

IL VALORE NORMATIVO DELLA SENTENZA E IL RUOLO DEL GIUDICE NEL DIRITTO ROMANO

GIUSEPPE PROVERA
Universidad de Turin

1. Si suole parlare di diritto giudiziale con riguardo a quegli ordinamenti che attribuiscono al giudice non solo il potere di applicare il diritto al caso concreto, ma anche quello di produrne del nuovo¹. In tali ordinamenti la sentenza viene annoverata fra le fonti del diritto accanto alle altre, in primo luogo alla legge. E' quanto accade nei Paesi anglo-sassoni in cui vige la regola dello *stare decisis*, in virtù della quale il principio di diritto (*ratio decidendi*) applicato da un giudice per risolvere il caso sottoposto al suo esame deve trovare applicazione ad opera dello stesso o di altri giudici nei casi analoghi al primo². In questo sistema, la *ratio decidendi* costituisce perciò "precedente", con effetti vincolanti per il giudice, o per i giudici medesimi i quali non possono discostarsene senza affermare che il caso di cui si occupano è diverso da quello già deciso³. In qualche caso (specie nel diritto nord americano⁴) il vincolo creato dal precedente ha carattere meramente relativo, nel senso che il giudice può, ma non deve, uniformarsi ad esso, anche se di solito lo fa perchè convinto della bontà dell'esempio: si parla allora di efficacia persuasiva del "precedente".

La regola dello *stare decisis* opera, almeno prevalentemente, nell'ambito del diritto consuetudinario, qual'è appunto il common law, adeguandosi alle caratteristiche peculiari ad una fonte che, di-

¹ P. VOCI, *Piccolo manuale di diritto romano*, I, Parte generale, Padova, Cedam, 1979, pp. 3 ss.

² L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 7 ss.

³ A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Brania, Disposizioni sulle leggi in generale, artt. 1-9, Bologna, Zanichelli, 1977, pp. 525 ss.

⁴ Sul ruolo del precedente nel diritto americano, R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, Cedam, 1967, pp. 392 ss.

versamente dalla legge scritta, costringe l'interprete a scoprire nella prassi concorde di precedenti decisioni il principio di diritto di volta in volta utilizzabile per la risoluzione della controversia. Il che avviene nei Paesi di common law nell'ambito del processo e per opera del giudice. Ne consegue che la sua decisione, in virtù della regola sopra indicata, si impone con varia efficacia, a seconda del rango spettante all'organo giudiziario, Camera dei Lords o Court of Appeal, come modello da seguire in futuro, almeno sino a quando la soluzione che funge da modello venga ritenuta la più idonea a risolvere la lite secondo giustizia.

In questo sistema, al diritto legislativo si contrappone il diritto giudiziale: nel primo la norma è generale, astratta, precostituita e proviene dall'autorità che ha il potere di emanarla; nel secondo la norma è specifica, particolare, successiva, ponendosi come risposta data dal potere giudiziario al caso sottoposto al suo esame. Di qui il riferimento ad un metodo casistico di formazione del diritto, radicalmente diverso da quello che dà origine alla legge: su questa differenza non è certo il caso di insistere.

Gli ordinamenti che si ricollegano alla tradizione romanistica escludono, invece, l'attribuzione ai giudici di un potere normativo. In questi ordinamenti, infatti, il diritto si identifica colla legge, salvo il riconoscimento di un ruolo assolutamente marginale alla consuetudine. Il diritto si identifica, in altri termini, con una fonte di carattere autoritativo, idonea alla produzione di norme general ed astratte, la cui osservanza si impone a tutti i consociati. Compito dei giudici è perciò soltanto quello di applicare la norma al caso concreto, con effetti limitati alle parti, ai loro eredi ed aventi causa: il valore normativo del precedente è, negli ordinamenti di questo tipo, del tutto ignorato.

