

Attualità dell'ermeneutica tuberoniana

D. 32.29.4: natura della fattispecie e tenore letterale

1. L'incisività sostanziale del pensiero di Tuberone è ormai ben evidenziata tra gli studiosi¹, affrancando così il giurista da un'opinione della storiografia romanistica secondo cui una singolare concezione del linguaggio sarebbe stata alla base dell'interpretazione negoziale e della tecnica ermeneutica tuberoniana².

Ciò appare in modo assai significativo in D. 32.29.4, frammento tratto dall'epitome di Giavoleno dei *libri posteriores* di Labeone:

D. 32.29.4 (Lab. 2 *post. a Iav. epit.*): Si Stichus et Dama servi mei in potestate mea erunt cum moriar, tum Stichus et Dama liberi sunt et fundum illum sibi habent. si alterum ex his post testamentum factum dominus alienasset vel manumisisset, neutrum liberum futurum Labeo putat: sed Tubero eum, qui remansisset in potestate, liberum futurum et legatum habiturum putat. Tuberonis sententiam voluntati defuncti magis puto convenire.

Il contrasto tra il contenuto precettivo della disposizione, in sé chiara per formulazione e significato, ed il comportamento successivo del *de cuius* viene affrontato e risolto da Labeone e Tuberone sul piano ermeneutico, con esiti però contrari.

¹ Sulla figura di Quinto Elio Tuberone, si vedano ad esempio V. SCARANO USSANI, *Disciplina iuris ed altri saperi*, Napoli, 2012, p. 95-107, A. BOTTIGLIERI, *Su alcuni aspetti dell'interpretatio di Q. Elio Tuberone il giovane*, in «Labeo», XLII, 1996, p. 367-385, e F. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della repubblica*, Napoli, 1979, p. 124-131.

² Così, ad esempio, C. FERRINI, *Saggi di critica e di esegesi sulle fonti del diritto romano*, II. *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani*. C) *Quinto Elio Tuberone*, in «RIL.», s. 2^a, XVIII, 1885, p. 908 e 913, e G. GROSSO, *Note sulla giurisprudenza romana*, I. *La posizione di Tuberone*, in «Atti Accademia Torino», LXXVIII.2, 1943, p. 180 e 182.

Labeone evidenzia come il testatore, con la vendita o la manumissione di uno dei due schiavi e la conseguente estinzione della potestà su di esso, abbia precluso la possibilità stessa di avveramento della condizione, determinando conseguentemente l'inefficacia della manumissione dello schiavo rimasto *in potestate* nel momento di apertura della successione.

La prospettiva labeoniana concepisce la disposizione a favore di Stico e Dama come una entità concettuale unitaria, composta di manumissione (*'Stichus et Dama liberi sunt'*), di legato (*'fundum illum sibi habent'*), di condizione alla quale è subordinata l'efficacia dei due negozi (*'Si Stichus et Dama servi mei in potestate mea erunt cum moriar'*).

Ritenuto che il testatore avesse posto in essere un unico negozio complesso, nella prospettiva di Labeone non emergono profili di ambiguità nella formulazione. Conseguentemente «il compito di Labeone è quello di comparare il legato con il regime giuridico che il suo contenuto e la sua formulazione richiamano, vale a dire la revoca implicita di una disposizione priva di oggetto in quanto resa inefficace dal suo stesso autore, che ha impedito (indipendentemente da una specifica intenzione in questo senso) l'avverarsi dell'evento»³.

Al fine di comprendere l'*id quod actum est*⁴, cioè di valutare il comportamento del testatore, Tuberone muove dall'esame della natura della fattispecie, anziché dal tenore letterale della dichiarazione. Il comportamento complessivo viene compreso «alla stregua di un criterio psicologico esterno al legato e al regime degli istituti che esso richiama»⁵, individuando due negozi, ciascuno dei quali avente ad oggetto uno schiavo⁶.

³ G. NEGRI, *Diritto minerario romano*, I. *Studi esegetici sul regime delle cave private nel pensiero dei giuristi classici*, Milano, 1985, p. 66.

⁴ Nel senso che non si debba escludere, sulla scorta di responsi tuberoniani conservati parzialmente e senza la possibilità di ricostruirne la reale prospettiva (ad esempio, D. 18.1.77, in tema di vendita di *lapidicinae*) «che anche per Tuberone la ricerca dell'*id quod actum* non fosse un'esigenza prioritaria», si veda NEGRI, *op. cit.*, p. 62, con richiamo a G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, p. 107 ss.

