

Matteo De Bernardi

La «legge delle citazioni» del 426 d.C. e l'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del vigente codice di procedura civile italiano

1. La cosiddetta «legge delle citazioni» di Valentiniano III: contenuto, *ratio*, applicazione – 2. L'articolo 118 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile italiano vigente e, in particolare, il divieto (3° comma) di citare nelle sentenze «autori giuridici» – 3. Riflessioni sulla «giurisprudenza» ispiratrice delle decisioni giudiziali nel processo romano e nel processo civile italiano di oggi.

1. Il 7 novembre del 426 d.C. l'imperatore d'Occidente Valentiniano III emanò la costituzione – attribuita anche a Teodosio II¹ – nota ai moderni come «legge delle citazioni», che venne in seguito inserita nel Codice Teodosiano.

In quell'epoca di sostanziale decadenza della cultura giuridica, le opere dei giuristi erano divenute vere e proprie fonti del diritto (*iura*, contrapposti nella terminologia postclassica alle *leges*, emanate dagli imperatori): ma la molteplicità di soluzioni prospettate per i casi concreti dai singoli giureconsulti metteva a dura prova i giudici, tra l'altro non certo sempre esperti di diritto, chiamati ad esercitare un potere discrezionale spesso eccessivo nel decidere la controversia scegliendo di attenersi alla soluzione enunciata da un giurista piuttosto che a quella sostenuta da un altro.

La costituzione del 426, in tale contesto, mirava evidentemente a limitare, selezionare e razionalizzare le allegazioni in giudizio degli scritti giurisprudenziali.

La legge delle citazioni segna un momento significativo, anche se non certo il più brillante, nel lungo processo evolutivo che aveva conosciuto la giurisprudenza romana, con riguardo in particolare alla concezione del valore degli scritti dei giuristi.

Come noto nell'età arcaica, e ancora sino al III secolo a.C., la giurisprudenza era stata monopolio esclusivo dei *pontifices*; negli ultimi due secoli del periodo repubblicano alla giurisprudenza pontificale si era poi affiancata quella laica, che giunse a poco a poco a sostituirla. I giureconsulti, oltre a quella del *cavere*, svolgevano le attività dell'*agere* e, la più rilevante per il profilo di cui qui mi occupo, del *respondere* – da cui deriva il termine *responsum*: risposta ad un quesito concernente l'applicazione di norme giuridiche a un caso concreto, denominato «fattispecie» –, che designa la complessiva attività

¹) Si legge in C.Th. 1.4.3 'Dat. VII. id. novemb. Ravenna', ossia «data il settimo giorno prima delle idi di novembre a Ravenna». Sull'attribuzione della legge delle citazioni a Valentiniano III (o più esattamente alla sua cancelleria: del resto nel 426 l'imperatore aveva soltanto sette anni), già sostenuta da J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, I, Leipzig, 1736 (prima edizione: Lyon, 1665), p. 33 ss., si vedano A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del Basso Impero*, I. *La legge delle citazioni*, in «Studi Senesi», LIII, 1939, p. 406 ss., G. SCHERILLO, *La critica del Codice Teodosiano e la legge delle citazioni di Valentiniano III* (1942), in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, p. 155 ss., in particolare p. 158 e nt. 9, ed E. VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni* (1983), in *Scritti giuridici*, VI. *Le fonti*, Napoli, 1994, p. 416 ss., con svariate indicazioni bibliografiche, in particolare p. 417 s. nt. 3. Riguardo all'esatta datazione (6, 7 come i più ritengono, o 8 novembre) del provvedimento si veda la medesima opera del VOLTERRA, p. 433 s. nt. 21.

di consulenza, attraverso la quale il giureconsulto forniva «risposte a richieste di pareri che servivano, tanto ai privati quanto ai magistrati, per la risoluzione dei casi attuali o futuri per i quali si rendeva necessaria l'applicazione di norme di diritto»².

Augusto aveva concesso ad alcuni giuristi il *ius respondendi ex auctoritate principis*: all'opinione dei giureconsulti insigniti di tale riconoscimento era stata così riconosciuta una particolare autorevolezza ed una maggior attitudine ad assumere rilievo sulla futura determinazione del giudice, determinazione che peraltro rimaneva libera³. Ad ogni modo, è facile comprendere che nella prassi assai di frequente il giudicante finisse con l'attenersi al responso del giurista dotato di *ius respondendi*: soprattutto quando il principio, di cui veniva richiesta l'applicazione, fosse già stato affermato da altri giuristi «ufficiali». Conseguentemente quando, in età posteriore, ai *responsa* venne attribuito valore vincolante, se ne volle vedere l'origine proprio in quel *ius respondendi ex auctoritate principis*, riconducendo tale efficacia al principio per il quale la volontà dell'imperatore ha forza di legge⁴, principio che andò invece affermandosi solo in epoca assai tarda, con la monarchia assoluta, quando cioè davvero la volontà dell'imperatore si configurò come unica effettiva fonte «attiva» del diritto.

Già nelle Istituzioni di Gaio i *responsa prudentium* sono annoverati così tra le fonti del diritto⁵: più esattamente, Gaio scrive che '*legis vicem optinet*' l'opinione concorde espressa dai giuristi, evidenziando che al contrario, in caso di discordanza, il giudice, sulla base di un rescritto di Adriano, avrebbe potuto scegliere, tra le diverse espresse dai giuristi, l'opinione che avesse voluto.

In seguito, ben prima della legge delle citazioni, vi furono altri interventi imperiali, o della cancelleria imperiale, volti a limitare o comunque a disciplinare l'utilizzazione delle opere della giurisprudenza classica, ossia degli *iura*: cosa del resto assolutamente ovvia, proprio alla luce del fatto che il valore vincolante degli stessi *iura* derivava dall'autorità dell'imperatore.

In particolare, Costantino con una costituzione del 321⁶ aveva vietato l'uso di alcune *Notae* di commento a testi papiniani attribuite a Paolo e ad Ulpiano; e con altra costituzione del 327⁷ aveva invece confermato la legittimità dell'uso nei tribunali delle *Sententiae* attribuite a Paolo, legittimità poi ribadita nella stessa «legge delle citazioni»⁸, che il Codice Teodosiano riporta subito dopo di esse, nel titolo '*de responsis prudentum*':

C.Th. 1.4.3 Impp. Theod(osius) et Valentin(ianus) AA. ad Senatum urbis Rom(ae): Post alia. Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. Ubi autem eorum pares sen-

²) G. SCHERILLO, F. GNOLI, *Diritto romano. Lezioni istituzionali*², Milano, 2005, p. 63.

³) Cfr. il passo di Pomponio riportato in D. 1.2.2.49. G. SCHERILLO, A. DELL'ORO, *Manuale di storia del diritto romano*, rist. Milano, 1988, p. 347 e nt. 2.

⁴) Come se i *responsa* che il *princeps* aveva fatto implicitamente suoi accordassero al loro autore la facoltà di dare pareri *ex auctoritate principis*: vd. ancora SCHERILLO, DELL'ORO, *Manuale*, cit., p. 348.