Indubbiamente il principio della separazione dei poteri, che costituisce uno dei cardini delle moderne costituzioni, ha operato ed opera in senso decisamente contrario all'attribuzione ai giudici di poteri di tipo normativo. Basti osservare, a questo punto, che neppure le sentenze della Corte suprema che, nel nostro ordinamento, ha il compito di guidare l'interpretazione giudiziale e di assicurarne l'uniformità, costituiscono "precedente" nei confronti dei giudici inferiori, i quali restano liberi (salvo il caso del giudizio di rinvio) di discostarsi dall'insegnamento della Corte predetta.

In questi ultimi tempi si assiste, tuttavia, al progressivo affermarsi di istanze che, mentre, per un verso, tendono a privilegiare l'interpretazione giudiziale là dove si rende necessario promuovere l'adeguamento delle norme, spesso tremendamente invecchiate, alle

mutate esigenze della società civile, dall'altro sembrano indirizzarsi verso il riconoscimento di un'efficacia almeno persuasiva del "precedente". In questa direzione opera il principio di eguaglianza, il cui significato va oggi ben al di là di quello tradizionale per cui tutti i cittadini sono eguali di fronte alla legge; esso richiede altresì che casi simili vengano decisi uniformemente⁵. L'affermazione di Cardozo, secondo cui la regola dello *stare decisis*⁶ ha portata universale, merita perciò attenta considerazione.

2. Il rifiuto della regola dello *stare decisis* da parte degli ordinamenti di tradizione romanistica è una delle conseguenze dell'accoglimento, da parte di questi ordinamenti, di principi e valori che furono alla base del diritto romano giustiniano, di quel diritto che più direttamente ha influito sulle moderne codificazioni. Fra questi principi, di particolare interesse ai nostri fini è quello secondo cui i giudici devono giudicare secondo legge —legge intesa come manifestazione della volontà dell'imperatore— e non copiando le precedenti decisioni di altri giudici: *non exemplis, sed legibus iudicandum est*, come si legge in C. 7, 45, 13 dell'anno 529 d.C. L'intera costituzione appare dominata dalla preoccupazione vivissima che i giudici, continuando a rifarsi ai precedenti, intesi alla stregua di modelli da seguire, determinino il consolidarsi di interpretazioni *contra legem* e perciò inevitabilmente contro la volontà dell'imperatore.

Il giudice del processo civile giustiniano è strettamente legato all'osservanza di quella legge che, coincidendo con questa volontà, si pone come fonte esclusiva di produzione del diritto. Non solo: ma i giudici, nei casi in cui l'interpretazione della legge risulti incerta, dovranno astenersi dal giudicare per rivolgersi all'imperatore, *cui soli concessum est leges condere et interpretari* (cost. *Tanta*, 21).

In definitiva, l'interpretazione autentica ad opera dello stesso *conditor legum* risulta essere il solo mezzo idoneo ad evitare la *disputatio fori* ritenuta esiziale per la certezza del diritto. Il diritto, nella concezione dei giustiniani, è tale e può assolvere alla funzione importantissima che le è attribuita, solo quando è certo. Ma la certezza è assicurata solo a condizione che esso promani da un'autorità che ne impone l'osservanza a tutti i consociati, che venga evitata ogni discussione sul modo di interpretare le singole norme. Di qui

⁵ A. PIZZORUSSO, *Della fonti del diritto*, cit., pp. 534 ss.

⁶ B. CARDOZO, *Il giudice e il diritto*, Firenze, La nuova Italia, 1961, pp. 14 ss.

le regole ferree dettate sia in materia di interpretazione giudiziale che in materia di interpretazione dottrinale. Con Giustiniano, dunque, si assiste alla definitiva affermazione della legge come fonte esclusiva di produzione del diritto; di una legge intesa come manifestazione della volontà del supremo potere statale, al quale tutti sono assoggettati, ivi compresi giudici e giuristi. Costoro devono perciò rinunciare alle loro tradizionali libertà onde consentire il trionfo della giustizia, che è il bene supremo affidato alle cure solerti dell'imperatore. Ben si comprende, pertanto, come a questa civiltà sia del tutto estranea l'idea che il diritto è un qualche cosa che si forma spontaneamente e lentamente nel tempo, attraverso la collaborazione di tutti e meno che mai, più specificamente, per opera sia dei giuristi che dei giudici. Tra la concezione giustiniana del diritto e dello Stato e quella di Cicerone, che invece esalta Roma anche per il fatto che, a differenza di altri popoli, non affidò a singoli uomini (Minosse, Licurgo, Solone ecc.) la creazione del diritto ed il sorgere delle istituzioni, che furono invece il frutto del tempo e della collaborazione di molti (Cic. *De legibus*, II, 1).

