

Certezza del diritto e fondamenti del diritto europeo



Certezza del diritto e fondamenti del diritto europeo

a cura di Giuseppe Falcone



Giappichelli

© Copyright 2025 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-1190-3

ISBN/EAN 979-12-211-1191-0 (ebook)

*La pubblicazione è stata realizzata con i fondi del Progetto PRIN 2017 - PRJ-0342
"La certezza del diritto dal mondo antico alla discussione moderna" - CUP
B74I19001810001.*



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
NOTA DEL CURATORE	XIII
ATTORNO A CULTURA GIURIDICA GRECA E TRADIZIONE OCCIDENTALE. DEMOCRAZIA, GIUSTIZIA, PRODUZIONE DEL DIRITTO	
<i>Emanuele Stolfi</i>	1
1. Non solo Roma	1
2. Eredi dell'eccezione	4
3. I modelli e la storia	9
4. <i>Graecum est, legitur</i>	13
5. Significati e significanti, attraverso i secoli	21
6. Democrazia, politica e produzione normativa	32
Nota bibliografica	36
FONDAMENTI ROMANI E DIRITTI EUROPEI: VICENDE DELLA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE	
<i>Gianni Santucci</i>	47
1. Una osservazione introduttiva	47
2. L'illecito aquiliano	50
3. L'interpretazione dei giuristi romani	52
4. Continuità nell'interpretazione dei giuristi medioevali	56
5. La rottura di Christian Thomasius con il modello precedente	57
6. Le ricadute moderne delle differenti interpretazioni dell' <i>iniuria</i>	59
7. Una osservazione conclusiva	66

	<i>pag.</i>
LA DOMINICALITÀ ROMANA, TRA ASSOLUTEZZA E INTERESSI SUPERINDIVIDUALI	
<i>Laura Solidoro</i>	67
1. Proprietà fondiaria: il concetto di dominicalità	67
2. Sulle definizioni del diritto di proprietà	75
3. Tra mito e realtà. I caratteri delle forme proprietarie arcaiche	79
4. <i>'Usque ad coelum et usque ad inferos'</i>	83
5. Rapporti di vicinato e compressione dei poteri dominicali	84
6. Limitazioni poste alla proprietà privata nell'interesse della collettività. La <i>'salubritas civitatum'</i>	88
7. <i>Segue. 'Publica utilitas'</i> e ablazione della proprietà	90
8. Limiti e oneri imposti ai proprietari di immobili urbani	92
9. Altezze e distanze	95
10. Limitazioni poste alla proprietà privata per le esigenze del fisco	97
11. <i>'Duplex dominium'</i> e <i>'possessiones'</i>	98
12. <i>'Dominium'</i> romano e dominicalità	101
CONFINI E TERMINI. RADICI ARCAICHE DI REGIMI ATTUALI	
<i>Luigi Garofalo</i>	107
1. Numa e i termini	107
2. Romolo e i confini	108
3. Il dio dei confini	112
4. La consacrazione delle pietre segnalatrici dei confini	116
5. L'indisponibilità divina e umana dei termini	118
6. I culti al dio dei confini	120
7. L'uomo sacro	123
8. Nuove sanzioni per il violatore dei termini	130
L'AFFIDAMENTO NEL SISTEMA ROMANO: LA COMPLESSA COSTRUZIONE DI UN PRINCIPIO VIVENTE	
<i>Riccardo Cardilli</i>	133
1. <i>'Treu und Glauben'</i> e <i>'Generalklauseln'</i> nel BGB	133

	<i>pag.</i>
2. 'Fides' (bona) tra 'mores' e 'interpretatio'	137
3. 'Bona fides' e giuristi	143
4. In conclusione	156

DIE RÖMISCHE VERFASSUNG, MONTESQUIEU UND DIE AMERIKANER

<i>J. Michael Rainer</i>	163
--------------------------	-----

IL TRASFERIMENTO DELLA PROPRIETÀ NELL'ESPERIENZA GIURIDICA EUROPEA: FONDAMENTI ROMANISTICI E LORO CONSEGUENZE

<i>Tiziana J. Chiusi</i>	173
--------------------------	-----

I. Il comune fondamento romanistico dei codici europei	173
1. Dall'unità alla diversità	173
2. Le diverse faccette della disciplina romana	174
3. Diversi sviluppi nonostante fonti comuni	175
II. Una sentenza esemplificativa: BGHZ 50, 45 ss. "Fräsmaschinenfall"	178
1. Il caso	179
2. L'analisi	179
3. La decisione	183
III. Il caso della fresatrice secondo il Code Civil	184
1. Cenni preliminari	184
2. Applicazione di questi principi al caso della fresatrice	184
3. Il concetto di possesso come chiave interpretativa	186
4. Il principio di consensualità	187
5. Considerazioni finali	188
IV. Fonti giuridiche	191
1. Bürgerliches Gesetzbuch	191
2. Code Civil	193
3. Código civil	194

	<i>pag.</i>
CERTEZZA DEL DIRITTO: SPUNTI E PROSPETTIVE DAL PROCESSO PENALE ROMANO	
<i>Carla Masi Doria</i>	195
1. Due “perché”: la certezza del diritto e la domanda al romanista	195
2. Una genealogia, incerta, sulla certezza	199
3. Repressione criminale, legge e certezza	206
4. La fase dei tribunali	212
5. Evoluzioni ...	215
TRA OBBLIGAZIONE E AZIONE: GLI EFFETTI DEL ‘PACTUM DE NON PETENDO’ SULLA MORA	
<i>Tommaso dalla Massara</i>	219
1. Obbligazione e azione: il ruolo dell’eccezione	219
2. Il problema della mora: la natura anfibia del ‘ <i>pactum de non petendo</i> ’	225
3. Molte questioni: tra passato e presente	229
4. La questione della mora nella visione di Scevola e Marcello	232
5. Non configurabilità della mora nei confronti dell’attore cui sia op- ponibile l’eccezione	239
6. La questione della ‘ <i>purgatio morae</i> ’	242
7. ‘ <i>Pactum de non petendo</i> ’ e mora nel dibattito civilistico contempo- raneo	244
8. Ponderazione degli effetti processuali e sostanziali del ‘ <i>pactum de non petendo</i> ’ tra autonomia e interpretazione tipica	247
9. Profili di sintesi e proposta per un’interpretazione tipica	250
FLESSIBILITÀ E RIGIDITÀ DEI TIPI SOCIETARI. SPUNTI DI COMPARAZIONE DIACRONICA DAL DIRITTO ROMANO ALL’ESPERIENZA MODERNA	
<i>Aldo Petrucci</i>	255
1. Gli scopi della lezione	255
2. Le figure di società che si potevano concludere con un contratto consensuale	256

	<i>pag.</i>
3. Organizzazione, gestione ed estinzione della società	259
4. Il problema della personalità giuridica nelle società per lo svolgimento di una singola attività economica ed i regimi giuridici particolari delle società dei pubblicani, dei banchieri e dei commercianti di schiavi	265
5. L'esercizio dell'attività sociale attraverso la preposizione di un servo in comproprietà come institore o attraverso un servo in comproprietà con il peculio	270
6. Lo schema societario utilizzato nell'esercizio di una impresa di navigazione	272
7. Alcune riflessioni conclusive sull'esperienza giuridica romana	273
8. Un breve sguardo sui modelli di società nel diritto commerciale del tardo Medioevo (XII-XV secolo)	274
9. Cenni sull'età moderna e contemporanea	275
10. Brevi riflessioni finali	278

FUNZIONE SANZIONATORIA E RESPONSABILITÀ CIVILE: DALLA *LEX AQUILIA* AI *PUNITIVE DAMAGES*

Maria Floriana Cursi 281

1. I diversi orientamenti sulla funzione sanzionatoria della responsabilità civile	281
2. Il <i>damnum</i> nelle fonti romane quale distruzione di <i>res</i> , con qualche apertura alla lesione della persona	284
3. Nuove ipotesi di <i>damnum</i> alla persona dai glossatori agli umanisti	287
4. La nozione di <i>damnum</i> arrecato a beni <i>ex natura</i> nella riflessione di Ugo Grozio	289
5. I danni alla persona nella logica risarcitoria di Samuel Pufendorf	292
6. Le premesse dogmatiche per una nuova azione aquiliana nella riflessione di Christian Thomasius	296
7. Tra vecchi e nuovi modelli di risarcimento del danno nei codici e nella dottrina di area germanica	299
8. L'ambiguità della scelta francese	309
9. La scelta prevalentemente risarcitoria dell'ordinamento italiano con un'apertura alla funzione sanzionatoria del danno non patrimoniale alla persona	313
10. La polifunzionalità della responsabilità civile	317

	<i>pag.</i>
LA NOZIONE DI OGGETTO DEL CONTRATTO: STORIA E DOGMATICA	
<i>Roberto Fiori</i>	323
1. Le interpretazioni della dottrina civilistica italiana	323
2. La struttura del contratto nella prospettiva dei giuristi romani ed i suoi presupposti culturali	325
3. La nascita della dottrina dei <i>substantialia</i> nell' <i>interpretatio</i> medievale del <i>Corpus iuris civilis</i> : il modello della compravendita	329
4. Gli umanisti: Doneau e l'applicazione dei <i>substantialia</i> a contratti diversi dalla compravendita	334
5. Il Giusnaturalismo: dall'elemento essenziale <i>res</i> all'elemento essenziale 'oggetto'	337
6. Il modello francese: l' <i>objet du contrat</i> '	342
7. Il modello tedesco: il ' <i>Gegenstand des Vertrages</i> '	347
8. L'imperfetta sintesi dell'esperienza italiana	351
9. Il ruolo dell'oggetto nella struttura del contratto: la necessaria distinzione tra 'elementi' e 'condizioni' del negozio	356
CERTEZZA O EQUITÀ? IL CASO DELLA RESCISSIONE PER LESIONE	
<i>Paola Lambrini</i>	361
1. Certezza o equità nel campo dei contratti	361
2. L'atteggiamento del diritto romano classico	362
3. L'intervento di Diocleziano	363
4. L'epoca medievale	369
5. L'epoca moderna e la valorizzazione del libero consenso	373
6. Le prime codificazioni	375
7. La svolta del <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>	377
8. Il codice civile italiano del 1942	379

CERTEZZA DEL DIRITTO: SPUNTI E PROSPETTIVE DAL PROCESSO PENALE ROMANO*

Carla Masi Doria

(Università di Napoli Federico II)

Sommario: 1. Due “perché”: la certezza del diritto e la domanda al romanista. – 2. Una genealogia, incerta, sulla certezza. – 3. Repressione criminale, legge e certezza. – 4. La fase dei tribunali. – 5. Evoluzioni ...