⁵) Gai., *inst.* 1.7: '*Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere; quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur*'.

⁶) C.Th. 1.4.1.

⁷) C.Th. 1.4.2.

⁸) G. CERVENCA, in «Lineamenti di storia del diritto romano»² (dir. M. TALAMANCA), Milano, 1989, p. 607. Più in generale, secondo F.M. DE ROBERTIS, *Un precedente Costantiniano alla cosiddetta 'legge delle citazioni' del 426 di Teodosio II e Valentiniano III*, in «SDHB», LXIV, 1998, p. 245 ss. e soprattutto p. 251, Costantino avrebbe in sostanza conferito valore normativo agli *universa scripta* di Papiniano, di Paolo e di Ulpiano (con un'unica eccezione, quella relativa alle *Notae* dei due ultimi al primo), perseguendo il disegno «di chiudere definitivamente alle *perpetuae prudentium contentiones* e alle conseguenti gravi incertezze nell'ordine giuridico vigente».

tentiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus. Et cetera. Dat. VII id. novemb. Ravenna DD. NN. Theodosio XII et Valentiniano II. AA. cons.

Sulla base dunque della cosiddetta legge delle citazioni⁹ – che con ogni probabilità non era un provvedimento isolato, bensì parte di una costituzione più vasta, una *oratio ad senatum* con la quale si tentava forse «di disciplinare tutte le fonti del diritto»¹⁰ –, potevano senz'altro essere citate in giudizio le opinioni di cinque giuristi: quattro dell'età dei Severi, ossia Papiniano, Paolo, Ulpiano e l'epigono Modestino, più Gaio, vissuto un po' prima di loro, assai meno illustre e neppure munito di *ius respondendi*, alle cui opere veniva sostanzialmente attribuita la stessa efficacia di «fonte» che già avevano gli scritti degli altri quattro.

Potevano essere addotte in giudizio anche le opinioni di autori più antichi, ed in particolare di Scevola, Sabino, Giuliano e Marcello, ma solo alla duplice condizione che fossero state oggetto di citazione da parte dei cinque giuristi predetti e che tale citazione venisse confermata attraverso l'esibizione dei testi originali (*codicum collatione*). Non è affatto certo per la verità che quest'ultima disposizione fosse effettivamente contenuta già nel testo originale di Valentiniano III: anzi, in dottrina si è sostenuto che Valentiniano avrebbe stabilito che potessero essere citate esclusivamente le opinioni di Papiniano, Paolo, Ulpiano, Modestino e Gaio e che sarebbe stato poi il suo collega d'Oriente Teodosio II, nell'accogliere il testo delle legge nel suo Codice, ad aggiungere i nomi degli altri giuristi¹¹, con ciò estendendo assai il campo degli *iura* consultabili¹².

La legge delle citazioni disponeva che il giudice fosse tenuto ad attenersi all'opinione dei giuristi quando sulla questione in esame vi fosse concordia tra la maggioranza di essi. Nel caso ne fossero state citate più d'una, il giudice avrebbe dovuto attenersi al criterio della maggioranza, applicando l'opinione espressa sul punto dal maggior numero di tali giuristi; in caso di parità tra di essi, avrebbe

⁹) Per la davvero amplissima bibliografia sull'argomento, a parte i richiami effettuati nelle note del presente contributo, si vedano il dettagliato elenco contenuto in VOLTERRA, *Sulla legge*, cit., p. 489 ss. e, soprattutto relativamente agli studi più recenti, A.C. FERNÁNDEZ CANO, *La llamada «ley de Citas» en su contexto histórico*, Madrid, 2000, p. 241 ss.

¹⁰) Così SCHERILLO, DELL'ORO, *Manuale*, cit., p. 439; altri frammenti della costituzione si ritrovano nel Codice giustiniano (C.I. 1.14.2, 1.14.3, 1.19.7 e 1.22.5), che invece non riporta «proprio il brano conosciuto come «legge delle citazioni»»: A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano* (cur. L. LABRUNA), Napoli, 1982, p. 249 nt. 48.2. Del resto in C.Th. 1.4.3 e nel passo corrispondente del Breviario Alariciano compaiono, come attestano tutti i manoscritti, le parole *post alia* – dopo l'*inscriptio* – e le parole *et cetera* – alla chiusa, prima della *subscriptio*, il che appare confermare che quella a noi pervenuta sarebbe appunto soltanto una parte della norma originaria: cfr. VOLTERRA, *Sulla legge*, cit., p. 427 ss., e G. BASSANELLI SOMMARIVA, *La legge di Valentiniano III del 7 novembre 426*, in «Labeo», XXIX, 1983, p. 280 ss. Lo stesso Volterra – citando tra gli altri F. DE MARINI-AVONZO, *La politica legislativa di Valentiniano III e Teodosio II*², Torino, 1975, p. 8 s. – osserva nel prosieguo che dal Teodosiano vennero deliberatamente escluse altre parti dell'ampia costituzione emanata da Valentiniano II nel 426 in tema di fonti del diritto, e quantomeno i quattro frammenti di essa che sarebbero stati in seguito riportati dai compilatori giustiniani nel *Codex repetitae praelectionis*, ed evidenza che l'esclusione riguardava le norme che nell'*oratio* ravennate del 426 sarebbero state dirette a regolare l'uso e l'applicazione nei giudizi delle costituzioni imperiali.

¹¹) Cfr. O. GRADENWITZ, *Interpolationen im Theodosianus?*, in «ZSS.», XXXIV, 1913, p. 274 ss., F. DE VISSCHER, *Le Digeste, couronnement de la politique des Empereurs vis-à-vis de prudents*, in «Conférences per il XIV centenario delle Pandette», Milano, 1931, p. 69 ss. (= *Nouvelles Etudes de droit romain*, Milano, 1949, p. 344 ss.) e sulla loro scia la dottrina prevalente: cfr. R. LAMBERTINI, *La codificazione di Alarico II*², Torino, 1991, p. 79 s. e nt. 36, con indicazione anche delle meno numerose voci contrarie (tra cui M.A. DE DOMINICIS, *Sulla validità dei richiami a «Scaevola», «Sabino» etc. nella legge delle citazioni*, in «Synteleia V. Arangio-Ruiz», I, Napoli, 1964, p. 552 ss.). Per la inesistenza di argomenti definitivamente probanti al riguardo si vedano L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, p. 533, nt. 25, e D. ROSSI, *Il sistema delle fonti normative nel Breviario Alariciano alla luce dell'«Interpretatio» a C.Th. 1,4,3*, in «BIDR.», s. 3^a, XXXV-XXXVI, 1993-1994, p. 552 nt. 6.