⁵ NEGRI, *op. cit.*, p. 66.

⁶ La problematica era alquanto diffusa tra i contemporanei. Alfeno (5 *dig.*), traendo motivo da altra materia, afferma un principio di ampia portata in D. 3.8.14: *'... in coniunctibus ordinem nullum esse neque quicquam interesse, utrum eorum primum diceretur aut scriberetur ...'*. Paolo (59 *ad ed.*) in D. 50.16.53 attesta che siffatte discussioni già coinvolgevano i veteres: *'saepe ita compatatum est, ut coniuncta pro disgiunctis accipiantur et disgiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis. nam cum dicitur apud veteres 'adgnatorum gentiliumque', pro separatione accipitur ...'*. Il protrarsi, la rilevanza e l'ampiezza di tali dibattiti sono comprovati dalle Istituzioni di Marciano, come si evince da D. 35.1.33.4 (Marc. 6 *inst.*): *'Quid ergo, si quis ita scripserit: 'Stichum et Pamphilum Titio do lego, si mei erunt cum moriar' et unum ex his alienaverit, an vel alter possit a legatario vindicari? Placuit vindicari, nam hunc sermonem, licet pluralis sit, pro eo oportet accipi, atque si separatim dixisset: 'Stichum, si meum erit cum moriar'.*

L'ermeneutica tuberoniana attribuisce all' 'et' posto tra i nomi dei due schiavi una funzione coordinatrice dei due negozi, mentre per Labeone «l' 'et' instaura fra i beneficiari della libertà e della liberalità una connessione indistruttibile»⁷.

Tuberone scinde dunque la disposizione, intendendola quale esito sintetico e coordinato di una equivalente e ridondante locuzione: *'Si Stichus servus meus in potestate mea erit cum moriar, tum Stichus liber esto et fundum illum sibi habeto. Si Dama servus meus in potestate mea erit cum moriar, tum Dama liber esto et fundum illum sibi habeto'*.

Affermata la funzione coordinatrice della congiunzione 'et', Tuberone si avvale della medesima metodologia ermeneutica utilizzata da Labeone, pervenendo allo stesso risultato limitatamente alle disposizioni revocate, mentre quanto allo schiavo *'qui remansisset in potestate'* saranno efficaci la manumissione ed il legato.

E' probabile che l'intento perseguito da Tuberone fosse essenzialmente quello di salvaguardare la libertà e di conseguenza il legato⁸. Tuttavia la successiva riflessione giurisprudenziale, come evidenzia Giavoleno nel frammento in esame, colse l'importanza dell'intervento di Tuberone nella prospettiva della conformità alla volontà del testatore: *'Tuberonis sententiam voluntati defuncti magis puto convenire'*⁹.

La soluzione prospettata da Tuberone, il quale «sembra servirsi di strumenti noti e operanti al suo tempo più di quanto non faccia lo stesso Labeone»¹⁰, troverà condivisione nella giurisprudenza classica. Ne offre evidenza, riguardo all'istituzione di erede, D. 28.7.2 (Ulp. 6 *ad Sab.*), attraverso il pensiero di Celso ripreso da Ulpiano:

Si duo servi sint heredes instituti Primus et Secundus si mei erunt cum moriar liberi et heredes sunto', et alter ex his sit alienatus: Celsus recte putat sic accipiendum, atque si singulos separatim sub eadem condicione heredes instituisset.

La prospettiva sostanziale utilizzata da Tuberone è dunque lo strumento atto ad individuare la volontà espressa attraverso la lettera della dichiarazione, cogliendo la funzione e quindi il senso proprio della congiunzione 'et' nello specifico contesto in cui è posta.

⁷ NEGRI, *op. cit.*, p. 66.

⁸ Cfr. NEGRI, *op. cit.*, p. 67.

⁹ Sulla conforme tendenza della giurisprudenza ad interpretare le condizioni secondo la volontà di colui che le ha apposte, cfr. ad esempio D. 35.1.19.pr. (Ulp. 5 *disp.*): *'In condicionibus primum locum voluntas defuncti optinet eaque regit condiciones'*.

¹⁰ Cfr. NEGRI, *op. cit.*, p. 67.