1. Due “perché”: la certezza del diritto e la domanda al romanista

Ci si potrebbe chiedere cos'è la certezza del diritto, tema sconfinato, e perché porre la domanda (anche) al romanista. Se andiamo a tradurre l'inglese “*rule of law*”, che sta veramente alla base dell'odierna cultura giuridica globalizzata, troviamo versioni, che, a ben pensarci, sono assai diverse. Proviamoci utilizzando due traduttori informatici assai diffusi. Diamo spazio all'intelligenza artificiale. *Google translator* traduce «norma di legge» (e suggerisce con altra traduzione «principio di legalità»), mentre *DeepL* propone «Stato di diritto». Direi che norma di legge è quasi tautologico, vuol spiegare che una determinata disposizione è giuridica (rispetto ad altri sistemi di disciplinamento, norme religiose, norme di educazione). La locuzione è molto usata, con l'aggiunta della preposizione «a», «a norma di» viene utilizzata in funzione avverbiale, «secondo» in conformità. «A norma», senza specificazione, significa, in sostanza, «fatto bene». Passiamo a «stato di diritto». Questa versione è, in realtà, molto complicata, perché è la traduzione di un concetto elaborato nella scienza giuridica tedesca del

* Destinato agli Scritti in memoria del carissimo Collega fridericiano Giuseppe Riccio, vero Maestro della procedura penale, con il titolo: *Diritto e certezza, spigolature dal processo criminale romano*.

XIX secolo. In effetti è una traduzione di secondo grado, nel senso che è la traduzione di una traduzione, in primo luogo della parola tedesca *Rechtsstaat*, cioè una comunità politica, *Staat*, vincolata alle regole formali che produce *Recht* (e che – però – al contempo può modificare, talvolta con dei limiti). Credo, in ogni caso, che nella locuzione *rule of law*, *rule* si capisca completamente solo nel contesto dove la frasetta dalla quale abbiamo preso avvio si è prodotta. In inglese *rule* è sostantivo che scende dal latino *regula*, attraverso l'antico francese *riule*, *reule*, naturalmente. È un sostantivo, ma anche un verbo, *to rule*, che significa governare (attraverso regole, imponendo comportamenti).¹ Questi termini, nella tradizione britannica, significano da secoli, all'interno, libertà del singolo e, verso l'esterno, impero (talvolta magnificente, talvolta terribile nel suo colonialismo: tutto dipende dal punto di osservazione che assumiamo). Non posso, ad ogni modo, non pensare al vecchio canto patriottico settecentesco inglese, dell'età del grande expansionismo, *Rule, Britannia! I Britons* non saranno mai schiavi, *never, never, never* (la triplicazione, nel canto, vuol dire intensificazione dell'avverbio), ma, per secoli, schiavizzeranno attraverso il *ruling* delle onde (cioè: per mezzo dell'impero marittimo, il potere militare marittimo).² La parola, che può significare, dunque, manifestazione cruda di violenza, è (oggi) principio costituzionale condiviso (teoricamente) a livello globale. Arriviamo alla terza proposta di traduzione: «principio di legalità». Forse, in fondo, questa è, in italiano, la traduzione migliore.

Il principio di legalità³ è uno dei caratteri essenziali proprio dello Stato di diritto: con l'avvento e la diffusione del costituzionalismo liberale (oggi

¹ Su *rule* e *to rule* si cfr. E. WEEKELEY, v. 'rule', in *An Etymological Dictionary of Modern English*, London 1921, 1257 s.; E. PARTRIDGE, v. 'rex', in *Origins. A Short Etymological Dictionary of Modern English*, London 1958, 2769 (sulla connessione 'rex-regula' v. anche É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes* II. *Pouvoir, droit, religion*, Paris 1969, 14); *The Oxford Dictionary of English Etymology*, C.T. Onions (ed.), v. 'rule', Oxford 1966, 776.

² Il testo è ripreso dalla edizione del 1763 del canto patriottico che prese spunto da un poema del 1740 di J. THOMSON: "*Rule, Britannia! Rule the waves: Britons never never never shall be slave*"; sul periodo d'oro dell'impero britannico si v. almeno A.T. MAHAN, *The Influence of Sea Power upon History (1660-1783)*, Cambridge 1890; N. CANNY, *The Oxford History of the British Empire*, I, *The Origins of Empire. British Overseas Enterprise to the Close of the Seventeenth Century*, Oxford 1998; R. HYAM, *Britain's Imperial Century, 1815-1914: A Study of Empire and Expansion*, III ed., London 2002, 15 ss.; *The British Atlantic World, 1500-1800*, II ed., D. Armitage-M.J. Armitage (ed.), London 2009, 10 ss.

³ Cfr. l'art. 101 Cost.: «La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge», e l'art. 1 c.p. «Reati e pene: disposizione espressa di legge».

qui siamo tutti d'accordo, il modello migliore tra i possibili, ma è un pregiudizio del primo mondo, dell'Occidente, quello che stila le classifiche), infatti, si afferma l'idea che ogni attività dei pubblici poteri debba trovare fondamento in una legge, quale atto di un'assemblea rappresentativa, un Parlamento, formato secondo regole espressione della sovranità popolare.

La Costituzione italiana vigente non contiene una formulazione espressa di questo principio, anche se ad esso si fa riferimento indiretto in diversi articoli: in particolare, l'art. 23 Cost. stabilisce che «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge».⁴ Mentre parte della dottrina giuridica si è espressa per la tesi della costituzionalizzazione implicita del principio di legalità, la giurisprudenza costituzionale lo ritiene un principio generale dell'ordinamento, ancorché non formalmente costituzionalizzato.

Una stringente affermazione del principio di legalità si ritrova, com'è noto, in materia penale, laddove viene affermato che nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato da una legge che sia entrata in vigore prima della sua commissione (art. 25 Cost.;⁵ ma la previsione era già propria del Codice penale fascista del 1930, il codice Rocco, art. 1 c.p.).⁶ Un altro campo dove questo principio trova grande applicazione è quello amministrativo, tanto che la violazione di legge costituisce una delle cause tipiche dell'illegittimità di un atto amministrativo. Mi fermo qui, giusto considerando la potenza costruttiva del principio di legalità.

Passo, molto rapidamente, alla seconda domanda che mi sono posta. Perché di questo problema, che certo ha una storia, parla (anche) una studiosa del diritto romano antico, una vicenda, per fare una cifra tonda (e

Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite». Si v., tra la vastissima letteratura, F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, II ed., Torino 2007; G. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso-R. Sicurella, Milano 2007, 673 ss.; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli 2012; R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, XXIII ed., Torino 2022, 355 s.

⁴Sul punto si v. D. MORANA, *Art. 23 Cost.*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, a cura di F. Clementi-L. Cuocolo-F. Rosa-G.E. Vigevani, Bologna 2018; R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., 605.

⁵«Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

⁶*Supra* in nt. 3.

cronologicamente più o meno mediana) di 2000 anni fa? Perché il diritto romano è un fondamento (concetto sul quale dovremo ancora riflettere), una base profonda, talvolta – proprio perciò – immediatamente invisibile, ma presente e importantissima (fondamentale, si dice) per capire. Rapidamente fornisco un solo esempio. Penso a Tito Livio, forse il più grande storico di Roma antica, un contemporaneo del grande Augusto (la sua opera si colloca proprio all'incirca in quel punto mediano). Il primo libro *ab Urbe condita*, importantissimo, tratta dell'età più antica, della fondazione di Roma (pensiamo alle leggende, a Romolo, il giovane carismatico, il fratricidio), poi di tutto il tempo della monarchia, i sette re (ma forse furono di più ...), prima latino-sabini, poi etruschi, i tiranni, che furono violentemente cacciati con una rivoluzione, poi una guerra vera e propria.

Il secondo libro di Livio inizia con la spiegazione⁷ che, con la fine della monarchia, del *regnum* come dicevano i Romani, non si tratterà più, nel prosieguo dell'opera, di esorbitanti poteri di re, quelli che secondo Pomponio (un giurista, questa volta, del II secolo), governavano *manu*,⁸ con la mano, metafora del potere virtualmente violento, una metafora diffusa e assai rilevante del diritto romano. È il segno del cambiamento, dell'avvento di quella che lo storico patavino chiama semplicemente 'libertas', e noi definiamo Repubblica romana (re-pubblica: cosa del popolo, 'res publica' = 'res populi', come ricorda Cicerone,⁹ e concetto presente nell'art. 1 Cost.).

⁷Liv. 2.1.1. *Liberi iam hinc populi Romani res pace belloque gestas, annuos magistratus, imperiaque legum potentiora quam hominum peragam. Quae libertas ut laetior esset proximi regis superbia fecerat.* [Del popolo romano ormai libero tratterò d'ora innanzi, le imprese compiute in pace e in guerra, le magistrature annue, l'imperio delle leggi, più forte di quello degli uomini. A rendere più gradita questa libertà contribuì la superbia dell'ultimo re].

⁸D. 1.2.2.1 (Pomp. *l. s. ench.*). *Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur.* [All'inizio della nostra città, il popolo dapprima cominciò a compiere atti senza legge certa, senza diritto certo, e tutte le cose erano governate dalla mano dei re]. Cfr. sul testo R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino 1967, spec. 77 ss.; M. BRETONE, *L'Enchiridion di Pomponio*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, II ed., Napoli 1982, 209 ss.; F. D'IPPOLITO, *Forme giuridiche di Roma arcaica*, III ed., Napoli 1998, 116 ss.; E. STOLFI, *Il fascino delle origini. I molti 'inizi' del diritto nell'Enchiridion di Pomponio*, in *SCDR* 35, 2022, 209 ss.; e il recentissimo volume di F. NASTI, *L'Enchiridion di Sesto Pomponio. Una ricostruzione*, Roma-Bristol 2023, 36 s.

⁹Cic., *de re publ.* 1.25.39. *Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus. Eius autem prima causa coeundi est non tam inbecil-*

Livio¹⁰ mostra un bilanciamento di poteri: due consoli al posto di un *rex*, viene introdotta la collegialità con potere di veto dell'uno sull'altro (corrispondente al principio di conservazione), durata limitata nel tempo a un anno, poi magistrati nuovi, preferibilmente diversi. Soprattutto non più poteri di uomini, ma di leggi. Le leggi al di sopra degli uomini. Livio è esplicito.

