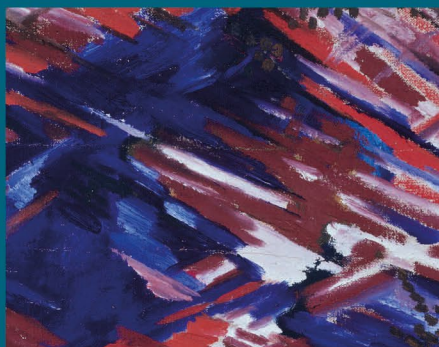


LA “GIURISDIZIONE” UNA RIFLESSIONE STORICO-GIURIDICA

RACCOLTA DI SCRITTI DEL SEMINARIO DI STUDI INTERDISCIPLINARI
DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DISCIPLINE GIURIDICHE
ROMA, 31 MAGGIO 2018



a cura di

Rita Benigni e Barbara Cortese

19

Collana

L'Unità del Diritto



Roma TrE-Press

2019

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

L'unità del diritto

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

19

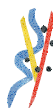
Quaderni del Dottorato

LA “GIURISDIZIONE”
UNA RIFLESSIONE STORICO-GIURIDICA

Raccolta di scritti del Seminario di studi interdisciplinari
del Dottorato di Ricerca in discipline giuridiche

Roma, 31 maggio 2018

a cura di RITA BENIGNI e BARBARA CORTESE



Roma TrE-Press

2019

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma *TrE-Press*, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Turchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma *TrE-Press* ©

Roma, luglio 2019

ISBN: 978-88-32136-35-7

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
L'unità del diritto

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma *TrE-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

<i>Prefazione di GIUSEPPE GRISI</i>	7
BARBARA CORTESE, GIURISDIZIONE E <i>IURISDICTIO</i>	11
1. <i>Premessa</i>	11
2. <i>Alcune riflessioni preliminari</i>	12
3. <i>Diritto e processo</i>	14
4. <i>Legis actiones e ius dicere</i>	17
4.1 <i>Do, dico, addico: i tria verba. L'evoluzione del primo ius dicere</i>	19
5. <i>Ius dicere. Il processo formulare</i>	22
5.1 <i>Ius dicere e imperium</i>	25
6. <i>Iurisdictio e riflessione prudenziale</i>	26
7. <i>Ius civile, ius honorarium e iurisdictio. Osservazioni conclusive</i>	29
GIULIA MARIA GUIDA, SENTENZA E DIRITTO: ANALISI DI UN RAPPORTO CIRCOLARE	33
1. <i>Premessa</i>	33
2. <i>Iurisdictio e imperium</i>	35
3. <i>L'evoluzione processuale e le res iudicatae</i>	37
4. <i>Dalle legis actiones al processo formulare</i>	39
4.1 <i>Il processo per concepta verba</i>	47
5. <i>La sequenza creata dai compilatori: D. 1.3.37-39 e la cognitio extra ordinem</i>	52
6. <i>Osservazioni conclusive</i>	55
CLAUDIO CORSETTI, LA CREAZIONE DEL DIRITTO DAL PROCESSO: IL <i>PRAETOR</i> E LE <i>ACTIONES IN FACTUM</i>	59
1. <i>Premessa</i>	59
2. <i>La nascita del praetor e la iurisdictio imperium</i>	61
3. <i>L'actio in factum: presupposti applicativi e funzione</i>	66
4. <i>La struttura dell'actio in factum</i>	70
5. <i>Dall'actio in factum al rimedio tipico: notazioni conclusive</i>	74
RITA BENIGNI, LA GIURISDIZIONE CONFESIONALE: AMBITI TRADIZIONALI E NUOVE SFIDE PER GLI ORDINAMENTI OCCIDENTALI	79
1. <i>Premessa</i>	79
2. <i>La rinascita di una giurisdizione confessionale tra multiculturalismo e degiuridicizzazione della Giustizia civile: una nuova sfida per l'Europa</i>	80
3. <i>Il sistema costituzionale italiano. La giurisdizione canonica sulla validità del vincolo matrimoniale</i>	87
4. (Segue) <i>Distinzione degli Ordini e potestà disciplinare</i>	92

GAETANO MARCACCIO, GIURISDIZIONE ECCLESIASTICA E DIRITTI DELLO STATO	101
1. <i>Premessa</i>	101
2. <i>Nascita ed evoluzione della giurisdizione ecclesiastica negli ordinamenti secolari pre-separatisti</i>	103
3. <i>Ordinamento separatista e ordinamento neo-confessionista: la rilevanza civile della giurisdizione ecclesiastica nello Stato liberale e in quello fascista</i>	110
4. <i>Gli spazi di potestas iudicialis canonica matrimoniale nell'ordinamento costituzionale, tra laicità e libertà religiosa</i>	117
5. (Segue) <i>Le recenti innovazioni e i nuovi scenari di interazione</i>	124

Prefazione

Si è svolto, il 31 maggio 2018, nel Dipartimento di Giurisprudenza, un seminario dal titolo “*La Giurisdizione: profili storico-teorici e giuridici*” organizzato in seno al curriculum “Discipline giuridiche storico-filosofiche, internazionali, sovranazionali e comparate” nell’ambito della programmazione delle attività formative del Dottorato di ricerca in Discipline giuridiche. Il Seminario, organizzato dalle Professoresse Rita Benigni, Barbara Cortese ed Enrica Rigo, e svoltosi sotto la sapiente guida dei Maestri Carlo Cardia, Eligio Resta e Letizia Vacca, ha visto la partecipazione attiva di dottorandi delle aree del diritto romano, del diritto ecclesiastico e della filosofia del diritto. Le loro relazioni, aperte al confronto con il Prof. Giorgio Pino che del Seminario ha tirato le Conclusioni, sono in larga parte raccolte in questo libro, che incarna lo spirito più autentico del Dottorato in Discipline giuridiche, profondamente legato ad un modello di formazione che elegge il dialogo tra i saperi giuridici a punto di forza. La scelta metodologica è chiara: mettere a denominatore comune un tema di spessore teorico-pratico elevato e oggetto di attuale dibattito e chiamare, su di esso, a dibattere, senza filtri e intorno allo stesso tavolo, dottorandi e docenti. Il disegno trova qui realizzazione nell’incursione operata da studiosi del diritto ecclesiastico nella riflessione avviata da cultori del diritto romano sulla giurisdizione.

Se una conclusione può trarsi all’esito della lettura degli scritti qui pubblicati è che discutere oggi di giurisdizione significa riprendere le fila, mai interrotte, di una trama il cui ordito si presenta già fitto ed intricato in epoca romana. Ricordo, dai miei lontani studi, quanto accesa fosse tra i romanisti la disputa sulla natura della *iurisdictio*, come anche i problemi legati alla distinzione tra essa e *imperium*. Pure ad essi fa cenno, nel suo bel saggio, la Professoressa Barbara Cortese, la quale sensatamente invita – rifacendosi al pensiero di Satta – a non astrarre dal contesto storico politico di riferimento la ricerca sul senso da dare al termine giurisdizione, peraltro diversamente declinato nelle varie fasi del sistema del diritto romano; ciò nondimeno, mi pare che dallo scritto emerga chiaro come, al netto dei dovuti distinguo, le difficoltà che avevano incontrato i nostri antenati siano ancora lì, irrisolte, a tormentare i moderni, alle prese con il nodo nevralgico – mai sbrogliato – del rapporto tra ordinamento e interpretazione, tra sfera normativa e sfera applicativa del diritto, tra “politica” e giurisdizione.

La sostanza “creativa” e/o “costitutiva” della *iurisdictio* esce esaltata dal contributo del Dottorando Claudio Corsetti, il quale dedica attenzione alle

actiones in factum, degne di nota – mi sembra di poter dire – in quanto in esse traspare il preludio, ancorché embrionale, di logiche rimediali cui oggi, sempre più largamente, tendiamo a ricorrere per dare risposte adeguate ed efficaci a bisogni di tutela che un diritto propenso a valorizzare il piano degli interessi “materiali” non può lasciare inascoltati. Dal parallelo possiamo certamente trarre utili spunti di riflessione, a patto di non indulgere all’omologazione, all’appiattimento delle differenze e delle peculiarità. Fa da corredo l’indagine sulla genesi e sullo sviluppo della *iurisdictio* pretoria e l’aver sottolineato la centralità dell’editto e del processo *per formulas* nell’opera di costante ammodernamento del diritto che è uno dei motivi che rendono particolarmente apprezzabile lo studio.

Ritornano sotto i riflettori il discusso concetto di *iurisdictio* e il rapporto tra *iurisdictio* ed *imperium* nell’approfondito saggio di Giulia Maria Guida, Dottoranda ormai prossima all’esame finale, che affronta poi più direttamente la questione – non ancora risolta – del valore del giudicato nell’ambito delle fonti del diritto. Viene tratteggiata l’evoluzione del processo romano allo scopo di verificare la bontà dell’intuizione di Pugliese che prospetta l’esistenza di un rapporto circolare tra diritto e processo, nel quale finisce per rispecchiarsi ciò che – con linguaggio moderno – potremmo definire il potere creativo dell’interprete o, che dir si voglia, la produzione giudiziale del diritto.

Il diritto ecclesiastico parla per voce della Professoressa Rita Benigni e del Dottorando Gaetano Marcaccio, frequentante l’ultimo anno di corso. La prima parla di “rinascita di una giurisdizione confessionale” e ne scruta le cause – più d’una ovviamente – soffermandosi sull’influenza esercitata dal multiculturalismo e dalla degiuridicizzazione (testimoniata dal crescente ricorso a strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie). I casi che lo scritto prospetta sono illuminanti, perché dimostrano come oggi sia impossibile sottrarre il nostro ordinamento e quelli di stampo e cultura europei alla contaminazione con regole e istituti vigenti in ordinamenti lontani da essi e dalle loro tradizioni. È una sfida, quella in atto, che l’Europa deve affrontare e che vede, in prima linea, i giudici, chiamati a valutare la possibilità di riconoscere atti di ordinamenti stranieri *de visu* non agevolmente armonizzabili con principi basilari del nostro. Rita Benigni non manca, poi, di osservare, a margine della nota sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 16379/2014, che il rapporto tra giurisdizione canonica e giurisdizione statale è tutt’altro che statico e fisso ed, effettivamente, se si proietta lo sguardo sui terreni ove esso trova radicamento (matrimonio, separazione, divorzio), il dinamismo ben si percepisce, così come efficacemente dalla A. tradotto nell’immagine di “una rincorsa tra giurisdizione civile e canonica,

l'una intenta a recuperare terreno e l'altra a non perderlo”.

