pronunciato l'assoluzione di Verre, egli stesso lo avrebbe tradotto dinanzi al popolo per farlo giudicare un'altra volta: come è noto, l'evenienza prospettata dal celebre oratore non si verificò, perché Verre alla fine fu condannato ma di certo il modo stesso in cui Cicerone formula il suo proposito mostra l'eccezionalità e l'irregolarità dell'ipotesi di un secondo giudizio relativo a una medesima vicenda fattuale²⁰⁸.

Significativo in tal senso è anche il famoso episodio delle Vestali le quali, accusate d'incesto davanti ai pontefici e assolte, furono di nuovo processate e condannate da Lucio Cassio, nominato

²⁰⁷ V. Andrioli, s.v. "*Ne bis in idem*", in *NNDI*. XI (Torino 1965) 185 ss.

²⁰⁸ F. Callari, *Riflessioni sulla revisione in peius del giudicato penale*, in *Cass. Pen.* 46 (2006/4), 1638 ss.

questore *extra ordinem qui de incesto quaestionem exercet*²⁰⁹, dopo strani eventi e una serie di cattivi presagi; orbene, nonostante in tal caso un nuovo processo *in idem* venne celebrato, deve ritenersi che la straordinarietà della vicenda e il clamore che ne seguì tra il popolo confermano comunque che di regola un secondo giudizio su un medesimo fatto nel diritto penale romano non era consentito²¹⁰.

Il principio del *ne bis in idem* è stato recepito nell'epoca moderna praticamente da ogni ordinamento giuridico, trovando, in molti casi, esplicito riconoscimento anche nelle Carte Costituzionali di alcuni Paesi²¹¹.

L'Italia non si è sottratta a questa diffusa tendenza, al punto che, in sede di Assemblea Costituente, ci fu il tentativo, cui poi non fu dato seguito, di inserire nella Costituzione una norma sull'irrevocabilità del giudicato (art. 4 del Progetto)²¹².

A livello di legislazione ordinaria, invece, il principio del *ne bis in idem* è stato introdotto, pur con sfumature diverse, sia nel processo civile, che in quello penale.

Sotto il primo profilo, va rilevato che il Codice di procedura civile del 1942, con l'art. 39, ha previsto che “se una stessa causa è proposta davanti a giudici diversi, quello successivamente adito, in qualunque stato e grado del processo, anche d'ufficio, dichiara con sentenza la litispendenza e dispone

²⁰⁹ Liv. 23.37.13.

²¹⁰ F. Callari, *Riflessioni sulla revisione in peius del giudicato penale* cit. 1638.

²¹¹ È il caso della Costituzione Francese del 1971, di quella Americana, in cui il quinto emendamento consacra il divieto della *double jeopardy*, inteso come il diritto del soggetto di non vedere posta due volte a rischio la sua vita o la sua persona per uno stesso reato, o di quella attualmente vigente in Germania, il cui 103, comma 3, stabilisce che ‘nessuno in base alla legge penale, può essere punito più volte per lo stesso fatto’.

²¹² Cfr. *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori della Assemblea costituente VIII* (Roma 1971) 1894 s.

con ordinanza la cancellazione della causa dal ruolo”, mentre il terzo comma dello stesso articolo specifica poi che “la prevenzione è determinata dalla notificazione della citazione”.

Nell’ambito della legislazione processuale penale, invece, il principio del *ne bis in idem* è stato recepito nel Codice di procedura penale del 1930, con una disposizione, l’art. 90, collocata nella sezione del libro primo relativa alla posizione dell’imputato.

Analogamente, il Codice del 1988 ha sancito il “divieto di un secondo giudizio” con l’art. 649 c.p.p. (collocato tuttavia nel libro decimo dedicato all’esecuzione), il quale prevede che “l’imputato prosciolti o condannati con sentenza o decreto divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli art. 69, comma 2 e 345. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato un procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo”.

La norma in esame riproduce quella del 1930, con l’unica particolarità che la stessa è ora inserita non più nella sezione dedicata all’imputato, ma nel libro X relativo all’esecuzione e, in particolare, nel titolo I, destinato alla disciplina del giudicato²¹³.

La diversa collocazione della norma non ha inciso, tuttavia, sulla natura della regola del *ne bis in idem* che non si pone

²¹³ Per una disamina sulla portata applicativa del *ne bis in idem* nel processo penale, cfr. F. Caprioli, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giurisprudenza italiana* (2010) V 1181. Sull’operatività della massima anche nel procedimento disciplinare, cfr. M. Caro, *Il principio del ne bis in idem e i limiti al legittimo esercizio del potere disciplinare*, in *Riv. it. di dir. lav.* (2011) III 734.

solo quale principio di ordine processuale funzionale alla certezza delle situazioni giuridiche accertate da una decisione irrevocabile, ma si configura pur sempre come fonte di un diritto civile e politico dell'individuo, quello di non essere ulteriormente perseguito con un processo relativo a un episodio fattuale in relazione al quale il soggetto sia stato già giudicato²¹⁴.

La nozione di “medesimo fatto”, su cui si incentra il meccanismo operativo delineato dall'art. 649 c.p.p. indica la coincidenza di tutte le componenti della fattispecie concreta oggetto dei due processi, ovvero, come più volte ribadito dalla Suprema Corte²¹⁵, l'identità storico-naturalistica del reato in tutti i suoi elementi costitutivi, rappresentati dalla condotta, dall'evento, in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona.

Ai fini della preclusione del giudicato costituisce quindi fatto diverso quello che, pur violando la stessa norma e integrando gli estremi del medesimo reato, è l'ulteriore estrinsecazione dell'attività del soggetto, diversa e distinta nello spazio e nel tempo da quella posta in essere in precedenza e ormai già accertata²¹⁶.

L'operatività del principio del *ne bis in idem* nel sistema processuale penale è stata significativamente estesa a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²¹⁷, secondo cui “le situazioni di litispendenza, non riconducibili nell'ambito dei conflitti di competenza di cui all'articolo 28 c.p.p. devono essere risolte dichiarando nel secondo processo, pur in

²¹⁴ Cfr., *ex plurimis*, Cass. 24 gennaio 1997 n. 459 e Cass. 4 marzo 2005 n. 8697.

²¹⁵ Cfr. Cass. 27 maggio 2008 n. 21035 e, in termini, Cass. 5 maggio 2006 n. 15575.

²¹⁶ G. Lattanzi - E. Lupo, *Codice di Procedura Penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina (Esecuzione)*, art. 649 cit. 23.

²¹⁷ Cass. SSUU 28 settembre 2005 n. 34655, in *Guida al dir.* 40 (2005) 68 ss.

mancanza di una sentenza irrevocabile, l'impromovibilità dell'azione penale in applicazione della preclusione fondata sul principio generale del *ne bis in idem*, sempreché i due processi abbiano ad oggetto il medesimo fatto attribuito alla stessa persona siano stati instaurati ad iniziativa dello stesso ufficio del pubblico ministero e siano devoluti, anche se in fasi o in gradi diversi, alla cognizione di giudici della stessa sede giudiziaria”²¹⁸.

Nel suo convincente iter argomentativo, la Suprema Corte ha evidenziato che la matrice del divieto del *bis in idem* deve identificarsi nella categoria della preclusione, che rappresenta un istituto coesistente alla stessa nozione di processo, inteso quale serie ordinata di atti normativamente collegati tra loro, ciascuno dei quali, all'interno dell'unitaria fattispecie complessa a formazione successiva, è condizionato da quelli che lo hanno preceduto e condiziona a sua volta quelli successivi.

La pronuncia in esame si pone peraltro in primo luogo in sintonia con le attuali tendenze della legislazione europea dove il principio del *ne bis in idem* è stato ampiamente recepito²¹⁹.

²¹⁸ La soluzione ermeneutica della Suprema Corte ha incontrato il favore della dottrina: cfr. G. Leo, *Ne bis in idem e principio di preclusione nel processo penale*, in *Il Corriere del merito* 2 (2006) 239 ss.; P. Troisi, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, in *Diritto penale e processo* 6 (2006) 719 ss.; F.M. Ferrari, *Ne bis in idem, mai più processi clone. Ecco la strada per evitare duplicazioni*, in *Dir. & Giust.* 6/40 (2005) 76 ss.; G. Amato, *Estensione del “ne bis in idem” sulla base di principi generali*, in *Guida al dir.* 40 (2005) 76 ss.

²¹⁹ Oltre a essere contemplato in diversi trattati internazionali, quali il trattato istitutivo della Corte Internazionale di Giustizia, il Patto dei diritti civili e politici, la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e la Costituzione Europea siglata a Roma il 29 ottobre 2004 (art. II-110), il principio del *ne bis in idem* è stato regolamentato anche in sede di emanazione della disciplina del cd. mandato di arresto europeo (art. 18 della legge n. 69 del 22 aprile 2005), laddove si è stabilito che la Corte di Appello possa rifiutare la consegna del cittadino comunitario estradando, laddove risulti che questi sia stato giudicato con sentenza irrevocabile per gli stessi fatti da uno degli Stati membri dell'Unione Europea.

In ogni caso, anche nell'intervento della giurisprudenza di legittimità, è evidente la percezione della duplicazione dei processi in relazione a una medesima vicenda come autentico disvalore.

Al di là delle già insuperabili esigenze di ordine logico e sistematico che pure ne costituiscono il fondamento, appare infatti insita nella previsione del «divieto di un secondo giudizio» la consapevolezza che il processo è già una pena, nel senso che la sofferenza cagionata dallo svolgimento di un giudizio, spesso lungo, costoso ed esposto allo *strepitus fori*, presenta una sua innegabile carica sanzionatoria che può valere più di una condanna.

In ogni sistema processuale moderno, l'antica regola del *ne bis in idem* acquista quindi un valore prezioso e imprescindibile.

b) IN DUBIO PRO REO

Tale *regula* stabilisce che, in presenza di fondati dubbi sulla colpevolezza dell'imputato, deve giungersi alla sua assoluzione²²⁰.

Nel suo significato attuale, il principio "*in dubio pro reo*" iniziò a diffondersi a partire dall'Illuminismo, sulla spinta della rinnovata istanza di introdurre nel processo penale libertà individuali fino a quel momento negate, nell'ottica di ridefinire in modo più liberale i rapporti tra Stato, potere punitivo e cittadino.

Ora, sebbene il principio *de quo* si sia affermato in questa particolare epoca storica, deve comunque evidenziarsi che la sua

²²⁰ Per i riferimenti alle fonti letterarie e giuridiche, cfr. D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* cit. 103 e R. Domingo, B. Rodríguez-Antolín, *Reglas Jurídicas y Aforismos* cit. 62.

origine, almeno in parte, può farsi risalire al diritto romano, anche se non vi fu sul punto una compiuta elaborazione dogmatica.

La genesi della *regula* viene infatti tradizionalmente individuata²²¹ in un rescritto dell'imperatore Traiano, indirizzato ad un certo *Adsidius Severus* e tramandatici da Ulpiano:

D. 48.19.5 pr. (Ulp. 7 *de off. proc.*):

Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnarii divus Traianus Adsidio Severo rescripsit: satius enim esse impunitum delinqui facinus nocentis quam innocentem condemnari.

Dunque, in caso di meri sospetti sull'imputato, è preferibile che il colpevole rimanga impunito, piuttosto che un innocente sia condannato.

Tale principio, sconosciuto nel sistema delle *quaestiones perpetuae*, dove, nonostante l'impronta accusatoria, vigeva una sorta di "presunzione di colpevolezza"²²², fu dunque introdotto per la prima volta in sede di *cognitio extra ordinem*, molto probabilmente sulla scia della concezione umanitaria stoica recepita dal pensiero giuridico.