Come pensatore politico qui Livio non è originale, lo ha notato Cosimo Cascione,¹¹ c'era stato già Aristotele, che aveva spiegato la superiorità di un ordinamento che limitasse i potentati di persone. Ma Livio racconta una storia antica, precedente anche al filosofo greco. Non mi soffermo su questo affascinante problema, mi chiedo, solo, se nella frase '*imperisque legum potentiora quam hominum*'¹² (e poi in tutto il successivo impianto) di Livio, non si possa vedere, *in nuce*, quello che chiamiamo proprio "principio di legalità"¹³ o "*rule of law*". Naturalmente non c'è sovrapposibilità immediata con il costituzionalismo parlamentare contemporaneo, ma siamo alla ricerca – lo ricordo – di fondamenta profonde.

2. Una genealogia, incerta, sulla certezza

Vado a un altro versante del tema, partendo sempre da quelle traduzioni. Guardiamo al centro del problema. "*Rule of ...*". Governo (secondo me, più che regola ...) di cosa? Genitivo soggettivo, ovviamente. Il "soggetto" è *law*. È la legge, quasi personificata, che comanda. Qui siamo di fronte a un'altra grande questione. Per vicinanza grafica e fonica, il termine ci sembra (intendo a noi italiani) apparentato con legge. Ma la strada di formazione della parola *law*, che proviene, comunque, da una comune origine indoeuropea, intercetta (passa attraverso) le lingue del gruppo ger-

litas quam naturalis quaedam hominum quasi congregatio; non est enim singulare nec solivagum genus hoc, sed ita generatum, ut ne in omnium quidem rerum adfluentibus copiis.

¹⁰ Liv. 2.1.1 (*supra* nt. 7).

¹¹ Nota minima su '*libertas*' e '*imperia legum*': Tacito, Livio, Aristotele, in *Revista General de Derecho Romano* www.iustel.com [= *Homenaje al Profesor Juan Miquel*] 16, 2011, 1 ss. [= con alcune modifiche, in *La domanda di libertà, l'offerta di responsabilità*, a cura di G. Limone, Milano 2012, 47 ss.].

¹² Testo *supra* in nt. 7.

¹³ Sul tema, di recente, esprimendo qualche perplessità, C. PELLOSO, *Il principio di legalità penale in Roma antica: presenze in filigrana e assenze in chiaroscuro*, in *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive*, I/1, a cura di L. Garofalo, Napoli 2022, 57 ss.

manico.¹⁴ E significa, piuttosto, diritto (che in latino era *ius*, parola dibattutissima dagli studiosi).¹⁵ La legge formale (per semplificare) in inglese è *statute* (si cfr. il tedesco *Gesetz*), ciò che è stabilito (reso stabile). Il nostro principio di legalità (dell'art. 1 c.p., per intenderci) è più vicino al testo liviano che il britannico "*Rule of Law*". C'entra, naturalmente l'importanza (e la rassicurazione) del diritto scritto (cioè della "legge") negli ordinamenti continentali, rispetto alla tradizione giurisprudenziale del *Common Law*. Su questo tema importantissimo non è possibile soffermarsi in questa sede, e bisogna andare a un altro problema, che certamente mostra una genealogia antica, ma non diretta (come quasi sempre) e pericolosamente attornata da pietre d'inciampo.

La certezza della *lex romana* (come anche del *ius*, contenitore più ampio, ma egualmente regolatore) è essenzialmente connessa con fattori (tra loro naturalmente collegati) di conoscibilità e di trasmissione.¹⁶ La cono-

¹⁴ Si v., E. WEEKELEY, *An Etymological Dictionary of Modern English*, v. 'law', cit., 829; E. PARTRIDGE, *Origins. A Short Etymological Dictionary of Modern English*, v. 'lie', cit., 1774; *The Oxford Dictionary of English Etymology*, C.T. Onions (ed.), v. 'law (1)', Oxford 1966, 518.

¹⁵ Rispetto alla controversa e discussa etimologia di *ius* e alle diverse ipotesi formulate, si v. G. DEVOTO, *I problemi del più antico vocabolario giuridico romano*, in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Lettere, Storia e Filosofia* 2.2, 1933, 229 ss.; R. ORESTANO, *Dal ius al fas*, in *BIDR* 46, 1939, 194 ss., in part. 217 s.; G. DUMÉZIL, *À propos du latin ius*, in *RHR* 85, 1947-1948, 95 ss.; M. KASER, *Das altrömische Jus*, Göttingen 1949, 28 ss.; P. DE FRANCISCI, *Primordia Civitatis*, Roma 1959, 378 ss.; C. GIOFFREDI, *Ius – lex – praetor. Forme storiche e valori dommatici*, in *SDHI* 13-14, 1947-1948, 9 ss.; É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes II. Pouvoir, droit, religion*, Paris 1969, 111 ss.; A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, IV ed., Napoli 1990, 129 ss., in part. 138 ss.; A. CALORE, *Per Iovem lapidem. Alle origini del giuramento. Sulla presenza del sacro nell'esperienza giuridica romana*, Milano 2000, 146. Cfr. almeno i lessici principali: AE. FORCELLINI, *Totius Latinitatis lexicon*, II, Padova 1805, v. 'jus', 644 s.; *ThLL.*, 7.2, v. 'ius', 678 ss.; A. WALDE, J.B. HOFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, I, III ed., Heidelberg 1938, v. 'ius', 733 s.; A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, IV ed., Paris 1959, v. 'ius', 329 s. Sulla omografia *ius*/diritto e *ius*/brodo e sulla possibile derivazione del primo dal secondo, ipotizzata a partire dalla analisi delle corrispondenze tra il sistema simbolico dell'ordine giuridico e quello del sacrificio, v. R. JACOB, *Jus ou la cuisine romaine de la norme*, in *Droit et Cultures* 48, 2004, 11 ss.

¹⁶ Sulla tema della certezza del diritto, *ex plurimis*, si v. almeno: F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo repubblicana*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, a cura di M. Sargenti-G. Luraschi, Padova 1987, 101 ss.; D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, a cura di D. Mantovani, Torino 1996, 94 s. [= in *ID.*, *Pensiero e forme letterarie dei giuristi romani. Studi*, I, Roma 2024, 141 ss.]; M. VA-

scibilità è legata, in primo luogo, con lo spontaneo adeguamento dei consociati a un determinato comportamento (il *mos*, i *mores* in origine, poi la consuetudine),¹⁷ con la memorizzazione (connessa con il ruolo politico-sociale dei sacerdoti, i *pontifices* sopra tutti, i primi giuristi di Roma), ma stiamo già invadendo l'argomento della trasmissione di un sapere, in origine di casta, riservato, nascosto (*'repositum in penetralibus pontificum'*),¹⁸ perché connesso con il potere di controllo, di sottomissione dei consociati. La conoscenza non è sempre preservata: il più antico interprete 'sistematico' delle Dodici tavole (un testo del V sec. a.C.), Sesto Elio Peto Cato, attivo alla fine del III, non comprende alcune parole, evidentemente scomparse dal lessico "attivo". È noto, infatti, il dubbio del grande giurista (Cic., *de leg.* 2.23.59)¹⁹ sul significato di *lessus* (abito funebre, nenia lugubre?).

LENTINO, *Il precedente giudiziale: esigenze di certezza e problema sistematico*, in *Labeo* 44, 1998, 292 ss.; C.A. CANNATA, *Iura condere. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e auctoritas principis*, in *Ius controversum e auctoritas principis. Giuristi, principe e diritto nel primo impero (Atti Copanello 1998)*, a cura di F. Milazzo, Napoli 2003, 27 ss. [= in ID., *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino 2012, 507 ss.]; F.M. DE ROBERTIS, *La certezza del diritto negli ordinamenti giuridici di tradizione romanistica: dalla constatata organica irrealizzabilità il recupero del momento equitativo?*, in *À l'Europe du troisième millénaire. Mélanges G. Gandolfi*, II, Milano 2004, 1127 ss.; P. CERAMI, *Il ius controversum nello sguardo dei moderni*, in *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi (Atti del Convegno – Firenze 21-23 ottobre 2010)*, V. Marotta-E. Stolfi (a cura di), Roma 2012, 387 ss.; M. PEACHIN, *In search of a Roman Rule of Law*, in *LR* 6, 2017, 19 ss.; P. STARACE, *Certezza e ordine del ius civile nell'Enchiridion*, in *Index* 46, 2018, 173 ss.; B. FRIER, *The Foundations of Roman Legal Culture: Ius, Lex, and Legal Certainty*, 'paper' consultabile su https://www.academia.edu/28557896/The_Foundations_of_Roman_Legal_Culture_Ius_Lex_and_Legal_Certainty.

¹⁷ Cfr. P. CERAMI, *Breviter su Iul. D. 1.3.32 (Riflessioni sul trinomio lex, mos, consuetudo)*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche F. Gallo*, Napoli 1997, 117 ss.; D. NÖRR, *Pomponius oder Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York 1976, 498 ss. [= in D. NÖRR, *Historiae iuris antiqui. Gesammelte Schriften*, II, Goldbach 2003, 985 ss. = *Pomponio o «della intelligenza storica dei giuristi romani»*, trad. it. a cura di M.A. Fino-E. Stolfi, in *RDR* 2, 2002, 167 ss.]; sul punto si v., inoltre, D. MANTOVANI, *Mores, leges, potentia. La storia della legislazione romana secondo Tacito (Annales III 25-28)*, in *Letteratura e civitas. Transizioni dalla Repubblica all'Impero. In ricordo di Emanuele Narducci*, a cura di M. Citroni, Pisa 2012, 353 ss., spec. 396 s.; ID., *Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi*, in *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, a cura di J.-L. Ferrary, Pavia 2012, 708 ss.; F. NASTI, *Pensiero greco e giuristi romani: ricerche sull'Enchiridion di Pomponio*, in *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, a cura di A. Schiavone, Torino 2017, 169.

¹⁸ Liv. 9.46.5.

