



SOCIETÀ ITALIANA DI STORIA DEL DIRITTO

# Argomentazione e lessico nella tradizione giuridica

*a cura di*

**Carlotta Latini**



**G. Giappichelli Editore**

CARLO PELLOSO

## INTERPRETAZIONE GIURIDICA E ARGOMENTAZIONE PROCESSUALE. ALCUNE RIFLESSIONI À REBOURS

«La creazione è continua» (T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 32.3 [1955], p. 765)

SOMMARIO: 1. Giurisprudenza sillogistica e 'iuris prudentia' endo-argomentativa. – 2. Giurisprudenza a-dogmatica e coscienza giudiziale. – 3. Uno sguardo verso la 'alterità' dell'esperienza giuridica ateniese. – 4. Il giuramento elastico tra sovranità dei 'nomoi', giudici laici e logografia decidente. – 5. 'Interpretatio' e retorica a Roma: spunti dal mito.

### 1. *Giurisprudenza sillogistica e 'iuris prudentia' endo-argomentativa*

Al fine di perimetrare l'area di perlustrazione la quale, per quanto sterminata e fuori dalla mia portata, tenterò di percorrere diagonalmente in questo mio intervento, credo che alcune parole scritte dal più influente, se non dal più grande, dei pandettisti si prestino eccellentemente allo scopo e, senza ombra di dubbio, in modo incomparabilmente più efficace rispetto a ogni mio sforzo. E così non mancherò di rispettare il canone retorico prescritto per l'*exordium* dell'*oratio*, che vuole non solo una professione di affettazione di modestia per *animos impellere*, ma anche la introduzione della questione che si intende affrontare, per *rem docere*.

Bernard Windscheid nel primo volume del suo *Diritto delle Pandette* scrive che la c.d. «decisione finale» (sia essa, in vero, l'interpretazione dottrinale o dell'avvocato, sia essa quella giudiziale) altro non è che «il risultato di un computo»; un computo i cui soli «fattori sono i concetti giuridici»; ed è proprio dalla nettezza, precisione, chiarezza di questi che dipende la certezza stessa del risultato e quindi dell'interpretazione sostenuta o accolta<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*<sup>8</sup>, trad. it., 1, Torino, Utet, 1908, p. 75.

Credo sia ancora profonda e persistente nelle parole di un uomo, e così influente, del XIX secolo l'eco dell'utopia razionalista che Leibniz, impermeabile all'idea di Ramo secondo cui ogni *sententia* è non *numeranda* ma *ponderanda*, aveva tradotta nel 1666 nella dissertazione *De arte combinatoria*: qui, infatti, l'allora giovanissimo scienziato e filosofo, vicino ad Hobbes e all'equazione tra 'computing' e 'reasoning', sognava di ridurre il metodo giuridico al *calculus ratiocinator* e di individuare *a priori* una 'griglia topica concettuale' che fosse una autentica 'matematica giuridica' della decisione (o meglio dell'asserzione dedotta a soluzione di un caso della vita)<sup>2</sup>. Ma ancor più è evidente come il pensiero del pandettista tedesco trasudi di quel giuspositivismo del XIX secolo che rivendicava di essere figlio della scuola della esegesi e, insieme, fratello della giurisprudenza dei concetti.

Quel giuspositivismo che erodeva – almeno *in thesi* – al giudice pressoché ogni spazio creativo: è infatti solo lungo il corso del XX secolo che viene riscoperta, studiata e teorizzata compiutamente la discrezionalità costitutiva processuale almeno in senso debole, la funzione del 'decidere' nell'accezione, valorizzata anche da Talamanca<sup>3</sup>, di rinvenire e financo di costituire la concreta regola di diritto, anche se sempre partendo, in linea con la più recente tradizione, dagli enunciati di legge, ma per superarne inesorabilmente in nome di una 'semiosi illimitata', il testo (e ciò in contrapposizione al 'giudicare', ossia al proclamare meramente il diritto)<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> G. W. LEIBNIZ, *Dissertatio de arte combinatoria, in qua ex arithmeticae fundamentis complicationum ac transpositionum doctrina nouis praeceptis exstruitur et usus ambarum per uniuersum scientiarum orbe* [1666], in *Philosophische Schriften*, 1, 1663-1672, Berlin, Akademie Verlag, p. 163 ss.; T. HOBBS, *Leviathan* [1651], Oxford, OUP, 1909, p. 33; vd. P. RAMUS, *Institutiones dialecticae*, 2, Parisiis, ex typographia Matthaei Davidis, 1550, p. 95.

<sup>3</sup> M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'Antiquité*, a cura di I. Piro, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1999, p. 142 ss.

<sup>4</sup> Cfr., sulla creazione giudiziale di situazioni soggettive e non di regole, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1982, p. 154 ss.; vd., inoltre, in tema, G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, Laterza, 1996, p. 217, il quale tende a negare, almeno in teoria, che la creazione giudiziale per via interpretativa 'possa' raggiungere la pura discrezione e l'arbitrio, ossia sfociare, abbandonato il realismo, in una deriva ermeneutica (U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, La nave di Teseo, 1990, p. 337). La realtà è altra e anzi talora i giudici – al di là della negata possibilità e contro la semiotica – forzano o il dato fattuale o quello normativo per rispondere a istanze che le *lacunae iuris* lascerebbero prive di soluzione. Per esempio, nell'interpretazione dell'art. 416-ter cod. pen., atteso che la disposizione punisce solo lo scambio di denaro verso voti alle elezioni, i giudici – nella consapevolezza che, più che il denaro, al centro degli scambi v'erano favori, appalti, posti di lavoro – hanno interpretato il termine 'denaro', fingendo di aderire ad un'autentica operazione analogica, come 'utilità', sia in ossequio formale al mito dell'applicazione assiomatica e dell'onnipotenza sillogistica, sia nella so-

Quel giuspositivismo che, nell'alveo del giudizio, riduceva alle parti della controversia il gioco dell' 'argomentazione'<sup>5</sup>, sia nella sua connessione alla logica<sup>6</sup>, sia nella sua connessione alla retorica<sup>7</sup>. L'eterogeneità di questo mondo – imbevuto di *esprit de géométrie*, fatto di nettezze e solidità concettuali e operative – rispetto all'oggi e alla sua 'deculturazione' è incontroversa: eclissato, con l'aiuto della filosofia analitica, insieme al rassicurante rigore del dogmatismo, almeno nella prassi (se non nelle convinzioni ideali<sup>8</sup>), quel cosmo giuridico di pura idealità si proponeva di sottrarre, nelle sue più radicali declinazioni, anche la rilevanza di una indagine sulle conseguenze pratiche, sociali ed economiche di una data soluzione, mentre l'esatto opposto – la preminenza dell'interesse concreto rispetto al dogma come attuazione di vero *esprit de finesse* – in dottrine,

---

stanziale ammissione che un'interpretazione diversa della *littera legis* avrebbe vanificato qualsiasi applicazione pratica (vd., paradigmaticamente, Cass., 16 giugno 2015, n. 25302). L'approccio appena descritto riassume bene, empiricamente, quella visione, di matrice anche giudaica, espressa da Ascarelli soprattutto nel saggio da cui è tratta la citazione in epigrafe sul rapporto tra ontologia del diritto e significato della norma: la legge si dà solo attraverso la sua 'interpretazione' - 'superamento' (traduzione, versione che va oltre il testo e crea, più che restituire, la significazione, come in ebraico *targum*, non a caso, significa sia traduzione che interpretazione: S. LIEBERMAN, *Rabbinic Interpretation of Scripture, in Essential Papers on the Talmud*, edited by M. Chernick, New York, New York University Press, 1994, p. 430); quale traduzione di un enunciato in un enunciato altro, l'interpretazione, nel suo tendere a palesare il significato 'autentico', però, sarà di necessità anche allontanamento progressivo da quel significato, imprimendo un mutamento al testo di 'legge' e rendendo quest'ultima sempre 'altra' da sé: è questo il modello di Porzia contrapposto a quello (a-interpretativo) di Shylock, su cui vd., ampiamente, T. GAZZOLO, *Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione*, Pisa, Pacini, 2018, *passim*.

<sup>5</sup> Secondo Barthes, che rammenta di *argumentum* tanto il duplice uso ciceroniano (sia il 'fittizio plausibile', sia la 'idea verosimile impiegata per convincere'), quanto la precisazione quintiliana ('maniera di provare una cosa per mezzo di un'altra, di confermare ciò che è dubbio per mezzo di ciò che non è', l'argomentazione è «un ragionamento ... impuro, facilmente drammatizzabile, che partecipa ad un tempo dell'intellettuale e del fittizio, del logico e del narrativo» (R. BARTHES, *La retorica antica*<sup>9</sup>, trad. it., Milano, Bompiani, 2011, p. 65).

<sup>6</sup> Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1986, p. 35 ss.; G. BONIOLO-P. VIDALI, *Strumenti per ragionare*, Milano, Mondadori, 2002, p. 57 ss.; A. CATTANI, *Esortazione alla teoria e alla pratica dell'argomentazione. Una modesta riproposta*, in *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, a cura di A. Mariani Marini, Milano, Giuffrè, 2003, p. 5.

<sup>7</sup> Cfr. S. STATI, *Principi di analisi argomentativa. Retorica, logica, linguistica*, Bologna, Pàtron, 2002, p. 9; F. CAVALLA, *Dalla 'retorica della persuasione' alla 'retorica degli argomenti'. Per una fondazione logica rigorosa della topica giudiziale*, in *Linguaggio, argomentazione e metodo nel diritto*, Roma, CNF, 2003, p. 27.

<sup>8</sup> N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, Utet, 1990, soprattutto p. 75 ss.

accademiche e giudiziali, è salutato come *nouvelle vague* ‘privatistica’<sup>9</sup>.

La cornice ideologica in cui si iscriveva il pensiero di Windscheid è, infatti, quella di un diritto che si credeva costruibile e applicabile *more geometrico* come un sistema aristotelicamente ‘panico’, il quale avrebbe reso sempre possibile non solo una soluzione, ma altresì una soluzione logica e coerente. Il postulare l’equazione, celeberrima, tra diritto e legge (equazione che – non serve sottolinearlo – implicava la sudditanza del giudice, quale soggetto istituzionalmente chiamato ad applicare e interpretare il diritto per eccellenza, unicamente alla legge) era però solo un primo tassello di un mosaico ben più variopinto e ampio. Si proclamava – ed è questo che intendo qui evidenziare – la ‘vera scientificità’ della giurisprudenza, intesa sia come dottrina delle corti sia come scienza giuridica, unicamente là ove essa avesse interpretato attraverso i procedimenti logici e dimostrativi propri delle scienze esatte e fosse rimasta rigidamente ‘a-valutativa’, vale a dire impermeabile a ogni valutazione assiologica, ossia tanto alle opinioni, quanto ai valori e agli argomenti rinvenibili in topiche extra-legali. Il meccanismo della sussunzione avrebbe operato, in ossequio alla forma del ragionamento del sillogismo retorico, con la *lex*, in quanto *ratio* vincolante nel suo *scriptum* e nella sua *voluntas* quale unico e irrinunciabile *argumentum* entimematico, cioè con la legge quale unica premessa da cui dedurre assiomaticamente la soluzione per ogni caso di specie<sup>10</sup>.

Nella impossibilità di annichilire il contributo personale dell’operatore giuridico alla determinazione della premessa maggiore, le ineluttabili controversie interpretative, strette entro i confini di questo assetto ideale, sarebbero insorte normalmente solo sul significato letterale di un dato disposto: l’agone processuale – e quindi tanto la schermaglia oratoria delle parti quanto il ruolo del giudice – sarebbe stato compresso in questo limitato *status causae* retorico e la grammatica, la sintassi e l’etimologia avrebbero dovuto risolvere lo strumentario essenziale degli operatori giuridici.

L’influenza di questo modello, per sua aspirazione pan-legalistico e cognitivo o forse meglio ‘scientista’, ha valicato i confini del XIX secolo per giungere operativamente quasi intatto sino all’ultimo trentennio, o comun-

---

<sup>9</sup>G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 87 ss.; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 163 ss.; M. LA TORRE, *Teoria dell’argomentazione giuridica e concetto di diritto. Un’approvazione*, Appendice a R. ALEXI, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 357 ss.; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2017, *passim* e, soprattutto, p. 137 ss.

<sup>10</sup>K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1970, p. 68.

que almeno sino alle prime avvisaglie di cedimento, non solo ideale, ma anche strutturale, dell'edificio giuspositivista<sup>11</sup> e, quindi, di ricostruzione del ruolo – prima solo ancillarmente cognitivo e dimostrativo – dell'argomentazione nell'applicazione, oltre che nella costituzione, del diritto<sup>12</sup>.

Non è, quindi, sorprendente che anche nella miglior dottrina processualciviltistica del primo cinquantennio del XX secolo, i rapporti tra potere legislativo e potere giudicante venissero precisati attraverso la qualificazione della giurisdizione ora come 'attuazione della volontà della legge', ora come 'specificazione effettuale del comando legislativo': ciò, come è chiaro, sempre presupponendo la strumentalità e la funzionalità del giudice alla legge, come gabbia capace di includere ogni realtà<sup>13</sup>.

Di poi, l'imperante *modus procedendi* interpretativo di marca sillogistica, oltre che dai silenzi codicistici sul ruolo costitutivo dell'argomentazione<sup>14</sup>, affiora dalla formulazione dell'art. 12 delle preleggi (che impone anzitutto la sussunzione del caso sotto la lettera della legge)<sup>15</sup>; inoltre, la ri-

---

<sup>11</sup> Più in generale, vd. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 6 ss., 301 ss., 315 ss., 325 ss. (su cui cfr. i molti e densi contributi inclusi in *L'interpretazione tra legge e contratto. Dialogando con Aurelio Gentili. Atti del convegno [Bari, 29-30 settembre 2016]*, a cura di M. Pennasilico, Napoli, ESI, 2019, *passim*).

<sup>12</sup> Cfr., paradigmaticamente, J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it., Milano, Guerini e Associati, 1996, p. 231 ss.

<sup>13</sup> G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, 1, Roma, Foro Italiano, 1930, p. 3 ss.; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 30 ss.