Tuttavia, è stato correttamente rilevato²²³ che la risposta di Traiano valeva per il solo caso dell'esistenza di mere *suspiciones* a

²²¹ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale* (Roma – Bari 1997) 643; M.A. De Dominicis, *Ancora sulla formula dubitativa*, in *Archivio Penale* (1965) I 535 – 536.

²²² Così V. Giuffrè, *La 'repressione criminale' nell'esperienza romana Profili 3^a ed.* (Napoli 1992) 85. Secondo l'Autore, la spiegazione era da ricercare nella "inveterata considerazione circa la personalità dei persecutori di crimini d'una volta, e le responsabilità di cui erano investiti ed i rischi a cui andavano incontro".

²²³ M.A. De Dominicis, *Brev. Pauli Sententiarum IV, 12, § 5 e l'origine romano-cristiana del principio "in dubiis pro reo"*, in *Archivio Penale* (1962) I 411-417.

carico del reo, per cui si è comunque lontani da una esaustiva elaborazione della regola di giudizio, come viene oggi tradizionalmente intesa.

Risulta evidente, in ogni caso, che il *modus operandi* suggerito dall'imperatore risponde a un canone interpretativo che ispira anche altre *regulae iuris* di analogo tenore.

Infatti, in età adrianea, il giurista proculiano Giuvenzio Celso figlio affermava il principio, recepito in D. 1.3.18 (Cels., 29 *dig.*), secondo cui *benignius leges interpretandae sunt*, proponendo con ciò un'interpretazione della legge ispirata al *favor rei*.

Nello stesso solco si collocano altre affermazioni che appaiono riconducibili alla medesima *ratio* del principio in esame.

Si tratta della già menzionata regola che si trova in D. 50.17.56 (Gai. 3 *de legat. ad ed. urb.*), secondo cui *semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*, e del passo di Ermogeniano, riportato in D. 48.19.42 (Herm. 1 *epit.*), in cui il giurista tardoclassico, in sintonia con le massime sin qui esaminate, scriveva: *interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae*.

In epoca postclassica il principio *in dubio pro reo* trovò nuovo slancio grazie anche all'influenza che il *favor miserarum* e l'*humanitas* di matrice cristiana ebbero sul diritto.

Già dopo l'editto di Nicomedia del 311 d.C., ma ancor più dopo l'editto di Milano del 380 d.C., la Chiesa entrò nella vita e nell'organizzazione politico-sociale dello Stato, con rilevanti conseguenze anche nell'interpretazione del diritto.

Una conferma di questa evoluzione si rinviene in un passo delle *Pauli Sententiae*, tratto dal titolo *de manumissionibus*:

P.S. 5.12.2: *Communem servum unus ex sociis vincendo futurae libertati non nocebit (...) inter pares enim sententia clementior severiori praefertur: et certae humanae rationis est favere miserioribus, prope et innocentes dicere, quos absolute nocentes pronuntiare non possunt.*

Il caso, dunque, è quello di un condomino che ha posto in catene il servo comune, mentre l'altro decide di liberarlo.

Viene quindi affermata la prevalenza della volontà del condomino che vuol liberare il servo comune (*inter pares enim sententia clementior severiori praefertur*)²²⁴.

Al di là del riferimento alle manomissioni, tuttavia, la nuova regola ha una grande importanza soprattutto nell'ambito processuale penale, perché afferma che, in caso di parità di sentenze, l'una a favore e l'altra contro l'imputato, debba sempre preferirsi la prima, con l'importante aggiunta che devono essere dichiarati assolti gli imputati nei cui confronti il giudice non abbia raggiunto la prova assoluta della loro colpevolezza (*prope et innocentes dicere, quos absolute nocentes pronuntiare non possunt*).

Furono così gettate le fondamenta del principio cardine del *favor rei*, di cui la regola *in dubio pro reo* costituisce un corollario di natura squisitamente processuale.

²²⁴ Secondo De Dominicis, *Brev. Pauli Sententiarum IV, 12, § 5 e l'origine romano-cristiana del principio "in dubiis pro reo"* cit. 414, la soluzione prospettata nel passo rivelerebbe che non si tratta di un autentico testo di Paolo, ma di un elaborato di qualche tardo anonimo occidentale. Nel diritto classico, infatti, la manomissione, per essere valida, richiedeva la volontà concorde e contestuale di entrambi i condomini, anzi, era previsto che nel caso di manomissione da parte di uno di essi avesse luogo l'accrescimento del diritto dell'altro.

In questo senso, la regola in esame, riferita chiaramente al processo penale, trova una sua corrispondenza, nel settore processual – civilistico, nel principio *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (D. 22.3.2 Paul. 69 *ad ed.*)²²⁵, che pone l'onere della prova a carico di colui che afferma, non di chi nega.

Lo stesso concetto, trasferito in ambito penale, attribuisce il rischio della mancata prova sull'accusatore, stabilendo così una presunzione di innocenza in favore del soggetto accusato.

Può dunque concludersi che, se nel diritto romano l'elaborazione del principio *in dubio pro reo* non fu certamente approfondita al punto tale da essere tradotta in termini normativi o da riceverne costante applicazione; tuttavia, il suo riconoscimento come regola probatoria permette di non differire sino al XVIII secolo l'origine storica della presunzione d'innocenza.

Dopo la caduta dell'Impero, sebbene il diritto romano non scomparve in virtù del principio della personalità del diritto applicato nei Regni romano – barbarici, si registrò comunque una marcata influenza germanica anche nel procedimento penale, con inevitabili riflessi anche sull'operatività delle regole processuali.

I tribunali italiani adottarono infatti la struttura del processo barbarico, che era profondamente diversa da quella del processo romano, in quanto nel diritto barbarico il giudizio era condizionato non tanto dalla valutazione circa il torto o la ragione delle parti, ma piuttosto dalla determinazione del tipo di prova da

²²⁵ Sul cui fondamento nelle fonti Cfr. D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* cit. 71.

fornire, prova che, nel sistema germanico, consisteva generalmente o nel giudizio di Dio²²⁶, o nel giuramento di purificazione²²⁷.

In entrambi i casi, si trattava di un procedimento orale caratterizzato dall'iniziativa di parte, nell'ambito del quale la regola *in dubio pro reo* assumeva un valore molto relativo, dipendendo la decisione finale dall'esito di una prova prestabilita.

È evidente, comunque, che dall'Alto Medioevo in poi, il principio generale del *favor rei*, da cui scaturisce come detto la *regula iuris* in esame, conobbe un progressivo declino, che fu notevolmente accentuato nell'età dell'Inquisizione, in cui la presunzione d'innocenza venne capovolta in presunzione di

²²⁶ Il giudizio di Dio, detto *ordal* (da cui *ordalia*) poteva consistere nel duello, nella prova dell'acqua fredda (immersione del corpo), del ferro rovente (tenere in mano un ferro infuocato per un certo tempo) o dell'offa, (grosso boccone da inghiottire) e così via. Per superare la prova non bastava resistere al dolore, ma bisognava vincere gli effetti della prova stessa, nel senso che occorreva che le ferite guarissero entro un certo tempo, ciò nella convinzione che la divinità fosse sempre presente al processo e che non avrebbe lasciato soccombere l'innocente. Per una compiuta descrizione dei vari tipi di *ordalia* e, più in generale, della struttura del processo penale nel Medioevo, cfr. tra gli altri F. Patetta, *Le Ordalie* (Torino 1980), E. C. Lea, *Forza e superstizione, ossia compurgazione legale, duello giudiziario, ordalia e tortura* trad. it. (Piacenza 1910), G. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, dir. da P. Del Giudice III (Milano 1925) e R. Bartlett, *Trial by fire and water. The medieval iudicial ordeal* (Oxford 1986).

²²⁷ Il giudizio di purificazione (o *purgatio*) poteva essere prestato sia dalle parti che da altre persone, dette *conjuratores*, che appartenevano alla famiglia o alla parentela. Mentre le parti giuravano *de veritate*, sostenendo che la verità non era quella dichiarata dall'accusatore, i *conjuratores* giuravano *de credulitate*, cioè, solo sulla credibilità o buona fama dell'accusato; il giuramento aveva carattere di prova giudiziaria, perché si credeva che Dio avrebbe punito lo spergiuro con morte o malattia. Il processo iniziava con un'accusa privata: l'accusatore doveva anzitutto prestare il *juramentum de calumnia*, col quale asseriva di agire in buona fede, cioè convinto della responsabilità dell'accusato. Dopo di che, quest'ultimo veniva chiamato a «purgare» l'accusa: a tal fine era tenuto a prestare il giuramento *de veritate* e poteva respingere l'addebito presentando testimoni. La deposizione dei testi a difesa era segreta, quella dei testi d'accusa, invece, avveniva in presenza dell'accusato che, a sua volta, poteva sollevare *interrogationes*. Terminata questa fase il giudice stabiliva il tipo di prova.

colpevolezza, nel senso che non era l'accusa a dover dimostrare la colpa, ma l'imputato a dover provare la propria innocenza²²⁸.

Nell'ambito di un siffatto sistema processuale²²⁹, non vi era ovviamente alcuno spazio per l'operativa del principio *in dubio pro reo*, perché nella logica inquisitoria qualunque mezzo era considerato lecito pur di arrivare alla verità, una verità non più convenzionale come quella offerta dalle prove ordaliche, ma di natura sostanziale e come tale assoluta, non confutabile, non controllabile e discrezionale, in quanto frutto di giudizi di valore.

Con la fine dell'età dei Comuni e con l'avvento dell'Assolutismo, vi fu un ulteriore inasprimento del procedimento inquisitorio.

²²⁸ Cfr. sul punto F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale* (Napoli 1825) 88 e ss., E. Pessina, *Storia delle leggi sul procedimento penale* (Napoli, 1912), 84 e ss., G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale* (Milano 1976) 179 e ss.; F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto* (Roma-Bari 1981) 15 e ss.

²²⁹ Il procedimento inquisitorio, come è noto, si svolgeva in due fasi. Nella prima, detta di inquisizione generale, il giudice, avuta notizia del crimine, inviava sul luogo un ufficiale di polizia per svolgere un'ispezione e assumere informazioni; il giudice poi raccoglieva ulteriori notizie dall'offeso, dai vicini, dai testimoni, dai sospettati, nonché dallo stesso ufficiale; la semplice "fama", cioè la notorietà del fatto, peraltro era di per sé sola sufficiente ad individuare il sospetto (*infamatus*), poiché se la voce pubblica indicava il colpevole, il giudice poteva tralasciare l'inchiesta generale e iniziare subito quella "speciale". L'indiziato, una volta condotto davanti al giudice, veniva interrogato ed era venuto a purgarsi dall'accusa, cioè a giustificare la propria fama. Per creare la presunzione di reità erano necessari anche lievissimi indizi, tra i quali era compresa la semplice contumacia, che valeva come tacita confessione. Se l'imputato non portava prove a propria discolta e gli indizi erano sufficienti, si procedeva alla tortura, il cui scopo era quello di ottenere la confessione, considerata la "regina delle prove", perché si riteneva che, colpevole o meno, l'imputato detenesse delle verità storiche che dovevano necessariamente affiorare. Terminato l'iter processuale, o l'indiziato aveva confessato, ed allora seguiva la condanna, oppure aveva resistito alle vessazioni fisiche. In questo secondo caso c'erano due possibilità: la prima, e più difficile, era la liberazione, la seconda, invece, era costituita dal prolungamento della detenzione preventiva in carcere per la ricerca di nuove prove.