2. Il dibattito attestato da D. 32.29.4 e la soluzione tuberoniana vengono evocati da recente giurisprudenza italiana, che dibatte la volontà del Legislatore proprio circa una congiunzione, «o», posta nella locuzione «superfici utili o volumi» contenuta nell'art. 167, comma 4, lettera a, del Codice dei Beni Culturali:

4. L'autorità amministrativa competente accerta la compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al comma 5, nei seguenti casi: a) per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di *superfici utili o volumi* ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati; b) per l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica; c) per i lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380.

Una lettura in prospettiva sostanziale conduce a riscontrare nella congiunzione «o» una funzione di coordinamento incentrata sul concetto di utilità, da ritenere implicato nella volontà del Legislatore anche con riguardo ai volumi. La locuzione «superfici utili o volumi» tiene dunque luogo, con formulazione sintetica e scorrevole, di un ripetitivo «superfici utili e volumi utili», la cui ridondanza nulla aggiungerebbe, ove si consideri che nel lessico urbanistico-edilizio il concetto di «superficie utile»¹¹ si contrappone a quello di «superficie accessoria», alla quale ultima si correla il «volume tecnico», che designa il locale privo di alcuna autonomia funzionale, anche potenziale, in quanto destinato a contenere impianti serventi di un edificio principale per esigenze tecnico-funzionali dello stesso»¹².

In questo senso, ad esempio, TAR Lombardia Milano, 16 febbraio 2009, n. 1309, TAR Campania Napoli, 3 novembre 2009, n. 6827, e da ultimo TAR Puglia Lecce, 9 maggio 2017, n. 715, secondo cui il divieto posto dalla norma in esame non si applica ad un gabbiotto adibito a deposito di attrezzi agricoli, «atteso che tale opera, per le caratteristiche strutturali e di altezza – insufficiente non solo per la destinazione residenziale ma anche per volume tecnico – che le sono proprie, non può fondatamente ritenersi vada a costituire nuova volumetria e nuova superficie utile».

Rigoreose appaiono le argomentazioni, incentrate sulla congiunzione «o»,

¹¹ Per l'uso nella lingua corrente, cfr. «Vocabolario della Lingua Italiana» («Istituto della Enciclopedia Italiana»), IV, Roma, 1994, p. 1077, sv. «Utile»: «*spazio utile*, effettivamente utilizzabile: *lo spazio u. è di 100 metri quadrati*».

¹² CDS 1907/2017.

di TAR Campania Napoli, 3 aprile 2009, n. 1748: «L'interpretazione teleologica induce inevitabilmente a ritenere che, nonostante l'utilizzo della particella disgiuntiva «o» nella frase «che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi», il duplice riferimento alle nuove superfici utili e ai nuovi volumi costituisca un'endiadi, ossia una modalità di esprimere un concetto unitario con due termini coordinati. In altri termini, la necessità di interpretare le eccezioni al divieto di rilasciare l'autorizzazione paesistica in sanatoria (previste dall'articolo 167, comma 4, del decreto legislativo n. 42/2004) in coerenza con la ratio dell'introduzione di tale divieto induce il Collegio a ritenere che esulino dalla eccezione prevista dall'articolo 167, comma 4, lettera a), gli interventi che abbiano contestualmente determinato la realizzazione di nuove superfici utili e di nuovi volumi e che, di converso, siano suscettibili di accertamento della compatibilità paesistica anche i soppalchi, i volumi interrati ed i volumi tecnici»¹³.

Una comprensione strettamente letterale della norma è stata proposta dal Consiglio di Stato con la sentenza 24 aprile 2017, n. 1907, secondo cui «il divieto di incremento dei volumi esistenti, imposto ai fini di tutela del paesaggio, si riferisce a qualsiasi nuova edificazione comportante creazione di volume, senza che sia possibile distinguere tra volume tecnico ed altro tipo di volume, sia interrato o meno»¹⁴. Argomenta la sentenza che è «la stessa lette-

¹³ In conformità, TAR Campania Napoli, 3 novembre 2009, n. 6827, che, ritenuto che i volumi tecnici non siano esclusi in assoluto dall'autorizzazione paesaggistica in sanatoria, precisa «fermo restando il potere dell'Amministrazione preposta alla tutela di accertare, caso per caso, la compatibilità del volume tecnico con le esigenze di tutela del paesaggio».

