



**MIUR**



A.D. MDLXII



**F.S.E**

Università degli Studi di Sassari

Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi

Ciclo XXV

***NATURA, INTERPRETATIO, PRAESCRIPTIO***

**TRA DIRITTO NATURALE ROMANO E DIRITTO PENALE MODERNO.**

**UN'IPOTESI DI COMPARAZIONE**

*Coordinatore:*

Chiar.mo Prof. Michele M. Comenale Pinto

*Tutor:*

Chiar.mo Prof. Francesco Sini

*Co-tutor:*

Chiar.mo Prof. Gian Paolo Demuro

*Tesi di Dottorato della*

Dott.ssa Isabella Mastino

Anno Accademico 2011/2012

Un sincero ringraziamento al Prof. Francesco Sini,  
per i suoi lunghi ed importanti insegnamenti,  
di Diritto Romano, e di vita.

Un profondo ringraziamento al Prof. Gian Paolo Demuro,  
per la fiducia che ha avuto in me,  
per i suoi consigli e per il suo prezioso sostegno.

Come sempre, anche questa tesi è per mia figlia Diletta: luce della mia vita.

Ringraziamenti.

Ringrazio di cuore mia madre, perché, con amore infinito e tenacia,  
sopporta ogni mia difficoltà.

Ringrazio mio padre, perché il suo affetto e sostegno paterni mi sono indispensabili.

Grazie ad Antonello e Daniela, per il loro importante, rispettivo compito  
di rendere felici i miei genitori, ed anche a mia sorellina Eleonora, per essere arrivata.

Ringrazio mia nonna Isabella,

mia nonna Giacomina,

mia cugina Stefania, per essere più una sorella maggiore che una cugina.

Un importante ringraziamento va alle mie insegnanti Angela Oppes e Annamaria Canneddu,  
per essere sempre, e per sempre, mie Insegnanti.

E sempre il mio pensiero va Lassù, ai miei nonni Piero e Dino,  
che continuano, senza sosta, a starmi vicino.

## INDICE – SOMMARIO

	<i>pag.</i>
INTRODUZIONE	1
CAPITOLO PRIMO	
ALLE ORIGINI DEL CONCETTO DI <i>IUS NATURALE</i>	
1. <i>Ius Naturale</i> nell'esperienza giuridica romana	6
2 <i>Ius</i> : il diritto dei romani	12
3. Etimologia e morfologia di <i>ius</i>	13
4. Etimologia e morfologia di <i>fas</i>	16
5. I rapporti fra <i>ius</i> e <i>fas</i>	23
6. La <i>natura</i> come parametro di giuridicità	25
7. Il concetto di <i>natura</i> nella concezione di Cicerone	27
8. Il concetto di <i>natura</i> nella giurisprudenza classica	33
9. <i>Ius naturale</i> e <i>mores</i>	35
10. <i>Ius est ars boni et aequi</i> : <i>ius naturale</i> e il concetto di <i>bonum et aequum</i>	39

## CAPITOLO SECONDO

### INTERPRETATIO IURIS

1. <i>Interpretatio</i>	54
2. <i>Interpretatio ab origine</i>	54
3. <i>Interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant</i> : la giurisprudenza pontificale	61
4. <i>Interpretatio prudentium</i> : l' <i>interpretatio</i> nella dicotomia <i>lex/ius</i>	65
5. Caratteri dell' <i>interpretatio prudentium</i>	67
6. Sesto Elio Peto Cato: nascita della letteratura scientifica	75
7. La <i>iurisdictio</i> del pretore e l'interpretazione equitativa	84

## CAPITOLO TERZO

### DAL DIRITTO NATURALE ROMANO AL DIRITTO PENALE

### MODERNO

1. Il valore del tempo nel diritto romano e il diritto naturale	94
2. Il passaggio da <i>ius</i> a <i>directus</i>	100
3. Evoluzione del concetto di diritto naturale	105
4. Il concetto di diritto naturale nella dottrina di Hugo Grotius e di Samuel Pufendorf	109
5. Principi di diritto naturale nella Costituzione Italiana	114

6. Diritto penale e diritto naturale	118
7. Il valore del tempo alla luce del diritto naturale: la prescrizione	124
BIBLIOGRAFIA	146
INDICE DELLE FONTI	172

## INTRODUZIONE

In questo lavoro, si è perseguito l'intento di comprendere la sostanza ed il fine ultimo del diritto positivo, attraverso l'analisi dei concetti di diritto naturale e di interpretazione del diritto.

Tale ricerca nasce dal desiderio di portare alla luce il sostrato giuridico, etico e filosofico sulla base del quale si sono formate le norme che regolano la nostra società: dalle norme concernenti i rapporti fra privati, alle norme che riguardano il delicato e complesso rapporto fra l'*auctoritas* dello Stato, nel suo fondamentale compito di amministrazione della giustizia, e i cittadini. L'analisi è stata condotta mediante una comparazione fra il diritto naturale, così come veniva inteso nel diritto romano, ed un particolare istituto del diritto penale moderno: la prescrizione del reato e della pena.

Detta comparazione ha avuto il fine di dimostrare come, talvolta, le norme di diritto positivo si discostino da quei precetti di diritto naturale, immanenti nella coscienza sociale umana, che perseguono il raggiungimento della *iustitia*.

La tesi ha ad oggetto, dunque, l'analisi del *Diritto Naturale*: in particolare, la ricerca è stata concentrata sulle origini di tale diritto; sull'approfondimento del suo sviluppo nel diritto romano; sull'osservazione dei mutamenti e del valore acquisito nell'epoca moderna; infine, sono stati

analizzati gli effetti pratici sull'interpretazione del diritto, in relazione al particolare istituto della prescrizione del reato in materia penale.

Il capitolo primo, dal titolo "Alle origini del concetto di *ius naturale*", è dedicato allo studio del diritto naturale nel diritto romano. I primi paragrafi si incentrano sull'aspetto teologico del diritto naturale, in relazione al *ius*. In seguito, si è approfondito il concetto di *natura* come parametro di giuridicità degli istituti romani, attraverso un'approfondita analisi, etimologico-linguistica e logico-concettuale, delle fonti, sia letterarie, sia prettamente giuridiche. Difatti, le principali fonti letterarie, foriere di preziose informazioni, son state le opere di Cicerone, massimo esponente dello Stoicismo nel mondo romano. Dal concetto ciceroniano di *ius naturale*, l'analisi prosegue sullo studio della giurisprudenza classica, così come quest'ultima ha accolto la *natura* quale parametro giuridico. Lo studio del rapporto fra il *ius naturale* ed i *mores* è stato propedeutico all'esegesi del famoso assunto del giurista Celso: *ius est ars boni et aequi*, laddove il *bonum et aequum*, inteso come endiadi per indicare la giustizia, pone le basi per un'applicazione pratica del diritto naturale.

Detta applicazione non può prescindere dall'attività interpretativa del diritto, fulcro ed anima del diritto romano, attività che, dai primordi pontificali, trova la sua massima espressione della *iurisdictio* del pretore, il quale, mediante l'interpretazione equitativa, basata sull'*aequitas*, conferisce al diritto una pratica e positiva applicazione. Il secondo capitolo della tesi,



infatti, dal titolo “*Interpretatio iuris*”, è dedicato alla nascita dell’*interpretatio* ed al suo sviluppo.

Il terzo capitolo, “Dal diritto naturale romano al diritto penale moderno”, si apre con una riflessione sui rapporti fra gli effetti del decorso del tempo, in ambito giuridico, ed il diritto naturale: in particolare, fra quest’ultimo e la prescrizione del reato in diritto romano.

Prosegue con i rapporti linguistico-giuridici fra il termine *ius* e il termine *directus*: il *ius* che diventa *diritto* si arricchisce di quegli elementi di diritto naturale che son stati accolti ed accentuati nell’epoca moderna. L’analisi si è incentrata, quindi, sul concetto di diritto naturale sviluppatosi durante il giusnaturalismo, ed in particolare sulle teorie di Ugo Grozio e Samuel Pufendorf. Il concetto di libertà, di uguaglianza, di autodeterminazione costituiscono l’oggetto del paragrafo seguente, costruito mediante un’analisi comparativa dei suddetti principi con il diritto naturale, cui la Costituzione Italiana è improntata.

L’applicazione pratica del diritto naturale, mediante l’interpretazione del diritto, è stata affrontata specularmente al primo capitolo, ma, a causa dell’infinita ampiezza di tale oggetto, la ricerca è stata condotta relativamente ad un ambito circoscritto: il diritto penale moderno ed i suoi rapporti con il diritto naturale.

E, con l'approfondimento dell'istituto della prescrizione del reato e della pena nell'attuale diritto positivo, e della sua estremamente discussa conformità al diritto naturale, la tesi si conclude.

## CAPITOLO PRIMO

# ALLE ORIGINI DEL CONCETTO DI *IUS NATURALE*

## 1. *IUS NATURALE* NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA

In un'epoca come quella attuale, caratterizzata da una grave e, purtroppo, sempre crescente relatività del diritto, che si manifesta in quella che viene chiamata «crisi della legge»<sup>1</sup>, la ricerca di valori e di principi immanenti nella coscienza sociale umana, cui il diritto deve ispirarsi e dare tutela, appare quasi una «esigenza insopprimibile dello spirito, (...) di fronte alla insoddisfazione del diritto positivo»<sup>2</sup>.

Si avverte il bisogno di volgersi alle origini, a quel diritto naturale, o «diritto di ragione»<sup>3</sup>, secondo il quale «i diritti dell'uomo non sono diritti creati dallo Stato, ma diritti di natura, solo *trovati* dallo Stato»<sup>4</sup>; pertanto, se si vuole evitare che la legislazione assurga ad un'arbitraria imposizione di parte,

---

<sup>1</sup> Si veda, in proposito: N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino 1950, p. 191; P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli 1965, p. 598 s.; F. GALGANO, *Trattato di Diritto Civile*, I, 2 ed., Milano 2010, p. 113; G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in *Scritti di filosofia del diritto*, II, Milano 1982, p. 1017; ID., *La legge della ragione*, in *Scritti*, cit., II, p. 738 e p. 1005; E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, trad. it., Milano 1973, pp. 103 ss.; V. MATHIEU, *La speranza nella rivoluzione*, Milano 1972, p. 123; N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. Trim. dir. e Proc. Civ.*, 1963, p. 1008; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1965, pp. 205, p. 288 s.; G. SARTORI, *Dove va il parlamento?* In *Il parlamento italiano*, Napoli 1963, p. 335.

<sup>2</sup> Questa efficace terminologia è del grande giurista Biondo Biondi: B. BIONDI, *La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana*, in *RIDA*, III, 1950, p. 129.

<sup>3</sup> F. GALGANO, *Trattato di Diritto Civile*, cit., p. XXXVII.

<sup>4</sup> *IBID.*, p. XXXVII.

è necessario che essa risponda al senso di giustizia, avvertito come immanente, diffuso nella comune coscienza sociale<sup>5</sup>.

La *cunabula iuris* del nostro ordinamento, dalla quale è possibile attingere un concetto puro e primordiale del suddetto senso di giustizia, è il diritto romano. Lo sviluppo, e la successiva caduta di Roma, costituiscono l'emblema della ciclicità storica di una società, delle sue istituzioni, finanche del suo diritto. Estremamente significativa è l'anticipazione che, ad esempio, il grande storico Tito Livio fa nella sua *praefatio*<sup>6</sup>, in cui parla della grandezza di Roma come causa della sua successiva decadenza: *creverit ut iam magnitudine labore sua*.

Le opere di Cicerone sono, al riguardo, dense di considerazioni. Il giureconsulto aderiva alla concezione ciclica della storia<sup>7</sup>, anche se non passivamente. Egli, nel ciclo di rivoluzioni che, nel primo secolo a.C., stava sconvolgendo l'equilibrio di Roma, e nel cui vortice si trovava ad aver un ruolo attivo e quasi ostinato, «riteneva che non si trattasse di un'evoluzione fatale, ma di una crisi per la quale esistono rimedi: sarebbe bastato in primo luogo eliminare i faziosi ed elaborare in seguito leggi buone [...] in quanto aveva dimostrato che il genio dei legislatori poteva rompere i cicli di un

---

<sup>5</sup> B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, II, Milano 1952, p. 1; ID, *La scienza del diritto come arte del giusto*, in *Jus*, 1950, pp. 145 ss.

<sup>6</sup> Si veda, in proposito, M. MAZZA, *Storia e ideologia in Tito Livio: per un'analisi storiografica della praefatio ai Libri ab urbe condita*, Catania 1966, pp. 37 ss.

<sup>7</sup> P. GRIMAL, *Cicerone*, Milano 1996, p. 389.

determinismo storico» la cui causa primaria era costituita dal fatto che «Roma poteva affondare solo sotto il peso della sua propria massa»<sup>8</sup>.

Il circuito, all'interno del quale si instaura il suddetto processo socio-giuridico, presenta delle dinamiche ricorrenti, anche a distanza dei secoli. La “crisi della legge” ripresenta i suoi tratti, che Cicerone coglie appieno: egli osserva come, già ai suoi tempi, le leggi, «piuttosto che sincera emanazione della volontà collettiva degli appartenenti al *populus*, costituivano ormai soltanto uno strumento adoprato a dar veste ed apparenza di legalità alle imposizioni dell'una or dell'altra prevalente fazione»<sup>9</sup>.

Considerazione estremamente attuale, che conduce, quasi ineluttabilmente, al suo auspicato “ritorno alle origini”. In particolare, mi riferisco alla concezione che i giuristi romani avevano del *ius naturale*, o diritto naturale.

Ciò che, preliminarmente, è necessario esaminare, è il rapporto fra il termine *ius* ed il termine *diritto*, che ne rappresenta la traduzione, ormai, secolare.

---

<sup>8</sup> S. MAZZARINO, *La fine del mondo antico: le cause della caduta dell'impero romano*, Milano 1995, p. 20.

<sup>9</sup> Si veda, in proposito, il fondamentale lavoro di E. COSTA, *Cicerone Giureconsulto*, Nuova edizione riveduta e ampliata dall'Autore e in parte postuma, I, Roma 1964, p. 33 s.

Il rapporto terminologico fra *ius* e *diritto* è un rapporto più logico-concettuale che etimologico. Il termine *diritto*, o *directus*<sup>10</sup>, costituisce l'aggettivazione del participio passato del verbo *dirigere*, che significa «condurre ad una certa meta per il cammino più corto»<sup>11</sup>, e con questo significato è stato usato, in senso giuridico, nel latino classico.

Ma vi è un'ulteriore accezione, che connota il *diritto*: il passaggio da *ius* a *directus* avviene quando «il *ius* diventa un problema di coscienza per i cristiani»<sup>12</sup>.

Questa nuova connotazione del *ius* viene espressa, dai giuristi classici<sup>13</sup>, nella definizione di *ius naturale*, riportata nei *Digesta* di Giustiniano<sup>14</sup>.

Asserisce Ulpiano: *ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit*<sup>15</sup>. Questa definizione viene tradotta<sup>16</sup> nel modo seguente: «il diritto

---

<sup>10</sup> A. ERNOUT- A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris 2001, p. 568: il termine *directus* deriva da *rēgo*.

<sup>11</sup> J.J. BURLAMAQUI, *Principj del diritto naturale*, I, Catania 1849, p. 19.

<sup>12</sup> W. CESARINI SFORZA, *Ius*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, pp. 639 e ss.; ID., «*Ius* e «*directum*»: note sull'origine storica dell'idea di diritto», Bologna 1930, pp. 80 e ss. Questo tema verrà ripreso nel cap. II, par. 2, del presente lavoro.

<sup>13</sup> B. BIONDI, *La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana*, cit., p. 131.

<sup>14</sup> Ulpiano, *Lib. prim. inst.*, in D. 1.1.1.3-4; Paolo, *Libro quarto decimo ad Sabinum*, in D. 1.1.11.

<sup>15</sup> Infinitamente copiosa è la bibliografia sul concetto di *ius naturale*. Si veda, in particolare: E. ALBERTARIO, *Sul concetto di ius naturale*, in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere (RIL)*, LVII, 1924, pp. 168 ss.; ID., *Concetto classico e definizioni postclassiche del ius naturale*, in *Studi di diritto romano*, Milano 1937, pp. 279 ss.; E. BETTI,

---

*Diritto romano*, Padova 1935, pp. 22 ss.; B. BIONDI, *La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana*, in *RIDA*, IV, 1950, pp. 129 ss.; ID., *Prospettive romanistiche*, Milano 1933; ID., *Diritto romano cristiano*, Milano 1952, pp. 4 ss.; ID., *Il diritto romano*, Bologna 1957, p. 172; G. BONFANTE, *Diritto romano e diritto indoeuropeo*, in *Studi E. Betti*, II, Milano 1962, pp. 85 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1943, p. 18, 20, 254.; F. BONIFACIO, *Ius quod ad actiones pertinet*, in *Studi E. Betti*, II, cit., pp. 97 ss.; A. BURDESE, v. *Ius naturale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IX, pp. 384 ss.; J.-J. BURLAMAQUI, *Principj del diritto naturale*, cit., pp. 1 ss.; F. CANCELLI, *Per l'interpretazione del De legibus di Cicerone*, in *RCCM*, XV, 1973, pp. 185 ss.; P. CERAMI, «*Lex aeterna*» e «*ius naturale*»: *alle radici della giuridicità*, in *Index*, 34, 2006, pp. 77 ss.; G. CRIFÒ, *A proposito di humanitas*, in «*Ars boni et aequi*», *Festschrift für W. Waldstein*, Stuttgart 1993, pp. 79 ss.; ID., *Diritti della personalità e diritto romano cristiano*, in *BIDR*, LXIV. 38, 1961, n. 21, pp. 41 ss.; E. COSTA, *Cicerone Giureconsulto*, cit., p. 33 s.; F. GALLO, *Per il riesame di una tesi fortunata sulla solutio legibus*, in *Sodalitas: Scritti in onore di A. Guarino*, II, Napoli 1984, pp. 651 ss.; ID., *Diritto e giustizia nel titolo I del Digesto*, in *SDHI*, 54, 1988, p. 7; J. GAUDEMET, *Quelques remarques sur le droit naturel à Rome*, in *RIDA*, I, 1952, pp. 445 ss.; C. GIOFFREDI, *Libertà e cittadinanza*, in *Studi E. Betti*, II, cit., pp. 509 ss.; G. HAMZA, *Zum Begriff des ius naturale bei Cicero*, in *ACD*, 31, 1995, pp. 75 ss.; R. HARDER, *Zu Ciceros Rechtsphilosophie*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, I, Roma 1933, pp. 169 ss.; E. VON HIPPEL, *Elemente des Naturrechts: eine einföhrung*, Berlin 1969, pp. 1 ss.; M. KASER, *Ius gentium*, Köln 1993, pp. 64 ss.; L.L. KOFANOV, *Fas e ius naturale nel pensiero di Cicerone e dei giuristi romani*, in *Diritto @ Storia*, 8, 2009, <http://www.dirittoestoria.it/8/Tradizione-Romana/Kofanov-Fas-ius-naturae-Cicerone-giuristi-romani.htm>; E. LEVY, *Natural law in roman thought*, in *SDHI*, 15, 1949, p. 2; G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, Roma 1947, pp. 61 ss.; ID., *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano 1946, pp. 7 ss.; C. LONGO, *Note critiche a proposito della tricotomia ius naturale, gentium, civile*, in *RIL*, 40, pp. 632 ss.; C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica degli istituti giuridici romani*, Milano 1937, pp. 3 ss.; ID., *Filosofia del diritto e diritto positivo, l'esperienza antica (impostazione di una ricerca)*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, Milano 1973, p. 711; G. NOCERA, *Ius naturale nella esperienza giuridica romana*, Milano 1962, pp. 1 ss.; P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino 2002, pp. 95 ss.; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino 1953, pp. 355 ss.; R. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino: saggio storico-critico*, Roma 1978, pp. 1 ss.; G. RIGHI, *La filosofia civile e giuridica di Cicerone*, Bologna 1930, p. 80; F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953, pp. 73, 137, 163; M. VOIGT, *Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer*, Aalen 1966, pp. 176 ss.; W. WALDSTEIN, «*Natura debere*», «*ius gentium*» und «*natura aequum*» *im klassischen römischen Recht*, in *ASGP*, 52, 2007-2008, pp. 429 ss.; ID., *Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian*, in *ZRG*, 111, 1994, pp. 1 ss.; ID., *Bemerkungen zum ius naturale bei den klassischen Juristen*, in *ZRG*, 105, 1988, pp. 702 ss.; H. WAGNER, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius. Ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile*, in *IVRA*, XXIX, 1978 [1982], pp. 271 ss.; K.-W. WELWEI, *Die Stellung der Sklaven im Spannungsfeld von «ius gentium» und «ius naturale» aus der Sicht römischer Juristen*, in



naturale è quello che la natura ha insegnato a tutti gli esseri animati». Da tale ricostruzione, parrebbe desumersi che il diritto naturale sia una categoria *sui generis*, che comprende un corpo di norme al quale sono sottoposti esseri umani e animali, e che, in misura più o meno ampia, può influenzare gli altri due sistemi di norme, contemplati nel medesimo brano: il *ius gentium* e il *ius civile*.

Tuttavia, è proprio dalla *natura* e dalla *naturalis ratio*<sup>17</sup> che, dai giuristi classici, vengono dedotti i fondamenti di singoli istituti di diritto civile<sup>18</sup>. Il *ius naturale* si pone, in questi casi, non come sistema a sé stante, ma come base dell'intero corpo di norme di *ius civile*.

Emerge un concetto di diritto che desume dalla natura il suo più profondo significato; un diritto cui i due sistemi, *ius gentium* e *ius civile*, che divengono necessariamente sottosistemi, devono (o dovrebbero) conformarsi.

Nella concezione classica del *ius naturale*, riecheggia la primitiva impostazione sacrale del diritto: per poter avvalorare la tesi di cui sopra, è

---

Laverna, 17, 2006, pp. 87 ss.; G. WESENER, *Römisches Recht und Naturrecht*, Graz 1978, pp. 1 ss.; L.C. WINKEL, *Einige Bemerkungen über ius naturale und ius gentium*, in "Ars boni et aequi", *Festschrift für W. Waldstein*, cit., pp. 443 ss.

<sup>16</sup> Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae, traduzione a cura di S. SCHIPANI, Milano 2005, p. 77.

<sup>17</sup> F. OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, cit., pp. 364 ss.

<sup>18</sup> B. BIONDI, *La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana*, cit., p. 132.

infatti necessario analizzare i delicati e complessi rapporti che intercorrono fra il termine *ius*, il termine *fas*, ed, infine, il termine *natura*.

## 2. *IUS*: IL DIRITTO DEI ROMANI

Nei *Digesta* giustiniane<sup>19</sup>, il giurista Ulpiano dà una definizione del vocabolo *ius*<sup>20</sup> che si caratterizza per la sua intima connessione logica con la giustizia.

Egli afferma che colui che intende dedicarsi al diritto, deve, in primo luogo, conoscere da dove il nome diritto derivi: *iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat*. Prosegue poi affermando che *est autem a iustitia appellatur*: viene infatti chiamato così poiché deriva dalla *iustitia*<sup>21</sup>.

La locuzione *unde nomen iuris descendat* sembrerebbe concernere l'aspetto etimologico del vocabolo.

Tuttavia, appare evidente come il giurista abbia inteso definire il *ius* sulla base del suo fine e della sua *ratio*, la *iustitia*<sup>22</sup>. Etimologicamente, è il

---

<sup>19</sup> Ulpiano, *Lib. prim. inst.*, in D. 1.1.1.

<sup>20</sup> Si veda B. BIONDI, v. Jus, in *Nuovo Digesto Italiano*, VII, cit., pp. 502 ss.

<sup>21</sup> Per una cospicua analisi del primo titolo del Digesto, si veda F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, Libro Primo, Tradotto ed Annotato da Contardo Ferrini, cit., pp. 1 ss.

<sup>22</sup> Si veda A. CARCATERRA, *Iustitia nelle fonti e nella storia del diritto romano*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, 2, Verona, 1948, pp. 37 ss.

termine *iustitia* a derivare, tramite l'aggettivo *iustus*, da *ius*<sup>23</sup>. L'affermazione va dunque interpretata nel senso che il *ius* è legato alla giustizia, e ad essa si ispira<sup>24</sup>.

### 3. ETIMOLOGIA E MORFOLOGIA DI *IUS*

Sotto un profilo prettamente etimologico, invece, sono state formulate tre ipotesi sull'origine di *ius*<sup>25</sup>.

Secondo una prima teoria, *ius* potrebbe avere origine dalla radice *iug-*, da cui derivano anche i termini *iungum*, *iungere*, *coniugium*, che indicano cioè l'idea di "unione", di "legame", di "congiungimento"; si tratta, però, di una tesi fortemente criticata in dottrina<sup>26</sup>.

La seconda ipotesi fa derivare *ius* da *ioues*, termine che si ricollega, sotto l'aspetto fonetico, al vocabolo *iouestod*<sup>27</sup>; questa derivazione presenterebbe un

---

<sup>23</sup> A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, cit., p. 329.

<sup>24</sup> Vedi sul punto: R. ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, in *BIDR*, 46, 1939, p. 217 (ora in *Scritti*, II. Sezione prima *Saggistica* [Antiqua 78], con una nota di lettura di A. Mantello, Napoli 1998, p. 584); F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo I del Digesto*, cit., p. 7.

<sup>25</sup> B. BIONDI, v. *Ius*, in *Nuovo Digesto Italiano*, IX, Torino 1938-XVII, p. 502.

<sup>26</sup> Per una articolata critica alla tesi vedi: C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, p. 49; A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, 5<sup>a</sup> ed., Napoli 1990, p. 139.

<sup>27</sup> A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, cit., p. 138: il vocabolo *iouestod* si trova nel *lapis Niger*, stele arcaica del Foro Romano, risalente alla metà del V secolo a.C., e qui pare avere il significato di *iustus*.

collegamento con *Iouis* (Giove). In questa etimologia si avrebbe così conferma delle origini religiose del *ius*, in quanto *ius* si identificherebbe con la stessa divinità<sup>28</sup>.

Infine, la tesi maggiormente consolidata in dottrina individua l'origine del termine *ius* in una radice indoeuropea: *yaus*. *Yaus* trova a sua volta il suo corrispondente nel vedico *yos*, che significa salute<sup>29</sup>.

Il concetto di *ius* racchiude, al suo interno, una varietà estremamente ampia di significati<sup>30</sup>, che non possono essere, tuttavia, compresi appieno, laddove *ius* non venga interpretato nel suo rapporto con un altro termine, *fas*.

Con il termine *fas*, si indica la sfera giuridico-religiosa verso cui i Romani nutrivano un particolare rispetto<sup>31</sup>; essi si sentivano superiori a

---

<sup>28</sup> Sull'originaria connessione dello *ius* con il *fas*, R. ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, cit., pp. 195 ss.

<sup>29</sup> Così P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma 1959, p. 378. Sul termine vedi R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino 1967, n. 3, p. 104: «*yos* si trova nella vecchia formulazione vedica *çàm ca yoç ca*, la quale significherebbe "invocazione di celeste benedizione"».

<sup>30</sup> B. BIONDI, *La terminologia romana come prima dogmatica giuridica*, in *Scritti Giuridici*, I, Milano 1965, p. 187.

<sup>31</sup> Sul punto vedi F. SINI, *Religione e poteri del popolo in Roma repubblicana*, in *Diritto @ Storia* 6, 2007, <http://www.dirittoestoria.it/6/Tradizione-romana/Sini-Religione-poteri-Popolo-Roma-repubblicana.htm>: «Gli antichi Romani attribuivano al favore degli dèi l'egemonia mondiale ormai acquisita alla fine della età repubblicana. Tuttavia, erano anche coscienti del fatto che ciò non sarebbe potuto accadere senza alcun merito: essi, infatti, ritenevano di aver superato tutti gli altri popoli, per sensibilità e cautela verso la *religio*».

qualsiasi altro popolo, nella cura della religio<sup>32</sup>. Questa doppia accezione si riscontra in Isidoro di Siviglia<sup>33</sup>: *fas lex divina est, ius lex humana*, cioè il *fas* è la legge divina, lo *ius* la legge umana.

L'accezione di *fas* come *lex divina* si riscontra anche in Servio<sup>34</sup>. Il grammatico, commentando le parole *fas et iura sinunt*<sup>35</sup> del verso 269 delle "Georgiche" di Virgilio, forse «la più famosa citazione del *fas* di tutta la letteratura latina»<sup>36</sup>, annota: *fas et iura sinunt" id est divina humanaque iura permittunt: nam ad religionem fas, ad homines iura pertinent.*

---

<sup>32</sup> H. WAGENVOORT, *Pietas. Selected studies in roman religion*, Leiden 1980, p. 15, mostra le discussioni dottrinarie intorno all'etimologia del termine *religio*: taluni fanno derivare il termine da *re-ligare*, che significa "tenere unito, vincolare"; l'Autore tuttavia ritiene che *religio* derivi in realtà da *redigere*, inteso nel senso di "avvertire presagi, provare timore nei confronti degli dei". Secondo G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, trad. it., Milano 1977, p. 128, «il latino non possiede alcuna parola per designare la religione. *Religio*, cerimonia, parola quest'ultima di origine oscura, non vi corrispondono. Il termine più generale è *colere deos*». A tal fine si deve ricordare la differenza che intercorre fra *religio* e *superstitio*, mostrata da F. SINI, *Sua cinque civitati religio*, cit., p. 60: «per i romani era *superstitio* ogni religione che implicasse un timore eccessivo degli dei, particolarmente pericolosa poi se il culto suscitava forti emozioni (*morbus animi*) [...] il termine *superstitio*, da un valore affine a *religio*, passa ad indicare con sempre maggior frequenza ogni *religio* ingiusta, cioè non riconosciuta e regolamentata dallo *ius divinum*».

<sup>33</sup> Isidoro di Siviglia, *Orig.* 5.2.2.

<sup>34</sup> Servio, *Ad Georg.* 1. 269.

<sup>35</sup> Per ampi riferimenti, si veda: W.W. FOWLER, *The Religious experience of the Roman people from the earliest to the age of Augustus*, London 1933, pp. 1 ss.; P. CIPRIANO, *Fas e nefas*, Roma 1978, pp. 1 ss.; F. SINI, "Fas et iura sinunt" (*Virg.*, 'Georg.' 1, 269). *Contributo allo studio della nozione romana di 'fas'*, I, Sassari 1984, pp. 1 ss.; ID., *Bellum nefandum. Virgilio e il problema del "diritto internazionale antico"*, Sassari 1991, pp. 83 ss.

<sup>36</sup> F. SINI, "Fas et iura sinunt", cit., p. 7.

In altre fonti, specialmente letterarie, *fas* racchiude, al suo interno, precetti squisitamente morali, che discendono dai vincoli, familiari, umani, o anche solo antropologici, che si instaurano fra gli uomini<sup>37</sup>.

#### 4. ETIMOLOGIA E MORFOLOGIA DI FAS

Sotto il profilo morfologico, *fas* è stato interpretato come un sostantivo neutro indeclinabile<sup>38</sup>, come un avverbio<sup>39</sup>, e come un aggettivo<sup>40</sup>.

Anche riguardo l'etimologia del *fas*, le teorie sono numerose e contrastanti<sup>41</sup>.

Una prima ipotesi fa derivare il termine *fas* dalla stessa radice indogermanica *dha-* del termine greco *themis*<sup>42</sup>, che significa “legge divina”<sup>43</sup>.

---

<sup>37</sup> Copiose sono le informazioni ricavate dalle opere ciceroniane: si veda *Pro Mi.*, 3,7 e 16, 43; *Ad fam.*, 3.10.9 e 1.9.18; per un'approfondita analisi delle suddette fonti, E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, cit., p. 32.

<sup>38</sup> Vedi, per tutti, F. SINI, *Bellum nefandum. Virgilio e il problema del “diritto internazionale antico”*, cit., p. 85 ntt. 2-3.

<sup>39</sup> R. ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, cit., p. 244 (ora in Id., *Scritti*, II, cit., p. 611): «A favore dell'ipotesi che si tratti di un avverbio si può addurre l'opinione di un grammatico romano quale Virgilio Marone, il quale, trattando dell'avverbio, notava *heri, instar, fas nonnulli putant nomina esse inflectibilia, sed nos adverbia esse non ambigimus*, dove per *fas* evidentemente il dubbio sorgeva, all'epoca dello scrittore, in ordine ai nuovi usi sostantivali».

<sup>40</sup> A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, cit., p. 134.

<sup>41</sup> Si veda C. FERRINI, *Fas*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino 1938- XVI, pp. 919 ss.

Un'altra teoria, invece, individua l'origine di *fas* nella radice indogermanica *bha-*, che ha il significato di “apparizione”, manifestazione”, e dalla quale deriverebbe anche il greco *faino*. Questa radice sarebbe connessa ad un'altra, *bha-s*, che significa “parlare”, da cui derivano il greco *femi* ed il latino *fari*. Sulla base di questa etimologia, *fas* dovrebbe significare «manifestazione della volontà divina»<sup>44</sup>. Tale accezione di *fas* si rinviene in Varrone, nella sua descrizione dei *dies*<sup>45</sup>.

Dunque, la natura del *fas* era di “diritto religioso”<sup>46</sup>.

Nelle antiche testimonianze, il termine *fas* non è impiegato come sostantivo, ma come predicato, in espressioni quali *fas est, ne fas est*<sup>47</sup>, ove *ne*

---

<sup>42</sup> Su tale vocabolo, F. CANCELLI, *Le leggi di Antigone e il diritto naturale*, Roma 2000, pp. 29 ss.

<sup>43</sup> Vedi, sul punto: C. FERRINI, *Fas*, in *Nuovo Digesto Italiano*, cit., p. 919, e R. ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, cit., p. 217; U. COLI, *Regnum*, in *Scritti di diritto romano*, I, Milano 1973, p. 439; G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, cit., p. 127; P. CIPRIANO, *Fas e nefas*, cit., pp. 16 ss.

<sup>44</sup> Così: A. Guarino, *L'ordinamento giuridico romano*, cit., p. 134; F. SINI, “*Fas et iura sinunt*”, cit., p. 9.

<sup>45</sup> Varrone, *De ling. Lat.* 6.29-30: *Dies fasti, per quo praetoribus omnia verba sine piaculo licet fari; comitiales dicti, quod tum ut <in Comitio> esset populus constitutum est ad suffragium ferendum, nisi si quae feriae conceptae essent, propter quas non liceret, <ut> Compitalia et Latinae. Contrarii horum vocantur dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem “do, dico, addico”; itaque non potest agi: necesse est aliquo<eorum> uti verbo, cum lege qui<d> peragitur.* Sul punto, si veda F. SINI, “*Fas et iura sinunt*”, cit., p. 9.

<sup>46</sup> F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, pp. 27 ss.

<sup>47</sup> R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, cit., p. 106.

ha valore di negazione, e non di prefisso<sup>48</sup>. È proprio dalla locuzione *ne fas est* che, sul piano terminologico-concettuale, deriva il termine *nefas*, antitetico rispetto a *fas*.

Per meglio comprendere la reale accezione di *fas*, non si può prescindere dalla sua antitesi, rappresentata dal termine *nefas*.

I termini *fas-nefas* indicavano un *quid* promanato non da una volontà umana, ma da una volontà divina, che si manifestava tramite segni che venivano interpretati dai collegi sacerdotali. Il vocabolo *nefas*, dunque, significava «ciò che non era possibile fare senza incorrere nella reazione stessa della natura e nell'ira degli dei»<sup>49</sup>.

La locuzione *fas est*, invece, indicava la liceità di determinati atti e comportamenti<sup>50</sup>; a partire dall'età ciceroniana in poi, l'espressione designò anche il concetto astratto di "lecito". In tal senso si deve riportare come esempio la testimonianza di Cicerone, che cita il *fas* tra lo *ius* e le *leges*: *exorta est illa rei publicae, sacris, religionibus, auctoritati vestrae, iudiciis publicis funesta quaestura, in qua iste deos hominesque, pudorem, pudicitiam, senatus auctoritatem, ius, fas, leges, iudicia violavit*<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> F. SINI, "Fas et iura simunt", cit., p. 18.

<sup>49</sup> A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, cit., p. 135.

<sup>50</sup> Vedi: R. ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, cit., p. 238; P. CIPRIANO, *Fas e nefas*, cit., p. 35.

<sup>51</sup> Cicerone, *De harusp. resp.*, 43.



*Fas est* indicava la liceità delle azioni connesse con la sfera religiosa, così come la locuzione *nefas est* designava la corrispondente illiceità<sup>52</sup>.

L'illeceità, nell'ambito dello *ius divinum*, si rinviene in particolare in Gellio, il quale riporta quanto si trovava nel primo libro *de sacerdotibus publicis* di Q. Fabio Pittore, riguardo alle prescrizioni religiose imposte al *flamen Dialis*. Secondo Gellio, *item iurare Diale fas numquam est; item anulo uti nisi pervio cassoque fas non est*<sup>53</sup>: l'infrazione di taluni divieti costituisce un'offesa diretta alla divinità. La non liceità di determinati atti del *flamen Dialis* si spiega in relazione al diretto rapporto fra il sacerdote e Giove.