In una logica di conservazione del potere, infatti, il processo venne concepito essenzialmente come strumento di sopraffazione dell’Autorità sull’individuo²³⁰.

In un contesto procedimentale in cui una denuncia segreta era sufficiente per doversi discollpare, la tortura e la carcerazione preventiva erano i mezzi ordinari di accertamento del reato ed era possibile irrogare pene basate sul sospetto di colpevolezza, il principio *in dubio pro reo* rimase a lungo un illustre sconosciuto.

Le tecniche inquisitorie furono sottoposte a una seria e dura critica solo con l’Illuminismo, sorto in Inghilterra con la filosofia antimetafisica e la politica liberale di Locke e Hume e ben presto diffusosi nel Continente, dove trovò il suo maggior sviluppo in Francia divenendo uno dei fattori scatenanti della Rivoluzione.

Proclamata l’antioriorità dei diritti individuali rispetto allo Stato, il sistema inquisitorio fu avvertito come un qualcosa di inaccettabile.

Sulla scia delle esigenze garantiste affermate oltralpe da Voltaire e Montesquieu, gli illuministi italiani (Mario Pagano, Gaetano Filangeri, Cesare Beccarla e Antonio Genovesi) si fecero promotori di una ferma condanna della tortura, denunciando con forza la disumanità di un sistema che addossava ingiustamente sull’imputato le difficoltà e le incertezze della ricerca giudiziaria²³¹.

²³⁰ G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale* cit. 92.

²³¹ Cfr. in particolare F.M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, in *Opere Varie* I (1801), G. Filangeri, *La scienza della legislazione* III (1855) e soprattutto Cesare Beccaria, il quale, nel celebre trattato *Dei delitti e delle pene*, pubblicato nel 1764, scrisse (cfr. edizione a cura di G.D. Pisapia 1964, 39-69) che “un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può toglierli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch’egli abbia violato i patti co’ quali gli fu accordata”. Pertanto, “non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati”.

La Rivoluzione francese del 1789 diede un decisivo impulso alle nuove spinte illuministe, culminate nella solenne proclamazione del principio della presunzione d'innocenza avvenuta con l'art. 9 della "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen" del 1789²³².

Durante il periodo rivoluzionario, del resto, il procedimento inquisitorio, basato sulla opposta presunzione di colpevolezza, venne abolito completamente per essere sostituito con un sistema di tipo accusatorio, ispirato alla più garantista procedura inglese²³³, storicamente più sensibile alle esigenze di libertà dell'individuo²³⁴.

In Italia, il dibattito dogmatico dell'Ottocento fu animato dalla nota diatriba tra la Scuola Classica di ispirazione liberale, che premeva in particolare affinché ci fosse un esplicito riconoscimento legislativo della presunzione d'innocenza, e la Scuola Positiva, che invece attaccò il pensiero liberale sul fronte della politica criminale, enfatizzando le istanze di difesa sociale e ritenendo che la presunzione d'innocenza costituisse un serio pericolo di indebolimento dell'azione dello Stato contro la delinquenza²³⁵.

²³² "Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimé par la Loi".

²³³ A. Malinverni, *Lineamenti di storia del processo penale* (Torino 1972) 46.

²³⁴ Già nel XIII secolo i baroni ribelli a Re Giovanni avevano infatti ottenuto la *Magna Charta Libertatum* (1215), il cui § 39 stabiliva, tra l'altro, che nessuno poteva essere arrestato, imprigionato, spogliato delle sue proprietà e privato della sua libertà, posto fuori legge, esiliato e comunque molestato, se non su giudizio dei suoi pari e secondo la legge del suo paese (*Nullus liber homo capiatur vel impresonetur aut dissaisiatur aut ulegatur aut exuletur aut aliquo modo destruat nec super eum ibimus nec super eum mittemus nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*).

²³⁵ Per una disamina degli orientamenti delle due Scuole, cfr. C. Fiore, *Diritto Penale I* (Torino 1998) 3^a ed. 37 ss.

Il contrasto tra le opposte opinioni si fece particolarmente acceso durante i lavori preparatori del codice di procedura penale del 1913, che però vide prevalere la tendenza contraria al riconoscimento legislativo del principio “*in dubio pro reo*”.

Di tale orientamento si rese portavoce Lodovico Mortara, relatore della Commissione del Senato, il quale spiegò che “il codice di procedura penale non è la legge che tutela l’innocente, ma è uno strumento di difesa sociale contro il delitto”, aggiungendo inoltre che “altro è dire che l’accusato non si deve ritenere un colpevole, altro è dire che lo si deve presumere innocente”²³⁶.

Lo stesso concetto fu ribadito e anzi inasprito allorquando, nel 1925, il legislatore fascista avviò i lavori per il nuovo codice.

In tal caso, infatti, rafforzato il ruolo dell’Autorità Giudiziaria a scapito di quello delle parti private attraverso l’assimilazione delle funzioni spettanti al giudice istruttore e al pubblico ministero, la presunzione di non colpevolezza non trovò spazio, tanto è vero che il Guardasigilli Rocco definì questo concetto una “assurda stravaganza derivante da quei vietati concetti, germogliati dai principi della Rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali”, insomma “una tale enormità, una così potente inversione del senso logico e giuridico, che non può essere ammessa neppure come modo di dire”²³⁷.

²³⁶ L. Mortara, *Discorso al senato (5 marzo 1912)*, in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di Mortara, Stoppato e altri III (Torino 1921) 153.

²³⁷ Cfr. *Relazione del Ministro Guardasigilli al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale VIII* (1929) 22. Nello stesso periodo, un giurista del calibro di Manzini, a proposito del principio *in dubio pro reo* parlò di un’assurdità logica e giuridica, se per presunzione si intende quel procedimento per cui da un fatto certo se ne deduce uno incerto, allora l’unica presunzione legittima è quella di reità, visto che la comune esperienza insegna

Dopo la caduta del fascismo, l'esigenza di riaffermare i diritti fondamentali del cittadino, specialmente in ambito processuale, si manifestò, prima ancora della promulgazione della Costituzione, con il d. l. lgt. 10 agosto 1944, n. 194, in cui vennero apportate innanzitutto delle modifiche alla severa disciplina della carcerazione preventiva.

Successivamente, in sede di Assemblea Costituente, all'esito di un acceso dibattito²³⁸, si pervenne alla vigente formulazione dell'art. 27 della Costituzione, il cui comma 2 sancisce che "l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva"²³⁹.

Il principio *in dubio pro reo* ha trovato parallelamente un ampio riconoscimento anche nel diritto internazionale: tanto l'art. 6, n. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quanto l'art. 14 n. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, affermano che l'accusato è presunto innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia legalmente provata: ambedue le disposizioni sono state recepite nel nostro ordinamento con valore di legge ordinaria, per cui accanto all'art. 27 Cost., sono venute ad

che il più delle volte l'imputato risulta colpevole; cfr. V. Manzini, *Trattato di procedura penale e di ordinamento giudiziario* I (Torino 1920) 94 ss.

²³⁸ Cfr. sul punto la ricostruzione dei vari orientamenti in campo operata da O. Dominioni, *Le parti del processo penale* (Milano 1985) 220 e ss.

²³⁹ Vi fu in realtà un ampio dibattito nell'Assemblea Costituente circa l'adozione dell'espressione "non colpevole" in luogo di "innocente", che era stata inserita nella formulazione iniziale del testo; dietro la modifica letterale, invero, vi fu non tanto l'esigenza di limitare la garanzia, ma piuttosto la preoccupazione di evitare che il principio fosse esposto all'accusa di illogicità, mal conciliandosi la proclamazione della presunzione di innocenza con la persistenza nel sistema processuale di istituti non ispirati al garantismo pieno, primo tra tutti la carcerazione preventiva; cfr. I *Sottocommissione, sed. 17 settembre 1946*, in *Lavori preparatori* cit. VI 360.

affiancarsi altre due norme che conferiscono ulteriore supporto all'operatività della presunzione di non colpevolezza²⁴⁰.

Per quanto concerne il sistema codicistico, la regola *in dubio pro reo* deve ritenersi recepita nel nostro sistema processuale.

Significative appaiono sul punto almeno due previsioni, ovvero l'art. 192 e il combinato disposto degli art. 530 e 533 c.p.p.

La prima norma, nel fissare i criteri di valutazione della prova, stabilisce al comma 2 che "l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi, a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti", con ciò individuando un canone ermeneutico ricollegabile alla *ratio* della presunzione di non colpevolezza²⁴¹.

Allo stesso modo, l'art. 530 c.p.p., al comma 2, sancisce che "il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile".

Dunque, in conformità allo spirito garantista del principio *in dubio pro reo*, l'art. 530 c.p.p. esprime in maniera inequivocabile l'esigenza di emettere una pronuncia liberatoria nei confronti

²⁴⁰ La stessa Corte costituzionale (in particolare con le sentenze n. 124 del 1972 e n. 88 del 1976), ha sempre cercato di contenere la forza espansiva della disposizione costituzionale, adottando una soluzione di compromesso che permettesse di conciliare con l'art. 27 taluni aspetti, altrimenti incompatibili, del nostro processo penale. La Corte, infatti, in più occasioni ha negato esplicitamente che l'art. 27, comma 2, Cost. contenesse una presunzione d'innocenza, posto che il riconoscimento, all'interno del sistema, di un principio così "forte", avrebbe inesorabilmente comportato l'illegittimità di qualsiasi restrizione della libertà personale *ante iudicium*. Secondo l'interpretazione della Corte l'articolo in questione si limiterebbe ad asserire che durante il processo non esiste un colpevole, ma solo un imputato e che la condizione di non colpevole non si identificerebbe con quella di innocente.

²⁴¹ Come precisato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (n. 6682 del 4 giugno 1992), "*l'indizio è un fatto certo dal quale, per inferenza logica basata su regole di esperienza consolidate e affidabili, si perviene alla dimostrazione del fatto incerto da provare secondo lo schema del cosiddetto sillogismo giudiziario*".

dell'imputato nei confronti del quale la piattaforma indiziaria non si sia rivelata sufficientemente solida ed esaustiva.

A fronte di tale previsione, appare quindi scarsamente incisiva sul piano sostanziale la modifica operata dalla legge n. 46 del 20 febbraio 2006, la quale ha parzialmente riscritto l'art. 533 c.p.p., stabilendo che “il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio”²⁴².

Dunque, la previsione del “ragionevole dubbio”, cristallizzando una *regula iuris* già recepita dal sistema, impone di pronunciare condanna “solo quando il dato probatorio acquisito lascia fuori solo eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili in rerum natura, ma la cui concreta realizzazione nella fattispecie concreta non trova il benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana”²⁴³.

Si è poi rilevato che “il procedimento logico, invero non dissimile dalla sequenza del ragionamento inferenziale dettato in tema di prova indiziaria dall'art. 192 c.p.p., comma 2, il cui nucleo essenziale è già racchiuso, peraltro, nella regola stabilita per la valutazione della prova in generale dal comma 1 della medesima

²⁴² Nel prendere atto della novella legislativa, la giurisprudenza di legittimità ha più volte osservato (cfr. Cass. Sez. I n. 30402 del 28 giugno 2006 e sez. II n. 16357 del 2 aprile 2008), in modo peraltro convincente, che “con la previsione della regola per la quale il giudice pronuncia sentenza di condanna solo se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli "al di là di ogni ragionevole dubbio", il legislatore ha formalizzato un principio già acquisito in tema di condizioni per la condanna, stante la preesistente regola, di cui all'art. 530, comma secondo, cod. proc. pen., per la quale in caso di insufficienza o contraddittorietà della prova l'imputato va assolto”.