<sup>14</sup> Se, in nome di una sola pretesa non-eterointegrabilità del codice (cfr. J.E.M. PORTALIS, *Discours et rapports sur le Code civil*, Caen, 1989, p. 27), il codice civile austriaco e quello prussiano riconoscono al giudice un potere integrativo in virtù dell'equità e del diritto naturale, il BGB e il codice del 1942 (ma vd. gli artt. 1226, 1384 oltre all'art. 114 cod. proc. civ.), come quello francese, si distinguono per l'assenza di analoghe disposizioni, l'articolo 1 dello ZGB svizzero si spinge a prevedere addirittura che oltre alla prima fonte del diritto, ossia la legge (ogni disposizione cogente dalla Costituzione o legge fondamentale alla legge ordinaria dall'altra), e oltre alla consuetudine (applicabile come fonte sussidiaria dal giudice d'ufficio, ma giammai *contra legem* o in deroga alla legge, a meno che non si tratti di materia di competenza cantonale), in assenza di diritto positivo, ha spazio l'applicazione della *regula iudicis* ossia la regola che il giudice adotterebbe 'come legislatore' nel senso o di una libera investigazione del diritto o di una sentenza dispositiva (cfr. M. GMUR, *Commentario al codice civile svizzero tradotto per incarico delle superiori autorità federali e cantonali da Luigi Colombi*, 1, Bellinzona, Grassi, 1909, p. 48 ss.). Vd., in tema, H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, Einaudi, 1952, p. 104 ss.; ALPA, *L'arte di giudicare* (nt. 3), p. 33 ss.; ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico* (nt. 10), p. 252 s.; GENTILI, *Il diritto come discorso* (nt. 11), pp. 5 s., 301 ss.

<sup>15</sup> Art. 12 disp. prel. cod. civ.: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e

duzione del diritto alla legge, insieme alla a-valutatività della giurisprudenza, è un totem consacrato non solo, come noto, a livello costituzionale, dall'art. 101<sup>2</sup> (che sancisce la sudditanza del giudice alla legge), ma anche e soprattutto dall'art. 118 delle disp. att. cod. proc. civ., che, infatti, oltre a disporre la necessaria indicazione nella motivazione della sentenza delle norme di legge (precedendo così l'art. 132<sup>1</sup>, n. 4, cod. proc. civ.), precisa come debba essere omessa 'ogni citazione di autori giuridici'<sup>16</sup>.

Infine, non va tralasciato che la forza metodologica di questo programma (integrante consciamente una aspirazione e una finzione, piuttosto che una fotografia dell'esistente)<sup>17</sup> non ha risparmiato neppure i reticoli argomentativi seguiti dalla giurisprudenza italiana, sia quella più e meno recente, sia quella più e meno innovativa. Sul finire degli anni '90, quando si è trattato – e con epocale frattura rispetto al passato – di riconoscere in termini di 'contrattualità' la responsabilità del medico ospedaliero nei confronti del paziente per violata protezione, non si è optato di sposare per intero la teoria, in Italia tutta dottrinale, della c.d. obbligazione senza prestazione ('Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht') che predica l'applicazione, *ex lege* ed *ex fide bona*, degli artt. 1218 ss. cod. civ. (ossia degli articoli concernenti la responsabilità da 'contratto', da intendere, in vero, nel senso di responsabilità da 'atto non illecito', ossia a prescindere dalla conclusione di qualsivoglia contratto *ex artt.* 1321 ss.)<sup>18</sup>. La suprema corte

---

dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

<sup>16</sup> Art. 118 disp. att. cod. proc. civ.: «La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi. Debbono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati. Nel caso previsto nell'articolo 114 del codice debbono essere esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione. In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici».

<sup>17</sup> Si è addirittura discusso di un 'dogmatismo fantastico' imperniato sull'interpretazione 'aritmetica', cui si oppone un'interpretazione 'semiotica': cfr. GENTILI, *Il diritto come discorso* (nt. 11), p. 82, nt. 4; vd., sul punto, S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, *passim*.

<sup>18</sup> C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, 1, Milano, Giuffrè, 1995, p. 147 ss.; *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, Milano, Giuffrè, 2006, p. 443 ss.; *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 679 ss.; *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale. Nota a Cass.*, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1233 ss.; *Eclissi*

non ha, come potrebbe apparire *prima facie*, forzato e manipolato il dato normativo alla realtà, ma – al contrario – ha piegato la realtà al codice e ha ritenuto esistente, seppur solo di fatto, un incontro di volontà tra medico e paziente là dove tale incontro invece non vi era menomamente: e ciò per poter procedere a una piana e meccanica sussunzione del rapporto ‘tra passanti’, cioè tra parti non previamente relate *inter se*, sotto la rubrica della ‘responsabilità per inadempimento (contrattuale)’<sup>19</sup>. Parimenti, dinanzi

---

*del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 128 ss. Per la recezione in Italia della figura dogmatica, di matrice germanica, dell’obbligazione senza (obbligo primario di) prestazione, cfr. C. RINALDO, *Die Haftung Dritter in Deutschland und Italien*, Berlin, De Gruyter, 2017, p. 124 ss.

<sup>19</sup>Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 ss. (con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; nonché in *Corriere giur.*, 1999, p. 446 ss., con nota di A. DI MAJO, *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*): «si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso ... Conseguenze che relativamente a tale responsabilità i regimi della ripartizione dell’onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d’opera intellettuale professionale». Successivamente, vd., in modo analogo, Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 788 (con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi [ma provvisori?] assetti della responsabilità medica*; vd., inoltre, A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 872 ss.). Un’importante messa a punto sulla teoria e la prassi dell’obbligazione senza prestazione si rinviene in L. MANNA, *Le obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, 1.3, Padova, Cedam, 2010, p. 3 ss. Diverso l’approccio di Cass., 12 luglio 2016, n. 14188 (consultabile all’indirizzo <http://www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2016/07/cass-civ-14188-16.pdf>; ma vd., pure, *I Contratti*, 2017, p. 35 ss., con nota di F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale [ipotesi sull’immunità]*), con un recupero *sui generis*, entro una cornice metodologica che eleva la tradizione a criterio comprimario di ermeneutica legislativa, della tripartizione gaiana delle fonti delle obbligazioni e, soprattutto, di quella giustiniana (Gai. 2 *res cott.* D. 44.7.1; I. 3.13 pr.). Dogmaticamente, il passo in avanti è davvero notevole rispetto agli approcci giurisprudenziali pregressi, ché il c.d. ‘contatto sociale qualificato che ingenera affidamento nel creditore della protezione’ non è più inteso (fittiziamente e contro la natura delle cose, come in precedenza) come un ‘atto consensuale, produttivo di un rapporto giuridico patrimoniale, di fatto’ (un atto, cioè, parametrato inevitabilmente alla figura negoziale almeno bilaterale scolpita dagli artt. 1321 ss.). Ancorché implicitamente, esso rileva come un *contractum* nel senso gaiano di ‘atto lecito, anche non consensuale, fonte di obbligazione’ che emerge dagli artt. 1218 ss. (Gai 3.88: *nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*), oltre che, esplicitamente, come uno dei *quasi contractus* giustinianeî ricavati dall’analisi delle eterogenee *variae causarum figurae* gaiane (richiamate all’art. 1173 accanto al contratto e al fatto illecito, ancorché il sistema di responsabilità rimanga modulato secondo una netta bipartizione). Cfr., sulla sentenza in oggetto e sull’impiego in essa del diritto romano, C. CASCIONE, *L’invaldente*



alle pressanti e nuove istanze di tutela a fronte delle multiformi declinazioni pratiche del c.d. danno meramente patrimoniale (ossia del nocimento che colpisce – senza il medio della lesione di una situazione giuridica protetta – la ‘sostanza economica’ di un soggetto), la corte di cassazione piegava già dagli anni ’80 alla lettera del codice l’essere stesso del ‘patrimonio’: per poter applicare l’art. 2043 cod. civ., che limita la risarcibilità ai ‘danni ingiusti’ (ossia, anzitutto, *contra ius* oltre che *non iure*), si è ritenuto necessario assumere – con evidente, anche se occulta, finzione strumentale – il patrimonio (o meglio la sua integrità) come una entità capace in quanto tale di formare l’oggetto di un non meglio precisato ‘diritto soggettivo’, rispettando così formalmente il meccanismo della sussunzione e il canone della legge come premessa al ragionamento sillogistico giudiziale<sup>20</sup>.

Questo approccio metodico giurisprudenziale, mi pare chiaro, nulla ha a che vedere con quello anfibio, sia induttivo sia deduttivo, che traspare dal celebre aneddoto che immortala Bartolo nell’individuare nel caso concreto le premesse del suo ragionamento e nel Digesto la *topica* degli argomenti della soluzione raggiunta<sup>21</sup>. Nulla ha a che vedere con quello assai più recentemente teorizzato, sulla base della semiologia di Pierce, da Arthur Kaufmann in chiave di ‘abduzione’ (ossia di formulazione di una ipotesi provvisoria e non pre-giudiziale a valle della pre-comprensione dell’interprete, seguita poi da induzione e analogia, deduzione)<sup>22</sup>. E, a maggior

---

*cont(r)atto. Osservazioni minime su Cass. civ. 14188/2016, in Iurisprudenzia.it*); R. FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano: un problema aperto*, in *Rivista giuridica sarda*, 1 (2017), p. 1 ss.; F. PROCCHI, ‘Contatto sociale qualificato’, *diritto romano e tradizione romanistica: brevi considerazioni a margine di Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in Agricoltura e costituzione, una costituzione per l’agricoltura. Studi in onore di M. Goldoni*, 2018, Pisa, Plus, p. 355 ss.; S. DI MARIA, *Note minime sul ‘buon uso’ del diritto romano in una recente pronuncia della Cassazione*, in *Index*, 46 (2018), p. 623 ss. Vd., inoltre, per un approccio storico-diacronico che valorizza il diritto romano oltre che nel passato anche nell’attualità, T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un’esemplificazione*, in *Diritto: storia e comparazione Nuovi propositi per un binomio antico*, a cura di M. Brutti e A. Somma, Frankfurt a.M., Max Planck Institute for European Legal History, 2018, p. 111.

<sup>20</sup> Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giust. civ.*, 1982, p. 2739 ss., con nota di A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*. Cfr., in critica, F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità civile*, a cura di F.D. Busnelli e S. Patti, Torino, Giappichelli, 1997, p. 119 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 29 ss.; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità* (nt. 18), p. 110 ss.

<sup>21</sup> Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Storia del diritto Romano nel medioevo. Prima versione dal tedesco dell’avvocato Emmanuele Bollati con note e giunte inedite*, Torino, Gianni e Fiori, 1887, p. 638.

<sup>22</sup> A. KAUFMANN, *Il ruolo dell’abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2001, p. 321 ss.

ragione, il metodo esemplificativamente descritto in nulla partecipa della via di interpretazione seguita, inconfutabilmente almeno nell'ambito del diritto privato, dai *prudentes* romani i quali, chiamati al progresso dell'ordinamento per un periodo lunghissimo e in un contesto irripetibile in cui sia la legge non esauriva il diritto, ma ne era solo una minima porzione, sia non aveva modo di fiorire una dottrina delle corti giudicanti costitutiva<sup>23</sup>, operarono come autentici 'decisori'<sup>24</sup>.

Se la nostra giurisprudenza, per come succintamente si è appena visto, si è sentita addirittura legittimata, o forse costretta, a forzare i dati della realtà in ossequio al mito dell'applicazione assiomatica della disposizione legislativa, ritenendo non solo auspicabile, ma altresì vero, che ogni soluzione discenda dal ragionamento sillogistico e dalla sua premessa legalistica, come è a tutti noto il ragionamento giurisprudenziale romano, dalle premesse all'esito (che consista nella creazione innovativa o nella applica-

<sup>23</sup> Cfr. Pomp. *Lib. sing. ench.* D. 1.2.2.5, 12, su cui vd. M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Bari, Laterza, 1982, pp. 211, 224 ss.; vd., inoltre, M. TALAMANCA, *La 'lex' ed il sistema normativo*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 232.

<sup>24</sup> Da una attenta osservazione del fenomenico, dapprima i pontefici (depositari del sapere precettistico circa riti e formule volti a piegare la volontà degli dèi e modificare il contingente naturale e umano) iniziarono a ricavare soluzioni a casi concreti e, poi, a comporre e sistemare un apparato di *regulae* e di categorie che, poco alla volta, vennero organizzate soprattutto dalla *scientia* laica in un sistema che, se in un primo momento non poteva che essere ancillare rispetto al bisogno della *civitas* di mantenimento della *pax* con gli dèi, fu poi dotato di una sua autonomia e di un suo specialismo: vd. L. GAROFALO, *Diritti greci e scienza giuridica romana*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, Cedam, 2008, p. 97 ss., nonché, sul ruolo del giurista come 'autore decisivo' – anzi come vero e proprio 'decidente' – per l'individuazione-creazione delle regole di diritto da applicare, vd. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico* (nt. 4), p. 142 ss. Ciò ovviamente non significa disconoscere né l'apporto di ulteriori 'formanti' (specie in sede processuale: cfr. A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, Giappichelli, 2016, *passim*), né la totale avulsione dell'impianto casistico del diritto classico di Roma dal momento normativo e dalla direttrice sistematica: cfr., sulla preminenza 'casistica' dell'esperienza giuridica romana nella sua formazione ed evoluzione almeno sino all'età imperiale, L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 151; ancora fondamentale è, ovviamente, M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, 1, *Philologisch-historische Klasse*, Göttingen, Akademie der Wissenschaften, 1962, p. 54 ss. sul rapporto tra la *interpretatio* dei giuristi e l'attività del giudice, vd. P. GIUNTI, *Iudex' e 'iurisperitus'. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale e la sua narrazione*, in *Ius controversum' e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, a cura di V. Marotta e E. Stolfi, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2012, p. 213 ss.; sul rapporto della *scientia iuris* con i magistrati giudicanti, vd., invece, D. MANTOVANI, *'Praetoris partes'. La 'iurisdictio' e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi*, in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, a cura di M. Gigliola e R. Villata, Napoli, Jovene, 1999, pp. 33 ss., 103 ss.

zione di *ius* preesistente), è preponderantemente, se non tutto, interno alla struttura del rapporto controverso, di modo che il caso stesso non è mai orpello metagiuridico o *exemplum* retorico, ma parte integrante, della ‘decisione’<sup>25</sup>: entro una cornice tratteggiata da poche linee-guida fissate dai *mores* e dalle forme scritte del diritto autoritativo oltre che da malleabili principi come quello di *fides*, nonché di *bonum et aequum*, il *ius* elaborato nella e dalla ‘casistica’ dei giuristi romani – ancorché modello remoto della nostra dogmatica giuridica e leggibile, consapevolmente, con la nostra dogmatica – giammai avrebbe potuto prescindere dalla valutazione delle premesse o delle conseguenze pratiche, sociali ed economiche di un dato fatto<sup>26</sup>. È sufficiente qui ricordare che, all’insegna dell’*utilitas*, Ulpiano e Modestino, distillando un pensiero che si era precisato e sedimentato negli ultimi secoli<sup>27</sup>, per pervenire al concreto criterio di imputazione dell’inadempimento applicabile *ex fide bona* a un dato rapporto contrattuale, si limitano a considerare ‘economicisticamente’ l’assetto, tutto interno al negozio divisato dalle parti, dei benefici e dei sacrifici, così bilanciando e modulando la gravità del criterio in corrispondenza alla posizione, più o meno vantaggiosa in relazione a quella della controparte, assunta dal singolo debitore inadempiente<sup>28</sup>. Di contro, ha intrapreso tutt’altro percorso lo

---

<sup>25</sup> Cfr., per tutti, E. STOLFI, *I casi e la ‘regula’. Una dialettica incessante*, in *Casistica e giurisprudenza. Atti del Convegno ARISTEC (Roma, 22-23 febbraio 2013)*, a cura di L. Vacca, Napoli, Jovene, 2014, p. 1 ss.