Marcatamente di taglio storico è il saggio di Gaetano Marcaccio, il quale, delimitato il raggio dell'analisi e focalizzata l'attenzione sulla giurisdizione nel diritto canonico intesa non nell'accezione lata ma in quella rappresentativa della *potestas iudicialis* ovvero del potere di applicare la norma nei casi concreti, si mostra interessato a porre in luce l'evoluzione della giurisdizione ecclesiastica dagli albori del Cristianesimo ai giorni nostri, soprattutto al fine di apprezzarne l'incidenza nei vari ordinamenti secolari. Nessuna tra le tappe più significative è trascurata: le persecuzioni, l'Editto costantiniano di Milano, il mescolamento tra la giurisdizione temporale e quella religiosa, le tendenze affermatesi nell'Impero romano d'Oriente, la compenetrazione tra diritto sacro e secolare testimoniata dall'*utrunque ius*, l'avvento del giurisdizionalismo proiezione di un nuovo modello dei rapporti tra Stato e Chiesa imperniato sulla preminenza del primo e, ancora, in epoca più vicina alla presente, l'esaltazione della separazione tra i due ordinamenti reciprocamente indifferenti e ciascuno sovrano al proprio interno, le ambiguità dello Statuto Albertino, la prima legge Siccardi del 1850, la legge delle Guarentigie del 1871, il recupero della giurisdizione ecclesiastica implicato nel nuovo sodalizio Stato-Chiesa suggellato dal Concordato del 1929, la caduta del fascismo e la Costituzione repubblicana, i primi timidi segnali di un mutamento dei rapporti tra Stato e Chiesa, divenuti via via più chiari e distinguibili negli esiti del Concilio Vaticano II che preannuncia la riforma del Concordato nel 1984. Oggi troviamo riconosciuti i principi di laicità e libertà religiosa, la cui esatta caratura, al di là delle proclamazioni, va saggiata sul campo e, a tal proposito, l'A. sembra individuare un valido banco di prova nella questione dell'efficacia in Italia delle sentenze di nullità matrimoniale pronunciate dai tribunali ecclesiastici, che – come rivelano le novità introdotte dal *Motu Proprio* di Papa Francesco dell'8 dicembre 2015 – prospetta sviluppi assai interessanti, che sarà opportuno attentamente monitorare.

Era doveroso condensare in poche righe i contenuti che rendono scientificamente apprezzabile lo sforzo trasfuso in questo agile volume; ma io coordino il Dottorato che i giovani studiosi sunnominati stanno – a quanto pare con profitto – frequentando e, quindi, non posso fare a meno di esprimere loro un plauso, che fa il paio con la soddisfazione che provo nel veder pubblicato il terzo dei Quaderni del Dottorato nell'ambito di una collana che, con la serietà degli studi che accoglie, dà lustro e prestigio al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre, testimoniandone l'eccellenza.

Roma lì 10 giugno 2019

Giuseppe Grisi

Barbara Cortese

Giurisdizione e Iurisdictio

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Alcune riflessioni preliminari – 3. Diritto e processo – 4. *Legis actiones* e *ius dicere* – 4.1. *Do, dico, addico: i tria verba*. L'evoluzione del primo *ius dicere* – 5. *Ius dicere*. Il processo formulare – 5.1. *Ius dicere* e *imperium* – 6. *Iurisdictio* e riflessione prudentiale – 7. *Ius civile, ius honorarium* e *iurisdictio*. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa*

Le brevi riflessioni che seguono intendono fissare alcuni punti in tema di potere di *ius dicere* e *iurisdictio* romana, al fine di consentire la comprensione del panorama generale in cui si collocano alcuni specifici approfondimenti oggetto delle analisi che seguiranno.

È d'uopo, tuttavia, accennare preliminarmente che l'intero quadro di indagine proposto in questo volume trova il proprio fondamento nelle attività formative del Dottorato in discipline giuridiche del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre, all'interno delle quali è stato inserito il Seminario di studi interdisciplinari *'La giurisdizione: profili storico-teorici e giuridici'*. Il desiderio di dialogo fra discipline, che da sempre governa l'attività scientifica del Dipartimento di giurisprudenza e che trova nella formazione post-lauream, segnatamente nel Dottorato, il suo humus più fertile, ha indotto alla scelta di un tema che per gli studi giuridici si rivela tanto centrale per ciascuna materia giuridica, quanto trasversale per i collegamenti interdisciplinari che apre: la giurisdizione.

I giovani studiosi, sotto il coordinamento dei responsabili delle loro ricerche hanno individuato i profili ritenuti più interessanti e meritevoli di approfondimento, esponendo le loro riflessioni nell'ambito del citato Seminario di studi di interdisciplinari e trasponendole, successivamente, nei contributi qui riportati.

In particolare, trattare della *iurisdictio* romana implica il calarsi in

un intricato sistema di elementi che non risultano agevolmente isolabili l'uno dall'altro, verosimilmente perchè nati in ragione di una fisiologica interazione: coglierne e tentare di un approfondirne un singolo profilo, dunque, a volte può risultare un'operazione complessa.

Tuttavia, un tema quale la *iurisdictio* deve per necessità essere scomposto quando affrontato con l'intenzione di porre in rilievo uno o più aspetti dell'ordinamento giudico romano, che, giova ricordarlo, è costruito in ottica essenzialmente processuale, e che, quindi, nella giurisdizione trova il suo "pendant" concettuale. In tal senso, si giustificano trattazioni come quella relativa alla struttura di specifiche azioni giudiziarie, quali le *actiones* concesse *in factum*, strumento emblematico della *iurisdictio* pretoria; o come quella concernente la rilevanza della *res iudicata*, in un sistema in cui la pronuncia giudiziale viveva dinamiche del tutto peculiari soprattutto se messa in rapporto ai "contesti" giudiziari di epoca moderna.

Per tentare di dare quel quadro generale in apertura citato, dettagliato quanto basta per essere comprensibile e, per questo incolpevolmente approssimativo, si è qui operata una breve ricognizione degli aspetti principalmente utili per ricostruire per grandi linee il fenomeno della *iurisdictio* romana, nel tentativo di porre in luce soprattutto il complesso rapporto fra attività giurisdicente, sistema processuale e tecniche di produzione e interpretazione normativa.

2. Alcune riflessioni preliminari

Il fenomeno 'giurisdizione' viene modernamente ricondotto alla funzione dello Stato di "dare attuazione concreta alla norma giuridica"; in un senso più ristretto, seppur collegato al più generale, per giurisdizione deve intendersi anche il potere riservato ad organi, detti giudicanti, di decidere secondo diritto nei limiti territoriali e di competenza previsti dall'ordinamento¹. Si tratta di un inquadramento funzionale che certamente

¹ Per la dottrina italiana doverosi i richiami a E. REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Studi giuridici in onore di V. Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917, 3 ss.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma, 1935, 15 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 17 ss.; A. SEGNI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, 985 ss.; S. SATTA, *Il processo nell'unità dell'ordinamento*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, 116 ss.; L. MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981, 11 ss.; C. MANDRIOLI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 127 ss.; L. Montesano, *La tutela*

si mantiene su un livello di forte generalità; d'altra parte, è una conseguenza inevitabile, essendo un fenomeno profondamente legato alla società e per questo non precisamente passibile di essere colto in tutti i suoi profili. A tal riguardo, il Satta² osservava che nel suo operare concreto la giurisdizione è imprescindibilmente legata al contesto storico-politico di riferimento, e che a volte, neppure sia possibile definirla prendendo a riferimento un periodo storico preciso³.

In verità, la percezione che si ha soffermandosi sull'etimologia del termine è che la concettualizzazione moderna del fenomeno 'giurisdizione' abbia comportato la perdita di parte della sua natura originaria: *iuris dictio* (pronuncia di diritto) e *ius dicere* (pronunciare diritto) sono lemmi che sembrano implicare un'operazione cogente, e, per certi versi, preliminare rispetto all'attuazione della norma giuridica; il *ius dicere* dà l'idea dell'indicazione del diritto da applicare, non solo in termini di indagine applicativa, ma anche in termini di formulazione/configurazione del diritto medesimo.

Si tratta di una percezione che trova riscontro lì dove il fenomeno *iurisdictio* è nato, nell'ordinamento romano, e che già di primo acchito, dà la dimensione del divario esistente fra *iurisdictio*/*ius dicere* romani e la giurisdizione modernamente intesa, delle quali, al di là di una evidente e stretta connessione linguistica, è di rigore evitare qualunque sovrapposizione concettuale.

A tacer d'altro⁴, uno dei rilievi che possono porsi in via del tutto generale riguarda l'opportunità del parlare di attuazione concreta della norma giuridica con riferimento alla *iurisdictio* romana: come vedremo, il rapporto fra la sfera normativa e la sfera applicativa nel diritto romano non si snoda lungo le dinamiche che caratterizzano gli ordinamenti moderni; in tal senso può risultare, dunque, fuorviante una lettura del potere giurisdizionale

giurisdizionale dei diritti, Torino, 1985, 6 ss.; E. FAZZALARI, *Processo e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 1 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2011, 1 ss.

² S. SATTA, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 218.

³ Si condivide, in tal senso, GIOV. GUIDA, *Ius dicere e iudicare. Iurisdictio del magistrato e potere del giudice*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, III, Padova, 2015, 6.

⁴ Se, infatti, quest'ultima è fondamentalmente una funzione che si estende a tutto lo svolgimento del processo, dall'inizio alla fine, comprendendo anche il *iudicium*, la *iurisdictio* del magistrato romano, sia nel processo *per legis actiones* sia nel processo *per formulas*, si esauriva in un intervento nella fase *in iure*, ma non si estendeva alla fase del *iudicium* vero e proprio, che era affidato a giudici privati. Infatti sarà solo nella prassi della *cognitio extra ordinem* e poi nella sua definitiva regolamentazione in età giustiniana che si configurerà il concetto unitario di giurisdizione che sta alla base della giurisdizione moderna. Altra differenza consiste nel fatto che la *iurisdictio* riguardava solamente i processi relativi a controversie fra privati e non aveva a che fare con la repressione criminale, che era inerente sempre allo *iudicium publicum*. cfr. G. NICOSIA, voce *Giurisdizione nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. Sez. Civ.*, Torino, 1993, IX, 120 ss.

circoscritta al potere di rendere in atto ciò che l'ordinamento normativo prevede in potenza.

Parlando di *iurisdictio* romana, il suddetto rilievo chiarisce in modo ancor più emblematico quanto si debba sempre contestualizzare la nozione al tempo della sua istituzionalizzazione e quanto sarebbe sbagliato interpretarla alla luce del concetto moderno di giurisdizione: come affermato dal Nicosia⁵, un confronto impostato in questo senso consente di cogliere, infatti, solo i connotati negativi, ovvero mancanti nella *iurisdictio* e presenti nella giurisdizione moderna. L'auspicio è, dunque, un aggiornamento della letteratura sull'argomento con degli studi che consentano di cogliere anche i connotati positivi di tale *iurisdictio* e che potrebbero trovare nelle scuole dottorali, e dunque fra i giovani, studiosi particolarmente propensi a intraprendere percorsi non ancora esplorati.

3. *Diritto e processo*

L'osservazione preliminare relativa alla necessità di contestualizzare le indagini in tema di giurisdizione trova maggiormente giustificazione se rivolta alla realtà giuridica romana, continuamente sottoposta a sollecitazioni di carattere evolutivo per ragioni politiche, economiche e sociali.