²⁴³ In tal senso, cfr. Cass. sez. I n. 1791 del 3 marzo 2010.

disposizione, nonché in quella della doverosa ponderazione delle ipotesi antagoniste prescritta dall'art. 546 c.p.p., comma 1, lett. e), - deve condurre alla conclusione caratterizzata da un alto grado di razionalità razionale, quindi alla "certezza processuale" che, esclusa l'interferenza di decorsi alternativi, la condotta sia attribuibile all'agente come fatto proprio²⁴⁴.

È dunque evidente, in tale prospettiva, la stretta correlazione, dinamica e strutturale, esistente tra la regola del ragionevole dubbio e le garanzie difensive proprie del processo penale, rappresentate, come indicato dalla Suprema Corte:

“a) dalla presunzione di innocenza dell'imputato, regola probatoria e di giudizio collegata alla struttura del processo e alle metodiche di accertamento del fatto;

b) dall'onere della prova a carico dell'accusa;

c) dalla regola di giudizio stabilita per la sentenza di assoluzione in caso di "insufficienza", "contraddittorietà" e "incertezza" della prova d'accusa (art. 530 c.p.p., commi 2 e 3), secondo il classico canone di garanzia *in dubio pro reo*;

d) dall'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziarie e della necessaria giustificazione razionale delle stesse²⁴⁵.

In conclusione, sia in ambito legislativo che nella costante interpretazione giurisprudenziale, l'antica *regula iuris* di matrice

²⁴⁴ Così Cass. n. 1791 del 3 marzo 2010, in cui si aggiunge che “in questo articolato contesto, la regola di giudizio dell' “oltre il ragionevole dubbio” pretende percorsi epistemologicamente corretti, argomentazioni motivate circa le opzioni valutative della prova, giustificazione razionale della decisione, standard conclusivi di alta probabilità logica in termini di certezza processuale, essendo indiscutibile che il diritto alla prova, come espressione del diritto di difesa, estende il suo ambito fino a comprendere il diritto delle parti ad una valutazione legale, completa e razionale della prova”.

²⁴⁵ Cfr. Cass. n. 1791 del 3 marzo 2010.

romanistica *in dubio pro reo* può essere correttamente ritenuta uno dei principi fondamentali del vigente sistema processuale italiano.

c) AUDIATUR ET ALTERA PARS

La regola *audiatur et altera pars*²⁴⁶, che fonda il principio del contraddittorio, esprime la fondamentale esigenza che, in ogni processo, sia data possibilità di ascolto, e quindi di difesa, alla parte nei cui confronti si agisce.

In base al principio del contraddittorio, quindi, il giudice non può pronunciare sulla domanda delle parti o sull'accusa nei confronti di un imputato, se l'altra parte o l'imputato stesso non hanno avuto notizia della domanda o dell'accusa²⁴⁷.

Nella massima *audiatur et altera pars*, in definitiva, si compendia l'imperativo rivolto al giudice di non decidere senza avere prima ascoltato le ragioni anche dell'altra parte e quindi "l'essenza stessa della funzione giurisdizionale, che è sintesi di questa dialettica"²⁴⁸.

Nel nostro ordinamento, il principio del contraddittorio, a seguito della legge costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999, ha ricevuto dignità costituzionale: il comma 2 dell'art. 111 Cost., come proiezione del fondamentale diritto di difesa (art. 24), stabilisce

²⁴⁶ Per una disamina delle fonti di riferimento, cfr. D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* cit. 37 in R. Domingo, B. Rodríguez-Antolín, *Reglas Jurídicas y Aforismos* cit. 28.

²⁴⁷ G. Martinetto, s.v. "Contraddittorio (principio del)", in *NNDI*. IV (Torino 1959) 458 - 461.

²⁴⁸ A.A. Dalia, M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale* 3[^] ed. (Padova 2000) 126.

infatti che “*ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale*”.

Nell’ambito del processo civile, la regola è stata recepita dall’art. 101 c.p.c., secondo cui “*il giudice non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa*”²⁴⁹.

Quanto al processo penale, è evidente che il principio del contraddittorio, pur non avendo ottenuto un riconoscimento esplicito, ne caratterizza profondamente la struttura, esprimendosi in forma piena nella fase dibattimentale e configurandosi come “*diritto dell’imputato (e in certi casi dell’indagato) a essere informato per difendersi provando*”²⁵⁰.

Ribadito che il principio del contraddittorio costituisce un’esigenza irrinunciabile dei moderni ordinamenti democratici, occorre a questo punto chiedersi quale sia la matrice storica della *regula iuris*²⁵¹.

Sul punto occorre evidenziare che il brocardo medievale *audiatur et altera pars*, con ogni probabilità, rappresentava una diretta rielaborazione di testi letterari classici.

Il riferimento, in particolare, è alla *Medea* di Seneca²⁵², in cui è scritto: “*qui statuit aliquid, parte inaudita altera, aequum licet statuerit haud aequus fuerit*”.

La massima, tuttavia, è verosimilmente di origine greca²⁵³.

²⁴⁹ Sulla portata e sui limiti operativi del principio del contraddittorio nel processo civile, cfr. G. Verde, *Profili del processo civile* I 5^a ed. (Napoli 1999) 107 e ss.

²⁵⁰ A. A. Dalia – M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale* III cit. 134

²⁵¹ N. Picardi, “*Audiatur et altera pars*”. *Le matrici storico – culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* I (2003) 7 - 22.

²⁵² *Medea* II 199.

²⁵³ N. Picardi, “*Audiatur et altera pars*”. *Le matrici storico – culturali del contraddittorio* cit. 11.

L'esigenza di ascoltare il punto di vista del proprio contraddittore si ritrova infatti, nella commedia di Aristofane "I Calabroni"²⁵⁴ e, prima ancora, negli "Eraclidi" di Euripide²⁵⁵.

Nella letteratura greca veniva peraltro citato di frequente un esometro di incerto autore che recitava: "*prima di aver udito l'uno e l'altro, non dar sentenza sulla loro lite*".

Tale esometro è tradizionalmente attribuito²⁵⁶ allo pseudo Focilide di Mileto, vissuto nel VI secolo a.C., autore di una serie di massime morali redatte in esametri che egli di solito sigillava con l'espressione iniziale: "*anche questa è di Focilide*"²⁵⁷.

Più tardi un ignoto autore di sentenze morali redatte in 230 esametri (che mostrava di conoscere il vecchio testamento ed era probabilmente un giudeo ellenizzato) fece passare i suoi versi, fra i quali l'espressione qui in esame, sotto il nome dell'antico Focilide, "*il più saggio degli uomini*"²⁵⁸.

Per quanto riguarda le fonti giuridiche, un richiamo alla regola del contraddittorio, sia pure in forma non ancora compiuta, si può rinvenire in un passo di Marciano, tratto dal titolo "*De requirendis vel absentibus damnandis*":

D. 48.17.1 (Marc. 2 *publ.*):

²⁵⁴ "Saggio davvero chi disse: non giudicate pria d'ascoltar le due parti". Cfr. Aristofane, *I Calabroni*, in *Le Commedie di Aristofane*, trad. a cura di E. Romagnoli (Bologna 1958) 386.

²⁵⁵ *Heraclidae* trad. a cura di A. Garzya (Leipzig 1972) 179: "*chi potrebbe decidere una causa senza aver ascoltato le due parti?*".

²⁵⁶ Cfr. E. Diehl, *Anthologia Lyrica Graeca* II (Leipzig 1925), 98 verso 86.

²⁵⁷ A. Lesky, *Geschichte der Griechischen Literatur* I (Bern 1957), trad. a cura di F. Codino, (Milano 1984) 150-151.

²⁵⁸ G. Perrotta, *Storia della letteratura greca* (Milano-Messina 1953) 67.

Divi Severi et Antonini Magni rescriptum est, ne quis absens puniatur: et hoc iure utimur, ne absentes damnentur: neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur.

Dunque, la *ratio aequitatis* imponeva che non si pervenisse alla condanna dell'assente *inaudita causa*²⁵⁹.

Del resto, come evidenziato da Giuffrè²⁶⁰, già il sistema delle *quaestiones perpetuae*, pur non rivelandosi affatto garantista per l'accusato (tant'è che, come si è visto, non vi era spazio per l'operatività del principio "*in dubio pro reo*", delineatosi, sia pure in forma embrionale, solo in epoca successiva), assicurava almeno l'integrità del contraddittorio, soprattutto nella fase dell'*altercatio*.

La garanzia del contraddittorio (che nel processo civile era maggiormente riconosciuta), si attenuò invece nella *cognitio extra ordinem*, contraddistinta da una più marcata impronta inquisitoria che determinò conseguentemente una "*progressiva svalutazione della difesa del prevenuto*"²⁶¹.

Ora, se nell'esperienza greco-romana possono ravvisarsi le prime tracce della *regula iuris* "*audiatur et altera pars*", è però al diritto intermedio che risale l'affermazione generale del principio del contraddittorio.

²⁵⁹ Sulle garanzie dell'imputato assente nel processo penale romano, cfr. L. Fanizza, *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale* (Roma 1992).

²⁶⁰ V. Giuffrè, *La 'repressione criminale' nell'esperienza romana* cit. 85.

²⁶¹ Così V. Giuffrè, *La 'repressione criminale' nell'esperienza romana* cit. 189. L'indebolimento delle garanzie difensive, secondo l'Autore, si riverberava anche sul piano terminologico, assumendo l'espressione *reus* il significato non più solo di "accusato", ma anche di "colpevole".

La matrice filosofica della regola “*audiatur et altera pars*”, che risulta stata applicata in parte anche nel processo inquisitorio, appare riconducibile al giusnaturalismo²⁶².

In particolare, nel XV secolo, Roberto Maranta, giurista di Venosa e professore nelle Università di Salerno, di Sicilia e di Napoli, fu tra coloro che contribuirono, con la loro autorità, a consolidare la tesi del fondamento giusnaturalistico della massima.

Maranta elevò, infatti, il contraddittorio a simbolo dei diritti naturali: “*quia citatio est inventa de iure naturali et est species defensionis [...] nullo modo potest omitti etiam per principem*”²⁶³; a riprova della tesi, egli addusse inoltre un passo della Genesi (3.9) nel quale “*deus citavit adam*”, prima di condannarlo all'espulsione dal Paradiso.

In seguito la Rota romana recepì quest'insegnamento e si ritenne, quindi, che “*nullus iudicii patentior est defectus, quam citationis*”, ed “*etiam diabolus si in iudicio esset, audiri debet*”²⁶⁴.

Da questo momento in poi, il principio del contraddittorio venne accolto nei vari sistemi processuali europei, divenendo il cardine delle garanzie difensive che sono oggi riconosciute al soggetto accusato di un reato, anche dal diritto internazionale²⁶⁵.

²⁶² N. Picardi, “*Audiatur et altera pars*“. *Le matrici storico – culturali del contraddittorio* cit. 11.

²⁶³ R. Maranta, *Tractatus de ordine iudiciorum vulgo Speculum aureum et lumen advocatorum*, (Venetiis 1547) f. 110 n. 3.

²⁶⁴ N.A. Gravati *briaticensis, Annotationes a O. Vestrii, In romanae aulae actionem et iudiciorum mores*, (Venetiis 1564) III, 2 n. 22, 56, che richiama la decisione 364 della Rota romana.