¹⁴ Con esplicito richiamo, in conformità (compreso il riferimento al sottosuolo), a CDS 3579/2012, 5066/2012, 4079/2013 e 3289/2015. Quanto ai volumi interrati, si veda peraltro TAR Campania Napoli, 3 novembre 2009, n. 6827, che censura la Soprintendenza, la quale «attenendosi rigorosamente alla prospettata interpretazione letterale, coerentemente perviene a negare la possibilità di rilasciare l'autorizzazione paesistica in sanatoria anche per i volumi interrati, conclusione questa che si pone tuttavia in stridente contrasto con la evidenziata ratio del divieto posto dall'art. 146 del decreto legislativo n. 42/2004, perché i volumi interrati sono palesemente privi di ogni incidenza sul paesaggio». CDS 4079/2013 propone, con marginale variante, la medesima formulazione ripresa da CDS 1907/2017 «senza che sia possibile distinguere tra volume tecnico ed altro tipo di volume, siano essi interrati o meno», richiamando quale precedente la sentenza Consiglio di Stato, 12 febbraio 1997, n. 102, decisione non solo anteriore al comma 4 dell'art. 167 (introdotta con Decreto legislativo 22 gennaio 2006, n. 157), ed anche al Codice stesso (Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42), ma relativa alle volumetrie rilevanti ai fini del contributo per opere di urbanizzazione secondaria al cui pagamento è subordinato il rilascio della concessione in sanatoria ai sensi della legge provinciale di Trento 2 settembre 1985, n. 6. Al riguardo, proprio la considerazione di CDS 1907/2017, secondo cui «sul piano del metodo, va preliminarmente rimarcato che ciascun costruito normativo deve essere osservato con la 'lente' del suo specifico contesto disciplinare», come per-

ra della norma in discorso che, nel consentire l'accertamento postumo della compatibilità paesaggistica, si riferisce esclusivamente ai 'lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati'. Non è consentito all'interprete ampliare la portata di tale norma, che costituisce eccezione al principio generale della necessità del previo assenso, per ammettere fattispecie letteralmente, e senza distinzione alcuna, escluse»¹⁵.

Invero, l'approccio letterale al sostantivo «volumi» induce, se non addirittura necessita, il Giudice stesso a ricercare un percorso logico attraverso il quale porre la *ratio* del *dictum* normativo concernente i volumi (indicata da CDS 1907/2017 nella «volontà legislativa di adottare meccanismi decisionali idonei ad ancorare, per quanto possibile, le scelte relative agli interventi sul territorio a parametri di tollerabilità predeterminati ed oggettivi») in modo tale che risulti coerente con la previsione immediatamente precedente riferita alle superfici utili. CDS 1907/2017 così afferma al riguardo: «L'orientamento che ha ricondotto l'inciso «superfici utili o di volumi» ad un concetto unitario, per cui anche i volumi e non solo le superfici, soggiacciono al divieto di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria solo se sono utili, di talché quelli non utili, ossia i volumi tecnici, sfuggono dal divieto de quo oltre ad essere contra-

mette di affermare che «le qualificazioni giuridiche rilevanti sotto il profilo urbanistico ed edilizio non sono automaticamente trasferibili quando si tratti di qualificare opere sotto il profilo paesaggistico», altrettanto dovrebbe porre in dubbio che la rilevanza dei volumi intertratti ai fini del computo degli oneri di urbanizzazione sia ragione immediata della loro rilevanza anche nello «specifico contesto disciplinare» rappresentato dal comma 4 dell'art. 167 del Codice Beni Culturali. Analogamente, pur affermandosi che «il vincolo ambientale-paesaggistico si palesa operante anche con riferimento alle opere realizzate nel sottosuolo, in quanto anche queste ultime implicano una utilizzazione del territorio idonea a modificarne l'assetto» (così CDS 4079/2013, con riferimento a Cass. pen. 16 febbraio 2006, n. 11128), non sembra immediatamente desumibile che il Legislatore, ponendo lo «specifico contesto disciplinare» del comma 4 dell'art. 167, avesse ad oggetto non solo la tutela del profilo visibile, ma anche del sottosuolo. In senso restrittivo, con specifico riferimento al comma 4 dell'art. 167, si pongono, quanto mai significativamente, la circolare del Ministero per i Beni e le Attività Culturali 26 giugno 2009, n. 33 («per 'volumi' si intende 'qualsiasi manufatto costituito da parti chiuse emergente dal terreno ...») e la nota del medesimo Ministero 13 settembre 2010, n. 16721 («La funzione essenziale della tutela paesaggistica è sempre stata riferita, nella stessa definizione del bene protetto, all'aspetto visibile del territorio»).