<sup>26</sup> Tale riscontro di ‘alterità’ non è affatto in contraddizione con l’uso della dogmatica moderna nell’interpretazione storica del diritto romano propugnato da E. BETTI, *Diritto Metodo Ermeneutica*, a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 59 ss., 495 ss., 573 ss., che avvertiva, infatti, che «non è l’istituto studiato, che va piegato ad immagine e somiglianza delle nostre categorie, ma sono, viceversa, queste ultime che debbono servire alla comprensione dell’istituto» (p. 144 s.).

<sup>27</sup> Come scrive G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 61 s.: «ridimensionato da tempo l’apporto della critica interpolazionistica, sono ben pochi i risultati che, maturati nel suo ambito, attualmente conservano valore; si può quindi predicare con verisimile sicurezza che il criterio dell’*utilitas* appartiene pienamente al patrimonio concettuale della giurisprudenza classica che lo applicò con consapevolezza e larghezza di visione e non fu principio che si affermò nella stagione posteriore del diritto postclassico-giustiniano. Non solo, ma se, come è stato fatto, si decidesse di valorizzare alcune indirette testimonianze, si potrebbe ulteriormente affermare che si tratta di un criterio già conosciuto, anche se con probabilità non ancora in forme compiute, da giuristi della tarda Repubblica e del primo Principato, come Quinto Mucio Scevola, Alfeno e Sabino. Di converso, l’*utilitas contrahentium* sembrerebbe trovare una posizione del tutto marginale nel pensiero dei compilatori giustiniane, essendo ricordata nelle Istituzioni imperiali in un solo passaggio e in modo del tutto incidentale».

<sup>28</sup> Ulp. 28 *ad ed. D.* 13.6.5.2: *Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum*

gico-argomentativo (ossia prescindendo, a monte, dal principio mobile del gioco degli interessi contrattuali sottesi al negozio), in seno alla più ampia problematica concernente la diversificazione di fondamento e limite della responsabilità per l'inadempimento dell'obbligo di restituzione della cosa mobile altrui, un fortunato orientamento della corte di cassazione<sup>29</sup>. Infatti

---

*dolus an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolum praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur;* su D. 50.17.23, cfr., per tutti, S. TAFARO, *Debito e responsabilità. Profili romanistici*, Bari, Cacucci, 2000, p. 69 ss.; 'Regula' e 'ius antiquum' in D. 50,17,23. *Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, 1, Bari, Cacucci, 1984, *passim*; vd., infine, Mod. 2 *sub titulo de deposito vel commodato* Coll. 10.2. Il sistema codicistico italiano ha consegnato un rigido sistema (unitario e oggettivo) tendenzialmente insensibile, almeno *prima facie*, alla logica duttile della *regula* romana dell'*utilitas contrahentium*, tale per cui solo in forza di precisi correttivi empirici sarebbe possibile scalfire la natura monolitica del giudizio di responsabilità *ex art.* 1218 cod. civ. (incapace, in punto di principio, di differenziare tanto la responsabilità del depositario da quella del comodatario, quanto quella del comodatario normale da quella del comodatario che detiene anche con vantaggio del comodante). La dottrina, per esempio, ha ricavato il principio secondo cui la responsabilità del soggetto tenuto alla prestazione, in quanto non riceve utilità in base al contratto, va valutata con minor rigore, dalla specifica disciplina di alcune figure di contratti gratuiti, come quella versata nell'art. 1710 (ove è stabilito che «il mandatario è tenuto a eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia», e si precisa, sempre all'interno del comma iniziale, che, «se il mandato è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore»), nonché nell'art. 1768 cod. civ. (ove, precisato al comma 1 che «il depositario deve usare nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia», si afferma al comma successivo che, «se il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore»): vd., sul punto, G. SANTUCCI, *'Diligentia quam in suis' e valutazione della responsabilità per colpa 'con minor rigore' nel codice civile italiano*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli, Jovene, 2006, p. 375 ss.; L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *TSDP*, 5 (2012), pp. 49 s., 67 ss., 160.

<sup>29</sup> Cfr. Cass., 17 novembre 2010, n. 23211, in *I Contratti*, 2011, p. 329 ss. (con nota di R. SENIGAGLIA, *La rilevanza contrattuale dell'obbligazione di custodire nei contratti misti a struttura complessa*): «nel caso dell'affidamento di un'autovettura ad un'officina per la riparazione, l'obbligazione della custodia e della riconsegna fanno parte di un contratto misto nel quale confluiscono le cause del deposito e di altro contratto, in cui l'obbligo di custodia e di restituzione assume funzione accessoria, in quanto finalizzato all'adempimento dell'obbligazione principale, costituita dall'espletamento della riparazione dell'autoveicolo. Per vincere la presunzione *iuris tantum* di gratuità del deposito stabilita dall'art. 1767 cod. civ. non può ritenersi sufficiente l'esercizio da parte del depositario di una qualsiasi attività economica nell'ambito della quale il deposito e la custodia non assumono una rilevanza tipica, tale da farne ritenere implicita l'onerosità, ma è necessario che il depositario eserciti un'attività abituale di custodia giacché solo la natura abituale e professionale della custodia esclude che la prestazione possa ritenersi gratuita integrando l'esercizio di un'attività necessariamente economica nell'ambito della prestazione di servizi».

ti, con particolare riguardo al caso del contratto a causa mista e a struttura complessa di ‘rimessaggio di un autoveicolo in vista della riparazione’, i supremi giudici hanno giustificato la responsabilità – a fonte e a cause di esonero di tipo oggettivo – in capo al riparatore-custode ragionando in termini di sussumibilità della fattispecie concreta – in ossequio alla teoria della combinazione e dell’integrazione delle due figure tipiche del contratto di prestazione d’opera e di quello di deposito oneroso – nell’art. 1218 cod. civ. e nell’art. 1780 cod. civ.<sup>30</sup>, ovviamente solo dopo che sia stata vinta la presunzione *iuris tantum* di gratuità della prestazione custodiente ex art. 1768: non solo per colpa, ma anche in ipotesi di provata diligenza nell’esecuzione del contratto, è chiamato a risarcire il danno chi contrattualmente sia tenuto, dietro corrispettivo dovuto dalla controparte, a riparare e a restituire la cosa riparata. E ciò contro quel pregresso orientamento giurisprudenziale, opposto nella soluzione, ma omogeneo quanto al metodo sillogistico e legalistico, che, invece, una volta sposata la tesi dell’assorbimento (la quale implica in casi siffatti la prevalenza anche di ‘regime’ oltre che di ‘causa’ sul deposito del contratto d’opera), invoca l’art. 1176 cod. civ. e l’art. 1177 cod. civ. per supportare una responsabilità a titolo di colpa in capo al prestatore d’opera quale custode (e non depositario) solo in via ‘accessoria’<sup>31</sup>.

Si tratta di una via finalizzata ad ascrivere le conseguenze negative dell’inadempimento al prestatore d’opera custode, la quale – modulata in due soluzioni divergenti ancorché basate su una comunanza di vedute (ossia patrocinianti o la responsabilità oggettiva o la responsabilità per colpa) –, non solo tende a vanificare l’unitario sistema generale di responsabilità contrattuale che il nostro codice civile configura elevando rigorosamente l’inadempimento in sé e per sé (e non l’inadempimento imputabile) a sola fonte

---

<sup>30</sup> Cfr. Cass., 19 luglio 2004, n. 13359, in *Mass. giust. civ.*, 2004, p. 7 s.: «l’art. 1780 cod. civ. trova integrale applicazione anche quando l’obbligazione di custodia e della riconsegna sia necessariamente compresa nel contenuto di un contratto diverso (come nella specie il contratto d’opera) o formi parte di un contratto misto nel quale confluiscono le cause del deposito e di altro contratto. In tema di responsabilità del depositario l’art. 1780 cod. civ., che prevede il caso della sottrazione della cosa depositata per ricollegarvi un obbligo di avviso al depositante, ripete la regola stabilita dall’art. 1218 cod. civ.; per ottenere la liberazione il depositario è tenuto a fornire la prova che l’inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile. La prova liberatoria verte non tanto sulla diligenza quanto sul fatto che ha causato l’evento».

<sup>31</sup> Cass., 27 ottobre 1981, n. 5618; Cass., 23 gennaio 1986, n. 430; Cass., 25 settembre 1995, n. 10116. Ma contro tale esito (imputazione per colpa) in ipotesi di ‘custodia accessoria’, cfr. C. PELLOSO, *L’obbligo di custodia*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da M. Talamanca e L. Garofalo, 1,2, Padova, Cedam, 2014, p. 645 ss.

oggettiva dell'obbligo risarcitorio<sup>32</sup>, ma – è quasi superfluo rammentarlo – assai poco si lascia permeare, in vista della soluzione concreta del caso, dall'esigenza, ragionevole oltre che razionale, di parametrare il criterio di imputazione dell'inadempimento (variabilmente oggettivo o soggettivo) all'equilibrio tra le posizioni delle parti contrattuali (e, quindi, alla onerosità e alla gratuità del negozio divisato). Esigenza quest'ultima che, invece, è posta al centro di quel sistema di responsabilità che lo stesso Gaio lasciava intuire ai suoi discenti, lumeggiando plasticamente il caso della mancata restituzione della *res* del *locator* (committente) da parte del *conductor operis* (lavandaio o rammendatore prestatore d'opera), una volta ritenuto quest'ultimo la parte contrattuale nella cui prevalente *utilitas*, nel complesso dell'operazione, si configurava la detenzione gratuita della *res* su cui svolgere, dietro corrispettivo, l'*opus*<sup>33</sup>. In altre parole, là dove la giurisprudenza italiana riconosce una responsabilità oggettiva da deposito oneroso, l'*utilitas* di entrambe le parti giustificerebbe un fondamento colposo; là dove la giurisprudenza italiana riconosce una responsabilità a titolo di colpa per inadempimento della singola prestazione custodiente, l'*utilitas* pre-

<sup>32</sup> A ben vedere, infatti, è l'art. 1218 cod. civ. che configura generalmente e fisiologicamente una responsabilità oggettiva a livello di fondamento (l'art. 1176 cod. civ. rispondendo ad altra istanza): cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi'*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, pp. 281, 290, 294 s., 300 ss., 312 s., 317 s., 379 s.; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile* (nt. 18), pp. 455 ss.; 555 ss., 559 s.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 424 ss., 630 s.

<sup>33</sup> Gai. 3.205-206: *item si fullo polienda curandaue aut sarcinator sarcienda uestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si soluendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem saluam esse. Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodauimus. nam ut illi mercedem capiendae custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendae similiter necesse habet custodiam praestare*. Sul punto, con riguardo all'ipotesi del versamento previo della *merces*, mi permetto di rinviare a C. PELLOSO, '*Custodia*', '*receptum*' e responsabilità contrattuale, in *Seminarios Complutenses*, 29 (2016), pp. 263 ss., 271 s. In vero, e a precisazione di quanto scrivevo nel contributo appena citato, una volta riconosciuto che il tenere la *res* da parte del *conductor* è prestazione 'singola' cui non corrisponde alcuna controprestazione in capo al *locator*, è giocoforza ritenere, sempre all'insegna della *utilitas contrabentium*, che la sola alternativa classicamente plausibile è quella tra *dolus* e *custodia* (mentre – cosa da escludere in pratica, ancorché ipotizzabile in teoria, come emerge da D. 4.9.5 pr. [*et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt*] – se la *merces* fosse controprestazione e dell'*opus* e della detenzione, allora l'inadempimento dell'obbligo di *reddere* sarebbe da imputare a titolo di *culpa*). Il *conductor operis*, cioè, risponderebbe solo per dolo e colpa grave in caso di mancato previo versamento della *mercede*, in tal frangente ben potendosi dire la detenzione della *res* nell'interesse prevalente del *locator*.

valente in capo al prestatore d'opera giustificerebbe un fondamento oggettivo dell'obbligo risarcitorio.

Il diritto interpretato è 'nel caso' e l'argomentazione della soluzione al caso parte 'dal caso', in un rapporto che, pur non condividendo l'ansia del modello legislativo di arginare la minaccia del divenire, controllando il futuro e l'im-prevedibile<sup>34</sup>, partecipa dello scopo legislativo di fagocitare il caso attraverso l'applicazione di una regola benché non attraverso il congegno della '*facti species*'<sup>35</sup>. Se, interrogandosi finemente sullo 'statuto ontologico e fenomenologico' del giuridico, Adolf Reinach sosteneva nel XX secolo che, come le piante, i numeri, le case, le entità giuridiche sono dotate di un 'essere' – una 'regalità a priori assoluta, si potrebbe dire sulla scorta di Pindaro<sup>36</sup>; una *physis* universale, direbbe Aristotele<sup>37</sup> – che ben pre-

<sup>34</sup> E. SEVERINO, *Legge e caso*, Milano, Adelphi, 1979, p. 15.

<sup>35</sup> E. BETTI, *Diritto romano*, 1, Padova, Cedam, p. 4.

<sup>36</sup> Mi pare, infatti, che questa sia una linea di pensiero emergente anche nel celeberrimo frammento pindarico n. 169 (Snell-Maehler) per cui, stando all'insuperabile approfondimento interpretativo del Gigante, il *nomos* quale re è, conformemente a un universalismo 'naturale', un'idea, un «principio assoluto» che assoggetta, nella sua superiorità, tanto uomini quanto divinità (M. GIGANTE, '*Nomos basileus*'. *Con un'appendice*, Napoli, Bibliopolis, 1996, pp. 72 ss., 94, 102, 112); e parimenti emerge da quel celebre passo erodoteo che, nel citare in parte Pindaro, dopo aver contrapposto l'istituto greco della cremazione dei morti a quello della necrofagia proprio degli indiani callati, è ben lungi dal proclamare la 'relatività sovrana dei costumi', tutt'al contrario statuendo l'esistenza e l'operatività di un 'principio universale' che, nella sua 'regalità panica', vincola ogni popolo a 'compiere atti di pietà verso i genitori defunti', ferme restando le plurime differenze attinenti alle modalità di adempimento, variabili contingentemente da ordinamento a ordinamento, ma giammai negative del presupposto principio universale (Herod. 3.38). Esisterebbe dunque per Pindaro e per Erodoto – come più in generale per Reinach – un'idea di dovere *a priori* di pietà declinabile in plurimi regimi positivi mutevoli.