²⁶⁵ Si pensi, ad esempio, all'art. 11 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che, in termini generali, stabilisce che ogni accusato, nel processo, abbia a disposizione “tutte le garanzie per la sua difesa”.

d) NULLUM CRIMEN SINE LEGE

La massima “*nullum crimen sine lege*”²⁶⁶ indica una regola fondamentale del sistema processuale penale, enunciando il divieto di incriminare taluno per un fatto che, prima della sua commissione, non era espressamente previsto dalla legge come reato.

La *regula* in esame sancisce dunque il principio di legalità, che a sua volta implica una nozione formale del reato, nel senso che sono punibili solo le azioni incriminate dalle legge.

In questo senso, il principio di legalità, da cui discendono le regole della irretroattività e della tassatività della legge penale, adempie contemporaneamente a una funzione di certezza del diritto e di garanzia individuale, imponendo cioè l’esistenza di leggi scritte emanate prima della commissione del reato e sottratte nella loro applicazione all’arbitrio del potere esecutivo e giudiziario²⁶⁷.

Logico corollario del principio “*nullum crimen sine lege*” è inoltre la regola “*nulla poena sine lege*”, che esprime la necessità della predeterminazione legislativa non solo dei reati, ma anche delle sanzioni ad essi applicabili.

Dopo un lungo e acceso dibattito dogmatico, il principio di legalità dei reati e delle pene, a livello legislativo, ha iniziato ad affermarsi come regola cardine del diritto penale tra la fine del XVIII secolo e gli inizi del XIX.

²⁶⁶ Per la ricerca delle fonti di riferimento, cfr. D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* cit. 161, mentre in R. Domingo, B. Rodríguez-Antolín, *Reglas Jurídicas y Aforismos* cit. 98 è riportata la versione *nulla poena sine lege*.

²⁶⁷ Cfr. in proposito G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale Parte Generale* 3[^] (Bologna 2002), 50 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale* 3[^] (Padova 1992) 39 ss., C. Fiore, *Diritto penale Parte Generale* 3[^] (Torino 1998) 60 ss.

Prima di accennare alle tappe più significative di questa evoluzione, occorre tuttavia chiedersi quale sia il fondamento storico della *regula iuris* in esame, partendo da un quesito iniziale: il diritto romano conobbe il principio *nullum crimen sine lege*?

Alla domanda si tende a dare risposta negativa²⁶⁸.

Ciò discende non tanto dalla mera considerazione che l'enunciazione letterale della *regula* non si rinviene nelle fonti romane, essendo questo elemento di per sé dirimente, quanto piuttosto dalla constatazione secondo cui la repressione criminale, nell'esperienza giuridica romana, non fu mai contraddistinta dalla predeterminazione dei fatti illeciti punibili.

E invero l'attività di *coercitio*, sia in senso preventivo che repressivo, non fu mai vincolata alla legge, ben potendo i magistrati provvedere secondo la loro libera convinzione, cioè anche al di là delle figure criminose individuate dalle legge.

Ciò avveniva tanto durante il processo comiziale dei primi secoli della Repubblica, quanto nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, ovvero della procedura che, nata dalla fusione della *coercitio* con le funzioni punitive attribuite sotto Augusto al Senato e a poi all'imperatore, rimase vigore anche nell'età postclassica.

Come correttamente evidenziato da Arangio-Ruiz²⁶⁹, anche quando la legislazione tardo-repubblicana aveva organizzato la più mite procedura delle *quaestiones perpetuae*, non furono

²⁶⁸ Cfr. tra gli altri, G. A. Palazzo, *L'analogia nel diritto penale romano e moderno*, in *Riv. pen.* 1936, 228 ss.; H. Siber, *Analogie, Amtsrecht und Ruckwirkung in Strafrecht des rom. Freistaates* (Leipzig 1936) 173.; V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano* 7^a ed. (Napoli 1960) 253 e ss.; V. Giuffrè, *La 'repressione criminale' nell'esperienza romana* 3^a ed. (Napoli 1992); di recente si è interessata del tema anche M. Scognamiglio, *Nullum crimen sine lege. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale* (Salerno 2009).

²⁶⁹ V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano* cit. 253 s.

comunque mai sopresse le più antiche forme legate all'originaria *coercitio* dei magistrati forniti di *imperium*; in definitiva, fuori dei casi in cui serviva a fissare la competenza delle varie giurie, non esisteva una oggettiva predeterminazione dei reati e delle pene, per cui non appare affatto peregrina l'affermazione secondo cui, tanto nel campo dei *delicta privata* che dei *crimina publica*, “nulla è meno romano del principio *nullum crimen (o nulla poena) sine lege*”²⁷⁰.

Del resto, anche nel sistema delle *quaestiones perpetuae*, il ricorso all'analogia era tutt'altro che infrequente, coniugandosi con la libertà usufruita dai collegi giudicanti in ordine all'interpretazione delle fattispecie criminose previste dalle singole leggi istitutive ed esplicandosi nell'indirizzo ermeneutico volto a sussumere nella figura di reato rientrante nella competenza della *quaestio* la fattispecie di reato non contemplata dalla legge²⁷¹.

Durante il Principato, l'analogia svolse anche una funzione normativa, elevandosi al livello di tecnica legislativa, sia attraverso l'estensione delle fattispecie sostanziali operata dal Senato, sia mediante la valorizzazione dei precedenti giudiziari, che progressivamente assunsero valore di non derogabili *exempla* se riferite al principe o al Senato, o se inseriti comunque in un *mos iudiciorum*.

Nel Medioevo il principio di legalità, a sua volta, o non fu riconosciuto, o lo fu in un senso assai meno rigoroso che quello

²⁷⁰ H. Siber, *Analogie, Amtsrecht und Ruckwirkung in Strafrecht des röm. Freistaates* (Leipzig 1936) 173. La citazione è recepita da Arangio-Ruiz in *Storia del diritto romano* cit. 253.

²⁷¹ M. Scognamiglio, *Nullum crimen sine lege. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale* cit. 74 ss.

moderno, ammettendosi in larga misura il ricorso all'analogia in tema di delitti e di pene²⁷².

L'antico diritto germanico, così come tutto il diritto dell'alto Medioevo, fu in gran parte dominato dalla consuetudine; alcuni richiami ai giudici perché si attengano alle leggi scritte si rinvengono nei capitolari dei re Franchi, ai quali spettava tuttavia un amplissimo potere giudiziario in materia penale.

La primissima anticipazione del principio *nullum crimen sine lege* si ebbe in realtà con la *Magna Charta libertatum* di Re Giovanni di Inghilterra del 1215, il cui art. 39 stabiliva che *nullus liber homo capiatur vel impresonetur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exuletur aut a loquo modo destratur nec super eum ibimus nec super eum mitemus nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*.

Questa disposizione, sebbene non escludesse espressamente l'uso dell'analogia e neppure il diritto consuetudinario, che è sempre stato parte fondamentale del diritto inglese, si avvicina tuttavia nelle sue ragioni intime al principio moderno²⁷³.

Per quanto riguarda l'Italia, già nell'età comunale si possono ravvisare i primi segnali di una prima ispirazione legalitaria, anche se, nel compito di interpretare gli statuti, il giudice penale ben poteva ricorrere all'analogia fondata sulla identità della *ratio legis* (cd. *interpretatio ad supplendum*).

Il quadro mutò nel successivo periodo delle Signorie, allorquando si giunse anche in Italia a quel complesso di incertezze, arbitrii e

²⁷²G. Vassalli, s.v. *Nullum crimen sine lege*, in *NNDI*. XI (Torino 1965) 493 - 506.

²⁷³ Cfr. G. Vassalli, s.v. *Nullum crimen sine lege* cit. 498.

sopraffazioni antilegitarie, che, ancor prima del movimento illuminista, solleccitarono le preoccupazioni di non pochi giuristi.

Sono dei secoli XVI e XVII le ripetute affermazioni di giureconsulti italiani come Pietro Advenate, Farinaccio, Zuffo, Carbonio, Tiberio Deciano dirette a opporsi alla *extensio in penalibus*²⁷⁴, anche se *ex paritate rationis*, e a gettare così le basi della dottrina giuridica moderna in tema di stretta legalità dei delitti e delle pene, che poi, come si vedrà di qui a un attimo, trovò la sua consacrazione formale nelle codificazioni pre e post unitarie.

A coniare l'espressione "*nullum crimen sine lege*" per indicare il principio di legalità fu il criminalista tedesco Anselmo Feuerbach²⁷⁵, il quale, accogliendo le istanze proposte da Cesare Beccaria e dall'illuminismo penale italiano, si fece portavoce delle istanze liberali e garantistiche tipiche degli inizi dell'Ottocento.

Prima ancora, comunque, l'affermazione sul piano sostanziale del principio di legalità si deve verso la fine del XVIII secolo a Montesquieu, il quale inserì tale postulato tra i corollari della sua teoria sulla divisione dei poteri, ponendo così le basi per la successiva consacrazione della regola nelle legislazioni europee²⁷⁶.

La regola "*nullum crimen sine lege*", invero introdotta già nella *Petition of Rights* degli Stati Uniti d'America del 1774, fu formulata per la prima volta come disposizione legislativa nel codice austriaco di Giuseppe II del 1787 e di qui, dopo pochi anni, nell'art. 7 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1791 e, subito dopo, nel codice prussiano del 1794.

²⁷⁴ Cfr. G. Vassalli, s.v. "*Nullum crimen sine lege* cit. 496 ss.

²⁷⁵ P. J. A. v. Feuerbach, *Leherbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* III (Giessen 1805) 14 s.

²⁷⁶ G. Vassalli, s.v. "*Nullum crimen sine lege* cit. 497.

Il codice penale tedesco del 1871 (§ 2) e la Costituzione di Weimar (art. 116) hanno invece codificato in un'unica norma i due principi “*nullum crimen sine lege*” e “*nulla poena sine lege*”, che, a parte l'involuzione conosciuta nel Novecento dall'esperienza nazista e dal diritto penale sovietico, viaggiano quasi sempre insieme nelle legislazioni vigenti, anche sovranazionali²⁷⁷.

In Italia il principio della legalità, che già fece ingresso nei codici penali preunitari e nello Statuto del 1848, trovò solenne consacrazione nel codice liberale del 1889 (art. 1) e, nonostante l'avvento del regime autoritario, nel codice penale del 1930.

L'art. 1, infatti, con immutata formulazione rispetto al codice Zanardelli, stabilisce che “nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”.

Il principio di legalità, riferito dal vigente codice penale anche alle misure di sicurezza (art. 199 c.p.), sia pure in una diversa accezione²⁷⁸, è stato elevato al rango di fondamento del sistema penale italiano dall'art. 25 della Costituzione, secondo cui “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”.

²⁷⁷ Il principio di legalità dei reati è infatti sancito anche nelle Carte Internazionali, come la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo (art. 11), il Patto Internazionale sui diritti civili e politici (art. 15) e la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (art. 7).

²⁷⁸ L'art. 199 c.p. prevede infatti che: “nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti”. L'art. 200 c.p. stabilisce tuttavia che “le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione”, il che induce quindi a ritenere che “il principio di irretroattività della legge penale sancito dagli art. 2 c.p. e 25 Cost., è operante nei riguardi delle norme incriminatrici e non anche rispetto alle misure di sicurezza”, le quali quindi “sono applicabili anche ai reati commessi nel tempo in cui non erano legislativamente previste ovvero erano diversamente disciplinate quanto a tipo, qualità e durata” (cfr. in termini Cass. sez. I n. 3717 del 7 luglio 1999 e Cass. sez. II n. 3651 del 6 marzo 1997).