¹⁹ ... *Hoc veteres interpretes, Sex. Aelius, L. Acilius, non satis se intellegere dixerunt, sed*

Menzionate le Dodici tavole, è opportuno, in breve, affrontare il tema della scrittura e il tema della *lex*. Partiamo da questo termine, la legge è, originariamente, una corda, che tiene legati, cioè obbliga i cittadini. Già gli antichi ne producevano *leges regiae* (alcuni testi sono conservati da una tradizione misteriosa, che passa certamente attraverso rifacimenti e consolidazioni, pensiamo al c.d. '*ius Papirianum*' che ricorda Pomponio),²⁰ leggi che erano probabilmente decisioni di casi concreti. Costruivano modelli di soluzione poi ripetuti nel tempo; successivamente – con la costituzione repubblicana – la legge diventa un vero motore del cambiamento nel diritto pubblico e (ma, pare, meno) nel diritto privato – sul punto dovrò, sia pur in breve, tornare – e si formalizza in un procedimento rituale (*promulgatio, contiones, rogatio, voto, renuntiatio, auctoritas patrum*).²¹ Il procedimento ne garantisce l'applicazione che si immette nelle maglie dell'apparato della *civitas*,²² in primo luogo nella giurisdizione. La legge si scrive: le Dodici tavole soprattutto, ma pure gli altri provvedimenti (dopo quell'evento epocale, tuttavia ci sono attestazioni precedenti). Proprio le tavole, che fisicamente scomparvero forse a seguito dell'incendio gallico (secondo la cronologia 'lunga' intorno al 390 a.C.),²³ portano i segni della scrittura come manife-

susplicari vestimenti aliquod genus funebris, L. Aelius 'lessum' quasi lugubrem eiulationem, ut vox ipsa significat ...

²⁰ D. 1.2.2.2 (Pomp. l. s. ench.). ... *Et ita leges quasdam et ipse curiatus ad populum tulit: tulerunt et sequentes reges. Quae omnes conscriptae exstant in libro Sexti Papirii, qui fuit illis temporibus, quibus Superbus Demarati Corinthii filius, ex principalibus viris. Is liber, ut diximus, appellatur ius civile Papirianum, non quia Papirius de suo quicquam ibi adiecit., sed quod leges sine ordine latas in unum composuit.* Si v. CHR. SMITH, *The Laws of the Kings – A View from a Distance*, in *Roman Law before the Twelve Tables. An Interdisciplinary Approach*, S.W Bell, P.J. du Plessis (eds.), Edinburgh 2020, 111 ss.; M.A. FENOCCHIO, *Hallucinatus est Pomponius? Nota sull'identità del superbus Demarati Corinthii filius in D. 1.2.2.2*, in *Index* 44, 2016, 21 ss.; P. STARACE, *Certezza e ordine*, cit., 173 ss.; R. LAURENDI, *Leges regiae e ius Papirianum. Tradizione e storicità di un corpus normativo*, Roma 2013.

²¹ Si v., per tutti, J. BLEICKEN, *Lex publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik*, Berlin-New York 1975, spec. 52 ss.

²² Termine che nei suoi diversi sensi allude anche ad una comunità strutturata e organizzata in forme giuridiche, cfr. C. CASCIONE, *Civitas, libertas und die Grundlagen des römischen Rechts*, in *Das Römische Recht – eine sinnvolle, in Auguralreligion und hellenistischen Philosophien wurzelnde Rechtswissenschaft? Forschungen von O. Behrends in Vorträgen und Repliken revisited*, C. Möller-M. Avenarius-R. Meyer-Pritzl (Hrsg.), Berlin 2020, 9-19.

²³ Livio (5.42-55) restituisce una vivida descrizione delle devastazioni portate dai Galli nell'Urbe, per poi ricordare, in una con le attività di ricostruzione, la volontà degli *interreges* di recuperare le antiche leggi ed, in particolare, il testo decemvirale. Cfr. Liv. 6.1.10. *in*

stazione di isonomia, leggibile da tutti, e di circolazione mediterranea del diritto (basti pensare al ricordo dell'ambasceria ad Atene, e dell'intermediazione forse leggendaria di Ermodoro di Efeso, secondo Pomponio 'auctor' del testo decemvirale).²⁴ Legge formale, rispettosa di una procedura e scritta. Questo il legato della *lex* repubblicana, destinata a diventare paradigmatica anche quando la procedura (con la *rogatio* del magistrato, il voto del popolo, l'assenso, o comunque il non dissenso del senato) non esisterà più. Penso naturalmente al c.d. catalogo delle fonti di Gaio²⁵ con la *lex publica* che diventa paradigma²⁶ di ogni altra fonte del diritto (costituzioni imperiali, senatoconsulti, *responsa prudentium*, etc.).

Il fatto che il diritto romano, già al tempo della repubblica, e sempre più nell'età del principato (quando la parola detta dal vertice dell'impero viene equiparata alla *lex publica*-paradigma, la cosiddetta *constitutio* imperiale, nelle sue varie forme), diventi un sistema di disciplinamento gestito da un ceto di esperti (tecnici), titolari, per sapienza riconosciuta, dell'interpretazione (dunque tanto spesso della soluzione) dei casi dubbi, non significa che le leggi in ambito privatistico fossero poche o addirittura pochissime, come è stato sostenuto (dal grande Fritz Schulz,²⁷ la cui tesi è stata di recente "difesa" da Santucci).²⁸ Propendo, con moderazione, per l'idea di Dario Mantovani,²⁹ dell'espunzione dalla memoria (praticamente dai testi dei *Digesta*) di una serie di provvedimenti. Legge e attività dei giuristi hanno convissuto, per secoli. La storia ha determinato la prevalenza dell'immagine della *lex* (forse più rassicurante, più oggettiva?). Senza nemmeno

primis foedera ac leges erant autem eae duodecim tabulae et quaedam regiae leges conquiri, quae comparerent, iusserunt ...

²⁴ Sulla figura di Ermodoro cfr. C. CASCIONE, *Il contesto storico della legislazione decemvirale*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, a cura di M.F. Cursi, I, Napoli 2018, 3 ss.

²⁵ Gai 1.2. *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*. Su cui si v. almeno V. GIODICE SABBATELLI, *Gli iura populi Romani nelle Istituzioni di Gaio*, Bari 1996, 43 ss.

²⁶ Sul punto L. AMIRANTE, *Gai 1.2-7. La legge paradigma per una teoria degli "iura populi Romani"*, in ID., *Studi di storia costituzionale romana*, Napoli 1988, 99-109 [= II ed., 1991, 119 ss.]; C.A. CANNATA, *La posizione della 'lex' nella sistematica delle fonti romane*, in *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, a cura di J.L. Ferrary, Pavia 2012, 257-280 [= ID., *Scritti scelti di diritto romano*, III, Torino 2014, 261-282].

²⁷ F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934, rist. Berlin 2003, 4 ss.

²⁸ G. SANTUCCI, *'Legum inopia' e diritto privato: riflessioni intorno ad un recente contributo*, in *SDHI* 80, 2014, 373 ss.

²⁹ Cfr. D. MANTOVANI, *Legum multitudo e diritto privato*, cit., 740 ss.

entrare nella polemica sulla quantità delle leggi romane (in particolare di quelle dedicate al diritto privato), voglio sottolineare due aspetti. Il primo è la concentrazione di *leges* in momenti fondamentali della storia costituzionale dalle origini della repubblica a quelle del principato. Mi pare si vedano chiaramente scatti di presenza e attività del motore popolare nell'evoluzione giuridica della città. Il primo anno della *libertas* (il 509), davvero 'pieno' di *leges*, il periodo che comprende gli anni del decemvirato legislativo (451-450 a.C.) e insieme le leggi *Valeriae Horatiae* nel 449, la promulgazione delle leggi *Liciniae Sextiae* nel 367, e così via, fino alla stagione delle leggi Giulie, quelle, assai numerose, di Augusto. Ecco perché, attraverso una tradizione culturale singolarissima, gli scrittori di Roma antica, poeti, storici, giuristi, rappresentano la comunità dei Romani come '*civitas legibus fundata*'.³⁰ Comunità, gruppo organizzato di concittadini, basato sulle leggi (si noti bene, non 'sul diritto', che naturalmente è il contenitore concettuale delle leggi). Ricordiamo l'immagine suggerita, ancora una volta, da Pomponio: gli ambasciatori si recano nelle comunità straniere (greche in particolare), tornano a Roma, e fondano la *civitas* romana sulle leggi.³¹ Proprio sulle leggi, che storicamente (e teoricamente) contemplanò la partecipazione attiva e formale del popolo alla formazione del diritto. '*Fundare*', fondamento (porre le fondamenta?), un concetto già sottolineato, che viene ripetuto in una catena lunghissima, che passa attraverso l'opera di storia del diritto di Pomponio, l'*Enchiridium*, partendo (almeno) da Virgilio, Seneca, Quinti-

³⁰D. 1.2.2.4 (Pomp. *l. s. ench.*). *Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus ...*; Cic., *de re publ.* 2.1.2. *Is [scil. Cato] dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod in illis singuli fuissent fere, qui suam quisque rem publicam constituisset legibus atque institutis suis, ut Cretum Minos, Lacedaemoniorum Lycurgus, Atheniensium, quae persaepe commutata esset, tum Theseus, tum Draco, tum Solo, tum Clisbenes, tum multi alii, postremo exsanguem iam et iacentem doctus vir Phalereus sustentasset Demetrius, nostra autem res publica non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquot constituta saeculis et aetatibus. Nam neque ullum ingenium tantum exitisse dicebat, ut, quem res nulla fugeret, quisquam aliquando fuisset, neque cuncta ingenia conlata in unum tantum posse uno tempore providere, ut omnia complecterentur sine rerum usu ac vetustate.* Per una valutazione complessiva del racconto delle fonti relativo all'invio di una legazione in Grecia (o, meglio, in Magna Grecia) si v. C. CASCIONE, *Il contesto storico della legislazione decemvirale*, cit., 3 ss.