Il diritto romano, infatti, è il risultato di un complesso di fattori, funzionalmente interagenti, che non consentono di isolare in modo netto la funzione di produzione del diritto da quella dell'applicazione del diritto. 'Diritto' e 'processo', l'uno come dimensione statica, dove ha sede la 'norma', l'altro come dimensione dinamica, dove la norma "trova vita", non sono dimensioni separate: come evidenziava il Pugliese, dal punto di vista romanistico, il rapporto fra diritto e processo è un rapporto circolare, in cui il diritto si crea "nel e per effetto del processo", mediante l'intersezione dell'attività interpretativa degli organi giudicanti e dei poteri riconosciuti ai pretori urbano e peregrino ed altri magistrati giurisdizionali⁶, coadiuvati dall'attività di riflessione scientifica e consulenza tecnica dei giuristi, aggiungerai⁷.

⁵ G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, III, *Nascita ed evoluzione della iurisdictio*, Catania, 2012, 15.

⁶ G. PUGLIESE, *Diritto e processo nella esperienza romana*, ora in *Scritti giuridici (1985-1995)*, Napoli, 2007, 736.

⁷ L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 2012, *passim*.

Dell'approccio processuale corredante l'attività creatrice del diritto⁸, segnatamente l'attività di riflessione scientifica giurisprudenziale e correlativamente la produzione normativa magistratuale, la dottrina tanto ha discusso e tanto ha scritto. Il risultato più recente, e maggiormente condivisibile, di queste indagini propende per un riequilibrio del rapporto fra diritto e processo, o, per meglio dire, fra situazione giuridica sostanziale e azione, non più sbilanciato totalmente a favore della seconda, con un deciso superamento della visione per lungo tempo imperante di un Diritto romano come un 'Aktionenrechtlich'⁹, un 'Diritto delle azioni processuali'¹⁰. Proprio il Pugliese, al riguardo poneva l'accento sull'elemento indispensabile della spettanza dell'*actio* a chi fosse titolare di una situazione giuridica soggettiva: "si affermava che alcuno aveva una data *actio* per dire che era titolare di una data situazione soggettiva"¹¹. Per quanto, sul piano dell'intervento, l'ottica dei giuristi e degli operatori del diritto fosse quella rimediale, la valutazione preliminare dell'esistenza o della configurabilità di una situazione da far valere era, dunque, un'operazione fondamentale.

Ciò dovrebbe dare ad intendere il livello di peculiarità del contesto in cui il fenomeno '*iurisdictio*' si è formato: un contesto in cui l'elaborazione del dato normativo (non solo, o meglio, non necessariamente una norma, ma più frequentemente una regola di diritto) e la sua attuazione concreta, o, per dirla in altri termini, la dimensione sostanziale e la prospettiva processuale appaiono profili, per certi versi, indistinguibili della medesima realtà giuridica.

Considerata la complessità emersa da tale sintetica premessa, si può agevolmente intuire quanto sia arduo individuare con precisione l'incipit del potere di *ius dicere*, inteso nel senso appena espresso, ciò anche e soprattutto tenuto conto dell'evoluzione dell'ordinamento romano; peraltro, un'evoluzione non necessariamente aderente ai cambiamenti del regime politico-governativo. Prova della complessità di tale operazione

⁸ E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruita dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, ora in *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006, 35 ss, nt. 28;

⁹ F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München- Leipzig, 1934, 28 ss. trad. a cura di V. Arangio Ruiz, Firenze, 1946, 36.

¹⁰ L'ago della bilancia è costituito dal settore del diritto civile che si assume come riferimento, ad esempio il linguaggio delle *actiones* non trovava preminenza rispetto a quello degli *iura* nel campo della proprietà e dei diritti reali minori: cfr. A. BIGNARDI, *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una regula iuris*, Milano, 1992, 87 ss.

¹¹ G. PUGLIESE, *Diritto e processo*, cit., 753.

sono le diverse posizioni assunte dalla dottrina¹²: il Santoro¹³ riguardo alla *iurisdictio* sosteneva che «la nozione è delle più discusse».

Senza dubbio, i fattori a cui occorre necessariamente volgere l'attenzione sono costituiti dal sistema delle fonti, dalla forma processuale in vigore e dall'articolazione dei soggetti dotati di potere di *dicere ius*, e con riguardo a questi ultimi, la funzione '*iurisdictio*' alla luce del rapporto con l'*imperium*.

Nonostante i numerosi dibattiti dottrinali e le diffuse oscillazioni interpretative il dato relativamente certo è che la nozione di *iurisdictio* durante l'età repubblicana e la prima parte dell'impero designasse esclusivamente il potere attribuito a certi magistrati di *ius dicere*¹⁴ e non toccasse altri profili come l'emissione della pronuncia giudiziale; e ciò considerato che, almeno fino all'istaurazione del regime processuale *per cognitionem*, *iurisdictio* e *iudicatio* rimangono due operazioni distinte: il magistrato *ius dicit*, cioè istruisce la causa; c'è poi un *iudex* che la risolve¹⁵.

¹² M. LAURIA, *Iurisdictio*, in *Studi Bonfante*, Milano, 1930, 479 ss.; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, 7 ss. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana, Parte II: Le legis actiones*, Bologna, 1948, 187; C. GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano*, Milano, 1974, 318; ID., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 85; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, Roma, 1962, 251 ss.; ID., *Il processo civile romano, II. Il processo formulare*, Milano, 1963, 45 ss.

¹³ R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, 30, 1967, 101 ss.

¹⁴ M. A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, Bonn, 1864-66, 56 ss.; F. L. KELLER-A. WACH, *Der römische Zivilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, Lipsia, 1883, 43 ss.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Lipsia, 1885, 123 ss.; P. F. GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, Parigi 1901, 76 ss.; A. H. I. GREENIDGE, *The legal procedure of Cicero's time*, Oxford 1901, 54 ss.; C. BERTOLINI, *Il processo civile*, I, Torino, 1913, 36 ss.; E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, 45 ss.; S. SOLAZZI, *Iurisdictio contentiosa e voluntaria nelle fonti romane*, in *AG.*, 98, 1927; 3 ss.; E. BETTI, *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano*, in *Studi Chiovenda*, Padova, 1927, 46 ss.; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, Milano, 1925-1927 23 ss.; P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, II, Roma 1929, 204 ss.; M. LAURIA, *Iurisdictio*, cit. 481; A. STEINWENTER, voce *Iurisdictio* in *PWRE*, 10.1, Stuttgart, 1959, 1155; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 253 ss.; F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997, 156 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato*, cit., 34 ss.

¹⁵ Questa precisazione diviene fondamentale se si approfondisce il confronto con la funzione giurisdizionale moderna. Laddove quest'ultima è fondamentalmente una funzione che si estende a tutto lo svolgimento del processo, dall'inizio alla fine, comprendendo anche il *iudicium*, diversamente la *iurisdictio* del magistrato romano, sia nel processo *per legis actiones* sia nel processo *per formulas*, si esauriva in un intervento nella fase *in iure*, senza giungere a coprire la fase del *iudicium* vero e proprio, affidato a giudici privati. Sarà solo nella prassi della *cognitio extra ordinem* e poi nella sua definitiva regolamentazione in età giustiniana che si configurerà il concetto unitario di giurisdizione nel senso moderno. Peraltro la *iurisdictio* riguardava solamente i processi relativi a controversie fra

Questo evidenzia l'incompatibilità di fondo tra la struttura della *iurisdictio* romana e della giurisdizione modernamente intesa: come osservato dal Guida¹⁶, "il ruolo del giudice non è che un riflesso di quello del magistrato"; il che mi pare escludere non solo un rapporto di pariordinazione tra attività di *ius dicere* e attività di *iudicare* ma certifica la subordinazione perlomeno funzionale del primo al secondo.

Resta da indagare sulle radici del fenomeno e, tenuto conto della sua evoluzione nell'ambito della storia dell'ordinamento romano, se e in che misura l'originaria identità della '*iurisdictio*' sia presente nell'attività giurisdizionale modernamente intesa.

4. *Legis actiones e ius dicere*

Da una ricognizione generale delle idee espresse dalla dottrina uno dei punti che risulta particolarmente controverso riguarda la possibilità di individuare la genesi della *iurisdictio* in epoca arcaica, momento storico in cui l'intervento del "magistrato" si inseriva nel *lege agere*, meglio conosciuto come processo per *legis actiones*, come venne denominato a seguito della codificazione delle XII Tavole¹⁷.

L'analisi approfondita sul funzionamento e sulla struttura delle antiche *legis actiones*¹⁸ ha permesso di constatare come, nell'ambito di questo processo, non fosse previsto uno spazio per l'intervento giurisdizionale in senso tecnico; l'attività processuale era basata sulla pronuncia solenne di *certa verba* demandata all'*agere* dei privati, il cui effettivo controllo era

privati, escludendosi del tutto l'ambito della repressione criminale, inerente al *iudicium publicum*; in epoca attuale, invece, l'articolazione fra giurisdizione civile e giurisdizione penale implica che la funzione giurisdizionale sia concepita come una funzione unitaria e, dunque, comprendente sia il campo delle controversie tra privati, sia il campo della repressione criminale. Infine rispetto alla realtà romana, nell'odierno sistema giurisdizionale non figura un elemento chiave del processo formulare: il principio del *recte agere*: l'attuale sistema processuale, in ossequio ad una tendenza spiccatamente garantista, si apre all'idea del riconoscimento del diritto ad ottenere una pronuncia giudiziale che accerti il 'torto', contrariamente a quanto avveniva nell'esperienza storica del processo formulare, fondato sul principio che "agisce correttamente solo chi ha ragione di agire". Sul punto da ultimo cfr. M. A. FINO, *Idee romane in tema di giurisdizione. Alle radici del diritto europeo oltre la tradizione romanistica*, Napoli, 2012, 72 ss. Per un approfondimento degli aspetti citati si vedano i paragrafi successivi.

¹⁶ GIOV. GUIDA, *Ius dicere*, cit., 9.

¹⁷ In questo senso F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica I-II*, Firenze, 1979, 78.

¹⁸ G. NICOSIA, *Il processo privato*, cit., 2 ss.

affidato alla stessa comunità¹⁹. In origine²⁰, è quindi possibile ritenere che il processo si svolgesse interamente davanti al *rex*²¹ capo politico della *civitas*²²: tenuto conto del carattere 'privato' dell'*agere* processuale e della struttura patriarcale della *familia* romana, le ricostruzioni delle fonti attribuiscono al *rex* sia la competenza di *ius dicere*, sia il potere di giudicare, cioè di emettere la sentenza conclusiva del processo²³.

Successivamente²⁴, postulando una originaria fisiologica bipartizione 'funzionale' (presa di posizione dei litiganti e decisione del giudice) si sarebbe strutturata in modo definitivo una bipartizione strutturale (fase *in iure* e fase *apud iudicem*), di cui si è detto, secondo la cui articolazione davanti al *rex*, sostituito dal magistrato all'indomani della instaurazione della repubblica, si sarebbe impostata la causa; mentre nella fase *in iudicio* la controversia sarebbe stata decisa.