È stato correttamente evidenziato²⁷⁹ che, pur nella sua non brillante formulazione di sintesi, che risponde del resto alle formule rituali delle più significative dichiarazioni storiche del principio, l'art. 25 Cost. consacra non solo il principio di irretroattività, ma anzitutto il principio della riserva di legge, nonché quello di tassatività, stante la loro interdipendenza e inscindibilità garantista.

In questo senso, è allora corretto ritenere²⁸⁰, anche alla luce del tenore letterale della norma, che l'art. 25 Cost., interpretato secondo la sua *ratio*, si riferisce in generale al “diritto punitivo”, quindi anche al diritto sanzionatorio amministrativo²⁸¹, che del resto risulta talora l'esito di un intervento di depenalizzazione.

e) RES IUDICATA PRO VERITATE ACCIPITUR

La massima ulpiana *res iudicata pro veritate accipitur*²⁸², riportata in D. 50.17.207 (Ulp. 1 *reg.*), ma anche in D. 1.5.25 (Ulp. 1 *ad legem Iul. et Pap.*), conferisce una speciale autorità alla cosa giudicata, ovvero, per usare la terminologia moderna, alla pronuncia giudiziale divenuta definitiva.

²⁷⁹ F. Mantovani, *Diritto Penale* cit. 77 e s.

²⁸⁰ P. Nuvolone, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione*, in *Indice Penale* (1982) 79.

²⁸¹ Non a caso, l'art. 1 della legge 689 del 24 novembre 1981, nel delineare i principi generali dell'illecito amministrativo, ha recepito all'art. 1, anche per le sanzioni amministrative, il principio di legalità.

²⁸² Si trova in D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* cit. 211, ed è altresì riportata in R. Domingo, B. Rodríguez-Antolín, *Reglas Jurídicas y Aforismos* cit. 121 e in L. De Mauri, *Regulae iuris* cit. 198.

L'aforisma di Ulpiano, sebbene evochi il concetto di *veritas*, ponendolo in stretto collegamento con la *res iudicata*, non può tuttavia ritenersi il fondamento di una sorta di presunzione di verità della sentenza definitiva, avendo una portata più limitata²⁸³.

Come osservato già da Chiovenda²⁸⁴, infatti, “non pensarono affatto i Romani ad attribuire a quello che dice il giudice, per ciò solo che lo dice il giudice, una presunzione di verità, ed anche il testo famoso *res iudicata pro veritate accipitur* vuol dire soltanto che la pronuncia del giudice, che riconosce o disconosce un bene della vita, che cioè accoglie o respinge la domanda, si ha, non già “come verità”, ma “invece” della verità”.

Innanzitutto, va rilevato che la massima in questione costituisce un tipico esempio di *lex geminata* che ci mostra, da un lato, il contesto originario in cui fu elaborata e, dall'altro, la sua generalizzazione nel titolo *de diversis regulis iuris antiqui*.

La regola fu in particolare formulata da Ulpiano con riferimento a uno specifico tipo di sentenza, cioè quella pronunciata dai consoli circa l'accertamento dello status di *ingenuus*: *ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur*²⁸⁵.

Dunque, si deve considerare nato libero (ai fini dell'applicazione delle leggi *Iulia* e *Papia Poppea* che vietavano, tra l'altro, il matrimonio di un nato libero con una *femina probosa*, nonché di appartenenti alla classe senatoria con libertini) non solo chi è nato da madre libera, ma anche colui che è stato dichiarato

²⁸³ Cfr. G. Pugliese, *Res iudicata pro veritate accipitur*, in *Studi in onore di Eduardo Volterra V* (Milano 1971) 783-830.

²⁸⁴ G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile I* (Napoli 1960) 321 ss.

²⁸⁵ D. 1.5.25 (Ulp. 1 *ad legem Iul. et Pap.*).

libero da una sentenza, sebbene fosse libertino, giacchè la sentenza tiene le veci (ovvero è assunta in luogo) della *veritas*.

Quanto al concetto di *veritas*, il termine, nel discorso di Ulpiano, indicava molto probabilmente non la verità in genere, ma i reali elementi di fatto da cui poteva derivare lo status di *ingenuus* (nascita ex *iustis nuptiis* o, almeno, da madre libera)²⁸⁶.

Ulpiano, quindi, ragionava come se esistessero due fonti dell'ingenuità, da un lato i fatti materiali onde, secondo il diritto vigente, lo status di *ingenuus* derivava, dall'altro la *res iudicata*, la quale avesse dichiarato *ingenuus* l'individuo di cui si trattava.

L'efficacia della cosa giudicata era dunque quella di prendere il posto dei fatti materiali considerati fonte giuridica dell'ingenuità, valendo quale ulteriore scaturigine di essa.

La generalizzazione della massima fu invece posteriore e deve verosimilmente ascriversi ai compilatori dei *Digesta*, i quali stralciarono la motivazione dal contesto originario, facendole assumere il diverso e più ampio significato che la *res iudicata* stava al posto dei fatti reali produttivi di una certa situazione giuridica, anche se nemmeno nella versione giustiniana veniva conferita in realtà una vera e propria efficacia probatoria alla cosa giudicata.

Una dilatazione in tal senso della massima di Ulpiano venne invece operata in epoca medievale.

In particolare, l'autorità della cosa giudicata risulta per la prima volta connessa con la *regula* ulpiana nella *Summa Codicis* di Piacentino, che attribuisce alla parola *veritas* il significato di verità

²⁸⁶ G. Pugliese, *Res iudicata pro veritate accipitur* cit. 791.

in generale, aggiungendo che la *res iudicata veritati preiudicat*, ovvero la verità formale, prevale su quella pura e semplice²⁸⁷.

Nell'epoca dei Glossatori venne inoltre recuperata la massima dei giuristi romani secondo cui *sententia facit ius*²⁸⁸.

Azzone, in particolare, indicò come sentenza che *facit ius* solo quella che, per specifica indicazione delle fonti romane, è opponibile ai terzi, ovvero avesse efficacia *erga omnes*²⁸⁹.

Successivamente, il più noto esponente della Scuola dei Commentatori, Bartolo²⁹⁰, distinse la sentenza che *facit ius* da quella che *inducit praesumptionem iuris et de iure*: la prima creava una nuova verità sostanziale, rendendo vero quel che enunciava, mentre la seconda dava solo luogo a una presunzione, facendo sì che quanto dichiarava venisse trattato come se fosse vero (anche se poteva non esserlo), con la conseguenza che, trattandosi di una presunzione *iuris et de iure*, era suscettibile di poter essere vinta dalla confessione della parte vincitrice, mentre una simile, sia pur limitatissima, possibilità di prova contraria sarebbe stata logicamente esclusa nei riguardi della sentenza che *faciebat ius*, non potendosi concepire il riconoscimento giuridico di una confessione contrastante con ciò che per il diritto era oggettivamente vero.

La teoria della *praesumptio iuris et de iure*, dopo aver conosciuto una lunga fase di declino nei secoli XVI e XVII, conobbe rinnovato slancio in Francia, sul finire del XVII secolo, con Domat, il quale, riallacciandosi al pensiero dei Commentatori e

²⁸⁷ Così G. Pugliese, *Res iudicata pro veritate accipitur* cit. 795 ss.

²⁸⁸ Cfr. D. 25.3.3 pr. (Ulp. 34 *ad ed.*), D. 5.2.17.1 (Paul. 2 *quaest.*), D. 30.50.1 (Ulp. 24 *ad Sab.*).

²⁸⁹ Cfr. G. Pugliese, *Res iudicata pro veritate accipitur* cit. 800 ss.

²⁹⁰ Bartolo, *In secundam Digesti veteris partem* (Venetiis 1615) 58.

prima ancora dei Glossatori, espresse il concetto che il valore vincolante della *res iudicata* derivava dalla prova irrefutabile che i rapporti tra le parti o la situazione di una parte rispetto all'altra stavano esattamente come la sentenza aveva accertato e stabilito²⁹¹.

La posizione di Domat diede origine a una vasta corrente di pensiero che, attraverso Pothier, influenzò in modo significativo il *code civil*, diffondendosi ben presto anche in Italia.

Infatti, gli art. 1350, 1352 e 1353 del Codice civile italiano del 1865, che rispecchiano in modo fedele il corrispondente art. 1350 del *code civil* (a sua volta permeato dalla dottrina di Pothier), affermavano che la presunzione legale è quella che una legge speciale attribuisce a certi atti o fatti, tra i quali rientra, appunto, “*l'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata*”.

La natura della cosa giudicata, secondo le formule normative vigenti nel XIX secolo sia in Francia che in Italia, era dunque quella di una presunzione legale di verità.

La teoria della presunzione, peraltro non recepita dalle esperienze giuridiche europee diverse da quella francese e italiana, è stata abbandonata nel XX secolo a seguito di una intensa critica interna ai due Paesi, che in Italia ha trovato uno dei suoi principali esponenti in Giuseppe Chiovenda.

Questi, agli inizi del Novecento, affermava:

“Le dottrine che fanno capo alla “finzione di verità”, alla “verità formale”, alla “presunzione di verità” (quest'ultima soprattutto), hanno un grande fondamento di vero, ed è vero che nella considerazione del maggior numero dei cittadini la sentenza

²⁹¹ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (Paris 1777) nouv. ed (la prima era apparsa nel 1689) 405.

del giudice si ritiene conforme alla verità (...) ma ciò non spiega la natura giuridica dell'istituto e non deve assumersi per sua definizione. La cosa giudicata è essenzialmente un atto di volontà dello Stato, irrevocabilmente obbligatorio, per ogni futuro giudizio. Quando si parla di verità formale, di finzione, di presunzione di verità, si pensa a un rapporto fra ciò che la sentenza è e ciò che potrebbe o dovrebbe essere. Ma questo confronto lo facciamo noi accademicamente discutendo, non il diritto; non è già che il diritto ammetta come veri i fatti ritenuti dal giudice, sta invece che il diritto non si occupa minimamente di sapere come essi sono andati”²⁹².

Nella legislazione attuale, sia civile²⁹³ che penale²⁹⁴, l'idea della presunzione legale di verità del giudicato sostanziale risulta ormai del tutto superata, riconoscendosi alla cosa giudicata, pur nella pluralità delle opinioni circa la sua effettiva essenza²⁹⁵, il valore di un accertamento formale vincolante tra le parti e, in linea di massima, preclusivo alla celebrazione di un nuovo processo relativo alla materia già oggetto della pronuncia definitiva.

²⁹² G. Chiovenda, *Sulla cosa giudicata (prolusione tenuta a Napoli il 4 dicembre 1905)*, ora in *Saggi di diritto processuale civile II* (Roma 1931) 406 ss.

²⁹³ L'art. 324 c.p.c. afferma che “si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395” (cd. giudicato formale), mentre, quanto alla portata del giudicato, l'art. 2909 c.c. stabilisce che “l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa” (cd. giudicato sostanziale).

²⁹⁴ L'art. 648 c.p.p. definisce irrevocabili “*le sentenze pronunciate in giudizi contro le quali non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione*”, mentre l'efficacia delle sentenze nei giudizi civili e amministrativi di danno, nel giudizio disciplinare e negli altri giudizi civili e amministrativi, è disciplinata dagli art. 651, 652, 653 e 654 c.p.p.

²⁹⁵ Per un'ampia disamina dei diversi orientamenti sull'essenza del giudicato, cfr. G. Guarnieri, s.v. “*Regiudicata (diritto processuale civile e diritto processuale penale)*” in *NNDI*. XV (Torino 1968) 218-234.