³¹Cfr. F. MERCOGLIANO, *Italia legibus fundata. Rileggendo la prolusione camerte di Scialoja su diritto positivo ed equità*, in *Tra Italia e Argentina. Tradizione romanistica e culture dei giuristi*, a cura di C. Masi Doria-C. Cascione, Napoli 2013, 39 ss.; C. CASCIONE, *Osservazioni brevi su 'Civitas legibus fundata'*, in *Ius hominum causa constitutum. Studi in onore di A. Palma*, I, a cura di F. Fasolino, Torino 2022, 382 ss.

liano, Plinio, e giungendo – nei *Digesta* – fino a Giustiniano. È proprio in questo rapporto che nel racconto di Pomponio si instaura una sorta di gioco di scatole cinesi. Nella città fondata sulle leggi, i giuristi (in particolare i rappresentanti di un'importantissima svolta scientifica: Publio Mucio, Manio Manilio, Giunio Bruto),³² a loro volta “fondano” il *ius civile*, siamo a metà del II sec. a.C., cioè lo rifondano, lo consolidano.³³

Rappresentando un altro problema, la *lex* può essere sbagliata (si pensi alla critica di Cicerone alla *lex Valeria de Sulla dictatore creando*, con la quale si concedeva al dittatore il potere legislativo, da considerare per l'Arpinate ‘*dissimillima legis*’, vale a dire lontanissima dal concetto di legge quale *iussum populi*).³⁴ Può essere valutata negativamente, ma conserva un margine di sicurezza, non offre il fianco a troppi dubbi, anche se, naturalmente, è sottoposta a interpretazioni e critiche. Soprattutto, però, il suo inserimento nel sistema magmatico del *ius*, al quale concorrono anche altre diverse fonti, le costituzioni dell'imperatore, i senatoconsulti, le opinioni dei giuristi, l'editto del pretore, ci rappresentano un sistema fortemente antinomico, governato dai giuristi (e dall'imperatore come super-giurista, che concede il ‘*ius respondendi ex auctoritate sua*’ –³⁵ la patente del buon giuri-

³² Per i quali si rinvia al recente volume di S. BARBATI, *Manio Manilio Marco Giunio Bruto Publio Mucio Scevola ‘Qui Fundaverunt Ius Civile’*, Roma-Bristol 2022.

³³ Si v. il noto passo pomponiano in D. 1.2.2.39 (Pomp. *l. s. ench.*). *Post hos fuerunt Publius Mucius et Brutus et Manilius, qui fundaverunt ius civile. Ex his Publius Mucius etiam decem libellos reliquit, Brutus septem, Manilius tres: et extant volumina scripta Manilii monumenta. Illi duo consulares fuerunt, Brutus praetorius, Publius autem Mucius etiam pontifex maximus.* Di recente sul testo: CHR. LEHNE-GSTREINTHALER, *Iurisperiti et oratores. Eine Studie zu den römischen Juristen der Republik*, Köln 2019, 89 ss.; S. BARBATI, *Manio Manilio Marco Giunio Bruto Publio Mucio Scevola*, cit., 6 s.; F. NASTI, *L'Enchiridion di Sesto Pomponio*, cit., 122 s., secondo la quale si tratterebbe «della fondazione di un diritto che solo ora acquista la denominazione di ‘civile’ e che solo da questo momento ha le caratteristiche del *proprium ius civile*». Com'è noto, il verbo ‘*fundare*’ relativo alla giurisprudenza è, di nuovo presente in Pomponio, al § 44 di D. 1.2.2, molto dibattuto dagli studiosi. Cfr. P. BIAVASCHI, ‘*Caesari familiarissimus*’. *Ricerche su Aulo Ofilio e il diritto successorio tra Repubblica e Principato*, Milano 2011, 29 ss.; A. TORRENT RUIZ, ‘*Ofilius nam de iurisdictione idem edictum praetoris primus diligenter composuit*’, in SDHI 83, 2017, 37 ss.

³⁴ Cic., *de leg. agr.* 3.2.5. *Omnium legum iniquissimam dissimillimamque legis esse arbitror eam quam L. Flaccus interrex de Sulla tulit, ut omnia quaecumque ille fecisset essent rata. Nam cum ceteris in civitatibus tyrannis institutis leges omnes extinguantur atque tollantur, hic rei publicae tyrannum lege constituit. Est invidiosa lex, sicuti dixi, verum tamen habet excusationem; non enim videtur hominis lex esse, sed temporis.*

³⁵ D. 1.2.2.48-49 (Pomp. *l. s. ench.*). ... *Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publici primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc tamen illi*

sta direbbe Guarino –³⁶ ovvero interviene egli stesso nel dibattito, ovviamente chiudendolo) determinando la potenziale incertezza del diritto, che ridiventa certezza a un grado di sintesi superiore, situazione descritta dai Romani con la locuzione *ius controversum* e, tra i moderni, attraverso un *dictum* di un professore tedesco, il grande Dieter Nörr, che ha avuto enorme successo, specie in Italia, nel definire questo coacervo allo stesso tempo instabile e iperstabile, «unstabil und überstabil zu gleicher Zeit».³⁷

Lancio qui quasi una provocazione sul perché nel recente passato fosse ammirato il diritto gerarchizzato e ordinato, e oggi – invece – si preferisca sottolinearne la debolezza, l'incertezza, la difficoltà di nomofilachia.

3. Repressione criminale, legge e certezza

Devo andare rapidamente verso il cuore del problema storico e – contemporaneamente – verso la conclusione. Occorre cioè concentrarsi sul problema del diritto criminale romano, tenendo presente, quasi bussola, l'art. 1 c.p.,³⁸ un codice certamente non romanistico. L'affermarsi del prin-

*concessum erat. 49. Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. Et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet. Cfr. Gai 1.2.7. Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur. Cfr. sulla questione W. KUNKEL, *Das Wesen des ius respondendi*, in ZSS 66, 1948, 423 ss.; M. BREONE, *L'Enchiridion di Pomponio*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi*, cit., 210 ss.; M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo ius controversum all'autorità del principe)*, in *Ius controversum e auctoritas principis*, cit., 435; F. GALLO, *Tra la recezione moribus e la consuetudo: la fase della assenza della formazione consuetudinaria degli elenchi delle fonti del diritto*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, a cura di E. Dovere, Napoli 1998, 258 ss.; B. ALBANESE, *Apunti su D. 1,2,2,48-50, e sulla storia dello ius respondendi*, in AUPA 49, 2004, 5 ss.*

³⁶ Così A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, XII ed., Napoli 1998, 438 ss., spec. 440. *Amplius* sul tema ID., *Il "ius publice respondendi"*, in RIDA, 1.2, 1949, 401 ss. [= in *Pagine di Diritto Romano*, IV, Napoli 1994, 384 ss.].

³⁷ Così D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974, 16.

³⁸ *Supra* in nt. 3.

cipio di legalità, nei diritti europei post-illuministici – lo sanno tutti i giuristi – deve molto a uno studioso tedesco, Paul Anselm von Feuerbach (1775-1833).³⁹ Personaggio assai noto (e padre del forse più celebre filosofo Ludwig), il cavaliere di Feuerbach fu autore ardito, che contribuì all'abolizione della tortura e alla codificazione penale, come anche alla crescita del sentimento nazionale tedesco, nel segno della *Freiheit* (la *libertas* di Livio!). A noi, qui, interessa soprattutto per una frasetta, detta in latino, nel suo *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, pubblicato a Giessen nel 1801. Nel ventiquattresimo paragrafo ebbe a scrivere, infatti, '*Nulla poena sine lege*'.⁴⁰ Credo non ci sia bisogno di tradurre. L'uso del latino innalza, per Feuerbach, il livello del dialogo con i suoi lettori, imita una *regula iuris* antica, parlando la lingua dei Romani. Invero non è solo imitazione: ci sono almeno due frammenti, conservati nei *Digesta*, entrambi nel titolo D. 50.16, dedicato alla *significatio verborum*. Nel primo, Ulpiano (D. 50.16.131.1),⁴¹ discutendo della cosiddetta *lex Iulia et Papia*, e della differenza tra i concetti di *poena* e *multa*, afferma che per esser considerato autore di un delitto cui corrisponda una *poena*, che al

³⁹Sul quale si v., almeno, G. RADBRUCH, *Anselm v. Feuerbach und die vergleichende Rechtswissenschaft*, in *Elegantiae Juris Criminalis. Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts*, II ed., Basel 1950, 193 ss.; M. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano 1970; L. GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlegendiskussion*, Berlin 2009; L. LLOREDO ALIX, v. '*Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von*', in *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2023, <https://link.springer.com/referencework/10.1007/978-94-007-6730-0>.

⁴⁰A p. 20. Cfr. J. BOHNERT, *Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht*, Heidelberg 1982; J. WINIGER, *Ludwig Feuerbach: Denker der Menschlichkeit: Eine Biographie*, Berlin 2004; F. TOMASONI, *Ludwig Feuerbach: Entstehung, Entwicklung und Bedeutung seines Werkes*, G. Schneider (trans.), Münster-New York 2015; C. PELLOSO, *Il principio di legalità penale in Roma antica*, cit., 64 ss.

⁴¹D. 50.16.131.1 (Ulp. 3 ad l. Iul. et Pap.). Inter "*multam*" autem et "*poenam*" multum interest, cum poena generale sit nomen omnium delictorum coercitio, multa specialis peccati, cuius animadversio hodie pecuniaria est: poena autem non tantum pecuniaria, verum capitis et existimationis irrogari solet. Et multa quidem ex arbitrio eius venit, qui multam dicit: poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est: quin immo multa ibi dicitur, ubi specialis poena non est imposita. Item multam is dicere potest, cui iudicatio data est: magistratus solos et praesides provinciarum posse multam dicere mandatis permissum est. Poenam autem unusquisque inrogare potest, cui huius criminis sive delicti exsecutio competit. Da ultima sul testo, F. PULITANO, *Autonomia del diritto penale romano? Considerazioni critiche*, in *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive*, I/1, a cura di L. Garofalo, Napoli 2022, 12 ss.

tempo è essenzialmente la *poena capitis*, ci vuole una legge speciale che lo preveda, mentre la *lex* non è necessaria per l'irrogazione di una multa. Naturalmente questa non è, per così dire, una riserva formale, per la natura del diritto romano classico: accanto alla *lex* la conseguenza penale può derivare anche da un *aliud ius*. L'altro frammento, questa volta di Paolo (D. 50.16.244),⁴² mette in connessione la stessa distinzione, tra *poena* e *multa* con la *provocatio*. Naturalmente, per Paolo e Ulpiano, sostanzialmente coetanei, la *provocatio* non è più l'antichissima *provocatio ad populum*, bensì il suo succedaneo nell'età dei principi, l'appello all'imperatore, certo l'istituto più risalente ci aiuta a capire. Aggiungo una nota. Pur consapevoli della differenza enorme tra il diritto penale dell'assolutismo e quello post-illuministico, i romanisti si sono dedicati allo studio della regola '*Nulla poena sine lege*' o '*nullum crimen sine lege*': Detlef Liebs⁴³ ne ha scrutato la vigenza nel diritto criminale dell'età dei Severi, Luigi Labruna⁴⁴ ne ha rinvenuto un'anticipazione (una regola, per così dire, di 'civiltà') in Paolo di Tarso (ricordiamolo *civis Romanus* del I secolo): '*Peccatum autem non imputabatur cum lex non esset*' (*Lettera ai Romani*),⁴⁵ Margherita Scognamiglio le ha dedicato addirittura una monografia romanistica.⁴⁶ Certo, per capire, vale l'ammonimento di Luigi Garofalo⁴⁷ di porre ascolto alle fonti romane, an-

⁴²D. 50.16.244 (Lab. 4 *pith. a Paulo epit.*). *Si qua poena est, multa est: si qua multa est, poena est. Paulus: utrumque eorum falsum est. Namque harum rerum dissimilitudo ex hoc quoque apparet, quod de poena provocatio non est: simul atque enim victus quis est eius malefici, cuius poena est statuta, statim ea debetur. At multae provocatio est, nec ante debetur, quam aut non est provocatum aut provocator victus est: nec aliter quam si is dixit, cui dicere licet. Ex hoc quoque earum rerum dissimilitudo apparere poterit, quia poenae certae singulorum peccatorum sunt, multae contra, quia eius iudicis potestas est, quantam dicat, nisi cum lege est constitutum quantam dicat.* Per approfondimenti sul testo, con bibliografia, si v., per tutti: G. MARAGNO, *Punire e sorvegliare. Sanzioni in oro imperatori burocrazia*, Napoli 2020, 43 ss.