Si aggiunga che il principio della certezza del diritto non fu sempre, in ogni epoca della storia di Roma, considerato alla stregua di un valore assoluto, al quale ogni altro dovesse essere sacrificato, in particolare quelli inerenti ad un ordinamento che, lungi dall'essere opera di un singolo legislatore, era stato invece a poco a poco *compositum a prudentibus*, ai quali era affidata, in primo piano, la creazione e l'interpretazione del diritto. Ora, è ben noto che i *prudentes*, nel procedere liberamente all'assolvimento di quel compito, si trovarono spesso in disaccordo sul modo di risolvere i casi che fornivano lo spunto per le loro decisioni. Ma questo era il prezzo che doveva essere pagato per garantire la formazione spontanea del *ius*, di un *ius* che, lungi dall'essere imposto dall'alto, era costante espressione della volontà dei *cives* indipendentemente dal fatto che essi la esprimessero *suffragio populi*, vale a dire con legge votata dai comizi oppure *rebus ipsis et factis*, come si addice ad un *ius moribus constitutum*: Iul. D. 1, 3, 32. E sappiamo che la legge interveniva raramente per disciplinare i rapporti tra privati cittadini.

Fino all'avvento del Principato fonte primaria per non dire esclusiva di formazione del diritto fu l'*interpretatio prudentium*; sembra quindi pienamente giustificata l'affermazione di Pomponio in D. 1, 2, 2, 12 il quale non esita a proclamare, pur in un'epoca in cui si stava sempre più imponendo il potere normativo del Principe, che: *aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*.

Il diritto scaturiva dunque da questa *interpretatio* che non riguardava tanto il testo di leggi scritte, che erano pochissime, quanto piuttosto i dati offerti dalla quotidiana esperienza, alla continua ricerca della soluzione idonea a comporre secondo giustizia e quindi alla luce di una norma un conflitto di interessi vero oppure creato artificialmente dal giurista al solo scopo di trovare questa soluzione. La norma scarutiva pertanto da una risposta al caso concreto: si parla perciò comunemente con riguardo a questa esperienza di diritto giurisprudenziale, intendendosi per giurisprudenza non già, come oggi avviene, l'insieme dei giudici, bensì quello dei giuristi e dei loro pareri.

La differenza rispetto al diritto dei Paesi anglo-sassoni è quindi evidente: in questi paesi il diritto è creato dai giudici, in Roma, per molti secoli, il diritto fu creato dai giuristi. Ma il parere dei giuristi non costituiva precedente nè avrebbe potuto costituirlo essendo ognuno di essi libero nel modo più assoluto nella ricerca e nella formulazione del *ius*. A questa libertà, ove i pareri dei giuristi risultassero difformi, corrispondeva quella del giudice privato di scegliere, quello da lui ritenuto preferibile ai fini della decisione secondo giustizia del caso sottoposto al suo esame. E' perciò evidente, in questo sistema, che il parere del giurista non era di per sè munito di efficacia vincolante; tanto meno lo era quando ad esso se ne contrapponevano altri diversi. Poteva darsi che il parere restasse del tutto isolato, non trovando seguito nè da parte di altri giuristi nè da parte dei giudici. Ora è sin troppo ovvio che, nell'ipotesi considerata, questo parere rimasto privo di ogni e qualsiasi effetto, come se si trattasse del parere espresso da un *quavis de populo*. Poteva darsi, invece, che il parere fosse almeno parzialmente accolto nel senso che altri giuristi finivano per uniformarsi, mentre i giudici, anche se non tutti, ne tenevano conto nelle loro sentenze. Tutto ciò era fisiologico al sistema e non creva particolari difficoltà.