Senza dubbio, le incertezze delle fonti che caratterizzano il periodo più antico consentono di elaborare ipotesi ricostruttive logiche, ma prive di certo riscontro testuale, relativamente al passaggio dall'istruzione processuale affidata al re a quella affidata al magistrato²⁵: quanto si può affermare con relativa certezza è che dallo studio degli antichi schemi processuali per tutta l'epoca predecemvirale e decemvirale non emerge alcuna concreta manifestazione di *iurisdictio* "tecnica" e che occorre attendere il 367 a.C.,

¹⁹ M. TALAMANCA, voce *Processo civile (diritto romano)* in *Enc. dir.*, Milano, XXXVI, 1987, 18 ss.

²⁰ F. L. KELLER, *Il processo civile romano e le azioni*, trad.it., Napoli, 1872, 5 ss. R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, 154 ss. Diversamente il Wlassak colloca l'intervento del *rex* nella dinamica arbitrale, attribuendo una natura del tutto privatistica alle dinamiche processuali, prive di una dimensione pubblica M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, Lipsia, 1888-91, 100 ss.

²¹ Come osservato dal Wanger, il potere del *rex* era un potere da sovrano assoluto che, in quanto tale, doveva necessariamente ricomprendere anche la *iudicatio*, al contrario il Cannata sostiene che, essendo il processo suddiviso in due fasi fin dalle sue origini, il *rex* aveva il potere di delegare la fase del giudizio ad uno *iudex* privato. In tal senso L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it., Milano, 1938, 48 e C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano, II. Il processo formulare*, Torino, 1982, 19 ss.

²² L'attività del *rex* era connotata da elementi religiosi: era l'interprete della volontà divina, ordinava il da farsi e come risolvere le controversie tra le parti.

²³ Una puntuale testimonianza sul potere giurisdizionale del *rex* è ricavabile da due passi di Dionigi d'Alicarnasso (4.25.1-2 e 4.36.1-2) dove si ricorda che era stato Servio Tullio ad introdurre la possibilità che il re nominasse giudici privati per la risoluzione delle controversie tra privati.

²⁴ B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987, 24.

²⁵ Per un approfondimento su questo profilo si rinvia a G. PUGLIESE, *Il processo civile romano, I. Le 'legis actiones'*, cit., 118 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato*, cit., 22 ss.; G. I. LUZZATTO, *Procedura civile*, cit., 155 ss.

data di creazione del *praetor*, perché si possa avere la prima attestazione sicura della presenza, nel quadro degli sviluppi giuspolitici, di un magistrato dotato di *iurisdictio*²⁶.

4.1. Do, dico, addico: *i tria verba*. *L'evoluzione del primo ius dicere*

Per trattare dell'esistenza e della consistenza del ruolo di un organo giurisdicente, dunque, dobbiamo necessariamente far riferimento al periodo successivo alle *leges Liciniae Sextiae* del 367 a.C., corpo normativo mediante il quale fra le altre innovazioni "paracostituzionali", venne appunto istituita la figura del *praetor urbanus*.

La *iurisdictio*, in una certa misura, può dirsi nascere in risposta all'esigenza di sottoporre l'*agere* dei privati al controllo di un organo dotato di pubblici poteri, sovrapponendosi ai meccanismi processuali formalizzati (basti pensare alla *agere sacramento* e alla *manus iniectio*)²⁷, frutto dell'attività della giurisprudenza pontificale, in maniera graduale.

Dapprima, proprio in conseguenza della struttura dell'*agere per certa verba* (vincolato alla pronuncia di parole solenni e al compimento di precisi riti gestuali) l'intervento del magistrato verosimilmente si inserì nello schema processuale attraverso la nota triade di altrettanti verbi tecnici: *do, dico, addico*²⁸.

²⁶ F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997.

²⁷ C.A. CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, 154 ss. ora in *Scritti scelti di diritto romano*, I, Torino, 2011, 375 ss.

²⁸ La citazione più antica si trova in Varrone: *ling.* 6.29-30: *dies fasti, per quos praetoribus omnia verba sine piaculo licet fari; contrarii horum vocantur dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem 'do dico addico'; itaque non potest agi: necesse est aliquo uti verbo, cum lege quid peragitur. Quod si tum imprudens id verbum emisit ac quem manumisit, ille nihilo minus est liber, sed vitio, ut magistratus vitio creatus nihilo setius magistratus. Praetor qui tum fa[c]tus est, si imprudens facit, piaculari hostia facta piatur; si prudens dixit, Quintus Mucius a[b]i[g] ebat eum expiari ut impium non posse. ling. 6.53: Hinc fasti dies, quibus verba certa legitima sine piaculo praetoribus licet fari; ab hoc nefasti, quibus diebus ea fari ius non est, si fati sunt, piaculum faciunt.* Occupandosi della distinzione tra *dies fasti* e *dies nefasti*, Varrone dice che erano fasti quei giorni durante i quali era lecito ai pretori pronunciare qualunque parola *sine piaculo*, cioè senza commettere empietà e senza la necessità di fare il sacrificio piaculatorio. Di contro, erano chiamati *dies nefasti* quei giorni durante i quali era proibito al pretore pronunciare le parole *do, dico, addico*. L'autore conclude con la considerazione che in quei giorni non era possibile lo svolgimento del processo davanti al magistrato giurisdicente e si preoccupa anche di distinguere se il pretore avesse fatto una tale pronuncia *imprudens*, cioè involontariamente, o *prudens*, cioè coscientemente. Nel primo caso specifica che il pretore poteva espriare la pronuncia attraverso il sacrificio piaculare; nel secondo caso non poteva

Tali funzioni specifiche, riconducibili alla primigenia della *iurisdictio*, in questa prima fase ebbero una connotazione meramente procedurale; il magistrato tramite esse attribuiva una valenza formale agli atti processuali delle parti collocati all'interno degli schemi procedurali consolidati.

In seguito, si assiste ad un'evoluzione pratica, spontanea, dei contenuti sostanziali e funzionali di tale triade, dalla quale è dipeso lo sviluppo della *iurisdictio*, che superando l'accezione dichiarativa confermativa, acquista quella statutiva-costitutiva.

Per dare un'idea in modo piuttosto sintetico, il *'do'*, ad esempio, dapprima utilizzato nella locuzione *'datio iudicis'*, nel senso della nomina formale del *iudex* liberamente scelto dalle parti, quindi in senso confermativo della volontà delle parti, assume un ruolo più incisivo con la individuazione del giudice all'interno delle liste che lo stesso pretore predisponeva. Più significative in tal senso la *datio actionis* o la *datio iudicium*, manifestazioni della natura maggiormente costitutiva dell'intervento del magistrato, che, come osservato dal Luzzatto²⁹, assicurava che l'atto di parte raggiungesse l'effetto finale.

Del termine *dico*, è anzitutto certo il suo utilizzo in forme differenti, non facilmente riconducibili ad unità³⁰: con il *'dicere viam'* inserito nel rituale vindicatorio degli immobili, il magistrato si limitava ad indicare la via per giungere all'immobile oggetto della controversia e prelevarne un

espiare la procura e restava empio. Nel secondo brano Varrone specifica che erano giorni *fasti* quelli in cui il pretore poteva pronunciare i *'verba certa legitima'* senza incorrere in un atto di empietà: è evidente che con questa indicazione si vuole riferire ai verbi *do, dico e addico*. Citazioni successive sono alcuni passi di Ovidio Ov., *Fasti*, 1.47-48: *Ille nefastus erit, per quem tria verba silentur; fastus erit, per quem lege licebit agi*. Nei due versi riportati, Ovidio afferma, da un lato, che era *dies nefastus* quello durante il quale i *tria verba* non potevano essere pronunciati (poeticamente *silentur*: tacciono), dall'altro che era *fastus* quel giorno durante il quale era giuridicamente possibile *lege agere*. Testimonianze di Seneca Sen., *tranq. an.*, 3.7: *praetor... tria verba pronuntiat*. Dalla testimonianza è possibile dedurre che i *tria verba* venissero pronunciati tutti insieme. Altresì alcuni brani di Macrobio Cfr. Macr., *Sat.* 1.16.10: *eum qui talibus imprudens aliquid egisset porco piaculum dare debere; prudentem expiare non posse Scaevola pontifex adseverabat*. Dal brano si distingue tra chi avesse compiuto *imprudens* un'attività nei giorni in cui non era permessa, e chi l'avesse compiuta *prudens*; nel primo caso era ammessa l'espiazione mediante sacrificio di un *porcus*, nel secondo caso viene ricordato il parere del *pontifex* Scaevola che negava a chi avesse agito *prudens* la possibilità di espiare. Cfr. Macr., *Sat.*, 1.16.14: *Fasti sunt quibus licet fari praetori tria verba sollemnia, do dico addico; his contrarii sunt nefasti... et fastis quidem lege agi potest*. In questo secondo brano si dice che erano *fasti* i giorni in cui il pretore poteva pronunciare i tre solenni verbi poi elencati, deducendo che in quei giorni era possibile attuare l'attività del *lege agere*.

²⁹ G.I. LUZZATTO, *Procedura civile*, cit., 182.

³⁰ GIOV. GUIDA, *Ius dicere*, cit., 18.

pezzo simbolico, da recare in giudizio. Si trattava, evidentemente, di una pronuncia con effetti meramente autorizzativi.

Del tutto diverso il senso della pronuncia di ‘*dicere vindicias*’³¹:

Gai. 4.16: ...*postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat.*

Gaio, descrivendo lo svolgimento della *legis actio sacramento in rem*, dopo aver riportato lo scambio di contrapposte battute e gesti rituali tra i due contendenti, spiega il significato tecnico di *vindicias dicere*: la locuzione indica la solenne pronuncia con cui il pretore attribuiva, per la durata del processo (*interim*), la disponibilità della cosa controversa ad uno dei litiganti, rendendolo possessore (*possessorem constituebat*). Attraverso questa pronuncia il magistrato attuava una decisione in virtù del potere discrezionale di cui inizia a disporre.

Per quanto riguarda il *verbum* ‘*addico*’³², etimologicamente riconducibile a ‘*dicere ad*’³³, in origine il significato era nel senso di conferma, approvazione e assenso³⁴. In un secondo momento, accresciuto il potere di ingerenza del pretore, questi finì con l’esercitare un controllo di merito sulla fondatezza della pretesa e, quindi, col subordinare a tale fondatezza la pronuncia di *addictio*, che acquisì il senso di ‘assegnazione’. In tal senso, basti riflettere sull’evoluzione dell’*in iure cessio*, quale atto negoziale traslativo della proprietà delle *res*, mutuato dallo schema della *legis actio sacramento in rem*, nella parte dell’*addictio* magistratuale della cosa ad una delle parti

³¹ Vedi più ampiamente G. NICOSIA, *Il processo privato*, cit., 43 ss.

³² R. FIORI, *Ea res agatur: i due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2013, 77.

³³ M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat in gesetzlichem Spruchverfahren*, in *ZSS*, 28, 1907, 81 ss.