⁴³D. LIEBS, *Alexander Severus und das Strafrecht*, in *Bonner Historia-Augusta-Colloquium 1977-1978*, Bonn 1980, 122 s.

⁴⁴L. LABRUNA, «*Ius europaeum commune*». *Le matrici romanistiche del diritto europeo attuale*, in *Matrici romanistiche del diritto attuale*, Napoli 1999, 11.

⁴⁵Rom. 5.13. *Usque ad legem enim peccatum erat in mundo: peccatum autem non imputabatur, cum lex non esset.*

⁴⁶M. SCOGNAMIGLIO, *Nullum crimen sine lege. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, Salerno 2009.

⁴⁷L. GAROFALO, *Concetti e vitalità del diritto penale romano*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, IV, Napoli 2001, 76 ss. [= in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova 2008, 97 ss.].

che in questo ambito, che rispetto al diritto privato sembra meno direttamente connesso con l'esperienza antica. *Provocatio* è la parola che ci collega, in ogni caso, con le origini, un tempo assai antico.

Riandiamo a Livio, al racconto antichissimo, se vogliamo: alla narrazione del mito, uno degli aspetti fondativi della città. Certamente la storia la ricordate tutti, quella celeberrima dello scontro tra Orazi e Curiazi.⁴⁸ Durante il regno di Tullo Ostilio si tiene infatti la sfida finale per la supremazia tra la madrepatria Alba Longa e Roma (sua diramazione); la vicenda è stata, tra l'altro, da qualche studioso addotta per sostenere la possibile esistenza di procedimenti ordalici a Roma.⁴⁹ Orazio, terzo dei fratelli sopravvissuto, riesce, con grande astuzia, a vincere il *duellum*, uccidendo tutti gli sfidanti. È l'eroe che determina la fine di Alba e l'accrescimento di Roma. Di ritorno, con le spoglie dei nemici, conquistate in battaglia, alle porte di Roma viene accolto dalla sorella che, invece di esultare, come lui si sarebbe aspettato, scoppia in lacrime, vedendo tra il bottino del vincitore il mantello che ella stessa aveva ricamato per il fidanzato Curiazio, ucciso dal fratello. Preso dall'ira, Orazio forgia la regola antropologica che impedisce alla donna romana di piangere per il nemico e ammazza (pure) la sorella. La legge della città. Canto di parole, orrende, la '*lex horrendi carminis*'⁵⁰ viene pronunciata, e si adibisce la procedura rituale, che prevede l'affissione del colpevole manifesto alla '*arbor infelix*' (l'albero maledetto) e la fustigazione

⁴⁸ Liv. 1.26. Cfr., da ultimi sulla vicenda con prospettive diverse: C. PELLOSO, *Provocatio ad populum e poteri magistratuali dal processo all'Orazio superstite alla morte di Appio Claudio decemviro*, in SDHI 82, 2016, 219 ss.; R. FIORI, *Il crimen dell'Orazio superstite*, in IVRA 68, 2020, 35 ss.; L. GAROFALO, *Sull'Orazio sororicida*, in *Storia mitica del diritto romano*, a cura di A. McClintock, Bologna 2020, 65 ss.; B. SANTALUCIA, *Duumviri perduellionem iudicent. Considerazioni sui processi dell'Orazio e di Rabirio*, in IVRA 71, 2023, 1 ss., e i saggi di G. BRESCIA, *La storia di Orazia: piangere il nemico*, e di M. LENTANO, *Carmen horrendum: la parola potente della legge*, entrambi in *Tullo Ostilio. Il rito, il duello, la politica*, a cura di M. Lentano, Bologna 2023, rispettivamente a p. 37 ss. e 61 ss.

⁴⁹ Sulla questione rinvio a C. MASI DORIA, *Acque e templi nell'Urbe: uso e riti. Il caso della Vestale Tuccia*, in *Il governo del territorio nell'esperienza storico-giuridica*, a cura di P. Ferretti-M. Fiorentini-D. Rossi, Trieste 2017, 104 e nt. 49, con letteratura.

⁵⁰ Cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II, Leipzig 1887, rist. 1952, 615 ss.; CH. BRECHT, *Perduellio. Eine Studie zu ihrer begrifflichen Abgrenzung im römischen Strafrecht bis zum Ausgang der Republik*, München 1938; M. LENTANO, *Carmen horrendum. La parola potente della legge*, in *Tullo Ostilio*, cit., 61 ss.; F. SINI, *Documenti sacerdotali in Roma antica. I. Libri e commentarii*, Sassari 1983, 46 ss., 113 ss.; J. PÉREZ CARRANDI, *El suplicium more maiorum: la lex horrendi carminis [The suplicium more maiorum: The lex horrendi carminis]*, in *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* 23, 2019, 287 ss.

a morte. Interviene il *pater* degli Orazi, l'anziano genitore (ma con che carattere!) che ha appena perso due figli maschi in guerra, e una figlia, uccisa dall'eroe superstite. Chiede al *rex* di perdonare l'eroe, di lasciargli la vita. Il racconto⁵¹ ci rappresenta Tullio Ostilio che, turbato, interpreta la legge in senso benigno e chiama il popolo alla scelta (vita o morte). Le curie, i raggruppamenti militari delle varie stirpi che formavano la città, si dimostrano favorevoli a salvare Orazio, pur imponendogli (a lui, e alla sua gente) un cerimoniale espiatorio, il 'tigillo sororio' che durerà per generazioni. Si tratta di un archetipo della *provocatio ad populum*,⁵² della necessità, cioè, di convocare il popolo, quando, instaurata la repubblica, il magistrato darà un ordine di messa a morte, in città, di un cittadino. *Provocatio* che è con-

⁵¹Liv. 1.26.6-14. ... *lex horrendi carminis erat: duumviri perduellionem iudicent; si a duumviris provocarit, provocatione certato; si vincent, caput obnubito; infelici arbori reste suspendito; verberato vel intra pomerium vel extra pomerium.* 7. *Hac lege duumviri creati. qui se absolvere non rebantur ea lege ne innoxium quidem posse, cum condemnassent, tum alter ex iis "P. Horati, tibi perduellionem iudico", inquit; "i, lictor, colliga manus".* 8. *Accesserat lictor inciebatque laqueum. Tum Horatius auctore Tullo, clemente legis interprete, "provoco", inquit. Itaque provocatione certatum ad populum est.* 9. *Moti homines sunt in eo iudicio maxime P. Horatio patre proclamante se filiam iure caesam iudicare: ni ita esset, patrio iure in filium animadversurum fuisse. Orabat deinde, ne se, quem paulo ante cum egregia stirpe conspexissent, orbum liberis facerent.* 10. *Inter haec senex iuvenem amplexus, spolia Curiatorum fixa eo loco qui nunc pila Horatia appellatur ostentans, "huncine" aiebat, "quem modo decoratum ovantemque victoria incedentem vidistis, Quirites, eum sub furca vinctum inter verbera et cruciatus videre potestis? Quod vix Albanorum oculi tam deforme spectaculum ferre possent.* 11. *I, lictor, colliga manus, quae paulo ante armatae imperium populo Romano pepererunt. I, caput obnube liberatoris urbis huius; arbore infelici suspende; verbera vel intra pomerium, modo inter illa pila et spolia hostium, vel extra pomerium, modo inter sepulcra Curiatorum. quo enim ducere hunc iuvenem potestis, ubi non sua decora eum a tanta foeditate supplicii vindicent?"* 12. *Non tulit populus nec patris lacrimas nec ipsius parem in omni periculo animum, absolveruntque admiratione magis virtutis quam iure causae. Itaque, ut caedes manifesta aliquo tamen piaculo lueretur, imperatum patri ut filium expiaret pecunia publica.* 13. *Is quibusdam piacularibus sacrificiis factis, quae deinde genti Horatiae tradita sunt, transmissio per viam tigillo capite adoperto velut sub iugum misit iuvenem. Id hodie quoque publice semper reffectum manet: sororium tigillum vocant.* 14. *Horatiae sepulcrum, quo loco corruerat icta, constructum est saxo quadrato.* Cfr. E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, II ed., Milano 1991, 175; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, II ed., Milano 1998, 24 s.; C. CASCIONE, *Lege agere e poena capitis: qualche spunto ricostruttivo*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, I, Napoli 2001, 523 ss. [= in *Studi di diritto pubblico romano*, Napoli 2010, 70 ss.]; M. LENTANO, *Carmen horrendum*, cit., 62 ss.