Facciamo un esempio. Dalle Istituzioni di Gaio (III, 184) emerge che sulla definizione del concetto di flagranza si era accesa un'ampia disputa giurisprudenziale. Alcuni ritenevano che il furto dovesse ritenersi flagrante solo quando il ladro veniva colto, per così dire, con le mani nel sacco. Altri estendevano il concetto ai casi in cui il ladro veniva scoperto sul luogo del delitto; altri lo estendevano ulteriormente ai casi in cui il ladro fosse stato scoperto prima che fosse riuscito a portare la cosa *eo quo perficere fur destinasset*; altri infine ritenevano flagrante il furto quando il ladro fosse stato comunque scoperto, anche a distanza di tempo, in possesso della

cosa. Lo stesso Gaio ci informa che quest'ultima opinione *non obtinuit*; il che vuol dire che essa, non avendo avuto alcun seguito, era rimasta del tutto isolata, per cui non sarebbe stato possibile sostenere con qualche fondamento l'estensione del concetto di flagranza ai casi in cui il ladro fosse stato scoperto in possesso della cosa. Le altre opinioni, invece, si erano affermate, pur continuando ad essere dibattute. In particolare, fra coloro che ritenevano flagrante il furto anche quando il ladro fosse riuscito a portare la cosa nel luogo prestabilito era nata una ulteriore disputa, sul punto se tale risultato dovesse essere conseguito nel limite di tempo massimo di un giorno oppure no. E quest'ultima opinione avrebbe finito, secondo Gaio, per prevalere.

L' esempio ci sembra particolarmente significativo (ma moltissimi altri potrebbero essere adottati) in quanto ci mostra come concretamente attraverso l'*interpretatio prudentium* avvenisse la creazione del *ius*. Il parere del giureconsulto, per quanto autorevole, non aveva di per sè e finchè restava isolato alcuna efficacia normativa nel senso che non influiva sulla creazione del *ius*. Se invece lo stesso parere trovava accoglimento almeno parziale, parziale perchè non condiviso da altri giuristi, si aveva *ius controversum*, che era pur sempre *ius*.

E' ovvio che, in questa situazione, i giudici non erano vincolati a seguire un'opinione piuttosto che un'altra. Quando, però, con le loro sentenze si rifacevano ad una di tali opinioni contribuivano alla formazione del *ius*, nel senso che contribuivano a quel fenomeno di recezione che operò per molto tempo come fattore determinante a quel fine. Allorchè i giuristi parlano di *ius moribus receptum* fanno puntuale riferimento ad un meccanismo in virtù del quale i *responsa prudentium* creavano diritto se e nella misura in cui le loro proposte venivano ricevute nella vita concreta di ogni giorno nel senso che la comunità dei *cives* vi adeguava i propri comportamenti. Ogni parere costituiva per tanto il primo anello di una catena suscettibile di saldarsi colla recezione *moribus*⁷. Ora, nella produzione di questo fenomeno, contribuivano massicciamente le sentenze dei giudici privati. In questo senso si può attribuire ad esse valore normativo, in quanto concorrevano con i *responsa prudentium* alla formazione ed alla consolidazione del diritto consuetudinario.

Se ciò è vero, non deve stupire il fatto che nelle fonti retoriche risalenti alla fine della Repubblica le sentenze dei giudici siano

⁷ Sul fenomeno della recezione *moribus*, F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1971, pp. 25 ss.

considerate tra le fonti del diritto. A questa tesi è stato obbietato: 1) che i giuristi non includono mai i giudicati tra le fonti del *ius*; 2) che i retori, in particolare Cicerone, non si esprimono spesso in termini rigorosamente giuridici. A queste due obiezioni si può rispondere: 1) gli elenchi delle fonti di cui abbiamo conoscenza appartengono ai giuristi del periodo del Principato, quando cioè il fenomeno della recezione *moribus* era in via di rapida estinzione; 2) il fatto che i retori non appartenessero alla categoria dei giuristi non significa che essi fossero digiuni di diritto a tal punto da non conoscere in quali modi e forme esso veniva producendosi sotto i loro occhi. Non è questo il luogo per una compiuta disamina delle fonti retoriche. Ci limiteremo perciò a citare due testi, scegliendoli fra i più significativi:

Reth. ad Heren., 2, 13: *De eo causa posita dicere potuerimus, si, ex quibus partibus ius constet cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto.*

Cic. Top., 5, 28: *Definitiones aliae sunt partitionum, aliae divisionum; partitionum, cum res ea, quae proposita est, quasi in membra discernitur, ut si quis ius civile dicat id esse, quod legibus, senatusconsultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat.*

Non v'è dubbio che nei passi sopra citati le *res iudicati* compaiono tra le fonti del *ius civile*. Utilizzando il metodo della *partitio*, l'ignoto Autore della Retorica ad Herennium e Cicerone procedono ad una definizione del *ius* attraverso l'analisi delle sue varie parti e collocandosi dal punto di vista che a loro più interessava, dal punto di vista cioè del valore strumentale che ha il *ius* al fine di vincere la causa. A questo fine si trattava spesso di convincere il giudice circa l'esistenza ed il significato di una norma: quale migliore mezzo di persuasione di quello fornito da una sentenza, già pronunciata in un caso simile a quello in discussione, qualora ovviamente essa fosse favorevole alla tesi sostenuta dal retore? Le sentenze vengono perciò considerate anche come mezzi di prova e quindi come fonti di cognizione. Ma ciò non esclude che esse contribuissero alla formazione del *ius* sullo stesso piano dei *responsa prudentium*. Anche i *responsa* nel momento in cui venivano portati a conoscenza del giudice diventavano strumenti di cognizione, di cognizione di quel *ius* che scaturiva appunto dall'attività dei *prudentes*.

Ci sembra quindi di poter concludere che, sino all'epoca del Principato, i giudici contribuivano colle loro sentenze in modo decisivo alla recezione *moribus* e quindi alla creazione del diritto, for-

nendo oltre tutto ai giuristi, che ne erano gli inventori, la misura in cui le loro invenzioni trovavano accoglimento nella prassi dei tribunali, senza di che queste invenzioni sarebbero rimaste del tutto infruttuose. Spesso i giuristi suggerivano direttamente ai giudici soluzioni nuove di casi che esigevano una disciplina diversa da quella risalente ai *mores maiorum* oppure anche aprivano al loro *officium* prospettive nuove e più ampie, giungendo, anche per questa via, alla creazione di nuove norme e nuovi istituti.

Si pensi all'ipotesi della *praeteritio* dell'*heres suus*. Un testo di Cicerone ci mostra chiaramente come attraverso alla decisioni dei Tribunali dei Centumviri i giuristi siano riusciti a far pronunciare la nullità del testamento in presenza di *sui* che non fossero stati nè espressamente istituiti nè espressamente diseredati. Ma il punto di partenza era stato quello del *filius suus miles*, dato per morto ed invece ritornato a casa, ad una casa che non era più sua in quanto il padre, nell'erronea convinzione della sua morte, l'aveva lasciata ad altri. Si tratta di un tipico esempio di formazione casistica del *ius*, che venne realizzandosi attraverso l'opera congiunta di giuristi e di giudici. Sulla base di decisioni conformi ed estese al di là dell'ipotesi originariamente prevista si arrivò, ad opera dei giuristi medesimi, alla formulazione della *regula iuris* secondo cui *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*⁸.

Per quanto riguarda la determinazione dell'*officium iudicis* anche qui basterà ricordare la portata innovativa della soluzione che attribuì al *iudex* nei giudizi di buona fede la facoltà di compensare le reciproche pretese delle parti e di quella che sancì nell'ambito degli stessi giudizi l'obbligo di corresponsiones delle *usurae*.