³⁴ La *manus iniectio*, originariamente, non prevedeva l’intervento magistratuale ed era completamente rimessa all’attività di colui che operava tale azione; dopo la creazione del magistrato giudicante, quest’ultimo aveva il compito di sorvegliare sulla regolarità esteriore del procedimento e, dopo averla verificata, poteva pronunciare la sua *addictio*, cioè l’approvazione del solenne *dicere*. Questa sequenza formale di atti determinava automaticamente l’effetto giuridico dell’assoggettamento del soccombente. Con il tempo, la *manus iniectio* finisce per dipendere completamente dall’*addictio* del magistrato che giunge ad indicare la pronuncia conclusiva del procedimento con cui questi attribuiva all’attore la persona dell’avversario soccombente. Dalle *Istituzioni* di Gaio (4.21-25) si traggono informazioni sulla prima parte del procedimento e del formulario, ma non si parla dell’*addictio*. Le *Notti Attiche* (20,1,36-38), invece, danno notizie preziose per la ricostruzione del procedimento successivo all’*addictio*. Sulla *legis actio per manus iniectioem* cfr. G. I. LUZZATO, *Procedura civile*, cit., 29 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile. I, Le legis actiones*, cit. 309 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato*, cit., 78 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato*, cit., 36 ss.; P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nella esperienza costituzionale romana*, Torino, 1996, 20.

del processo. L'*addictio*, da mera pronuncia solenne di approvazione, con effetti di mero riconoscimento formale, si trasformò in una vera e propria pronuncia discrezionale con effetti costitutivi.

La relazione tra *iurisdictio* e i *tria verba praetoris*, dunque, subisce una evoluzione che riempie di contenuti tanto il *certa verba agere*, tanto la *iurisdictio*, assumendo un'impronta sempre più autoritativa, in cui il *ius dicere* nato con valenza prettamente dichiarativa, assume sempre più un carattere statutivo-costitutivo³⁵.

5. Ius dicere. Il processo formulare

D. 1.2.2.27 (Pomp. *l. sing. ench.*): *Ita facti sunt aediles curules. cumque consules avocarentur bellis finitimis neque esset qui in civitate ius reddere posset, factum est, ut praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe ius redderet.*

In quest'altro brano, Pomponio riferisce che essendo impegnati i consoli a concludere le guerre, il potere di *ius reddere*³⁶ era stato affidato agli edili curuli e poi al pretore urbano.

Il brano pare avallare quanto già sostenuto, ossia che per parlare di *iurisdictio* bisogna attendere il periodo successivo durante il quale si diede il via ad un progressivo aumento di organi ai quali, insieme alle altre competenze, vengono affidate funzioni di *iurisdictio*: il 367 a.C. perché le *leges Liciniae Sextiae* affidino l'esercizio della *iurisdictio* ad un organo del potere politico, il *praetor urbanus*, e il 242 a.C. perché quest'ultimo venga affiancato dal *praetor peregrinus*, specializzato ulteriormente in questa funzione³⁷.

³⁵ M. LAURIA, 'Iurisdictio', in *Studi Bonfante*, II, Milano, 1930, 529 ss; G. PUGLIESE, *Il processo civile*. II, cit., 150.

³⁶ Sull'espressione '*ius reddere*' E. STOLFI, *Immagine di 'officia' e compiti magistratuali nell'elaborazione della giurisprudenza antoniniana*, in *Giuristi e 'officium'. L'elaborazione giurisprudenziale di regole per l'esercizio del potere fra II e III secolo d. C.*, a cura di E. STOLFI, Napoli, 2011, 7 ss.

³⁷ Pomponio cita la carica degli edili curuli che originariamente sorse come carica plebea ma, dopo le leggi *Liciniae Sextiae*, divenne una magistratura patrizio-plebea investita soprattutto di compiti di polizia urbana, dotata di *potestas*, ma priva di *imperium*. Per approfondimenti sul tema cfr. T. MOMMSEN, *Römische Forschungen*, I, Berlino 1864, 96 ss.; M. PINEAU, *Histoire de l'édilité romaine*, Bordeaux, 1893, *passim*; A. ROSENBERG, *Der Staat der alten Italiker*, Berlino 1913, 3 ss.; J. BELOCH, *Römische Geschichte*, Berlino e Lipsia, 1926, 488 ss.; E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, in *Studi in onore di G. Chioyenda*, Padova, 1927, 57 ss.; A. MOMIGLIANO, *L'origine della edilità plebea*, in *BIDR*, 59, 1931, 134 ss.; M. HUMBERT, *Le tribunal de la plèbe et le tribunal du*

Queste novità sono sintomo del maturare di nuove esigenze connesse all'importanza sempre maggiore della funzione di *ius dicere*³⁸: il fattore che influì maggiormente sulla trasformazione della *iurisdictio* fu proprio il processo *per formulas*, ideato dal pretore per dare tutela alle pretese nascenti da rapporti legati alle pratiche commerciali nuove, non tutelate o tutelabili dal *ius civile*³⁹. Per garantire tutela, il pretore servendosi dell'*imperium* di cui era investito a titolo 'costituzionale', intervenne con un nuovo tipo di *agere*, non più vincolato a *verba certa*, ma fondato su *verba concepta*, fra loro combinati di volta in volta in funzione della situazione giuridica oggetto della controversia e che andavano a costituire delle formule processuali. Si trattava di una procedura che permetteva di superare i limiti posti dalla necessità della cittadinanza romana che al contempo impediva l'esercizio delle *actiones* di legge e il riconoscimento di 'situazioni giuridiche' tutelabili dal *ius civile*, per così dire, tradizionale in capo a chi romano non era. La dottrina⁴⁰ ritiene che, fin dalla loro creazione, i due pretori avessero rispettive aree di competenza: l'uno l'esercizio della *iurisdictio* tra i cittadini romani, l'altro la *iurisdictio* tra peregrini⁴¹.

peuple: remarques sur l'histoire de la provocatio ad populum, in *Mélanges de l'école française de Rome*, 1988, 459 ss.; L. GAROFALO, *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei 'iudicia populi'*, Padova, 1989, 152 ss.

³⁸ L'espansione di Roma e il nuovo assetto politico-amministrativo che si andava delineando resero, tra gli altri effetti, un aumento degli organi dotati di *iurisdictio*, dislocati su tutto il territorio provinciale.

³⁹ Il Gioffredi, per esempio, osservava che la funzione del pretore, sin dalle sue origini, aveva mantenuto una connotazione costitutiva, cioè regolatrice di rapporti e non meramente preparatoria di una successiva fase di giudizio: esisterebbe un nesso di continuità tra il processo per *legis actiones* e quello formulare, laddove quest'ultimo si sarebbe inserito nel primo ampliandolo e consentendo, altresì, al diritto di seguire lo sviluppo dei tempi. C. GIOFFREDI, *Contributi*, cit., 318.

⁴⁰ G. PUGLIESE, *Il processo civile. II*, cit., 118 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato*, cit., 22 ss.; G. I. LUZZATTO, *Procedura civile*, cit., 12 ss.; F. L. KELLER, *Il processo civile*, cit., 5 ss.; F. SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano, 1954, 58 ss.

⁴¹ Tuttavia, il Serrao, da un attento studio delle fonti a disposizione sul tema, giunge ad affermare che non è sempre possibile constatare una così netta separazione di competenze tra i due pretori; egli, per questo motivo, individua tre distinti periodi di riferimento. Il primo va dal 242 a.C. alla *lex Aebutia* del 130 a.C., periodo in cui esiste una chiara separazione di sfere di competenze, anche se mancano attestazioni dirette a riguardo; il secondo periodo va dal 130 a.C. alle *leges Iuliae iudicariae* del 17 a.C. per il quale le fonti testimoniano un'attenuazione di questa rigida distinzione, riportando casi in cui la *iurisdictio* del pretore peregrino si estende anche ai *cives*; il terzo periodo va dalle leggi Giulie alla *Constitutio Antoniniana* del 212 d.C. (con cui Caracalla estende la cittadinanza romana a tutti i peregrini), periodo in cui, secondo il Serrao, si allarga sempre di più il raggio di azione del pretore peregrino sui *cives*. Una forte critica a questo schema prospettato dall'autore

In questa nuova forma di processo, il ruolo della magistratura si concentrava sulla prima fase, quella in *iure*, mentre la fase decisoria, detta *apud iudicem*, era affidata ad un *iudex*, un privato cittadino scelto fra una sorta di albo, o a dei *recuperatores*.

Chiaramente, fondamentale fattore evolutivo legato alla trasformazione della *iurisdictio* è lo sviluppo della prassi da parte di questi magistrati di emanare l'*edictum praetoris*, essendo l'atto con cui assumeva concretezza l'esercizio del potere di *iurisdictio* a loro riservato⁴². Tramite la legittimazione per così dire "legale" di questo programma annuale editto, il pretore ebbe senza dubbio poteri di intervento ben diversi e molto più incisivi che non nel precedente *lege agere*: anzitutto, da lui dipendeva la valutazione della meritevolezza di tutela del rapporto e quindi la decisione di consentire o meno di agire in giudizio costruendo caso (*iudicium dare, actionem dare*) per caso la formula adatta. Tuttavia, anche all'indomani della tipizzazione delle formule, con la loro attrazione in modelli contenuti nelle clausole editto, spettava sempre al pretore valutare anzitutto la corrispondenza fra fattispecie concreta e modello di formula e soprattutto decidere se intervenire con adattamenti e variazioni di molteplice natura che poi andavano ad arricchire di contenuti l'esercizio della *iurisdictio*.

Inizialmente fu necessario individuare degli 'schemi di istruzioni-tipo' da applicare in fattispecie analoghe; in seguito, si configurò l'editto vero e proprio: all'inizio dell'anno di carica il pretore peregrino e, successivamente, anche quello urbano, emana un editto in cui fissa i principi a cui si atterrà nell'esercizio della sua *iurisdictio*, come in una sorta di programma di governo: le *formulae* in esso contenute non sono altro che le istruzioni previste dal pretore per la risoluzione delle controversie sottoposte alla sua cognizione.

Formalmente il pretore era del tutto libero di fissare il contenuto dell'editto emanato sulla base del proprio *imperium*, ma prese rapidamente piede la prassi che il pretore dell'anno successivo recepisce, in grandi linee e nei punti più consolidati, l'editto del pretore precedente, finendo per creare un insieme di norme che si trasmisero immutate da un pretore all'altro, il

è mossa dal Nicosia secondo cui l'evoluzione storica mostra l'esatto contrario e cioè che in origine non esisteva una precisa distinzione fra la competenza dei due pretori e solo piano piano si afferma una specializzazione di compiti, divenuta definitiva con la riorganizzazione dell'*ordo iudiciorum* con le leggi Giulie.: cfr. F. SERRAO, *La iurisdictio*, cit., 16 ss.

⁴² Cfr. in particolare P. F. GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, Parigi, 1901, 75; A. H. I. GREENIDGE, *The legal procedure of Cicero's time*, Oxford, 1901, 44; M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat in gesetzlichem Spruchverfahren*, in *ZSS*, 28, 1907, 81 ss.; G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, 163 ss.; E. BETTI, *Iurisdictio praetoris e potere normativo*, in *LABEO*, 14, 1968, 7 ss. Si vedano anche gli autori citati alla nota 14.

cosiddetto *edictum tralaticium*. Tuttavia, fra tutti l'intervento che consacrerà, per così dire, questo carattere di perpetuità è la codificazione dell'editto del pretore compiuta tra 117 e il 138 d.C., durante il principato di Adriano, ad opera di Salvio Giuliano⁴³.