In questo senso, respinta ogni tentazione di ravvisare nella sentenza l'esito di un giudizio avente valore di *veritas*, può quindi concludersi che la disciplina vigente della *res iudicata*, privata di ogni connotazione metagiuridica, si avvicini di più allo spirito della *regula iuris* di Ulpiano cristallizzata in D. 50.17.207²⁹⁶.

²⁹⁶ Sulla verità come meta finale del processo, cfr., per tutti, M. Taruffo, *La semplice verità. Il Giudice e la costruzione dei fatti* (Bari 2009) 74 ss., con ampi riferimenti bibliografici. La verità come obiettivo del processo è un tema che il sottoscritto ha affrontato in uno scritto dedicato all'ampiezza dei poteri istruttori del giudice civile: cfr. F. Zunica, *Principio dispositivo e poteri istruttori del giudice civile: osservazioni sull'art. 281 ter c.p.c.*, in *Parti e Giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità* a cura di C. Cascione, E. Germino e C. Masi Doria (Napoli 2006) 745-769.

III. 3: Il significato attuale delle *regulae iuris*

Esaurito l'*excursus* storico sulle *regulae* ed esaminate alcune tra le regole processuali di maggiore interesse, è ora venuto il momento di interrogarsi sul significato attuale delle *regulae iuris*. Si tratta solo di una testimonianza storica o di un qualcosa in più?

In realtà, che la conoscenza delle *regulae* abbia un grande rilievo sotto il profilo storiografico appare evidente, in quanto lo studio delle massime e dei brocardi della tradizione romanistica costituisce un modo prezioso per comprendere lo spirito e l'evoluzione del pensiero giuridico romano.

L'importanza delle *regulae iuris* tuttavia va ben oltre il pur doveroso richiamo a una rilevante memoria storica.

L'espressione *regula iuris* è entrata a far parte ormai del comune lessico giuridico, tanto è vero che la si ritrova abitualmente nelle motivazioni delle sentenze, anche di legittimità²⁹⁷.

L'utilità delle *regulae*, tuttavia, non risiede tanto nella sua immediata applicazione alle fattispecie concrete, valendo in proposito il monito di Paolo secondo è dal diritto che deriva la regola e non viceversa, quanto piuttosto nella riscoperta e nella valorizzazione di un grande patrimonio giuridico della civiltà giuridica occidentale.

²⁹⁷ Cfr., tra le tante, Cass. n. 1991 del 9 marzo 1999, che definisce come *regula iuris* quella codificata dall'art. 113 c.p.c. e Cass. n. 33435 del 4 maggio 2005 in tema di *perpetuatio iurisdictionis*, definita a sua volta "una ben precisa *regula iuris*".

Questo patrimonio parte dal diritto romano, nel quale nasce il concetto e si determinano le funzioni delle regole, si perpetua nella scienza giuridica e nella prassi della tradizione romanistica medievale e moderna, con ramificazioni in tutti i paesi d'Europa, e vive nell'attualità²⁹⁸.

Sotto il profilo metodologico, l'analisi dei *generalia* favorisce la comprensione delle strutture del ragionamento giuridico, essenziali nel bagaglio ermeneutico del giurista, mediante il contatto essenziale, ma incisivo e immediato, con le tecniche logico – argomentative utilizzate dai giureconsulti romani ed elaborate poi nella casistica della tradizione postgiustiniana.

Ora, se le diverse legislazioni contemporanee, specie quelle codicistiche, più salde come sistemi, hanno recepito in maniera significativa le antiche *regulae*, se la giurisprudenza ne fa un uso brachilogico, anche ammettendole nel suo ragionamento come principi, ciò vuol dire che ancora oggi le *regulae iuris* occupano uno spazio importante nell'attuale dibattito giuridico.

Infatti, in una visione di unificazione giuridica, resa sempre più necessaria dalla nuova prospettiva europea, può individuarsi proprio nelle *regulae iuris* la base di un diritto comune vivente, fondato sulla condivisione di alcuni principi generali, peraltro ispirati da una plurisecolare tradizione giuridica europea²⁹⁹.

²⁹⁸ L'importanza delle *regulae iuris* è ad esempio molto avvertita in Polonia, nella cui capitale, l'11 novembre 1999, è stato inaugurato il nuovo Palazzo di Giustizia; orbene le colonne dell'imponente edificio recano delle iscrizioni in latino con 86 delle principali *regulae* tratte dal diritto romano e dalla tradizione romanistica, con specificazione della fonte di provenienza. Sul punto, cfr. W. Wołodkiewicz, *I brocardi latini nella pratica giudiziaria polacca. A proposito delle iscrizioni latine sul nuovo Palazzo di Giustizia di Varsavia*, in *Iura* 47 (1996) [pubbl. 2001] 27 ss.

²⁹⁹ Sull'esigenza di approfondire lo studio delle *regulae iuris* come fondamentale strumento per la formazione di uno *ius commune* europeo, cfr. A. Wacke, *Brocardi giuridici e assimilazione dei diritti nazionali europei* cit. 2829 ss.

In questo senso, quindi, le *regulae iuris* possono ricoprire un ruolo decisivo per la formazione di una condivisa e solida identità giuridica, che nel suo passato rinvenga le radici profonde del suo presente e le premesse del suo futuro.

FONTI ANTICHE DI TRADIZIONE MANOSCRITTA

BIBLIA SACRA

Testamentum vetus

Nahum

1.9 91

Genesis

3.9 116

CICERO (M. TULLIUS)

Rethorica

Brutus

41.152 5

De oratore

1.41.185 36-37

2.108 35-36

Topica

29 37

Philosophica

De Legibus

1.19 4

2.59 11

Laelius de amicitia

22.85 92

Lucullus

18.58 4

CORPUS IURIS CIVILIS

Institutiones

1.2.4	49
<i>Digesta</i>	
1.1.1	49
1.3.1	49
1.3.2	5
1.3.7	37
1.3.18	49 100
1.5.25	3.3 (2)
1.7.1.2	40
2.14.28	13 14
2.14.28 pr.	12
4.3.1.2	43
4.3.9.5	89
4.1.4	89
5.2.17.1	126
5.3.9	39
5.3.20.6	42
8.3.2	38
8.5.21	33
12.1.2.2	40
17.1.26	22
19.1.53	33
19.2.19.2	3
22.6.9	13
22.3.2	102
25.3.3 pr.	126
26.5.20	13
30.41.1	17

30.50.1	126
35.1.52	86
34.7	18
34.7.1	15-16
36.2.7.6	26
36.2.17	18-19 26
36.2.17.1	8.18
36.2.22.1	40
41.2.1.16	13
41.2.3.19	20
41.3.33.1	31
44.7.35	40
46.3.80	19
47.1.1.2	20
47.2.1	38
48.17.1	114-115
48.19.5 pr.	99
48.19.42	100
50.16.4	40
50.16.10	40
50.16.19	43
50.16.242.3	43
50.17	27 44 61 72 73 74 76 85 87.
50.17.1	8 23 14 22 26 30 66 68
50.17.3	186
50.17.9	75
50.17.10	87
50.17.12	87

50.17.14	87	
50.17.21	87	
50.17.29	17	
50.17.30	64 87	
50.17.35	19	
50.17.40	87	
50.17.44	41	
50.17.55	87	
50.17.56	88 100	
50.17.69	88	
50.17.73.4	29	
50.17.134	88	
50.17.142	88	
50.17.144	88	
50.17.195	86	
50.17.196	87	
50.17.201	17	
50.17.202	41 42	
50.17.203	87	
50.17.207	387 123 129	
50.17.209	86	
<i>Codex Iustinianus</i>		
3.5	88	
FRAGMENTA VARRONIS		
Funaioli 255 Goetz 21 Keil G.L. I.129		7
Funaioli 256 Goetz 52 Keil. G.L. I.131		7
GAIUS		
<i>Institutiones</i>		

1.2	40
1.188	38
2.73	20
3.142	13
3.183	38
3.80	92
LIVIUS	
23.37.13	94
PAULI SENTENTIAE	
2.14.1	20
5.12.2	99 101
QUINTILIANUS	
<i>Institutio oratoria</i>	
9.6.4.	92
RHETORICA AD HERENNIUM	
4.24.35	35
SENECA PHILOSOPHUS	
<i>Medea</i>	
2.199	113
VARRO	
<i>De lingua Latina</i>	
5.135	3
9.4	6
10.9	6
VITRUVIUS	
<i>De architectura</i>	
1.1.18	6
1.2.2.	4

BIBLIOGRAFIA

B. Albanese, “*Definitio periculosa*”: un singolare caso di duplex interpretatio, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto III* (Padova 1970), ora in *Scritti Giuridici I* (Palermo 1991) 701 – 778.

G. Alpa, *I principi generali* (Milano 2006).

Giul. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale* (Milano 1976).

Gius. Amato, *Estensione del “ne bis in idem” sulla base di principi generali*, in *Guida al dir.* 40 (2005) 76 ss.

V. Andrioli, s.v. “*Ne bis in idem*”, in *NNDI*. XI (Torino 1965) 185 ss.

V. Arangio-Ruiz, *La règle de droit et la loi dans l’antiquité classique*, in *Egypte contemporaine* (1938) 17 ss., poi in *Rariora*, 34 ss. (Roma 1946).

V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano* 7[^] ed. (Napoli 1960).

G.G. Archi, *Interpretatio iuris, interpretatio legis, interpretatio legum*, in *ZSS.* 87 (1970), ora in *Scritti di diritto romano I* (Milano 1981) 91.

A. Arthaber, *Dizionario comparato di proverbi e modi proverbiali* (rist. Milano 1995).

M. Avenarius, *Il liber singularis regularum pseudo – ulpiano: sua specificità come opera giuridica altoclassica in comparazione con le Institutiones di Gaio*, in *Index* 34 (2006) 455 - 477.

R. Bartlett, *Trial by fire and water. The medieval iudicial ordeal* (Oxford 1986).

O. Behrends, *La nuova traduzione tedesca dei Digesta e la critica interpolazionistica*, in *Index* 25 (1997) 13 – 70.

- B. Biondi, *Obietto e metodo della giurisprudenza romana*, in *Scritti in onore di C. Ferrini* (Milano 1946) 249 e ss.
- J.M. Blanch Nougues, *La certissima iuris regula” de Gayo*, in *RIDA*. 44 (1997) 45-70.
- N. Bobbio, *Giusnaturalismo e pensiero giuridico*, 2[^] ed. (Milano 1972).
- M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* 2[^] ed. (Napoli 1982).
- M. Bretone, *Ius controversum* (Roma 2008).
- B. Brugi, *Dall’interpretazione della legge al sistema del diritto*, in *Per la storia della giurisprudenza e delle Università Italiane Nuovi Saggi* (Roma 1931).
- F. Calasso, *Medioevo del diritto I Le fonti* (Milano 1954) 533 e ss.
- F. Calasso, *Storicità del diritto* (Milano 1966).
- F. Callari, *Riflessioni sulla revisione in peius del giudicato penale*, in *Cass. Pen.* 46 (2006), 1638 ss.
- C.A. Cannata, *Per una storia della scienza giuridica europea. I Dalle origini all’opera di Labeone* (Torino 1997).
- F. Caprioli, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giurisprudenza italiana* (2010) V 1181.
- S. Caprioli, *Tre capitoli intorno alla nozione di regula iuris nel pensiero dei glossatori*, in *Annali di storia del diritto* 5-6 (1961-1962).
- M. Caravale, *Ordinamenti giuridici dell’Europa medievale* (Bologna 1994).
- A. Carcaterra, *Le definizioni dei giuristi romani* (Napoli 1966).