<sup>37</sup> Questa stessa anima vivifica il 'rapporto dialogico' tra il 'giusto' fisico (per natura) e il 'giusto' nomico (per convenzione umana), ossia tra il *nomos* comune e il *nomos* particolare: intendendo, infatti, in Arist. *Eth. Nic.* 1134 b 18-24 (cfr., inoltre, Arist. *pol.* 1287 b) il diritto c.d. fisico (o 'comune' secondo Aris. *rhét.* 1368 b, 1373 b) come quel diritto che, esprimendosi in termini universali, può essere specificato dall'uomo (ma non negato o mistificato), tra 'ciò che è scritto come proprio di una *polis*' e 'ciò che non è scritto ed è comune' (ossia, entro il giusto politico, tra ciò che è 'fisico' e ciò che è 'nomico') non si instaura un rapporto antagonista, ma solo di 'sinergia dialettica', in aperta polemica con le argomentazioni relativistiche dei sofisti (in tali termini, persuasivamente, G. ZANETTI, *La nozione di giustizia in Aristotele*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 5 ss.): così, se l'esempio aristotelico della norma che impone di 'sacrificare in onore di Brasida' può scomporsi in un *nomos koinos* (universale) che impone senz'altro il 'sacrificio', e in una puntualizzazione (particolare) di *nomos idios* che precisa il destinatario (o, in altri frangenti, può precisare diverse modalità del sacrificio), allo stesso modo il passo erodoteo attesta un rapporto simile tra vincolo generale di 'pietà verso i genitori defunti' e disposizioni particolari che specificano il *quomodo* della 'pietà filiale' (cfr., *amplius*, C. PELLOSO, *Coscienza*

scinde dal riconoscimento costitutivo umano<sup>38</sup>, lo stesso Gaio, in un contesto assai meno sofisticato e concettuale, ma in termini sotto numerosi profili analoghi a quelli dell'allievo di Husserl, insegnava come l'*interpretatio* del *ius* fosse attività ben altra tanto dall'essere una 'figura retorica' tesa a manipolare un testo scritto per attribuirgli un significato<sup>39</sup>, più che per scoprirne il significato<sup>40</sup>, tanto dall'essere una mera *lectura legis* talora addirittura inserita in un'opera di mistificazione della realtà per far prevalere il testo scritto, come pare ritenere la corte di cassazione in molte sue pro-

---

*nomica e scienza giuridica: un confronto tra il modello 'autoritativo' ateniese e il modello 'anarchico' romano*, in *Revista General de Derecho Romano*, 26.1 [2016], p. 31 ss., nonché in *Atene e oltre. Saggi sul diritto dei Greci*, Napoli, Jovene, 2016, p. 44 ss.).

<sup>38</sup>Cfr. A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1989, p. 4 ss. La tesi ontologica predica l'esistenza di fondamenti *a priori* del diritto, necessari e universali – per esempio, il rapporto tra una promessa e l'obbligo e il credito da essa prodotti, così come la connessione essenziale tra l'estinzione di una obbligazione e il suo adempimento –, senza considerare come propria intrinseca aporia che il diritto positivo presenti, e fisiologicamente, istituzioni contingenti e mutevoli. A mente anzitutto di Husserl (cfr. E. HUSSERL, *Idee per una fenomenologia pura e una filosofia fenomenologica*, Torino, Einaudi, 1965, *passim*), là ove lo studioso spiega che la contingenza dell'individuo (*token*) è sempre correlata alla 'necessità eidetica' della sua specie (*type*), Reinach, infatti, precisa che i caratteri essenziali delle entità giuridiche che vengono predicati dalle proposizioni del diritto *a priori* impattano sui singoli individui con modificazioni che avvengono in seno a una 'legalità essenziale': «che una pretesa si estingua mediante adempimento è certo così chiaro allo stesso modo soltanto di un assioma logico o matematico. Ma se si dovesse dimostrare opportuno, per quale motivo il diritto positivo non dovrebbe adottare la statuizione in base alla quale certe pretese si estinguono solo se il loro adempimento sia stato convalidato in modo autentico dal più vicino tribunale? Siamo qui ad un punto da cui prenderà certamente origine la maggior parte delle contestazioni alla nostra fondazione di una dottrina *a priori* del diritto. Esse sono infinitamente ovvie: come si può voler enunciare le leggi *a priori* con la pretesa ad una validità assoluta, se ogni diritto positivo può mettersi nel più evidente contrasto con esse?» (REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile* [nt. 38], p. 179 s.).

<sup>39</sup>Vd., per tutti, P.G. MONATERI, *Interpretazione del diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 10, Torino, Utet, 1993, p. 32 s.

<sup>40</sup>Sul ruolo centrale nell'esperienza giuridica della *interpretatio*, cfr., paradigmaticamente, A. BURDESE, *Note sull'interpretazione in diritto romano*, in *BIDR*, 91 (1988), p. 181 ss. (nonché in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 10, Torino, Utet, 1993, p. 1 ss., e in *Miscellanea romanistica*, Madrid, Fundación seminario de derecho romano Ursicino Álvarez, 1994, p. 13 ss.; *Diritto romano e interpretazione del diritto*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, 1, Napoli, Jovene, 1997, p. 61 ss. Di recente, è tornato sulla costitutività della *interpretatio* contro la dichiaratività dell'interpretazione, C. BALDUS, *Gesetzesbindung, Auslegung und Analogie: Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts*, in *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*<sup>3</sup>, hrsg. K. Riesenhuber, Berlin, De Gruyter, 2015, p. 26 ss. (ma vd., comunque, L. LANTELLA, *Dall'interpretatio iuris' all'interpretazione della legge*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne*, 1 [nt. 40], p. 559 ss.).



nunce e ancora oggi dottrina autorevolissima propugnante una neo-esegesi<sup>41</sup>. Gaio crede e insegna che le regole di diritto possano essere tratte dalla ‘realtà’, tanto naturale quanto sociale, prima ancora che dalla legge: nel suo procedere *per argumenta*, la *iuris prudentia* romana, dopo aver osservato con occhio clinico e analitico fatti, atti e rapporti (*res*), ne può offrire una rappresentazione linguistica e concettuale, ossia corrispondente alla natura (*verba*), e trarre così ‘naturalisticamente’ le regole giuridiche per il caso controverso della vita che è chiamato a risolvere. Così – egli scrive contro coloro che, sostenendo la bipartizione tra *furtum manifestum natura* e *furtum manifestum lege*, paiono attribuire al legislatore il potere di incidere sulla realtà che, oggettivamente, la ragione umana può solo comprendere e descrivere – è *verius* che la sottrazione furtiva di una cosa vada riconosciuta come ‘flagrante’ (*furtum manifestum*) solamente perché così, a fronte ovviamente della definizione stipulativa dell’‘essere manifesto’, è qualificabile una condotta in conformità al suo essere tale nella realtà delle cose (*natura* come l’‘essere’ di una *res*) e, dunque, al contempo al suo essere in quanto tale intellegibile e descrivibile dall’uomo (*natura* come la *ratio* dell’uomo)<sup>42</sup>. La legge (e, allo stesso modo se non anche a più forte ragione, i *prudentes* e i giudici) non può modificare, o addirittura adulterare, la realtà delle cose: non può rendere *fur* chi *fur* non è, come non può fare di chi *fur manifestus* non è un *fur manifestus*. Al più la legge può, a fronte di una realtà comprensibile dalla *ratio* e descrivibile dai *verba*, *iubere* che chi non è ladro colto in flagranza sia comunque assoggettato alle medesime conseguenze di chi ha commesso *furtum manifestum*, come è – ad esempio – per il caso di *furtum lance et licio conceptum*, atteso che la refurtiva rinvenuta a seguito della pittoresca *quaestio* condotta dal derubato presso il ladro sospettato viene equiparata, in forza di prescrizione legislativa, alla refurtiva che il ladro colto in flagranza ha presso di sé<sup>43</sup>. Per Gaio, così

<sup>41</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 131 ss.

<sup>42</sup> C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, Vita e Pensiero, 1937, p. 70 ss.; G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*<sup>2</sup>, Torino, Giappichelli, 1967, p. 99 ss.; W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in ANRW, 15.1 (1976), p. 78 ss.; H. WAGNER, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius ('ius gentium' und 'ius naturale' in ihren Verhältnis zum 'ius civile')*, in *Studia Amstelodamensia ad epigraphicam, ius antiquum et papyrologicam pertinentia*, Zutphen, Hakkert, 1978, p. 115 ss.

<sup>43</sup> Gai. 3.192: *Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta. lex autem eo nomine nullam poenam constituit; hoc solum praecipit, ut qui quaerere uelit, nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens; qui si quid inuenerit, iubet id lex furtum manifestum esse*; Gai 3.194: *quod lex ex*

come sarà per Santi Romano<sup>44</sup>, la *lex* dell'uomo (anche quella, tanto normativa quanto autorevole, delle XII tavole), e così parimenti i magistrati giudicanti, non ha la forza di modificare le *res* e non può contrapporsi alla realtà (*natura*): con i suoi *verba*, per quanto autoritativi non onnipotenti, può descrivere una data realtà e prescrivere che un'altra e differente realtà sia assoggettata alla medesima disciplina della prima, al di là di una *fictio iuris* autentica<sup>45</sup>.

---

*ea causa manifestum furtum esse iubet, sunt, qui scribunt furtum manifestum aut lege intellegi aut natura: lege id ipsum, de quo loquimur, natura illud, de quo superius exposuimus. sed verius est natura tantum manifestum furtum intellegi; neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit, fur sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter vel homicida sit; at illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur, atque si furtum vel adulterium vel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admiserit. Cfr. G.G. ARCHI, 'Lex' e 'Natura' nelle Istituzioni di Gaio, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Köln, O. Schmidt, 1978, p. 3 ss.; E. BIANCHI, 'Modernità' e riflessioni teoretiche sul carattere prescrittivo della 'lex' in *Gai. 3.194*, in *SDHI*, 79 (2013), p. 808 ss.; sull'uso di *proinde ac-atque si* e di *quasi* come di *pro, loco esse, velut, vice*, indici di una possibile ma non necessaria *fictio*, cfr., oltre a S. BRASSLOFF, *Über den Gebrauch von 'proinde' und 'perinde' bei den klassischen Juristen*, in *Archiv für lateinische Lexikographie und Grammatik mit Einschluß des älteren Mittellateins*, 15 (1907-1908), p. 473 ss., e a W. KERBER, *Die Quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung*, Würzburg, Edizione dell'autore, 1970, p. 10 ss. e 75 ss., da ultimo, E. BIANCHI, 'Fictio iuris'. *Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, Cedam, 1997, pp. 32, 58 nt. 97.*

<sup>44</sup> Secondo il giurista se «una norma giuridica equipara una realtà che riconosce e considera come tale ad un'altra diversa», allora «tale equiparazione non si risolve in una finzione, giacché non si dà per esistente o, viceversa, per inesistente ciò che rispettivamente non esiste o esiste, ma neppure implica una vera e propria modificazione della realtà alla quale si attribuiscono, a certi effetti, trattamenti propri di un'altra realtà» (S. ROMANO, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 214).

<sup>45</sup> L'identità sul piano delle conseguenze giuridiche (a fronte di fatti naturalisticamente differenti) è ottenuta mediante una equiparazione che, per l'appunto, non integra una *fictio* giuridica propriamente detta: quest'ultima infatti presuppone, oltre a un provvedimento di autorità e non meramente prudenziale (così M.J. GARCIA GARRIDO, *Sobre los verdaderos limites de la ficción en derecho romano*, in *AHDE*, 27 [1957-1958], p. 312; BIANCHI, 'Fictio iuris' [nt. 43], p. 347 ss.), non tanto una 'equivalenza' di regime, quanto una 'sostituzione' di un dato storico occorso o non occorso – cosa, atto, fatto – con un altro dato, giuridicamente rilevante, che si finge non occorso o occorso (cfr. la distinzione fra tali finzioni autentiche, dette 'storiche', e quelle costruzioni teoretiche o concettuali che, dette 'finzioni dogmatiche', così come le equiparazioni, non sono veramente finzioni). Una celeberrima *fictio* pretoria è quella del passaggio del tempo utile *ad usucapionem* nella formula dell'*actio Publiciana* (cfr. L. DI LELLA, 'Formulae ficticiae'. *Contributi allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli, Jovene, 1984, p. 98, nt. 68): il pretore non può mutare la realtà storica (il tempo non è passato e non può passare per autorità del magistrato) e quella del *ius civile* (il *dominus* pretorio non diviene e non può divenire *dominus* quiritario per autorità del magistrato), ma può far sì che il giudice, vincolato dalla *formula*, emetta una sentenza, supponendo falsamente esistente – ossia *contra rem* e *contra verum* – una

## 2. *Giurisprudenza a-dogmatica e coscienza giudiziale*

La nostra giurisprudenza – pur sempre nella imprescindibilità concreta dell’apporto valutativo nella determinazione della premessa maggiore (ossia nel passaggio dalla disposizione alla norma), aderendo teoricamente allo scientismo di marca giuspositivista<sup>46</sup> –, in tema di responsabilità medica e danni meramente patrimoniali, ha interpretato e argomentato in senso ortogonale rispetto alle direttive gaiane circa il rapporto tra diritto e realtà, così come, in tema di inadempimento del prestatore d’opera custode, ha intrapreso vie aeree sconosciute a quelle, tutte terrene, di Ulpiano e di Modestino. Tuttavia, vero è che il fenomeno della globalizzazione e la crisi del giuspositivismo radicale<sup>47</sup>, insieme alla crisi delle fonti del diritto nell’alveo del processo<sup>48</sup>, hanno assottigliato sempre più il divario esistente tra i sistemi tendenzialmente chiusi (come quello italiano) e quelli aperti (come sono quelli anglo-americani e come era, pur diversamente, quello romano)<sup>49</sup>.