Gellio ricorda, inoltre, un'altro divieto: *Ignem e "flaminia", id est flaminis Dialis domo, nisi sacrum efferris ius non est*<sup>54</sup>. In questo paragrafo, in alternanza con *fas non est*, si trova la locuzione *ius non est*: in proposito, la locuzione *ius non est* ha, in questo contesto, il medesimo significato religioso

---

<sup>52</sup> Tuttavia, non sono mancate opinioni difformi: si veda, in proposito, P. CIPRIANO, *Fas e nefas*, cit., p. 36, la quale riporta, discostandosene, la tesi propugnata da C.A. PEETERS, *Fas en nefas*, Utrecht 1945, secondo cui la locuzione *fas est* non significa "è lecito", ma "è norma". P. Cipriano, invece, sostiene che il termine *fas* viene utilizzato sia nell'uso predicativo, sia nell'uso sostantivale, per cui sarebbe difficile assumere il passaggio da "liceità", che viene definita come «possibilità di azione in rapporto a discriminanti particolari», a "norma", che invece rappresenta «necessità stabilita di azioni e pensieri».

<sup>53</sup> Aulo Gellio, *Noct. Att.* 10.15.5. Si veda anche Tito Livio 5.52.13: *flamini Diali noctem unam manere extra urbem nefas est*.

<sup>54</sup> Aulo Gellio, *Noct. Att.* 10.15.7.

di *fas non est*, indicante perciò non una norma, ma una valutazione che concerne la liceità o illiceità di un comportamento<sup>55</sup>.

Tale significato sarebbe testimoniato anche da Catone: *ubi tibi ius est ... porco piaculo facere*<sup>56</sup>, dove «è evidente il valore religioso di *ius*»<sup>57</sup>.

Le locuzioni *fas est* e *nefas est*, sempre nell'ambito dello *ius divinum*, si trovano in taluni brani che indicano la illiceità di violare col contatto luoghi e oggetti sacri<sup>58</sup>.

L'espressione *nefas est*, oltre ad indicare l'illiceità della violazione dei *sacra*, in taluni casi esprime l'illiceità di violare particolari cerimonie. A proposito della sepoltura, ad esempio, Plinio il Vecchio<sup>59</sup> afferma che *hominem ita exanimatum cremari fas non est, condi terra religio tradidit*.

In alcuni casi, le locuzioni *fas est* e *nefas est* indicano rispettivamente la liceità e l'illiceità in rapporto a persone e istituti: il *pater familias*, secondo la

---

<sup>55</sup> R. ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, cit., p. 236; si veda però, *contra*, P. CIPRIANO, *Fas e nefas*, cit., p. 45, la quale sostiene che il fatto che le due espressioni si alternassero non implica «la conclusione cui è pervenuto lo studioso R. Orestano che esse siano sinonime»; secondo la studiosa l'uso di *ius non est* è «rapportabile all'esigenza di mettere in rilievo l'illegalità di certe azioni [...] dal momento che il comportamento dei *Flamen*, e dei sacerdoti in generale, era senza dubbio sottoposto a una regolamentazione giuridica vera e propria».

<sup>56</sup> Catone, *De agr.* 139.

<sup>57</sup> R. ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, cit., p. 236.

<sup>58</sup> P. CIPRIANO, *Fas e nefas*, cit., p. 43.

<sup>59</sup> Plinio, *Nat. hist.* 2.145.

concezione romana, godeva della protezione divina<sup>60</sup>, e un'offesa al *pater* era considerata come un'offesa agli dei<sup>61</sup>.

Altrove, *fas est* assume una nuova sfumatura, che concerne la liceità in rapporto alla *pietas* tra padri e figli: Terenzio<sup>62</sup> fa affermare a Menedemo, un padre che ha costretto il figlio ad abbandonare la patria, che *nec fas esse ulla me voluptate hic frui, nisi ubi ille huc salvos redierit meus particeps*. Egli pone cioè a se stesso dure regole di vita, quale punizione per la sua severità nei confronti del figlio.

Alla stregua del *pater familias*, anche il *dux* appariva godere di una protezione divina, protezione che poteva essere offesa attraverso atti illeciti; Livio, nel ricordare la protesta di Marco Fabio contro la corruzione dei *mores*, riporta altresì la menzione dell'empietà degli uomini che hanno profanato la sacra persona del *dux*: *nunc ducibus populi Romani, quae ne victis quidem bello fas fuerit, virgas et secures victoribus et iustissimus meritis triumphos intentari*<sup>63</sup>.

Intercorre una differenza fra la locuzione *nefas est* e *fas est*: la prima ha sempre valore imperativo; la seconda, invece, è polivalente, perché designa

---

<sup>60</sup> P. CIPRIANO, *Fas e nefas*, cit., p. 47.

<sup>61</sup> Cicerone, *De off.*, 3.90: *Quid? Si pater fana expilet, cuniculos agat ad aerarium, indicetne id magistratibus filius? Nefas id quidem est, quin etiam defendat patrem si arguatur.*

<sup>62</sup> Terenzio, *Heautontim.* 149-150.

<sup>63</sup> Tito Livio, 8.33.18.

tanto la liceità di determinati comportamenti, quanto, in taluni casi, la loro inderogabilità sul piano religioso<sup>64</sup>.

Quando la locuzione *fas est* viene in qualche modo congiunta al termine *fata*, che significa “destino”, essa indica la necessità che alcuni comportamenti siano, appunto, aderenti al destino; un simile significato lo si riscontra nell’Eneide di Virgilio, a proposito del destino di Enea: *per varios casus, per tot discrimina rerum tendimus in Latium, sedes ubi fata quietas ostendunt: illic fas regna resurgere Troiae*<sup>65</sup>.

Il *fas* non riguarda soltanto l’approvazione divina dei comportamenti umani, ma ad esso si uniformano anche le azioni degli stessi dei<sup>66</sup>. A questo riguardo, sono indicativi alcuni versi dell’Eneide<sup>67</sup>: *vos quoque Pergamenae iam fas est parcere genti, dique dea omnes, quibus obstitit Ilium et ingens gloria Dardaniae*.

Nella sua preghiera Enea richiama gli dei al *fas*: «a quanto di comune - secondo Virgilio - hanno uomini e divinità nel sistema giuridico religioso romano»<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> F. SINI, “*Fas et iura sinunt*”, cit., p. 30.

<sup>65</sup> Virgilio, *Aen.* 1.204-206. Si veda, sul punto, F. SINI, “*Fas et iura sinunt*”, cit., pp. 30 s.

<sup>66</sup> F. SINI, “*Fas et iura sinunt*”, cit., p. 36.

<sup>67</sup> Virgilio, *Aen.* 6.63-65.

<sup>68</sup> F. SINI, “*Fas et iura sinunt*”, cit., p. 36.

Nell'epoca più antica, il termine *fas* e la locuzione *fas est* indicavano la liceità di determinati comportamenti: costituivano cioè un parametro di valutazione che si esplicava nell'intero sistema giuridico-religioso romano.

Il sistema giuridico religioso romano trovava però espressione anche nel termine *ius*, per cui sorge la questione di quali fossero i rapporti fra il concetto di *ius* e quello di *fas*.

## 5. I RAPPORTI FRA *IUS* E *FAS*

*Ius* è il diritto umano, *fas* il diritto divino. Ma, in origine, il loro significato coincide: l'antico *ius* aveva base e carattere religiosi<sup>69</sup>.

Nella concezione più antica, era presente una «unità genetica di tutte le norme»<sup>70</sup>, le quali erano ripartite non sulla base della laicità o religiosità della norma, atteso il carattere religioso che in età primitiva permeava di sé tutto

---

<sup>69</sup> B. BIONDI, *Ius*, in *Nuovo Digesto Italiano*, cit., p. 502. Per i rapporti fra *ius* e *fas*, si veda, inoltre, P. NOAILLES, *Fas et Jus, études de droit romain*, Paris 1948, pp. 3 ss.; G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, cit., p. 138.

<sup>70</sup> Vedi, in tal senso, F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, cit., p. 27, secondo il quale, «l'intimo legame esistente, fra diritto e religione, non deve essere inteso nel senso che la religione, come forza più antica, abbia impresso il suo sigillo al diritto, ma nel senso che ambedue gli ordini di norme si sviluppano necessariamente su basi accolte come necessarie; anche il *ius* ha quindi origine religiosa, poiché sarebbe sorto come espressione della volontà divina nei rapporti fra diversi gruppi gentilizi primitivi, mentre il *fas* avrebbe semplicemente regolato i rapporti interni delle famiglie».

l'ordinamento, ma sulla base dell'oggetto e del contenuto della norma, in quanto riferito alla sfera del divino o alla sfera dell'umano<sup>71</sup>.

Le norme di diritto divino vincolavano sia dèi che uomini: le divinità erano considerate quali veri e propri soggetti di diritto<sup>72</sup>.

Fra le numerose fonti<sup>73</sup>, dalle quali traspare un richiamo congiunto al *ius* e al *fas*, emerge un testo ciceroniano di particolare importanza.

Esso recita: *quod (ius) dividitur in duas primas partis, naturam atque legem, et utriusque generis vis in divinum et humanum ius est distributa; quorum aequitatis est unum, alterum religionis*<sup>74</sup>.

Nel passo, Cicerone cerca di ricondurre lo *ius divinum* e lo *ius humanum* ad un concetto unitario<sup>75</sup>, avvalorando la teoria della primitiva impostazione sacrale del *ius*, e della sua indifferenziazione dal *fas*.

---

<sup>71</sup> F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, a cura di V. Arangio-Ruiz, Firenze 1946, pp. 16 ss. Vedi anche C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, cit., pp. 1 s.: «lo *ius* ha carattere di statuizione umana, almeno nel lato formale, e questo aspetto ne permette l'estensione ad altra materia, non esclusa quella sacrale, ogniqualvolta ci si voglia riferire a singole regole, a singoli precetti che sono la interpretazione minuta e positiva del *fas*, ma che rientrano nell'ambito laico dello *ius* e che per il loro carattere concreto e particolare implicano, sia pure in via derivata e di interpretazione, la provenienza umana, ed implicano una più immediata obbligatorietà».

<sup>72</sup> M. KASER, *Religione e diritto in Roma arcaica*, in "Ars boni et aequi", *Festschrift für W. Waldstein*, cit., p. 153.

<sup>73</sup> Si veda, ad es., Tito Livio, 1.18.1, il quale parla del re Numa Pompilio come *consultissimus vir [...] omnis divini atque humani iuris*; Aulo Gellio, *Noct. Att.*, 10.18.1, il quale sostiene che Draco ateniese fosse *iuris divini et humani peritus*; Macrobio, *Sat.*, 3.9.16, per il quale *sine divini et humani iuris scientia non posse profunditatem Maronis intellegi*.

<sup>74</sup> Cicerone, *De part. orat.* 129.

Tuttavia, egli va oltre, individuando, per quelle norme considerate di origine divina, una base razionale : la *natura*.

Questo concetto, «sfrondata della impostazione sacrale e di ogni sapore filosofico, verrà fatto proprio dai giuristi classici, non come speculazione dottrinale, ma come base e movente del diritto positivo»<sup>76</sup>.

## 6. LA *NATURA* COME PARAMETRO DI GIURIDICITÀ

Il sentimento religioso, il *fas*, è intimamente connesso con la *natura*<sup>77</sup>.

Cicerone asserisce che ciò che è lecito può essere tale o perché, per natura, è *fas*, o perché è così stabilito dalle leggi: *quod aut per naturam fas esset aut per leges liceret*<sup>78</sup>.

È proprio dalle opere di Cicerone<sup>79</sup> che l'analisi deve essere condotta, e, in particolare, dalla lettura combinata di queste con gli assunti, innumerevoli, dei giuristi classici.

---

<sup>75</sup> R. ORESTANO, *Dal ius al fas*, cit., p. 213.

<sup>76</sup> B. BIONDI, *La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana*, cit., p. 133.

<sup>77</sup> Si veda, in proposito, L.L. KOFANOV., *Fas e ius naturale*, cit.

<sup>78</sup> Cicerone, *Pro Mil.*, 16.43.

<sup>79</sup> Come afferma B. BIONDI, *Il diritto romano*, cit., p. 172, «forse l'unico filosofo di diritto, che abbia avuto la romanità pagana, certamente il più insigne, è Cicerone, il quale, per la sua preparazione filosofica e giuridica, è tratto a dissertare intorno al diritto sotto l'aspetto filosofico»; per converso, tuttavia, p. 245, «il giurista romano non è il praticone o l'empirico leguleio descritto da Cicerone come “*praeco actionum, cantor formularum, anceps syllabarum*”, (*De orat.*, I.55.236), né il solitario teorico moderno che con tutte le sue dottrine

Il termine *natura* costituisce il participio futuro, coniugato al femminile, del verbo *nascor*<sup>80</sup>, che significa “nascere”. Esso indica ciò che nasce, «che è generato o genera, e così, di conseguenza, designa anche una certa qualità innata o una proprietà che determina che la cosa sia ciò che è, e non un'altra»<sup>81</sup>.

La natura, secondo la sua primordiale accezione, sembra costituire un parametro di “autenticità” per qualunque *res*, e, dunque, anche per il *ius*, poiché il diritto *in natura esse positum*<sup>82</sup>; rappresenta un elemento oggettivo, che si pone alla base di ogni istituto giuridico, ed al quale la norma giuridica deve necessariamente conformarsi<sup>83</sup>.

Natura, per gli antichi, è «realtà, essenza, normalità»<sup>84</sup>.

---

lascia indifferenti i contemporanei, ma la persona di genio, che, nel contrasto di interessi e nel tumulto della vita, riesce a trovare la disciplina più opportuna nei rapporti sociali e la giusta soluzione».

<sup>80</sup> A. ERNOUT-A MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, cit., p. 429.

<sup>81</sup> S. FASCE, *Nascor*, in *Enciclopedia Virgiliana*, III, Roma 1996, pp. 665 ss.

<sup>82</sup> Cicerone, *De leg.*, 1.12.34. Come afferma G. RIGHI, *La filosofia civile e giuridica di Cicerone*, cit., p. 80, «la natura ha il carattere (spirituale o meccanico) relativo all'ordine di cose a cui si riferisce: essa esprime l'ideale misura obiettiva di quell'ordine di cose»; si veda, inoltre, R. HARDER, *Zu Ciceros Rechtsphilosophie*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e storia del diritto*, cit., pp. 169 ss.

<sup>83</sup> C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica degli istituti giuridici romani*, cit., p. 205.

<sup>84</sup> B. BIONDI, *La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana*, cit., pp. 129 ss.



## 7. IL CONCETTO DI *NATURA* NELLA CONCEZIONE DI CICERONE

Il concetto di natura, ampiamente documentato da innumerevoli, nonché autorevoli, fonti letterarie<sup>85</sup>, trova, in Cicerone<sup>86</sup>, la sua massima espressione.

Cicerone individua, nella natura, non solo la matrice del diritto, ma, altresì, il fondamento dell'*aequitas*, della *fides* e della *iustitia*: *perspicuum est enim, nisi aequitas, fides, iustitia proficiscantur a natura*<sup>87</sup>.

Il diritto naturale è la legge non scritta, che scaturisce direttamente dalla natura:

*est haec non scripta sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus; verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus (...) ut si vita nostra in aliquas insidias, si in vim et in tela aut latronum aut inimicorum incidisset, omnis honesta ratio esset expediendae salutis*<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Si veda, in proposito, la copiosa rassegna operata da C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica degli istituti giuridici romani*, cit., pp. 1 ss.

<sup>86</sup> J. GAUDEMET, *Quelques remarques sur le droit naturel à Rome*, cit., pp. 450 ss.; R.N. WILKIN, *Eternal Lawyer, A Legal Biography of Cicero*, New York 1947, pp. 223 ss.

<sup>87</sup> Cicerone, *De fin.*, 2.59.

<sup>88</sup> Cicerone, *Pro Mil.*, 3.10. Fondamentale, per quanto concerne un'analisi del diritto naturale e, nel caso di specie, del concetto ciceroniano di diritto naturale, rimane l'opera di M. VOIGT, *Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer*, cit., pp. 176 ss.

Da questo passo, emergono alcuni principi che il giureconsulto attribuisce al diritto di natura. Principi immutabili, quali, anzitutto, il divieto di nuocere ad altrui, salvo che ciò sia necessario per respingere un'ingiusta offesa alla propria persona<sup>89</sup>. Oltre a non cagionare danni altrui, l'uomo deve agire per l'utilità comune, *communi utilitati: fundamenta iustitiae, primum ut ne cui noceatur, deinde ut communi utilitati serviatur*<sup>90</sup>. È considerato contro natura nuocere altrui, al fine di procurarsi un vantaggio, addirittura più della morte, più della povertà, più del dolore e degli altri mali, corporali o reali, che possono colpire un uomo, poiché, laddove la sofferenza di taluno venga provocata dalla ingiusta cupidigia umana, viene meno la base stessa della società, cioè il legame fra gli uomini:

*detrahere igitur alteri aliquid et hominem hominis incommodo suum commodum augere magis est contra naturam quam mors, quam paupertas, quam dolor, quam cetera, quae possunt aut corpori accidere, aut rebus externis*<sup>91</sup>.

Non si può comprendere appieno la forza di tali principi prescindendo dalla considerazione che la natura è *lex aeterna, legis perpetuae vis quae quasi dux vitae et magistra officiorum*<sup>92</sup>, cioè «la ragione universale costitutiva della

---

<sup>89</sup> E. COSTA, *Cicerone Giureconsulto*, cit., p. 19.

<sup>90</sup> Cicerone, *De leg.*, 1.5.16.

<sup>91</sup> Cicerone, *De off.*, 3.21.

legge eterna, senza tempo né luogo, valevole per tutti gli uomini in tutti i tempi»<sup>93</sup>, dalla quale scaturisce, e con la quale si identifica, il diritto.

Il fondamento naturale del diritto è considerato universale, e costituisce il più intimo legame fra gli uomini: Cicerone parla di *intelligentiae communes*<sup>94</sup>, infuse nella mente umana, le quali postulano un'esistenza oggettiva del diritto, nella natura e nella nostra coscienza, che porta a scoprire un'intima coesione, un «vincolo associativo»<sup>95</sup> fra tutti gli esseri umani. Questo stesso legame si esprime nella definizione ciceroniana di *populus*, secondo cui il popolo è un insieme di consociati, uniti da un medesimo *iuris consensu*, e da una comunione volta al raggiungimento della comune utilità: *populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*<sup>96</sup>.

Nelle opere di Cicerone, il *ius gentium* viene analizzato in tal senso<sup>97</sup>: questo concetto ricomprende, al suo interno, un insieme di norme, di diritto positivo, comuni a più popoli, modellato su taluni principi di diritto naturale,

---

<sup>92</sup> Cicerone, *Nat. deor.*, 1.40.

<sup>93</sup> F. CANCELLI, *De legibus*, cit., p. 12.

<sup>94</sup> Cicerone, *De leg.*, 1.26; 1.30.

<sup>95</sup> P. CERAMI, «*Lex aeterna*» e «*lex naturalis*»: alle radici della giuridicità, cit., p. 79.

<sup>96</sup> Cicerone, *De re pub.*, 1.25.39. Vedi, sul punto, E. COSTA, *Cicerone Giureconsulto*, cit., p. 16, e G. LOBRANO, *Res publica res populi, La legge e la limitazione del potere*, Torino 1996, p. 114.

<sup>97</sup> M. VOIGT, *Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer*, cit., pp. 65 ss.

conformi, cioè, alla *naturalis ratio*, proprio perché comuni a uomini non appartenenti alla medesima *civitas*<sup>98</sup>: l'universalità della legge naturale bene è espressa nell'affermazione secondo cui *omni autem in re consensus omnium gentium lex naturae putanda est*<sup>99</sup>.

Il *ius gentium*, come il *ius naturale*, è collocato anche fra quelli che possono essere definiti come i “principi generali” che aprono i Digesta giustiniani.

Alla definizione ulpiana di *ius naturale*, analizzata in precedenza, in D. 1.1 segue quella che riguarda il *ius gentium*<sup>100</sup>: *Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur*.

Il *ius gentium*, diritto delle genti è quello di cui le genti umane fanno uso.

Tuttavia, è stato affermato che i giuristi romani identificavano il *ius gentium* con il *ius naturale*<sup>101</sup>: il giurista Gaio enuncia che *ius gentium* è quello

---

<sup>98</sup> E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, p. 26.

<sup>99</sup> Cicerone, *Tusc.*, 1.30.

<sup>100</sup> Sul *ius gentium*, E. BETTI, *Diritto romano*, cit., pp. 22 ss.; G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, cit., pp. 61 ss. e ID., *Ricerche in tema di ius gentium*, cit., pp. 7 ss.; F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, cit., pp. 73, 137, 163;

<sup>101</sup> E. ALBERTARIO, *Sul concetto di ius naturale*, cit., Milano 1924, pp. 168 ss; ID., *Concetto classico e definizioni postclassiche del ius naturale*, cit., pp. 279 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1943, p. 19; *Contra*, C. LONGO, *Note critiche a proposito della tricotomia ius naturale, gentium, civile*, in RIL, 40, 1907, pp. 632 ss.

che *naturalis ratio inter omnes homines constituit*<sup>102</sup> (Inst., 1.1), o che *ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur*<sup>103</sup>; in D. 1.2.1.11: *iure naturali [quod, sicut diximus, appellatur ius gentium]*. Già Cicerone rilevava come il diritto delle genti coincida, in massima parte, con il diritto naturale, adducendo, quale esempio, il principio secondo il quale è *contra naturam*, dunque contro il diritto delle genti, nuocere altrui per il proprio vantaggio: *neque vero hoc solum natura, id est ius gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publica continetur, eodem modo constitutum est*<sup>104</sup>. Secondo questa teoria, una nozione del *ius gentium* separato dal *ius naturale*, dunque una tricotomia del *ius - gentium, naturale, civile -*, si avrebbe solo nell'età post classica<sup>105</sup>.

La *iustitia* si attua, perciò, quando vengono rispettati i principi di diritto naturale, che sorgono fra gli uomini proprio in ragione del vincolo che li lega, poiché «consiste nell'osservanza di ogni dovere nascente dall'umano consorzio o dal vincolo onde l'uomo è congiunto alla divinità»<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> Gaio, *Inst.*, 1.1.

<sup>103</sup> Gaio, *Inst.*, in D. 41.1.1.

<sup>104</sup> Cicerone, *De off.*, 3.23.

<sup>105</sup> Ciò è affermato da M. KASER, *Ius gentium*, Köln 1993, pp. 64 ss. Si veda, sul punto, C. LONGO, *Note critiche a proposito della tricotomia ius naturale, gentium, civile*, cit., pp. 632ss.

<sup>106</sup> E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, p. 20.

Cicerone identifica la natura con Dio<sup>107</sup>. Parla di Dio al singolare, di un Dio dal quale il diritto naturale promana<sup>108</sup>; si rinviene, nel linguaggio ciceroniano, una sorta di «monismo panteistico»<sup>109</sup>.

L'intima connessione fra l'uomo e Dio si manifesta nella *natura*, nella *ratio naturalis*, e nel λόγος, ragione ordinatrice dell'universo. E questa concezione appare estremamente suggestiva, laddove si consideri che, solo un secolo più tardi, in seguito all'avvento di Gesù Cristo, il Vangelo di Giovanni comincerà in questo modo: ἐν ἀρχῇ ἦν ὁ λόγος<sup>110</sup>, in principio era il logos<sup>111</sup>.

I romani non avevano una religione rivelata; qualsiasi sentimento religioso era frutto della loro coscienza sociale. Taluni valori venivano, perciò,

---

<sup>107</sup> F. CANCELLI, *De leg.*, cit., p. 16.

<sup>108</sup> E. LEVY, *Natural law in roman thought*, cit., 1949, p. 2.

<sup>109</sup> F. CANCELLI, *De leg.*, cit., p. 16.

<sup>110</sup> *Novum testamentum graece et latine*, a cura di Eberhard Nestle, Stuttgart 1921, p. 230.

<sup>111</sup> Sul rapporto fra la filosofia stoica e il cristianesimo, si vedano le profonde considerazioni del grande romanista B. BIONDI, *Il diritto romano*, cit., pp. 72 ss.; per le commistioni fra il diritto romano ed il cristianesimo: ID, *Il diritto romano cristiano*, cit., pp. 4 ss.; si veda, inoltre: F. AMARELLI, *I problemi di metodo per lo studio delle fonti relative ai rapporti fra cristianesimo e diritto romano*, in *La ricerca sulla tarda antichità*, Napoli 1989, pp. 11 ss.; U. BRASIELLO, *Premesse relative allo studio dell'influenza del cristianesimo sul diritto romano*, in *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, II, Milano 1947, pp. 1 ss.; G. GALENO, *Cristianesimo e diritto romano. Echi di una disputa*, in *AAN*, XCII, 1981, pp. 57 ss.; G. GIOVANNELLI, *Cristianesimo e diritto romano*, in *Rassegna di morale & diritto*, II, 1936, pp. 327 ss., C. GREY, *Il diritto nel vangelo e l'influenza del Cristianesimo sul diritto romano*, Roma 1972, pp. 1 ss.; R. MELCHIORRE, E. BUSSI, G. VISMARA, *Cristianesimo e diritto romano*, Milano 1935, pp. 1 ss.; O. ROBLEDA, *Diritto romano e cristianesimo*, in *Atti del IV Convegno Accademia Costantiniana*, Perugia 1981, pp. 249 ss.

considerati trascendenti la mera sfera umana, in quanto universali ed immutabili. Per questa ragione, la “legge di natura” supera lo spazio ed il tempo<sup>112</sup>.

## 8. IL CONCETTO DI *NATURA* NELLA GIURISPRUDENZA CLASSICA

I giuristi classici, sulla base del concetto di natura, mutuato dalla filosofia, sono giunti ad una concezione naturalistica di tutto il diritto<sup>113</sup>.

Nei *Digesta* di Giustiniano, sono due le definizioni che vengono date del *ius naturale*.

La prima è inserita fra i “principi fondamentali del diritto”, enunciati nella compilazione giustiniana, ed è propria del giurista Ulpiano<sup>114</sup>: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit*. La seconda, del giurista Paolo<sup>115</sup>, recita: *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale (...)*.

Questa seconda definizione presenta un elemento, il *semper*, dalla cui interpretazione dipende il significato dell’intera frase. Si può parlare di diritto

---

<sup>112</sup> E. LEVY, *Natural law in roman thought*, cit., p. 3.

<sup>113</sup> C.A.MASCHI, *La concezione naturalistica degli istituti giuridici romani*, p. 158.; E. LEVY, *Natural law in roman thought*, cit., p 1.

<sup>114</sup> Ulpiano, *Libro primo institutionum*, in D.1.1.3. Per un’approfondita analisi del titolo citato, si veda F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro Primo Tradotto ed Annotato da C. Ferrini*, cit., pp. 61 ss;

<sup>115</sup> Paolo, *Libro quarto decimo ad Sabinum*, in D. 1.1.11.

in vari modi: quando si parla di quel diritto *sempre* buono ed equo, si intende il *diritto naturale*. Il *semper* non può non alludere ad una immutabilità di precetti. Il fatto che il diritto naturale sia sempre buono ed equo è dovuto alla sua costante conformità alla natura.

Ma a quale natura? Quella natura mutevole e cangiante, propria dell'uomo, o quella natura i cui *principia* sono immutabili e perpetui?

E' pur vero che le esigenze dell'uomo variano a seconda dell'epoca, della società, della cultura in cui si manifestano. E che certe *regulae iuris* sono stabilite in virtù della *utilitas*, caratteristica precipua del diritto romano: il concetto giuridico di *bonum* «non è il bene sotto l'aspetto esclusivamente etico, ma l'utile, il vantaggioso, sia per l'individuo che per la società [...]; denota l'idea di opportunità, di convenienza, di conciliazione, di equilibrio»<sup>116</sup>. Tuttavia, a differenza del *ius civile*, il *ius naturale* concerne un insieme di principi attinenti alla più profonda coscienza umana ed alle necessità primordiali dell'uomo; questi principi hanno una conseguente stabilità, all'interno della necessaria evoluzione che, in parte, può travolgere i precetti di *ius civile*. Per utilizzare le parole di P. Bonfante, prima che mutino i principi di diritto naturale, «conviene addirittura che mutino i bisogni e la coscienza,

---

<sup>116</sup> B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 52.



l'anima stessa, per così dire, del popolo; il che ogni uomo per istinto, ancora al giorno d'oggi, non s'induce facilmente a supporre che avvenga»<sup>117</sup>.

Nell'individuazione dei principi di diritto naturale, confluiti poi nel diritto civile, una funzione fondamentale è svolta dai *mores*.

## 9. *IUS NATURALE E MORES*

Il diritto romano, durante i primi secoli della storia di Roma, annovera, fra le sue varie componenti, ed oltrechè l'*interpretatio prudentium*, anche e soprattutto, i *mores*.

Il giurista Gaio, pur non includendo nè i *mores*, nè la *consuetudo* fra le fonti del periodo classico, indica i popoli civili come quelli che *legibus et moribus reguntur*<sup>118</sup>. Il diritto costituito dai *mores* viene comunemente designato quale diritto consuetudinario<sup>119</sup>, poiché consta di consuetudini particolarmente autorevoli, basate sull'osservanza costante delle regole che lo componevano da parte degli antenati.

---

<sup>117</sup> P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 21. L'Autore rileva un principio fondamentale, secondo il quale «quel concetto e quel modo di stabilire i principi di diritto naturale, l'idea che tal diritto fosse assoluto ed immutabile non poteva recar danno ai romani; non fu innocua invece ai moderni, allorchè il diritto naturale si volle costituire su basi puramente speculative».

<sup>118</sup> Gaio, *Inst.* 1.1 [=D. 1.1.9].

<sup>119</sup> S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Firenze 1906, p. 37. B. PIZORNO, *Il diritto romano come diritto consuetudinario*, in «Per il XIV Centenario della Codificazione giustiniana», Pavia 1934, pp. 743 ss.

I *mores* dotati di forte valore giuridico sono i *mores maiorum*<sup>120</sup>. Sono quelle tradizioni, quei costumi, tramandati da secoli di tradizione, e proprio per questo vengono considerati *boni mores*<sup>121</sup>, poiché «erano veramente l'espressione diretta e veritiera delle comuni esigenze e delle comuni aspirazioni delle *gentes* latine, sabine ed etrusche [...]»<sup>122</sup>.

Il *ius* arcaico è costituito da un nucleo di consuetudini<sup>123</sup> ben consolidate, ben note, fondate sulla *opinio iuris ac necessitatis*<sup>124</sup>: i Romani avevano, infatti, la piena consapevolezza che i *mores maiorum* costituissero il fondamento dell'autorevolezza del *ius*.

La struttura del *ius* fu quella di un complesso sempre crescente di *mores maiorum*, i quali costituivano perciò un patrimonio di principi fondati altresì

---

<sup>120</sup> Cfr., sul punto, R. DEVELIN, *Mos maiorum mutatus tradition and the basis of change in the roman constitution 287-201 b. C.*, Ann Arbor 1979, pp. 1 ss., il quale rileva come «*mores* are the characteristics of the society, dependent on men for their effect, just as their effectiveness produces outstanding men. *Mores* are accumulated norms of behaviour; *mos patrius* is the way one's ancestor used to behave».

<sup>121</sup> B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 50.

<sup>122</sup> A. GUARINO, *La consuetudine e le legge alla luce dell'esperienza romana*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 12, 1956, pp. 413 ss.

<sup>123</sup> Si veda F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino 1971, pp. 8 ss.; B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it., Torino 1925, pp. 50 ss.

<sup>124</sup> A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, cit., p. 145. L'Autore confuta la tesi di M. KASER (*Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 59, 1939, pp. 52 ss.) secondo cui i Romani non avrebbero mai nutrito l'idea che alcuni loro istituti giuridici fossero di formazione consuetudinaria, ma ritenevano invece che il fondamento della loro "giuridicità" fosse nella rispondenza dei suddetti istituti ai principi di un diritto naturale originario di Roma.

sulla venerazione di carattere religioso che i *Quirites* avevano per i loro antenati.

Secondo la concezione repubblicana e classica, il diritto è valido per il suo stesso vigere nella società, e i *mores* attestano ancora una volta quella compenetrazione e quella possibile origine comune di *ius* e *fas*, come emerge dalla testimonianza di Festo: *Mos est <institutum pa>trium; id est memoria veterum pertinens maxime ad religiones <caerim>oniasque antiquorum*<sup>125</sup>.

Tuttavia, nonostante si parli di diritto consuetudinario, etimologicamente il termine *mos*, pur essendo strettamente legato al termine *conuetudo*, con questo non coincide.

Il termine *consuetudo* è proprio di epoche più recenti, rispetto al periodo in cui compare il termine *mores*, e si riferisce alla costante ed ininterrotta applicazione di certi istituti, che però presentavano lo specifico carattere della giuridicità. Il termine *mos*, invece, oltre ad essere più antico, è intriso di ulteriori accezioni, in quanto indica regole non soltanto giuridiche, ma anche religiose: i *mores* sono manifestazione della connessione originaria tra la sfera dello *ius* e quella del *fas*, e la loro osservanza da parte dei venerati antenati, così come della loro rispondenza alla vita e alla realtà sociale, costituiva la loro *opinio iuris ac necessitatis*<sup>126</sup>. Queste regole, per la loro

---

<sup>125</sup> Festo, *Ep. de verb. sign.*, v. *Mos*, p. 146 L.

<sup>126</sup> Cfr. B. BIONDI, *Interpretatio prudentium e legislazione*, in *Scritti giuridici*, cit., p. 12; C. GIOFFREDI, *Mores*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino 1965, pp. 919 ss.; N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino 2010, pp. 53 ss.

stessa natura, non sono attestate per iscritto, e il loro significato è incerto (lo *ius incertum* di Pomponio).

Così, il compito di rivelare un dato *mos*, indicandone nello stesso tempo il contenuto e dandone la relativa interpretazione, spettò ai collegi sacerdotali, e, in particolar modo, al collegio dei pontefici<sup>127</sup>. Le loro interpretazioni assunsero così un valore vincolante, e costituirono la concretizzazione e lo sviluppo dei *mores*.

I *mores*, nonostante la loro assonanza con la morale, che pure in essi è compresa, con essa non si esauriscono: il concetto di *mores*, più ampio di quello di morale, «ha soprattutto carattere politico-sociale, che può anche andare oltre una valutazione etica, in rapporto ai fini che si propone la società e l'ordinamento giuridico, entro i limiti in cui i precetti imposti dai *mores* diventano precetti giuridici [...]»<sup>128</sup>.

Tuttavia, seppur taluni istituti siano conformi ai *boni mores*, non lo sono in ordine alla *natura*. Ulpiano<sup>129</sup> enuncia come la servitù sia contraria al diritto naturale, pur essendo nota ed accettata dal diritto delle genti: *quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur* [...]. La *natura*, pertanto, costituisce il primordiale parametro di

---

<sup>127</sup> Per quanto concerne il collegio pontificale, si veda la fondamentale opera di K. LATTE, *Römische religionsgeschichte*, München 1960, pp. 195 ss.

<sup>128</sup> B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 50.

<sup>129</sup> Ulpiano, *Lib. primo inst.*, in D. 1.1.4.

giuridicità per qualsiasi norma, che, tuttavia, talvolta veniva disatteso per rispondere ad esigenze di diverso ordine, e tutte improntate all'*utilitas*.

#### 10. *IUS EST ARS BONI ET AEQUI: IUS NATURALE* E IL CONCETTO DI *BONUM ET AEQUUM*

Nella definizione riportata dal giurista Paolo<sup>130</sup>, il diritto naturale è sempre *bonum*, nonché *aequum*. L'*aequum* è la giustizia, cui il *bonum* deve tendere: «il *bonum* e l'*aequum* non è altro che quell'elemento di utile, individuale e sociale, che diventa giusto. Non implica una semplice valutazione etica (...); è piuttosto il conveniente, l'opportuno, l'utile in conformità alla giustizia»<sup>131</sup>. Il *ius naturale* di cui parla il giurista Paolo qualifica il diritto positivo, «in quanto abbia quella genesi e raggiunga quello scopo, e non un diritto ideale, avulso dal diritto positivo»<sup>132</sup>.

Il termine *aequitas*<sup>133</sup> deriva dal vocabolo greco *ἐπιειχία*<sup>134</sup>; come attesta il grande romanista B. Biondi, significa «eguaglianza, nel senso non di

---

<sup>130</sup> La genuinità del testo è stata sostenuta in particolare da F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo I del Digesto*, cit., p. 7, e da G. FALCONE, *La vera philosophia dei sacerdotes iuris*, in *Annali del Dipartimento di Storia del Diritto dell'Università di Palermo*, 49, 2004, pp. 43 ss. *Contra*, E. ALBERTARIO, *Sul concetto di ius naturale*, cit., pp. 168 ss.

<sup>131</sup> B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 58.