⁵²Si v., per tutti, C. MASI DORIA, *Spretum imperium. Prassi costituzionale e momenti di crisi nei rapporti tra magistrati nella media e tarda repubblica*, Napoli 2000, 74 ss. e bibliografia ivi, cit.

templata sempre attraverso *leges* formali, una lunga serie che attraversa la storia di Roma.⁵³ Dopo il caso mitico della sfida tra Orazi e Curiazi, ci sarà (secondo la tradizione delle fonti) una *lex Valeria* del 509 (quasi a fondare la *libertas* appena ottenuta: *libertas* e *provocatio* scrive Livio⁵⁴ per riferirsi al nuovo *status*), poi (a quanto pare) una norma delle XII tavole,⁵⁵ subito dopo questo grande evento, costituzionale e giuridico, la *lex Valeria Horatia*,⁵⁶ che restituirà al popolo il diritto di provocazione (sospeso con il decemvirato legislativo) e impedirà l'istituzione di magistrati sottratti a questa garanzia,⁵⁷ poi, ancora, nel 300, la *lex Valeria*,⁵⁸ di Corvo, che ne stabilirà più incisivamente le conseguenze per la violazione.⁵⁹ La *provocatio* vedrà progressivamente rafforzata e ampliata la propria portata a tutela del cittadino, ed ecco le tre *leges Porciae* (siamo alla fine del III e l'inizio del II sec.

⁵³ Sul punto TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III ed., I, Leipzig 1887, 110 ss., 141 ss.; ID., *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 31 ss., 56 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 52 ss., 69 ss.; E. TASSI SCANDONE, *Leges Valeriae de provocatione. Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana*, Napoli 2008; C. PELLOSO, *Provocatio ad populum e poteri magistratuali dal processo all'Orazio superstite alla morte di Appio Claudio decemviro*, in SDHI 82, 2016, 219 ss.

⁵⁴ Liv. 2.8.1-2. ... *latae deinde leges, non solum quae regni suspitione consulem absolvent, sed quae adeo in contrarium verterent ut popularem etiam facerent. inde cognomen factum Publicolae est. 2. Ante omnes de provocatione adversus magistratus ad populum sacrandoque cum bonis capite eius qui regni occupandi consilia intisset gratiae in volgus leges fuere.*

⁵⁵ XII tab. 9.1. *De capite civis nisi per maximum comitiatum ... ne feruntur.*

⁵⁶ Per tutti, si v. D. FLACH, *Die Gesetze der frühen römischen Republik. Text und Kommentar*, Darmstadt 1994, 216 ss.; E. TASSI SCANDONE, *Leges Valeriae de provocatione*, cit., 237 ss.

⁵⁷ Liv. 3.55.4-5. ... *aliam deinde consularem legem de provocatione, unicum praesidium libertatis, decemvirali potestate eversam, non restituunt modo, sed etiam in posterum muniunt sanciendo novam legem 5. Ne quis ullum magistratum sine provocatione crearet; qui creasset, eum ius fasque esset occidi, neve ea caedes capitalis noxae haberetur.*

⁵⁸ Cfr. D. FLACH, *Die Gesetze*, cit., 59 ss.; E. TASSI SCANDONE, *Leges Valeriae de provocatione*, cit., 307 ss.

⁵⁹ La vicenda è narrata da Liv. 10.9.3-4: *eodem anno M. Valerius consul de provocatione legem tulit diligentius sanctam. Tertio ea tum post reges exactos lata est, semper a familia eadem. Causam renovandae saepius haud aliam fuisse reor. 4. Quam quod plus paucorum opes quam libertas plebis poterat.* Sul punto, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 70 ss.; si v., inoltre, M. ELSTER, *Die Gesetze der mittleren römischen Republik: Text und Kommentar*, Darmstadt 2003, 98 ss., 296 ss., spec. 301 s.; R.A. BAUMAN, *The 'lex Valeria de provocatione' of 300 B.C.*, in *Historia* 22, 1973, 34 ss.; N. DE LUCA, *'Praesidium libertatis': le 'leges Valeriae de provocatione'*, in *Index* 38, 2008, 89 ss.; E. TASSI SCANDONE, *Leges Valeriae de provocatione*, cit., 312 ss.

a.C.), sul divieto di fustigazione come pena autonoma e sull'estensione della *provocatio* fuori del pomerio.⁶⁰ Ecco, lungo una storia plurisecolare, il fondamentale ruolo del *iussum populi* rispetto a una repressione criminale basicamente violenta, che però, quando il reo è cittadino romano, lo difende chiamando il popolo alla decisione. Originariamente solo nei casi di ordine di messa a morte, poi anche di *multa maxima* (ancora con due leggi, *Menenia Sextia*⁶¹ e *Aterna Tarpeia*,⁶² siamo in anni immediatamente precedenti rispetto al decemvirato legislativo nel 454-452 a.C.). Prima solo per i fatti commessi nella città, poi, come si è appena visto (in virtù della legislazione Porcia), anche dal *civis-miles*, il cittadino chiamato all'azione militare. Le estensioni della tutela avvengono sempre, lo sottolineo, attraverso leggi della repubblica.

4. La fase dei tribunali

Bisogna, a questo punto, volgere lo sguardo a una vicenda interna alla storia del processo penale repubblicano. Per una serie, complessa, di motivi, diminuisce, nel tempo, il ricorso all'utilizzazione del processo comiziale con fondamento legislativo, basato sulle norme *de provocatione*. La convocazione del popolo è rituale e complicata, non adeguata anche all'allargamento della base demografica, sempre più ampia, che ha diritto a intervenire alle deliberazioni. La massa, inoltre, diviene pericolosamente incontrollabile da parte della *élite* senatoria, che preferisce sorvegliare più da vicino svolgimento ed esiti della procedura penale, soprattutto quando s'inverano e si moltiplicano fattispecie proprie di una giustizia di classe: accusati appartenenti all'ordine senatorio che occorre che siano giudicati da senatori (come con riguardo al principale *crimen* dell'imperialismo romano, le vessazioni del centro sulle periferie, le c.d. *res repetundae*).⁶³ Questa è un

⁶⁰ Su cui F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II ed., II, Napoli 1973, 424 ss.; B. SANTALUCIA, v. 'processo penale (dir. rom.)', in *Enc. dir.* 36, Milano 1987, 318 ss. [= in *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994, 178 ss.].

⁶¹ D. FLACH, *Die Gesetze*, cit., 101 ss.

⁶² Si v. Cic., *de re pub.* 2.35; Gell., *N.A.* 11.1. Cfr., inoltre, D. FLACH, *Die Gesetze*, cit., 98 ss.

⁶³ Sul tema L. FASCIONE, *Aliquem iudicio circumvenire e ob iudicandum pecuniam accipere (da Caio Gracco a Giulio Cesare)*, in *AG* 189, 1975, 29 ss.; C. VENTURINI, *Studi sul crimen repetundarum nell'età repubblicana*, Milano 1979, 464 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 97 ss.; 108 ss.; U. LAFFI, *La morte del reo nel procedimento de repetun-*

po' la matrice principale dello sviluppo di una nuova tipologia processuale, l'adibizione di tribunali formati da una corte giudicante, presieduta da un magistrato, poi da diverse corti, una per ogni crimine. I giudici deliberano anche la pena di morte, ma l'applicazione di questa va sostanzialmente in desuetudine: si preferisce applicare al colpevole l'esilio⁶⁴ (in un primo momento opzione per il *reus*, poi dal 63 a.C. vera e propria pena). Il complesso meccanismo supera la necessità del voto popolare, teoricamente *arx libertatis*, attraverso quello che appare un *escamotage*, sempre collegato con la *lex*: la legge istitutiva di ciascuna corte (è necessario un provvedimento del popolo per stabilire la *quaestio* (il tribunale), il *crimen* da perseguire e la pena da irrogare.⁶⁵ Ciò determina, in via preventiva, la superfluità di una votazione per ogni caso che invece si verificava a monte, come se i singoli giudizi concreti fossero sussunti nel voto istitutivo del tribunale, aggirandosi preventivamente la tutela della *provocatio*. Il principio della connessione tra fatto di reato e *lex* viene conservato, pur modificandosi rispetto all'idea originaria. Si potrebbe dire: dal voto giudicante della *provocatio* (e dei *iudicia populi*) al voto istituyente (della *quaestio* e del singolo crimine). In circa un secolo di tentativi, tra gli inizi del II secolo e gli inizi del I, su un'esperienza pratica, viene forgiato un nuovo modello. In fondo è questo il sistema cui fa riferimento il principio di legalità: se un fatto, un comportamento, non sia preventivamente previsto come reato, non è perseguibile come tale. L'elaborazione premia il coinvolgimento del senato nella repressione criminale, che si era esplicitato nella repressione di culti

dis, in *Studi in onore di Albino Garzetti*, Brescia 1996, 231 ss. [= in *Studi di storia romana e di diritto*, Roma 2001, 559 ss.].

⁶⁴ Lact. *inst.* 2.9.23-24. *Exulibus quoque igni et aqua interdicti solebat: adhuc enim nefas videbatur quamvis malos, tamen homines supplicio capitis adficere. Interdicto igitur usu earum rerum quibus vita hominum constat, perinde habebatur ac si esset qui eam sententiam exceperat morte multatus. Adeo duo ista elementa prima sunt habita ut nec ortum hominis nec vitam sine his crediderint posse constare.* G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium» nel periodo repubblicano*, Milano 1962, *passim*; ID., *Problemi dell'acqua et igni interdictio*, in *L'esclusione dalla città. Altri studi sull'exilium romano*, Perugia 1985, 37; R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, *passim*; G.P. KELLY, *A History of Exile in the Roman Republic*, Cambridge 2006, 28.; B. SANTALUCIA, *Dalla vendetta alla pena*, in A. MOMIGLIANO-A. SCHIAVONE, *Storia di Roma*, I, *Roma in Italia*, Torino 1988, 427 ss. [= in *Altri studi di diritto penale*, Padova 2010, 7 ss.].