Da un lato, non si può che riscontrare l’asestarsi progressivo nei primi del protagonismo del potere interpretativo giudiziale rispetto alla centralità del codice (tanto indiscusso nei fatti, quanto inaspettato rispetto alle premesse ideali); dall’altro, se ancora viene invocata formalmente nelle istituzioni e dai politici – e forse ancora nelle aule universitarie – la subordinazione del giudice alla legge, non v’è chi non veda come si tratti di uno slogan traluzio proclamato stancamente e con assai scarsa convinzione, piuttosto che di un mantra performativo.

---

circostanza storico-fattuale attualmente inesistente (ma concepibile e possibile, quale il decorso del *tempus usucapionis*), così superando i limiti di tutela del *ius civile*.

<sup>46</sup> P.G. MONATERI, «Correct our watches by the public clocks». *L’assenza di fondamento dell’interpretazione del diritto*, in *Diritto giustizia e interpretazione*, a cura di J. Derrida e G. Vattimo, Roma-Bari, Laterza, 1998, p. 189 ss.

<sup>47</sup> Per un quadro, vd. F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005, *passim*.

<sup>48</sup> Vd., paradigmaticamente, F. MODUGNO, *A mo’ di introduzione. Considerazioni sulla ‘crisi della legge’*, in *Trasformazioni della funzione legislativa, 2, Crisi della legge e sistema delle fonti*, a cura di F. Modugno, Milano, Giuffrè, 2000, p. 1 ss.; M.R. FERRARESE, *Il successo dell’istituzione giudiziaria*, in *Inchiesta sulla legge nell’Occidente giuridico*, a cura di U. Vincenti, Torino, Giappichelli, 2005, p. 79 ss.; N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 482 ss.

<sup>49</sup> Cfr. U. VINCENTI, *L’universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova, Cedam, 2003, p. 73 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell’aequitas*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 23 ss.

La legge mercatoria e le prassi transnazionali contrattuali<sup>50</sup>, il prevalere di principi orientanti rispetto alle categorie vincolanti<sup>51</sup>, insieme alla percezione, nei paesi democratici europei, sia della lentezza del diritto legislativo sia della lontananza del sistema dalle istanze concrete della società nei suoi più o meno ampi scomparti<sup>52</sup>, sono fattori che hanno contribuito, e non poco, a concentrare sulla istituzione giudiziaria poteri di ampiezza e profondità prima impensabili. Le soluzioni delle corti sono viste e impiegate come fonti autoritative di immediata operatività, veri e propri mattoni di un edificio giurisprudenziale autonomo, spesso autoreferente, e parallelo, ma sempre più spesso in posizione di priorità, al corpo legislativo. E ciò anche se – ad onore del vero – il cortocircuito interno sia quanto mai solare, atteso che massimari, repertori, codici annotati con giurisprudenza attestano sì l’innegabile apertura di un sistema prima chiuso e la nuova centralità del potere interpretativo-creativo del giudice, ma al contempo sono anche indici di come il sistema, modificatosi più che novellatosi, non abbia comunque la forza di liberarsi totalmente dalle gabbie del positivismo, posto che i *topoi* giurisprudenziali delle massime – usati con furore quasi compulsivo dalla prassi, prima ancora del codice e della legge –, nell’omettere il caso di specie e nel periodare sentenziosamente generale, imitano lo stile e riproducono i contenuti astratti della legge, diventandone – nelle forme – una brutta (o, forse, anche una migliore se rapportata all’attuale stile legislativo<sup>53</sup>) copia.

<sup>50</sup> Cfr. GENTILI, *Il diritto come discorso* (nt. 11), p. 119 s.

<sup>51</sup> Cfr. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile* (nt. 18), p. 51 s., nonché G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, Pisa, Pacini, 2015, p. 167 ss.

<sup>52</sup> Cfr. [https://data.europa.eu/euodp/data/dataset/S2143\\_88\\_3\\_STD88\\_ENG](https://data.europa.eu/euodp/data/dataset/S2143_88_3_STD88_ENG): l’inchiesta ‘Standard Eurobarometro 88’, condotta tra il 5 e il 19 novembre 2017, attesta una situazione non sorprendente, ma deludente dell’opinione pubblica dell’Unione europea (UE) per quanto riguarda la fiducia nelle istituzioni nazionali e nei partiti politici nonché la soddisfazione per l’ordinamento democratico in sé. Solo una minoranza degli intervistati ha fiducia nel proprio governo nazionale (36% contro il 59%), mentre la sfiducia è aumentata di due punti percentuali dalla primavera 2017 (la fiducia ha perso un punto). Solo una minoranza degli intervistati si fida del parlamento nazionale, con un leggero calo rispetto al passato (35%, – 1, contro il 58%, + 1). Anche la fiducia nei partiti politici è diminuita di un punto (18%, – 1, contro il 77%, + 2). Il 42% degli europei (dato invariato dalla primavera 2017) è insoddisfatto in generale del funzionamento della democrazia nel proprio Paese, una percentuale leggermente superiore a quella del 2004; ma è notevole che gli intervistati in dieci Stati membri rimangono prevalentemente insoddisfatti del funzionamento della democrazia a livello nazionale, soprattutto in Grecia (77%), Croazia (72%), Lituania e Romania (64% in entrambi i Paesi) e Italia (61%).

<sup>53</sup> AINIS, *L’eclissi della legge*, in *Inchiesta sulla legge nell’Occidente giuridico* (nt. 48), p. 61 ss.

Un nuovo approccio giurisprudenziale, così, esalta la dogmatica debole come viatico di un *iter* argomentativo non più rigidamente costretto dalla *lectura legis*, suffragando l'idea che il concetto e la categoria non siano vincolanti e che la disposizione normativa sia solo una delle plurime e contestuali premesse di un ragionamento non assiomatico che conduce a soluzioni che, invece, hanno per determinanti i valori e gli interessi in gioco. A tal riguardo, una recentissima pronuncia si mette in evidenza non tanto per i contenuti, tutt'altro che innovativi, della sua decisione, quanto per il metodo applicato<sup>54</sup>. In linea con un orientamento oramai consolidato<sup>55</sup>, in ipotesi di grave inadempimento imputabile all'intermediario finanziario, la suprema corte ha sostenuto che l'investitore, quale parte fedele del rapporto, è legittimato ad agire per la risoluzione dei singoli ordini di investimento. Da un lato, la decisione rifiuta la tesi dottrinale secondo cui i rapporti intercorrenti tra investitore ed intermediario sono riconducibili al modello codicistico del conto corrente bancario misto al mandato senza rappresentanza, e le singole compravendite di strumenti finanziari concluse dall'intermediario non sono autonomamente risolvibili consistendo in operazioni meramente esecutive nella cornice unitaria di un rapporto di negoziazione<sup>56</sup>. Tuttavia, dall'altro, al fine di supportare la autonoma risolvibilità degli ordini di investimento, la suprema corte non aderisce apertamente alla qualificazione del contratto a monte come 'contratto di cooperazione di tipo normativo' e alla interpretazione delle singole operazioni come particolari 'contratti sinallagmatici' conclusi con proposta degli investitori e accettazione degli intermediari mediante esecuzione. Il giudice né si vuole vincolare a schemi qualificatori e inquadramenti dogmatici, né intende

---

<sup>54</sup> Cass., 25 maggio 2017, n. 12937: «A fronte dell'inadempimento dell'intermediario degli obblighi imposti dalla normativa di legge e di regolamento Consob l'investitore, contraente non inadempiente, ben può agire per la sola risoluzione dei singoli ordini di investimento nei quali il detto inadempimento si è consumato ... Condizionare nella specie la caducazione dei singoli ordini alla caducazione dell'intero rapporto (altrimenti detto, al contratto quadro) implica far perdere al contraente non inadempiente, quale è qui l'investitore, le utilità che pur il rapporto gli ha arrecato, per transitarle a vantaggio del contraente inadempiente, quale qui rappresentato dall'intermediario. Non sembra dubbio, per contro, che in situazioni del genere a risultare meritevole di protezione sia il contraente non inadempiente e non già quello che, per contro, si è macchiato di inadempimento».

<sup>55</sup> Cass., 27 aprile 2016, n. 8394; Cass., 18 maggio 2016, n. 10161; Cass., 9 agosto 2016, n. 16820; Cass., 19 maggio 2014, n. 23717.

<sup>56</sup> F. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 889 ss.; *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1 ss.

procedere lungo un *iter* solutorio di tipo sillogistico. Preferisce, invece, l'empiria che opera scelte sulla base di un adeguato bilanciamento di interessi e che conforma, nella cornice dei principi, la regola di diritto finale alla realtà dei fatti e alle posizioni contrapposte dei soggetti coinvolti, prima che al dato positivo e alle categorie. Pur riconoscendo il sussistere di un'unica struttura negoziale complessa, e pur lamentando la insufficienza della qualifica del contratto a monte come contratto quadro normativo, la corte di cassazione ha ritenuto la qualificazione giuridica degli ordini di investimento – o come segmenti di una medesima unica prestazione o, in alternativa, come autonomi atti negoziali – non essere affatto determinante. Quello che solo rileverebbe per la migliore soluzione dei problemi sarebbe l'attuazione di un concreto regolamento che si conformi agli interessi chiamati in causa.

Si tratta, oltre ogni evidenza, di un tipo di *iter* decisionale e argomentativo che non solo si discosta dall'ideale, pan-legalistico e scienziato, professato da Windscheid e ricordato in apertura, ma altresì supera nei fatti quell'interessante, se non persuasivo, filone sociologico che – valorizzando peculiarmente, tra l'altro, l'art. 133 cod. proc. civ. che consente la redazione della motivazione anche dopo non poco tempo dalla deliberazione – ritiene di tipo 'oracolare', più che autenticamente 'razionale', il nostro diritto vivente<sup>57</sup>. Il giudice, per individuare la regola di condotta applicabile al

---

<sup>57</sup> F. CAMMISA, *'Intentio auctoris'. Segni di continuità tra giurisprudenza oracolare e giustizia razionale*, Torino, Giappichelli, 2002, *passim*. Una analogia a-razionalità del giudizio, inserita in un contesto di religiosità, si riscontrerebbe secondo molti autori pure nella fase più remota del processo civile romano: contro tale tesi, mi permetto di rinviare a C. PELLOSO, *'Giudicare' e 'decidere' in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, Cedam, 2012, p. 108 s. e nt. 81. È, ancora una volta, alla sola 'oracolarità formale', piuttosto che a procedimenti decisorii imperniati sulla a-razionalità e, quindi, alla 'oracolarità sostanziale' (S. RANDAZZO, *'Roman Law' vs 'US Law'? Il contributo del diritto romano ad un dialogo possibile*, in *Ius*, 57 [2010], pp. 5 ss., 21 s., 34) che va ricondotta, per Roma, la figura del giurista-sacerdote. Da un lato, lo stesso Cicerone, citando Ennio, esaltava tramite Crasso la *dignitas* e l'*auctoritas* del *prudens*, direttamente paragonando il *munus* della *scientia iuris* a quello dell'Apollonio Pizio nel pronunciare i suoi vaticinii per il mezzo dell'oracolo delfico e, per di più, rappresentava la casa di Quinto Mucio Augure come l'*oraculum civitatis*, ossia il luogo 'sacro' cui i cittadini accorrevano per ricevere udienza e consulto (vd. Cic. *de or.* 1.45.199-200; vd. M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*<sup>2</sup>, Napoli, ESI, 1982, pp. 66, 80; F.M. D'IPPOLITO, *Sulla giurisprudenza medio-repubblicana*, Napoli, ESI, 1988, pp. 82 ss., 97 ss., 101). Dall'altro, in contrapposizione alla figura elogiata da Crasso, Cicerone nella *pro Murena* dipinge, con tratti decisamente negativi, il *iuris prudens* quale geloso del carattere oracolarmente misterico della sua *tenuis scientia*, depositario, più che di un'autentica *ars*, di una dottrina segreta e impenetrabile che determina la *magna potentia* del ceto (vd. *pro Mur.* 11.25, insieme a Liv.

caso concreto, muoverebbe tendenzialmente dall'intuito, dal sentimento, dalla pre-comprensione, anche se *ex post*, ossia a livello di motivazione, ometterebbe del tutto il riferimento agli argomenti di tipo extra-legali che hanno supportato la sua decisione, così destinati a rimanere secretati nella sua coscienza, e ancorerebbe formalmente il suo 'sentire il caso' alla *littera legis* armando la pronuncia di una sequela logico-dimostrativa di tipo assiomatico per giustificarla e proteggerla pubblicamente.

### 3. Uno sguardo verso la 'alterità' dell'esperienza giuridica ateniese

Sin qui e con sguardo proiettato principalmente all'oggi, ma sempre attento alle logiche prudenziali del diritto romano classico, sono stati contrapposti i caratteri di tre modelli antitetici: l'uno idealmente 'chiuso', 'panico', 'legalistico', 'scienista' (e per questo non solo poco propenso a concedere spazio alla creatività interpretativa nei c.d. *hard cases* e in ipotesi di *open texture*, ma addirittura non restio, se necessario, a piegare il reale al giuridico in astrattamente *plain cases*); l'altro 'aperto', 'giurisprudenziale', 'non sillogistico' (e per questo ampiamente dipendente da una interpretazione di tipo costitutivo, razionalista e naturalista); il terzo programmaticamente e declamatoriamente chiuso e legalistico, ma fattivamente e operativamente legato alla 'coscienza giudiziale', inverante anzitutto la 'coscienza sociale', prima che categorie, concetti, prescrizioni.

Le considerazioni svolte nei precedenti paragrafi – mettendo in luce come la pratica spesso non si conformi e non possa conformarsi *in toto* ad un dato modello ideale e come un modello ideale alternativo a quello di riferimento possa inverarsi nella pratica a spregio della coerenza interna – permettono allo storico dei diritti antichi anzitutto di meglio comprendere, all'insegna della rotondità acronica del diritto, l'ampia disparità di vedute dottrinali insorta negli ultimi anni circa il rapporto esistente nell'Atene del IV secolo a.C. tra disciplina positiva e potere giudicante per come necessariamente mediato dall'oratoria forense. Inoltre, consentono di valutare e di

---

9.46.5). L'immagine, inattuale per l'età tardo-repubblicana, del giurista oracolare dell'età arcaica (cfr., paradigmaticamente, M. BRETONE, *Storia del diritto romano*<sup>10</sup>, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 107 ss.; A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005, p. 66; E. STOLFI, *Die Juristenausbildung in der römischen Republik und im Prinzipat*, in *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, hrsgg. C. Baldus, T. Finkenauer e T. Rüfner, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 14) è, al netto dell'elogio o della stigmatizzazione, l'evidente modello ciceroniano.

contestualizzare – sempre con riguardo al diritto attico dell'età dei sedici oratori – la supposta schizofrenia, tutta simile a quella corrente, tra due poli sistemici: quello della declamazione del principio di regalità del *nomos* (ossia di sovranità del diritto positivo generale e astratto), da un lato, e quello della realtà di controversie lasciate interamente alla coscienza giudiziale, dall'altro.