<sup>132</sup> C.A. MASCHI, *Filosofia del diritto e diritto positivo, l'esperienza antica (impostazione di una ricerca)*, cit., p. 711.

<sup>133</sup> Estremamente copiosa è la bibliografia, riguardo il concetto di *aequitas*. Si veda, in particolare: A. BISCARDI, *Riflessioni minime sul concetto di aequitas*, in *Studi Donatuti*, cit., pp. 137 ss.; P. BONFANTE, *Aequitas*, in «*Scritti giuridici vari*», IV, Torino 1918, pp. 124 ss.;

parità meccanica ed aritmetica, ma di adattamento, proporzione, adeguamento [...]»<sup>135</sup>. Egli prosegue, poi, osservando come il termine *aequitas*, denotando «la necessaria insopprimibile elasticità del diritto», attiene ad un concetto più alto di giustizia, ossia quella giustizia che scaturisce dalla coscienza sociale, una giustizia non astratta, ma positiva e concreta. Nella costante dicotomia *ius-aequitas*, che vede il prevalere di quest'ultima, l'*aequitas* non costituisce fonte di *ius*, bensì un imprescindibile parametro di applicazione, un

---

V. DEVILLA, *Aequitas naturalis*, *Scritti di diritto ed economia in onore di F. Mancaloni*, Sassari 1938, pp. 125 ss.; E. FANTHAM, *Aequabilitas in Cicero's political theory and the Greek tradition of proportional justice*, in XXIII, *CQ* 1973, pp. 285 ss.; A. GIANNINI, *L'equità*, in *AG* XXI, 1931, pp. 177 ss.; A. GUARINO, *Equità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, pp. 5619 ss.; C.A. MASCHI, *Filosofia del diritto e diritto positivo. L'esperienza antica (Impostazione di una ricerca)*, cit., pp. 709 ss.; P. PINNA PAPPAGLIA, *Aequitas in libera republica*, Milano 1973, pp. 1 ss.; F. PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides*, in *Conferenza per il XIV Centenario delle Pandette*, Milano 1930, pp. 183 ss.; H.K.J. RIDDER, *Aequitas and equità*, in *Archiv. für Rechts- & Sozialphilos.*, XXXIX, 1951, pp. 181 ss.; B. RIPOSATI, *Una singolare nozione di aequitas in Cicerone*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano 1965, pp. 447 ss.; O. ROBLEDA, *La aequitas en Ciceron*, in *Humanidades* II, 1950, pp. 31 ss.; P. SILLI, *Mito e realtà dell'«aequitas christiana»*, Milano 1980, pp. 5 ss.; M. TALAMANCA, *L'«aequitas naturalis» e Celso in Ulp. 26 Ad ed. D.12,4,3,7*, in *BIDR*, 35-36, 1993-1994, 3° ser., pp. 1 ss.; ID., *Idee vecchie e nuove su Cels.- Ulp. 26 ad Ed. D.12,4,3,7*, in *BIDR*, 39, 1997, 3° ser. pp. 567 ss.; P. VOCI, «*Ars boni et aequi*», in *INDEX* 27, 1999, pp. 1 ss.; W. WALDSTEIN, *Aequitas und summum ius*, in *Tradition und Fortentwicklung im Recht, Festschrift für Ulrich von Lübtov*, 1991, pp. 23 ss.; A. ZAMBONI, *L'aequitas in Cicerone*, in *AG*, CLXX, 1966, pp. 167 ss. Per il concetto di «equità», si veda C. PERRIS, *Equità*, in *Nuovo Digesto Italiano*, V, Torino 1938, pp. 446 ss. Per il concetto di *Equity*, proprio della common law, si veda M. SARFATTI, *Equity*, in *Nuovo Digesto Italiano*, V, Torino 1938, pp. 450 ss.

<sup>134</sup> Si veda, al riguardo, P. PINNA PAPPAGLIA, *Ἐπιείκεια greca, aequitas romana e filosofia greca a Roma*, in *SDHI*, XL, 1974, pp. 415 ss.

<sup>135</sup> B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 29.

«correttivo del diritto positivo, come ispirazione legislativa e giurisprudenziale e inevitabile astrattezza della legge»<sup>136</sup>.

Solo con il costante utilizzo di questo parametro, le leggi ed il diritto stesso potrà essere improntato a quei *praecepta iuris* enunciati nel Digesto<sup>137</sup>: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Questi precetti trovano i loro antecedenti nelle enunciazioni di Cicerone e di Seneca. Per Cicerone, il diritto, cioè *quell'amplissima omnium artium bene vivendi disciplina*<sup>138</sup> aveva, quale principio ispiratore, *l'animi affectio suum cuique tribuens*<sup>139</sup>; e Seneca parlava di *suum cuique reddere*<sup>140</sup>. Precetti universali, eppure, al tempo stesso, non dogmi: non possono venir applicati aprioristicamente, sia per l'estrema ampiezza del loro significato, sia perché, affinché conducano al raggiungimento della *iustitia*<sup>141</sup>, devono essere modellati e adattati alle contingenze storiche, e dunque alla coscienza sociale

---

<sup>136</sup> B.BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 30.

<sup>137</sup> ULPIANO, *Libro primo regularum*, in D. 1.1.10.

<sup>138</sup> Cicerone, *Tuscul. Disput.*, 4.3.5.

<sup>139</sup> Cicerone, *De fin.*, 5.23.65

<sup>140</sup> Seneca, *De benef.*, 7.19. Si veda, in proposito, F. STELLA-MARANCA, *Seneca giureconsulto*, Roma 1966, p. 10.

<sup>141</sup> *Iustitia* che, per Cicerone, *De invent.*, 2.53.160, consiste *nell'habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem*.

del tempo<sup>142</sup>. E proprio a questo scopo sorge il canone interpretativo dell'*aequitas*.

*Aequitas* racchiude, al suo interno, una varietà di significati, volti ad indicare ciò che, secondo la coscienza sociale, propria di una determinata epoca, è ritenuto giusto per tutti, secondo i principi dell'uguaglianza<sup>143</sup>: *aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat*<sup>144</sup>.

Ed è con questo significato che il termine viene usato dai romani giureconsulti: ad esempio, il giurista Paolo richiama la *naturalis aequitas* «per significare che il diritto costituito non deve tollerare quel che ripugna alla coscienza universale; nella specie, che qualcuno tragga vantaggio dal proprio dolo»<sup>145</sup>: *ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit*<sup>146</sup>. Questo dimostra come, pur nella vastità del suo significato, *aequitas* è una nozione che trova ampia applicazione nelle contingenze pratiche del diritto, così come accade per il diritto naturale. Solo nell'epoca giustiniana,

---

<sup>142</sup> B.BIONDI, *Diritto romano cristiano*, cit., p. 2.

<sup>143</sup> S. RICCOBONO, *Aequitas*, in *Nuovo Digesto Italiano*, I, Torino 1937, p. 211.

<sup>144</sup> Cicerone, *Top.*, 23.

<sup>145</sup> S. RICCOBONO, *Aequitas*, cit., pp. 214.

<sup>146</sup> PAOLO, *Liber 71 ad edictum*, in D. 44.4.1.1.



l'*aequitas*, che continua ad equivalere al *ius*, sarà fortemente influenzata dalla dottrina cristiana<sup>147</sup>.

Il *ius naturale* non è, infatti, un'entità astratta, ma, per i giuristi classici, è sempre diritto positivo<sup>148</sup>.

Il rapporto fra la *natura* e il *ius* viene efficacemente espresso nella definizione del giurista Paolo, il quale afferma che il diritto naturale è quello che *semper aequum ac bonum est*, e che è immutabile, eterno, *divina quadam providentia constitutum*. Nonostante, dunque, talune teorie<sup>149</sup> individuino l'essenza della *natura* in una realtà esterna, seppur considerata dal mondo giuridico, nel suo rapporto col diritto essa non è cangiante e mutevole, ma esprime dei valori invariabili, intangibili ed immanenti<sup>150</sup>.

Rappresenta la realtà, non solo quella ispirata all'*utilitas*, ma quella che si conforma anche all'*aequitas*, che, nell'eterno pragmatismo dei romani, rappresenta una guida, ed il fine ultimo; come afferma Cicerone, *natura esse ius*<sup>151</sup>, e *ius in natura esse positum*<sup>152</sup>. Il concetto di *utilitas*, presente nei giuristi classici come in Cicerone, permea di sé tutto il diritto:

---

<sup>147</sup> S. RICCOBONO, *Aequitas*, cit., pp. 214.

<sup>148</sup> Diversamente dalla concezione giustiniana, secondo la quale il diritto naturale ha carattere teologico: B.BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 7.

<sup>149</sup> Si veda C.A.MASCHI, *Filosofia del diritto e diritto positivo*, p. 204.

<sup>150</sup> P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 18, 20, 254.; E. ALBERTARIO, *Sul concetto di ius naturale*, cit., pp. 168 ss.

<sup>151</sup> Cicerone, *De leg.*, 1.36.

*ius civile est aequitas constituta eis quis eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas; eius autem aequitatis utilis cognitio est; utilis ergo est iuris civilis scientia*<sup>153</sup>.

Il diritto deve avere dei necessari risvolti pratici, che, tuttavia, per essere conformi alla *iustitia* auspicata che ha come sostrato il diritto di natura, devono essere improntati all'*aequitas*<sup>154</sup>. Solo in tal modo si può raggiungere quella giustizia, che consiste nel «saggio coordinamento o subordinazione delle *utilitates* che vengono in considerazione»<sup>155</sup>. Nell'effettuare questa operazione ermeneutica, tuttavia, il legislatore, e di conseguenza, l'interprete, devono saper interpretare la coscienza sociale del tempo, sfrondandola di quelle che possono essere mere istanze egoistiche, ed individuando gli effettivi interessi da contemperare, e le relative necessità cui dar risposte concrete.

L'*aequitas* non è, soltanto, un concetto astratto, ma fortemente pragmatico: un passo ciceroniano<sup>156</sup> mostra come un'interpretazione del diritto

---

<sup>152</sup> Cicerone, *De leg.*, 1.34.

<sup>153</sup> Cicerone, *Top.* 9.

<sup>154</sup> M. VOIGT, *Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer*, cit., pp. 34 ss.

<sup>155</sup> B.BIONDI, *Diritto Romano Cristiano*, cit., p. 97.

<sup>156</sup> Cicerone, *De off.*, 1.33.

eccessivamente sottile possa condurre ad una applicazione ingiusta del diritto medesimo:

*existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud "summum ius summa iniuria" factum est iam tritum sermone proverbium.*

L'essenza dell'*aequitas* è ravvisabile in due elementi fondamentali, che si integrano e si compenetrano: il primo elemento attiene alla sua consonanza col diritto naturale, e ne evidenzia l'immanenza e l'eternità; il secondo elemento, che dal primo non può prescindere, concerne la sua applicazione eminentemente pratica<sup>157</sup>. Risulta emblematico, al riguardo, un brano ciceroniano<sup>158</sup>:

*cum autem de aequo et iniquo disseritur, aequitatis loci colligentur. Hi cernuntur bipertito, et natura et instituto. Natura partes habet duas, tributionem sui cuique et ulciscendi ius. Institutio autem aequitatis tripartita est: una pars legitima est, altera conveniens, tertia moris vetustate firmata. Atque etiam aequitas tripartita dicitur esse: una ad superos deos, altera ad manes, tertia ad homines pertinere. Prima pietas, secunda sanctitas, tertia iustitia aut aequitas nominatur.*

---

<sup>157</sup> B. RIPOSATI, *Una singolare nozione di aequitas in Cicerone*, cit., p. 450.

<sup>158</sup> Cicerone, *Top.*, 90.

In questo brano, Cicerone afferma che, nel dissertare dell'equo e dell'iniquo, si deve aver riguardo ai due elementi costitutivi dell'*aequitas*, la *natura* da un lato, e l'*insitutio*, o l'aspetto normativo, dall'altro. La *natura* si esplica in due principi fondamentali: attribuire a ciascuno il suo, e ristabilire la giustizia rimediando ai torti secondo diritto. L'aspetto istituzionale dell'equità consta, invece, di tre determinazioni: la prima attiene alla legittimità, si presuppone formale, di una norma; la seconda alla sua intrinseca opportunità; infine, la terza, riposa sulla attestata conformità della norma ai più antichi costumi, al *mos maiorum*. Il concetto di equità può, inoltre, abbracciare tre ambiti: il primo pertiene alla sfera divina, ed è nominato *pietas*; il secondo riguarda la sfera spirituale, cioè la *sanctitas*; il terzo, riguarda la sfera prettamente umana, ed è nominato *iustitia* o *aequitas* in senso lato.

Le funzioni del *ius* e dell'*aequitas* coincidono: garantire a tutti la stessa disciplina giuridica, adattarsi alle esigenze della vita scaturenti dalla comune coscienza sociale, e venire applicati indistintamente a tutti i casi consimili<sup>159</sup>. Lo storico Tacito definisce la *Lex XII tab.* come *finis aequi iuris*<sup>160</sup>, massima espressione di equità e diritto. Allo stesso modo, lo storico Tito Livio, nel narrare della richiesta delle plebe per la codificazione delle Dodici Tavole, afferma come questa fosse volta al fine di *iura aequasse*<sup>161</sup>, cioè conseguire

---

<sup>159</sup> S. RICCOBONO, *Aequitas*, cit., p. 211.

<sup>160</sup> Tacito, *Ann.*, 3.27.

<sup>161</sup> Tito Livio, 3.34.

l'uguaglianza del diritto. Cicerone, riferendosi al binomio *ius-aequitas*, pone in evidenza i due fondamentali caratteri del diritto, ossia la sua forza vincolante, e l'attuazione dell'uguaglianza<sup>162</sup>: *iuris iudicium cum erit et aequitatis*<sup>163</sup>.

Tuttavia, non sempre il *ius* risulta conforme all'*aequitas*. Talvolta, le norme giuridiche se ne discostano gravemente, e ciò per due ragioni: quando la norma diventa anacronistica e non più adatta a regolare i rapporti alla luce dei mutamenti verificatisi nella coscienza sociale; o a causa della inevitabile imperfezione della legge, la quale, per la sua astratta formulazione, non può comprendere tutti i possibili casi giuridici. In questi casi, l'*aequitas*, tramite la fondamentale attività dell'interprete, assurge ad indispensabile criterio di applicazione, interpretazione, o correzione del diritto, affinché quest'ultimo assolva le sue fondamentali funzioni di garante della *iustitia*.

Pertanto, emergono due funzioni precipue dell'*aequitas*: per utilizzare le parole di S. Riccobono, queste sono «di critica e di controllo del *ius*, per cui essa promuove l'adeguazione delle norme di diritto alle nuove esigenze della vita; quella correttiva del *ius* nella sua applicazione; quella integrativa, per via dell'interpretazione, che viene attuata dai giuristi e dai giudici»<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> S. RICCOBONO, *Aequitas*, cit., p. 211.

<sup>163</sup> Cicerone, *Pro Caec.*, 61.

<sup>164</sup> S. RICCOBONO, *Aequitas*, cit., p. 211.

Solo in questo modo la norma giuridica è sempre conforme al *bonum et aequum* che, secondo il giurista Celso, connotano il *ius*.

Il giurista Celso<sup>165</sup> definisce, infatti, il *ius* quale *ars boni et aequi*.

In questa definizione, il termine *ius* è stato interpretato in vario modo: come diritto oggettivo<sup>166</sup>; quale diritto scaturente dalla *iurisprudencia*<sup>167</sup>; infine, «in senso unitario e pregnante», è stato inteso quale «binomio diritto-scienza giuridica, nel quale si concreta e si risolve, in ultima analisi, l'intera esperienza giuridica romana»<sup>168</sup>: dunque, il vocabolo *ius* richiama due fondamentali momenti, quello della creazione del diritto e quello della sua applicazione, ed entrambi hanno, quale guida e paramento, l'*aequitas*<sup>169</sup>.

Il termine *ars* indica la ricerca costante<sup>170</sup>, con cui, mediante l'*interpretatio*, il diritto viene applicato: la produzione del diritto viene così

---

<sup>165</sup> Sul concetto di *aequitas* nel pensiero del giurista Celso, si veda M. TALAMANCA, *L'«aequitas naturalis» e Celso in Ulp. 26 Ad ed. D.12,4,3,7*, cit., pp. 1 ss, e ID, , *Idee vecchie e nuove su Cels.-Ulp. 26 Ad ed. D.12,4,3,7*, cit., pp. 567 ss.

<sup>166</sup> F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo I del Digesto*, cit., pp. 22 s.

<sup>167</sup> A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, cit., p. 17.

<sup>168</sup> P. CERAMI, *La concezione celsina del ius, presupposti culturali ed implicazioni metodologiche*, cit., p. 10.

<sup>169</sup> P. VOCI, «*Ars boni et aequi*», in *INDEX 27*, 1999, pp. 1 ss.

<sup>170</sup> P. CERAMI, *La concezione celsina del ius, presupposti culturali ed implicazioni metodologiche*, cit., p. 19.

attuata mediante l'attività interpretativa<sup>171</sup>; inoltre, ha il significato di *sistema di diritto*<sup>172</sup>.

Il *bonum* e l'*aequum* costituiscono, pertanto, non solo il precipuo carattere del *ius naturale*, ma l'intera sostanza<sup>173</sup>, il fine<sup>174</sup> e gli strumenti<sup>175</sup> del *ius*, laddove il giurista Celso afferma che il *ius* è l'arte del buono e dell'equo. I termini *bonum et aequum* possono, però, venire interpretati come un'endiadi, per indicare la *iustitia*<sup>176</sup>. Di conseguenza, l'*aequum* assurge ad "uguaglianza": rappresenta l'oggetto e il campo di azione del *ius*, il quale, tramite l'attuazione della uguaglianza, raggiunge il suo fine immediato, cioè la giustizia. Anche il termine *aequitas* richiama l'uguaglianza, mentre per designare l'equità viene utilizzato il vocabolo *aequalis*.

L'*aequitas* deriva dal termine *aequum*<sup>177</sup>, in quale indica ciò che è piatto, livellato, uniforme, uguale, come la superficie del mare (*aequor*), sulla

---

<sup>171</sup> F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo I del Digesto*, cit., p. 25.

<sup>172</sup> S. RICCOBONO, *Aequitas*, cit., p. 213.

<sup>173</sup> Così A. CARCATERRA, *L'analisi dello ius e della lex in elementi primi (Celso, Ulpiano, Modestino)*, in *SDHI* 46, 1980, p. 250.

<sup>174</sup> P. CERAMI, *La concezione celsina del ius, presupposti culturali ed implicazioni metodologiche*, cit., p. 20

<sup>175</sup> F. CASAVOLA, *I giuristi adrianei, con note di prosopografia e bibliografia, su giuristi del II sec. a.C.*, Napoli 1980, pp. 38 ss.

<sup>176</sup> B. BIONDI, *Scienza giuridica come arte del giusto*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche* 9, 1958, p. 150.

<sup>177</sup> A. ERNOUT- A.MEILLET, cit., p. 11.

quale nulla può ergersi troppo in alto. *Aequum* è ciò che vale allo stesso modo per tutti; una legge equa procura il bene di tutti i cittadini, una iniqua procura vantaggi solo ad alcuni<sup>178</sup>.

L'equità è intesa come l'adeguamento della previsione normativa alle peculiarità del caso concreto, rispetto alla fattispecie generale ed astratta, ed implica, inevitabilmente, l'esistenza dell'uguaglianza sostanziale, alla quale devono ispirarsi tutte le norme giuridiche<sup>179</sup>. In tal senso, Cicerone<sup>180</sup> afferma che *ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt* e che *ius enim semper est quaesitum aequabile; neque aliter esset ius*.

Ancora, afferma che il fine proprio del diritto consiste nel raggiungimento di un'uguaglianza sostanziale, sia nei rapporti, sia nelle liti fra i cittadini: *sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*<sup>181</sup>.

Pertanto, la locuzione *ius est ars boni et aequi* consiste nell'«arte di apprestare, nella produzione come nell'interpretazione e applicazione del diritto, la soluzione buona, alla stregua dei criteri enunciati del *bonum et*

---

<sup>178</sup> A. MASTROCINQUE, *Il giuramento sul Monte Sacro*, in *Diritto @ Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* 6, 2007, [http://www.dirittoestoria.it/6/Memorie/Tribunato\\_della\\_Plebe/Mastrocinque-Giuramento-Monte-Sacro.htm](http://www.dirittoestoria.it/6/Memorie/Tribunato_della_Plebe/Mastrocinque-Giuramento-Monte-Sacro.htm).

<sup>179</sup> F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo I del Digesto*, cit., p. 33.

<sup>180</sup> Cicerone, *Top.* 2.9.

<sup>181</sup> Cicerone, *De or.*, 1.188.



*aequum*, nel fondamentale rispetto dell'eguaglianza-*aequitas*»<sup>182</sup>, al fine di raggiungere la *iustitia*<sup>183</sup>. Emerge, così, la fondamentale funzione dell'*aequitas*: «cacciare dal bagaglio delle nozioni e della tecnica giuridica l'*aequitas* vuol dire rinchiudere il diritto e la scienza giuridica in una serie di sillogismi, che possono essere impeccabili, ma indifferenti al senso di giustizia, che costituisce tutta la sostanza ed il fine essenziale del diritto»<sup>184</sup>.

Le due definizioni su riportate si completano: la prima enuncia «la intrinseca perpetua aderenza del *ius naturale* all'equità»<sup>185</sup>; la seconda, asserisce, per questo, «la ragione della sua immutabilità, e la sua fonte divina»<sup>186</sup>.

Il diritto di natura è dunque un diritto non creato dall'uomo, ma da questo scaturente e riconosciuto: il giurista Gaio afferma che il diritto è costituito fra tutti gli uomini dalla ragione naturale, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*<sup>187</sup>.

---

<sup>182</sup> F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo I del Digesto*, cit., p. 36.

<sup>183</sup> B. BIONDI, *Scienza giuridica come arte del giusto*, cit., p. 150.

<sup>184</sup> B. BIONDI, *Diritto Romano Cristiano*, cit., p. 30.

<sup>185</sup> E. ALBERTARIO, *Sul concetto di ius naturale*, cit., p. 174.

<sup>186</sup> E. ALBERTARIO, *Sul concetto di ius naturale*, cit., p. 175. P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 21, rileva, in questa definizione giustiniana, «l'imperatore cristiano che parla».

<sup>187</sup> Gaio, *Inst.*, 1.1.

Un diritto nato con l'uomo medesimo, *nata lex*, a differenza del *ius civile*, che pure rappresenta «la naturale traduzione giuridica della realtà sociale»<sup>188</sup> e che è propriamente un prodotto dell'uomo, frutto di una libera scelta nella scala di valori ai quali si deve dar tutela, o, meglio, nella scala delle necessità, che, spesso, oltrepassando i valori stessi, cagiona una inevitabile imperfezione delle norme, ed una non costante conformità del diritto alla giustizia ed all'*aequitas*, a differenza di quanto avviene per le norme di diritto naturale.

Ecco allora che, se il diritto scaturisce dalla natura, ha come parametri quelli che dalla natura stessa derivano, eterni ed immutabili: *ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit*.

---

<sup>188</sup> C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, 4 ed. curata ed integrata da G. Grosso, Milano 1953, p. 22.

## CAPITOLO SECONDO

### *INTERPRETATIO IURIS*

## 1. INTERPRETATIO

Il diritto naturale è, di frequente, invocato dai giuristi classici a giustificazione o fondamento dei singoli istituti del *ius civile*, il quale consiste in *sola prudentium interpretatione*<sup>189</sup>.

Emerge, così, la fondamentale attività di formazione del diritto, l'*interpretatio*, che costituirà il paradigma di tutto il diritto romano, pervenuto fino all'attuale diritto positivo, di cui costituisce il fulcro.

Nella sua evoluzione storica, l'attività di *interpretatio* è stata compiuta da soggetti diversi, nonché, nel suo sviluppo, ha avuto differenti oggetti. Il diritto romano, in quanto sistema giuridico-religioso, era, come su riportato, formato da norme di diritto divino e di diritto umano. La prima forma di interpretazione si sviluppò, appunto, per le norme di diritto divino, che, intimamente connesse con la natura, dai fenomeni naturali venivano desunte.

## 2. INTERPRETATIO AB ORIGINE

Etimologicamente, la nozione di *interpres* sembra precedere quella di *interpretatio*<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> B. BIONDI, *La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana*, cit., p. 132.

<sup>190</sup> L. LANTELLA, *Dall'interpretatio iuris all'interpretazione della legge*, in *Normazione formazione e interpretazione del diritto, dall'età romana alle esperienze moderne, ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, III, Napoli 1997, pp. 559 ss.

*Interpres*, nel suo significato originario, significa “mediatore entro un processo di comunicazione”: dunque, l’*interpres* assurge a rivelatore del contenuto di un messaggio, in origine soprattutto di un messaggio divino<sup>191</sup>.

Il compito di comprendere la volontà divina e di stabilire quali attività fossero rispondenti al *fas* era devoluto ai collegi sacerdotali<sup>192</sup>.

L’interpretazione di ciò che fosse *nefas*, e di ciò che fosse *fas*, aveva il fine di assicurare la *pax deorum*<sup>193</sup>, cioè di non turbare quella condizione imprescindibile di benevolenza degli dèi nei confronti di Roma<sup>194</sup>; il timore di suscitare lo sfavore degli dèi induceva i romani ad interpretare ed a ricercare i segni naturali quali manifestazione della volontà divina<sup>195</sup>. Mantenere intatta

---

<sup>191</sup> L. LANTELLA, *Dall’interpretatio iuris all’interpretazione della legge*, cit., p. 560.

<sup>192</sup> Sul punto, vedi: J. BAYET, *La religione romana. Storia politica e psicologica*, trad. it. di G. Pasquinelli, Torino 1992, pp. 1 ss; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, cit., pp. 431ss.; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. di G. Nocera, Firenze 1968, pp. 20 ss.; F. SINI, *Documenti sacerdotali di Roma antica. I. Libri e commentarii*, Sassari 1983, p. 1 ss.; ID., *Sua cuique civitati religio. Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Torino 2001, pp. 1 ss.; Cicerone, *De dom.*, 107, afferma, rivolgendosi ai pontefici: *equidem sic accepi, pontifices, in religionibus suscipiendis caput esse interpretari quae voluntas deorum immortalium esse videatur; nec est ulla erga deos pietas nisi honesta de numine eorum ac mente opinio, cum expeti nihil ab his quod sit iniustum aut inhonestum arbitrare.*

<sup>193</sup> F. SINI, “*Fas et iura sinunt*”, cit., p. 18.

<sup>194</sup> Sulla *pax deorum* vedi: P. VOICI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, in *SDHI*, 19, 1953, pp. 49 ss.; F. SINI, *Sua cuique civitati religio. Religione e diritto pubblico in Roma antica*, cit., pp. 167 ss.; ID., *Diritto e pax deorum in Roma antica*, in *Diritto @ Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* 5 2006, <http://www.dirittoestoria.it/5/memorie/sini.diritto-pax-deorum.htm>.

<sup>195</sup> R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell’esperienza romano arcaica*, cit., p. 114.

la *pax deorum* aveva, dunque lo scopo di *rem publicam conservare*<sup>196</sup>, ed inoltre i romani si sentivano superiori a qualsiasi altro popolo, nella cura della *religio*<sup>197</sup>.

La fondazione dei collegi sacerdotali viene attribuita, dalla tradizione, a Numa Pompilio<sup>198</sup>.

Tutti i collegi sacerdotali, oltre ai compiti legati all'esecuzione delle cerimonie, svolgevano l'importante funzione di interpretazione del diritto religioso; ciascun collegio procedeva alla *intepretatio* nei propri ambiti di conoscenza e memorizzava il proprio sapere e la prassi nei relativi archivi.

---

<sup>196</sup> Cicerone, *De dom.*, 1. *cum multa divinitus, pontifices, a maioribus nostris inventa atque instituta sunt, tum nihil praeclarius quam quod eosdem et religionibus deorum immortalium et summae rei publicae praeesse voluerunt, ut amplissimi et clarissimi cives rem publicam bene gerendo religiones, religiones sapienter interpretando rem publicam conservare* Per l'analisi del passo, vedi F. SINI, *Diritto e pax deorum in Roma antica*, cit.

<sup>197</sup> H. WAGENVOORT, *Pietas. Selected studies in roman religion*, cit., p. 15, mostra le discussioni dottrinarie intorno all'etimologia del termine *religio*: taluni fanno derivare il termine da *re-ligare*, che significa "tenere unito, vincolare"; l'Autore, tuttavia, ritiene che *religio* derivi in realtà da *redigere*, inteso nel senso di "avvertire presagi, provare timore nei confronti degli dei". Secondo G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, cit., p. 128, «il latino non possiede alcuna parola per designare la religione. *Religio*, cerimonia, parola quest'ultima di origine oscura, non vi corrispondono. Il termine più generale è *colere deos*». A tal fine si deve ricordare la differenza che intercorre fra *religio* e *superstitio*, mostrata da F. SINI, *Sua cinque civitati religio*, cit., p. 60: «per i romani era *superstitio* ogni religione che implicasse un timore eccessivo degli dei, particolarmente pericolosa poi se il culto suscitava forti emozioni (*morbus animi*) [...] il termine *superstitio*, da un valore affine a *religio*, passa ad indicare con sempre maggior frequenza ogni *religio* ingiusta, cioè non riconosciuta e regolamentata dallo *ius divinum*».

<sup>198</sup> Tito Livio 1.20. Cfr. però P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, cit., p. 431, per il quale i collegi sacerdotali preesistevano alla monarchia stessa.

Il collegio sacerdotale che interpretava i fenomeni naturali era il collegio degli *augures*<sup>199</sup>. La loro attività si concentrava, in particolar modo, sul volo e sul canto degli uccelli. Questi segni venivano designati con il termine generico di *auspicium*<sup>200</sup>, composto di *aves* e *specio*, il quale era connotato da una forte accezione religiosa<sup>201</sup>: secondo quanto riportato da Varrone, *in auguriis etiam nunc augures dicunt aves specere*<sup>202</sup>.

In una fase più antica, tuttavia, la loro funzione precipua dovette essere quella di assicurare a persone, cose ed azioni la protezione di potenze superiori: questa funzione veniva racchiusa nel termine *augurium*. Cicerone<sup>203</sup>, nel narrare l'assunzione di Romolo fra gli dèi, afferma che gli *auspicia* vanno annoverati fra i *firmamenta rei publicae*.

Nella definizione di *auspicium*, data dal grammatico Servio, si apprende che *augurium est exquisita deorum voluntas per consultationem avium et signorum, quod tunc peti debet cum id quod animo agitamus per*

---

<sup>199</sup> Per un'ampia trattazione dell'argomento, vedi P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, Torino 1960, pp. 1 ss, e J. MARQUARDT, *Römische Staatsverwaltung*, III, 2 ed., New York, 1975, pp. 397 ss.

<sup>200</sup> P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, cit., p. 430.

<sup>201</sup> J. BAYET, *La religione romana. Storia politica e psicologica*, cit., p. 113.

<sup>202</sup> Varrone, *De ling. Lat.*, 6.82.

<sup>203</sup> Cicerone, *De re pub.* 2.17: *ac Romulus cum septem et triginta regnavisset annos, et haec egregia duo firmamenta rei publicae peperisset, auspicia et senatum, tantum est consecutus, ut cum subito sole obscurato non conparuisset, deorum in numero conlocatus putaretur; quam opinionem nemo umquam mortalis adsequi potuit sine eximia virtutis gloria.*

*augurium volumus impetratum*<sup>204</sup>: il grammatico spiega che l'*augurium* consiste nella ricerca della volontà degli dei (il verbo *exquiro*, da cui deriva il participio *exquisita*, implica la ricerca tramite una domanda), che avviene consultando gli uccelli ed i segni: ciò che si desidera sapere, *quod animo agitamus*, lo si apprende tramite l'*augurium*. La domanda rivolta dagli auguri, cioè la *precatio*, veniva posta agli dei attraverso l'espressione *si fas est*: il segno favorevole veniva così a *declarare* il permesso, il consenso, la liceità<sup>205</sup>. La manifestazione della volontà divina, e dunque della *interpretatio* sacerdotale, acquistava, in questo modo, un valore normativo.

Il termine *augur* è etimologicamente in diretto rapporto con un neutro *auges-augus* astratto che esprime l'idea di accrescimento, di rafforzamento, per cui *augurium* designa anche l'atto di accrescere e rafforzare<sup>206</sup>. Questo significato di "accrescere" è riportato anche nei Digesta di Giustiniano<sup>207</sup>: *Augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi*, che esprime «la prodigiosa e costante "crescita" del numero dei cittadini»<sup>208</sup>.

---

<sup>204</sup> Servio, *Ad Aen.*, 3.89.

<sup>205</sup> Sul punto, vedi P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, cit., pp. 335 ss.

<sup>206</sup> J. BAYET, *La religione romana. Storia politica e psicologica*, cit., pp. 111 ss.

<sup>207</sup> Pomponio, *Lib. sing. ench*, in D. 1.2.2.7.

<sup>208</sup> F. SINI, *Sua cuique civitati religio. Religione e diritto pubblico in Roma antica*, cit., p. 8; vedi anche la n. 17 per le «implicazioni giuridiche e politiche del concetto di *civitas augescens*».



Un altro collegio sacerdotale era costituito dai *decemviri sacris faciundis*<sup>209</sup>, divenuti poi *quindecimviri*<sup>210</sup>: essi avevano il compito di consultare i libri Sibillini in situazioni di emergenza. Questi libri erano costituiti da raccolte di oracoli e di prescrizioni volte a rimuovere l'effetto dei *prodigia*, ossia di quei fenomeni naturali straordinari inviati dalle divinità<sup>211</sup>.

Dalle fonti emerge come il collegio venisse interpellato, da parte della stessa *civitas*<sup>212</sup>, in caso di gravi *prodigia*; la richiesta era mirata ad ottenere una *interpretatio* dei libri sibillini da parte dei *decemviri*, che assumeva carattere di giuridicità; ciò emerge, soprattutto, dalla forma che delle loro dichiarazioni, come testimonia Tito Livio<sup>213</sup>: *responsa e decreta*.

---

<sup>209</sup> Cfr. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 20.

<sup>210</sup> J. BAYET, *La religione romana. Storia politica e psicologica*, cit., p. 113.

<sup>211</sup> N. TURCHI, *La religione di Roma antica*, Bologna 1939, p. 218.

<sup>212</sup> Vedi ad esempio, Tito Livio 40.19. 3-4: 3. *Pestilentia in agris forisque et conciliabulis et in urbe tanta erat ut Libitina fune<ribus> vix sufficeret*. 4. *His prodigiis cladibusque anxii, patres decreverunt ut et consules quibus dis videretur hostiis maioribus sacrificarent, et decemviri libros adirent*. 5. *Eorum decreto supplicatio circa omnia pulvinaria Romae in diem unum indicta est. Iisdem auctoribus et senatus censuit et consules edixerunt ut per totam Italiam triduum supplicatio et feriae essent*.

<sup>213</sup> Tito Livio 22.1.17: *Decemvirorum monitu decretum est, Iovi primum donum fulmen aureum pondo quinquaginta fieret, Iunoni Minervaeque ex argento dona darentur, et Iunoni reginae in Aventino Iunonique Sospitae Lanuvii maioribus hostiis sacrificaretur*; 31.12.10: *Ea uti fierent C. Aurelius consul ex decemvirorum responso curavit*; 38.44.7: *Supplicatio inde ex decemvirorum decreto pro valetudine populi per triduum fuit, quia gravis pestilentia urbem atque agros vastabat*.

Il compito di curare i rapporti internazionali era prerogativa di un altro collegio sacerdotale, quello dei *fetiales*<sup>214</sup>. L'etimologia del termine *fetiales* denota il significato di “porre”<sup>215</sup>: essi, infatti, “ponevano” le condizioni o i principii secondo i quali si dovevano regolare i rapporti internazionali, poiché possedevano la scienza e l'esperienze richieste per compiere rigorosamente le cerimonie necessarie<sup>216</sup>.

Fra i collegi sacerdotali, tuttavia, una posizione preminente viene assunta, fin dalle origini, dai *pontifices*, che godevano di un'elevata autorità in ogni campo della vita sociale, religiosa, giuridica della *civitas*, e che sovrintendevano il culto pubblico e privato, il culto dei morti, nonché le *procurationes prodigiorum*.

---

<sup>214</sup> Vedi: F. SINI, *Bellum, fas, nefas: aspetti religiosi e giuridici della guerra (e della pace) in Roma antica*, in *Diritto @ Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* 4, 2005, <http://www.dirittoestoria.it/4/Guerra-Pace-Diritto.htm>.

<sup>215</sup> Vedi, per l'etimologia: P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, cit., p. 473; G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, cit., p. 75; F. SINI, *Bellum, fas, nefas: aspetti religiosi e giuridici della guerra (e della pace) in Roma antica*, cit.

<sup>216</sup> G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, cit., p. 76.