⁶⁵ Si v. A.H.M. JONES, *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford 1972, 49 ss., 86 ss.; D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare: dalla «quaestio» unilaterale alla «quaestio» bilaterale*, Padova 1989, *passim*; C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum» nell'età repubblicana*, Milano 1979, 90 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 116 ss.

stranieri nell'Urbe, nel 213,⁶⁶ quando Roma era praticamente sotto l'assedio delle truppe di Annibale, il grande generale, terribile invasore cartaginese, poi, ancora, nella gestione violenta dei riti bacchici (di cui al celeberrimo senatoconsulto del 186 a.C., con circa 70000 persone coinvolte).⁶⁷ Il modello processuale si rifà inizialmente al processo civile: prendendo spunto dalla cattiva prassi delle malversazioni provinciali (le *res repetundae*), si organizzano giurie restitutorie nel 171⁶⁸ a.C., poi con la *lex Calpurnia* del 149 a.C.),⁶⁹ che diventano penali nel momento in cui il prezzo della trasgressione è punitivo, cioè si realizza in un multiplo del valore di quanto sottratto (per la prima volta con la *lex Acilia* del 123).⁷⁰ Anche questo sistema è basato sulla legge, quella che istituisce il tribunale, quella che assegna il *munus iudicandi* ai senatori, o ai cavalieri, in un'alternanza che di volta in volta premierà il gruppo vincente nello scenario politico della città, quella che – per ogni singolo crimine individuato – detta regole procedurali (ad esempio la formazione della maggioranza) e stabilisce la pena fissa. Tra le diverse testimonianze si potrebbe guardare ad un testo ciceroniano che determina molto bene la relazione tra la condanna stabilita dai giudici e la pena stabilita dalla legge.⁷¹ Ecco, in questa storia si rinviene una delle

⁶⁶ Cfr. Liv. 25.1.6-12; D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare*, cit., 14 ss.; G. TODARO, *Tanta religio et ea magna ex parte externa* (25.1.6-12). *Culti stranieri e crisi religiosa nel 213 a.C.*, in *Lexis* 38.2, 2020, 492 ss.

⁶⁷ Tra la vastissima letteratura: A. DIHLE, *Zum 'SC de Bacchanalibus'*, in *Hermes* 90, 1962, 376 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II, cit., 1973, 191 ss.; J.A. NORTH, *Religious Toleration in Republican Rome*, in *Proceedings of the Cambridge Philological Society* 25, 1979, 92; B. ALBANESE, *Per l'interpretazione dell'iscrizione con norme del SC 'De Bacchanalibus' (186 a.C.)*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, I, Napoli 2001, 1 ss.; F. COSTABILE, *Il 'Senatus Consultum de Bacchanalibus' e la condizione giuridica dell'ager Teuranus'*, in *Enigmi delle società antiche dal Mediterraneo al Nilo. Atene, la Magna Grecia, l'impero di Roma*, Reggio Calabria 2007, 383 ss.; A. GALLO, *'Senatus consulta' ed 'edicta de Bacchanalibus': documentazione epigrafica e tradizione liviana*, in *Bullettino di studi latini* 47, 2017, 519 s.; C. MINASOLA, *La repressione dei 'collegia Bacchanalia' tra fonti epigrafiche e racconto liviano*, in *SDHI* 86, 2020, 167 ss.

⁶⁸ Si v. Liv. 43.2. Cfr. M. TALAMANCA (sotto la direzione di), *Lineamenti di storia del diritto romano*, II ed., Milano 1989, 279 s.

⁶⁹ Cfr. Cic., *de off.* 2.21; *ad Brut.* 27. Per ulteriori riferimenti bibliografici v. M. ELSTER, *Die Gesetze*, cit., 418 ss.

⁷⁰ E. BADIEN, *Lex Acilia repetundarum*, in *AJPh* 75, 1954, 374 ss.; L. FASCIONE, *Aliquem iudicio circumvenire*, cit., 29 ss.; M. ELSTER *Die Gesetze der späten römischen Republik. Von den Gracchen bis Sulla (133-80 v. Chr.)*, Göttingen 2020, 90 ss.

⁷¹ Cic., *pro Sull.* 22.63. ... *At nihil de iudicio ferebat, sed poenam ambitus eam referebat*

ragioni principali del moltiplicarsi di leggi nella tarda repubblica, quando l'attività di produzione del diritto diviene ostaggio della cruenta lotta politica, una vicenda che scandalizzerà Tacito, in pagine notissime degli *Annales*, che termineranno con l'immagine di una pessima repubblica con plurime leggi.⁷²

5. Evoluzioni ...

Questa fase, che caratterizza gli ultimi tempi repubblicani, informa culturalmente anche i primi secoli del principato. Al tempo della dinastia giulio-claudia è ancora questo il modello: quello di un processo criminale basato su giurie (quello che i Romani del tempo chiamavano *ordo iudiciorum publicorum*), ma va costituendosi, nella prassi e sulla base della enorme *auctoritas* di Augusto stesso, un potere di giudicare del principe, in fattispecie nuove, ovvero in casi che sarebbero previsti dalle *leges* (e quindi si dovrebbero deferire a un tribunale), ma che, per qualche motivo, sono attratti nella vischiosa sfera del potere, sempre più assoluto, dell'imperatore.⁷³ È il tempo della costituzione di nuovi reati e nuovi tribunali per legge (il segno è quello delle grandi riforme di Augusto, delle *leges Iuliae*, quella sull'*adulterium*,⁷⁴ sul-

quae fuerat nuper superioribus legibus constituta. Itaque hac rogatione non iudicum sententia, sed legis vitium corrigebatur. Nemo iudicium reprehendit, cum de poena queritur, sed legem. Damnatio est enim iudicum, quae manebat, poena legis, quae levabatur.

⁷² Tac., *ann.* 3.27. ... *Iamque non modo in commune sed in singulos homines latae quaestiones, et corruptissima re publica plurimae leges.*

⁷³ R.A. BAUMAN, *The leges iudiciorum publicorum and their Interpretation in the Republic, Principate and Later Empire*, in ANRW, II.13, Berlin-New York 1980, 103 ss.; M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure dalle Leggi Giulie ad Adriano. Atti del Convegno di diritto romano*, Capanello 1996, Napoli 1999, 63 ss.; U. LAFFI, *Colonie e municipi nello Stato romano*, Roma 2007, 86; T. BEGGIO, *Per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones. Alcune considerazioni sull'evoluzione dei iudicia legitima a partire dalla lex Aebutia*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, III, a cura di L. Garofalo, Padova 2015, 131 ss.; F. BONIN, *Intra 'legem Iuliam et Papiam'. Die Entwicklung des augusteischen Eherechts im Spiegel der Rechtsquellenlebens der klassischen Zeit*, Bari 2020, 221 ss., 362 ss.

⁷⁴ B. ALBANESE, *Vitae necisque potestas paterna e lex Iulia de adulteriis*, in *Studi in onore di G. Musotto*, II, Palermo 1980, 5 ss. [= in *Scritti giuridici*, II, Palermo 1991, 1489 ss.]; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, III ed., Napoli 2010, *passim*; P. BUONGIORNO, *Storia di un dialogo. La data della Lex*

l'*annona*),⁷⁵ ma anche delle interpretazioni della prassi e dei giuristi. Il processo penale passa così nelle maglie delle cosiddette *cognitiones extraordinariae*, vero segno dell'assolutismo e della verticalizzazione procedurale (soprattutto attraverso la delega di giurisdizione a funzionari imperiali, l'appello e il potere di avocazione del giudice supremo).⁷⁶ Il contemporaneo scemare, il profondo trasformarsi del concetto costituzionale di *libertas*, compie lo smarrimento dell'idea originaria (fino ad affermarsi che l'imperatore è *dominus* di tutto l'impero). Non ci sono più cittadini, ma sudditi. Per tornare al collegamento del principio di legalità con la repressione criminale, bisognerà attendere l'illuminismo, la riflessione dell'uomo sulla sua libertà costituzionale. Il passaggio da suddito a cittadino, il *civis* antico, che riprenderà pieno vigore solo con la Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo e del cittadino, mettendo al centro il *citoyen* rivoluzionario francese. Quella dichiarazione, siamo nel 1789, l'anno dell'esordio rivoluzionario, dopo aver scolpito all'art. 6 l'equazione legge = volontà generale, all'art. 7 recitava: «Nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge, e secondo le forme da essa prescritte. Quelli che procurano, spediscono, eseguono o fanno eseguire degli ordini arbitrari, devono essere puniti; ma ogni cittadino citato o tratto in arresto, in virtù della legge, deve obbedire immediatamente; opponendo resistenza si rende colpevole».

Qui il significato di legge si è formalizzato. Per un'esigenza di certezza, il riferimento è alla legge rivoluzionaria, presto all'idea napoleonica: il diritto, nei sistemi continentali, è meno certo (e si verifica una divaricazione con il sistema anglosassone). Per comprenderci, semplificando al massimo, "in nome della legge", nei film western, si dice "in the name of law". La

Iulia de adulteriis, in *Fontes Iuris. Atti del VI Jabrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten*, Lecce, 30-31 marzo 2012, P. Buongiorno-S. Lohsse (Hrsg.), Napoli 2013, 273 ss.

⁷⁵ D. 48.1.1 (Macer. 1 de publ. iud.). *Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, et publica sunt, sed ea tantum, quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt, ut Iulia maiestatis, Iulia de adulteriis, Cornelia de sicariis et veneficis, Pompeia parricidii, Iulia peculatus, Cornelia de testamentis, Iulia de vi privata, Iulia de vi publica, Iulia ambitus, Iulia repetundarum, Iulia de annona*; D. 48.12.2 pr. (Ulp. 9 de off. proc.). *Lege Iulia de annona poena statuitur adversus eum, qui contra annonam fecerit societatemve coerit, quo annona carior fiat.*

⁷⁶ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 189 ss.; M. TALAMANCA (sotto la direzione di), *Lineamenti di storia*, cit., 456 ss.; F. ARCARIA, *Diritto e processo penale in età augustea. Le origini della cognitio criminale senatoria*, Torino 2009, *passim*; F. BOTTA, *Ordo/extra ordinem. Sistemi giurisdizionali e ordinamenti penali durante il principato*, in *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, a cura di A. Guidara, Torino 2021, 3 ss.

nostra visione del principio di legalità è strettamente legata alla legge in senso formale.

È abbastanza evidente la robusta matrice antica delle istituzioni repubblicane nella rivoluzione, che è rinascita di istituzioni e simboli: tribunato, consolato, fasci, oltre che del concetto che sta al centro del nuovo sistema, ma è chiaro che, pur avvolta nei paludamenti antichi, la *République, chose du peuple*, si proietta verso il futuro.

Abstract

Starting from the different meanings of the locution “rule of law”, which is truly at the basis of today’s globalised legal culture, the author questions the presence and meaning of the law principle in the Roman world, in connection with the boundless theme of legal certainty. This is done by going through the XII Tables, the *leges Valeriae-Horatiae*, the so-called *leges Liciniae Sextiae* up to the *leges Iuliae*, the very numerous laws of Augustus, and then approaching the theme of criminal repression between law and certainty.

Parole chiave: principio di legalità – XII Tavole – *leges publicae* – procedura penale.

Keywords: rule of law – XII Tables – *leges publicae* – criminal procedure.