In definitiva, dunque, prima dell'avvento del Principato, le sentenze dei giudici privati avevano efficacia normativa: non già nel senso che costituissero precedente in virtù della regola dello *stare decisis*, ma nel senso che contribuivano alla formazione del *ius* attraverso il fenomeno della recezione *moribus*. Questa, per il modo

⁸ *De orat.* 1, 38, 175: Quid? Si ne parvae quidem causae sunt, sed saepe maximae, in quibus certatur de iure civili, quod tandem os est eius patroni, qui ad eas causas sine nulla scientia iuris audet accedere? Quae potuit igitur esse causa quam illius militis?, de cuius morte cum domum falsus ab exercitu nuntius venisset et pater eius re credita testamentum mutasset et, quem ei visum esset, fecisset heredem essetque ipse mortuus, res delata est ad centumviros, cum miles domum revenisset egissetque lege in hereditatem paternam testamento exheres filius. Nempe in ea causa quaesitum est de iure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim.

Il racconto di Cicerone trova puntuale conferma in un brano di Valerio Massimo (*Val. Max.* 7, 7, 1).

in cui avveniva, era di per sè incompatibile con l'attribuzione alle sentenze medesime di effetti vincolanti. Come i *responsa prudentium* così anche le *sententiae iudicum* assumevano l'efficacia vincolante peculiare al diritto solo nella misura in cui finivano per inserirsi nel solco di una tradizione consolidata, anche se nell'ambito di essa continuava incessante la *disputatio fori*, ritenuta fattore insostituibile per la promozione e lo sviluppo del *ius*.

3. Le cose mutarono radicalmente con l'avvento del Principato. L'affermarsi al disopra degli organi della costituzione repubblicana di un potere sovrano spettante alla persona del Principe segnò inevitabilmente la fine di un sistema in cui, da sempre, la formazione del *ius* risultava affidata all'opera dei giuristi, salvi rari e sporadici interventi legislativi. Ebbe, infatti, inizio a partire da Augusto, una vera e propria rivoluzione, in seguito alla quale già nell'epoca dei Severi si giunse all'affermazione incontrovertibile secondo cui *quod principi placuit legis habet vigorem*. La si confronti con l'affermazione di Pomponio, secondo cui *omne ius quo utimur in interpretatione prudentium consistit* e si avrà la misura della trasformazione operatasi nel giro di poco più di due secoli nel campo delle fonti di produzione del diritto.

La rivoluzione ebbe inizio con l'introduzione del *ius respondendi ex auctoritate principis*: un fatto apparentemente, ma solo apparentemente, di scarso rilievo. Esso, invero, determinò, a non lunga scadenza di tempo la fine della giurisprudenza libera, essendo fatale che i giuristi muniti dello *ius respondendi* dal Principe finissero per prevalere sugli altri sino a determinarne progressivamente la scomparsa, anche per chè si venne affermando il principio che il parere dei giuristi muniti dello *ius respondendi*, di essi e non di altri aveva forza di legge. Sembrerebbe quindi che, almeno da un certo punto di vista, la posizione dei giuristi fosse divenuta più importante rispetto a quella precedente. Gioverà ricordare, infatti, che i giuristi dell'epoca repubblicana, nonostante che fossero, almeno normalmente, persone di altissimo rango, si limitavano a dare pareri che avevano bisogno per acquistare valore normativo pari a quello della legge della recezione *moribus*. I pareri dei giuristi muniti di *ius respondendi*, invece, avevano di per sè valore di legge. Ne consegue che i giudici erano tenuti a seguirli come erano tenuti ad applicare la legge. Ma era l'*auctoritas principis* che conferiva ai pareri dei giuristi questo specifico valore. Il che ben si spiega in un contesto culturale in cui si tende, con sempre maggior vigore, ad identificare il diritto colle legge e perciò con una

fonte di carattere autoritativo. Si riteneva ormai che se il diritto deve imporsi all'osservanza dei consociati esso non può che provenire dall'alto. Di qui l'equiparazione alla legge dei responsi dati, per così dire, in nome dell'imperatore, in virtù dell'*auctoritas* di cui egli era investito.