5.1. *Ius dicere e imperium*

Come detto, il processo formulare nasce dall'esigenza di offrire tutela a situazioni non riconosciute dal *ius civile* e pertanto non tutelabili con le *legis actiones*. La caratteristica principale di tale nuovo modello processuale, come si accennava, è costituita dall'*imperium*⁴⁴ del magistrato giudicante, sulla cui base egli organizzava questi tipi di *iudicia*: *iudicia* che tecnicamente erano definiti *quae imperio continentur*.

La definizione del rapporto tra *iurisdictio* ed *imperium* ha impegnato a lungo la dottrina in un dibattito intenso, ora riconducibile a due contrapposti orientamenti. Se per un verso si ritiene⁴⁵ che l'*imperium* avrebbe costituito un potere unitario in grado di comprendere tutte le manifestazioni della sovranità, compreso l'esercizio della *iurisdictio*; per altro verso⁴⁶, stante l'impossibilità di dare una definizione univoca di *imperium*, si obietta che non sarebbe esistito alcun collegamento tra *iurisdictio* ed *imperium*, il che escluderebbe l'idea di porlo a fondamento della *iurisdictio* stessa.

In vero⁴⁷ se si concepisse la *iurisdictio* come una delle *potestates* che potevano essere espressamente affidate dalla legge al magistrato giudicante, si troverebbe un collegamento lineare con l'*imperium*, di cui erano dotati solo alcuni magistrati, a sua volta configurato come un potere generale di comando sia militare sia civile, nel quale era compreso implicitamente anche il potere di *ius dicere*. In questo modo si giusticherebbe anche il dato storico relativo a magistrati privi di *imperium* e che, tuttavia, esercitavano la

⁴³ Cfr. soprattutto F. GALLO, «*Princeps*» e «*ius praetorium*», in *RDR*, 1, 2001, 1 ss.

⁴⁴ F. LEIFER, *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht*, Monaco, 1914, 69 ss. L'autore ha sostenuto la perfetta equivalenza tra la nozione di *iurisdictio* e quella di *imperium*.

⁴⁵ F. LEIFER, *Die Einheit*, cit., 69 ss. Il pensiero dell'autore è condiviso dal Mommsen e in Italia dal F. DE FRANCISCI, *Intorno alla natura e alla storia dell'«auspicium imperiumque»*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, 1, Milano, 1953, 399 ss. ma superato già da P. VOCI, *Per la definizione dell'«imperium»*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, 2, Milano, 1953, 67 ss. (ora in *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, 105 ss.).

⁴⁶ M. LAURIA, *Iurisdictio*, cit., 488.

⁴⁷ F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 199 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, cit., 118 ss.

iurisdictio affidata legalmente⁴⁸.

Nell'epoca successiva alla *lex Aebutia*⁴⁹, viene legittimato il ricorso al processo formulare anche per i rapporti tutelati dalle *legis actiones* e, pertanto, anche i *iudicia* formulari relativi a questi rapporti vengono considerati *legitima*. In tale contesto il pretore, titolare dell'*imperium*, e qui si paleserebbe la differenza fra magistrati giurisdicenti con e senza potere di comando, si serve del suo potere per ampliare in maniera discrezionale il suo ambito operativo e per creare nuovi e numerosi *iudicia*, che diventano così parte integrante del processo *per formulas*. A tal riguardo, per sottolineare lo stretto rapporto intercorrente tra *imperium* e *iurisdictio*, i giuristi di età severiana, Paolo e Ulpiano in particolare, chiamano questi provvedimenti '*magis imperii quam iurisdictionis*'.

In estrema sintesi si può sostanzialmente affermare che l'*imperium* non è condizione necessaria per l'attribuzione della *iurisdictio*, ma ne rafforza l'esercizio corredandola di un potere cogente e coercitivo, in «potere di dare ordini, con la possibilità di farli eseguire, anche con la forza»⁵⁰.

Proprio dal vasto utilizzo di tutti gli strumenti di intervento autoritativi facendo ricorso all'*imperium* (come le *cautiones*, oppure le *missiones in possessionem* tramite *decretum*, o ancora le *restitutiones in integrum*) ha trovato origine l'effetto più potente della nuova *iurisdictio* pretoria, che finì per imporsi come ordinamento di affiancamento al *ius civile*⁵¹, a volte in termini di complementarietà, a volte in termini di superamento, almeno in sede processuale, che giustifica l'iniziale nostra affermazione di *iurisdictio* come funzione che va ben oltre l'attuazione della norma giuridica, anzi che la precede in un'operazione creativa-evolutiva antecedente a quella attuativa-esecutiva.

6. *Iurisdictio e riflessione prudenziale*

Un rapporto di stretta necessità legava giuristi⁵², magistrati e *iudices*: i primi, impegnati ad un'acuta riflessione sul sistema processuale che si era edificato sull'*agere per formulas*, e sul rapporto fra questo e le fonti, i secondi e i terzi "costretti" a servirsi dell'elaborazione prudenziale per amministrare

⁴⁸ Ad esempio gli edili curuli.

⁴⁹ Della seconda metà del II secolo a.C.

⁵⁰ Espressione riassuntiva del concetto di '*imperium*' del Cannata: C.A. CANNATA, *Profilo*, cit., II, 24.

⁵¹ S. RICCOBONO, *La fusione del ius civile e del ius praetorium*, Palermo, 1917, 31 ss.

⁵² L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017,

correttamente la giustizia e limitare gli effetti negativi dell'incertezza del diritto.

Uno dei molteplici prodotti di questo legame e che attribuiva un ulteriore connotato di peculiarità alla *iurisdictio* romana⁵³ è il principio del *recte agere*⁵⁴, che informava il processo formulare: per i Romani, era titolare dell'*actio* solo chi avesse ragione e, di conseguenza, chi agiva *non recte*, illegittimamente, non poteva ricevere l'*actio*⁵⁵. Proprio i *prudentes* dedicarono grande attenzione al tema del *recte/non recte agere*: nelle fonti giuridiche questa espressione trova un largo impiego sin dai tempi della tarda età repubblicana, come si riscontra dalle ricorrenze in frammenti alfeniani⁵⁶ e del primo principato, come riportato da testi labeoniani⁵⁷; ed è largamente sintomatico dello sforzo dei giuristi di individuare una corrispondenza tra la situazione giuridica soggettiva asserita dall'attore a sostegno della propria pretesa e la concessione dell'*actio*. Il Pugliese⁵⁸ ha ipotizzato che i giuristi dedicassero tanto studio ai casi in cui si pronunciavano circa il *recte/non recte agere*, in quanto era loro primario obiettivo l'analisi dei presupposti giuridici della pretesa portata in giudizio, legati specialmente a quella che oggi è detta 'legittimazione ad agire'; ciò probabilmente con l'intento di influenzare il magistrato e farlo provvedere nel senso che essi auspicavano. Questo ci riporta in una certa misura a ribadire quanto in precedenza osservato circa la circolarità fra diritto e processo, fra situazione giuridica e *actio*.

D'altra parte, l'operazione di riconoscimento della tutela giuridica ad una situazione concreta, che implichi a monte una situazione giuridica che giustifichi la spettanza della tutela, consente da un lato di creare un sistema di tutela aderente al principio del *recte agere*, dall'altro autorizza ad attribuire una natura generalizzante e astratta ad un *dicere ius* 'nato per e applicato a' casi concreti.

È evidente, tuttavia, che siffatta transizione dall'uno all'altro passaggio è possibile esclusivamente dopo aver effettuato una valutazione di opportunità, resa possibile soltanto in presenza di determinate condizioni; condizioni che rappresentano un altro fondamentale tratto peculiare del mondo giuridico

⁵³ In D. 44.7.51; Quint., *inst. or.*, 3.6.73; Cic., *de inv.* 2.20.61; *De or.*, 2.193; Gell., *Noct. Att.*, 13.16.1; Sen., *Ep.* 23.7.

⁵⁴ Sui risvolti semantici dell'espressione *recte agere* cfr. E. BETTI, *Il concetto*, cit., 82 ss.; G.A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, 19 ss.; C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2012, 5 ss.; M. A. FINO, *Idee romane*, cit., 72 ss.; C. PELLOSO, *Themis e dike in Omero. Ai primordi del diritto dei Greci*, Alessandria, 2012, 1 ss.

⁵⁵ G. PUGLIESE, voce *Azione*, in *Noviss. dig. it.*, I.2, Torino, 1958, 27 ss.

⁵⁶ Alf., 2 *dig.*, D. 9.2.52 pr.; Alf., 3 *dig. a Paul. epit.* D.19.2.30.2.

⁵⁷ Lab., 5 *pith.* D. 26.8.22; Lab., 4 *post. a Iav. epit.*, D. 18.4.24.

⁵⁸ G. PUGLIESE, *Diritto e processo*, cit., 756.

romano⁵⁹: il ricorso al criterio del *bonum et aequum*⁶⁰.

È nell'ambito della scuola proculiana⁶¹, all'inizio del II secolo, che il *bonum et aequum* viene fatto emergere quale 'principium' dello *ius*, in quanto oggetto, specifico ed unico, dell'*ars iuris*.

Ce lo testimonia Ulpiano riportandoci la definizione di Celso dello *ius* come *ars boni et aequi*:

D. 1.1.1pr. (Ulp. 1 *inst.*): *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes...*

Con Celso il *bonum et aequum* viene collocato al fondamento del *ius*: Ulpiano lo tramuta in parte del concetto di *iurisprudencia*, laddove afferma che, per chi si accinge a prestare la propria opera nel campo del diritto, è fondamentale conoscere l'origine del termine '*ius*'; e che i giuristi possono essere chiamati sacerdoti del diritto, perché coltivano la giustizia e professano l'annuncio del *bonum et aequum*, distinguendo l'equo dall'iniquo, il lecito dall'illecito, la giustizia dall'ingiustizia⁶².

Sulla stessa linea anche Paolo, che teorizza i molteplici modi 'di dire diritto' con riferimento al *ius naturale*:

D. 1.1.11 (Paul. 14 *ad Sab.*) *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale.*

Nel testo di Paolo è evidente la stretta connessione tra *natura* e *bonum et aequum*⁶³ che a loro volta sono forme di espressione del *ius*.

Osserva il Gallo che il giurista romano individuò nel *bonum et aequum*⁶⁴

⁵⁹ L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova, 2006, 124 ss.

⁶⁰ V. GLANVILLE WILLIAMS, *La controversia a proposito della parola 'diritto'*, in Scarpelli. *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1945, 57; A. CARCATERA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodi mezzi e fini*, Napoli, 1966, 112.

⁶¹ Nelle partizioni del *ius* di matrice retorico-filosofiche, il *bonum et aequum* compare come *pars iuris*: *Rhet.* 2.19; nel brano 5,28 dei *Topica* sotto forma di riferimento all'*aequitas*.