¹²) Cfr. in tal senso GUARINO, *L'esegesi*, cit., p. 248 ss., e CERVENCA, in *Lineamenti*, cit., p. 606 s., secondo il quale la tesi, se fondata, confermerebbe che nel V secolo la decadenza della cultura giuridica era più accentuata in Occidente, mentre in Oriente l'attività di studio sui testi della giurisprudenza classica veniva condotta in modo ancora piuttosto approfondito. Sulla «bivalenza della legge delle citazioni nelle due parti dell'impero» cfr. G.L. FALCHI, *La codificazione di Teodosio II e la legge delle citazioni nella parte orientale dell'Impero*, in «AAC.», V (1981), Città di Castello, 1983, p. 209 ss., 219 ss., 223 s. e 239.

dovuto dare la preferenza all'opinione espressa da Papiniano.

La costituzione rinnovava inoltre il divieto di utilizzare le note apposte da Paolo e Ulpiano a Papiniano e riconfermava pieno valore alle *Sententiae* di Paolo¹³.

Si ritiene comunemente che, sebbene ciò non venga specificato in C.Th. 1.4.3, il sistema della legge delle citazioni trovasse applicazione soltanto quando la questione non fosse già stata risolta al livello delle costituzioni imperiali, la cui prevalenza era all'epoca indiscutibile¹⁴.

E' interessante notare che Papiniano, Paolo, Ulpiano, Gaio e Modestino erano i giuristi già da tempo preferiti dalla pratica: tanto che i *Vaticana fragmenta* e la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, entrambi composti molto prima della legge delle citazioni, contengono frammenti di *iura* escerpti esclusivamente da loro opere, sicché secondo una tesi prospettata in dottrina l'autorità imperiale nella scelta non avrebbe affatto agito arbitrariamente, ma avrebbe sostanzialmente ufficializzato un criterio preferenziale già adottato dalla prassi¹⁵. In ogni caso l'intervento imperiale portò a comprimere assai gli spazi concessi all'attività interpretativa dei giudici, ed anche «dei giuristi, teorici e pratici»¹⁶.

D'altra parte è a mio avviso indiscutibile che, prescrivendo l'utilizzazione delle sole opere dei giureconsulti in essa indicati, vuoi perché considerate più attendibili, vuoi perché più diffuse, vuoi perché più facili da controllare, la legge delle citazioni abbia avuto quantomeno il merito di regolamentare una situazione che, per le ragioni già esposte, appariva assai caotica: una situazione nella quale «del privilegio adrianeo restavano ormai soltanto gli inconvenienti, ossia il vincolo creato ai giudici dalla esibizione dei responsi di questo o di quell'antico giurista, ma non la possibilità di scervere – se non in quanto le parti litiganti fossero entrambe munite di responsi di giuristi patentati – i giudizi buoni dai cattivi e nemmeno di controllare l'autenticità e l'esattezza dei testi adottati a sostegno delle rispettive domande»¹⁷. Intervenne, Valentiniano III, «allo scopo di evitare che, come ha notato il Ferrini¹⁸, qualche meno leale patrono dei litiganti traesse in inganno i giudici con l'addurre citazioni, difficili a controllare, dei giuristi meno noti – ma sempre attendibili e autorevoli perché al tempo loro investiti del *ius respondendi* – ma, sopra tutto, allo scopo di attenuare l'incertezza del diritto derivante dalla molteplicità, contraddittorietà e difficoltà di controllo testuale dei responsa *prudentium*»¹⁹.

Certamente però, soprattutto per effetto della riconosciuta facoltà di citare in giudizio – ricorrendone le condizioni previste – anche le opinioni di autori diversi rispetto ai cinque già menzionati²⁰, con possibili svariate, molteplici combinazioni e conseguenti difficoltà di applicazione dei criteri della maggioranza e della prevalenza in caso di parità dell'opinione di Papiniano, i problemi pratici cui la legge delle citazioni avrebbe voluto porre rimedio non cessarono del tutto. Ciò che contribuisce a spiegare la valutazione negativa che alcuni autori diedero del provvedimento; a parte l'ironia di

¹³ SCHERILLO, DELL'ORO, *Manuale*, cit., p. 440, anche con riferimento (alla nt. 1) ai sospetti di interpolazione di tali incisi della costituzione avanzati da altri Autori.

¹⁴ Sul punto, per tutti: M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 44.

¹⁵ Così ancora CERVENCA, in *Lineamenti*, cit., p. 607; nettamente contraria la posizione a suo tempo assunta in proposito, in particolare a critica dell'opinione di C. LONGO, G. SCHERILLO, *Storia del diritto romano*, Milano, 1935, p. 347, da S. SOLAZZI, 'Citazioni (Legge delle)', in «NNDI», III, Torino, 1959, p. 306. Ricordo comunque le sopra menzionate (cfr. la nt. 8) osservazioni di DE ROBERTIS, *Un precedente*, cit., sul valore attribuito già da Costantino agli scritti di Papiniano, Paolo e Ulpiano.

¹⁶ BASSANELLI SOMMARIVA, *La legge*, cit., p. 311 s.

¹⁷ A. MARONGIU, *Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi. Dalla legge delle citazioni all'art. 265 cpr. Reg. Gen. Giud.*, in «Studi di storia e diritto in onore di E. Besta», III, Milano, 1938, p. 444.

¹⁸ C. FERRINI, *Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana*, Milano, 1885, p. 111.

¹⁹ MARONGIU, *Legislatori*, cit., p. 445.

²⁰ Sulle ambiguità e i dubbi che emergono dalla lettura del testo della legge delle citazioni, anche appunto in relazione alla identificazione della logica che regge la dialettica fra i cinque giuristi «privilegiati» e gli altri che possono essere utilizzati solo se ricordati nelle opere dei primi, M. TALAMANCA, *L'esperienza giuridica romana nel tardo-antico fra volgarismo e classicismo*, in «Le trasformazioni della cultura nella tarda antichità. Atti del Convegno tenuto a Catania, Università degli Studi, 27 sett. - 2 ott. 1982», I, Catania, 1985, p. 55 ss.

Hugo, che con un'espressione ad effetto scrisse che aveva istituito «un tribunale di morti»²¹, Solazzi giunse ad affermare che «la legge delle citazioni, con le sue rozze e meccaniche disposizioni, segna tristemente la crisi della giurisprudenza al principio del V secolo»²². Più positiva, viceversa, la valutazione datane da altra parte della dottrina²³.

Quando in seguito Teodosio II assunse l'iniziativa di una codificazione – la prima realizzata dall'autorità statale –, pensò di ricomprendervi anche gli *iura*: ma riuscì infine a pubblicare soltanto una raccolta di *leges*, cioè appunto il Codice Teodosiano²⁴, nel 438²⁵.