Gaio, che scrive le sue Istituzioni alla fine del secolo, nel fornire un quadro preciso delle fonti del diritto in vigore al suo tempo evidenzia almeno tre grosse novità rispetto al passato:

- 1) una nuova concezione del *ius* legata a quella di un potere capace di imporne l'osservanza alla generalità dei *cives*;
- 2) l'attribuzione di questo potere anche ai giuristi muniti di *ius respondendi*;
- 3) il riconoscimento del potere normativo del Principe.

Ora, se il parere dei giuristi patentati aveva valore di legge, ciò significava soprattutto questo: che i giudici erano tenuti ad uniformare ad essi le proprie decisioni. Ma ciò ad una condizione: che questi pareri coincidessero nell'indicare la soluzione del caso sottoposto all'esame dei giudici medesimi. In caso contrario, in virtù di un rescritto di Adriano, costoro restavano liberi, come nell'epoca precedente, di *quam velint sententiam sequi*.

L'innovazione risultò di capitale importanza. Nel periodo repubblicano giuristi e giudici godevano della più ampia libertà nella loro opera di interpretazione del *ius*. Il diritto sorgeva come risposta ad un caso, ma questa risposta, lungi dall'essere vincolante, costituiva soltanto un anello o uno degli anelli della recezione *moribus*, nell'ambito della quale ferveva la *disputatio fori*. Questo libero e fecondo dibattito non poté essere troncato di colpo con l'avvento del Principato; ma fu immediatamente avvertita l'esigenza di assoggettarlo al controllo del potere imperiale. E se i pareri dei giuristi muniti di *ius respondendi* conquistarono di per sé indipendentemente dalla recezione *moribus*, efficacia vincolante pari a quella della legge, ciò dipese dal fatto che questi pareri venivano dato in nome dell'imperatore. Contemporaneamente si assiste al prodursi di un fenomeno radicalmente nuovo: il Principe assume sempre più spesso la funzione di consulente: i suoi *rescripta* tendono a prendere progressivamente il posto dei *responsa*, anche se alla loro elaborazione attendevano di fatto i giuristi. Ma vi attendevano in posizione del tutto subordinata: la forza vincolante del rescritto era pari a quella della legge perchè come la legge provenivano da un organo sovrano (non più il popolo, ma l'imperatore, al quale il popolo avrebbe delegato ogni suo potere).

A poco a poco, il Principe venne perciò concentrando nelle sue mani la funzione di creatore e supremo interprete del *ius*, pur continuando largamente ad avvalersi del metodo casistico. Accanto ai *rescripta* assumono particolare importanza i *decreta* e cioè le sentenze che il Principe pronunciava in grado di appello. Come è ben noto, le sentenze dei giudici privati erano inappellabili ed anche per questo motivo l'evoluzione del diritto giudiziale procedeva colla massima libertà, anche se sotto la guida autorevolissima della giurisprudenza. Diventarono appellabili le sentenze dei giudici della *cognitio extra ordinem* in quanto si trattava di organi alle dirette dipendenze dell'imperatore il quale non esitò ad utilizzare tale sua posizione di supremazia gerarchica per assumere, attraverso l'appello, il controllo della interpretazione giudiziale. Nell'ambito di una nuova concezione del diritto e dello Stato, non era più ammissibile che i giudici procedessero liberamente insieme ai giuristi alla formazione del *ius* risolvendo di volta in volta i casi sottoposti al loro esame. Nel nuovo contesto politico va sempre più affermandosi l'idea che il diritto è costituito da un sistema di norme generali ed astratte che preesistono ad ogni decisione dei giudice o dei giuristi, imponendosi dall'alto necessariamente alla loro osservanza. Di qui l'esigenza di un controllo che si realizzava nei riguardi della interpretazione giudiziale, attraverso l'istituto dell'appello.