⁶² Il Cerami, includendo nel genere *ars* la definizione di *ius*, afferma che *bonum et equum* indicherebbero rispettivamente il bene dei singoli *ratione bonae fidei* ed il temperamento degli opposti interessi; P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nella esperienza costituzionale romana*, Torino, 1996, 20.

⁶³ P. VOCI, *Ars boni*, cit., 9.

⁶⁴ A cui corrispondono, nell'attuale raffigurazione astratta, la ragionevolezza e l'eguaglianza.

i criteri per l'esplicazione del diritto, quale fenomeno artificiale che richiede il suo costante adeguamento alla realtà⁶⁵. Ed infatti, condividendo ancora una riflessione del Gallo⁶⁶, esistevano indubbi stretti rapporti tra l'*aequum* della definizione celsina e l'*aequum* assunto come criterio del *ius dicere* da parte del pretore: tecnicamente, attraverso l'esercizio della *iurisdictio*, i pretori introducevano nei loro editti nuovi mezzi processuali attenendosi al criterio del *bonum et aequum*, proprio in ossequio all'idea che il diritto si deve adattare alla realtà e non viceversa⁶⁷.

7. Ius civile, *ius honorarium* e *iurisdictio*. Osservazioni conclusive

Qualunque approfondimento del fenomeno *iurisdictio* necessita, come più volte sottolineato, di un approccio diacronico; occorre contestualizzare qualunque analisi nelle differenti epoche della storia romana in modo tale da poter comprendere la stretta connessione tra i mutamenti avvenuti nell'assetto politico costituzionale (monarchia, repubblica, principato...) e il sistema di produzione e applicazione del diritto.

Si è sinteticamente messo in evidenza come l'esercizio della *iurisdictio*, nell'antico sistema del diritto romano, fosse originariamente stato prodotto dalla necessità di regolamentare le controversie fra i privati; per questo, riferendosi alle origini, non si parla di *iurisdictio*, ma si intende un *ius dicere* orientato a risolvere la controversia, con un *ius* che non va inteso come norma di diritto da utilizzare per dirimere la lite, ma piuttosto nel senso del controllo della corretta ritualità e forma, a quel tempo veri e propri criteri guida delle decisioni giudiziali.

Nell'apogeo della repubblica, invece, la *iurisdictio* era prerogativa dei due pretori *urbanus* e *peregrinus*, dell'edile curule e del governatore provinciale, tutti titolari di *ius edicendi*: nello svolgere la loro funzione giurisdizionale

⁶⁵ F. GALLO, *Valori perduranti del bonum et aequum*, in *TSDP*, 2015.

⁶⁶ Cfr. F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI*, 53, 1987, 7.

⁶⁷ Nel prosieguo del brano Paolo richiama il *ius reddere* del pretore come possibile luogo dell'iniquo D. 1.1.11 (Paul. 14 *ad Sab.*): *nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium, praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit*. Il passo, in sostanza, mette in evidenza la grande problematica di come, nella prassi, esistesse la possibilità che il pretore rendesse il diritto anche quando ciò non fosse conforme al giusto ed equo, il che se da un lato sottintende la consapevolezza di un margine di errore, dall'altra avalla ulteriormente l'idea di un'attività giurisdizionale sostanzialmente governata dall'intento di perseguire il *bonum et aequum*.

non si erano limitati ad applicare le regole del *ius civile* vigente, (ora diverso per sostanza, seppur ancora rigorosamente formale, rispetto al *ius Quiritium*, o al *ius civile* “tradizionale”) ma avevano creato nuove regole e principi giuridici in grado di rispondere alle mutate esigenze economiche e sociali. Al fine di informare preventivamente i cittadini dei criteri ai quali intendeva ispirare la propria politica giudiziaria, ciascun magistrato, nel momento in cui assumeva il suo incarico, pubblicava un editto che ogni anno veniva ripubblicato con gli aggiornamenti apportati dal nuovo titolare della carica. Grazie all’attività giurisdizionale dei pretori, dunque, si era progressivamente creato un sistema di norme parallelo a quello formato dalle norme del *ius civile*, che, pur non sostituendolo, di fatto finiva per prevalere su questo e, per secoli, era divenuto un fattore fondamentale di crescita e sviluppo del diritto.

Papiniano⁶⁸ sottolineava icasticamente come l’attività onoraria avesse creato molteplici norme, fino ad introdurre addirittura la nuova forma processuale formulare, che aveva così consentito l’aggiornamento delle tutele delle situazioni giuridiche soggettive in quella realtà socio-economica che si stava creando in concomitanza con l’espansione mediterranea:

D. 1.1.7.1 (Pap. 2 *defn.*): *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*

Pretore e magistrati giurisdicenti, nella redazione dei vari testi dell’editto, seguivano lo sviluppo della scienza giuridica in modo che, concedendo azioni, creavano situazioni soggettive che acquistavano la natura di diritti sostanziali, proprio in virtù della protezione loro concessa dall’atto del magistrato.

Nel 130 d.C., peraltro, il *ius honorarium* perde la sua funzione propulsiva: per volere dell’imperatore Adriano (che, come tutti gli imperatori, tendeva ad accentrare nella sua persona il potere normativo) il giurista Salvio Giuliano codifica l’editto pretorio: il testo edittole di redazione giuliana entra nel mondo giuridico non come atto di magistrato, bensì come senatoconsulto approvato a seguito di *oratio principis in senatus habita*, cioè come recepimento formale da parte del senato di un atto di provenienza imperiale. A seguito di ciò si consuma la saldatura mancante tra potere imperiale e intervento giurisdizionale che lentamente conduce ad una nuova identità

⁶⁸ F. GALLO, *La riflessione di Papiniano sul «ius honorarium»*, in «*Règle et pratique du droit dans les realitea juridiques de l’antiquità*», Catanzaro, 1999, 35 ss.

per la *iurisdictio*, momento che possiamo far coincidere con l'affermazione quasi definitiva del processo cognitorio (avvenuta ufficialmente solo nel 342) ma soprattutto con la fine della giurisprudenza classica (240 d.C.).

E quest'ultima affermazione ci porta alla vera sostanza del tema della *iurisdictio* romana: in questo quadro così dinamico, infatti, la forza che spinge e guida la *iurisdictio* dal suo nascere al suo essere definitivamente assorbita in epoca tardo imperiale nel cerchio della burocrazia "statale", dove rimarrà per molti secoli, è la scienza giuridica prudentiale, che in epoca arcaica post-monarchica assume le vesti della giurisprudenza pontificale e in epoca tardo repubblicana e poi imperiale quelle della giurisprudenza laica creativa.

L'interazione dei giuristi, magistrati giudicanti e organi giudicanti, e, successivamente, imperatori e le cancellerie imperiali, ha costituito l'elemento determinante delle sorti dello sviluppo del '*ius*' e della sua relativa *dictio* - nel duplice senso in questa sede chiarito di costituzione e attuazione del diritto - in un gioco costante di affermazione e superamento, che solo una compagine di eccellenti esperti, dotati di sapienza e non di sola tecnica, ha potuto consentire.

Giulia Maria Guida

Sentenza e diritto: analisi di un rapporto circolare

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. *Iurisdictio* e *imperium* – 3. L'evoluzione processuale e le *res iudicatae* – 4. Dalle *legis actiones* al processo formulare – 4.1. Il processo *per concepta verba* – 5. La sequenza creata dai compilatori: D. 1.3.37-39 e la *cognitio extra ordinem* – 6. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

L'assunto per cui l'ordinamento romano è ascrivibile tra i sistemi di stampo casistico è oramai pacifico all'interno della dottrina moderna mentre è ancora discusso uno dei risultati di questo tipo di sistema, la *res iudicata*¹

¹ M. MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza*, Bologna, 1960, *passim*; G. NICOSIA, *Il processo privato romano. Le origini*, I, Catania, 1980, *passim*; G. PROVERA, *Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel diritto romano*, in *Est. Hist.-Jurid.*, 1982, 55 ss.; A. BIGNARDI, *De suo iure oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»*. Milano, 1992, 84 ss.; M. TALAMANCA, *Il corpus iuris giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, 779 ss.; U. VINCENTI, *Res iudicatae e diritto giurisprudenziale romano*, in *Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a Filippo Gallo*, Napoli, 1997, 24 nt. 51; C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea. Dalle origini all'opera di Labeone*, I, Torino, 1997, 172 ss.; M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règle et pratiques du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité. SIHDA Atti della 51ª Sessione (Crotone - Messina, 16 - 20 settembre 1997)*, a cura di I. PIRO, Soveria Mannelli, 1999, 158; M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honneur de C.A. Cannata*, Genève, 1999, 53 ss.; G. PUGLIESE, *Diritto e processo nella esperienza romana*, in *Scritti giuridici (1985-1995)*, a cura di L. VACCA, Napoli, 2007, 736 ss.; V. MANNINO, *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*, Torino, 2011, 65 ss.; B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motivata nella sentenza: idee vecchie e nuove*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. GAROFALO, I, Padova, 2012, 329 ss.; GIOV. GUIDA, *Giudicato e fonti del diritto*, in 'Res iudicata', tomo II, a cura di L. GAROFOLI, Napoli, 2015, *passim*; A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016, 72 ss.; L. VACCA, *La rilevanza delle res iudicatae nella formazione del diritto casistico romano*, in *Il processo e le sue alternative. Storia, teoria e prassi. Atti del*

e il suo ruolo nell'evoluzione del diritto romano.

La mancanza di un sistema processuale unitario e la sua complessità a livello procedurale ha contribuito ad alimentare una molteplicità di teorie attinenti la possibilità di configurare l'ordinamento romano come un sistema di 'diritto giudiziale'.

Le brevi riflessioni inerenti al ruolo della sentenza che intendo svolgere, con la consapevolezza di non poter essere esaustiva, partono da un legame inscindibile che esiste tra il risultato dell'attività giurisdizionale e la *iurisdictio*, una delle *potestas* riconosciute al pretore. Ed il momento di maggior esplicazione di tale *potestas* è sicuramente riconducibile al sorgere e al diffondersi del processo per *concepta verba*.

Prima di affrontare nello specifico la problematica della funzione della *res iudicata*, che andrà necessariamente affrontata in chiave diacronica dato lo stretto legame tra i mutevoli assetti politici e la produzione-applicazione del diritto, è bene soffermarsi, a grandi linee, su cosa si intenda per *iurisdictio* e come questa possa influenzare il ruolo della sentenza definitiva, sia concettualmente che storicamente come «l'atto giurisdizionale per eccellenza, quello in cui si esprime nella maniera più caratteristica l'essenza della *iurisdictio*: l'atto di giudicare»².

A questo proposito giova rilevare che la nozione di giurisdizione è strettamente legata all'origine etimologica del termine stesso: infatti *iurisdictio* deriva dall'unione dei due termini *ius* e *dicere* che delineano un concetto di giurisdizione come un "annunciare solennemente diritto" ma anche come l'indicazione della tutela da riferirsi al caso concreto, che il magistrato prescrive, di volta in volta, alle parti. Con tale termine si suole indicare, sia in diritto romano sia in diritto moderno, il potere spettante ai giudici di decidere in merito alla domanda giudiziale che viene sottoposta alla loro attenzione. Di norma detta funzione si differenzia, nei sistemi di civil law, dagli altri poteri dello Stato in quanto non è una produttrice diretta di diritto e trova attuazione in un contesto in cui viene garantita la terzietà dell'organo giudicante.