3. INTERPRETANDI SCIENTIA ET ACTIONES APUD COLLEGIUM PONTIFICUM ERANT:  
LA GIURISPRUDENZA PONTIFICALE

I pontefici basavano la continuità di questa complessa azione sull'ininterrotta redazione di archivi dove si registravano formulari e rituali, *acta pontificum, commentarii*, e i fatti importanti dell'anno<sup>217</sup>.

Col pontificato, «la religione romana raggiunge il suo ordinamento in sistema e la sua stabile organizzazione»<sup>218</sup>.

Dal racconto di Tito Livio, sulla creazione del collegio da parte del re Numa Pompilio<sup>219</sup>, nel quale si offre un elenco delle funzioni pontificali, aperto dalle *hostiae*, si desume «la centralità dei sacrifici di esseri animati (*hostiae* o *victimae*) per le pratiche culturali dell'antica religione politeista romana (e dunque per la conservazione della *pax deorum*)»<sup>220</sup>.

Tuttavia, la funzione precipua del collegio dei *pontifices* consisteva nell'attività di *interpretatio*. Lo testimonia il giurista Pomponio, così come

---

<sup>217</sup> Vedi, al riguardo, F. SINI, *Documenti sacerdotali di Roma antica*, cit., 143 ss.

<sup>218</sup> G.B. PIGHI, *La religione romana*, Torino 1967, pp. 40 ss.

<sup>219</sup> Tito Livio 1.20. 5-7: *pontificem deinde Numam Marcium Marci filium ex patribus legit eique sacra omnia exscripta exsignataque attribuit, quibus hostiis, quibus diebus, ad quae templa sacra fierent, atque unde in eos sumptus pecunia erogaretur. Cetera quoque omnia publica privataque sacra pontificis scitis subiecit, ut esset quo consultum plebes veniret, ne quid divini iuris neglegendo patrios ritus peregrinosque adsciscendo turbaretur; nec caelestes modo caerimonias, sed iusta quoque funebria placandosque manes ut idem pontifex edoceret, quaeque prodigia fulminibus alloue quo visu missa susciperentur atque curarentur.*

<sup>220</sup> F. SINI, *Sua cuique civitati religio*, cit., p. 177.

riportato nei Digesta: la *interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificium erant*<sup>221</sup>.

Il fatto che l'*interpretatio* del *fas* e del *ius* fosse attribuita al collegio pontificale, testimonia ancora una volta le tesi del grande romanista R. Orestano, riguardo l'originaria fonte del *ius* e del *fas*. I due concetti, inizialmente, avevano i medesimi connotati religiosi, e la distinzione fra il *ius divinum* e il *ius humanum* si basava esclusivamente sull'oggetto curato dal relativo corpo di norme<sup>222</sup>.

I pontefici, in origine, erano esponenti dell'ordine patrizio: potevano perciò ricoprire al contempo la magistratura, nel qual caso si parlava di giurisprudenza di *honoratiores*<sup>223</sup>. La giurisprudenza del periodo arcaico, sia perché i pontefici appartenevano tutti alla medesima condizione sociale, sia perché l'interpretazione era data a nome dell'intero collegio pontificale, risultava, pertanto, particolarmente uniforme.

Per quel che concerneva la giurisprudenza di diritto sacro, le prescrizioni assumevano la struttura di regole generali, di istruzioni per il corretto compimento di atti sacri, di *formulae* orali da utilizzare nelle cerimonie.

---

<sup>221</sup> Pomponio, *Lib. sing. ench.*, in D. 1.2.2.6.

<sup>222</sup> R. ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, cit., p. 212; P. NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil*, Paris 1949, pp. 18 ss.

<sup>223</sup> F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 34.

Fra le varie interpretazioni di diritto sacro, una particolare importanza è assunta dai *responsa* e dai *decreta*: esse potevano essere “cautelari”, qualora l’opinione assumesse la natura di *parere* sull’azione da intraprendere; oppure potevano essere “giudiziali”, qualora venissero pronunciate intorno alla legittimità di un atto già compiuto.

La presenza del *pontifex* si rivelava necessaria per un privato che si accingeva al compimento di atti sacri, a causa dell’accentuato formalismo che caratterizzava il diritto romano.

Di regola, le dichiarazioni di diritto dei sacerdoti non erano mai motivate<sup>224</sup>, ma erano basate sull’autorità del pontefice<sup>225</sup>.

Tito Livio narra come il re Numa avesse sottoposto ai pareri del pontefice tutti i riti sacri; i cittadini avrebbero perciò potuto consultare i pontefici, al fine di non turbare il diritto divino trascurando riti patrii e peregrini: *cetera quoque omnia publica privataque sacra pontificis scitis subiecit, ut esset quo consultum plebes veniret, ne quid divini iuris neglegendo patrios ritus peregrinosque adsciscendo turbaretur*<sup>226</sup>.

---

<sup>224</sup> Vedi sul punto: F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza*, cit., p. 37; C.A. CANNATA, *La giurisprudenza romana e il passaggio dall’antichità al medioevo*, Torino 1976, p. 46.

<sup>225</sup> Cfr. C.A. CANNATA, *La giurisprudenza romana e il passaggio dall’antichità al medioevo*, cit., p. 51, il quale afferma che l’autorità che avevano i pontefici era dovuta, oltreché alla loro *prudentia*, in parte anche alla loro carica. Dopo quel fenomeno che prese il nome di “laicizzazione della giurisprudenza”, per cui con il tempo, gradualmente, che dovevano la loro autorità unicamente dalla propria *prudentia*, sulla loro perizia e sulla loro imparzialità.

<sup>226</sup> Tito Livio 1.20. 5-7. Vedi F. SINI, *Documenti sacerdotali di Roma antica*, I, *Libri e commentarii*, cit., p. 212.

Il carattere dei pareri pontificali, dal punto di vista giuridico, emerge, etimologicamente, dal vocabolo *scita: scitum*, che proviene dal verbo *sciscere*, assume la connotazione tanto di un'attività ricognitiva, quanto di un'attività deliberativa, onde il parere pontificale, ritenuto vincolante in se stesso, «risulta ufficiale ed autorevole anche quando esso non corrispondesse ad una semplice rivelazione delle conoscenze acquisite, ma altresì all'adozione di conoscenza ed esperienza per dare corpo ad una soluzione nuova»<sup>227</sup>.

Il sistema romano della metà del V secolo a.C. era di tipo consuetudinario, basato sui *mores*, la cui interpretazione ed elaborazione spettava appunto ai pontefici.

I pontefici operavano secondo linee interpretative certe, tanto nella determinazione delle regole consuetudinarie, quanto nella costruzione degli strumenti istituzionali per la loro applicazione pratica. Si è anche ipotizzato che, nei loro *commentaria*, i pontefici avessero redatto per iscritto le regole cui la loro *interpretatio* si era concretata<sup>228</sup>; ma l'accesso a tali *commentaria* era riservato ai pontefici stessi, e quindi a patrizi, e i plebei non vi erano ammessi.

---

<sup>227</sup> C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea, dalle origini all'opera di Labeone*, I, Torino 1997, p. 49.

<sup>228</sup> C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, cit., p. 104.

Solo con le XII Tavole<sup>229</sup>, invece, ciò che costituiva una regola nella *civitas* fu tradotto in legge scritta.

#### 4. INTERPRETATIO PRUDENTIUM: L'INTERPRETATIO NELLA DICOTOMIA LEX/IUS

Attraverso la pubblicazione del codice decemvirale, la legge fu conoscibile da chiunque, e quindi rappresentò un mezzo di controllo pubblico dell'attività dell'interprete: attraverso essa, veniva reso noto con certezza l'oggetto a cui l'interpretazione doveva applicarsi. Ciò comportò un fondamentale cambiamento: l'oggetto della *interpretatio* pontificale non fu più solo l'insieme dei *mores*, ma la legge scritta. È significativo, in proposito, quanto affermato dal giurista Pomponio<sup>230</sup>: *his legibus latis (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessariam esse disputationem fori*: quando furono redatte queste leggi, fu

---

<sup>229</sup> Tra le infinite opere dedicate alle XII Tavole vedi: G. BAVIERA, *Contributo critico alla storia della 'lex XII Tabularum'*, in *Studi in onore di S. Perozzi nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo 1925, pp. 1 ss.; P. DE FRANCISCI, *Legge delle XII tavole*, in *Enciclopedia giuridica Italiana*, IV, 6, Milano 1913, pp. 1 ss.; A. GUARINO, *Notazioni romanistiche*, VII, 1, *Il ius publicum e le XII Tabulae*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania* 4, 1949-50, pp. 206 ss.; M. HUMBERT, *Le dodici tavole, dai decemviri agli umanisti*, Pavia 2005, pp. 1 ss.; M. LAURIA, *Ius romanum*. I, Napoli 1963, pp. 21 ss.; G. NOCERA, *XII Tavole e laicizzazione del diritto*, in *Raccolta di scritti in memoria di R. Moschella Università degli Studi di Perugia. Annali della Facoltà di Giurisprudenza-Nuova serie- n. 8*, a cura di B. Carpino, Perugia 1985, pp. 403 ss.; S. RICCOBONO, *La lex XII tabularum*, in *Rivista di legislazione comparata* 1, 1904, pp. 5 ss.; R. WESTBROOK, *The Nature and Origins of the Twelve Tables*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 105, 1988, pp. 74 ss.

<sup>230</sup> Pomponio, *Lib. sing. ench.*, in D. 1.2.2.5.

necessaria la *disputatio fori*, poiché l'*interpretatio* doveva essere posta in essere dall'autorità dei *prudentes*.

All'interno della *disputatio fori*, la regola interpretativa assumeva un valore preciso: essa serviva non soltanto al fine di evitare un'applicazione inopportuna della norma, e al fine di adattare la norma al caso concreto, ma serviva anche e soprattutto qualora il caso concreto non apparisse contemplato dalle norme di legge.

La regola interpretativa si presentava come una norma, in quanto costruita sulla legge e poi applicata al caso: «essa rivelava e formulava un principio che la legge contiene, ma che non formula esplicitamente»<sup>231</sup>.

Il valore positivo della regola interpretativa si basava, perciò, su due autorità: quella della legge e quella dell'interprete. Ma, prima ancora che nella legge, lo *ius* si sostanzia nella *interpretatio*, la quale è «formazione autonoma, di *ius*, anzi, nei tempi più antichi, è unico *ius*; la *interpretatio* dunque non è solo metodo, è sostanza giuridica»<sup>232</sup>.

Il suo rapporto con la legge si sostanzia in questo modo: la legge trova la sua ragion d'essere nella sopravvenuta insufficienza della *interpretatio*, e sopravviene al fine di completarla. Non è l'interpretazione a presupporre la legge, ma è la legge medesima che suppone l'*interpretatio*, appunto perché

---

<sup>231</sup> C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, cit., p. 114.

<sup>232</sup> B. BIONDI, *Interpretatio prudentium e legislazione*, in *Scritti giuridici*, Milano 1965, p. 333.



questa è *ius*, e la legge non fa altro che completarla o modificarla, nei limiti in cui questa può effettivamente influire sul *ius*<sup>233</sup>.

Il passo di Pomponio prosegue<sup>234</sup>: *omnis tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoque anno praeesset privatis.*

Il giureconsulto spiega cioè come, sia la scienza dell'interpretare, sia le azioni poste a tutela di un diritto, fossero nell'ambito di competenza dei pontefici; all'interno del collegio si statuiva chi fosse preposto a rispondere alle domande poste dai privati.

Questo passo va letto contestualmente con un altro paragrafo, sempre dello stesso frammento, dell'*Enchiridion*: *est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*<sup>235</sup>.

Il diritto civile in senso proprio consisteva nella sola interpretazione giurisprudenziale.

## 5. CARATTERI DELL'INTERPRETATIO PRUDENTIUM

Intorno ai caratteri che presentava l'*interpretatio prudentium*, le tesi sono numerose, e non di rado contrastanti.

---

<sup>233</sup> B. BIONDI, *Interpretatio prudentium e legislazione*, cit., p. 334.

<sup>234</sup> Pomponio, *Lib. sing. ench.* in D. 1.2.2.6.

<sup>235</sup> Pomponio, *Lib. sing. ench.*, in D. 1.2.2.12.

Una prima teoria<sup>236</sup> individua la natura dell'interpretatio in un'attività principalmente, se non quasi unicamente, ricognitiva. Con le parole del romanista G. Grosso, «l'antica giurisprudenza pontificale, come poi quella laica, non crea formalmente la norma nel senso di un'autorità che la impone, ma è l'interprete, di una tradizione, che rivela la norma, la traduce in strumento adeguato, la applica nei casi concreti [...]; da un punto di vista formale, la giurisprudenza ha una funzione interpretativa, cioè ricognitiva, e non creativa, del *ius*, in quanto presuppone l'esistenza del *ius*, che è virtualmente completo».

I *prudentes* ricavano gli istituti fondamentali, che costituivano quasi le «cellule del diritto»<sup>237</sup>, come ad esempio *patria potestas*, *dominium*, *obligatio*, *successio*, *actio*, dalla forza viva della tradizione, viva com'era la realtà sociale a cui la formula, con cui i giuristi fissavano la tradizione stessa, voleva provvedere<sup>238</sup>.

Quei principi, che, quotidianamente, venivano applicati, in realtà erano intesi intuitivamente dalla forza della tradizione, la quale era poi avvertita come rispondente alla realtà della vita. Quando poi si parla di realtà, si deve

---

<sup>236</sup> G. GROSSO, *Storia del diritto romano*, 5<sup>a</sup> ed., Torino 1965, p. 124.

<sup>237</sup> B. BIONDI, *Questioni di metodo*, in *Scritti giuridici*, cit., p. 326.

<sup>238</sup> B. BIONDI, *Questioni di metodo*, in *Scritti giuridici*, cit., p. 325.

intendere quel complesso di «idee e di premesse» che costituiscono l'antica mentalità, dotata di una sua logica, contestualizzata e storicizzata<sup>239</sup>.

Il diritto, che veniva solidificandosi nei *mores*, trovava il suo intimo fondamento, pertanto, nella *natura* stessa delle cose<sup>240</sup>.

Tuttavia, come ha osservato il grande romanista B. Biondi, nell'*interpretatio prudentium* si rinviene un ulteriore carattere: essa non è soltanto intellettuale, ossia ricognitiva, bensì «evolutiva, poiché non è esclusivamente attitudine teoretica, ma pratica»<sup>241</sup>.

L'*interpretatio prudentium* procedeva da principi che nessuno aveva mai imposto, in quanto le nozioni giuridiche fondamentali, nelle quali si rinviene una formazione spontanea della vita sociale, rispecchiavano fedelmente la realtà delle cose; ma, così come la realtà è in continua evoluzione, allo stesso modo lo *ius civile*, inteso come *interpretatio*, pur procedendo dalle stesse basi, si dilatava gradatamente. La logica dei *prudentes* viene definita, da B. Biondi, come «geometrica»<sup>242</sup>, poiché le nozioni fondamentali, che rappresentano le cellule del *ius*, vengono pian piano a comporre il *ius* medesimo, il quale non può che rispecchiare l'essenza della cellula.

---

<sup>239</sup> B. BIONDI, *Questioni di metodo*, cit., p. 325.

<sup>240</sup> N. SCAPINI, *Il ius e le sue fonti*, Parma 1994, p. 30.

<sup>241</sup> B. BIONDI, *Questioni di metodo*, cit., p. 326.

<sup>242</sup> B. BIONDI, *Questioni di metodo*, cit., p. 327.

L'*interpretatio prudentium* presentava, pertanto, sia l'aspetto logico e speculativo, sia soprattutto l'aspetto pratico, che si otteneva proprio in via logica e che risultava volto a soddisfare i bisogni, sempre nuovi, della vita.

Solo attraverso l'*interpretatio*, la norma, implicita nel costume, diveniva vera e propria norma di diritto, cioè nel momento in cui veniva rivelata dall'interprete medesimo, la cui *interpretatio*, da un punto di vista formale, assumeva i caratteri di una creazione; creazione, però, intesa nel senso in cui possono creare gli uomini, che nulla possono fare *ex nihilo*<sup>243</sup>.

Come su riportato, il giurista Pomponio<sup>244</sup> afferma che *interpretandi scientia et actione apud collegium pontificum erant*. Se l'*interpretatio* è complemento naturale e necessario di ogni legge scritta, ecco in cosa si sostanzia la collaborazione dei pontefici: dare senso alle norme, concise, che essi stessi avevano compilato.

I Romani non hanno mai definito l'*interpretatio* e la *lex* in termini di opposizione o di conflitto, ma in termini di totale complementarità, poiché l'*interpretatio* partecipava alla stessa natura e alla medesima autorità della *lex*<sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> P. DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*, 3<sup>a</sup> ed., Roma 1965, p. 224.

<sup>244</sup> Pomponio, *Lib. sing. ench.*, in D. 1.2.2.6.

<sup>245</sup> M. HUMBERT, *Le dodici tavole, dai decemviri agli umanisti*, cit., p. 23.

L'interpretazione delle XII Tavole, così come dello *ius*, fu, per circa cento anni, monopolio dei pontefici<sup>246</sup>.

Come spiega Pomponio, nel suo *liber singularis enchiridii*, fino al V secolo a.C. la scienza dell'interpretazione e le azioni si trovavano nell'ambito di competenza del collegio dei pontefici; ogni anno veniva preposto un esponente del collegio al fine di rispondere alle questioni poste dai privati: questo fenomeno durò circa cento anni: *interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quo anno praeesset privatis. Et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est*<sup>247</sup>.

Nel prosieguo del frammento, Pomponio narra un episodio che, se ritenuto attendibile, indicherebbe l'inizio di quel fenomeno che, con terminologia moderna, è denominato "laicizzazione della giurisprudenza"<sup>248</sup>:

*postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba eius libertini filius subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo. Ut tribunus plebis fieret et senator et aedilis curulis. Hic liber, qui actiones continet, appellatur ius civile Flavianum, sicut ille ius*

---

<sup>246</sup> Cfr. S. TONDO, *Appunti sulla giurisprudenza pontificale*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano, dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, Atti del seminario, a cura di D. Mantovani, Torino 1996, pp. 1 ss.

<sup>247</sup> Pomponio, *Lib. sing. ench.*, in D. 1.2.2.6.

<sup>248</sup> C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea. I dalle origini a Labeone*, cit., p. 131.

*civile Papirianum: nam nec Gnaeus Flavius de suo quicquam adiecit libro*<sup>249</sup>.

Si narra che Gneo Flavio, figlio di un liberto e scriba di Appio Claudio, avesse diffuso, presso il popolo, il libro che conteneva una redazione in forma definitiva delle *actiones* effettuata dallo stesso *Claudius*. Pomponio parla in tal caso di un'azione surrettizia da parte dello scriba, il quale aveva *subreptum librum*; tale gesto pare gli valse delle cariche politiche: infatti, in seguito alla gratitudine del popolo, egli fu tribuno della plebe, senatore ed edile curule.

Un aspetto significativo della narrazione di Pomponio consiste nell'affermazione per cui il libro di *actiones* fu chiamato *ius civile Flavianum*, alla stregua dello *ius civile Papirianum*, di cui si narra in D. 1.2.2.7; eppure Gneo Flavio, come del resto Sesto (o Publio) Papirio, non aveva aggiunto un suo intervento personale all'opera.

---

<sup>249</sup> Pomponio, *Lib. sing. ench.*, in D. 1.2.2.7. Sostiene con forza la veridicità del racconto pomponiano F. D'IPPOLITO, *Sextus Aelius Catus*, in *Labeo* 17, 1971, pp. 270 ss.; ridimensiona, invece, l'importanza attribuita all'episodio in questione F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 26. Secondo l'autore, infatti, «la possibilità che Gneo Flavio pubblicasse il calendario e i formulari processuali è, certamente, incontestabile. Ma in ogni caso una tradizione che, sulla base di queste pubblicazioni, converte Gneo Flavio in una sorta di Prometeo democratico, denuncia un completo misconoscimento delle condizioni giuridiche del IV secolo. Il calendario non era un segreto; né lo erano i formulari processuali. [...] Se fossero stati dei segreti pontifici, né Appio Claudio né Gneo Flavio avrebbero potuto pubblicarli, per il motivo che nessuno dei due era membro del collegio. Ciò che è più importante, la mera pubblicazione dei formulari non avrebbe insegnato la tecnica giuridica a base della elaborazione. Così le pubblicazioni di Gneo Flavio non costituivano affatto una rottura con il passato e l'inizio di una nuova era». Per un'analisi approfondita sulla veridicità del brano, vedi C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, cit., pp. 130 ss.;

L'episodio viene, com'è stato affermato prima, considerato dalla dottrina come l'avvio del fenomeno denominato "laicizzazione della giurisprudenza".

Agli inizi del IV secolo a.C., la giurisprudenza dello *ius civile* non fu più gestita unicamente dal collegio pontificale, ma da cittadini che, presso il popolo, venivano considerati *maximi viri*, poiché professavano la *iuris civilis scientiam*. Fra questi si distinsero coloro che godevano della *maxima dignatio apud populum*, poiché solo da costoro *iura orta et tradita sunt*, ossia il diritto sorse e fu tramandato:

*iuris civilis scientiam plurimi et maximi viri professi sunt: sed qui eorum maximae dignationis apud populum fuerunt, eorum in praesentia mentio habenda est, ut appareat, a quibus et qualibus haec iura orta et tradita sunt*<sup>250</sup>.

Questi *plurimi et maximi viri* dovevano la loro autorità non più all'appartenenza (per altro ormai eventuale) al collegio dei pontefici, ma esclusivamente al loro prestigio, al loro nome, e alla loro persona<sup>251</sup>.

Il confronto fra giurisprudenza laica e pontificale non deve, tuttavia, essere inteso come un'opposizione che si venne a creare fra i pontefici, e i giuristi estranei al collegio: fra i giuristi "laici", infatti, molti ricoprirono il

---

<sup>250</sup> Pomponio, *Lib. sing. ench.*, in D. 1.2.2.35.

<sup>251</sup> C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, cit., p. 130.

pontificato. Questi ultimi, però, dovettero la loro autorità solo alla loro *prudentia*, e non invece alla carica di *pontifex*. Nel paragrafo 38, laddove si narra di Publio Mucio, si riporta come egli sia stato “anche” (*etiam*) *pontifex maximus*: *Publius autem Mucius etiam pontifex maximus*. Ciò indica che tale qualifica, in quel particolare momento storico, costituiva un *quid pluris*. Era un segno della laicizzazione del diritto, perché, se la *iuris civilis scientiam* parve così isolarsi dalle qualifiche soggettive di coloro che la praticarono, purtuttavia quell'*etiam* comporta comunque un collegamento sacrale con la *iurisprudencia*.

Nell'esposizione della sequenza dei giuristi, offerta dal lungo frammento dell'*Enchiridion* di Pomponio, una funzione particolare è assunta dal paragrafo 38. Il giurista, il quale fa iniziare il periodo della giurisprudenza laica con Appio Claudio e Gneo Flavio, incentra la propria esposizione su tre poli: il primo è rappresentato da Tiberio Coruncanio, *qui primus profiteri coepit*; il secondo è incentrato su *Publius Atilius*, il primo giurisperito chiamato “sapiente” dal popolo, e su due appartenenti alla famiglia degli *Aelii*: *Publius Aelius* e *Sextus Aelius*; il terzo è rappresentato dalla famiglia dei *Porcii*<sup>252</sup>

---

<sup>252</sup> Pomponio, *Lib. sing. ench.*, in D. 1.2.2.38: *post hos fuit Tiberius Coruncanius, ut dixi, qui primus profiteri coepit: cuius tamen scriptum nullum extat, sed responsa complura et memorabilia eius fuerunt; deinde Sextus Aelius et frater eius Publius Aelius et Publius Atilius maximam scientia in profitendo habuerunt, ut duo Aelii etiam consules fuerint, Atilius autem primus a populo Sapiens appellatus est.*



Uno degli appartenenti agli *Aelii*, in particolare *Sextus Aelius*, merita un «momento di riflessione obbligata»<sup>253</sup> poiché il personaggio pare porsi, ancor più di Gneo Flavio, «come la cerniera che divide il passaggio dalla giurisprudenza pontificale a quella laica»<sup>254</sup>.

## 6. SESTO ELIO PETO CATO: NASCITA DELLA LETTERATURA SCIENTIFICA

Con Sesto Elio, la giurisprudenza romana «emerge al livello delle individualità dei *prudentes*»<sup>255</sup>, poiché in questo periodo si «organizza a scienza»<sup>256</sup>.

La differenza fra Sesto Elio e i giuristi che lo precedettero si evince dalla narrazione pomponiana: nel paragrafo 35 si afferma la *iuris civilis scientia* fu professata da *plurimi et maximi viri*, i quali *iure reddebant*, ed è significativo come il verbo *reddeo* significhi “tradurre, ripetere, rispecchiare”. Inoltre, Pomponio pone l’accento su coloro che *maximae dignationis fuerunt*, poiché solo da costoro *iura orta et tradita sunt*: *orta* deriva da *orior*, che

---

<sup>253</sup> F. D’IPPOLITO, *Sestus Aelius Catus*, cit., p. 271.

<sup>254</sup> F. D’IPPOLITO, *Sestus Aelius Catus*, cit., p. 272.

<sup>255</sup> M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in *Società romana e produzione schiavistica, Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, a cura di A. Giardina e A. Schiavone, Bari 1981, p. 15.

<sup>256</sup> M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, cit., p. 16. Per quel che concerne la nascita della letteratura giuridica romana, vedi anche A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994, pp. 33 ss.

significa “discendere, aver principio”. La differenza fra la prima categoria di giuristi e la seconda emerge così dai predicati verbali: i *plurimi et maximi viri iura reddebant*, cioè portavano a termine operazioni meramente compilative; Sesto Papirio aveva messo insieme, in unità, leggi regie approvate senza ordine<sup>257</sup>, e Pomponio si preoccupa di precisare che questo libro venne chiamato così non perché Papirio vi avesse aggiunto qualcosa di suo, ma solo perché fu lui a compilarlo. La stessa cosa viene precisata per quel che concerne Gneo Flavio e il *ius Flavianum: nec Gnaeus Flavius de suo quicquam adiecit libro*<sup>258</sup>. Invece, il diritto è fondato, *orta*, e tramandato, *tradita*, da coloro che godevano della *maxima dignatio*. Il *ius* non viene più, solo, *redditum*, bensì *fundatum: fundo* significa “gettare le fondamenta, consolidare, assicurare la durata”. Il verbo è attribuito ai giuristi *qui fundaverunt ius civile: post hoc fuerunt Publius Mucius et Brutus et Manilius, qui fundaverunt ius civile*<sup>259</sup>. Da questo momento, l'impronta interpretativa non consistette più in una mera *compilatio*, ma in un'elaborazione ad un tempo ricognitiva e creativa.

Tutto ciò potrebbe indurre a ritenere che l'*interpretatio* del *ius civile*, che aveva come fine la compilazione scritta, consistesse, prima della cosiddetta

---

<sup>257</sup> Pomponio, *Lib. sing. ench.*, in D. 1.2.2.2: ... *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.*

<sup>258</sup> Pomponio, *Lib. sing. ench.*, in D. 1.2.2.7.

<sup>259</sup> Pomponio, *Lib. sing. ench.*, in D. 1.2.2.39.

laicizzazione della giurisprudenza, in operazioni riproduttive di quel diritto *quod, sine scripto, in sola prudentium interpretatione constitit*<sup>260</sup>, non scritto e che consisteva nella sola interpretazione dei *prudentes*.

Viceversa, nella sua applicazione pratica, l'*interpretatio prudentium* si presentava come «evolutiva»<sup>261</sup>, e non meramente ricognitiva, proprio al fine di tutelare nuove esigenze socio-giuridiche poste all'attenzione dei giuristi.

Nel momento in cui lo *ius civile* veniva posto per iscritto, l'operazione si riduceva ad una mera compilazione di un diritto, il quale si riteneva fosse già *compositum a prudentibus*<sup>262</sup>.

I *plurimi et maximi viri* sembrano assumere, in questo contesto, i connotati di “intermediatori” fra la *lex* e il *populum*: coloro dai quali *iura orta et tradita sunt* erano investiti della *maximae dignationis*, che sembra costituire una sorta di qualifica onorifica, espressione della gratitudine del popolo, di cui ne è l'esempio Gneo Flavio.

Sesto Elio<sup>263</sup>, invece, costituisce la figura emblematica di un cambiamento, avvertito come fondamentale nello sviluppo del diritto, atteso che la sua opera, i *Tripertita*, vengono definiti la *cunabula iuris*. Egli

---

<sup>260</sup> Pomponio, *Lib. sing. ench.*, in D. 1.2.2.12.

<sup>261</sup> B. BIONDI, *Questioni di metodo*, in *Scritti giuridici*, cit., p. 326.

<sup>262</sup> Pomponio, *Lib. sing. ench.*, in D. 1.2.2.5.

<sup>263</sup> Vedi F. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città, ricerche sulla giurisprudenza romana della repubblica*, Napoli 1978, pp. 53 ss.

apparteneva alla importante famiglia plebea degli *Aelii*<sup>264</sup>. Suo padre, Quinto Elio Peto, era stato *pontifex maximus*. Il fratello, Publio Elio Peto, ricoprì la carica di *augur* nel 208 a.C., l'edilità curule nel 204, e la pretura nel 203, nel 202 fu *magister equitum*, e nel 201 fu console con Cornelio Lentulo. In seguito, egli fu uno dei decemviri addetti alle assegnazioni delle terre ai veterani di Scipione l'Africano.

La carriera di Sesto Elio fu altrettanto fortunata<sup>265</sup>: il giurista ricoprì l'edilità curule<sup>266</sup>, il triumvirato per la *deductio* della colonia Narnia<sup>267</sup>, fu *conlega* di T. Quintio Flaminio<sup>268</sup>, e fu censore nel 194, con C. Cornelio Cethego<sup>269</sup>.

---

<sup>264</sup> F. D'IPPOLITO, *Sestus Aelius Catus*, cit., p. 272; C.A. Cannata, *Per una storia della scienza giuridica europea*, cit., p. 131.

<sup>265</sup> Per ampi riferimenti sulla carriera di Sesto Elio, vedi F. D'IPPOLITO, *Sestus Aelius Catus*, cit., pp. 274 ss.

<sup>266</sup> Tito Livio 31.50.1: *Annona quoque eo anno pervilis fuit; frumenti vim magnam ex Africa advectam aediles curules M. Claudius Marcellus et Sex. Aelius Paetus binis aeris in modios populo diviserunt.*

<sup>267</sup> Tito Livio 32.2.7: *Et Narniensium legatis querentibus ad numerum sibi colonos non esse et immixtos quosdam non sui generis pro colonis se gerere, earum rerum causa tres viros creare L. Cornelius consul iussus. Creati P. Et Sex. Aelii -- Paetis fuit ambobus cognomen -- et Cn. Cornelius Lentulus. Quod Narniensibus datum erat, ut colonorum numerus augetur, id Cosani petentes non impetraverunt.*

<sup>268</sup> Tito Livio 32.7.12: *Creati consules Sex. Aelius Paetus et T. Quinctius Flamininus.*

<sup>269</sup> Tito Livio 35.9.1: *Censores erant priore anno creati Sex. Aelius Paetus et C. Cornelius Cethegus.*

Per riuscire ad aprire «uno spiraglio sul mondo culturale del giurista»<sup>270</sup>, si richiama un frammento degli *Annales* di Ennio: I. *Bellum Macedonicum. Insece Musa manu Romanorum induperator. Quod quisque in bello gessit cum rege Philippo. Egregie cordatus homo catus Aelius Sextus*<sup>271</sup>.

La locuzione *egregie cordatus* sembra designare la «grande umanità»<sup>272</sup> del giurista, mentre il termine *catus* si vuole indicare il suo acume.

Pomponio stesso, nel paragrafo 38, ricorda la citazione enniana riferita a Sesto Elio: *Sextum Aelium etiam Ennius laudavit et extat illius liber qui inscribitur “tripertita” qui liber veluti cunabula iuris continet ...*<sup>273</sup>

Pomponio avvertiva l'importanza di affiancare, al nome del giurista, quello del poeta, poiché ciò «sta ad indicare la consapevolezza di Pomponio [...] della collocazione di Sesto Elio in un determinato ambiente politico e culturale»<sup>274</sup>.

Nel Digesto, Sesto Elio è citato in due frammenti, entrambi estratti dal *liber singularis enchiridion* di Pomponio.

---

<sup>270</sup> F. D'IPPOLITO, *Sestus Aelius Catus*, cit., p. 277.

<sup>271</sup> Ennio, *Ann.* 10.1.

<sup>272</sup> F. D'IPPOLITO, *Sestus Aelius Catus*, cit., p. 277: l'Autore, per avvalorare la sua tesi, osserva come anche Cicerone, in *Tusc.*, 1.18, riproponga il verso enniano dandone un'implicita interpretazione di grande umanità del giurista: *Aliis cor ipsum animus videtur, ex quo excordes, vecordes concordesque dicuntur et Nasica ille prudens bis consul “Corculum” et “egregie cordatus homo, catus Aelius Sextus.*

<sup>273</sup> Pomponio, *Lib. sing. ench.* in D. 1.2.2.38.

<sup>274</sup> F. D'IPPOLITO, *Sestus Aelius Catus*, cit., p. 282.

La prima citazione si trova in D. 1.2.2.7: *postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba eius libertini filius subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret et senator et aedilis curulis. Hic lber, qui actiones continet, appellatur ius civile Flavianum, sicut ille ius civile Papirianum: nam nec Gnaeus Flavius de suo quicquam adiecit libro. Augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur ius Aelianum.*

La seconda, invece, si rinviene in D. 1.2.2.38: *... deinde Sextus Aelius et frater eius Publius Aelius et Publius Atilius maximam scientiam in profitendo habuerunt, ut duo Aelii etiam consules fuerint, Atilius autem primus a populo Sapiens appellatus est. Sextum Aelium etiam Ennius laudavit et exstat illius liber qui inscribitur 'tripertita', qui liber veluti cunabula iuris continet: tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio. Eiusdem esse tres alii libri referuntur, quos tamen quidam negant eiusdem esse: hos sectatus ad aliqui est Cato...*

Nel primo passo, la frase *Augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit* significa che Sesto Elio, avendo constatato che l'insieme delle azioni racchiuse nello *ius Flavianum* «era diventato

lacunoso rispetto ai bisogni pratici»<sup>275</sup>, provvede ad una nuova raccolta di *actiones* che rispecchiasse tuttavia il patrimonio già esistente.

Da questa testimonianza, si evince che «il giurista ebbe un ruolo particolarmente significativo nella elaborazione di nuovi *genera agendi*, con una produzione letteraria destinata alla pubblicazione»<sup>276</sup>. Infatti, agli inizi dell'attività letteraria della giurisprudenza romana, «i *genera* della produzione dei giuristi presentano qualche aspetto caratteristico, che tradisce immediatamente una connessione con la circostanza che questa attività è alle sue origini. Fra questi aspetti [...] è particolarmente caratteristico quello della tendenza, da parte dei giuristi, a dedicarsi a raccolte di formulari»<sup>277</sup>. Lo *ius Aelianum* quindi consisteva in una collezione di *formulae* più completa, rispetto a quella pubblicata da Gneo Flavio<sup>278</sup>.

Nel secondo frammento, invece, si parla dei su menzionati *Tripertita*: questo sembrerebbe il titolo (*qui inscribitur*, afferma Pomponio) dell'opera che veniva comunemente chiamata (*qui appellatur*) *ius Aelianum*, secondo quanto emerge dalla lettura contestuale dei due frammenti<sup>279</sup>. Nei *Tripertita*

---

<sup>275</sup> C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, cit., pp. 153-154, nt 167.

<sup>276</sup> F. SINI, *A quibus iura civibus praescribebantur. Ricerche sui giuristi del III secolo a.C.*, Torino 1995, p. 134.

<sup>277</sup> M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, cit., p. 17.

<sup>278</sup> F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 68.

<sup>279</sup> C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, cit., p. 152.

appare meglio specificata la struttura dello *ius Aelianum*<sup>280</sup>, rispetto al quale però i *Tripertita* presentano ulteriori elementi<sup>281</sup>.

Pomponio, descrivendo la struttura dei *Tripertita*, spiega che essi contenevano i *cunabula iuris*: *tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio*.

L'opera si articolava in tre parti che contenevano le XII Tavole, l'*interpretatio* e le *legis actiones*<sup>282</sup>. L'espressione *cunabula iuris* è stato tradotto come «gli elementi primi del diritto»<sup>283</sup>, cioè il complesso dei materiali la cui conoscenza costituiva allora il «punto di partenza per ogni attività sul diritto»<sup>284</sup>.

---

<sup>280</sup> F. SINI, *A quibus iura civibus praescribentur. Ricerche sui giuristi del III secolo a.C.*, cit., p. 135.