¹⁵ Si veda anche Consiglio di Stato, 2 luglio 2015, n. 3289, sentenza che richiama e recepisce il precedente orientamento del Consiglio di Stato, *senza evidenziarne motivazioni*, per poi affermare che «del resto, *anzitutto* questa conclusione la stessa *lettera* della norma», cosicché «non è quindi consentito all'interprete ... ammettere fattispecie *letteralmente*, e senza distinzione alcuna, escluse».

ria alla lettera della legge e alla sua ratio non regge neppure alla prova logica. Non è affatto irragionevole, infatti, discriminare tra una superficie ed un volume e ritenere esclusa dal divieto dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria una superficie non utile, ed invece assoggettare al divieto in questione ogni volume, quantunque non utile in quanto si tratta di spazi fisici di natura del tutto diversa. È lo stesso senso comune a suggerire che un 'volume tecnico' (impianti termici, idrici, l'ascensore), in dipendenza delle sue dimensioni e della sua collocazione, ben può pregiudicare il paesaggio tutelato dalla disciplina vincolistica.

Considerazioni che evidenziano innanzitutto la debolezza di una conclusione letterale tratta in modo isolato dal sostantivo «volumi», con conseguente ricerca di una conferma teleologica che possa escludere l'endiadi «superfici utili o volumi (utili)», in cui «superficie utile» esprime, nell'accezione tecnica in materia urbanistico-edilizia, l'area calpestabile di una struttura (implicante necessariamente un volume, seconda componente dell'endiadi) avente una propria autonomia funzionale.

La volontà del Legislatore viene individuata da CDS 1907/2017 in un'improbabile, forse addirittura inverosimile intento (pur definito nella sentenza in esame «non affatto irragionevole») di consentire la sanatoria delle «superfici non utili»¹⁶.

Non è certo agevole comprendere, al di fuori del lessico urbanistico-edilizio (quindi escludendo ogni riferimento ad un sovrastante volume rispetto al quale le superfici «non utili» siano la base di «volumi tecnici» o comunque non residenziali)¹⁷, come sarebbe possibile la «creazione di superfici non utili». Infatti l'entità materiale «area» già necessariamente esiste in natura e costituisce una «superficie», in ipotesi «non utile» ma comunque «non di nuova creazione». In caso di trasformazione dell'area per uno scopo, senza edificazione di volume su di essa, si determinerà la «creazione di superficie utile». Infine è banale osservare che se la sanatoria avesse un oggetto presupposto «non utile» in accezione generica (cioè «inutile»), mancherebbe ogni interesse da parte dei cittadini.

¹⁶ Proprio in prospettiva letterale, la dizione «non utile», in luogo del corrente «inutile» evoca un'accezione specifica.

¹⁷ *Contra*, con riferimento al profilo letterale della norma, cfr. anche CDS 5066/2012: «tenuto conto del testo e della ratio dell'art. 167, nella prospettiva della tutela del paesaggio non è rilevante la classificazione dei volumi edilizi che si suole fare al fine di evidenziare la loro neutralità, sul piano del carico urbanistico, poiché le qualificazioni giuridiche rilevanti sotto il profilo urbanistico ed edilizio non hanno rilievo, quando si tratti di qualificare le opere sotto il profilo paesaggistico, sia quando si tratti della percezione visiva di volumi, a prescindere dalla loro destinazione d'uso, sia quando comunque si tratti di modificare un terreno o un edificio o il relativo sottosuolo».

In conclusione, appare del tutto congetturale ed arbitrario supporre che in tale improbabile prospettiva si sarebbe posta la volontà del Legislatore¹⁸, anziché sull'esclusione dalla sanatoria di «superfici utili» (residenziali) e connessi «volumi utili» (residenziali) in accezione urbanistico-edilizia, volontà espressa dall'endiadi incentrata sulla congiunzione «o» in funzione coordinatrice dei riferimenti a superfici e volumi.