Solo Giustiniano, quasi un secolo più tardi, riuscì invece a realizzare, con il Digesto, una compilazione organica ufficiale di *iura*. Come sintetizzato, citando il sommo Dante, da Marongiu, «la compilazione giustiniana, togliendo il troppo e il vano delle *leges* e degli *iura*, stabilì e raccolse i testi ai quali era fatto obbligo ai giudici di ispirarsi»²⁶. Non è inutile sottolineare che nella costituzione Tanta - Δέδοκεν, con la quale nel dicembre del 533 venne pubblicato il Digesto, Giustiniano stabilì (§ 18) che le eventuali ravvisande lacune dell'imponente materiale giuridico da lui fatto raccogliere avrebbero potuto essere colmate esclusivamente attraverso l'intervento dell'imperatore e intese precludere (§ 21) all'*interpretatio* non imperiale qualsiasi esplicazione creativa²⁷, consentendo al giurista solo traduzioni letterali in greco, riassunti di titoli e richiami per analogia di materia di testi ricompresi in titoli diversi²⁸.

La legge delle citazioni rimase in vigore nell'Impero romano d'Oriente proprio sino alla pro-

²¹ G. HUGO, *Histoire du droit romain*, Bruxelles, 1840, p. 362 (cito dalla traduzione francese di D.M.P. JOURDAN, rivista da F. PONCELET, della settima edizione dell'originale tedesco): «Nous savons seulement en général qu'elle établissait une espèce de Tribunal composé de Jurisconsultes morts depuis longtemps (...)».

²² SOLAZZI, 'Citazioni', cit., 306.

²³ Così tra gli altri anche da SCHERILLO, DELL'ORO, *Manuale*, cit., p. 440. Riassume vari giudizi espressi sulla legge delle citazioni dalla dottrina romanistica FERNÁNDEZ CANO, *La llamada «ley de Citas»*, cit., p. 233 ss.

²⁴ Il progetto originario di Teodosio II prevedeva infatti di realizzare due distinte compilazioni, l'una con finalità prevalentemente scientifica e l'altra con scopi eminentemente pratici, raccogliendo in un primo momento tutte le *leges generales* emanate da Costantino I in avanti, che fossero o no ancora vigenti; e successivamente tutte le costituzioni in vigore, opportunamente integrandole con brani di opere dei giuristi classici. La commissione che all'uopo aveva costituito nel 429 lavorò però con eccessiva lentezza, fors'anche per l'oggettiva difficoltà dell'iniziativa; secondo A. CENDERELLI, *Fonti del diritto in diritto romano*, in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», VIII, Torino, 1993, ora in *Scritti romanistici*, Milano, 2011, p. 396 ss., in realtà la compilazione disposta nel 435 avrebbe dovuto costituire solo una prima tappa nella realizzazione globale del disegno di Teodosio: e un secolo dopo la massa di materiali raccolta dalla prima commissione teodosiana, qualificabile nell'ipotesi come «predigesto», sarebbe stata utilizzata dai giustiniane, guidati da Triboniano, per la compilazione del Digesto. Teodosio II, come noto, dovette ripiegare su di un progetto meno ambizioso, nominando nel 435 una nuova commissione, cui assegnò il compito di approntare soltanto una raccolta sistematica delle *leges generales* da Costantino in poi: questa volta i lavori procedettero spedatamente e circa tre anni dopo venne pubblicato appunto il Codice Teodosiano. Si vedano A. GUARINO, *L'esegesi*, cit., p. 466 ss., G.G. ARCHI, *Il problema delle fonti del diritto nel sistema romano del IV e V secolo*, in *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, p. 11 ss., G.L. FALCHI, *Osservazioni sulle «L. Decisiones» di Giustiniano*, in «Studi A. Biscardi», V, Milano, 1984, p. 143, e M.G. ZOZ DE BIASIO, *Premesse esegetiche allo studio del diritto romano*, Torino, 1995, p. 69 s.

²⁵ Riguardo ai rapporti tra il provvedimento del 426 di Valentiniano III ed il Codice Teodosiano, si vedano DE MARINI-AVONZO, *La politica*, cit., *passim*, e FALCHI, *La codificazione*, cit., p. 209 ss. B. SIRKS ha recentemente tenuto a Pavia, nel gennaio 2011, la lezione dal titolo *Il progetto teodosiano e la Legge delle Citazioni*, nell'ambito della nona edizione (sul tema: «Interpretare il Digesto. Storia e metodi») del Collegio di diritto romano organizzato dal «CEDANT», il cui testo risulta, al momento in cui scrivo, di prossima pubblicazione.

²⁶ MARONGIU, *Legislatori*, cit., p. 447. Per F. AMARELLI, *Codex Theodosianus e scientia iuris. Ruolo e compiti del giurista nella tarda antichità*, in «SDHL», LXXV, 2009, p. 50 s., a seguito della legge delle citazioni e del Codice Teodosiano il diritto imperiale andò caratterizzandosi come «un insieme non separabile di legislazione e giurisprudenza» e l'attività «codificatoria» avviata da Teodosio e Valentiniano avrebbe poi certamente facilitato la composizione del Digesto giustiniano.

²⁷ F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano. Edizione completata con la parte relativa alla fase della codificazione*, Torino, 1993, p. 169 ss., osserva altresì che il principio doveva ritenersi valido non solo per il Digesto, ma per tutta la compilazione giustiniana nel suo complesso, ed anche per le leggi via via emanate dall'imperatore.

²⁸ Cfr. per tutti F. PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*³, Milano, 1992, p. 176: il giudice, dal canto suo, avrebbe dovuto limitarsi ad applicare al caso concreto l'apposita norma, ritenuta già predisposta nella legislazione in vigore. Sull'ovvia impossibilità di rispettare integralmente i divieti posti da Giustiniano cfr. anche GALLO, *Interpretazione*, cit., p. 175 s. e 268 s.

mulgazione del Digesto²⁹. Non compare nel Codice giustiniano, anzi più esattamente non compare nella seconda edizione del Codice, quella del 534 – appunto appena successiva al Digesto – a noi pervenuta: mentre sappiamo, dall'Indice che ci è giunto, che era contenuta nel primo Codice giustiniano del 529.

In Italia restò vigente fino alla *Pragmatica sanctio pro petitione Vigilii* del 554, che introdusse la compilazione giustiniana; nel resto dell'Occidente continuò ad avere valore anche laddove trovava applicazione la *lex Romana Visigothorum* del 506, che espressamente la riporta, corredata da *interpretatio*³⁰.

Esula dalle finalità della mia ricerca quella di esaminare le alterne vicende e fortune che la legge delle citazioni ed il principio cui essa si ispirava ebbero nei secoli successivi: tema di cui si sono occupati a più riprese gli studiosi del diritto comune³¹. Mi interessa qui semplicemente osservare che quando, nel XIX secolo, vennero pubblicati nell'Europa continentale i primi Codici, a cominciare da quello napoleonico e da quelli postnapoleonici, essendo ormai divenute molto meno numerose e molto meno ampie le lacune normative, apparve sempre più chiaro che le opere dei giuristi doversero essere volte alla vera e propria interpretazione dei testi, ben più che, per usare un'altra espressione dello stesso Marongiu, «alla configurazione di precetti giuridici»³².