#### 4. *Il giuramento eliastico tra sovranità dei 'nomoi', giudici laici e logografia decidente*

Secondo una ben consolidata scuola di pensiero, radicata soprattutto tra gli studiosi anglosassoni, il rapporto tra diritto e procedura nel IV secolo a.C. si inquadreterebbe in un sistema del tutto aperto in cui il *nomos* non funzionerebbe come imprescindibile fondamento del giudizio, ma come un pretesto di tipo razionale per faide sublimite dalla ritualità e sterilizzate nell'agone dialettico tra *logoi dikanikoi*; dinanzi ai *dikasteria* si celebrerebbero simulacri verbali di duelli fisici tra i membri delle *élites*; i processi sarebbero un meccanismo pubblico e non violento per determinare la posizione sociale delle parti all'interno della comunità, un'arena ideale ove definire le gerarchie sociali in atto; i giudici ateniesi non sarebbero chiamati a risolvere controversie secondo i principi e le regole del diritto positivo, avendo a ufficio, più che il controllo della condotta umana, la concreta regolamentazione delle relazioni sociali tra *politai* mediante intuito, coscienza, valori extra-nomici. Il giudice, quindi, non sarebbe stato in realtà né decisore né giudicante, posta la funzione solo formale della regola di diritto<sup>58</sup>.

Meno radicale è, invece, quel filone che parimenti è orientato a riconoscere all'argomentazione extra-nomica e alla coscienza giudiziale un ruolo preponderante nell'agone processuale, ma è comunque portato a riconoscere al *nomos* una funzione autentica nel processo, anche se ridotta alla mera ausiliarità<sup>59</sup>. Nel IV secolo a.C. i *nomoi* ateniesi – omologati sotto l'etichetta di '*pisteis* a-tecniche' da Aristotele accanto ai decreti, ai documenti privati, alle testimonianze, ai giuramenti, alle torture di schiavi – sarebbero stati mere 'forme di prova', o meglio 'mediatori di fiducia', 'strumenti di persuasione e convincimento'. Il *nomos*, se e solo se allegato,

<sup>58</sup> Cfr., per tutti, D. COHEN, *Law, Violence and Community in Classical Athens*, Cambridge, Cambridge UP, 1995, p. 82 ss.

<sup>59</sup> Cfr., per tutti, U.E. PAOLI, *Studi sul processo attico*, Padova, Cedam, 1933, p. 59 ss.



avrebbe limitato o guidato, ma mai vincolato, l'attività giudicante, al pari di una testimonianza; in ragione del principio *'iura non novit curia'*, i *dikaisteria* ateniesi avrebbero legittimamente ignorato il diritto positivo e risolto le controversie soprattutto in forza della loro coscienza e del loro senso di equità. In altre parole, la c.d. *gnome dikaiotate*, ossia la opinione più giusta ispirata dalle argomentazioni proposte in uno dei *logoi dikanikoi* antagonisti avrebbe operato per la prevalenza del *bonum* e dell'*aequum* nelle principali ipotesi di *status causae* del genere legale codificate da Ermagora di Temno, ossia in assenza di *nomoi* (a monte e a valle), in caso di antinomia, in caso di *amphibolia* e di contrasto tra scritto e volontà<sup>60</sup>. Il giudice sarebbe stato sia il giudicante sia il decidente, anche se il criterio solutorio avrebbe potuto essere rinvenuto sul piano dell'equità e non del diritto.

A esiti diametralmente opposti perviene quella terza corrente di pensiero (oggi minoritaria) che, pur enfatizzando l'importanza dell'argomentazione nel contenzioso processuale ateniese, sostiene l'applicazione rigorosa dei *nomoi* nel loro tenore letterale da parte dei giudici, secondo il meccanismo della sussunzione e il modello del ragionamento sillogistico<sup>61</sup>. Questa dottrina tuttavia concepisce al contempo il *nomos* come prova non libera ma dotata di uno statuto eccezionale rispetto alle altre: il *nomos* sarebbe un *'formaler Beweis'* e non un mezzo di persuasione lasciato al libero convincimento del giudice. Il formante – per impiegare un termine di moda – della *gnome dikaiotate*, ossia della coscienza extra-legale del giudice, avrebbe avuto un ruolo solo marginale, assolvendo una funzione suppletoria. In caso di lacuna a monte di *nomoi* (ma non anche in caso mancata allegazione), il giudice avrebbe deciso la controversia secondo equità, mentre a fronte del *nomos* vincolante e delle due opposte argomentazioni si sarebbe limitato a scegliere la regola di diritto rinvenuta e interpretata più persuasivamente da una delle due parti, ossia a giudicare ma non a decidere.

Le tre tesi succintamente descritte muovono da alcune premesse comuni, di per sé contestabili<sup>62</sup>: Aristotele concorre a precisare in termini di *pi-*

<sup>60</sup> Cfr., sugli *status causae*, M. SCOGNAMIGLIO, *'Nullum crimen sine lege'*. *Origini storiche del divieto di analogia in materia penale*, 2009, Salerno, Bruno Libri, p. 46 ss.

<sup>61</sup> H. MEYER-LAURIN, *Gesetz und Billigkeit im attischen Prozeß*, Weimar, Hermann Böhlau Nachf., 1965, p. 29 s.

<sup>62</sup> Cfr., nel senso di una interpretazione alternativa ai due filoni appena ricordati nei loro capisaldi, oltre a E.M. HARRIS, *The Rule of Law in Action in Democratic Athens*, Oxford, OUP, 2014, *passim*; C. PELLOSO, *'Nullum crimen et nulla poena sine lege'*. *Some Remarks on Fourth-Century Athens*, in *Seminarios Complutenses*, 30 (2017), p. 351 ss.; *'Nomos basileus'* e potere giudicante nell'Atene del IV secolo a.C., in *'Nomos basileus'*. *La regalità del diritto in Grecia anti-*

*stis* la natura del *nomos* e ad escluderne il ruolo necessitato fondante il giudizio; la logografia attesta il principio della pronunciabilità di sentenze in assenza di *nomoi* a monte (i quali, quindi, non sono presupposti indefettabili del *dikazein*); l'opinione giudiziale, formata a valle dei *logoi dikanikoi*, è il vero formante normativo (paritetico, quanto a efficacia, rispetto al *nomos*, se non addirittura ad esso poziore).

In primo luogo, la qualifica del *nomos* come *pistis* a-tecnica (*argumentatio inartificialis* ossia 'ragione probante' data, precostituita, estrinseca alla retorica, non modificabile e non trasformabile dall'oratore) non implica di necessità che l'equazione, rilevante sul piano di tale tecnica, sia pregnante anche a livello giuridico-processuale: ciò che per retorica è *pistis* a-tecnica non deve coincidere con ciò che per diritto è mezzo di prova<sup>63</sup>: Aristotele non è dirimente, quindi, della questione circa la natura del *nomos* e il suo ruolo formale nel processo.

In secondo luogo, nel c.d. *horkos dikastikos* o *heliastikos* (giuramento pronunciato annualmente dai giudici popolari) i *nomoi* non compaiono come un limite (o persuasivo o vincolante) di un potere giudiziale altrimenti arbitrario e totalmente discrezionale, ma come la stessa imprescindibile base del potere dicastico del *demos* ateniese e premessa del ragionamento decisionale. Lo stesso giuramento vincola i giudici a sentire entrambe le parti e a *dikazein kata tous nomous kai kata ta psephismata* esclusivamente su questioni risultanti o nell'atto di accusa (*graphe*) o nella domanda giudiziale (*egklema*); inoltre, *eisagogimos* (procedibile) è il caso controverso solo a condizione che, a fronte di un primo scrutinio del magistrato istruttore, l'azione superi la prova di ammissibilità alla corte, ossia risulti – anzitutto – inquadrabile entro un *nomos gegrammenos* che – come numerosissimi riferimenti nella logografia aiutano a sostenere – va citato a pena di improcedibilità nell'atto stesso di introduzione del processo<sup>64</sup>.

---

ca, a cura di C. Pelloso e P. Cobetto Ghiggia, Alessandria, Edizioni dell'orso, 2017, p. IX ss.; *La 'flessibilità' nella persecuzione del furto in diritto ateniese: concorso elettivo di azioni o criterio di specialità?*, in *RIDA*, 44 (2017), p. 53 ss.

<sup>63</sup> Arist. *rhet.* 1374 b: Περὶ δὲ τῶν ἀτέχων καλουμένων πίστεων ... εἰσὶν δὲ πέντε τὸν ἀριθμὸν, νόμοι, μάρτυρες, συνθήκαι, βάσανοι, ὄρκοι (quanto alle 'ragioni probanti' cosiddette 'estrinseche all'arte retorica', se ne contano cinque: νόμοι, testimoniante, atti privati, torture, giuramenti); cfr. Arist. *rhet.* 1355 b; Cic. *top.* 4.24; Quint. *inst. or.* 5.1.1.

<sup>64</sup> Aeschin. 3.6: Διόπερ καὶ ὁ νομοθέτης τοῦτο πρῶτον ἔταξεν ἐν τῷ τῶν δικαστῶν ὄρκῳ 'ψηφιοῦμαι κατὰ τοὺς νόμους' (così anche il legislatore ha stabilito in primo luogo nel giuramento dei giudici la clausola: voterò in conformità ai νόμοι); Dem. 20.118: καὶ περὶ ὧν ἂν νόμοι μὴ ᾄσι, γνώμη τῇ δικαιοτάτῃ κρινεῖν. καλῶς. τὸ τοίνυν τῆς γνώμης πρὸς ἅπαντ' ἀνερέγκατε τὸν νόμον (e con riguardo a tutto ciò intorno a cui non vi siano νόμοι, si decida secondo la γνώμη

Infine, la clausola inserita nell'*horkos dikastikos* secondo cui si accede al giudizio per la *gnome dikaiotate* (ossia a favore della 'opinione più giusta') 'intorno a ciò per cui non ci sono *nomoi*'<sup>65</sup>, non permette affatto di aderire alle tesi della funzione suppletoria, tesi che ritengono, consequenzialmente, che azioni e sentenze possano in Atene prescindere *in toto* dal *nomos*, ossia statuire vuoi *praeter legem* vuoi anche *contra legem* (come a Roma poteva essere *data* un'*actio* dal pretore anche in assenza di un fondamento in *ius civile* della pretesa). Poiché, come già si è sottolineato, un caso controverso poteva essere presentato solo con contestuale produzione in giudizio del *nomos* asseritamente violato, credo che sia da ritenere che il significato della clausola della *gnome dikaiotate* sia solo quello per cui, se il rapporto dedotto in giudizio non è disciplinato (o non è nettamente e precisamente disciplinato) da *nomoi* intesi come 'singole disposizioni inserite in un testo di legge', il giudice sceglie, tra le due, la proposta di sentenza più giusta<sup>66</sup>. E ciò – come attestano le fonti – o perché il *nomos* citato include un catalogo di condotte vietate tra cui solo per interpretazione estensiva o per analogia potrebbe essere annoverata quella ascritta al convenuto o all'accusato (la singola controversia riproducendo, quindi, lo *status causae* derivante, più che da *conlectio* o *syllogismus*, da *scriptum* che, in potenza, non condensi la più ampia *voluntas* del legislatore); o perché il *nomos*, norma secondaria, enuncia un dato illecito con un *nomen iuris* generale, sia senza descrizione chiara e puntuale della condotta, sia senza elenchi esemplificativi o esaustivi (la singola controversia riproducendo, quindi, lo *status cau-*

---

più conforme a δίκαιον. Bene: a tutto il νόμος applicate il principio della γνώμη); Aeschin. 1.154: Ὑμεῖς δὲ τί ὁμωμόκατε; ὑπὲρ αὐτῶν ψηφιεῖσθαι ὧν ἂν ἡ δῖος ἦ (voi, che cosa avete giurato? Di pronunciarvi solo con riguardo a quanto emerge dall'atto di citazione o di accusa); And. 1.89: ὅπου οὖν ἔδοξεν ὑμῖν δοκιμάσαι μὲν τοὺς νόμους, δοκιμάσαντας δὲ ἀναγράψαι, ἀγράψω δὲ νόμῳ τὰς ἀρχὰς μὴ χρῆσθαι (si è stabilito di scrutinare i νόμοι e di ripubblicare quelli scrutinati, nonché si è fatto divieto ai magistrati di impiegare un νόμος non scritto).

<sup>65</sup> Dem. 23.96-97: γνώμη τῆ δικαιοσύνη δικάσειν ὁμωμόκασιν, ἢ δὲ τῆς γνώμης δόξα ἀφ' ᾧ ἂν ἀκούσῃσι παρίσταται· ὅτε τοῖσιν κατὰ ταύτην ἔθεντο τὴν ψήφον, εὐσεβοῦσιν. πᾶς γὰρ ὁ μήτε δι' ἔχθραν μήτε δι' εὐνοίαν μήτε δι' ἄλλην ἄδικον πρόφασιν μηδεμίαν παρ' αὐτῶν γινώσκει θέμενος τὴν ψήφον εὐσεβεῖ (essi hanno giurato di emettere sentenze secondo la γνώμη più conforme a δίκαιον; e l'opinione della γνώμη che viene da coloro che essi sentono ha forza vincolante; quando votano in conformità a questa, non sono spergiuri. Chi, infatti, votando quanto è oggetto della sua cognizione, non dà seguito né a inimicizie né a benevolenza, né ad altra ingiusta considerazione, non è spergiuro).

<sup>66</sup> Il che, se, da un lato, differenzia totalmente il criterio della *gnome dikaiotate* dal criterio dell'equità o da quello dell'arbitrio puro, dall'altro, allontana anche il supposto esatto parallelismo tra la clausola del giuramento eliastico in parola e l'art. 1 dello ZGB svizzero (vd., sul punto, A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 365).

*sae* derivante da *ambiguitas*); o perché il *nomos* allegato è concepito in termini eccessivamente ampi, ma riducibili attraverso una interpretazione sistematica (la singola controversia riproducendo, quindi, lo *status causae* derivante da *scriptum* in potenza più ampio rispetto alla *voluntas*).