<sup>281</sup> Sul punto vedi: F. SHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 689; C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, cit., p. 152. In dottrina sono stati sollevati numerosi dubbi sulla corrispondenza dello *ius Aelianum* ai *Tripertita*, dubbi che hanno investito anche la equivalenza del Gneo Flavio citato in D. 1.2.2.7 con Gneo Flavio presente in D. 1.2.2.38: per tutti, vedi A. WATSON, «*Ius Aelianum*» and «*Tripertita*», in *Labeo* 19, 1973, pp. 26 ss., il quale ipotizza che si tratti di due giuristi diversi: «the suggestion is, therefore, that the Sextus Aelius who compiled the *ius Aelianum* is not the same personage as Sextus Aelius who wrote the *Tripertita*» (p. 29).

<sup>282</sup> Si veda M. BRETONE, *Sesto Elio e le XII Tavole*, in *Per la storia del pensiero giuridico Romano, dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, Atti del seminario di San Marino, 7-9 gennaio 1993, a cura di D. Mantovani, Torino 1993, p. 17.

<sup>283</sup> F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 64; C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, cit., p. 153.

<sup>284</sup> C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, cit., p. 153.



L'attività del giurista «si esplicava a tutto campo sulle XII Tavole»<sup>285</sup>, e «evidentemente ogni paragrafo delle XII Tavole era seguito dalla sua interpretazione e quindi dalla formula relativa, qualora vi fosse»<sup>286</sup>.

Inoltre, la locuzione *cunabula iuris* ha in sé un ulteriore significato: «dire, come fa Pomponio, che l'opera eliana conteneva i *cunabula iuris* [...] significa trascendere il momento tecnico e dar rilievo alla prospettiva culturale e politica di quella attività scientifica; *cunabula iuris* erano le basi del diritto»<sup>287</sup>.

Dell'opera di Sesto Elio non ci restano che pochissime testimonianze<sup>288</sup>. Un frammento, in particolare, che riporta la riflessione del

---

<sup>285</sup> F. SINI, *A quibus iura civibus praescribentur. Ricerche sui giuristi del III secolo a.C.*, cit., p. 152.

<sup>286</sup> F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 69.

<sup>287</sup> F. D'IPPOLITO, *Sestus Aelius Catus*, cit., p. 282.

<sup>288</sup> Per un'approfondita analisi sugli unici frammenti a noi pervenuti dell'opera di Sesto Elio Peto, vedi F. SINI, *A quibus iura civibus praescribentur. Ricerche sui giuristi del III secolo a.C.*, cit., pp. 131 ss. Si tratta solo di cinque frammenti: 1) *Cato Aelio placuisse, non quae esui potui forent, sed tus quoque et ceteros in penu esse, quod esset eius ferme rei causa comparatum* (Gellio, *noct. Att.* 4.1.20); 2) *Sextus autem [C]ae[ci]lius etiam tus et cereos in domesticum usum paratos contineri legato scribit* (D. 33.9.3.9); 3) *Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate, posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt* (D. 19.1.38.1); 4) *Inluseras heri inter scyphos. Quod dixeram controversiam esse, possetne heres, quod furtum antea factum esset, furti recte agere. Itaque etsi domum bene potus seroque redieram, tamen id caput, ubi haec controversia st, notavi et descriptum tibi misi, ut scires id, quod tu neminem sensisse dicebas, Sex. Aelium, M'. Manilium, M. Brutum sensisse* (Cicerone, *ad fam.* 7.22); 5) *mulieres genas ne radunto neve lessum funeris ergo habento. Hoc veteres interpretes Sex. Aelius, L. Acilius non satis se intellegere deixerunt, sed suspicari vestimenti aliquod genus funebris* (Cicerone, *De leg.* 2.59).

giurista intorno al significato da dare alla parola *lessum* presente nei versi delle XII Tavole, «offre un saggio di *interpretatio* eliana, dove l'analisi linguistica del documento arcaico non si risolve in pura erudizione, ma persegue lo scopo di rendere anzitutto comprensibile il dettato decemvirale»<sup>289</sup>. Sulla base di ciò, «non è dunque azzardato affermare che per Sesto Elio Peto le XII Tavole furono la principale fonte del suo sapere giuridico e, al tempo stesso, l'oggetto della sua indagine giuridica»<sup>290</sup>.

L'attività di *interpretatio*, costitutiva del *ius civile*, compiuta dai pontefici prima, e dai giureconsulti laici poi, viene affiancata, nella formazione di quel diritto che troverà la sua massima espressione nell'epoca classica, dall'attività di *iurisdictio* propria del *praetor*<sup>291</sup>.

## 7. LA *IURISDICTIO* DEL PRETORE E L'INTERPRETATIONE EQUITATIVA

Nell'attività<sup>292</sup> di *iurisdictio*<sup>293</sup> del pretore, l'*aequitas* assurge a fulcro e fine dell'amministrazione della giustizia<sup>294</sup>: è il pretore che, nella sua attività

---

<sup>289</sup> F. SINI, *A quibus iura civibus praescribentur. Ricerche sui giuristi del III secolo a.C.*, cit., p. 148.

<sup>290</sup> F. SINI, *A quibus iura civibus praescribentur. Ricerche sui giuristi del III secolo a.C.*, cit., p. 152.

<sup>291</sup> M. SARGENTI, *Riflessioni sull'attribuzione dei poteri giurisdizionali a Roma nel passaggio dalla monarchia alla repubblica*, in *Studi Donatuti*, cit., pp. 1157 ss.

<sup>292</sup> F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in *SDHI*, 1996 LXII, pp. 1 ss.

volta *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi ius civile gratia propter utilitatem publicam*<sup>295</sup>, applica l'*aequitas*, adatta la norma al caso concreto, e attua la *iustitia*, quella *iustitia* intesa quale *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, costante e perpetua volontà di attribuire a ciascuno il suo. L'*aequitas* manifesta il suo profilo «dinamico»<sup>296</sup>: non mera astrazione, ma «principio esistenziale»<sup>297</sup>.

I romani avvertivano la necessità che il *ius* rappresentasse la «naturale traduzione giuridica della realtà sociale»<sup>298</sup>.

Giammai il pretore può abolire una norma di *ius civile*, né, tantomeno, creare un nuovo diritto; però, egli può evitare che il *ius civile*, quando si riveli inadatto nel caso concreto, spieghi i suoi effetti, e può fare ciò con i più vari

---

<sup>293</sup> Si veda, in proposito, E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, in *Studi Chiovena*, Padova 1927, pp. 100 ss.

<sup>294</sup> R. MARTINI, «Aequitas» nell'editto del pretore, *Apollinaris* 1990, 63 (1-2), pp. 241 ss.; A. CENDERELLI, B. BISCOTTI, *Produzione e scienza del diritto: storia di un metodo*, Torino 2005, pp. 218 ss.

<sup>295</sup> Papiniano, *Libro secundo definitionum*, in D. 1.1.7.

<sup>296</sup> C.A. MASCHI, *Filosofia del diritto e diritto positivo*, cit., p. 714.

<sup>297</sup> C.A. MASCHI, *Filosofia del diritto e diritto positivo*, cit., p. 714.

<sup>298</sup> C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, cit., p. 22.

mezzi che sono in suo potere<sup>299</sup>. L' *aequitas* giunge, così, ad una più ampia concezione: consente che, attraverso essa, si superi il diritto stesso<sup>300</sup>.

Cicerone, nel contrasto fra *ius* ed *aequitas*, parla addirittura di *pro aequitate contra ius*<sup>301</sup>.

Il pretore, in forza del suo *imperium* e della *iurisdictio*, attenua e corregge le incongruenze del *ius civile*<sup>302</sup> proprio mediante l'*aequitas*<sup>303</sup>. Come afferma efficacemente B. Biondi, «il diritto pretorio, anche per il modo in cui si è formato, a differenza del *ius civile*, non è un sistema logico ed organico giacchè, fondato sulla volontà del pretore, non ha altra direttiva che quella di soddisfare le esigenze della vita, che non sempre si sviluppano secondo una linea logica»<sup>304</sup>.

---

<sup>299</sup> A. GUARINO, *Actiones in aequum conceptae*, in *Labeo* 1962, VIII, pp. 7 ss.

<sup>300</sup> A. CARCATERRA, *Il coefficiente*, in *SDHI*, 56, 1990, p. 147, in commento al passo di Paolo, *15 quaest.*, in D. 50. 17. 90: *in omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est*.

<sup>301</sup> Cicerone, *De or.*, 1.56.240.

<sup>302</sup> Si veda E. BETTI, *Ius civile ius honorarium*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, pubblicati in occasione della sua beatificazione, Milano 1946, pp. 597 ss.; F. GALLO, *Aspetti peculiari e qualificanti della produzione del diritto nell'esperienza giuridica romana*, in *IVRA*, 2003 LIV, pp. 1 ss. G. GROSSO, *Riflessioni su ius civile, ius gentium, ius honorarium nella dialettica fra tecnicismo-tradizionalismo giuridico e adeguazione allo sviluppo economico e sociale in Roma*, in *Studi Donatuti*, pp. 439 ss; F. LA ROSA, *Il formalismo del pretore: «constituta» e «recepta»*, in *LABEO*, 43,(2), 1997, pp. 202 ss.

<sup>303</sup> A. IACCARINO, *L'equità come schema interpretativo dell'esperienza giuridica: dal Diritto Romano un rimedio ai problemi della complessità del reale*, *Apollinaris* 79 (3-4), 2006, pp. 621 ss.

<sup>304</sup> B. BIONDI, *Il diritto romano*, cit., p. 142.

Emerge, così, la funzione fondamentale della *iurisprudentia*, cioè l'*interpretatio*, elemento che perdurerà nei secoli, nonostante i profondi cambiamenti cui andrà incontro e le differenze che connoteranno il suo oggetto.

La definizione di *iurisprudentia*<sup>305</sup> è data da Ulpiano<sup>306</sup> per il quale *est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. La definizione di *iurisprudentia* racchiude al suo interno l'origine dello *ius*, i suoi rapporti con il *fas*, la *prudentia* di coloro che, attraverso la chiave della *interpretatio*, composero lo *ius civile*, ed il fine ultimo della *iurisprudentia*: stabilire cosa è giusto e cosa non lo è, dunque raggiungere la *iustitia*.

In questa definizione la *iurisprudentia* viene articolata sia nella *notitia* delle cose divine e umane, sia nella *scientia iusti atque iniusti*. I vocaboli che reggono la duplice enunciazione, *notitia* e *scientia*, assumono accezioni differenti; mentre *notitia* indica la percezione esterna delle cose, la *scientia* è «conoscenza intima, comprensione certa e profonda»<sup>307</sup>.

---

<sup>305</sup> S. RICCOBONO, *Jurisprudentia*, in *Nuovo Digesto Italiano*, VII, Torino 1938, pp. 477 ss.

<sup>306</sup> Ulpiano, *Libro Primo Regularum*, in D. 1.1.10.2. Intorno alla attribuzione ulpiana del passo, F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, cit., p. 24, sostiene che il passo, almeno nella sua attuale formulazione, non è di Ulpiano, perché non è verosimile che un giurista classico abbia fornito una definizione di *iurisprudentia*.

<sup>307</sup> D. DALLA, *Scientia e notitia nella definizione di iurisprudentia (D.1.1.10.2)*, in *Normazione e interpretazione del diritto, dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, I, Napoli 1997, p. 159.

La conoscenza delle cose umane e divine si rivela come «strumentale»<sup>308</sup> alla *scientia iusti atque iniusti*. Nella *Glossa notitia* a D.1.1.10.2, in particolare, il termine *notitia* sembra essere un ablativo di causa, che ha la funzione di servire la *scientia*: *ita illa dictio scientia est ablativi casus, vel contra sit nominativi, et haec notitia sit ablativi*<sup>309</sup>.

La prima parte della definizione ulpiana richiama il concetto di *ius divinum*, e dunque di *fas*, parte essenziale dell'esperienza giuridica romana. La *prudentia* abbraccia conoscenza e azione, e, in virtù della *pietas* che i Romani nutrivano verso gli dei, non poteva non avere ad oggetto anche la *notitia* dello *ius divinum*; essa si esplica nell'ambito dello *ius*, cioè in quell'*ars boni et aequi*<sup>310</sup>, così com'è definito da Celso.

La conoscenza dello *ius divinum* era fondamentale per il giurista, per il raggiungimento di una completezza formativa che gli permettesse di sviluppare la *scientia* del giusto e dell'ingiusto.

La *scientia*, a differenza della *notitia* che denota una mera conoscenza, richiama ulteriori connotati, fra cui spicca l'elemento volontaristico, quella *voluntas* che attiene al profilo dinamico dell'*interpretatio* e della conformità

---

<sup>308</sup> D. DALLA, *Scientia e notitia nella definizione di iurisprudencia* (D.1.1.10.2), cit., p. 161.

<sup>309</sup> Si veda L. MANTELLO, *Eufrate di Epifania*, in *Sodalitas, Studi Antonio Guarino*, II, Napoli 1998, p. 991.

<sup>310</sup> Ulpiano, *Libro primo institutionum*, in D. 1.1.1.

del *ius al bonum et aequum*<sup>311</sup>, cioè a ciò che è giusto, e a ciò che è opportuno<sup>312</sup>.

La *scientia iuris* può essere di due specie: il primo tipo attiene a quella particolare *interpretatio*, intellettuale e ricognitiva; il secondo tipo riguarda l'attività interpretativa creatrice di *iura*, quando ad essa si accompagni l'*opinio iuris ac necessitatis*<sup>313</sup>. L'antica *interpretatio* ebbe carattere creativo: attraverso l'interpretazione dei principi tradizionali, emersero nuovi istituti.

Il nuovo tipo di interpretazione giurisprudenziale invece dovette confrontarsi con il dato legislativo.

Lo sviluppo storico del diritto privato romano presenta natura ciclica. Inizialmente, il diritto privato consistette nella sola *interpretatio*, a cui, gradualmente, si sovrappose la legislazione; infine, Giustiniano racchiuse «tutto il diritto nella legge, la quale emana dalla volontà dell'imperatore»<sup>314</sup>. La certezza del diritto medesimo, nel corso dei secoli, fu improntata a criteri differenti: se nell'epoca giustiniana, si ispirava al *ius scriptum*, nell'epoca classica il *ius* era tutto *interpretatio*, e la sua certezza risiedeva, appunto, nella

---

<sup>311</sup> C.A. MASCHI, *Filosofia del diritto e diritto positivo*, cit., p. 714.

<sup>312</sup> A. CARCATERRA, *Il coefficiente*, cit., p. 150.

<sup>313</sup> A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi Romani, metodi, mezzi, fini*, Napoli 1966, p. 201.

<sup>314</sup> B. BIONDI, *Interpretatio prudentium e legislazione*, cit., p. 356. Per quanto concerne l'analisi esegetica dei testi giustiniani, si veda A. GUARINO, *Sulla credibilità della scienza romanistica moderna*, in *Studi Donatuti*, pp. 479 ss.

costante critica giurisprudenziale ai precedenti risultati, al fine di applicare un diritto adeguato alle esigenze di una società in costante mutamento; tale critica «non è *de iure condendo*, ma opera all'interno del sistema, e perciò è effettivamente costante adeguamento del *ius* al *bonum et aequum*»<sup>315</sup>, dunque all'utile, temperato con la giustizia dettata dall'equità. La certezza del diritto non è inficiata dall'ampio potere discrezionale del magistrato, poiché questo è improntato al *bonum*, cioè all'utile, e all'*aequum*, cioè al giusto<sup>316</sup>. L'adeguamento al *bonum et aequum* non è immediato, ma, come tutti i processi umani, è graduale: dai procedimenti specifici, quali *actiones in bonum conceptae*<sup>317</sup> e gli *iudicia bonae fidei*<sup>318</sup>, fino a diventare parametri di iustitia di tutto il *ius*, ivi compreso il *ius gentium*, che concerneva i rapporti internazionali i quali, per prassi del *praetor peregrinus*, erano sempre improntati al *bonum et aequum* ed alla *fides*<sup>319</sup>.

---

<sup>315</sup> C.A. MASCHI, *Filosofia del diritto e diritto positivo*, cit., p. 715.

<sup>316</sup> C.A. MASCHI, *Certezza del diritto nel diritto romano e nel pensiero contemporaneo*, in *RIDA*, 1959, VI, p. 340; si veda, inoltre, F.SCHULZ, *I principi del diritto romano*, cit., 206 ss.

<sup>317</sup> Si veda, in proposito, A. GUARINO, *Actiones in aequum conceptae*, cit., pp. 7 ss, e F. PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, «*Sav. Zeitschr.*» 52, 1932, pp. 80 ss.

<sup>318</sup> B.BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, Palermo 1920, pp. 1 ss.; A. CARCATERRA, *Intorno ai iudicia bonae fidei*, Napoli 1964, pp. 158 ss.; R. FIORI, «*Ius civile*», «*ius honorarium*», «*ius gentium*», *il problema della «recezione» dei «iudicia bonae fidei»*, in *BIDR*, 1998-1999, 3° ser., 40-41, pp. 165 ss.

<sup>319</sup> C.A. MASCHI, *Certezza del diritto nel diritto romano e nel pensiero contemporaneo*, cit., p. 341.



La *scientia* concerneva l'*interpretatio prudentium*: è l'opera dei giuristi che costituisce «esplicazione saliente»<sup>320</sup> della *prudentia iuris*. La *iurisprudencia* quindi non è solo storia di una *notitia*, di una *scientia*, ma è soprattutto «storia di esperti, di periti, e del loro inscindibile legame con la società che li ha espressi»<sup>321</sup>.

La *prudentia* dei giuristi non è mera *sapientia*: essa, come afferma Cicerone<sup>322</sup>, consiste nella *rerum expetendarum fugiendarumque*, cioè «nell'arte rivolta a conseguire determinate cose, e a sfuggirne altre»<sup>323</sup>. Inoltre, la *prudentia* è caratterizzata non solo dal suo fine, la realizzazione della *iustitia*, a cui si rivolge la *iusti atque iniusti scientia*<sup>324</sup>, ma dal suo stesso contenuto, che comprende un'intera realtà spirituale sulla base della quale si raggiunge una conoscenza integrale della realtà umana, la quale postula, necessariamente, la comprensione della dimensione storico-temporale nella quale detta realtà si esplica<sup>325</sup>, e senza la quale l'esperienza e la *prudentia*

---

<sup>320</sup> F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, cit., p. 24.

<sup>321</sup> G. NOCERA, *Iurisprudencia, per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma 1973, p. 11.

<sup>322</sup> Cicerone, *De off.* 1.153.

<sup>323</sup> B. BIONDI, *La terminologia romana come prima dogmatica giuridica*, cit., p. 186.

<sup>324</sup> D. DALLA, *Scientia e notitia nella definizione di iurisprudencia (D.I.1.10.2)*, cit., p. 162.

<sup>325</sup> Per la complessa tematica che concerne l'evoluzione del diritto nella storia, si veda G.G. ARCHI, *Storia del diritto romano e storia dei diritti antichi da Wenger a noi*, in *Studi Donatuti*, pp. 39 ss.

perderebbero la sua più intima sostanza<sup>326</sup>. In questa chiave deve essere letto l'assunto, che suona come un'ammonizione, secondo cui *scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*<sup>327</sup>: conoscere le leggi non significa comprenderne le mere parole, ma interpretarne la forza e la potestà.

Uno studio sulla *interpretatio iuris* e sul *ius naturale* vuole avere lo scopo di conoscere l'origine e la funzione del diritto, al fine di poter meglio comprendere l'attuale diritto positivo; infatti non si può prescindere dal diritto romano, se si desidera apprendere la scienza giuridica, poiché, come insegna Gaio<sup>328</sup>, di ciascuna cosa, il principio è la parte più importante: *cuiusque rei potissima pars principium est*.

---

<sup>326</sup> C.A. MASCHI, *Certezza del diritto nel diritto romano e nel pensiero contemporaneo*, cit., p. 714.

<sup>327</sup> Celso, *Libro XXVI digestorum*, in D.1.3.17.

<sup>328</sup> Gaio, *Libro primo ad legem duodecim tabularum*, in D.1.2.1: *Facturus legum vetustarum interpretationem necessario prius ab urbiis initiis repetendum existimavi, non quia velim verbosos commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esset, quod ex omnibus suis partibus constaret: et certe cuiusque rei potissima pars principium est*.

CAPITOLO TERZO

DAL DIRITTO NATURALE ROMANO

AL DIRITTO PENALE MODERNO

## 1. IL VALORE DEL TEMPO NEL DIRITTO ROMANO E IL DIRITTO NATURALE.

Una particolare esplicazione della natura, presa in considerazione dal diritto, è il decorso del tempo, e, soprattutto, gli effetti che a questo sono imputati dalla coscienza umana. Nei paragrafi precedenti, si è analizzato il concetto di “certezza del diritto”, scaturente sia dal costante utilizzo del criterio dell'*aequitas* nell'applicazione e nell'interpretazione del diritto, sia dal rispetto del *mos maiorum*, sia dalla *prudentia* del giureconsulto. Proprio in ossequio a questo principio<sup>329</sup>, nell'attuale ordinamento positivo, vige l'istituto della *prescrizione*, il quale consiste nella perdita di un diritto (non anche di poter agire per la tutela del diritto medesimo, paradosso giuridico<sup>330</sup>) a causa dell'inerzia del titolare, protratta per un determinato periodo temporale. Ciò riguarda sia diritti di natura civile, sia tutelati in ambito penale. La prescrizione, come la maggior parte degli istituti di diritto nel nostro ordinamento, vede le sue origini nel diritto romano. Non si intende, in questa sede, analizzare la *praescriptio* di diritto civile, sulla quale, peraltro, sia le

---

<sup>329</sup> G.AZZARITI-G.SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in A.SCIALOJA-G.BRANCA, *Commentario del Codice civile*, 6 (art. 2900-2969), Bologna-Roma 1953, p. 543

<sup>330</sup> M. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano 1958, p. 8, enuncia la definizione di prescrizione: perdita delle azioni per decorso del tempo «non significa, in riferimento alla prescrizione, venir meno della legittimazione attiva al loro esercizio; significa loro neutralizzazione attraverso l'opposizione, da parte del convenuto, di una *exceptio* » l'Autore cita, all'uopo, la definizione di prescrizione data dai glossatori, tratta da BALBUS, *De praescriptionibus*, in ZILETUS, *Tractatus universi iuris*, 17, Venezia 1584, 53 : *praescriptio est exceptio ex eo tempore substantiam capiens quae actioni personali vel in rem opponitur*.

fonti che le opere dottrinali abbondano<sup>331</sup>; si intende, invece, esaminare come il medesimo istituto sia nato e si sia sviluppato nel diritto penale romano<sup>332</sup>. Il quesito, oggetto della ricerca, è appunto quello di osservare i rapporti fra l'istituto della prescrizione estintiva in diritto penale romano, cioè dell'estinzione di un reato e delle sue necessarie conseguenze giuridiche in capo al reo, con il diritto naturale e con uno dei principi che ne costituiscono l'esplicazione, quell'*ulciscendi ius*<sup>333</sup> proclamato da Cicerone, per il quale ogni torto merita giustizia, e quel *neminem laedere* ripreso dai giuristi classici. È conforme alla *naturalis ratio* l'eliminazione di un atto giuridico umano e illecito dalla realtà sociale, soprattutto laddove un altro soggetto abbia subito, da questo, un danno penalmente rilevante, per il solo decorrere del tempo? Ecco come hanno affrontato il problema i *sacerdotes iuris*<sup>334</sup>.

---

<sup>332</sup> Per quanto concerne lo sviluppo del diritto penale romano, si veda: G. PUGLIESE, *Il diritto penale romano*, in V. ARANGIO RUIZ, A. GUARINO, G. PUGLIESE, *Il diritto romano*, in *Guide allo studio della civiltà romana*, 6, Roma 1980, pp. 249 ss.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., III, pp. 413 ss.; ID., *Delitti e pene*, in *Il diritto romano*, Bologna 1957, pp. 541 ss.; U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1937, pp. 3 ss.; G. CRIFÒ, *Profili del diritto criminale romano tardo antico*, in *Diritto romano e identità cristiana*, 2005, pp. 81 ss.; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, cit., pp. 185 ss.; G.P. DEMURO, *Il dolo, Svolgimento storico del concetto*, I, Milano 2007, pp. 23 ss.; C. FERRINI, *Diritto penale romano, esposizione storica e dottrinale*, Roma 1976, pp. 3 ss.; C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970, pp. 9 ss.; E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, I, Napoli 1882, pp. 47 ss.

<sup>333</sup> Cicerone, *Top.* 90.

<sup>334</sup> In questo modo sono definiti i giuristi romani da Ulpiano, *Lib. primo inst.*, in D.1,1.

Gli antichi romani, in particolare i giuristi classici, erano estremamente cauti nell'attribuire al decorrere del tempo una qualche efficacia<sup>335</sup>. All'esigenza di certezza del diritto, anteponevano il principio, fondamentale, di «intangibilità e perpetuità dei diritti individuali preesistenti»<sup>336</sup>.

Questo principio emerge con forza in ambito penale: nel diritto classico, i reati sono imprescrittibili.

All'uopo, risulta fondamentale lo studio condotto da E. Volterra, il quale, da una profonda disamina delle fonti, afferma come, nel diritto immediatamente anteriore a Diocleziano, salvo taluni casi tassativamente previsti, i reati siano imprescrittibili<sup>337</sup>.

Solo in alcuni casi specifici, propri del *ius honorarium*, è fissato un termine per l'accusa<sup>338</sup>; ma questi casi costituiscono delle eccezioni alla regola generale, che prevede l'imprescrittibilità del diritto e dell'azione volta a tutelarlo.

---

<sup>335</sup> F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, cit., p. 215.

<sup>336</sup> M. AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, cit., p. 2.

<sup>337</sup> E. VOLTERRA, *Intorno alla prescrizione dei reati in diritto romano*, in *BIDR*, 37, 1929, p. 69. Si veda, inoltre, M. AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, cit., p. 160. L'Autore rileva come solo nell'ultima fase del diritto romano si affermerà quella che nomina «prescrittibilità dell'accusa»: non è, infatti, il reato a prescrivere, bensì la possibilità di perseguire in giudizio il reato stesso; si veda anche ID., *Prescrizione (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, p. 41.

L'analisi, condotta dall'Autore, prende anzitutto le mosse da una comparazione fra il sistema di repressione criminale romano, proprio di diritto pubblico, e quello delle obbligazioni, riguardante, invece il diritto privato. L'obbligazione trova la sua origine nel diritto penale: le prime obbligazioni sono quelle *ex delictum*, le quali, come quelle *ex contractu*, sono imprescrittibili. Questo carattere è conservato rigorosamente anche nel diritto classico, ed è proprio da questo dato che si desume un primo, significativo, indizio circa l'imprescrittibilità dei reati<sup>339</sup>.

Un altro indizio è dato dalla trasmissibilità attiva delle *actiones poenales*, cioè dalla possibilità che gli eredi del soggetto passivo del delitto possano intentare l'azione contro il colpevole: segno che il decorrere del tempo non incide sulla perseguibilità del reato commesso<sup>340</sup>.

Nell'epoca imperiale, tuttavia, il principio dell'imprescrittibilità del reato sembra mutare sensibilmente: dall'interpretazione di una costituzione di Diocleziano e Massimiano del 293 d. C.<sup>341</sup>, parte della dottrina ritiene emerga un termine generale, ventennale, di prescrizione dei reati<sup>342</sup>. La costituzione

---

<sup>339</sup> E. VOLTERRA, *Intorno alla prescrizione dei reati in diritto romano*, cit., p. 65.

<sup>340</sup> E. VOLTERRA, *Intorno alla prescrizione dei reati in diritto romano*, cit., p. 65.

<sup>341</sup> L. 12 C. *ad leg. Corn. de fals.* 9, 22 *Impp. Diocletianus et Maximianus A.A. et C.C. Primo*.

<sup>342</sup> È l'interpretazione di T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, p. 489, in <http://www.archive.org/details/rmischesstrafre00mommgoog>: «*der gleiche Endtermin als regel für die Criminalklagen allgemein festgesetzt worden*». Nello stesso senso, C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., p. 342.

riguarda il *crimen falsi: querella falsi temporalibus praescriptionibus non excluditur nisi viginti annorum exceptione, sicut cetera quoque fere crimina.*

E. Volterra contrasta questa opinione. L'Autore ritiene, anzitutto, che il testo sia interpolato<sup>343</sup>; di conseguenza, la corretta lettura, conforme al precedente sistema di imprescrittibilità del reato, risulterebbe tale: «la frase *sicut cetera quoque fere crimina* riferita alla precedente *nisi viginti annorum exceptione* [...] appare perfettamente consona, se noi la riattacciamo non già all'inciso *nisi-exceptione*, ma alla dichiarazione *querella falsi temporalibus praescriptionibus non excluditur* in modo da dare alla legge il significato, veramente conforme al diritto del tempo, che, tolti i casi determinati di prescrittibilità (*fere*), tutte le accuse sono perpetue»<sup>344</sup>. Solo attraverso questa lettura, dalla suddetta costituzione emerge un sistema che si informa chiaramente ad un generale principio di imprescrittibilità del reato.

Dal quadro giuridico emerso, conseguono determinate considerazioni. Anzitutto, si evince una nozione di certezza del diritto assai diversa da quella vigente nell'attuale diritto positivo. L'imprescrittibilità del reato comporta la possibilità, in perpetuo, dell'applicazione del diritto stesso, volta ad attribuire a ciascuno il suo, *suum cuique tribuere*, a garantire la riparazione dei torti, *ulciscendi ius*, ed a preservare quel più ampio principio secondo cui non si deve nuocere a nessuno, *neminem laedere*. Il diritto penale romano è

---

<sup>343</sup> *Contra*, J.A.C. THOMAS, *Prescription of Crimes in Roman Law*, in *RIDA*, 3<sup>a</sup> ser, IX, 1962, pp. 417 ss.

<sup>344</sup> E. VOLTERRA, *Intorno alla prescrizione dei reati in diritto romano*, cit., p. 69.



intimamente connesso all'antica origine religiosa del *ius*, poiché è tutelato dal *ius publicum, quod ad statum rei Romanae spectat*. Pur non essendo organizzato in un sistema unitario, al pari del *ius civile*, e nonostante sia maggiormente frutto di legislazione, che non di *interpretatio*, pure da questa scaturisce, e la sua derivazione dal *ius naturale* appare più evidente che non per il diritto privato. Garantire la costante applicazione del diritto significa riconoscere, naturalisticamente, un determinato fatto giuridico, ritenuto illecito dalla coscienza sociale del tempo, al quale devono necessariamente conseguire delle sanzioni, volte a riparare il danno ingiusto. Il problema può porsi quando, trascorso molto tempo dal reato, dal *crimen*, questo non è più ritenuto tale dalla coscienza sociale. È il principio del *favor rei*, contemplato nell'ordinamento italiano all'art. 2, comma secondo, del codice penale. Eppure, può dirsi conforme al diritto naturale, un tale principio? Per i giuristi romani parrebbe di no, poiché la certezza del diritto coincide con la certezza della sua applicazione. La prescrizione del reato elimina, appunto, questa certezza. Nel basso impero, come su riportato, la situazione muta, e viene introdotta la prescrizione anche per i reati. Il modo in cui quest'ultima è giunta fino al nostro ordinamento, è stata accolta dalle nostre norme, e la sua (dubbia) eventuale conformità al diritto naturale, o, meglio, alla "naturalità" del diritto, costituirà oggetto dell'ultimo paragrafo del presente lavoro.

## 2. IL PASSAGGIO DA *IUS* A *DIRECTUS*

Il diritto, nel mondo romano, era naturale. *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit*. Gli antichi romani erano pienamente consapevoli che il diritto derivasse dalla natura; purtuttavia, non di rado le esigenze poste dalla natura venivano disattese, in ossequio ad un principio che, ancor di più, regolava la civiltà romana: l'*utilitas*. Se per i romani era contro natura che un uomo venisse ridotto in schiavitù, ciò non era contro l'*utilitas*, anzi, era in favore di questo pragmatico principio che la maggior parte degli istituti di diritto si è sviluppata. L'*utilitas* rispecchiava un concetto di *natura* più umano: la natura delle cose, la natura degli interessi materiali, il mutare dei costumi, la stessa umanità che rifugge l'immobilità, e che, invece, si sostanzia nel cambiamento. Cambiamento che veniva tutelato e controllato proprio grazie all'antica *interpretatio* dei *prudentes*, la quale, intrisa di elementi ricognitivi degli antichi *mores* e temperata dagli aspetti creativi che si sviluppavano tramite l'*aequitas*, comportava il costante adattamento delle regole di diritto alle nuove esigenze.

Però, pur nel rispetto della natura (utilitaristica) delle cose, la mentalità romana non rifuggiva un concetto di natura più ampio e profondo, che racchiudeva in sé la consapevolezza dell'immanenza e dell'eternità di taluni principi: la filosofia stoica, con Cicerone in particolare, si fa portavoce di questi principi, che vengono poi racchiusi fra i precetti generali nel Digesto di

Giustiniano (D.1.1.10): *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. A prescindere dalle contingenze socio-storiche che possono influenzare in un senso, piuttosto che in un altro, l'interpretazione di detti principi, è innegabile che i *praecepta iuris* suddetti siano immanenti ed immutabili, e che, affinché il diritto possa raggiungere il suo fine ultimo, la giustizia, questi precetti debbano costituire tuttora la guida del legislatore, *de jure condendo*, e dell'interprete, *de jure condito*.

Il rapporto fra il diritto, inteso come *ius*, e il diritto naturale, si è sviluppato proprio in questo senso: dalle concezioni elitarie della filosofia stoica si è passati a quel fenomeno, di ben diversa natura e profondità, che è stato il Cristianesimo, il cui influsso ha contribuito ad interpretare il diritto sempre più in ragione della *naturalis ratio*<sup>345</sup>, e che ha comportato una diversa interpretazione dei vocaboli quali *aequitas* e *iustitia*. Ma il Cristianesimo ha avuto un influsso ben diverso nel medioevo e nei “secoli bui”: durante il «vuoto giuridico» che si era creato, a causa della disordinata e pericolosa commistione fra il diritto romano che vigeva nell'impero e le «irrazionali consuetudini introdotte dai regimi barbarici», solo il sentimento religioso

---

<sup>345</sup> B. BIONDI, *Il diritto romano*, cit., pp. 72 ss; ID, *Il diritto romano cristiano*, cit., pp. 4 ss.; si veda, inoltre: F. AMARELLI, *I problemi di metodo per lo studio delle fonti relative ai rapporti fra cristianesimo e diritto romano*, cit., pp. 11 ss.; U. BRASIELLO, *Premesse relative allo studio dell'influenza del cristianesimo sul diritto romano*, cit., pp. 1 ss; W. CESARINI SFORZA, *Diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, pp. 640 ss.; G. GALENO, *Cristianesimo e diritto romano. Echi di una disputa*, cit., pp. 57 ss.; G. GIOVANNELLI, *Cristianesimo e diritto romano*, cit., pp. 327 ss., C. GREY, *Il diritto nel vangelo e l'influenza del Cristianesimo sul diritto romano*, cit., pp. 1 ss.; R MELCHIORRE, E. BUSSI, G. VISMARA, *Cristianesimo e diritto romano*, cit., pp. 1 ss.; O. ROBLEDA, *Diritto romano e cristianesimo*, cit., 1981, pp. 249 ss.

permise che i popoli continuassero a credere nella giustizia, una giustizia della quale le leggi umane non riuscivano più a garantire il perseguimento<sup>346</sup>. I rapporti sociali vennero allora regolati sulla base della *rectitudo*, cioè della conformità delle norme alle leggi divine ed ai principi di giustizia radicati nella coscienza sociale. Fu allora che il *ius* divenne *directus*. Il verbo *dirigere*, secondo la definizione di Cassiodoro, significa «porre in linea retta»: *directus dicitur, qui de curvo rectus efficitur*<sup>347</sup>; e, poiché ciò che era *rectum* tale era per la sua conformità alla volontà e alla potestà divina avvertita nella coscienza sociale, ecco che dal *iussum* si passa al *directum* inteso come attuazione della volontà divina per tramite della volontà umana: «l'unico *iussum* certo e sicuro era quello che abitava nelle coscienze come legge di Dio»<sup>348</sup>.

Tuttavia, dell'antico *ius*, dal quale derivò il vocabolo *iustitia*, rimasto pressoché immutato, si rinviene l'essenza, composta da quell'insieme di volontà, poteri ed interessi il cui costante temperamento, e la cui ricerca di equilibrio, concorrono alla formazione dell'ordinamento giuridico. E nell'epoca moderna, nella separazione fra religione e diritto, sorge il problema di «dare un fondamento oggettivo all'ordine giuridico» senza ricorrere alle

---

<sup>346</sup> W. CESARINI SFORZA, *Diritto*, cit., p. 642; F. CALASSO, *Equità*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, p. 67.

<sup>347</sup> Cassiodoro, *Expositio psalmorum*, 24.8.

<sup>348</sup> W. CESARINI SFORZA, *Diritto*, cit., p. 643.

leggi divine: nel pensiero laico dei secoli XVII e XVIII, tale fondamento fu trovato nella *legge di natura*.

Il diritto naturale, nel suo sviluppo attraverso i secoli, si è arricchito, modellato, plasmato nel relativo sistema socio-giuridico in cui si imperniava, e dal quale mai è stato del tutto assente. Esso si compone di tre diversi aspetti: il primo di carattere teologico; il secondo di carattere razionale; il terzo di carattere storico.