2. L'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile italiano, come modificato dall'art. 52, comma 5, legge 18 giugno 2009 n. 69, stabilisce quanto segue:

Motivazione della sentenza. La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi.

Debbono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati. Nel caso previsto nell'art. 114 del codice debbono essere esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione.

In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici.

²⁹) Sulla posizione assunta rispetto alla legge delle citazioni dai commissari giustiniani incaricati della compilazione del Digesto, si veda tra gli altri A. CENDERELLI, *I giuristi di Giustiniano*, in «RDR», IV, 2004, p. 14 s. (estr.).

³⁰) Cfr. ZOZ DE BIASIO, *Premesse*, cit., p. 64 s. Nell'*Interpretatio Visigothica* a C.Th. 1.4.3 (= *Brev. C.Th.* 1.4.1) il richiamo a Scevola, Sabino, Giuliano e Marcello appare non più esemplificativo, bensì tassativo, nel senso che soltanto le opinioni di quei quattro, e non quelle di altri giureconsulti, acquisterebbero valore vincolante in caso di citazione da parte di uno dei cinque giuristi maggiori; inoltre nella parte finale (particolarmente confusa: cfr. F. BUONAMICI, *Ancora sulla scelta dei giureconsulti e delle loro opere fatta dai compilatori delle Pandette*, in «AG.», LX, 1898, p. 11 s.) essa attribuisce anche al Codice Gregoriano ed al Codice Ermogeniano l'efficacia riconosciuta agli scritti dei giuristi. Su queste e sulle altre differenze tra l'*Interpretatio Visigothica* a C.Th. 1.4.3 ed il testo originario, nonché sulle relative problematiche, si vedano LAMBERTINI, *La codificazione*, cit., p. 77 ss., VOLTERRA, *Sulla legge*, cit., p. 460 s., e ROSSI, *Il sistema*, cit., p. 553. ZOZ DE BIASIO, *Premesse*, cit., p. 79, indica proprio l'*Interpretatio* a C.Th. 1.4.3 quale esempio di commento esplicativo che, volendo innovare, giunge a falsare il senso del testo originario, rivelando così di essere sicura opera del legislatore visigotico; LAMBERTINI, *La codificazione*, cit., p. 78 s. e 84, distingue invece nel commento una parte «prelaticiana» ed una «compilatoria», in ogni caso è evidente che il medesimo non appare assolutamente conforme, sotto vari profili, al provvedimento emanato da Valentiniano III nel 426.

³¹) Rimando, per tutti, all'analisi di MARONGIU, *Legislatori*, cit., p. 443 ss., con una panoramica che spazia dai Glossatori (p. 447 ss.) ai Commentatori, ad una disposizione dello statuto di Verona del 1393 (p. 449 ss.), ad una Prammatica del 1427 del re Giovanni II di Castiglia (p. 452 s.) e ad una del 1499 dei Re Cattolici spagnoli (p. 453), ad altre costituzioni quale quella del 1613 del duca d'Urbino Francesco Maria II della Rovere (definita dal Marongiu «una vera e propria nuova legge delle citazioni, ampia e particolareggiata»: p. 456), a provvedimenti di papa Innocenzo XI del 1680, di Rinaldo I duca di Modena del 1721, di Vittorio Amedeo II del 1723 e del 1729 (p. 459 ss.), di Francesco III duca di Modena del 1771 e di Ferdinando I di Borbone, re delle Due Sicilie, del 1774: ispirati, questi ultimi, alla preoccupazione (espressa in vario modo da Muratori e da Filangieri) per l'incertezza del diritto derivante dall'abitudine di addurre in giudizio opinioni contraddittorie e incontrollate ed all'intendimento di porvi un argine (p. 461 s.). Per un'attenta critica alle tesi di L.A. MURATORI, che in particolare nell'opera *Dei difetti della giurisprudenza* (Venezia, 1742) rimproverava ai giuristi di essersi fatti attraverso la propria attività interpretativa «legislatori» divenendo così causa, insieme ai giudici stessi, dei mali del diritto del tempo, si veda GALLO, *Interpretazione*, cit., p. 252 ss. Ricordo inoltre, dello stesso A. MARONGIU, *L'ultima legge delle citazioni e la sua diretta ispirazione*, in «Studi T. Ascarelli», III, Milano, 1968, p. 1203 ss., sulla già menzionata legge urbinata del 1613.

³²) MARONGIU, *Legislatori*, cit., p. 462.

La scelta dell'estensore della sentenza prevista nell'art. 276 ultimo comma del codice è fatta dal presidente tra i componenti il collegio che hanno espresso voto conforme alla decisione.

La norma in esame è volta appunto ad integrare il richiamato art. 132 del codice di procedura civile, che indica quale deve essere il «contenuto» della sentenza stabilendo in particolare, al secondo comma, n. 4, che essa deve contenere «la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione» (così nell'attuale versione, anch'essa modificata dalla legge n. 69 del 18 giugno 2009).

Le modifiche apportate nel 2009, quanto all'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile, riguardano in realtà solo il primo comma, il cui testo previgente disponeva: «La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132 n. 4 del codice consiste nell'esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione». Sono stati cioè aggiunti da un lato l'aggettivo «succinta», a qualificare l'esposizione dei fatti e delle ragioni giuridiche della decisione; dall'altro le parole «anche con riferimento a precedenti conformi»³³.

Per quanto concerne l'aspetto che qui mi interessa, quello del divieto al giudice di citare nella sentenza autori giuridici (3° comma), esso era previsto già nella versione precedente dell'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile, che a sua volta si rifaceva ad una statuizione dell'art. 265, comma 2, del Regolamento generale giudiziario per l'esecuzione del Codice di procedura civile, approvato con R.D. del 14 dicembre 1865, n. 2641³⁴, in base alla quale «Nella compilazione dei motivi delle sentenze devono separarsi le questioni di fatto dalle questioni di diritto; si enunciano gli articoli di legge, sui quali la sentenza è fondata, e si fa un cenno conciso dei principi generali del diritto che avranno influito sulla decisione, senza estendersi a confutare tutti gli argomenti addotti in contrario dai patrocinatori delle parti, e senza invocare l'autorità degli scrittori legali».

Il divieto di citare nelle sentenze autori giuridici di cui al citato art. 118, 3° comma, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile³⁵, per la verità, non sembra creare particolari problemi³⁶.

Posto che la norma non prevede sanzioni, la sua violazione non integra ad ogni modo alcun vizio del provvedimento giudiziale³⁷, o quantomeno da essa non può certo derivare la nullità della sentenza. Principio riconosciuto dalla stessa Corte di Cassazione: che con una sentenza del 1994 ha ritenuto detta violazione inidonea a produrre particolari conseguenze, «se non sul piano dell'esatto adempimento dei doveri propri del giudice»³⁸, in virtù del disposto dell'art. 156 del codice di procedura civile, ai sensi del quale «non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge»; e che in una sentenza del 2001, ri-

³³ Sulla limitata portata di tali innovazioni, oltre che più in generale di tutte le modifiche apportate dalla legge n. 69 del 18 giugno 2009 riguardo alla motivazione delle sentenze, si veda R. RORDORF, *Nuove norme in tema di motivazione delle sentenze e di ricorso per Cassazione*, in «Rivista di diritto processuale», LXV.2, n. 1, 2010, p. 134 ss. Critico sulle innovazioni stesse è M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, in «Il processo civile riformato» (cur. M. TARUFFO), Bologna, 2010, p. 377 ss.