Se ciò è vero, allora, la *gnome dikaiotate* non pare mai uno *standard* di giudizio extra-giuridico che – come molti interpreti odierni del sistema giudiziale ateniese pensano – rimane completamente nelle mani di ‘giudici onnipotenti’, non è la coscienza che si oppone o si sostituisce al diritto, l’equità che si oppone al rigore, l’ordine meta-positivo che prevale su quello positivo; così come essa non assurge a criterio creativo per colmare lacune nomiche a monte (cioè per inesistenza del *nomos*) o a valle (cioè per mancata citazione del *nomos*). Poiché i *nomoi* sono sovente equiparati – almeno a livello ideologico – al *dikaion*, assumere che un *quid*, come una *gnome*, sia *dikaiotaton* altro non significa che esso corrisponde completamente oltre che alla lettera allo spirito autentico, alla *dianoia*, dei *nomoi*. Poiché la formulazione del giuramento giudiziale nella parte relativa alla *gnome dikaiotate* non comporta alcun punto di vista soggettivo, la *gnome* non assurge affatto a mera opinione personale (seppur condivisa e maggioritaria), o a una scelta interpretativa flessibile e aperta; la clausola del giuramento si riferisce, infatti, non a un’interpretazione giudiziale *contra legem* (dato che la *gnome dikaiotate* implica sempre la applicazione del *nomos* citato e non ordini con esso confliggenti) o *praeter legem* (poiché la *gnome dikaiotate* implica sempre come referente un *nomos*), ma a una interpretazione ‘obbligata’ della lettera che metta in campo, se controverso sulla base del testo scritto, l’intento del legislatore.

Queste note conducono a un punto a mio credere fermo e non coincidente con le tre principali tesi finora considerate (quella per cui il *nomos* è pretesto dell’*agon*; quelle che vedono nel *nomos* una prova ora con forza solo persuasiva ora con forza legale e nella coscienza extra-nomica un formante prevalente o suppletorio rispetto al diritto positivo). Il *nomos* è, invece, irrefutabilmente e ineluttabilmente il presupposto e non il limite della attività di giudizio; mentre la *gnome dikaiotate* è non una topica di argomenti estranei al *nomos*, bensì il criterio disvelativo della *dianoia* del legislatore (che esclude, se del caso, l’analogia e l’interpretazione estensiva, mentre postula l’interpretazione sistematica o letterale); tra i formanti del sistema non può annoverarsi, perché manca lo spazio ideale ed operativo, una dottrina delle corti creativa che possa prescindere dall’ordine nomico. Atene si atteggia a sistema chiuso a fonti di produzione del diritto espresse e tipiche a fronte del quale i dicasti, giudici laici e popolari, solamente giu-

dicano, senza decidere: i dicasti infatti scelgono, e senza potere di emendamento, tra due opposte ‘proposte di sentenza’ i cui contenuti sono determinati, organizzati e formalizzati nel *logos dikanikos* dal logografo per il cliente.

Dunque, ad Atene, il *nomos* – e non il giudice – è e rimane, coerentemente, *basileus* ed è e rimane un *basileus* sempre presente nel regno del processo; il giudice coerentemente è e rimane un mero servitore del *nomos basileus*; tuttavia è il logografo che, ove il re sia rinvenuto nudo, lo veste della necessaria interpretazione ed argomentazione e lo conduce prima dal magistrato e poi davanti alla corte come fondamento del giudizio. Ad Atene, è il logografo, in fin de conti, il vero decidente, il primo ministro e il portavoce del *nomos basileus*, laddove al giudice si riserva, se si osserva con attenzione e profondità, la funzione – ben meno nobile – di araldo, di *bouche* del *roi* e, quindi, della *loi*.

##### 5. ‘Interpretatio’ e retorica a Roma: spunti dal mito

Come si sottolineava all’inizio, il modello giuspositivista propugnato a valle della scuola della esegesi e della giurisprudenza dei concetti (ossia il modello legalistico, panico, sillogistico) si manifestava nell’Europa del XIX secolo come una aspirazione e come un programma piuttosto che come una rappresentazione fedele del reale. Nell’Atene della democrazia nomica del IV secolo a.C., ossia nell’Atene della logografia decidente e del popolo giudicante, tale modello trova, almeno nella forma, compiuta attuazione storica: e ciò senza la possibilità di scivolare in quel terzo modello incoerente e schizofrenico, che invece contrassegna l’oggi, in cui all’ideale della legge quale presupposto del ragionamento giudiziale si oppone il protagonismo giudiziale che intende sempre più prescindere dal sillogismo a premessa legale.

Il *nomos* è sì, retoricamente, un *argumentum* estraneo al discorso al pari di testimonianze e documentazione privata, ossia una *pistis* che in quanto a-tecnica è impermeabile all’*ars rhetorica* del logografo, ma processualmente esso è inesorabilmente chiamato a fungere sia da premessa sillogistica e da parametro del *logos dikanikos*, sia da ineludibile fondamento della sentenza popolare, ovviamente filtrata dal discorso pronunciato in giudizio. Se, però, da Atene (che non conosce né nei termini nostri, né nei termini romani una divaricazione processuale tra la sfera pubblica e quella privata) torniamo a Roma, il modello decidente appena descritto non solo è, come

si è già in precedenza constatato, antitetico alle forme di ‘rinvenimento delle regole di condotta’ rilevanti in seno al diritto privato, ma anche al livello del diritto pubblico esso non trova piena cittadinanza e lungo un tratto assai esteso della storia delle sue istituzioni e del suo ordinamento<sup>67</sup>.

Pur a fronte della riserva di legge e della tipicità, quali diatesi formali non neglette del principio ‘*nullum crimen et nulla poena sine lege*’ in aree della ‘repressione criminale’ di antichissima formazione come è quella del *sacer esto*<sup>68</sup>, basti pensare alla inoperatività del principio di determinatezza e tassatività a partire dall’età alto-repubblicana ai fini della persecuzione di illeciti pubblici (laici) di indiscutibile momento e frequenza, come è ad esempio per la *perduellio*: questo reato a condotta libera, statisticamente imputato a magistrati o ex-magistrati, era idoneo a ricomprendere una serie indeterminata di figure particolari che, andando dall’usurpazione e dal cattivo uso del potere politico, alla cattiva gestione del comando militare, nonché alla violazione delle prerogative plebee, erano accomunate – al livello del bene giuridico protetto – dalla lesione delle fondamentali ‘libertà cittadine repubblicane’<sup>69</sup>. Tuttavia, proprio i confini sfumati del *genus del-*

---

<sup>67</sup> Come scriveva Catone, il diritto della *civitas Romana*, a differenza delle *constitutiones* straniere, si era affermato non ‘*uno tempore*’, e per opera di singole autorità ‘*legibus atque institutis suis*’, bensì ‘*rerum usu ac vetustate*’ e così la sua struttura risultava ‘*aliquot constituta saeculis et aetatibus*’ (Cic. *de re publ.* 2.1.2-3). In altre parole, data la storicità e la fattualità della costituzione romana nel periodo compreso tra la caduta del *regnum* e la crisi della repubblica, le regole considerate oggetto del *ius publicum*, gli enunciati delle *leges publicae*, i principi dei ‘*mores maiorum*’, al pari delle prassi, si affermarono come direttrici normative iterative, anche dopo una loro enunciazione puntuale, senza che frizioni ed eccezioni ‘*ad hoc*’, giustificate in primo luogo dall’*utilitas communis* del caso, potessero minarne lo stato generale di validità e costituzionalità (P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nell’esperienza costituzionale romana*<sup>3</sup>, Torino, Giappichelli, 1996, p. 60 ss., 129 ss.).

<sup>68</sup> Come è noto, i *prudentes* non sentirono mai la necessità di formulare, non dico compiutamente, ma solo impressionisticamente, i principi ‘feuerbachiani’ di legalità e di irretroattività della legge penale, i quali, invece, sono stati elevati – anzitutto dal pensiero illuminista – a cardini indefettibili di ogni sistema penale statale (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 66): cfr. V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell’esperienza romana*<sup>5</sup>, Napoli, Jovene, 1998, p. 132; N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale nell’esperienza giuridica romana*, Parma, Casanova, 1992, p. 86. Infatti, la qualificazione di un fatto come reato «non solo non era riservata a una specifica fonte atta a introdurre norme in senso proprio ... ma neppure a una qualsiasi fonte così concepita» (L. GAROFALO, *Concetti e vitalità del diritto penale romano*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova, Cedam, 2005, p. 247). Tuttavia, tali principi potrebbero considerarsi vigenti, non in seno al ‘sistema criminalistico romano’ intero, ma con esclusivo riguardo al limitato settore delle *leges* che prevedevano la sacertà dell’autore di uno *scelus inextpiabile*.

<sup>69</sup> Cfr., sulle tipologie di processo e sulle forme di pena previste per la *perduellio*, oltre a D.

la *perduellio* lasciavano ampio spazio all'interpretazione dei fatti, così come, all'insegna delle categorie della politica<sup>70</sup> e di quelle della retorica<sup>71</sup>, lasciavano ampio margine di scelta in merito alla qualificazione giuridica e al tipo di crimine da considerarsi integrato, poi argomentabile, in sede

---

BRIQUEL, *Sur le mode d'exécution en cas de parricide et en cas de 'perduellio'*, in *MEFRA*, 92 (1980), p. 97 ss.; *Formes de mise à mort dans la Rome primitive. Quelques remarques sur une approche comparative du problème*, in *Du châtement dans la Cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Roma, École française de Rome, 1984, p. 225 ss.; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma. Origini e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Milano, Feltrinelli, 2012, p. 262 s.; B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1994, pp. 11, 78, 152 ss., e ntt. 23 ss.; *Diritto e processo penale nell'antica Roma*<sup>2</sup>, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 14, 22 ss., 54, 76, 78.

<sup>70</sup> Come scriveva BURDESE, *Note* (nt. 40), p. 19 «l'attività interpretativa ... non poté non riguardare anche l'ambito della organizzazione cittadina, in ciò trovando i suoi interpreti nei protagonisti stessi della vita politica, magistrati e senatori, prima che nel cerchio chiuso del collegio pontificale» (vd., sull'assenza di una teoria generale dell'*interpretatio* soprattutto in materia criminalistica, G.G. ARCHI, '*Interpretatio iuris-intepretatio legis-interpretatio legum*', in *ZSS*, 87 [1970], p. 1 ss. [nonché in *Scritti di diritto romano*, 1, Milano, 1981, p. 83 ss.]; F. SERRAO, voce *Interpretazione della legge [dir. rom.]*, in *Enc. dir.*, 22, Milano, Giuffrè, 1972, p. 239). In altre parole, con riguardo alla *positio* del *ius publicum*, lo stesso diritto criminale (filtrato dalla specola relativa a sacerdoti, magistrati, senato, assemblee popolari, governo provinciale) proprio perché sia concernente *leges* (prima ancora che fatti) e, talora, *leges* non ancorate alle declinazioni del principio di legalità, sia attinente allo *status rei publicae* (invece che a rapporti intersoggettivi paritetici), si lasciava facilmente e liberamente maneggiare dagli esponenti delle diverse forze politiche nelle *contentiones de iure publico* prima ancora che, nelle riflessioni più ponderate, di quei *periti iuris publici* che *Cic. de or.* 1.46.201. 1.60.256, 2.2.5 pare configurare come esperti di un'*ars* autonoma rispetto all'oratoria e alla storia: vd. CERAMI, *Potere ed ordinamento* (nt. 66), p. 60 ss.; *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, in *AUPA*, 43 (1995), p. 229 ss.; P. CERAMI-G. PURPURA, *Profilo storico-giurisdizionale del diritto pubblico romano*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 40 ss. Su tale *ars* è comunque ben sostenibile – contro U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln-Berlin-Bonn-München, C. Heymanns Verlag, 1967, p. 137 ss. – l'influsso della retorica: cfr., per tutti, M. SCOGNAMIGLIO, *Tra retorica e diritto: alcuni esempi di interpretazione delle 'leges iudiciorum publicorum' nelle orazioni di Cicerone*, in *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, a cura di B. Santalucia, Pavia, Pavia University Press, 2009, p. 265 ss.; *Die Zulässigkeit der Analogie im Strafrecht der späten Republik und des Prinzipats*, in *ZSS*, 129 (2012), p. 291 ss.

<sup>71</sup> Ancora fondamentale è J. STROUX, '*Summum ius, summa iniuria*'. *Ein Kapitel aus der Geschichte der 'Interpretatio iuris'*, in *Festschrift Paul Speiser-Sarasin zum 80 Geburtstag*, Leipzig-Berlin, Teubner, 1926, p. 63 ss. L'importanza, riscoperta di recente dalla romanistica, delle connessioni tra retorica e diritto romano è testimoniata, tra l'altro, da pubblicazioni come *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Atti*, a cura di A. Lovato, Bari, Edizioni La Matrice, 2011, e *Dogmengeschichte und Historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani*, a cura di Ch. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci ed E. Stolfi, Trento, Pubblicazioni dell'Università degli Studi di Trento, 2012.

processuale, con riferimenti di necessità extra-testuali ed extra-legali<sup>72</sup>.

È proprio in continuità con quest'ottica che, nel sistema delle *quaestiones perpetuae*<sup>73</sup>, l'arringa difensiva 'per Cluenzio' pronunciata nel 66 a.C. da Cicerone non dava segno di considerare l'analogia generalmente vietata nel settore del diritto penale, ma solo di ritenere in concreto infondata l'estensione ai cavalieri di quel *caput* della *lex de sicariis et veneficis* che individuava in magistrati e senatori (vuoi quali giudici corrotti, vuoi quali corruttori di giudici) i soggetti attivi della cospirazione finalizzata a far condannare capitalmente un innocente<sup>74</sup>; così come è sempre in continuità

<sup>72</sup> Ad esempio, da un punto di vista teorico, il rapporto tra la *perduellio* e il reato sacrale di *adfectatio regni* (Plut. *Publ.* 12.1; Liv. 2.1.9, 2.2.5, 2.8.2) potrebbe essere risolto in modo *tranchant* invocando la figura del reato complesso in senso lato o quella del concorso formale di reati. Tuttavia, se si considerano le versioni più accreditate del processo capitale questorio del 486-485 a.C. contro Spurio Cassio (Cic. *rep.* 2.35.60; Liv. 2.41.11, 43.16.12; Gell. 6.9.9: cfr., in generale, A. RAMON, *Repressione domestica e persecuzione cittadina degli illeciti commessi da donne e 'filii familias'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano: omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, III, Padova, Cedam, 2015, p. 619 ss.), e di quello capitale tribunizio del 384 a.C. contro Manlio Capitolino (Liv. 6.19.5 ss., 6.20.12; Diod. 15.35.3; Plut. *Cam.* 36; Gell. 17.21.24; Dion. Hal. 14.4.1; Zon. 7.23: cfr., in generale, R. SCEVOLA, *L'adfectatio regni' di M. Capitolino: eliminazione 'sine iudicio' o persecuzione criminale?*, in *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, a cura di L. Garofalo, Napoli, Jovene, 2013, p. 275 ss.), in concreto, l'ascrivere una certa condotta illecita a titolo di *perduellio* non flagrante (perseguitabile ordinariamente in giudizio), o a titolo di aspirazione al regno implicante sacertà (reprimibile da chiunque anche *sine iudicio*) si risolveva in una scelta fluida e di sola opportunità politica da farsi *ex ante*.