Di questi tre elementi, ciascuno è stato più o meno preponderante, ma mai imprescindibile.

Considerare il diritto naturale esclusivamente nel suo carattere teologico, o razionale, equivale a relegarlo in una posizione antistorica, divergente o addirittura oppositiva alla legge formale, di cui invece è, o dovrebbe essere, criterio concreto, guida, principio primo per il fine ultimo del diritto: la giustizia fra gli uomini ed il raggiungimento di una «vera e solida felicità»<sup>349</sup>.

Al tempo stesso, non si può valutarne gli elementi razionali o storici privandolo del suo contenuto teologico: ancor più ciò comporterebbe una valutazione del diritto naturale non solo avulsa dalla storia e dalle influenze

---

<sup>349</sup> J.J. BURLAMAQUI, *Principj del diritto naturale*, cit., p. 3; si veda, inoltre: G. AMBROSETTI, *La storia del Diritto Naturale nella storia dell'occidente*, in *Jus*, XVI, 1963, pp. 318 ss.

che questa ha necessariamente avuto su tale dottrina, ma anche prettamente individualistica, piegata alle necessità, volubili ed instabili, dell'uomo<sup>350</sup>.

Ed invero il diritto naturale, concepito come «criterio eminentemente concreto, e non astratto, nella sua dimensione di “principio”, adempie ad un importante compito reattivo dottrinale: entro la storia delle dottrine, concezioni e realtà trovano in esso un limite, un confronto, uno stimolo»<sup>351</sup>.

Gli antecedenti storici al diritto naturale romano, esaminato nel primo capitolo, costituiscono la dimostrazione di come i tre aspetti del diritto naturale su citati abbiano concorso ad influenzarne la formazione.

Presso gli Ebrei, la legge naturale trovava riscontro nei Dieci Comandamenti, Legge Divina che diventa positiva e che riassume, in sé, precetti propri della ragione naturale<sup>352</sup>. La giustizia ebraica è una: giuridica, morale e religiosa. Prende avvio dal λόγος e si fonda con i precetti razionali e positivi, anticipando la concezione cristiana della legge eterna e naturale<sup>353</sup>.

L'aspetto razionale e sociale emerge poi prepotentemente nella civiltà greca, nella quale al diritto naturale viene conferito quel carattere di

---

<sup>350</sup> Sul punto, L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia 1742, p. 13; J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, Oxford 1992, pp. 29 ss.

<sup>351</sup> G. AMBROSETTI, *Diritto naturale cristiano*, Roma 1964, p. 14.

<sup>352</sup> G. AMBROSETTI, *Diritto naturale cristiano*, cit., p. 26.

<sup>353</sup> G. AMBROSETTI, *Diritto naturale cristiano*, cit., p. 28; S. PUFENDORF, *Principi di diritto naturale*, a cura di N. Bobbio, Torino 1943, p. 2.

immanenza, contrapposto all'accentuata trascendenza ebraica, che porta a considerare tale dottrina relativamente alla vita della πόλις<sup>354</sup>.

Ma è nell'epoca romana, con lo Stoicismo e con il suo massimo esponente, Cicerone, che il diritto naturale trova la sua dimensione positiva, che verrà accentuata dal Cristianesimo e dalla giuridicità del Nuovo Testamento<sup>355</sup>.

Ecco dunque come i tre caratteri del diritto naturale si ripresentano in modo più o meno forte: dalla prevalenza teologica nell'antichità, alla preponderanza, ma non esclusività<sup>356</sup>, razionalistico-individualistica propria del Giusnaturalismo<sup>357</sup>.

### 3. EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI DIRITTO NATURALE

Nell'epoca moderna, la scuola del diritto naturale si sviluppa come una scienza *sui generis*, fondata esclusivamente su una natura delle cose scevra da elementi sia dogmatici che teologici<sup>358</sup>.

---

<sup>354</sup> G. AMBROSETTI, *Diritto naturale cristiano*, cit., p. 32.

<sup>355</sup> B. BIONDI, La giuridicità del Vangelo, in *Scritti Giuridici*, IV, Milano 1965, pp. 683 ss.; S. PUFENDORF, *Principi di diritto naturale*, cit., p. 4.

<sup>356</sup> Si veda P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari 1961, pp. 15 ss.

<sup>357</sup> G. DEL VECCHIO, *Diritto naturale e unità europea*, Milano 1958, p. 106.

<sup>358</sup> G. FASSÒ, *Giusnaturalismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, pp. 1106.

Questo movimento, chiamato *giusnaturalismo*<sup>359</sup>, trovò la sua più compiuta forma a partire dal Rinascimento; ma, lungi dal porsi in contrasto con le dottrine teologiche medioevali, di queste ne costituì lo sviluppo più completo, poiché proprio nel medioevo erano germinate quelle teorie naturalistico-razionalistiche che si sovrapposero alla relativa struttura teologica. Proprio nel medioevo, il concetto di *aequitas*, intimamente connesso con il concetto di “diritto naturale”, assume una nuova accezione: se nel diritto romano era un «principio mediatore», uno «strumento di interpretazione», una «forza evolutiva del sistema normativo», nell’incessante sviluppo del diritto e nei rapporti fra *ius civile* e *ius honorarium*, nel medioevo diviene «ragione di esistenza della stessa norma giuridica», nonché «principio di ordine

---

<sup>359</sup> B. BIONDI, *Esistenzialismo giuridico e giurisprudenza romana*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova I, 1950, pp. 96 ss.; E. BLOCH, *Diritto naturale e dignità umana*, Trad. it. di G. Russo, Torino 2005, pp. 6 ss.; N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo moderno*, Torino 2009, pp. 19 ss.; ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1977, pp. 19 ss. e 127 ss.; ID., *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Milano 1979, pp. 17 ss.; F. CANCELLI, *Le leggi di Antigone e il diritto naturale*, cit., pp. 155 ss.; G. DEL VECCHIO, *Diritto naturale e unità europea*, cit., pp. 17 ss.; J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, cit., p. 207 ss.; J. MARITAIN, *Nove lezioni sulla legge naturale*, Milano 1985, pp. 93 ss.; A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, 2<sup>a</sup> ed. ampliata, Trad. it., Milano 1962, pp. 25 ss.; A. DONATI, *Giusnaturalismo e Diritto Europeo*, Milano 2002, pp. 1 ss.; G. FASSÒ, *Giusnaturalismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, pp. 1106; J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, cit., pp. 29 ss.; H. Grotius, *De jure belli ac pacis, libri tres, in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur*, Aalen 1993, pp. 1 ss.; F. OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milano 1943, pp. 363 ss.; G. PERTICONE, *Diritto Naturale (Teoria moderna)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, V, p. 954; S. PUFENDORF, *Principi di diritto naturale*, a cura di N. Bobbio, cit., p. 2.; E. ROMMEN, *L’eterno ritorno del diritto naturale*, Roma 1965, pp. 3 ss.; L. STRAUSS, *Diritto Naturale e Storia*, Genova 1990, pp. 1 ss.;



universale»<sup>360</sup>: la spiritualità medioevale è costantemente volta alla ricerca della giustizia, che poggia su precetti eterni ed è intrinseca alla coscienza sociale umana. Tuttavia, l'influsso dell'umanesimo conferì al movimento giusnaturalistico un particolare carattere, il quale era costituito da un'attenzione precipua alla natura umana ed al singolo individuo, natura intesa come «autonoma ragione»<sup>361</sup>. È proprio dall'«individualismo etico-giuridico» dei secoli XVII e XVIII che si sviluppa la teoria dei diritti innati, secondo la quale i diritti sono connaturati alla stessa natura dell'uomo, e, come tali, dallo Stato devono essere solo riconosciuti, non concessi, in quanto essi sono eterni, immanenti, immutabili ed imprescrittibili<sup>362</sup>, universali e perpetui<sup>363</sup>.

L'idea del diritto naturale esprime l'aspirazione dello spirito umano verso il raggiungimento di una giustizia eterna ed immutabile. Tale giustizia «è concepita come la legge più alta e suprema, derivante dalla natura dell'universo - dall'Essere di Dio e dalla ragione dell'uomo; ne consegue che il diritto [...] è comunque al di sopra della legislazione; e ne consegue che al diritto i legislatori sono in un certo modo anch'essi sottoposti»<sup>364</sup>.

---

<sup>360</sup> F. CALASSO, *Equità*, cit., p. 67.

<sup>361</sup> G. FASSÒ, *Giusnaturalismo*, cit., p. 1106; G. PERTICONE, *Diritto Naturale (Teoria moderna)*, cit., p. 954.

<sup>362</sup> G. FASSÒ, *Giusnaturalismo*, cit., p. 1107.

<sup>363</sup> S. PUFENDORF, *Principi di diritto naturale*, cit., pp. 85.

<sup>364</sup> E. BARKER, *Tradition of Civility*, Cambridge 1948, cit. da A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, trad. it., Milano 1980, p. 15.

Il diritto naturale trova la sua precipua applicazione proprio in ambito giuridico, poiché assolve il compito di fondare un sistema di norme universalmente valide<sup>365</sup>. Questo corpo di norme, o di principi, fu incorporato nell'opera di Giustiniano, e da qui tramandato nei secoli: proprio la sua attinenza alla viva realtà, ed il raro, spesso inesistente, anacronismo che ne caratterizzava le disposizioni veniva soppiantato dalla conferma della sua attualità, riscontrabile ad ogni livello della vita, non solo giuridica, ma anche sociale<sup>366</sup>. Proprio in ciò stava la grandezza del diritto romano, nonché i meriti di Giustiniano: avendo conferito al diritto «semplicità e simmetria»<sup>367</sup>, ne ha garantito un'applicazione universale, che supera i confini del tempo e dello spazio. L'influsso del Cristianesimo è, in Giustiniano, estremamente presente, così come il carattere ad un tempo divino ed umano delle leggi. Nella Costituzione *Deo Auctore*, l'Imperatore afferma che l'autorità delle leggi dispone bene le cose divine ed umane, e respinge ogni iniquità: [...] *legum auctoritas, quae et divina set humanas res bene disponit et omne iniquitatem expellit* [...]. E questa commistione fra il *ius divinum* ed il *ius humanum* è presente agli albori, come al termine, della civiltà romana, e viene consacrato nel primo paragrafo del Digesto, laddove si parla del diritto quale *divinarum*

---

<sup>365</sup> A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, trad. it., Milano 1980, p. 25.

<sup>366</sup> Si veda, in proposito, P. VINOGRADOFF, *Roman Law in Medieval Europe*, 2<sup>a</sup> ed., trad. it., Milano 1950, pp. 15 ss.

<sup>367</sup> A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, trad. it., Milano 1980, p. 26.

*atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*<sup>368</sup>. E la forza delle leggi non sta nel loro valore formale, bensì nell'intrinseca natura e funzione che assolvono e cui devono essere ispirate: *scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*<sup>369</sup>.

Se è vero, dunque, che il diritto è la «sostanza comune dell'umanità»<sup>370</sup>, e che il diritto è insito dalla natura dell'uomo, e da questa deriva, ecco che la differenza fra il diritto naturale romano ed il successivo movimento giusnaturalistico è insita esclusivamente nella forma delle rispettive dottrine, ma non nella funzione che al diritto naturale viene da entrambe conferita: il costante conseguimento del *bonum et aequum*, il rispetto della natura umana, dell'equità; il raggiungimento di una vera giustizia. E' in virtù di tale sua funzione, che il diritto naturale «è assolutamente obbligatorio e prevale sugli altri diritti», nonché «li precede nel tempo»<sup>371</sup>.

#### 4. IL CONCETTO DI DIRITTO NATURALE NELLA DOTTRINA DI HUGO GROTIUS E DI SAMUEL PUFENDORF

Il radicalismo, l'individualismo, il razionalismo che caratterizzano il giusnaturalismo nell'epoca moderna trovano la loro origine nella dottrina di

---

<sup>368</sup> Ulpiano, *Libro primo regularum*, in D. 1.10.2.

<sup>369</sup> Celso, *Libro XXVI digestorum*, in D. 1.3.17.

<sup>370</sup> A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, cit., p. 41.

<sup>371</sup> A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, cit., p. 43.

diritto naturale di Ugo Grozio, ed in particolare nella sua opera maggiore, il *De jure belli ac pacis, libri tres, in quibus ius naturae et gentium itam iuris publici praecipua explicantur*.

L'importanza di tale opera è insita nel fatto che l'Autore pone, alla base di quel nascente diritto internazionale, proprio il diritto naturale.

Ugo Grozio, definito un «umanista cristiano»<sup>372</sup>, viene considerato un innovatore nel campo del diritto; in lui, si condensano un precipuo interesse per la natura, nella quale egli ricerca “il vero”<sup>373</sup>, ed una profonda coscienza cristiana, coscienza che, pur tuttavia, rifugge il dogma, e si sostanzia nell'imitazione della vita e dell'insegnamento di Cristo.

Il metodo giuridico–scientifico di Grozio si inquadra nel metodo «deduttivo matematico»<sup>374</sup>. Tale metodo si fonda sulle deduzioni logiche<sup>375</sup>: ai fini della dimostrazione del diritto naturale, Grozio teorizza il “metodo deduttivo a priori”, al fine di determinare l'eventuale conformità di una legge con la *natura rationali ac sociali* dell'uomo: ed esso è ritenuto il sistema di conoscenza più sicuro. Viceversa, tuttavia, quando la dimostrazione del diritto naturale emerge dalla comparazione con quanto avviene *apud omnes gentes*, si

---

<sup>372</sup> N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo moderno*, cit., p. 19.

<sup>373</sup> N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo moderno*, cit., p. 21.

<sup>374</sup> N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo moderno*, cit., p. 30.

<sup>375</sup> A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, cit., p. 59.

ricorre ad una ricerca del vero “a posteriori”, i cui risultati, però, non sono di *certissima fide*<sup>376</sup>, ma pur sempre *probabiliter*.

Al paragrafo 6 dei Prolegomeni, Grozio parla dell'*appetitus societatis*, quale istinto primordiale nell'uomo di perpetuare se stesso nella società cui appartiene e della quale vuole diventare parte integrante. L'*appetitus societatis*, inducendo alla convivenza sociale ed in quanto connaturato alla natura dell'uomo, esprime, in se stesso, l'esigenza e la funzione del diritto: le leggi sono espressione dei principi di diritto naturale proprii della coscienza e della natura umana, pertanto non imposti né trascendenti. Il diritto è dunque parte integrante della società, e, assolvendo le sue funzioni nell'ambito dei rapporti sociali ed interpersonali, procede alla conservazione della società stessa, ed al ripristino degli equilibri frantumati a causa di un atto ingiusto, contrario alla «società naturale degli esseri razionali»<sup>377</sup>. E tale principio appare un'eco di quel *ulciscendi ius* ciceroniano, nonché dell'ulpiano *alterum non laedere e suum cuique tribuere*.

---

<sup>376</sup> H. Grotius, *De jure belli ac pacis*, cit., 1.1.12: *esse autem aliquid juris naturalis probari solet tum ab eo quod prius est, tum ab eo quod posterius, quarum probandi rationum illa subtilior est, haec popularior. A priori, si ostendatur rei alicujus convenientia aut disconvenientia necessaria cum natura rationali ac sociali: a posteriori vero, si non certissima fide, certe probabiliter admodum, juris naturalis esse colligitur id quod apud omnes gentes aut moratiores omnes tale esse creditur. Nam universalis effectus universalem requirit causam: talis autem existimationis causa vix ulla videtur esse posse praeter sensum ipsum communis qui dicitur.*

<sup>377</sup> N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo moderno*, cit., p. 37; si veda, inoltre, J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, cit., p. 207.

Samuel Pufendorf<sup>378</sup>, che «rappresenta, nella storia del giusnaturalismo, l'anello di congiunzione fra i primi studiosi di diritto naturale (...) e quelli del sec. XVIII»<sup>379</sup>, riprende il concetto di *appetitus societatis*, e ne rinviene le cause nell'*amor sui* e nell'*infirmetas* proprii della natura dell'uomo. Se per Grozio il criterio è l'osservazione della natura, e dunque, di conseguenza, le azioni possono essere buone o cattive in se stesse, secondo la loro natura, per Pufendorf il criterio di valutazione è la legge, la legge naturale, razionale e, soprattutto, immutabile. Il razionalismo di Pufendorf si esprime nella confutazione che egli fa dell'assunto ulpiano *ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit*, poiché egli ritiene che la ragione sia il fondamento del diritto naturale, e che pertanto quest'ultimo sia comune solo agli esseri che di ragione sono dotati, cioè gli uomini; da qui, il concetto: *ubi societas, ibi ius*<sup>380</sup>. Questo concetto viene ripreso anche nel XIX secolo: è stato infatti affermato che «il diritto naturale ripete, non solo la sua ragione, ma anche la sua autorità dalla sola umana ragione; e poiché questa, e nel conoscere e nel giudicare, è in

---

<sup>378</sup> Si veda, in proposito, N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo moderno*, cit., pp. 109 ss.; M. BAZZOLI, *Aspetti della recezione di Pufendorf nel settecento italiano*, in *AA.VV.*, *Dal «De iure naturae et gentium» di Samuel Pufendorf alla codificazione prussiana del 1794*, Padova 2005, pp. 41 ss.; M. SCATTOLA, *Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf e l'insegnamento del diritto pubblico universale*, in *AA.VV.*, cit., pp. 61 ss.; F. PALLADINI, *I meriti di Pufendorf nell'etica e la sua teoria degli enti morali*, in *AA.VV.*, cit., pp. 93 ss.; G. SILVESTRINI, *Rousseau, Pufendorf e la tradizione giusnaturalistica settecentesca*, in *AA.VV.*, cit., pp. 115 ss.

<sup>379</sup> N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo moderno*, cit., p. 109.

<sup>380</sup> N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo moderno*, cit., p. 117.

tutti gli uomini uguale, è mestiere che fra tutti gli uomini sia pur uguale il diritto che dalla medesima discende»<sup>381</sup>

La naturalità del diritto non viene, pertanto, negata, ma accentuata, elevata: riconosciuta.

La consacrazione della naturalità dei diritti fondamentali dell'uomo avviene nel 1789, con la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, la quale «segna la fine di un'era e l'inizio dell'Europa contemporanea»<sup>382</sup>. In tale dichiarazione, e, in particolare, nel preambolo, vengono proclamati «i diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo»; all'art. 2, i diritti naturali ed imprescrittibili vengono individuati nella «libertà, proprietà, sicurezza, resistenza all'oppressione». Ed il connubio fra il diritto naturale ed il diritto positivo viene individuato nella *vis* ed *auctoritas* di quest'ultimo, il quale, con la sua forza cogente, applica il diritto naturale stesso, sanzionandone la violazione: in tal modo, l'art. 4 enuncia che «l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Questi limiti possono essere determinati solo dalla legge».

---

<sup>381</sup> G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Milano 1863, p. 18.

<sup>382</sup> A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, cit., p. 58.

## 5. PRINCIPI DI DIRITTO NATURALE NELLA COSTITUZIONE ITALIANA

Il riconoscimento dei diritti naturali dell'individuo acquista forza cogente, nell'ordinamento italiano, mediante la previsione di detti diritti nella Carta Costituzionale, la quale «si è voluta ispirare ai principi della dottrina del diritto naturale»<sup>383</sup>. E tale previsione si inquadra nel più ampio tema che concerne i rapporti fra il diritto naturale ed il diritto positivo.

Il diritto naturale, in quanto insieme di principi desunti dalla natura delle cose che mal si presta ad un'agevole ed univoca interpretazione, viene definito quale diritto in senso «atecnico», o diritto «disarmato»<sup>384</sup>, poiché le norme di diritto naturale non prevedono una sanzione per il mancato rispetto dei principi in esse contenuti; tuttavia, la lacuna del requisito dell'«effettività» del diritto naturale è colmata dall'avvento del diritto positivo mediante la codificazione, la quale, pur aggravando le difficoltà di interpretazione di una norma rigida e «inchiodata nei loculi della ipotesi legislativa»<sup>385</sup>, ha permesso che il diritto positivo assurgesse a posizione “funzionale” rispetto al diritto naturale, prevedendo quelle sanzioni senza le quali il diritto naturale stesso rimarrebbe inapplicato. Le norme di diritto naturale possono infatti esser definite quali norme «di natura direttiva e programmatica di efficacia

---

<sup>383</sup> A. GROPPALI, *I diritti naturali nella Costituzione italiana*, in RIL, 83, 1950, pp. 439.

<sup>384</sup> N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 164.

<sup>385</sup> F. CALASSO, *Equità*, cit., p. 68.



ritardata»<sup>386</sup>, le quali tuttavia acquistano natura cogente ed imperativa laddove vengano racchiuse in una norma di diritto positivo.

E, nella gerarchia delle fonti<sup>387</sup>, la Costituzione si pone al vertice, richiamando fin dall'art. 2 la dottrina dei diritti naturali cui essa si è ispirata<sup>388</sup>.

L'art. 2, inserito fra i principi fondamentali della Costituzione, la cui modifica costituirebbe sovvertimento dell'ordine costituzionale, enuncia che «*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo*». L'articolo concerne i rapporti fra «autorità e libertà»<sup>389</sup>, in quel «binomio, caratterizzato da rapporti di mutua interdipendenza»<sup>390</sup>, costituito dallo Stato e dagli individui. Il vocabolo *riconosce* postula la preesistenza di tali diritti allo Stato medesimo<sup>391</sup>, diritti che scaturiscono dalla stessa natura dell'uomo<sup>392</sup>, che non vengono dallo Stato creati né “concessi”, ma *riconosciuti*, cui viene

---

<sup>386</sup> A. GROPPALI, *I diritti naturali nella costituzione della repubblica italiana*, cit., p. 444.

<sup>387</sup> Si veda G. ZANOBINI, *La gerarchia delle fonti nel nuovo ordinamento*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, I, Firenze 1950, pp. 47 ss.

<sup>388</sup> A. GROPPALI, *I diritti naturali nella costituzione della repubblica italiana*, cit., p. 440.

<sup>389</sup> F.B. CICALA, *Il concetto di libertà*, in *Commentario*, cit., p. 26; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano 2002, pp. 309 ss.; V. IOFRIDA, *La libertà come fondamento dello Stato*, Milano 1959, pp. 13 ss.; F. LOMBARDO, *Il concetto della libertà*, Firenze 1966, pp. 23 ss.

<sup>390</sup> A. GROPPALI, *I diritti naturali nella costituzione della repubblica italiana*, cit., p. 440.

<sup>391</sup> S. CARBONARO, *I rapporti civili e i rapporti politici*, in *Commentario*, cit., p. 121. Si veda anche: F. PIERANDREI, *I diritti subiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino 1940, p. 83; S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, I, Roma 1897, p. 118; P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Torino 1940, p. 23.

<sup>392</sup> S. CARBONARO, *I rapporti civili e i rapporti politici*, in *Commentario*, cit., p. 135.

cioè conferita forza giuridica in quel compromesso di forze politiche e di correnti di pensiero che ha dato origine alla Costituzione<sup>393</sup>. L'articolo tutela i diritti dell'uomo nella sua totalità: i diritti dell'uomo considerato sia individualmente, sia nelle formazioni sociali e nelle comunità naturali in cui l'uomo esplica la sua personalità. Tuttavia, nel medesimo articolo vengono anche enunciati i doveri dell'uomo, facenti capo al principio solidaristico che ispira, anch'esso, la Costituzione italiana, ed in virtù del quale si sviluppa il rapporto individuo-Stato caratterizzato da una sostanziale e naturalistica reciprocità<sup>394</sup>.

Ugo Grozio afferma che «le leggi obbligano a ciò che è giusto»<sup>395</sup>, e Samuel Pufendorf ha interpretato questa affermazione nel senso che il concetto di giustizia ha come necessario parametro la conformità di una disposizione alla legge naturale<sup>396</sup>.

Uno dei principi del diritto naturale che emerge con maggiore forza, e che, con altrettanta difficoltà viene interpretato, è il principio di autodeterminazione, così come scaturisce dalla lettera dell'art. 32 della

---

<sup>393</sup> Si veda, in proposito, N. BOBBIO, *Origine e caratteri della Costituzione*, in *Dal fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche*, Milano 1997, pp. 159 ss; G. LA PIRA, *Relazione sui Principi relativi ai rapporti civili*, in *La nascita della Costituzione, Relazioni e proposte nella Commissione per la Costituzione, I Sottocommissione*, in [http://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01general/00/01/03-la\\_pira.htm](http://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01general/00/01/03-la_pira.htm).

<sup>394</sup> S. CARBONARO, *I rapporti civili e i rapporti politici*, cit., p. 137.

<sup>395</sup> H. Grotius, *De jure belli ac pacis*, cit., 1.1.9.

<sup>396</sup> S. PUFENDORF, *Principi di diritto naturale*, cit., p. 23.

Costituzione, al secondo comma: «*Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*». Soggetto al giorno d'oggi a copiose polemiche e ad interpretazioni differenti, non di rado divergenti<sup>397</sup>, questo articolo enuncia uno dei fondamentali assunti del diritto naturale, riportato da Samuel Pufendorf: « [...] il medico non può prescrivere al malato con un comando quello che deve prendere o quello da cui deve astenersi, perché di fronte alla prescrizione di ciò che gli è salutare e di ciò che gli è nocivo, il malato non è obbligato ad accogliere quello e ad evitare questo in base a un diritto che il medico abbia su di lui, ma soltanto in base alla legge di natura che prescrive a ciascuno la cura della propria vita e della propria salute»<sup>398</sup>.

Il filosofo formula questo esempio nell'ambito della definizione della *legge*, affermando che solo la legge ha potere coercitivo, potere che non ha, invece, il semplice *consiglio*. Questo potere deve essere conferito con cautela, ancor più se ne è oggetto la vita e la salute umana, poiché se la *legge* enuncia l'obbligo con il quale la libertà naturale può venir limitata, non solo relativamente ai rapporti interpersonali, ma anche riguardo la persona stessa, in nome di «altre virtù», essa deve tuttavia evitare, fin dove possibile, di non trascendere il principio primo tutelato dal *diritto*: la libertà umana.

---

<sup>397</sup> Si veda, in proposito, la seguente sentenza: Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n° 21748.

<sup>398</sup> S. PUFENDORF, *Principi di diritto naturale*, cit., p. 19 s.

La libertà umana, nella forma in cui si manifesta all'interno di una società organizzata, dunque come libertà giuridica<sup>399</sup>, non è soltanto un «valore morale»: essa è, anche e soprattutto, una «necessità elementare di vita»<sup>400</sup>, poichè è solo nella comunione di liberi individui che si fonda lo Stato<sup>401</sup>: il principio e l'ideale di libertà costituiscono, infatti, «un principio unico, che è il punto di partenza ed insieme l'ideale a cui sempre tende la vita e la storia umana»<sup>402</sup>.

## 6. DIRITTO PENALE E DIRITTO NATURALE

Il diritto naturale influenza l'intero diritto positivo. Ma è nel suo rapporto con il diritto pubblico, in particolare il diritto penale, che emerge con maggior forza ed evidenza. Ciò perché il diritto penale, più di qualsiasi altro ramo del diritto, è quello che meglio esprime i valori storico-culturali, nonché i presupposti etici, economici e politici di uno Stato<sup>403</sup>.

Lo spirito informatore del codice penale vigente può dunque essere inteso laddove se ne analizzino sia i presupposti etico-filosofici, sia i

---

<sup>399</sup> S. CARBONARO, *I rapporti civili e i rapporti politici*, in *Commentario*, cit., pp. 126 ss.

<sup>400</sup> V. IOFRIDA, *La libertà come fondamento dello Stato*, Milano 1959, p. 176.

<sup>401</sup> F. LOMBARDI, *Il concetto della libertà*, Roma 1966, p. 117; F. B. CICALA, *Il concetto di libertà*, in *Commentario*, cit., p. 22.

<sup>402</sup> F. B. CICALA, *Il concetto di libertà*, in *Commentario*, cit., p. 22.

<sup>403</sup> G. BETTIOL, *Diritto penale*, XI ed., Padova 1982, pp. 11 ss.

presupposti storici, che trovano la loro origine nel XVIII secolo<sup>404</sup>. Il *liberalismo giuridico*<sup>405</sup> informava di sé la scienza penalistica dell'epoca: in esso confluivano sia la concezione "naturale" dello Stato, secondo la quale vengono riconosciuti i diritti naturali dell'uomo, immanenti ed antecedenti allo Stato medesimo, nonché la concezione "contrattuale" dello Stato, che vede quest'ultimo come il frutto di un contratto posto in essere dagli individui al fine di garantire una pacifica convivenza sociale<sup>406</sup>.

L'aspetto comune delle varie concezioni teoriche che confluiscono nel liberalismo giuridico, in ambito penale, è «l'esigenza di garantire l'individuo nei suoi diritti di libertà contro ogni arbitrario intervento statale»<sup>407</sup>.

La prima scuola penale che si sviluppa in tale contesto è la scuola classica<sup>408</sup>.

---

<sup>404</sup> Si veda, però, I. MEREU, *Storia del diritto penale nel 1500, Studi e ricerche*, I, Napoli 1964, pp. 77 ss. e 159 ss.: l'Autore rivaluta il rinascimento, e, in particolare, il XVI secolo, ritenendolo un periodo fecondo per la scienza penale, durante il quale «il delitto diventa un fatto sociale, che bisogna spiegare analizzando ed eliminando le cause che lo producono», e «lo studio della natura diventa autonomo ed indipendente da qualsiasi rivelazione»(p. 192).

<sup>405</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Del delitto, della pena*, Bologna 1993, p. 32 s.; G. BETTIOL, *Il problema penale*, in *Scritti*, II, Palermo, pp. 620 ss.; L. SCARANO, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Riv. It.* 1952, p. 177.

<sup>406</sup> U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano, Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, Firenze 1974, p. 35 ss.

<sup>407</sup> G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 19.

<sup>408</sup> Si veda, in proposito: G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, cit., pp. 18 ss.; F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, 3<sup>a</sup> ed., Prato 1878, pp. 159 ss.; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1999, pp. 55 ss.; E. FLORIAN, *Lezioni sulla parte generale del Diritto Penale*, Torino 1932, pp. 15 ss.; R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano, parte prima*,

La dottrina della scuola classica si imperniava sulla concezione che il diritto *giusto* fosse solo quello che scaturiva dalla natura razionale dell'uomo; fortemente influenzata dalle teorie giusnaturalistiche, nonché da quelle contrattualistiche, la scuola classica non approvava il diritto penale allora vigente, poiché esso differiva da tali suddette teorie<sup>409</sup>. La logica razionale, e non empirica, di tale scuola, condusse gli studiosi all'analisi della nozione di reato, all'elaborazione dottrinale di ogni suo elemento, ed alla ricerca del significato penale dell'azione umana, poiché solo ove le caratteristiche di quest'ultima fossero specificamente determinate, sarebbe stato possibile tutelare la libertà individuale contro un arbitrario intervento dell'autorità statale<sup>410</sup>. Gli studiosi della scuola classica teorizzarono il concetto di reato quale «violazione cosciente e volontaria della norma penale»; elaborarono i concetti di *imputabilità* e della pena, intesa come *retribuzione* e come «provvedimento repressivo, afflittivo, personale, proporzionato alla gravità del reato»<sup>411</sup>.

---

vol. I, *Diritto penale sostanziale*, Torino 1958, pp. 34 ss.; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, Tomo I, Buenos Aires 1964, pp. 252 ss.; G.D. ROMAGNOSI, *La genesi del diritto penale*, cit., pp. 3 ss.;

<sup>409</sup> G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 21.

<sup>410</sup> G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 23.

<sup>411</sup> G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 23.

La scuola classica, detta anche “scuola giuridica”<sup>412</sup> fu caratterizzata da «tendenze individualistiche, razionalistiche, contrattualistiche e giusnaturalistiche»<sup>413</sup>, e ciò emerge ancor di più laddove F. Carrara definisce il delitto come un «ente giuridico», in quanto si sostanzia nella violazione di un diritto, proprio al fine di eliminare il rischio che la previsione di un delitto «divenga strumento o dell’ascetismo o di velleità politiche»<sup>414</sup>, poiché la difesa dell’umanità è una «necessità della legge di natura»<sup>415</sup>. Sulla naturalità del diritto, F. Carrara è estremamente incisivo: egli afferma che «il diritto è congenito all’uomo perché dato da Dio all’umanità fin dal primo momento della sua creazione [...]; dunque, il diritto deve avere una vita e dei criteri preesistenti ai placiti degli umani legislatori; criteri impreteribili, costanti, ed indipendenti dai capricci di costoro e dalle utilità da loro avidamente agognate»<sup>416</sup>.

Tuttavia, l’eccessivo razionalismo che caratterizzava tale scuola, basato su un concetto di diritto naturale logico-razionalistico, venne contrastato

---

<sup>412</sup> U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., p. 21.

<sup>413</sup> U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., p. 21.

<sup>414</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 32.

<sup>415</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 42.

<sup>416</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 32 s.

dall'ottocentesca dottrina della scuola positiva<sup>417</sup>, definita anche “scuola sociologica”<sup>418</sup>.

I presupposti filosofici della scuola positiva erano fondati su una concezione di pensiero pur sempre naturalistica, ma non di stampo razionalistico, bensì concreta ed empirica, basata interamente sul fatto e sul principio di causalità, «inteso, però, in senso meccanicistico, principio che dovrebbe spiegare ogni fenomeno della vita fisica e di quella psichica, della vita individuale e di quella sociale»<sup>419</sup>, al fine di comprendere le cause del reato che dalla scuola classica non venivano considerate. Le teorie del reato proprie della scuola classica si fondavano sul concetto di libero arbitrio, in ossequio al quale il reo agisce; la dottrina della scuola positiva, invece, si basava sulla ricerca delle cause del reato, ricerca che diede vita a varie teorie: la prima fu la teoria dell'*antropologia criminale*, propria di Cesare Lombroso, secondo la quale le cause del reato andavano ricercate nelle “anomalie organiche” caratterizzanti il delinquente; viceversa, la *sociologia criminale* rintracciò le cause del reato nelle influenze ambientali subite dal delinquente;

---

<sup>417</sup> E. FLORIAN, *La parte generale del diritto penale*, Torino 1932, pp. 18 ss.; R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, cit., pp. 34 ss.; U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., p. 37 e pp. 103 ss.; C.S. KENNY, *The italian theory of crime: Cesare Lombroso*, in *The modern approach to criminal law*, London 1948, pp. 1 ss.; L. JIMÉNES DE ASÚA, *La ley y el delito, Principios de derecho penal*, 13<sup>a</sup> ed., Mexico-Buenos Aires 1980, pp. 53 ss. e p. 62.

<sup>418</sup> U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., p. 21.

<sup>419</sup> G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 26.



infine, la *psicologia criminale* cercò di rinvenire le cause del reato nella psiche del delinquente.

La scuola classica da un lato, e la scuola positiva dall'altro, estremizzano due opposti eccessi: la prima accentua l'aspetto razionalistico del giusnaturalismo, secondo il quale il diritto è considerato un valore assoluto, universale ed immutabile; viceversa, la seconda esaspera il «relativismo delle tesi storicistico-sociologiche», negando «la criminalità come disvalore» e considerandola esclusivamente alla stregua dei fattori, antropologici, psicologici e ambientali che, di volta in volta, possono condizionare il reo<sup>420</sup>; inoltre, l'eccessiva obiettivizzazione del delinquente operata dalla scienza della scuola positiva comportò, quale conseguenza, la riduzione del delitto a mero fatto naturale<sup>421</sup>.

La duplicità d'interpretazione cui si sottoponeva il naturalismo, come astrazione immanente nella natura delle cose, o come dato di fatto soggetto a costante mutevolezza, ben si riflette nella scienza penale moderna, così come scaturiva dalla disputa fra scuola classica e scuola positiva.

Tuttavia, il diritto penale ha sempre presentato «un nucleo di costanti»<sup>422</sup> immutabili nel tempo. E tale nucleo è caratterizzato dai c.d. *delitti*

---

<sup>420</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Padova 2001, p. XXVII.

<sup>421</sup> U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., p. 29.

<sup>422</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. XXVII.

*naturali*<sup>423</sup>, categoria di fatti definiti come reato in quanto offendono «beni esistenziali di ogni società organizzata»<sup>424</sup>: la vita, la tutela fisica e psichica della persona, la libertà personale, l'onore, la proprietà pubblica e privata. Tali beni trovano protezione e garanzia nella Costituzione, soprattutto per quanto concerne la tutela dei diritti di libertà, diritti di libertà da esplicarsi sia nei confronti di un'arbitraria quanto illegittima autorità statale, sia, soprattutto, nei rapporti fra i privati, affinché il diritto penale possa garantire protezione al singolo, sia come individuo, sia come cittadino.

Ecco come il diritto naturale influenza, in modo più o meno variabile, ogni aspetto del diritto positivo, in questo caso del diritto penale: tuttavia, non sempre il diritto naturale è facilmente interpretabile, e, non di meno, facilmente applicabile.