³⁴ Su cui appunto MARONGIU, *Legislatori*, cit., p. 443 ss., che ricorda come analoghe disposizioni fossero previste prima ancora nelle premesse alle *Leggi civili e criminali del regno di Sardegna* (1827), ove era esplicitata la deplorazione per la circostanza che «l'ambiguità delle dottrine dipendenti dall'interpretazione della ragione comune, lasciava aperto un novello campo ai litigi», nonché nel *Regolamento* del 24 dicembre 1854 per l'esecuzione del Codice di procedura civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna (dello stesso 1854), che all'art. 103 stabiliva: «Non potrà invocarsi l'autorità dei dottori o scrittori legali», e nell'art. 98 cpv. del *Regolamento* 18 aprile 1860 per l'esecuzione del nuovo codice di procedura degli Stati sardi del 1859.

³⁵ Riguardo ai «precedenti storici» della norma, cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II. *Dalla crisi dello 'ius commune' alle codificazioni moderne. Lezioni*², Torino, 2010, p. 68 (ove si richiama proprio anche la dizione delle citazioni) e p. 69 ss.

³⁶ Si vedano in dottrina G. GORLA, *Civilian Judicial Decisions. An Historical Account of Italian Style*, in «Tulane Law Review», XLIV, 1970, p. 747 s., A. LEVONI, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile. Commento aggiornato con le riforme*, Milano, 1992, p. 330, e soprattutto M. NUNZIATA, «In ogni caso [nella motivazione della sentenza] deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici»: la persistente attualità dell'art. 118, comma 3 disp. att. c.p.c., in «Nuovo Diritto», LXX, 1994, p. 878 ss.

³⁷ L. BALESTRA, in «Commentario al codice di procedura civile» (cur. P. CENDON), IX, «Artt. 796-840. Procedimenti speciali: sentenze straniere, arbitrato - Disposizioni di attuazione e transitorie», Milano, 2012, p. 1167.

³⁸ Cass. civ., sez. III, 6 ottobre 1994, n. 8184.

confermando il proprio orientamento, ha richiamato in proposito la concezione di *lex imperfecta* propria del diritto romano³⁹.

Cass. civ. Sez. II, 23 ottobre 2001, n. 12999⁴⁰:

L'art. 118 disp. att. c.p.c., il quale stabilisce il divieto di citare nella motivazione della sentenza autori giuridici, integra una *lex imperfecta*, non prevedendo, per la sua violazione, alcuna sanzione⁴¹.

Del divieto⁴², pur definito talora «di difficile comprensione»⁴³, si potrebbero addurre diverse spiegazioni:

— anzitutto, la molteplicità, la ricchezza e la mutevolezza delle opinioni prospettate dalla dottrina renderebbe spesso ancora più difficile di quanto usualmente non sia (tra l'altro, in un quadro normativo già di per sé non sempre chiarissimo e anzi in molti settori soggetto a frequenti cambiamenti) ravvisare orientamenti univoci e quindi «prevedibili», con conseguente aumento delle già consistenti incognite sull'esito dei giudizi e con ulteriori ostacoli all'affermazione del principio della certezza del diritto;

— consentire al giudicante «di richiamare opinioni dottrinali a sostegno della propria decisione» significherebbe «gravarlo di un onere improprio di documentazione completa del panorama dottrinario esistente». Per vero è innegabile che comunque egli sia tenuto a conoscere, e spesso effettivamente conosca, almeno i principali indirizzi dottrinali sulle questioni oggetto del giudizio, sebbene «il risultato di tale attività conoscitiva resti muto nell'esposizione motivatoria. Ma è indubbio che al richiamo espresso di una opinione a sostegno debba altresì accompagnarsi una espressa negazione di validità di opinioni dottrinarie difformi, cosa che comporterebbe un ampliamento smisurato dell'onere conoscitivo (già sussistente) a carico del giudicante»⁴⁴;

— ove le opinioni dottrinali potessero essere espressamente citate nella sentenza, sorgerebbero inevitabili controversie circa il valore dei richiami favorevoli operati dalle giurisdizioni superiori, che finirebbero con l'acquisire «una autorevolezza tutta particolare ed una inarrivabilità – seppur forse effimera in quanto esposta a mutamenti d'orientamento, oggi divenuti meno infrequenti rispetto anche ad un recente passato – difficilmente paragonabili ad altri meno 'fortunati'. Probabilmente non si giungerebbe mai a richiamarli con la forza di una vera e propria fonte del diritto, ma anche non giungendosi ad un estremo così parossistico si raggiungerebbe egualmente uno sconvolgimento inusitato e tutt'altro che salutare per l'ordinamento»⁴⁵;

³⁹) *Tit. Ulp.* 1.1-2.

⁴⁰) In «Giustizia Civile. Massimario annotato della Cassazione», LI, 2001, p. 1788.

⁴¹) Nello specifico il ricorrente principale aveva dedotto, peraltro quale ultimo motivo dell'impugnazione, la violazione dell'art. 118, 3° comma, delle disposizioni per l'attuazione del c.p.c., poiché la Corte d'Appello aveva menzionato nella propria sentenza «un autore giuridico quale inventore dell'espressione 'interesse negativo'». La Suprema Corte ha ritenuto la censura «inammissibile, perché inidonea a determinare la cassazione, ancorché parziale, della sentenza impugnata»: ha definito «indubbia» la violazione di legge in cui era incorso il giudice d'appello, ritenendo però che la stessa «non rileva se non sul piano deontologico, poiché, come esattamente è stato osservato in dottrina, la norma violata è *lex imperfecta*, non prevedendo alcuna sanzione per la sua violazione»; ed ha evidenziato altresì che comunque nel caso concreto la parte che aveva lamentato tale violazione non risultava per quell'aspetto soccombente, sicché non avrebbe avuto neppure l'interesse ad impugnare. Osservo che, curiosamente, proprio pronunciandosi sulla inammissibilità della censura relativa alla violazione della norma qui esaminata, la Cassazione stessa ha richiamato espressamente un rilievo formulato «in dottrina» circa la natura di *lex imperfecta* della norma stessa ... riferimento comunque non vietato, posto che in effetti non viene lì riportato *il nome* di alcun «autore giuridico».

⁴²) Che trova ora applicazione anche nel processo amministrativo: art. 88, comma 3, d.l. 2 luglio 2010, n. 104.

⁴³) L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 1172.