Anche i *decreta* contribuivano perciò alla formazione del diritto imperiale o *ius extraordinarium*, ma non in quanto costituissero precedenti, in applicazione della regola dello *stare decisis*, estranea all'esperienza giuridica dei romani, ma in quanto provenivano dalla suprema autorità dello Stato, la sola ormai legittimata alla formazione ed all'interpretazione del *ius*. A quest'opera continuarono però a collaborare i giureconsulti, i quali all'atto delle varie raccolte di costituzioni imperiali, provvidero all'elaborazione di norme e principi di carattere generale, sulla scorta degli elementi ricavabili dal testo originario delle costituzioni scelte, spesso redatte in termini specifici e riferibili alla soluzione di casi particolari, i casi appunto in vista dei quali si era verificato l'intervento dell'imperatore.

Sembrerebbe testimoniare a favore dell'efficacia vincolante del precedente una costituzione di Settimio Severo riportata in:

D. 1,3,38 (Call. 1 *quaest.*): *Nam imperator noster Severus rescriptis in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum, vim legis obtinere debere.*

Nel Digesto il frammento segue immediatamente ad un altro di Paolo, secondo cui *si de interpretatione legum quaeratur in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpretis consuetudo*. Sia il *nam* che il riferimento alla consuetudine sono stati inseriti nel testo di Callistrato dai compilatori. Settimio Severo, nel suo rescritto, si era posto un problema di altro tipo: quello di fornire agli interpreti incerti sul modo di applicare una certa norma di legge un criterio idoneo a superare le difficoltà inerenti a questa incertezza. Abbiamo già accennato al rescritto di Adriano, con cui era stato disposto che, qualora i pareri dei giureconsulti muniti di *ius respondendi* fossero discordi il giudice sarebbe stato libero di *quam velit sententiam sequi*. Tale norma si poniva, però, in contrasto con un valore ormai ritenuto essenziale: quello della certezza del diritto. E se il diritto doveva esser certo, ad ogni questione avrebbe dovuto corrispondere una sola soluzione, chiara ed univoca. Il fatto è che con questa esigenza di certezza contrastava inevitabilmente il metodo casistico di formazione del diritto cui se continuo ampiamente a usarsi anche nella nuova epoca. Non v'è quindi da stupirsi se ad un certo punto, Settimio Severo abbia pensato di favorire la certezza del diritto attribuendo ad una serie di giudicati conformi sullo stesso caso o su casi simile, valore di legge, nel senso che il principio di diritto che era alla base di quei giudicati doveva ritenersi definitivamente acquisito all'ordinamento. Evidentemente non era in discussione l'autorità del precedente, ma l'utilizzazione di un criterio idoneo al consolidarsi della interpretazione giudiziale attraverso il succedersi, nel tempo, di giudicati conformi.

Giustiniano, che pensava di rendere certo il diritto ponendosi al di sopra di giudici e giuristi come unico *conditor et legum interpretis*, inserì nel testo della costituzione l'accenno alla consuetudine, di modo che nella sua attuale stesura il significato del testo è quello inerente all'affermazione secondo cui la prova di una norma consuetudinaria deve scaturire da una serie di giudicati conformi. Non va tuttavia dimenticato che nel diritto giustiniano, la consuetudine è ammessa solo quando risulta *secundum legem*, quando in altri termini essa è riconosciuta dall'imperatore.

Al termine di una evoluzione plurisecolare il sistema delle fonti del diritto risulta imperniato sul primato assoluto della legge, che si identifica a sua volta, colla volontà dell'imperatore. Se questa volontà si esprimeva nel testo di una sentenza, questa sentenza aveva efficacia erga omnes nel senso che il principio di diritto in

essa affermato si imponeva all'osservanza di tutti i consociati. Si veda a questo proposito C. 1, 14, 12: *si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet*. Siamo giunti non solo all'affermazione della legge come unica fonte di produzione del diritto, ma anche a quella del primato assoluto dell'interpretazione autentica su ogni altra forma di interpretazione. Diventa allora agevole comprendere come in un ordinamento di questo tipo, che servi da modello agli ordinamenti di tradizione romanistica, non vi sia spazio per l'attribuzione al giudice di un potere normativo è quindi per il riconoscimento di un diritto giudiziale.