M. Caro, *Il principio del ne bis in idem e i limiti al legittimo esercizio del potere disciplinare*, in *Riv. it. di dir. lav.* (2011) III 734.

C. Cascione, “*Quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset*”: spunti per un’interpretazione politica del versetto, in *Scritti in onore di Michele Scudiero I* (Napoli 2008) 421.

A. Cavanna, *Il ruolo del giurista nell’età del diritto comune (Un’occasione di riflessione sull’identità del giurista oggi)*, in *SDHI*. 44 (1978) 95 e ss.

A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico I* (Milano 1982).

A. Cavanna, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia* (Milano 1983).

P. Cerami, *La concezione celsina del ‘ius’*. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche, in *AUPA*. 38 (1985).

G. Chiovenda, *Sulla cosa giudicata (prolusione tenuta a Napoli il 4 dicembre 1905)*, ora in *Saggi di diritto processuale civile II* (Roma 1931) 406 ss.

G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile I* (Napoli 1960).

F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto* (Roma-Bari 1981).

R. Corso, s.v. “*Proverbi giuridici*”, in *NNDI*. XIV (Torino 1967) 376.

E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale II Il basso medioevo* (Roma 1995).

A.A. Dalia, M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale* 3[^] ed. (Padova 2000).

D. Dalla, *Scientia e notitia nella definizione di iuris prudentia (D. 1.1.10.2)*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto*

dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo I (Napoli 1997) 39 ss.

D. Daube, *The Palingenesia of Digesta 50.17.110 and the construction of asyndetons*, in *RIDA*. 1 (1952) 385 e ss.

M.A. De Dominicis, *Brev. Pauli Sententiarum IV, 12, § 5 e l'origine romano-cristiana del principio "in dubiis pro reo"*, in *Archivio Penale XVIII I* (1962) 411-417.

M.A. De Dominicis, *Ancora sulla formula dubitativa*, in *Archivio Penale* (1965) I 535 – 536.

L. De Mauri, *Regulae iuris* (Milano 1976).

F. De Michelis, *Le origini storiche e culturali del pensiero di Ugo Grozio* (Firenze 1967).

G. De Vero, *Prevenzione generale e "condanna dell'innocente"*, in *Riv. trim. di dir. e proc. pen.* III (2005) 990 - 1003.

G. Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto* (Modena 1921).

R. Domingo, B. Rodríguez-Antolín, *Reglas Jurídicas y Aforismos* (Pamplona 2000).

O. Dominioni, *Le parti del processo penale* (Milano 1985).

G. Falcone, *Regulae iuris: esposizione sistematica in confronto al codice civile italiano* (Palermo 1899).

L. Fanizza, *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale* (Roma 1992).

L. Fanizza, *I Principi di F. Schulz. Ristampa e nuove impressioni*, in *SDHI*. 62 (1996) 543 e ss.

P. Fedele, *Lo spirito del diritto canonico* (Padova 1962).

L. Ferrajoli, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale* (Roma – Bari 1997).

M. Ferrari, *Ne bis in idem, mai più processi clone. Ecco la strada per evitare duplicazioni*, in *Dir. & Giust.* 6/40 (2005) 76 ss.

P. J. A. v. Feuerbach, *Leherbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* III (Giessen 1805).

G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale Parte Generale* 3[^] ed. (Bologna 2002).

C. Fiore, *Diritto penale Parte Generale* 3[^] ed. (Torino 1998).

G. Foschini, *Il titolo del Digesto De regulis iuris* (Macerata 1879).

P. Fournier, *Mèlanges de droit canonique*, a cura di T. Kölzer (Aalen 1983).

F. Gallo, *Ars boni et aequi*” e “*ius naturale*”, in *SDHI.* 75 (2009).

J. Gaudemet, *Droit canonique et droit romain*, in *Studia Gratiana* 9 (1966) 112 ss.

J. Gaudemet, *Pothier et Jacqueminot. A’ propos des sources du Code civil de 1804*, in *Le role de la volonté dans les actes juridiques. Etudes à la mémoire du professor A. Rieg* (Bruxelles 2000) 369 ss.

E. Genzmer, *Die Iustinianische Kodifikation und die Glossatoren*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano I* (Bologna 1933).

V. Giuffrè, *L’utilizzazione degli atti giuridici mediante “conversione” in diritto romano* (Napoli 1965).

V. Giuffrè, *La ‘repressione criminale’ nell’esperienza romana Profili* 3[^] ed. (Napoli 1992).

P. Grossi, *L’ordine giuridico medievale* (Roma – Bari 1997).

A. Guarino, *D. 50.17.202 Interpretatio simplex*, in *Labeo* 14 (1968) 65 e ss., ora, con il titolo *Giavoleno e le definizioni*, in *Pagine di diritto romano V* (Napoli 1994) 155 – 167.

- A. Guarino, s.v. *Equità (diritto romano)*”, in *NNDI*. VI (Torino 1960) 619 ss.
- G. Guarnieri, s.v. “*Regiudicata (diritto processuale civile e diritto processuale penale)*” in *NNDI*. XV (Torino 1968) 218-234.
- A. Kacprzak, ‘*Regulae’ et ‘maximae’*, in *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges a la mémoire de H. Kupiszewski* (Varsovie 1996).
- M. Kaser, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristemethode* (Wien – Köln – Graz 1986) 146.
- P. Jörs, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik I* (Berlin 1888).
- E. C. Lea, *Forza e superstizione, ossia compurgazione legale, duello giudiziario, ordalia e tortura*, trad. it. (Piacenza 1910).
- G. Leo, *Ne bis in idem e principio di preclusione nel processo penale*, in *Il Corriere del merito* 2 (2006) 239 ss.
- D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* (München 2007).
- F. Liotta, *I Papi Anagnini e lo sviluppo del diritto canonico classico*, in *Studi di storia del diritto medievale e moderno* a cura di F. Liotta (Bologna 1999).
- A. Malinverni, *Lineamenti di storia del processo penale* (Torino 1972) .
- F. Mantovani, *Diritto penale* 3[^] ed. (Padova 1992).
- V. Manzini, *Trattato di procedura penale e di ordinamento giudiziario I* (Torino 1920)
- G. Martinetto, s.v. “*Contraddittorio (principio del)*”, in *NNDI*. IV (Torino 1959) 458-461.

- R. Martini, *Le definizioni dei giuristi romani* (Milano 1966).
- C. Masi Doria, *Principii e regole. Valori e razionalità come forme del discorso giuridico*, in *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica Incontro di studio Trani 22 – 23 maggio 2009*. Atti a cura di A. Lovato (Bari 2011) 19-42.
- E. Nardi, *Rabelais e il diritto romano* (Milano 1962), ora in *Scritti minori II* (Bologna 1991) 1245 – 1276.
- C. Nitsch, “*Exceptio firmat regulam*”. *Un contributo sul ragionamento giuridico in Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna VI* (Napoli 2007) 3787-3827.
- G. Nocera, *Jus publicum (D. 2.14.38) contributo alla ricostruzione storico – esegetica delle regulae iuris* (Roma 1946).
- D. Nörr, *Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bronzetafel von Alcantara* (München 1989).
- D. Nörr, *Sprichregel und Generalisierung*, in *ZSS*. 89 (1972) 18-93.
- P. Nuvolone, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione*, in *Indice Penale* (1982) 79.
- A. Padovani, “*Perché chiedi il mio nome? Dio, natura e diritto nel secolo XII*” (Torino 1997).
- F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale* (Napoli 1825).
- F. Patetta, *Le Ordalie* (Torino 1980).
- E. Pessina, *Storia delle leggi sul procedimento penale* (Napoli 1912).
- N. Picardi, “*Audiatur et altera pars*”. *Le matrici storico – culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* I (2003) 7-22.

G. Pugliese, s.v. “*Giudicato civile (storia)*”, in *ED. XVII* (Milano 1969) 727 ss.

G. Pugliese, *Res iudicata pro veritate accipitur*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra V* (Milano 1971) 783 - 830.

G. Pugliese, *I principi generali del diritto. L’esperienza romana fino a Diocleziano*, in *I principi generali del diritto. Atti Conv. Lincei 96*, 69 ss. [ora in *Scritti giuridici (1985-1995)* (Napoli 2007) 451 ss.].

S. Riccobono, s.v. “*Brocardica*”, in *NNDI. XII* (Torino 1958).

S. Riccobono, s.v. “*Regulae iuris*”, in *NNDI. XV* (Torino 1968).

G. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, dir. da P. Del Giudice III (Milano 1925).

V. Scarano Ussani, *L’ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana* (Torino 1997).

G. Scherillo, *Note critiche su opere della giurisprudenza romana*, in *Iura* 3 (1952), 180 ss.

G. Scherillo, s.v. “*Catoniana regula*”, in *NNDI. XV* (Torino 1968) 28-29.

A. Schiavone, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente* (Torino 2005).

B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie* (Köln – Wien 1970).

F. Schulz, *I principi del diritto romano*, trad. a cura di V. Arangio-Ruiz (Firenze 1946).

M. Scognamiglio, *Nullum crimen sine lege. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale* (Salerno 2009).

H. Siber, *Analogie, Amtsrecht und Rückwirkung in Strafrecht des römischen Freistaates* (Leipzig 1936) 173.

L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo I. Dal Crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello ius comune* 2^a ed. (Torino 2011).

L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo II Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne* 2^a ed. (Torino 2010).

J. W. Spargo, *The etymology and early evolution of brocard*, in *Speculum* 23/3 (1948) 472 ss.

P. Stein, *The Digest title de diversis iuris regulis antiqui and the general principles of law*, in *Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound* (1962) 3 ss.

P. Stein, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims* (Edinburgh 1966).

M. Talamanca, *I "Pithanà" di Labeone e la logica stoica*, in *Iura* 26 (1975) 1 - 40.

M. Taruffo, *La semplice verità. Il Giudice e la costruzione dei fatti* (Bari 2009).

P. Troisi, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, in *Diritto penale e processo* 6 (2006) 719 ss.

L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* (Milano 1974).

G. Vassalli, s.v. "*Nullum crimen sine lege*", in *NNDI*. XI (Torino 1965) 493 - 506.

G. Verde, *Profili del processo civile* 3^a ed. (Napoli 1999).

A. Wacke, *Brocardi giuridici e assimilazione dei diritti nazionali europei*, in *φιλία Scritti per Gennaro Franciosi IV* (Napoli 2007) 2827 ss.

F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte I* (München 1988).

W. Wołodkiewicz, *I brocardi latini nella pratica giudiziaria polacca. A proposito delle iscrizioni latine sul nuovo Palazzo di Giustizia di Varsavia*, in *Iura* 47 (1996) [pubbl. 2001] 27 ss.;

W. Wołodkiewicz, A. Kacprzak, J. Krzynòwek, *Regulae iuris. Łacińskie inskrypcje na kolumnach Sądu Najwyższego* (Warszawa 2006).

F. Zunica, *Il principio del ne bis in idem: fondamento storico e limiti applicativi nel processo penale italiano*, in *Fides, Humanitas e Ius. Studi in onore di Luigi Labruna VII* (Napoli 2007) 6145 – 6157.

F. Zunica, *Principio dispositivo e poteri istruttori del giudice civile: osservazioni sull'art. 281 ter c.p.c.*”, in *Parti e Giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità* a cura di C. Cascione, E. Germino e C. Masi Doria (Napoli 2006) 745-769.

In ricordo della cara Signora Rosaria,
da cui ho imparato tante *regulae* di vita.