⁴⁴) NUNZIATA, «*In ogni caso...*», cit., p. 880, che formula anche ulteriori riflessioni sul relativo onere di adeguato aggiornamento in capo al giudice e sull'eventualità che la richiamabilità espressa della dottrina possa costituire un significativo indicatore della corretta assoluzione di siffatto onere, concludendo comunque nel senso che essa si tradurrebbe in uno «sviamento funzionale della motivazione (da indicatore del corretto e logico formarsi ed esprimersi dell'*iter* decisionale ad indicatore della congrua preparazione professionale del giudicante)» e che si tratterebbe di un indicatore comunque agevolmente eludibile.

⁴⁵) Così ancora NUNZIATA, «*In ogni caso...*», cit., p. 880.

— la «libera» riferibilità alle opinioni dottrinali porterebbe naturalmente a redigere sentenze spesso più lunghe e corpose, in contrasto con il disposto dell'art. 132, 2° comma, numero 4), del codice di procedura civile, che espressamente ne richiede invece la concisione: requisito, quest'ultimo, ribadito e rafforzato con la novella del 2009, a seguito della quale la sentenza deve ora contenere la sempre «concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione», non più anche «la concisa esposizione dello svolgimento del processo» oltre che «dei motivi in fatto e in diritto della decisione». E' appena il caso di evidenziare che in genere redigere sentenze più lunghe e recanti più numerosi riferimenti comporta per il giudice maggior dispendio di tempo, con conseguente allungamento dei tempi di definizione di quel contenzioso ed anche di altre cause affidategli.

Direi ad ogni modo che l'introduzione e la permanenza nel nostro ordinamento giuridico di tale divieto, certamente non irrazionale, è soprattutto il frutto di una precisa scelta di politica legislativa⁴⁶, perfettamente in linea con la già richiamata statuizione dell'art. 265, comma 2, del Regolamento generale giudiziario per l'esecuzione del Codice di procedura civile del 1865 e, più in generale, con il consolidato orientamento volto ad evitare, anche in ossequio alla certezza del diritto, che alla dottrina si possa di fatto riconoscere un ruolo «creativo»⁴⁷.

Naturalmente il divieto posto al giudice per la stesura della sentenza non si estende certo agli avvocati, che nei rispettivi atti difensivi ben possono effettuare riferimenti alla dottrina: anzi, nella prassi gli scritti di parte, e soprattutto le comparse conclusionali depositate nell'ambito delle cause civili (ma, quando serve, anche le discussioni orali dei legali), abbondano non di rado di citazioni dottrinali. Citazioni addotte frequentemente a sostegno di indirizzi giurisprudenziali favorevoli alla tesi sostenuta, che a maggior ragione vengono evidenziati negli atti di parte; talvolta invece a supporto di tesi difensive che la giurisprudenza di legittimità e di merito non appare confortare.

Ma nella motivazione delle sentenze «in ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici»⁴⁸. Al contrario nelle sentenze, come ovvio, trovano spesso spazio e rilievo le decisioni assunte su fattispecie identiche o almeno simili dalla Suprema Corte di Cassazione, che anzi costituiscono il riferimento decisivo quando l'applicazione delle norme giuridiche ai fatti giudizialmente accertati richiede un'attività interpretativa che lasci qualche margine di opinabilità; in qualche caso vengono citate anche decisioni emesse dai giudici di merito, soprattutto dei Tribunali maggiori e di Corti d'Appello: non però le opinioni dei giuristi, ossia, come diciamo oggi, «la dottrina». Ed anche per questo gli avvocati stessi tendono a supportare le proprie difese richiamando appena possibile sentenze favorevoli, piuttosto che opinioni dottrinali conformi.

3. L'art. 118, 3° comma, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile italiano vigente, nel vietare all'estensore della sentenza di riportare citazioni di autori giuridici, esprime con innegabile chiarezza quanto profondamente diversi rispetto all'epoca del diritto romano siano il concetto ed il tipo di «giurisprudenza» cui, nel nostro ordinamento, i giudici si devono ispirare nel decidere le controversie portate al loro esame.

Il termine attuale «giurisprudenza» deriva dal latino *'iurisprudentia'*, che come è noto significava «conoscenza del diritto», «scienza del diritto»: «fare giurisprudenza vuol dire in ogni caso, oggi come

⁴⁶ LEVONI, *Le disposizioni*, cit., p. 330 e nt. 370.

⁴⁷ Sul punto: MARONGIU, *Legislatori*, cit., p. 443 ss. (cfr. *supra*, nt. 31 e 34); G. GORLA, *'Giurisprudenza'*, in «ED.», XIX, Milano, 1970, p. 493 ss., in particolare nt. 8 e 14, NUNZIATA, *«In ogni caso...»*, cit., p. 878 s. (con ulteriore bibliografia), il quale richiama quali precedenti storici i periodici «divieti di interpretazione» che già a partire dalla costituzione *Tanta* di Giustiniano corredarono diversi testi normativi, nonché le preoccupazioni circa «la nefasta influenza della dottrina sulla certezza del diritto» espresse da Cesare Beccaria nel 1765 e l'ammonimento contro le «autorità de' dottori, che hanno per troppo tempo colle loro opinioni o alterato o reso incerto ed arbitrario il dritto», contenuto nel Regale Dispaccio del 1774 del re Ferdinando IV di Napoli (cioè Ferdinando I re delle Due Sicilie: cfr. *supra*, nt. 31).

⁴⁸ Secondo LEVONI, *Le disposizioni*, cit., p. 330, il divieto peraltro «non impedisce al giudice di richiamare soluzioni offerte dalla dottrina e di accoglierle applicativamente»: e l'Autore aggiunge che in tal caso non gli parrebbe neppure necessario «motivare ancora le ragioni dell'accoglimento, ossia motivare la motivazione».

ieri, dare soluzione ad un problema di diritto, il che può essere compiuto tanto da un organo pubblico: il magistrato, quanto da un consulente od operatore privato»⁴⁹. Quando però si parla di «giurisprudenza» a proposito dell'esperienza romana antica, ci si riferisce all'attività interpretativa svolta dai giuristi: mentre oggi la parola indica in primo luogo il complesso delle decisioni pronunciate dagli organi giudiziari nello svolgimento della funzione giurisdizionale⁵⁰ e solo molto più raramente è usata ancora per designare anche la «scienza del diritto»⁵¹.

La costituzione del 426 d.C. cercò di disciplinare l'uso in giudizio degli *iura*, ossia degli scritti dei giureconsulti, stabilendo precisi criteri e filtri per le citazioni; invece il nostro art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile vieta al giudice di citare nella sentenza autori giuridici, cioè la cosiddetta «dottrina».