## 7. IL VALORE DEL TEMPO ALLA LUCE DEL DIRITTO NATURALE: LA PRESCRIZIONE

Il rapporto fra il diritto naturale e il diritto positivo ha numerosi, se non infiniti, risvolti nel sistema giuridico attuale. Uno di questi è caratterizzato da connotati di particolare gravità: il rapporto fra il tempo e le vicende umane cui

---

<sup>423</sup> G. BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo 1948, p. 53, è però contrario al concetto di “delitto naturale”: «Il delitto non è frutto di una constatazione sperimentale, ma di una *valutazione*; ciò presuppone la presenza di una legge a cui il fatto venga riferito (...) La dannosità di un fatto non è criterio sufficiente per affermare la sua delittuosità “naturale”. Solo la norma conta».

<sup>424</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. XXVII.

l'ordinamento attribuisce determinati effetti. In particolar modo, si inquadra in questa dinamica l'istituto della prescrizione nell'ambito del diritto penale, dunque della prescrizione del reato e della pena<sup>425</sup>. La prescrizione è un istituto controverso, profondamente discusso, poiché «consente che ogni vicenda umana assuma, per l'ordinamento, una rilevanza temporalmente limitata»<sup>426</sup>. Ora, è conforme al diritto naturale che un atto umano, in questo

---

<sup>425</sup> Estremamente ampia è la bibliografia sulla prescrizione del reato e della pena. Si veda, in particolare: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano 1975, p. 609; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § 30, *Processi e prescrizione*, Milano 1981, p. 129; F. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1962, pp. 665 ss.; G. CONSO, *Gli eccessi della prescrizione*, in *Archivio Penale*, 23, 1967, pp. 285 ss.; G. DIOTALLEVI, in *Codice Penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2005, Vol. II, Libro I, art. 157, p. 335.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Bologna 2011, p. 792; E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, Milano, I, p. 425; A. MOLARI, v. *Prescrizione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, p. 680 ss; C. GAVALDA, *La théorie de la prescription des actions en procédure pénale*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris 1956, pp. 78 ss.; R. GAROFALO, *Criminologia, Studi sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino 1885, p. 403; V. GERI, *Manuale della responsabilità penale e civile da illecito, della prescrizione e del danno*, Milano 1968, pp. 164 ss.; G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione: aspetti processuali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005 II, pp. 2221 ss.; F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, Torino 2003, p. 19; A. LEONE, *Effetti dell'estinzione del reato e della pena sulle misure di sicurezza*, in *Ann. Dir. Proc. Pen.*, 1937, pp. 408 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova 2001, p. 853; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, aggiornato da Pietro Nuvolone e Gian Domenico Pisapia, III, Torino 1986, p. 523; G. MARINUCCI, *La prescrizione riformata ovvero l'abolizione del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, pp. 976 ss.; A. NAPPI, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, in *Cassazione penale*, XLV, n. 4, Aprile 2005, pp. 1487 ss.; E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, I, Napoli 1882, pp. 392 ss, P. PISA, *Prescrizione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano XXXV, 1986, pp. 79 ss.; D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 522 ss.; S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, cit., pp. 13 ss.; A. ZERBOGLIO, *Della prescrizione penale*, Torino 1893, pp. 129 ss.

<sup>426</sup> F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., p. 19.

caso illecito, sia soggetto solo temporalmente all'applicazione della relativa pena? E, ancora, è conforme al diritto naturale che una pena già comminata, in seguito ad un avvenuto accertamento giudiziale, si estingua a causa del decorso del tempo? La risposta è negativa, ed è ciò che si intende dimostrare nella seguente analisi.

In un ordinamento di matrice romanistica<sup>427</sup>, quale è il nostro, il diritto sostanziale è intimamente connesso col diritto processuale. Gli antichi romano parlavano di *actiones*<sup>428</sup>, non di diritti. Il diritto veniva alla luce, nel mondo giuridico, solo laddove esistesse un'azione volta a tutelarlo, che garantisse l'esplicazione, nel mondo esterno, degli effetti che, a quel diritto, erano connessi.

Un istituto che deriva dal diritto romano, e che, tuttavia, proprio dal diritto romano differisce particolarmente, è, appunto, l'istituto della prescrizione, e, in particolare, della prescrizione del reato. Come riportato nel

---

<sup>427</sup> Emblematico quanto riportato da E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, cit., p. 47: «Roma è l'ultima parola della società antica. In essa si compendia tutta l'antica civiltà; ed essa serve di concatenamento tra il mondo antico e il mondo moderno»

<sup>428</sup> B. BIONDI, *La terminologia come prima dogmatica giuridica*, in *Scritti giuridici*, Milano 1965, p. 190; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, pp. 66 ss.; F. CANCELLI, *La giurisprudenza unica dei pontefici e Gneo Flavio, tra fantasie e favole romane e romanistiche*, Roma 1996, pp. 40 ss; C.A. CANNATA, *Per una storia dalla scienza giuridica europea*, cit., p. 109; P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, vol I, cit., p. 250; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, p. 30; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Romae 1955, p. 87; A.M. GIOMARO, *La tipicità delle legis actiones e la nominatio causae*, Milano 1988, p. 7; G. NOCERA, "Reddere Ius", *saggio di una storia dell'amministrazione della giustizia in Roma*, Roma 1976, p. 93; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., pp. 50 ss.; ID, *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma 1980, p. 174;

cap. I, par. 5, del presente lavoro, il diritto romano classico non conosceva questo istituto come regola generale; esso cominciò a comparire grazie a taluni interventi -inizialmente isolati- di diritto pretorio; difatti, l'istituto è spesso accostato al termine *exceptio*<sup>429</sup>. Solo dopo Diocleziano, la prescrizione assurse ad istituto generale. E, non a caso, proprio in un momento in cui cominciava ad avvertirsi la decadenza di Roma.

Dal medioevo all'epoca moderna, in Europa, il concetto di prescrizione, intimamente legato con la nozione di pena e con le funzioni da quest'ultima svolte, si è sviluppato ed ha, inevitabilmente, mutato aspetto e disciplina, sovente con l'alternarsi di dottrine a favore o contro l'istituto, in relazione al quadro socio-giuridico nel quale la prescrizione trovava applicazione<sup>430</sup>. Nel medioevo, la prescrizione fu vista con favore, e, addirittura, se ne abbreviarono i tempi. Gli effetti di tale abbreviazione non furono, tuttavia, accolti benevolmente, e si scatenò una reazione avversa all'istituto che, inizialmente, ne riallungò i tempi, per poi abolirla definitivamente, come

---

<sup>429</sup> M. AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, cit., p. 8; F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, cit., p. 215; J.A.C. THOMAS, *Prescription of Crimes in Roman Law*, in *RIDA*, 3<sup>a</sup> ser, IX, 1962, pp. 417 ss.; E. VOLTERRA, *Intorno alla prescrizione dei reati in diritto romano*, in *BIDR*, 37, 1929, p. 69.

<sup>430</sup> Per un'analisi storica dello sviluppo del concetto di prescrizione, si veda: E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 426; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, aggiornato da Pietro Nuvolone e Gian Domenico Pisapia, III, Torino 1986, p. 523; A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, 5, Torino 1893, par. 176, pp. 170 ss.; S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna 2009, pp. 67 ss.

accadde in Austria col Codice Giuseppino<sup>431</sup>. In seguito alla sua reintroduzione, si subordinò la prescrizione a determinate condizioni, ai fini della sua applicazione: il codice austriaco del 1803 esigeva che il reo non solo non avesse tratto alcun beneficio dal delitto, ma che avesse altresì risarcito il danno e che non fosse recidivo<sup>432</sup>.

Il concetto di prescrizione del reato concerne gli effetti giuridici attribuiti ad un fatto naturale, il decorso del tempo. Questi effetti sono di carattere estintivo. L'oggetto di detta estinzione varia a seconda dell'epoca in cui la prescrizione viene presa in considerazione. Nel diritto romano del basso impero, quando la prescrizione si affermò, assunse i caratteri di istituto di diritto processuale: estingueva, cioè, il potere di accusa in giudizio; non riguardava la sfera dei diritti, ma il mero aspetto processuale: decorso un determinato periodo di tempo, non era più possibile esercitare l'azione penale. In questo senso, la prescrizione apparteneva alla sfera meramente processuale. Non esisteva, invece, nel diritto romano, la prescrizione della pena.

Differente è il tenore dell'art. 157 del codice penale del 1942, ai sensi del quale «la prescrizione estingue il reato».

---

<sup>431</sup> A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, cit., pp. 170 ss.

<sup>432</sup> A. PERTILE, *op. cit.*, p. 170, osserva come anche in Italia queste condizioni applicative sarebbero dovute essere introdotte.

Nell'attuale ordinamento positivo, pertanto, la prescrizione, secondo la dottrina maggioritaria, è un istituto di *diritto sostanziale*<sup>433</sup>, nonostante taluni Autori ne evidenzino la natura ibrida, secondo la quale l'istituto, in realtà, si collocherebbe fra il diritto sostanziale e il diritto processuale<sup>434</sup>. Ciò emerge dalla lettura combinata di talune norme, in particolare gli artt. 198 c.p. e 578 c.p.p., ai sensi dei quali l'intervenuta prescrizione del reato non importa l'estinzione delle obbligazioni civili derivanti da reato, e, qualora la prescrizione intervenga nel giudizio di appello o di cassazione, dopo una sentenza di condanna emessa in primo grado, i giudici decidono ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili. Pertanto, la prescrizione «non incide sull'illiceità» del fatto<sup>435</sup>. Inoltre, ai sensi

---

<sup>433</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit., p. 609; G. DIOTALLEVI, *Codice Penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, II, Milano 2005, Libro I, art. 157, p. 335.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 523; C. GAVALDA, *La théorie de la prescription des actions en procédure pénale*, cit., pp. 78 ss.; A. MOLARI, *Prescrizione*, cit., p. 680; D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, cit., p. 523: l'Autore fa notare come «l'istituto della prescrizione, situato fra il diritto sostanziale e processuale, ha comunque una valenza di diritto sostanziale, nel senso che offre *risposta a un problema di disciplina delle conseguenze di un reato*».

<sup>434</sup> A. MOLARI, v. *Prescrizione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, p. 680 ss.; si veda, sulla duplice natura della prescrizione, F. CARRARA, *Programma sul corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, Bologna 1993, p. 545: l'Autore parla di natura “proteiforme” della prescrizione; F. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, cit., p. 681; F. GIUNTA E D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, cit., pp. 63 ss.; estremamente efficace è la metafora utilizzata da G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione: aspetti processuali*, in *Giurisprudenza Italiana*, cit., p. 2221 s., secondo il quale la prescrizione è «l’“ornitorinco” del nostro sistema penale».

<sup>435</sup> G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, cit., p. 2221.

dell'art. 531 c.p.p., se il reato è estinto, il giudice pronuncia sentenza di non doversi procedere, utilizzando così la stessa formula per il difetto di una condizione di procedibilità, prevista ex art. 529 c.p.p.<sup>436</sup>

Questo complesso istituto si inquadra nel più ampio tema, concernente il rapporto fra la *prevenzione* e la *repressione* del reato, le quali costituiscono la *ratio* ed il fine ultimo del diritto penale positivo.

Così scriveva Enrico Pessina<sup>437</sup>, nel 1882: «Gli elementi di cui il diritto penale si compone sono tre. Il primo è quello che rende necessaria la punizione, cioè il *delitto*, la trasgressione dei dettati che formano il contenuto positivo del diritto. Il secondo è il rimedio che la società umana suole apportarvi, cioè la *pena*. Ed il terzo è la serie dei mezzi per ottenere che il delitto non sfugga alla punizione», poiché, come l'Autore spiega, «costante mezzo per assicurare la signoria del Diritto, quando esso è violato dalle trasgressioni che l'uomo commette dei suoi precetti, è la *punizione del delitto*».

La prescrizione, che può concernere sia l'estinzione del reato sia l'estinzione della pena, per decorso del tempo, è collocata, dal Pessina, fra gli *ostacoli* all'esercizio dell'azione penale<sup>438</sup>. Questa nomenclatura comparve

---

<sup>436</sup> IBID., *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, cit., p. 2221.

<sup>437</sup> E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, cit., p. 6 s.

<sup>438</sup> E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, cit., pp. 392 ss.



anche nell'art. 91 del codice penale del 1989, il quale enunciava che «la prescrizione estingue l'azione penale». Evidente appariva la derivazione romanistica dell'istituto, la quale postulava che gli effetti della prescrizione, anteriormente al codice del 1942, fossero esclusivamente processuali.

L'esistenza di detto istituto viene giustificata su tre livelli: il livello processuale e probatorio, il livello morale e psicologico, il livello sociale. Per il primo livello, riguardante la prescrizione del reato, la *ratio* della prescrizione consisterebbe in ciò, che, decorso un periodo di tempo eccessivamente lungo, l'accertamento del reato e delle prove ad esso connesse risulterebbe difficile, finanche impossibile; il secondo livello, più complesso, riguarda la natura della pena stessa. La pena, definita da Grozio<sup>439</sup> *malum passionis quod infligitur ob malum actioni*, cioè un dolore morale, (un *male* morale), che deve essere inflitta all'autore di un'azione delittuosa, consiste appunto in una sofferenza che il reo deve scontare<sup>440</sup>. In questo caso, si ritiene che il colpevole abbia già sopportato «un equivalente della pena pronunciata, per le ansie e i pericoli» corsi fra il momento di commissione del reato e la sentenza, tardiva, di condanna<sup>441</sup>.

---

<sup>439</sup> H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, libri tres in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur, cit., II, 20, I, p. 462.

<sup>440</sup> Si veda G. D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, cit., p. 2: la pena è «un male che taluno soffre atteso un passato suo misfatto»; e p. 11: «e in verità taluno commettendo un atto ingiusto fa un atto contrario al suo dovere, vale a dire, contrario al risultato di rapporti morali dell'ordine, e perciò tale che la Natura non solamente non può approvarlo, ma espressamente lo vieta».

Per il terzo livello, prevarrebbe l'efficacia temporale dell'oblio sulla necessità di punire il colpevole anche a distanza di tempo: col passare del tempo, infatti, il ricordo del reato si affievolirebbe, fino a scomparire del tutto, trascinandolo via con sé l'interesse dello Stato alla punizione dell'atto illecito<sup>442</sup>. È proprio sulla base del preteso affievolimento dell'interesse statale alla punizione del reato e del contestuale allarme sociale, che la prescrizione viene maggiormente giustificata, in quanto non può essere ritenuto sufficiente un'eventuale (nonché arbitrariamente presunta) emenda del reo<sup>443</sup>.

Infine, la prescrizione è stata giustificata sulla base di un concetto assai più complesso: la ragionevole durata del processo.

Tuttavia, non tutti gli Autori condividono le *rationes* menzionate, né la ragion d'essere, di questo controverso istituto.

Una parte della dottrina<sup>444</sup> ritiene che la prescrizione sia incompatibile, divergente, con la natura stessa della pena e del diritto penale, in quanto, se la

---

<sup>441</sup> E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, cit., p. 395.

<sup>442</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 608.

<sup>443</sup> G. BETTIOL, *Diritto Penale, Parte generale*, Padova 1978, p. 805.

<sup>444</sup> Forte è la critica di E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale, Dei reati e delle pene*, cit., p. 428 ss, e di C. GAVALDA, *La théorie de la prescription des actions en procédure pénale*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris 1956, p. 113; G. CONSO, *Gli eccessi della prescrizione*, cit., pp. 285 ss.; E. FASSONE, *Troppi i processi che muoiono per prescrizione*, in *Diritto e processo penale*, 2, 1996, pp. 242 ss; G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, cit., p. 2221: l'istituto della prescrizione «non potrebbe con pari plausibilità essere annoverato tra i rimedi e tra gli ostacoli di una giustizia sollecitata?»; G. MARINUCCI, *La prescrizione riformata ovvero l'abolizione del diritto penale*,

pena costituisce un deterrente alla commissione di azioni delittuose, la prescrizione dà adito ad una speranza di impunità, estremamente pericolosa per l'ordine sociale, costituendo, in non pochi casi, «una sorta di depenalizzazione di fatto»<sup>445</sup>.

Se, infatti, la pena giuridica è considerata come *noxae vindicta*<sup>446</sup>, laddove *vindicta* non significa “vendetta” in senso moderno<sup>447</sup>, ma l'atto del *vim dicere noxae*, cioè la garanzia di una risposta giuridica ad un atto antiggiuridico, appare evidente come l'istituto della prescrizione costituisca un'eccezione ad una regola imprescindibile per la civile convivenza, cioè la punizione del delitto e l'inderogabilità del diritto penale. Il decorrere del tempo non può eliminare, dal mondo giuridico, gli effetti -dannosi- di un'azione delittuosa. G. B. Vico affermava che la pena viene inflitta proprio per diritto naturale: *omnes peccantes ob id ipsum, quod omnes ignorantes peccant, jure naturali necessario poena manet*<sup>448</sup>. La prescrizione è, pertanto, contro la stessa naturalità del diritto, la cui forza è la sua *applicazione*. La

---

cit., pp. 976 ss.; A. NAPPI, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, cit., pp. 1487 ss.;

<sup>445</sup> E. FASSONE, *Troppi i processi che muoiono per prescrizione*, cit., p. 242.

<sup>446</sup> Ulpiano, *De verborum significatione*, in D. 50.16.131.

<sup>447</sup> Il cui crudo e cieco perseguimento costituirebbe indice di “inferiorità intellettuale”, secondo V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 523.

<sup>448</sup> G. B. VICO, *Dell'unico principio e dell'unico fine dell'universo diritto*, trad. it. e commento di C. Giani, Milano 1855, par. LXIX, p. 320.

certezza del diritto deve essere garantita dalla sua applicazione, non da un oblio immeritato, cagionato da termini prescrittivi suscettibili, *de jure condendo*, di mutamenti da parte di un'attività legislativa che può assurgere ad arbitraria imposizione di parte. Se, infatti, a causa della prescrizione, «dopo il decorso di un determinato periodo di tempo, più o meno lungo a seconda della gravità dell'imputazione, viene a cadere la stessa possibilità di giudicare l'imputato, anche in presenza di prove schiaccianti»<sup>449</sup>, essa rappresenta «un premio dato all'abilità, alla furberia, alla ricchezza, doti e condizioni, queste, che facilitano la fuga»<sup>450</sup>.

L'istituto deve essere riletto alla luce della funzione della pena. È proprio attraverso l'analisi del principio retributivo della pena, che si intende dimostrare la tesi di cui sopra. Infatti, anche dinanzi alle citate ragioni, giustificative della prescrizione, non è più possibile, attualmente, legittimare le «odierne degenerazioni applicative che hanno trasformato la prescrizione in uno strumento di capziosa elusione processuale»<sup>451</sup>, soprattutto a fronte dei gravissimi effetti della prescrizione, la quale, costituendo il «negativo stesso della punibilità», comporta che, decorso un certo periodo di tempo, viga la

---

<sup>449</sup> G. CONSO, *Gli eccessi della prescrizione*, cit., p. 285; G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, p. 2221.

<sup>450</sup> E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 428.

<sup>451</sup> F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., p. 21.

presunzione che la pena non possa più assolvere allo scopo per il quale era stata prevista<sup>452</sup>.

Anzitutto, la tesi probatoria non può trovare fondamento, nel nostro ordinamento: se pure il legislatore ha inteso determinare a priori l'inidoneità di determinate prove, il cui utilizzo sarebbe non solo inutile, ma pericoloso, questo contrasta con il principio del libero convincimento del giudice, poiché, «in una situazione di evidenza probatoria, [...] il giudice deve prosciogliere o dichiarare che il fatto non sussiste, o l'imputato non lo ha commesso o il fatto non è previsto dalla legge come reato; il che equivale ad ammettere che l'utilizzazione di prove per avventura formatesi anche in tempi molto lontani non viene affatto preclusa *in limine*, ma resta pur sempre rimessa al prudente apprezzamento del giudice»<sup>453</sup>. Inoltre, lo scorrere del tempo rende più difficile reperire la prova da parte dell'accusa: la prescrizione non fa che formalizzare un effetto garantista per l'imputato già realizzatosi *in natura*<sup>454</sup>.

Parimenti, è fortemente respinta la teoria dell'espiazione morale o indiretta: viene considerata una «presunzione assolutamente arbitraria»<sup>455</sup>.

---

<sup>452</sup> F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., p. 22.

<sup>453</sup> A. MOLARI, *Prescrizione*, cit., p. 683.

<sup>454</sup> Sul punto, G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, cit., p. 2221.

<sup>455</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 530, n.5.

Infine, viene respinta la teoria dell'oblio: questa, se può valere per i reati di minore gravità<sup>456</sup>, non riguarda i reati puniti con l'ergastolo, per i quali vige l'imprescrittibilità; ciò è un inequivocabile indice del fatto che «non poche volte la scoperta, sia pure a notevole distanza di tempo, degli autori di un reato riaccende istanze retributive che si vorrebbero svanite con lo scorrere degli anni»<sup>457</sup>. La prescrizione si basa, appunto, su due presunzioni: la presunzione che le ragioni giustificative su riportate (la difficoltà di reperire prove sufficienti, il preteso affievolimento dell'interesse statale alla punizione del reo dovuto all'oblio del reato medesimo, la dubbia sofferenza morale che ha accompagnato il reo e che si sarebbe così sostituita alla pena medesima e l'eventuale redenzione del reo) si siano verificate, e la presunzione astratta che, in un determinato periodo di tempo, il ricordo del reato si sia cancellato dalla memoria della coscienza sociale<sup>458</sup>. Viceversa, sarebbe necessario che queste condizioni costituissero la realtà, e non una mera presunzione, in considerazione del fatto che, a causa della prescrizione, «il reato viene meno *non* per ragione intrinseca, ma per ragione affatto estrinseca ed estranea», poiché «la colpevolezza, nel senso morale e giuridico, rimane intera»<sup>459</sup>.

---

<sup>456</sup> Così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § 30, *Processi e prescrizione*, cit., p. 129.

<sup>457</sup> P. PISA, *Prescrizione*, cit., p. 80.

<sup>458</sup> E. FASSONE, *Troppi i processi che muoiono per prescrizione*, cit., p. 243.

<sup>459</sup> E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, cit., 429: «la prescrizione, come presunzione e causa assoluta d'impunità, sembra a noi inammissibile». Nello stesso senso, A. ZERBOGLIO,

Lo stesso dettato normativo presenta dati contrastanti: proprio dall'imprescrittibilità dei reati puniti con l'ergastolo si evince l'inesistenza di una *ratio* unitaria che possa giustificare l'istituto, poiché sarebbe insufficiente ravvisarla nella «valutazione di (astratta) gravità oggettiva»<sup>460</sup>, concernente i reati per i quali opera, invece, la prescrizione. Un'altra incongruenza è costituita dall'art. 170 c.p. Se, infatti, la causa estintiva di un reato non si estende né ad un altro reato, di cui il primo è presupposto, né al reato di cui costituisce elemento costitutivo o circostanza aggravante, né, ancora, all'aggravamento di pena derivante da connessione, quand'anche taluno fra più reati connessi sia estinto, significa che la prescrizione, quale causa estintiva, opera «rispetto al reato quale fattispecie costitutiva dell'effetto di diritto sostanziale convenzionalmente denominato “punibilità”»<sup>461</sup>.

È pur vero che la prescrizione potrebbe trovarsi, in astratto, in armonia col principio rieducativo della pena: non si può escludere che, decorso un certo periodo di tempo, la personalità dell'autore del reato possa esser cambiata, e dunque risulti inutile l'applicazione di una misura rieducativa; tuttavia, sarebbe necessario un accurato esame della personalità del reo, dal quale si evinca, con certezza, la sua non pericolosità sociale. Eppure,

---

*Della prescrizione penale*, cit., pp. 129 ss; R. GAROFALO, *Criminologia, Studi sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, cit., pp. 403 ss.

<sup>460</sup> P. PISA, v. *Prescrizione*, cit., p. 81.

<sup>461</sup> A. MOLARI, v. *Prescrizione*, cit., p. 681.

nell'ordinamento italiano, la prescrizione travolge anche le misure di sicurezza, senza che vi siano previsioni legislative circa la necessità di un eventuale esame sulla personalità del reo<sup>462</sup>. E, in questo modo, la prescrizione collide, inevitabilmente, anche con la funzione rieducativa della pena: a causa della morte giuridica del reato provocata dalla prescrizione, non è possibile, per l'ordinamento, perseguire quella finalità che, assieme al principio di retribuzione, è auspicata dall'art. 27 Cost.

Parte della dottrina ha individuato, pertanto, la *ratio* dell'istituto nella necessità di garantire la ragionevole durata del processo<sup>463</sup>. Tuttavia, anche questa giustificazione sembra crollare. La prescrizione non giova alla celerità del processo. Viceversa, ne vanifica i sofferti risultati raggiunti, poiché, laddove la prescrizione sopraggiunga nel momento in cui il processo giunga a conclusione, travolgendolo, renderebbe inutile il dispendioso svolgimento del medesimo<sup>464</sup>; allo stesso modo, la prescrizione della pena non troverebbe, sulla base di questo presupposto, ragion d'essere, sia perché il processo in

---

<sup>462</sup> A. MOLARI, *Prescrizione*, cit., p. 684; si veda, inoltre, A. LEONE, *Effetti dell'estinzione del reato e della pena sulle misure di sicurezza*, cit., pp. 408 ss.

<sup>463</sup> S. SILVANI, *Il giudizio del tempo*, p. 146: «Le norme sulla prescrizione dei reati costituiscono l'espedito di carattere formale escogitato dal nostro legislatore per realizzare quella finalità di carattere sostanziale, costituita dalla "durata ragionevole" del processo, che è tutelata dall'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo e che è da tale norma riconosciuta all'imputato quale suo diritto soggettivo perfetto».

<sup>464</sup> Cfr., al riguardo, D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, cit., p. 525: «La prescrizione [...] non funziona e non può funzionare come strumento che assicura la "ragionevole durata del processo". Al contrario, è la ragionevole durata del processo che dovrebbe evitare la scadenza dei termini di prescrizione».



senso stretto è già concluso, sia perché la prova è già stata raggiunta, e la colpevolezza accertata e dichiarata. L'imputato colpevole, contando sull'intervento della prescrizione, sarà dissuaso dal ricorrere a riti alternativi, caratterizzati appunto dalla celerità, rispetto ai riti ordinari, con conseguente aumento, volontario, dei tempi processuali. La stessa previsione di cui all'art. 157, comma 7, c.p., che consente all'imputato di rinunciare alla prescrizione, costituisce un ossimoro con la supposta funzione dell'istituto di garanzia della ragionevole durata del processo<sup>465</sup>.

La ragionevole durata del processo non può, inoltre, essere predisposta a priori sulla base della gravità del reato, «poiché il criterio di ragionevolezza dipende dalle circostanze concrete della fattispecie», le quali constano di un ampio numero fattori, quali, ad esempio, la complessità dell'accertamento probatorio, la presenza di più imputati, «la condotta dell'autorità giudiziaria e quella della parti», che incidono sulla dinamica processuale<sup>466</sup>. La prescrizione diventa, in questo senso, uno strumento di impunità *ex lege*, poiché favorita

---

<sup>465</sup> A. NAPPI, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, cit., p. 1488.

<sup>466</sup> G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, cit., p. 2221: l'Autore è fortemente contrario alla giustificazione della ragionevole durata del processo quale *ratio* legittimante la prescrizione; si veda, inoltre, S. SILVANI, *Il giudizio del tempo*, cit., p. 140: «La logica deflativa che, secondo alcuni, ispirerebbe la prescrizione nel suo operare all'interno di un sistema ipertrofico, risulta una prospettiva realistica a condizione che i tempi di estinzione del reato non si intersechino con quelli dell'accertamento giudiziale: dunque solo quando il tempo prescrizione è già completamente decorso prima dell'avvio del processo penale». Poi, p. 138 ss.: «...Il suo effetto risolutivo per l'imputato (ossia la fuoriuscita dal sistema penale), viene spesso, artatamente perseguito dalle difese proprio attraverso una dilatazione dei tempi processuali»; in questo senso, anche A. NAPPI, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, cit., p. 1488.

dalla possibilità di una dilatazione arbitraria dei tempi processuali, pienamente sfruttabile dall'imputato. Le stesse impugnazioni possono venire utilizzate quali strumenti dilatori<sup>467</sup>: nell'attuale situazione, l'impugnazione «assolve non tanto ad una funzione di correzione dell'errore, quanto a quella di differimento del giudicato»<sup>468</sup>.

Storicamente, la prescrizione trovava applicazione, in ambito penale, a causa di una visione pancivile di tutto il diritto, in ossequio alla quale la sanzione da infliggere al titolare del diritto per la sua inerzia, si estenderebbe anche al titolare del diritto di punire, dunque lo Stato, in un ambito, quale il diritto penale, «dominato da esigenze tutt'affatto diverse»<sup>469</sup>.

Ma questo aspetto contrasta con la funzione retributiva della pena, che deve prevalere, in un ottica di generalprevenzione, di repressione del reato, di tutela della vittima, di rispetto della legge, e delle istanze di difesa sociale e di tranquillità degli individui, rispetto ad un principio delicato quale quello del *favor rei*.

L'essenza medesima della repressione consiste nel bisogno di giustizia, mentre «lo scopo della rieducazione e della cura postula invece per definizione un trattamento individualizzato al massimo»<sup>470</sup>.

---

<sup>467</sup> G. CONSO, *Gli eccessi della prescrizione*, p. 285.

<sup>468</sup> E. FASSONE, *Troppi i processi che muoiono per prescrizione*, cit., p. 242.

<sup>469</sup> A. MOLARI, *Prescrizione*, cit., p. 683.

<sup>470</sup> IBID., *Prescrizione*, cit., p. 684.

La funzione precipua della pena è quella di *prevenzione generale*<sup>471</sup>, la cui *ratio* consiste nella presunzione che l'idea della pena possa distogliere i consociati dal compiere atti antigiuridici<sup>472</sup>. Al riguardo è esplicita la Relazione al Codice Penale: «Delle varie funzioni, che la pena adempie, le principali sono certamente la funzione di intimidazione generale, che si esercita mediante l'intimidazione derivante dalla minaccia e dall'esempio, e la funzione c.d. satisfattoria, che è anch'essa, in un certo senso, di prevenzione generale, perché la soddisfazione che il sentimento pubblico riceve dall'applicazione della pena, evita le vendette e le rappresaglie [...]»<sup>473</sup>.

Ed ecco la prima contraddittorietà del sistema italiano. La prescrizione del reato (e della pena) costituisce una speranza di impunità. E, come asseriva R. Garofalo, «le probabilità d'impunità sono tante che chi non abbia altro motivo per astenersi dal delitto veramente non può lasciarsi distogliere dal

---

<sup>471</sup> Si veda, in proposito, K. LÜDERSSEN, *La funzione di prevenzione generale del sistema penale*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna 1980, p. 13 ss.; W. NAUCKE, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., pp. 49 ss.; F. STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in AA. VV., *Teoria e prassi della prevenzione dei reati*, cit., pp. 99 ss.

<sup>472</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., p. 698.

<sup>473</sup> *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli (Rocco) presentata all'udienza del 19 Ottobre 1930- VIII per l'approvazione del testo definitivo del Codice Penale*, in *Lavori preparatori del codice penale*, Roma 1930, p. 22.

pensiero della pena»<sup>474</sup>. Con la prescrizione del reato, e, ancor di più, con la prescrizione della pena, lo Stato rinuncia alla finalità suddetta della pena, quella di prevenzione generale, nonché alla funzione satisfattoria della medesima. Nell'inevitabile contemperamento degli interessi, dal quale sorgono le norme, viene tenuto in scarsa considerazione l'interesse punitivo dello Stato, ed ancora meno viene tutelato l'interesse della vittima affinché sia fatta giustizia, rispetto all'interesse del reo di essere punito «entro limiti temporali definiti»<sup>475</sup>. E questo stato di incertezza può cagionare, come effettivamente cagiona, una involuzione della civiltà, poiché può dar luogo a fenomeni di vendetta privata, causati da una crescente sfiducia nella protezione statale<sup>476</sup>. Lo stesso articolo 111 Cost. prevede un fine, la ragionevole durata del processo<sup>477</sup>, che la prescrizione non assolve né può assolvere, perché «un conto è la funzione di stabilità sociale che può essere svolta dalla non perseguibilità di fatti ormai lontani nel tempo; un conto è l'interesse della persona accusata di un reato ad essere giudicata entro un

---

<sup>474</sup> R. GAROFALO, *Criminologia, Studi sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, cit., p. 403.

<sup>475</sup> S. SILVANI, *Il giudizio del tempo*, cit., p. 52.

<sup>476</sup> Estremamente chiaro è G. MARINUCCI, *La prescrizione riformata ovvero l'abolizione del diritto penale*, cit., p. 976, il quale rileva come, a lungo andare, la "morte giuridica" dei reati, cagionata dalla prescrizione, «minerebbe la tenuta stessa della nostra convivenza».

<sup>477</sup> Sul punto, V. GREVI, *Il principio della «ragionevole durata» come garanzia del «giusto processo» penale*, in *Cassazione Penale*, XLII, 10, Ottobre 2003, pp. 3204 ss.

determinato termine»<sup>478</sup>. La prescrizione non è che un mezzo, previsto non costituzionalmente ma dalla legge ordinaria, un mezzo che, alla luce dell'attuale disciplina normativa, non assolve alla sua funzione deflativa dei processi, ma all'indebito perseguimento dell'impunità da parte dell'imputato che ben sfrutta le dinamiche dilatorie dei tempi processuali, previste dall'ordinamento<sup>479</sup>.

L'art. 111 Cost., oltre a tutelare il principio della ragionevole durata del processo, tutela anche il principio del contraddittorio, ai fini di una formazione della prova maggiormente completa ed esauriente. Ed ecco, dunque, la seconda contraddittorietà del sistema italiano: la prescrizione pone in conflitto le due esigenze, di celerità del processo per garantire la funzione retributiva e rieducativa della pena, e di necessaria cura (e, conseguentemente, di un tempo adeguato) ai fini della formazione della prova. Pertanto, ciò che si deve evitare, per garantire una durata del processo ragionevole e congrua per la formazione della prova, è il c.d. «abuso del processo», abuso che, nella situazione attuale, è dovuto, come sopra riportato, ai poteri, forse eccessivi, di dilatazione temporale, di cui le parti dispongono<sup>480</sup>, in particolare taluni poteri

---

<sup>478</sup> G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, cit., p. 2221.

<sup>479</sup> A. NAPPI, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, cit., p. 1488.

<sup>480</sup> A. NAPPI, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, cit., p. 1489: l'Autore evidenzia come il problema dell'abuso vada risolto non *de jure condendo*, poiché un intervento legislativo che inserisse nuove regole formali potrebbe dare adito a nuovi abusi, ma per mezzo di rimedi imposti dalla prassi e dalla giurisprudenza, che risolvano, cioè, il problema su un «piano culturale».

difensivi che configgono con l'esigenza, tutelata costituzionalmente, di una adeguata correttezza ed efficienza processuale.

Alla luce dei dati emersi, conseguono, inevitabilmente, talune riflessioni.

Nel diritto romano, il diritto è concepito come *ars boni et aequi*, cioè come ciò che risulta «socialmente giusto»<sup>481</sup>. La giustizia si attua quando le leggi tutelano situazioni giuridiche soggettive avvertite come diritti dalla coscienza sociale; tuttavia, è pur vero che, al di là di un astratto dogmatismo, vi sono delle costanti socio-giuridiche, dalle quali si evince l'universalità di determinati precetti. Le diverse, e discusse, concezioni sulla prescrizione, e, più in generale, sugli effetti giuridici attribuiti dall'uomo al tempo, ne costituiscono un esempio significativo. Ma, attualmente, a quale esigenza risponde la prescrizione? Crollate tutte le giustificazioni addotte sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, emerge un istituto che contrasta sia con l'esigenza, immanente nella coscienza sociale, di giustizia e di riparazione del danno cagionato da una condotta illecita, sia con l'esigenza di "recuperare" e rieducare il reo attraverso l'applicazione di una pena, necessaria in un'ottica di prevenzione speciale. Si deve, allora, discutere sul temperamento di interessi: quale prevale? Il principio del *favor rei*, o l'interesse pubblico alla punizione del reato e, dunque, alla soddisfazione di istanze di giustizia sulle

---

<sup>481</sup> B. BIONDI, *Il diritto romano*, Bologna 1957, p. 23.

quali si basa una convivenza civile e pacifica? Probabilmente, il principio che meglio corrisponde al diritto naturale è il secondo.

E una maggiore attenzione al diritto naturale, in un'epoca quale la nostra, che, in preda a cambiamenti eccessivamente celeri, rischia di perdere le fondamenta stesse della sua essenza, può condurre all'attuazione di una maggiore giustizia, fine ultimo e *ratio* del diritto medesimo.

E il diritto, nella sua formazione legislativa e nella sua applicazione interpretativa, deve perseguire, nel necessario contemperamento di interessi, la giustizia.