3. La riflessione del diritto romano propone tuttora un opportuno indirizzo di metodo, tra dato letterale e prospettiva sostanziale, e la sagace applicazione di esso, come attestata da Tuberone nel caso da cui si è tratto spunto, che ebbe ampia ed autorevole condivisione.

D'altro canto, il contrasto tra lettera e spirito divenne problema concreto già nel I secolo a.C.¹⁹ nel dibattito tra i giuristi, per giungere nel periodo classico ai numerosi responsi pervenuti con particolare riguardo all'esegesi di disposizioni testamentarie. Ne deriva un quadro complesso caratterizzato da «alcune linee dominanti (di sostanziale mediazione tra radicalismi contrapposti): si ha significato (o significato «certo») solo ove si abbia concorso di lettera ed intenzione, ciascuno dei due fattori essendo da solo insufficiente; il significato letterale ha tuttavia valore presuntivo nel senso che, salva prova contraria, intenzione dell'emittente è ritenuta in accordo con il significato comune; è possibile fare appello all'intenzione, in via sussidiaria, nelle zone di incertezza lasciate dal significato letterale»²⁰.

Il sagace ed equilibrato approfondimento dei singoli casi, necessario per escludere che alla lettera venga riconosciuta un'indebita rilevanza, è indicato da Quintiliano (*inst. or.* 7.6.5-8)²¹:

¹⁸ La rilevata necessità che anche per i volumi tecnici e quelli di tipologie residuali (cfr. la sopracitata sentenza TAR Puglia Lecce, 9 maggio 2017, n. 715, relativa a un deposito di attrezzi agricoli) intervenga comunque e sempre un parere tecnico-discrezionale favorevole da parte della competente Soprintendenza fa scolorire, ai fini dell'individuazione della volontà del Legislatore, l'ulteriore considerazione secondo cui «è lo stesso senso comune a suggerire che un 'volume tecnico' (impianti termici, idrici, l'ascensore), in dipendenza delle sue dimensioni e della sua collocazione, ben può pregiudicare il paesaggio tutelato dalla disciplina vincolistica».

¹⁹ Basti pensare alla cosiddetta '*causa Curiana*' (giudizio svoltosi nel 92 a.C., che vide convenuto Manlio Curio), in cui l'interpretazione letterale propugnata dal giurista Quinto Mucio fu respinta in favore di una interpretazione volontaristica sostenuta dal retore Crasso.

²⁰ Così L. LANTELLA, *Controversia giudiziaria e incertezza semantica*, Torino, 1991, p. 71-72.

²¹ Quint., *inst. or.*, 7.6.5-8: '*Sed contra scriptum tribus generibus occurritur. Vnum est in quo ipso patet semper id servari non posse: 'liberi parentis alant aut vinciantur': non enim alligabitur infans.*

Contro la lettera ci si oppone in tre modi. Un primo modo si ha nel caso in cui appare chiaro che non è possibile osservare sempre la formulazione letterale. Per esempio, poniamo si dia la norma secondo cui 'I figli mantengano i genitori, altrimenti siano imprigionati'; tuttavia, non si getterà in vincoli un infante. Cosicché sarà questo un punto di partenza per passare ad altre eccezioni, e si dovranno distinguere due questioni: se davvero debba essere imprigionato chiunque non abbia mantenuto i genitori, o se debba essere imprigionata la persona specifica di cui si discute, e per il fatto concretamente attribuitele. Il secondo modo di controvertere sulla lettera si ha nei casi in cui non c'è alcun argomento che si possa trarre dalla legge stessa, ma si deve indagare sulla sola vicenda su cui verte la questione. Per esempio, si dia la norma secondo cui 'lo straniero, ove salga sulle mura, sia messo a morte'; si dia inoltre che, essendo i nemici saliti sulle mura, li abbia respinti uno straniero, e in conseguenza si chiede che quest'ultimo sia giustiziato. In questo caso non verranno separate le due questioni, se cioè sia da punirsi qualunque straniero che salga sulle mura, e poi se sia da punirsi lo straniero di cui si discute; e non verranno separate perché contro la lettera non si potrà portare nessun argomento più forte di quello che si può trarre dal fatto controverso; cosicché resta solo da discutere se uno straniero non potrà salire sulle mura neppure per salvare la città. In tali casi bisogna quindi battersi contro la lettera facendo appello ad un criterio di equità nonché allo spirito della legge. Ciò non esclude tuttavia che possiamo trarre esempio da altre leggi, da cui risulti che non sempre è possibile attenersi alla lettera della legge, come appunto fece Cicerone nel discorso in favore di Cecina. Il terzo modo di opporsi alla lettera si verifica quando nelle parole stesse della legge troviamo qualcosa che ci consente di provare che il legislatore abbia inteso diversamente, come ad esempio nel seguente caso: data la norma secondo cui 'chi di notte sia stato sorpreso con un ferro venga imprigionato' il magistrato fece imprigionare una persona trovata con un anello di ferro. In questo caso, *poiché nella legge si trova la parola 'sorpreso', emerge con sufficiente chiarezza che deve trattarsi di un 'ferro idoneo a nuocere'*²².