Richiamate le riflessioni sopra svolte, mi pare che le due differenti prospettive possano essere facilmente inquadrare e comprese:

— nel diritto postclassico romano, ove gli scritti dei giureconsulti assurgevano al rango di fonte del diritto, apparve necessario intervenire normativamente per selezionare, tra tutti tali scritti, quelli (non pochi, per vero) che soli la prassi giudiziaria e le sentenze dei giudici avrebbero dovuto effettivamente prendere in considerazione. Quella era appunto la «giurisprudenza» destinata ad orientare le decisioni giudiziali, anche perché molte delle norme giuridiche non erano affatto scritte, o per meglio dire erano «scritte» solo nelle opere dei giuristi stessi, che ritenendole applicabili ne facevano presupporre l'esistenza;

— nel diritto italiano vigente invece gli scritti degli autori giuridici non costituiscono certo fonte di produzione del diritto, anche se apportano un contributo interpretativo e critico assai importante allo studio ed alla evoluzione del diritto stesso; oggi in Italia, come negli altri Paesi di *civil law*, per la stragrande maggioranza le norme sono scritte e le si ritrovano nei codici o in raccolte di disposizioni di legge.

Come ovvio ogni norma giuridica dev'essere comunque applicata al caso concreto; ed è stabilito che nella motivazione delle sentenze vengano indicate «le ragioni giuridiche della decisione». L'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile prevede altresì, al 1° comma, che l'esposizione di tali «ragioni giuridiche» venga perlopiù supportata dal richiamo «a precedenti conformi»: cosa che, se da un lato appare assai opportuna proprio allo scopo di evitare arbitrio nell'interpretazione giudiziale e di fissare qualche punto fermo che consenta di limitare le incertezze nell'applicazione del diritto, dall'altro risulta la conseguenza e al tempo stesso l'eloquente conferma di quanto profondamente sia mutata, rispetto all'epoca del diritto romano, la concezione di quale sia la «giurisprudenza» cui i giudici devono ispirarsi nell'applicare le norme.

Il mutamento di prospettiva si riflette anche sul piano terminologico: gli scritti dei giuristi, che costituivano per il diritto romano la «giurisprudenza»⁵², costituiscono ora per noi, in senso più li-

⁴⁹) SCHERILLO, GNOLI, *Diritto*, cit., 38 s.

⁵⁰) Cfr. V. COLASANTI, 'Giurisprudenza', in «NNDL», VII, Torino, 1961, p. 1102, e SCHERILLO, GNOLI, *Diritto*, cit., p. 61. Il termine è utilizzato a volte per designare anche l'attività dei giudici, o i giudici stessi che tale attività svolgono: «Oggi in Italia, nel linguaggio usuale, la parola 'giurisprudenza' significa l'attività dei tribunali nel loro *ius dicere*, o le decisioni che ne risultano o gli stessi tribunali come soggetti di quell'attività» (GORLA, 'Giurisprudenza', cit., p. 490; scrive lo stesso Gorla, p. 493, che nella storia del diritto le espressioni 'interpretatio' e 'iurisprudentia' «vengono riferite, in un primo tempo, ai giureconsulti romani ed ai nostri dottori, o 'interpreti' – 'decisionari' nella casistica –» e che «in un secondo tempo, quando sorgono i 'grandi tribunali', composti di tecnici del giure – in Italia, dal secolo XVI circa –, si parlerà di interpretazione anche rispetto a quei tribunali e, più tardi, anche di 'giurisprudenza'»).

⁵¹) Così nell'espressione «Facoltà di giurisprudenza»: GORLA, 'Giurisprudenza', cit., p. 490 ss. Come osserva COLASANTI, 'Giurisprudenza', cit., p. 1102, «oggi si è soliti contrapporre la giurisprudenza teorica alla pratica, distinguendo nettamente l'attività rivolta alla conoscenza ed allo studio del diritto dalla concreta applicazione di esso agli infiniti casi della vita nelle decisioni giudiziarie».

⁵²) Con riferimento al ruolo centrale svolto dai giuristi nel diritto romano, mi piace citare quanto si legge in A. SCHIAVONE, *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino, 2003, p. 19: «Quel che siamo soliti indicare come 'diritto romano' è dunque soprattutto il loro diritto: un diritto non di leggi (anche se comprendeva leggi), non di testi normativi (anche se includeva l'editto pretorio), non di codici (che conobbe soltanto all'inizio e alla fine del suo ciclo evolutivo, con le XII Tavole e il *Teodosiano*), ma di giuristi. Un 'diritto consuetudinario vivente' prodotto da un ceto

mitativo, la «dottrina», contrapposta a quella «giurisprudenza» che invece ai nostri giorni identifica appunto soprattutto il complesso delle decisioni pronunciate dagli organi giudicanti. La dottrina continua a svolgere una funzione importante, ma nella motivazione delle sentenze vanno citate altre decisioni simili già assunte dai giudici, non le opinioni dei giuristi. Del resto oggi, a differenza di quanto spesso avveniva nell'antica Roma, i giudici hanno di regola la preparazione e le competenze necessarie per essere qualificati essi stessi esperti di diritto.

La «giurisprudenza» rilevante, nell'Italia odierna e in generale di massima negli stati moderni (ancora di più ovviamente nei Paesi ispirati alla *common law*), è costituita dai provvedimenti giudiziali, *in primis* dalle sentenze dei giudici di legittimità e abbastanza di frequente anche dalle sentenze di giudici di merito. Quelli sono dunque i riferimenti, i «precedenti» destinati attualmente ad orientare l'organo giudicante nella interpretazione delle norme giuridiche esistenti e nella definizione delle nuove questioni che gli vengano sottoposte: precedenti tanto più autorevoli quanto più elevato sia il rango del giudice dal quale provengano e quanto più corrispondano ad un indirizzo giurisprudenziale costante⁵³ (la cosiddetta *communis opinio*, ed in parte anche il «criterio della maggioranza» esposto dalla legge delle citazioni, avrebbero in fondo tuttora un significato, sebbene vadano rapportati oggi ai precedenti giudiziali anziché agli scritti dei giuristi e si debbano intendere e valutare in senso molto meno rigido di una volta).

Ben si spiega dunque che l'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile, nell'intento di snellire il lavoro dei magistrati e soprattutto di consentire il celere completamento dell'*iter* processuale, in definitiva nell'interesse dell'amministrazione della giustizia, da un lato vieti all'estensore della sentenza di riportare citazioni di autori giuridici, ossia di quella «dottrina» che oggi, pur restando importante fattore di studio e di evoluzione del diritto, non riveste più la funzione peculiare che svolgeva nell'antica Roma; dall'altro gli suggerisca di fare riferimento, nell'esposizione delle ragioni giuridiche della decisione, «a precedenti conformi», ossia ad altre decisioni di organi giudicanti che abbiano definito analoghe controversie facendo applicazione delle medesime norme giuridiche.

di esperti privati non identificabile con l'amministrazione o con il governo (...).

⁵³ In proposito l'esame – che travalica però i limiti di questa ricerca – di varie altre disposizioni normative, soprattutto dell'art. 360 bis (introdotto con la già menzionata novella del 2009) e dell'art. 374 (come modificato dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40) cod. proc. civ., consentirebbe di svolgere ulteriori riflessioni, che mi riservo di sviluppare semmai in altra sede.