Ma quale giustizia? «Non quella astratta predicata dai filosofi, né quella meramente soggettiva di qualche solitario pensatore, ma quella suggerita dalla coscienza sociale, che per il giurista non è formula verbale, che serve a nascondere la volontà della legge o dell'interprete, ma è una realtà viva ed operante, alla cui interpretazione il giurista è appunto chiamato»<sup>482</sup>.

---

<sup>482</sup>B. BIONDI, *Scienza giuridica come arte del giusto*, cit., p. 150.

## BIBLIOGRAFIA

E. ALBERTARIO, *Concetto classico e definizioni postclassiche del ius naturale*, in *Studi di diritto romano*, Milano 1937, pp. 279 ss.

ID., *Sul concetto di ius naturale*, in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere (RIL)* 1924 LVII, pp. 168 ss.

F. AMARELLI, *I problemi di metodo per lo studio delle fonti relative ai rapporti fra cristianesimo e diritto romano*, in *La ricerca sulla tarda antichità*, Napoli 1989, pp. 11 ss.

M. AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano 1958.

ID., *Prescrizione (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV.

G. AMBROSETTI, *Diritto naturale cristiano*, Roma 1964.

ID., *La storia del Diritto Naturale nella storia dell'occidente*, in *Jus*, XVI, 1963, pp. 318 ss.

F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano 1975.

G.G. ARCHI, *Storia del diritto romano e storia dei diritti antichi da Wenger a noi*, in *Studi Donatuti*, Milano 1973, pp. 39 ss.

G. AZZARITI-G. SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in *A. Scialoja-G. Branca, Commentario del Codice civile*, 6 (art. 2900-2969), Bologna-Roma 1953, pp. 543 ss.



- G. BAVIERA, *Contributo critico alla storia della 'lex XII Tabularum'*, in *Studi in onore di S. Perozzi nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo 1925, pp. 1 ss.
- J. BAYET, *La religione romana. Storia politica e psicologica*, trad. it. di G. Pasquinelli, Torino 1992.
- M. BAZZOLI, *Aspetti della recezione di Pufendorf nel settecento italiano*, in AA.VV., *Dal «De jure naturae et gentium» di Samuel Pufendorf alla codificazione prussiana del 1794*, Padova 2005.
- C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1999.
- E. BETTI, *Diritto romano*, Padova 1935.
- ID., *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, in *Studi Chiovena*, Padova 1927, pp. 100 ss.
- G. BETTIOL, *Diritto penale*, XI ed., Padova 1982.
- ID., *Il problema penale*, in *Scritti*, II, Palermo 1948, pp. 620 ss.
- F. BIANCHI, G. COLLI, *Per una bibliografia dei trattati giuridici pubblicati nel 16. Secolo*, Milano 1994.
- B. BIONDI, *Delitti e pene*, in *Il diritto romano*, Bologna 1957, pp. 541 ss.
- ID., *Diritto romano cristiano*, Milano 1952.
- ID., *Esistenzialismo giuridico e giurisprudenza romana*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, I, Padova 1950, pp. 96 ss.
- ID., *Il diritto romano*, Bologna 1957.

ID., *Interpretatio prudentium e legislazione*, in *Scritti giuridici*, Milano 1965, pp. 333 ss.

ID., *Iudicia bonae fidei*, Palermo 1920.

ID., *Ius*, in *Nuovo Digesto Italiano*, IX, Torino 1938-XVII.

ID., *La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana*, in *RIDA* IV, 1950, pp. 129 ss.

ID., *La giuridicità del Vangelo*, in *Scritti Giuridici*, IV, Milano 1965, pp. 683 ss.

ID., *La terminologia romana come prima dogmatica giuridica*, in *Scritti Giuridici*, I, Milano 1965, pp. 187 ss.

ID., *Prospettive romanistiche*, Milano 1933.

ID., *Questioni di metodo*, in *Scritti giuridici*, Milano 1965, pp. 325 ss.

ID., *Scienza giuridica come arte del giusto*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche* 9, 1958, pp. 150 ss.

A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968.

ID., *Riflessioni minime sul concetto di aequitas*, in *Studi Donatuti*, Milano 1973.

E. BLOCH, *Diritto naturale e dignità umana*, Trad. it. di G. Russo, Torino 2005.

N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1977.

ID., *Il diritto naturale nel secolo XVIII*, Torino 1947.

ID., *Il giusnaturalismo moderno*, Torino 2009.

- ID., *La consuetudine come fatto normativo*, Torino 2010.
- ID., *Origine e caratteri della Costituzione*, in *Dal fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche*, Milano 1997, pp. 159 ss.
- ID. *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Milano 1979.
- ID., *Teoria della scienza giuridica*, Torino 1950.
- G. BONFANTE, *Diritto romano e diritto indoeuropeo*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano 1962, pp. 85 ss.
- P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1943.
- ID., *Aequitas*, in «*Scritti giuridici vari*», IV, Torino 1918, pp. 124 ss.
- F. BONIFACIO, *Ius quod ad actiones pertinent*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano 1962, pp. 97 ss..
- U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1937.
- ID., *Premesse relative allo studio dell'influenza del cristianesimo sul diritto romano*, in *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, II, Milano 1947, pp. 1 ss.
- M. BRETONE, *Sesto Elio e le XII Tavole*, in *Per la storia del pensiero giuridico Romano, dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, *Atti del seminario di San Marino, 7-9 gennaio 1993*, a cura di D. Mantovani, Torino 1993, pp. 17 ss.
- A. BURDESE, *Ius naturale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IX.
- J.J. BURLAMAQUI, *Principj del diritto naturale*, Vol. I, Catania 1849, p. 19.
- E. BETTI, *Ius civile ius honorarium*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, Milano 1946, pp. 597 ss.

P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli 1965, pp. 598 ss.

F. CALASSO, *Equità*, in *Enciclopedia del diritto*, XV.

F. CANCELLI, *Per l'interpretazione del De legibus di Cicerone*, in *RCCM*, XV, 1973, pp. 185 ss.

ID., *Le leggi di Antigone e il diritto naturale*, Roma 2000.

ID., *La giurisprudenza unica dei pontefici e Gneo Flavio, tra fantasie e favole romane e romanistiche*, Roma 1996.

C.A. CANNATA, *La giurisprudenza romana e il passaggio dall'antichità al medioevo*, Torino 1976.

ID., *Per una storia della scienza giuridica europea, dalle origini all'opera di Labeone*, I, Torino 1997.

A. CARCATERRA, *Iustitia nelle fonti e nella storia del diritto romano*, in *Atti Congresso Verona*, 2, Verona 1948, pp. 37 ss.

ID., *Il coefficiente*, in *SDHI*, 56, 1990, pp. 147 ss.

ID., *L'analisi dello ius e della lex in elementi primi (Celso, Ulpiano, Modestino)*, in *SDHI* 46, 1980, pp. 250 ss.

ID., *Le definizioni dei giuristi Romani, metodi, mezzi, fini*, Napoli 1966.

S. CARBONARO, *I rapporti civili e i rapporti politici*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, I, Firenze 1950, pp. 121 ss.

G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Milano 1863.

F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, 3<sup>a</sup> ed., Prato 1878.

ID., *Programma del corso di diritto criminale, Del delitto, della pena*, Bologna 1993.

F. CASAVOLA, *I giuristi adrianei, con note di prosopografia e bibliografia, su giuristi del II sec. a.C.*, Napoli 1980.

P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, Torino 1960.

A. CENDERELLI, B. BISCOTTI, *Produzione e scienza del diritto: storia di un metodo*, Torino 2005.

P. CERAMI, «*Lex aeterna*» e «*ius naturale*»: *alle radici della giuridicità*, in *Index* 2006, 34, pp. 77 ss.

ID., *La concezione celsina del ius, presupposti culturali ed implicazioni metodologiche*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 38, 1985, pp. 10 ss.

W. CESARINI SFORZA, *Ius*, in *Enciclopedia del diritto*, XII.

ID., «*Ius*» e «*directum*»: *note sull'origine storica dell'idea di diritto*, Bologna 1930.

O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano 2002.

F.B. CICALA, *Il concetto di libertà*, in *Commentario, sistematico alla Costituzione italiana*, I, Firenze 1950, pp. 26 ss.

P. CIPRIANO, *Fas e nefas*, Roma 1978.

U. COLI, *Regnum*, in *Scritti di diritto romano*, I, Milano 1973.

G. CONSO, *Gli eccessi della prescrizione*, in *Archivio Penale*, 23, 1967, pp. 285 ss.

F CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1962, pp. 665 ss.

E. COSTA, *Cicerone Giureconsulto*, Nuova edizione riveduta e ampliata dall'Autore e in parte postuma, I, Roma 1964.

G. CRIFÒ, *A proposito di humanitas*, in "Ars boni et aequi", *Festschrift für W. Waldstein*, Stuttgart 1993, pp. 79 ss.

ID., *Diritti della personalità e diritto romano cristiano*, in *BIDR*, LXIV, 1961, 38, pp. 41 ss.

ID., *Profili del diritto criminale romano tardo antico*, in *Diritto romano e identità cristiana*, Roma 2005, pp. 81 ss.

F. D'IPPOLITO, *Sextus Aelius Catus*, in *Labeo* 17, 1971, pp. 270 ss.

ID., *I giuristi e la città, ricerche sulla giurisprudenza romana della repubblica*, Napoli 1978.

D. DALLA, *Scientia e notitia nella definizione di iurisprudencia (D.1.1.10.2)*, in *Normazione e interpretazione del diritto, dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, I, Napoli 1997, pp. 159 ss.

P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma 1959.

ID., *Legge delle XII tavole*, in *Enciclopedia giuridica Italiana*, IV.6, Milano 1913, pp. 1 ss.

ID., *Sintesi storica del diritto romano*, 3a ed., Roma 1965.

F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937.

- G. DEL VECCHIO, *Diritto naturale e unità europea*, Milano 1958.
- G.P. DEMURO, *Il dolo, Svolgimento storico del concetto*, I, Milano 2007.
- R. DEVELIN, *Mos maiorum mutatus tradition and the basis of change in the roman constitution 287-201 b. C.*, Ann Arbor 1979.
- V. DEVILLA, *Aequitas naturalis, Scritti di diritto ed economia in onore di F. Mancaloni*, Sassari 1938.
- G. DIOTALLEVI, in *Codice Penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, II, Libro I, Milano 2005, art. 157.
- A. DONATI, *Giusnaturalismo e Diritto Europeo*, Milano 2002.
- G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, trad. it., Milano 1977.
- A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris 2001.
- S. FASCE, v. *Nascor*, in *Enciclopedia Virgiliana*, III, Roma 1996, pp. 665 ss.
- G. FALCONE, *La vera philosophia dei sacerdotes iuris*, in *Annali del Dipartimento di Storia del Diritto dell'Università di Palermo* 49, 2004, pp. 43 ss.
- E. FANTHAM, *Aequabilitas in Cicero's political theory and the Greek tradition of proportional justice*, in *CQ* XXIII, 1973, pp. 285 ss.
- G. FASSÒ, *Giusnaturalismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, pp. 1106.
- ID., *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in *Scritti di filosofia del diritto*, II, Milano 1982, pp. 1017.

ID., *La legge della ragione*, in *Scritti di filosofia del diritto*, II, Milano 1982, pp. 738 ss.

E. FASSONE, *Troppi i processi che muoiono per prescrizione*, in *Diritto e processo penale*, 2, 1996, pp. 242 ss.

C. FERRINI, *Fas*, in *Nuovo Digesto Italiano*, XVI, Torino 1938.

ID., *Diritto penale romano, esposizione storica e dottrinale*, Roma 1976.

ID., *Manuale di Pandette*, quarta ed. curata ed integrata da G. Grosso, Milano 1953.

G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Bologna 2011.

J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, Oxford 1992.

R. FIORI, «*Ius civile*», «*ius honorarium*», «*ius gentium*», *il problema della «recezione» dei «iudicia bonae fidei*», in *BIDR*, 3° ser., 40-41, 1998-1999, pp. 165 ss.

E. FLORIAN, *La parte generale del diritto penale*, Torino 1932.

ID., *Lezioni sulla parte generale del Diritto Penale*, Torino 1932.

ID., *Trattato di diritto penale*, Milano, I.

W.W. FOWLER, *The Religious experience of the Roman people from the earliest to the age of Augustus*, London 1933.

E. FORSTHOFF., *Stato di diritto in trasformazione*, trad. it., Milano 1973.

R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano, parte prima*, I, *Diritto penale sostanziale*, Torino 1958.

F. GALGANO, *Trattato di Diritto Civile*, I, 2 ed., Milano 2010.



G. GALENO, *Cristianesimo e diritto romano. Echi di una disputa*, in *AAN*, XCII, 1981, pp. 57 ss.

F. GALLO, *Aspetti peculiari e qualificanti della produzione del diritto nell'esperienza giuridica romana*, in *IVRA*, 2003 LIV, pp. 1 ss.

ID., *Diritto e giustizia nel titolo I del Digesto*, in *SDHI* 54, 1988, pp. 7 ss.

ID., *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino 1971.

ID., *Per il riesame di una tesi fortunata sulla solutio legibus*, in *Sodalitas: Scritti in onore di A. Guarino II*, Napoli 1984, pp. 651 ss.

ID., *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in *SDHI*, LXII, 1996, pp. 1 ss.

R. GAROFALO, *Criminologia, Studi sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino 1885.

J. GAUDEMET, *Quelques remarques sur le droit naturel Rome*, in *RIDA*, 1952, pp. 445 ss.

C. GAVALDA, *La théorie de la prescription des actions en procédure pénale*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris 1956, pp. 78 ss.

V. GERI, *Manuale della responsabilità penale e civile da illecito, della prescrizione e del danno*, Milano 1968.

A. GIANNINI, *L'equità*, in *AG XXI*, 1931, pp. 177 ss.

C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955.

ID., *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970.

ID., *Libertà e cittadinanza*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano 1962, pp. 87 ss.

ID., *Mores*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino 1965, pp. 919 ss.

A.M. GIOMARO, *La tipicità delle legis actiones e la nominatio causae*, Milano 1988.

G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione: aspetti processuali*, in *Giurisprudenza Italiana*, II, 2005, pp. 2221 ss.

G. GIOVANNELLI, *Cristianesimo e diritto romano*, in *Rassegna di morale & diritto*, II, 1936, pp. 327 ss.

F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, Torino 2003.

F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro Primo, Tradotto ed Annotato da Contardo Ferrini*, Milano 1888.

V. GREVI, *Il principio della «ragionevole durata» come garanzia del «giusto processo» penale*, in *Cassazione Penale*, XLII, Ottobre 2003, 10, pp. 3204 ss.

C. GREY, *Il diritto nel vangelo e l'influenza del Cristianesimo sul diritto romano*, Roma 1972.

P. GRIMAL, *Cicerone*, Milano 1996.

A. GROPPALI, *I diritti naturali nella Costituzione italiana*, in *RIL*, 83, 1950, pp. 439 ss.

G. GROSSO, *Riflessioni su ius civile, ius gentium, ius honorarium nella dialettica fra tecnicismo-tradizionalismo giuridico e adeguazione allo*

*sviluppo economico e sociale in Roma*, in *Studi Donatuti*, Milano 1973, pp. 439 ss.

H. Grotius, *De jure belli ac pacis, libri tres, in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur*, Aalen 1993.

A. GUARINO, *Actiones in aequum conceptae*, in *Labeo VIII*, 1962, pp. 7 ss.

ID., *Equità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, pp. 5619 ss.

ID., *La consuetudine e le legge alla luce dell'esperienza romana*, in *Diritto e Giurisprudenza* 12, 1956, pp. 413 ss.

ID., *L'ordinamento giuridico romano*, 5<sup>a</sup> ed., Napoli 1990.

ID., *Notazioni romanistiche, VII, 1, Il ius publicum e le XII Tabulae*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania* 4, 1949-50, pp. 206 ss.

ID., *Sulla credibilità della scienza romanistica moderna*, in *Studi Donatuti*, Milano 1973, pp. 479 ss.

G. HAMZA, *Zum Begriff des ius naturale bei Cicero*, in *ACD* 31, 1995, pp. 75 ss.

R. HARDER, *Zu Ciceros Rechtsphilosophie*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Roma 1933, I, pp. 169 ss.

E. VON HIPPEL, *Elemente des Naturrechts: eine einfuhrung*, Berlin 1969.

Iustiniani Augusti *Digesta seu Pandectae*, traduzione a cura di S. SCHIPANI, Milano 2005, p. 77.

M. HUMBERT, *Le dodici tavole, dai decemviri agli umanisti*, Pavia 2005.

A. IACCARINO, *L'equità come schema interpretativo dell'esperienza giuridica: dal Diritto Romano un rimedio ai problemi della complessità del reale*, Apollinaris 2006, 79 (3-4), pp. 621 ss.

V. IOFRIDA, *La libertà come fondamento dello Stato*, Milano 1959.

L. JIMÈNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito, Principios de derecho penal*, 13<sup>a</sup> ed., Mexico- Buenos Aires 1980.

ID., *Tratado de derecho penal*, Tomo I, Buenos Aires 1964.

M. KASER, *Ius gentium*, Köln 1993.

ID., *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 59, 1939, pp. 52 ss.

ID., *Religione e diritto in Roma arcaica*, in "Ars boni et aequi", *Festschrift für W. Waldstein*, Stuttgart 1993, pp. 153 ss.

C. S. KENNY, *The italian theory of crime: Cesare Lombroso*, in *The modern approach to criminal law*, London 1948, pp. 1 ss.

L. L. KOFANOV, *Fas e ius naturale nel pensiero di Cicerone e dei giuristi romani*, in *Diritto @ Storia*, <http://www.dirittoestoria.it/8/Tradizione-Romana/Kofanov-Fas-ius-naturae-Cicerone-giuristi-romani.htm>.

G. LA PIRA, *Relazione sui Principi relativi ai rapporti civili*, in *La nascita della Costituzione, Relazioni e proposte nella Commissione per la Costituzione*, I Sottocommissione, in [http://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01general/00/01/03-la\\_pira.htm](http://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01general/00/01/03-la_pira.htm).

F. LA ROSA, *Il formalismo del pretore: «constituta» e «recepta»*, in *LABEO*, 43, 1997, (2), pp. 202 ss.

L. LANTELLA, *Dall'interpretatio iuris all'interpretazione della legge*, in *Normazione formazione e interpretazione del diritto, dall'età romana alle esperienze moderne, ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, III, Napoli 1997, pp. 559 ss.

K. LATTE, *Römische religionsgeschichte*, München 1960.

M. LAURIA, *Ius romanum*. I, Napoli 1963.

A. LEONE, *Effetti dell'estinzione del reato e della pena sulle misure di sicurezza*, in *Ann. Dir. Proc. Pen.*, 1937, pp. 408 ss.

E. LEVY, *Natural law in roman thought*, in *SDHI*, XV, 1949, pp. 2 ss.

G. LOBRANO, *Res publica res populi, La legge e la limitazione del potere*, Torino 1996

G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, Roma 1947.

Id., *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano 1946.

F. LOMBARDO, *Il concetto della libertà*, Firenze 1966.

F. LOMBARDI, *Il concetto della libertà*, Roma 1966.

C. LONGO, *Note critiche a proposito della tricotomia ius naturale, gentium, civile*, in *RIL*, 40, pp. 632 ss.

K. LÜDERSSEN, *La funzione di prevenzione generale del sistema penale*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna 1980, pp. 13 ss.

- L. MANTELLO, *Eufrate di Epifania*, in *Sodalitas, Studi Antonio Guarino*, II, Napoli 1998, pp. 991 ss.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Padova 2001.
- V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, aggiornato da Pietro Nuvolone e Gian Domenico Pisapia, Torino 1986, III.
- G. MARINUCCI, *La prescrizione riformata ovvero l'abolizione del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, pp. 976 ss.
- J. MARITAIN, *Nove lezioni sulla legge naturale*, Milano 1985.
- J. MARQUARDT, *Römische Staatsverwaltung*, III, 2 ed., New York, 1975.
- R. MARTINI, «Aequitas» nell'editto del pretore, *Apollinaris* 1990, 63 (1-2), pp. 241 ss.
- C. A. MASCHI, *Certezza del diritto nel diritto romano e nel pensiero contemporaneo*, in *RIDA*, VI, 1959, pp. 340 ss.
- ID., *Filosofia del diritto e diritto positivo, l'esperienza antica (Impostazione di una ricerca)*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, Milano 1973, pp. 741 ss.
- ID., *La concezione naturalistica degli istituti giuridici romani*, Milano 1937.
- A. MASTROCINQUE, *Il giuramento sul Monte Sacro*, in *Diritto @ Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* 6, 2007, [http://www.dirittoestoria.it/6/Memorie/Tribunato\\_della\\_Plebe/Mastrocinque-Giuramento-Monte-Sacro.htm](http://www.dirittoestoria.it/6/Memorie/Tribunato_della_Plebe/Mastrocinque-Giuramento-Monte-Sacro.htm).
- V. MATHIEU, *La speranza nella rivoluzione*, Milano 1972.

N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. Trim. dir. e Proc. Civ.*, 1963, pp. 1008 ss.

M. MAZZA, *Storia e ideologia in Tito Livio: per un'analisi storiografica della praefatio ai Libri ab urbe condita*, Catania, 1966.

S. MAZZARINO, *La fine del mondo antico: le cause della caduta dell'impero romano*, Milano 1995.

R. MELCHIORRE, E. BUSSI, G. VISMARA, *Cristianesimo e diritto romano*, Milano 1935.

T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, p. 489, in <http://www.archive.org/details/rmischesstrafre00mommgoog>.

I. MEREU, *Storia del diritto penale nel 1500*, *Studi e ricerche*, I, Napoli 1964.

A. MOLARI, *Prescrizione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII.

L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia 1742.

A. NAPPI, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, in *Cassazione penale*, XLV, Aprile 2005, n. 4, pp. 1487 ss.

W. NAUCKE, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna 1980, pp. 49 ss.

P. NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil*, Paris 1949.

ID., *Fas et Jus, études de droit romain*, Paris 1948.

G. NOCERA, *Ius naturale nella esperienza giuridica romana*. Milano 1962.

ID., *XII Tavole e laicizzazione del diritto*, in *Raccolta di scritti in memoria di R. Moschella Università degli Studi di Perugia. Annali della Facoltà di Giurisprudenza- Nuova serie- n. 8*, a cura di B. Carpino, Perugia 1985, pp. 403 ss.

G. NOCERA, *Iurisprudentia, per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma 1973.

ID., “*Reddere Ius*”, *saggio di una storia dell’amministrazione della giustizia in Roma*, Roma 1976.

*Novum testamentum graece et latine*, a cura di Eberhard Nestle, Stuttgart 1921

F. OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milano 1943.

P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino 2002.

R. ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall’età primitiva all’età classica*, in *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano* 46, 1939, pp. 217 ss., (ora in *Scritti*, II. Sezione prima *Saggistica* [Antiqua 78], con una nota di lettura di A. Mantello, Napoli 1998).

ID., *I fatti di normazione nell’esperienza romana arcaica*, Torino 1967.

ID., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino 1953.

F. PALLADINI, *I meriti di Pufendorf nell’etica e la sua teoria degli enti morali*, in AA.VV., *Dal «De jure naturae et gentium » di Samuel Pufendorf alla codificazione prussiana del 1794*, Padova 2005, pp. 93 ss.



- A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, 2<sup>a</sup> ed. ampliata, Trad. it., Milano 1962.
- S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Firenze 1906.
- C. PERRIS, *Equità*, in *Nuovo Digesto Italiano*, V, Torino 1938, pp. 446 ss.
- G. PERTICONE, *Diritto Naturale (Teoria moderna)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, V, pp. 954 ss.
- A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, Torino 1893, 5.
- E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, I, Napoli 1882.
- F. PIERANDREI, *I diritti subiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino 1940.
- G.B. PIGHI, *La religione romana*, Torino 1967.
- P. PINNA PARPAGLIA, *Aequitas in libera republica*, Milano 1973.
- ID., *Ἐπιείκεια greca, aequitas romana e filosofia greca a Roma*, in *SDHI XL* 1974, pp. 415 ss.
- P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari 1961.
- P. PISA, *Prescrizione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano 1986, pp. 79 ss.
- B. PITZORNO, *Il diritto romano come diritto consuetudinario*, in «*Per il XIV Cent. Cod. giustiniana*», Studi pubblicati dalla Facoltà Di Giurisprudenza di Pavia 1934, pp. 743 ss.

R. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino: saggio storico-critico*. Roma 1978.

F. PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides*, in *Conferenza per il XIV Centenario delle Pandette*, Milano 1930, pp. 183 ss.

ID., *Bonum et aequum*, in «*Sav. Zeitschr.*» 52, 1932, pp. 80 ss.

S. PUFENDORF, *Principi di diritto naturale*, a cura di N. Bobbio, Torino 1943.

G. PUGLIESE, *Il diritto penale romano*, in V. ARANGIO RUIZ, A. GUARINO, G.

PUGLIESE, *Il diritto romano*, in *Guide allo studio della civiltà romana*, 6, Roma 1980, pp. 249 ss.

D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, pp. 522 ss.

P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1965, pp. 205 ss.

S. RICCOBONO, *Aequitas*, in *Nuovo Digesto Italiano*, I, Torino 1937, pp. 211 ss.

ID., *Jurisprudentia*, in *Nuovo Digesto Italiano*, VII, Torino 1938, pp. 477 ss.

ID., *La lex XII tabularum*, in *Rivista di legislazione comparata* 1, 1904, pp. 5 ss.

H.K.J RIDDER, *Aquitas and equità*, in *Archiv für Rechts- & Sozialphilos.*, XXXIX 1951, pp. 181 ss.

B. RIPOSATI, *Una singolare nozione di aequitas in Cicerone*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano, 1965, pp. 447 ss.

G. RIGHI, *La filosofia civile e giuridica di Cicerone*, Bologna 1930.

O. ROBLEDA, *Diritto romano e cristianesimo*, in *Atti IV Convegno Accad. Costantiniana*, Perugia 1981, pp. 249 ss.

ID., *La aequitas en Ciceron*, in *Humanidades* 1950, II, pp. 31 ss.

A. ROCCO, *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli (Rocco) presentata all'udienza del 19 Ottobre 1930- VIII per l'approvazione del testo definitivo del Codice Penale*, in *Lavori preparatori del codice penale*, Roma 1930.

S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, I., Roma 1897, pp. 118 ss.

E. ROMMEN, *L'eterno ritorno del diritto naturale*, Roma 1965.

M. SARFATTI, *Equity*, in *Nuovo Digesto Italiano*, V, Torino 1938, pp. 450 ss.

M. SARGENTI, *Riflessioni sull'attribuzione dei poteri giurisdizionali a Roma nel passaggio dalla monarchia alla repubblica*, in *Studi Donatuti*, Milano 1973, pp. 1157.

G. SARTORI, *Dove va il parlamento?* In *Il parlamento italiano*, Napoli 1963, pp. 335 ss.

N. SCAPINI, *Il ius e le sue fonti*, Parma 1994.

L. SCARANO, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Riv. It.* 1952, pp. 177 ss.

M. SCATTOLA, *Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf e l'insegnamento del diritto pubblico universale*, in AA.VV., *Dal «De jure naturae et gentium» di*

*Samuel Pufendorf alla codificazione prussiana del 1794*, Padova 2005, pp. 61 ss.

A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994.

F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953.

ID., *I principii del diritto romano*, a cura di V. Arangio-Ruiz, Firenze 1946.

ID., *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma 1980.

P. SILLI, *Mito e realtà dell' «aequitas christiana»*, Milano 1980.

S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna 2009.

G. SILVESTRINI, *Rousseau, Pufendorf e la tradizione giusnaturalistica settecentesca*, in AA.VV., *Dal «De jure naturae et gentium » di Samuel Pufendorf alla codificazione prussiana del 1794*, Padova 2005, pp. 115 ss.

F. SINI, *A quibus iura civibus praescribentur. Ricerche sui giuristi del III secolo a.C.*, Torino 1995.

ID., *Bellum, fas, nefas: aspetti religiosi e giuridici della guerra (e della pace) in Roma antica*, in *Diritto @ Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* 4, 2005, <http://www.dirittoestoria.it/4/Guerra-Pace-Diritto.htm>.

ID., *Bellum nefandum. Virgilio e il problema del “diritto internazionale antico”*, Sassari 1991.

ID., *“Fas et iura sinunt” (Virg., ‘Georg.’ I, 269). Contributo allo studio della nozione romana di ‘fas’, I*, Sassari 1984.

ID., *Diritto e pax deorum in Roma antica*, in *Diritto @ Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* 5 2006, <http://www.dirittoestoria.it/5/memorie/sini.diritto-pax-deorum.htm>.

ID., *Documenti sacerdotali di Roma antica. I. Libri e commentarii*, Sassari 1983.

ID., *Religione e poteri del popolo in Roma repubblicana*, in *Diritto @ Storia* 6, 2007, <http://www.dirittoestoria.it/6/Tradizione-romana/Sini-Religione-poteri-Popolo-Roma-repubblicana.htm>.

ID., *Sua cuique civitati religio. Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Torino 2001.

U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano, Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, Firenze 1974.

F. STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione dei reati*, Bologna 1980, pp. 99 ss.

F. STELLA-MARANCA, *Seneca giureconsulto*, Roma 1966.

L. STRAUSS, *Diritto Naturale e Storia*, Genova 1990.

M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in *Società romana e produzione schiavistica, Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, a cura di A. Giardina e A. Schiavone, Bari 1981, pp. 15 ss.

ID., *L'«aequitas naturalis» e Celso in Ulp. 26 Ad ed. D.12,4,3,7*, in *BIDR* 1993-1994, pp. 1 ss.

ID., *Idee vecchie e nuove su Cels.- Ulp. 26 ad Ed. D.12,4,3,7*, in *BIDR* 1997, pp. 567 ss.

J.A.C. THOMAS, *Prescription of Crimes in Roman Law*, in *RIDA*, 3<sup>a</sup> ser, IX, 1962, pp. 417 ss.

S. TONDO, *Appunti sulla giurisprudenza pontificale*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano, dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, *Atti del seminario*, a cura di D. Mantovani, Torino 1996, pp. 1 ss.

N. TURCHI, *La religione di Roma antica*, Bologna 1939.

G. B. VICO, *Dell'unico principio e dell'unico fine dell'universo diritto*, trad. it. e commento di C. Giani, Milano 1855, par. LXIX.

P. VINOGRADOFF, *Roman Law in Medieval Europe*, 2<sup>a</sup> ed., trad. it., Milano 1950.

P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Torino 1940.

P. VOCI, «Ars boni et aequi», in *INDEX* 1999, 27, pp. 1 ss.

ID., *Diritto sacro romano in età arcaica*, in *SDHI* 19, 1953, pp. 49 ss.

M. VOIGT, *Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer*, Aalen 1966.

E. VOLTERRA, *Intorno alla prescrizione dei reati in diritto romano*, in *BIDR*, 37, 1929, pp. 69 ss.

W. WALDSTEIN, *Aequitas und summum ius*, in *Tradition und Fortentwicklung im Recht, Festschrift für Ulrich von Lübtov*, 1991, pp. 23 ss.

ID., *Bemerkungen zum ius naturale bei den klassischen Juristen*, in *ZRG*, 105, 1988, pp. 702 ss.

ID., *Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian*, in *ZRG* 111, 1994 pp. 1 ss.

ID., «Natura debere», «ius gentium» und «natura aequum» im klassischen römischen Recht, in *ASGP* 2007-2008 52, pp. 429 ss.

H. WAGENVOORT, *Pietas. Selected studies in roman religion*, Leiden 1980,

H. WAGNER, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius. Ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile*, in *IVRA*, XXIX 1978 [1982], pp. 271 ss.

A. WATSON, «*Ius Aelianum*» and «*Tripertita*», in *Labeo* 19, 1973, pp. 26 ss.

K.-W. WELWEI, *Die Stellung der Sklaven im Spannungsfeld von «ius gentium» und «ius naturale» aus der Sicht römischer Juristen*, in *Laverna*, 2006, pp. 87 ss.

G. WESENER, *Römisches Recht und Naturrecht*. Graz 1978.

R. WESTBROOK, *The Nature and Origins of the Twelve Tables*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 105, 1988, pp. 74 ss.

R. N. WILKIN, *Eternal Lawyer, A Legal Biography of Cicero*, New York 1947.

L. C. WINKEL, *Einige Bemerkungen über ius naturale und ius gentium*, in “*Ars boni et aequi*”, *Festschrift für W. Waldstein*, Stuttgart 1993, pp. 443 ss.

B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it., Torino 1925.

A. ZAMBONI, *L'aequitas in Cicerone*, in *AG CLXX*, 1966, pp. 167 ss.

G. ZANOBINI, *La gerarchia delle fonti nel nuovo ordinamento*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, I, Firenze 1950, pp. 47 ss.

A. ZERBOGLIO, *Della prescrizione penale*, Torino 1893.





*Philosophica*

<i>De finibus</i>		<i>De Natura Deorum</i>	
2.59	27, n. 87	1.40	29, n. 92
5.23.65	41, n. 139		
<i>De inventione</i>		<i>De officiis</i>	
		1.153	91, n. 322
2.53.160	41, n. 141	1.33	44, n. 156
		3.21	28, n. 91
<i>De legibus</i>		3.23	31, n. 104
1.34	44, n. 152	3.90	21, n. 61
1.36	43, n. 151		
1.5.16	28, n. 90	<i>De re publica</i>	
1.12.34	26, n. 82	1.25.39	29, n. 96
1.26	29, n. 94	2.17	57, n. 203
1.30	29, n. 94		
2.59	83, n. 288	<i>Tusculanae Disputationes</i>	
		1.30	30, n. 99

4.3.5 41, n. 138

*Rethorica*

*Corpus Iuris Civilis*

*De oratore*

1.56.240	86, n. 301	<i>Digesta</i>	
1.188	50, n. 181	1.1.1	12, n. 19
			88, n. 310

*De partitione oratoria*

129	24, n. 74		
		1.1.3	9, n. 14

*Topica* 33, n. 114

2.9	50, n. 180	1.1.4	9, n. 14
9	44, n. 153	1.1.9	35, n. 118
23	42, n. 144	1.1.10.2	87, n. 306

	87, n. 307		77, n. 260
	88, n. 308	1.2.2.35	73, n. 250
	91, n. 324	1.2.2.38	74, n. 252
1.1.11	9, n. 14		79, n. 273
1.2.1	92, n. 328		82, n. 281
1.2.2.2	76, n. 257	1.2.2.39	76, n. 259
1.2.2.5	65, n. 230	1.3.17.	92, n. 327
	77, n. 262		109, n. 369
1.2.2.6	62, n. 221	1.10.2	109, n. 368
	67, n. 234	19.1.38.1	83, n. 288
	70, n. 244	44.4.1.1	42, n. 146
	71, n. 247	50.16.131	133, n. 446
1.2.2.7	58, n. 207		
	72, n. 249		
	76, n. 258		
	82, n. 281		
1.2.2.12	67, n. 235		

Q. ENNIUS

*Annales*

10.1                      79, n. 271      AULUS GELLIUS

*Noctes Atticae*

4.1.20                      83, n. 288

10.15.5                      19, n. 53

SEXTUS POMPEIUS FESTUS      10.15.7                      19, n. 54

*De verborum significatione*      10.18.1                      24, n. 73

(ed. Lindsay)      4.1.20                      82, n. 288

p.146 v. *Mos*                      37, n. 125

ISIDORUS HISPALENSIS

GAIUS

*Origines sive etymologiae*

*Institutiones*                      5.2.2                      15, n. 33

1.1                      51, n. 187

			AMBROSIUS MACROBIUS	
TITUS LIVIUS			<i>Saturnalia</i>	
<i>Ab urbe condita libri</i>		3.9.16		24, n. 73
1.18.1	24, n. 73			
1.20	61, n. 219			
	63, n. 226		C. PLINIUS SECUNDUS	
3.34	46, n. 161		<i>Naturalis historia</i>	
5.52.13	19, n. 53	2.145		20, n. 59
8.33.18	21, n. 63			
22.1.17	59, n. 213		MAURUS SERVIUS HONORATUS	
31.50.1	78, n. 266		<i>In Vergilii Aeneida</i>	
32.2.7	78, n. 267	3.89		58, n. 204
32.7.12	78, n. 268			
35.9.1	78, n. 269			
40.19.3-4	59, n. 212			

M. TERENTIUS VARRO

*De lingua Latina*

6.29	17, n. 45	P. CORNELIUS TACITUS	
6.30	17, n. 45	<i>Annales</i>	
6.82	57, n. 202	3.27	46, n. 160

P. TERENTIUS AFER

*Haeautontim.*

149	21, n. 62
150	21, n. 62

P. VERGILIUS MARO

*Aeneis*

1.204	22, n. 65
1.206	22, n. 65
6.63	22, n. 67
6.65	22, n. 67

ISABELLA MASTINO, *Natura, Interpretatio, Praescriptio. Tra Diritto Naturale Romano e Diritto Penale Moderno. Un'ipotesi di comparazione.* Tesi di Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi produttivi, XXV ciclo, Università degli Studi di Sassari