<sup>73</sup> La legge istitutiva di una commissione giudicante permanente individuava *ex ante* sia la fattispecie perseguita, sia la procedura da seguire, sia la pena fissa da irrogare: se il principio di legalità trova qui un qualche riconoscimento, non è tuttavia la stretta legalità a rilevare: cfr. SCOGNAMIGLIO, *'Nullum crimen sine lege'* (nt. 60), p. 64 ss.

<sup>74</sup> Nel 74 a.C. Oppianico padre, appartenente all'ordine equestre, fu condannato davanti alla *quaestio de veneficis* per l'avvelenamento, solo tentato, di Cluenzio (figlio di primo letto di Sasia, poi andata in moglie a Oppianico padre) e quello perfezionato ai danni di Asuvio. Cluenzio, a sua volta, nel 66 a.C., subì un processo messo in moto da Oppianico figlio per il veneficio del patri-gno, processo nel corso del quale dovette anche difendersi dall'accusa – sebbene non sia certo se questa fosse stata formalizzata in un capo di imputazione oppure fosse solo parte della strategia retorica della controparte – secondo cui la condanna di Oppianico padre sarebbe stata dovuta alla corruzione, ad opera dello stesso Cluenzio, dei giudici componenti la *quaestio* criminale i quali, secondo quanto disposto da Silla nell'81 a.C., erano tratti solo dall'ordine senatorio. La questione, limitata ma qui rilevante, era questa: Cluenzio, *eques* suppostamente corruttore dei giudici del c.d. *iudicium Iunianum* nel 74 a.C., avrebbe potuto essere perseguito nel 66 a.C. (dopo, cioè, che la *lex Aurelia iudiciaria* sulla composizione delle giurie da costituirsi in parti uguali con cavalieri, senatori e tribuni dell'erario), in forza di un apposito *caput* della *lex Cornelia de sicariis et veneficis* ('*qui coisset quo quis condemnaretur*') che puniva solo i magistrati o i senatori che avessero cospirato con altri per far condannare qualcuno (Cic. *pro Cluent.* 54.148: *Qui tribunus militum legionibus quatuor primis, quive quaestor, tribunus plebis – deinceps omnis magistratus nominat – quive in senatu sententiam dixit dixerit. Quid tum? Qui eorum coit coierit convenit convenit quo quis iudi-*



con quest'ottica che, nei secoli immediatamente successivi, il meccanismo dei senatoconsulti estensivi non deve esser apparso una via stravagante, a prescindere dai concreti metodi seguiti, nel suo ampliare le fattispecie criminose – come ad esempio quella della corruzione<sup>75</sup> – represses mediante *leges iudiciorum publicorum*<sup>76</sup>.

Anzi, a voler proiettare lo sguardo addirittura nei recessi oscuri e fascinosi dell'età monarchica, e concentrare così l'attenzione sul prototipo di giudizio comiziale instaurato mediante *provocatio* a fronte di un atto di *iudicatio* magistratuale, vero è che il processo all'Orazio superstite condensa alcuni aspetti di tipo ideale che avrebbero potuto solo ripugnare la 'coscienza giuridica greca'<sup>77</sup>. Questo processo, a prescindere dalla storicità dell'episodio, così come a prescindere dall'epoca della sua eventuale creazione artificiale, si presenta, nella versione liviana, come tratteggiato da caratteri indiscutibilmente mitici e, se la narrazione mitica è quella che, dotata di una particolare e profonda *Bedeutsamkeit*, contribuisce a formare un dato patrimonio culturale<sup>78</sup>, tale 'sigificatività' – rilevante ancora nel I se-

---

*cio publico condemnaretur?*). Se l'accusa contro Cluenzio sosteneva che ragioni di *aequitas* doversero giustificare, a valle della estensione delle corti anche ai cavalieri, la applicabilità anche allo stesso Cluenzio del *caput*, la difesa argomentava per la tassatività dei soggetti attivi (non soli giudici) del reato di corruzione indicati nella legge. Tuttavia, come scrive perspicuamente M. SCOGNAMIGLIO, *Principio di legalità e divieto di analogia: note sull'origine del principio 'nullum crimen sine lege'*, in *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, a cura di L. Solidoro, Torino, Giappichelli, 2016, p. 150, «Cicerone intendeva dimostrare che solo il *caput* invocato contro Cluenzio non era suscettibile di interpretazione analogica, perché era proprio la forma utilizzata per la sua stesura ad impedirlo», dal momento che «il limite interpretativo non sarebbe stato esterno alla legge, in quanto principio informatore del sistema repressivo-criminale proprio delle *quaestiones perpetuae*, ma interno ad essa, in relazione alla stringente formulazione del testo». Sull'orazione, vd. C.J. CLASSEN, *Die Anklage gegen A. Cluentius Habito (66 v. Chr. geb.)*, in *ZSS*, 70 (1972), 1 ss.; V. GIUFFRÈ, *Imputati, avvocati e giudici nella 'pro Cluentio' ciceroniana*, Napoli, Jovene, 1993, 13 ss.; E. NARDUCCI, *Cronaca criminale e letteratura nella 'pro Cluentio'*, in *Difesa di Cluenzio*, trad. a cura di M. Fucecchi, Milano, Rizzoli, 2004, pp. 5 ss., 7 ss.; N. DONADIO, *'Documentum supplicii' e 'documentum criminis': il corpo del reo tra precetto e sanzione nel mondo antico*, Napoli, Jovene, 2017, p. 17 ss.

<sup>75</sup> Le previsioni della *lex Iulia* sul *crimen repetundarum* furono estese sotto Tiberio e Claudio (Tac. *Ann.* 4.20; Ulp. 1 *de off. proc.* D. 1.16.4.2; Tac. *Ann.* 11.5-7).

<sup>76</sup> Cfr. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* (nt. 68), p. 205 ss.

<sup>77</sup> Cfr. Liv. 1.26.5 ss. (e, soprattutto, cfr. il tratto: *Tum Horatius auctore Tullo, clemente legis interprete, 'Provoco' inquit. Itaque provocatione certatum ad populum est ... P. Horatio patre proclamante se filiam iure caesam iudicare; ni ita esset, patrio iure in filium animadversurum fuisse ... Non tulit populus nec patris lacrimas nec ipsius parem in omni periculo animum, absolveruntque admiratione magis virtutis quam iure causae*).

<sup>78</sup> W. BURKERT, *Mythos: Begriff, Struktur, Funktion*, in *Mythos in mythenloser Gesellschaft: Das Paradigma Roms*, hrsg. F. Graf, Stuttgart-Leipzig, Teubner, 1993, p. 9 ss.; M. BETTINI, *Af-*

colo per i lettori di Livio – non può che aver inciso anche sul piano particolare del giuridico. Non mi soffermo sui connotati dell'illecito commesso dalla sorella e represso capitalmente dall'Orazio, né sulla fattispecie da quest'ultimo integrata attraverso l'*intercidere sororem*<sup>79</sup>. Qui rimarco solo che la condotta tenuta dall'Orazio sororicida risulta apprezzabile sotto due diverse, contrapposte e contestuali, specole ordinamentali: da un lato, Orazio è considerato dal padre non sanzionabile e il suo contegno, a livello familiare, viene ritenuto apertamente scriminato (secondo una logica che le stesse tarde declamazioni latine confermano)<sup>80</sup>; dall'altro, ancorché la sua condotta integri per il diritto cittadino un flagrante *atrox facinus* lesivo di interessi super-individuali e super-gentilizi, Orazio, difeso strenuamente dal padre con un'*oratio* volta al commuovere più che al persuadere e al dimostrare, dal popolo – chiamato a pronunciarsi, in seguito alla *provocatio*, grazie all'intervento autoritativo del re quale *clemens interpret* del testo di legge<sup>81</sup> – viene assolto *admiratione magis virtutis quam iure causae*, così da escludere l'applicazione della pena prevista nel *carmen horrendum*.

Il processo criminale repubblicano, nel suo prototipo mitico, è in modo del tutto singolare – almeno per la sensibilità tanto greca quanto contemporanea – rappresentazione della possibile disapplicazione giudiziale della legge e della prevalenza di argomentazioni extra-legali, oltre che della *in-*

---

*fari di famiglia. La parentela nella letteratura e nella cultura antica*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 155.

<sup>79</sup> Sul punto mi permetto di rinviare alle più estese considerazioni di C. PELLOSO, 'Provocatio ad populum' e poteri magistratuali dal processo all'Orazio superstite alla morte di Appio Claudio decemviro, in *SDHI*, 82 (2016), p. 240 ss.

<sup>80</sup> Cfr. Sen. Contr. 7.1: cfr. M. LENTANO, *Retorica e diritto. Per una lettura giuridica della declamazione latina*, Lecce, Edizioni Grillo, 2014, p. 72 s.

<sup>81</sup> Se si è disposti a credere nella generale correttezza narrativa di Livio, che ammette, oltre al riferimento testuale nella legge regia alla *provocatio*, già l'intervento contemporaneo sulla stessa legge di Tullo Ostilio (*contra*, vd. B. SANTALUCIA, *La versione liviana del processo dell'Orazio*, in *Iura*, 66 [2018], p. 43 ss.), allora il testo legislativo – difettando di qualsivoglia menzione del *populum* in comizio, ma – come si è appena detto – con esplicita menzione dell'atto di *provocare*, pur senza la precisazione dell'autorità presso la quale celebrare la fase processuale susseguente il *iudicium* duumvirale – allude alla efficacia sospensiva dell'esecuzione capitale in forza della *provocatio* e, dunque, a prescindere da qualsivoglia *clemens interpretatio*, laddove il successivo radicamento della *certatio* tra *iudicatus* e *duumviri* dinanzi al popolo romano potrebbe spiegarsi solo in virtù dell'intervento grazioso di Tullo Ostilio a favore dell'Orazio, che fonda, nel silenzio della legge sul punto, la *provocatio* al *populus* da parte del dichiarato solennemente '*perduellis*' dagli ausiliari regii (con contestuale rinuncia, almeno limitatamente al caso di specie, alla generale competenza del *rex* nella fase *post provocationem*): cfr. PELLOSO, 'Provocatio ad populum' (nt. 79), p. 245 s.

*interpretatio* creativa non solo *ex facto* (come è massimamente nell'ambito del diritto privato), ma anche *ex lege* (come in materia di repressione criminale)<sup>82</sup>. Anzi l'episodio dell'Orazio, con ulteriore riguardo alla benigna concessione da parte di Tullo Ostilio della *provocatio ad populum* a fronte della *iudicatio* duumvirale, prima ancora che icona della legge che cede all'oratoria del *pathos* e dell'*ethos*, ai valori e agli interessi concretamente in gioco, è il prototipo della graziosa e benigna *interpretatio* processuale del testo: interpretazione che, per ragioni da individuare tutte nelle pieghe della fattispecie, prevale sull'applicazione letterale del testo e addirittura sulla sua *mens* e dà voce, fluidamente, ad istanze che la legge, nella sua fissità, non è in grado di assecondare. La legge pubblica, anche quella criminale – sembra insegnare il mito dell'Orazio –, è quindi *in primis* uno spunto più autoritativo che normativo, un argomento tra i plurimi, una premessa non totalizzante (e, talora, neppure determinante) del ragionamento tanto retorico quanto giuridico.

Se Atene incarna storicamente un modello, internamente coerente, imperniato sul 'legalismo panico' e sullo 'scientismo assiomatico', Roma, ora più ora meno, invera un modello – altrettanto coerente al proprio interno – in cui lo stato di diritto non è lo stato di legge. Di certo un ateniese sarebbe inorridito dinanzi ad una messa in scena paradigmatica e fondante che avesse spogliato il *nomos* della sua super-umana regalità e avesse reso sovrana la, umana troppo umana, 'ragione del caso': ma è anche certo che l'esperienza giuridica di Roma, pur nel suo multiforme *processus* storico, nella sua creazione continua ha avuto vita incommensurabilmente più lun-

---

<sup>82</sup> Se etimologicamente *interpretatio* è attività di mediazione, negoziazione, e compromesso tesa a tradurre per un fruitore un enunciato in un altro, ossia eminentemente attività di traduzione (M. BETTINI, *Elogio del politeismo*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 65 ss.; 'Vertere'. *Un'antropologia della traduzione nella cultura antica*, Torino, Einaudi, 2012, p. 88 ss.), è chiaro come, almeno *sub specie iuris*, essa sia qualcosa di più. Se il *ius civile* vero e proprio è *quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* (Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1.2.2.12), sicché qui *interpretatio* è giuridicizzazione del caso (al contempo mediante qualificazione e attribuzione di significato: cfr., in generale, R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 375 ss.), anche senza il medio di un testo, anche nel campo del diritto pubblico – e di quello criminale in particolare – il filtro della legge tra fatto e fruitore si sostanzia, per mezzo della *interpretatio*, non solo nell'oggetto di una pura attività di esegesi o di versione, ma anche in una attività di reinvenzione e, quindi, di vera costituzione: attraverso l'interpretazione la disposizione si separa dalla norma, il diritto ontologicamente supera sé stesso e, anche al livello semantico, fa sì che così abbia luogo una tale differenziazione poiché, se mediante la traduzione tra il dato interpretato e il dato interpretante vi è trasformazione, allora, la traduzione non è tanto restituire un significato del primo, ma produrre un significato (v. M. CACCIARI, *Icone della legge*, Milano, Adelphi, 1985, p. 63 ss.).

ga di quella di Atene. In questa contemporanea fase ibrida che fonde insieme nella pratica due modelli tra loro incompatibili, in questa fase di transizione che in potenza è aperta a cambiamenti anche epocali, spetta a noi scegliere consapevolmente il modello da cui lasciarci ispirare: comunque, nella consapevolezza che *'nostra non est ars, recitare quid in libris Iustiniani constitutum est, sed definire explicare, quid in quaque quaestione est iuris'* e che è corrotto quell'uso che *'non istam artem aequi, et boni, sed legum Iustinianicarum notitiam profitetur'*<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> A. GENTILI, *Disputationes de nuptiis*, 1, Hanoviae, apud Gulielmum Antonium, 1601, p. 57.