Hinc erit ad alia transitus et divisio: 'num quisquis non aluerit? num hic? Propter hoc quidam tale genus controversiarum in quo nullum argumentum est quod ex lege ipsa peti possit, sed de eo tantum de quo lis est quaerendum est. Peregrinus si murum escenderit capite puniatur. cum hostes murum escendissent, peregrinus eos depulit: petitur ad supplicium'. Non erunt hic separatae quaestiones: 'an quisquis, an hic', quia nullum potest adferri argumentum contra scriptum vehementius eo quod in lite est, sed hoc tantum, an ne servandae quidem civitatis causa. Ergo aequitate et voluntate pugnandum. Fieri tamen potest ut ex aliis legibus exempla ducamus, per quae appareat semper stari scripto non posse, ut Cicero pro Caecina fecit. Tertium cum in ipsis verbis legis reperimus aliquid per quod probemus aliud legum latorem voluisse, ut in hac controversia: 'qui nocte cum ferro deprensus fuerit, alligetur: cum anulo ferreo inventum magistratus alligavit'; hic, quia est verbum in lege 'deprensus', satis etiam significatum videtur non contineri lege nisi noxium ferrum'.

²² Traduzione di L. LANTELLA, *Controversia giudiziaria e incertezza semantica*, cit., p. 75-76.

Il comma 4 dell'art. 167 del Codice Beni Culturali proprio con le parole «superficie utile» fa emergere «con sufficiente chiarezza», per utilizzare le parole di Quintiliano, la presenza di un'endiadi, altrimenti coinvolgendo la norma nell'evidenziato circolo vizioso della «creazione di superfici non utili».

E' ancora un autorevole giurista romano, Celso (33 *dig.*), in D. 1.3.19, a fornire una regola di soluzione dell'ambiguità: «Nel caso di dizione ambigua della legge è da accogliersi piuttosto quel significato che sia esente da vizio, soprattutto quando ciò si possa trarre dallo spirito della legge»²³.

4. Merita dunque attenzione, proprio per l'interpretazione del diritto vigente, il poderoso apporto, dogmatico e metodologico, offerto dalla tradizione del diritto romano.

La considerazione storico-giuridica del passato è infatti strumento per la piena conoscenza e applicazione del diritto attuale e per la formazione di adeguate norme future²⁴.

Al recente indirizzo del Consiglio di Stato qui considerato e discusso (da ultimo la sentenza 1907/2017) possono apparire pertinenti le riflessioni di Luca Enriques, docente di diritto societario ad Oxford: «Ed è ovvio che la lettera della norma non conta: tanto è scritta male. Ma è un circuito vizioso: perché Parlamento e governo dovrebbero sforzarsi di scrivere bene le norme, se poi i giudici hanno enormi margini per re-interpretarle a proprio piacimento? ... Lungi da me l'idea di concludere con un proclama per la rifondazione della cultura giuridica italiana. Ma chi avesse sinceri istinti riformatori non potrebbe esimersene»²⁵.

Anche la romanistica potrà offrire un proprio significativo contributo.

²³ D. 1.3.19 (Cels. 33 *dig.*): *'In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit'*.

²⁴ Sempre attuali al riguardo le considerazioni di E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in «AG.», XCIX.2, 1928, p. 64-65. Si veda anche P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, III, 1923, p. 374-376 (riedizione di tali studi, corredati di saggi di Gabrio Lombardi, Giuliano Crifò e Giorgio Luraschi, in «Questioni di metodo», Como 1997).

²⁵ L. ENRIQUES, *La cultura giuridica dell'Italia va riformata*, in «Corriere della Sera», 11.8.2017, p. 24.