Di contro il diritto romano, in modo decisamente più complesso e per larga parte della sua evoluzione, fu un diritto giurisprudenziale intenso, nel senso che la costruzione dei suoi pilastri si deve ai giuristi, secondo un metodo scientifico da loro stessi via via elaborato³.

Convegno-Cagliari 25-27 settembre 2014, a cura di F. BOTTA-†F. CORDOPATRI, Napoli, 2017, *passim*; LETIZIA VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, a cura di G. ROSSETTI, Torino, 2017, 155 ss.

² E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1973, 191.

³ V. MANNINO, *Introduzione*, cit., 65 ss.

Ai fini che qui maggiormente ci interessano bisognerà soffermare l'attenzione sulla funzione svolta dalla giurisdizione o *iurisdictio* nell'ordinamento romano e sul ruolo da attribuire al 'prodotto' dell'esercizio della *iurisdictio*, ossia le sentenze.

2. *Iurisdictio e imperium*

La nozione di giurisdizione si potrebbe identificare come il coacervo di poteri spettanti ai magistrati che si trovano a gestire l'amministrazione della giustizia. Concetto di cui può essere colta pienamente la portata e la complessità solo laddove venga considerato nella sua chiave dinamica ed evolutiva tipica dello sviluppo storico del processo romano.

Sulla nascita dell'idea di *iurisdictio* sono individuabili due correnti di pensiero nella dottrina romanistica: da una parte abbiamo un primo orientamento riconducibile al von Keller⁴ che riconduce la *iurisdictio* tra le competenze originariamente attribuite al *rex*, capo politico della *civitas*, e poi successivamente devolute ai magistrati; dall'altra parte, un orientamento derivante dalla riflessione del Wlassak⁵ il quale valorizzando l'origine privatistica del processo romano ritiene, invece, che l'intervento pubblico in materia possa essere ricondotto ad una fase successiva dell'evoluzione processuale, ossia allo sviluppo della *cognitio extra ordinem*. Una tesi in un certo qual modo intermedia, sia sotto il profilo della natura del potere sia sotto quello della collocazione temporale della sua nascita, è stata, poi, elaborata dall'Albanese⁶, che, per meglio definirla, introduce i concetti di 'bipartizione funzionale', volto a distinguere «tra un'attività intesa all'espressione rituale delle prese di posizione dei litiganti ed un'altra attività intesa, invece, alla decisione», e di 'bipartizione strutturale' che si sostanzia nella distinzione, tipica sia del processo per *legis actiones* sia del processo

⁴ F. L. VON KELLER, *Il processo civile romano e le azioni*, trad. it., Napoli, 1872, 5 ss. In questo primo orientamento si specifica come la *iurisdictio* prima attribuita solo al *rex* avrebbe avuto un raggio di azione più ampio di quello poi attribuito ai magistrati repubblicani in quanto al *rex* non veniva solo riconosciuto il potere di emettere la sentenza ma anche di giudicare, per cui la sentenza risultava conclusiva del processo.

⁵ M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, I-II, Leipzig, 1888-91. L'autore, in questo caso, fonda invece il suo pensiero sulla natura della *litiscontestatio* nel processo formulare che, insieme al persistere di alcuni elementi privatistici, ammetterebbe una derivazione diretta del processo romano dall'arbitrato privato.

⁶ B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987, 22 ss.

per formulas, tra fase *in iure* e fase *apud iudicem*⁷. Da questa premessa lo studioso, tenendo fermo il concetto di ‘bipartizione funzionale’ tipico del processo, evidenzia giustamente che la ‘bipartizione strutturale’ deve essere vista come un’acquisizione successiva, in quanto non presente all’epoca in cui il processo si svolgeva dinanzi al *rex*. Ciò la colloca in una diversa fase storica che coincide con l’avvento del processo per *legis actiones* e, quindi, con la suddivisione processuale tra fase *in iure* e fase *apud iudicem*.

Le tesi qui brevemente riportate vogliono testimoniare come il dibattito dottrinario intorno all’origine del potere di *ius dicere* non sia ancora del tutto sopito, a causa anche della scarsità di fonti che ci sono pervenute e che giustificano le più variegiate letture da parte della dottrina.

Per provare a comprendere in maniera ancora più approfondita il concetto di *iurisdictio* è necessario analizzare il rapporto con il concetto di *imperium*. Nel novero dei poteri facenti parte dell’*imperium*, spettante al console e al pretore, vi rientravano, in linea generale, il comando militare, il potere giurisdizionale civile e criminale, il potere di convocare il Senato come l’assemblea del popolo, di presiedere le elezioni e di proporre leggi. Anche qui il dibattito dottrinario è stato acceso non mancando chi⁸ ha ricondotto la *iurisdictio* ad una manifestazione dell’*imperium* e chi⁹, viceversa, non vi ha ravvisato nessun tipo di collegamento.

Tra queste due opposte tesi si pone il pensiero inaugurato dal De Martino¹⁰ e ripreso dal Pugliese¹¹ che, partendo dall’assunto tradizionale per cui l’*imperium* fosse un potere generale di comando sia in campo militare che civile, dal contenuto non perfettamente identificato, configura la *iurisdictio* come «una della *potestas* che, pur comprese nell’*imperium*, potevano essere specificatamente attribuite dalla legge a un magistrato come

⁷ Sul ruolo del *iudex*: B. VERONESE, *I rapporti tra le parti e il giudice*, in *Il giudice privato nel processo privato romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2012, 563 ss.; S. BARBATI, *Studi sui iudices nel diritto romano tardo antico*, Milano, 2012, 10 ss.; N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli, 2012, 7 ss.

⁸ Secondo il Leifer la *iurisdictio* non avrebbe avuto una propria autonomia ma sarebbe stata una delle forme in cui si esplicava l’*imperium*. Lo studioso ha sostenuto, infatti, un collegamento inscindibile tra questi due concetti, vedendo nella *iurisdictio* una “specifica” dell’*imperium*. Per maggiori approfondimenti: F. LEIFER, *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht*, München, 1914, 69 ss.

⁹ Secondo il Lauria non si può ravvisare alcun collegamento tra l’*imperium* e la *iurisdictio*, ponendo alla base della sua riflessione l’impossibilità di definire in maniera netta il contenuto dell’*imperium*, che varia in relazione ai magistrati a cui è attribuito e a seconda del periodo storico considerato. Per ulteriori approfondimenti: M. LAURIA, ‘*iurisdictio*’, cit., 488.

¹⁰ F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, 199 ss.

¹¹ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. Il processo formulare*, II.1, Milano, 1963, 118 ss.

potestates a sé stanti»¹².

Abbracciando questa lettura inerente al rapporto tra *iurisdictio* e *imperium*, si può, quindi, sostenere come il risultato dell'attività giurisdizionale e del *dicere ius* si sostanzii nel giudicato che, da sempre, ha attirato l'attenzione degli studiosi, soprattutto riguardo al suo rapporto con le fonti del diritto. La questione attinente al valore del giudicato rappresenta anche il simbolo emblematico del rapporto tra sovranità e amministrazione della giustizia o, rifacendoci alla storica partizione di Bracton¹³, alla coppia concettuale *gubernaculum* e *iurisdictio*, ossia tra il potere del sovrano di fare tutto quanto fosse necessario per mantenere la 'pace sociale' e l'amministrazione della giustizia¹⁴.

Si tratta di una problematica piuttosto sentita sia nel diritto romano sia nel diritto moderno perciocché non essendoci, in particolare nell'ordinamento romano, un modello unitario di processo e stante la complessità generale della procedura *tout court*, diversi filoni di studi hanno esaminato singoli profili conducendo, per quel che qui interessa, a risultati differenti riguardo alla possibilità di qualificare le *res iudicatae* come 'diritto giudiziale'¹⁵ e, quindi, come fonte del diritto.

L'idea stessa di fonte può risultare complessa in quanto configurabile in senso oggettivo come 'fattore' di produzione sia di una fattispecie sia di altre norme sulla produzione delle norme. Soprattutto nel secondo senso¹⁶ la si può qualificare fonte solo e soltanto nel momento in cui vi è una norma di riconoscimento nell'ordinamento che la qualifichi come tale.

Al fine di apprezzare maggiormente come si sia evoluto il ruolo della *res iudicata* è opportuno, allora, partire dall'origine della questione, ossia dal rapporto tra l'evoluzione dello strumento processuale e la sentenza.

3. *L'evoluzione processuale e le res iudicatae*

L'idea di processo e la sua attuazione pratica hanno subito nel corso dei

¹² G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 118.

¹³ Bracton nel suo *De legibus et consuetudinibus Angliae* teorizza come il potere secolare e il potere di amministrare la giustizia formino un *unicum* del potere del sovrano medievale; teoria ripresa e analizzata con rimandi alla tradizione romanistica da C.H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it., Bologna, 1990, 96 ss.

¹⁴ M. A. FINO, *Idee romane in tema di giurisdizione. Alle radici del diritto europeo oltre la tradizione romanistica*, Napoli, 2012, 64.

¹⁵ GIOV. GUIDA, *Giudicato*, cit., *passim*.

¹⁶ F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Roma-Bari, 2002, 135 ss.

secoli delle modificazioni strutturali, passando da una tipologia prettamente sacrale, come le *legis actiones*¹⁷, ad una configurazione più elastica, come il processo formulare¹⁸, fino ad arrivare al concetto più moderno, rispetto al periodo storico di riferimento, di processo incarnato dalla *cognitio extra ordinem*. Senza contare che l'evoluzione del processo romano, proprio in relazione alle diversità procedurali tipiche di ogni periodo storico in cui una tipologia processuale veniva usata, rappresentava un esempio di diversa efficacia e diversa stabilità dei giudicati¹⁹.

In quest'ottica si inserisce quella che si configura come il punto di partenza di questa breve analisi, vale a dire un'affermazione del Pugliese secondo cui «il diritto è condizionato dal processo: l'ipotesi da prospettare è quella di un rapporto circolare tra l'uno e l'altro. Questo rapporto comprende pure l'eventualità della creazione del diritto nel e per effetto del processo, sia attraverso l'opera interpretativa ed evolutiva dei giudici, sia per l'esercizio dei particolari poteri riconosciuti ai pretori urbano e peregrino e ad altri magistrati giurisdizionali»²⁰.

¹⁷ Il processo per *legis actiones* risulta essere la più antica forma processuale del diritto romano. Ampiamente diffuse all'epoca della legge delle XII Tavole, sopravvissero formalmente per tutta l'età repubblicana. Furono ufficialmente abolite, anche se permangono alcune testimonianze del loro utilizzo, nel 17 a.C., dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum*. Il processo era suddiviso in due fasi: la fase *in iure* aveva lo scopo di fissare, con certezza e precisione, i termini della controversia, ed esigeva, di conseguenza, la necessaria presenza di entrambe le parti: spettava all'attore condurre dinanzi al magistrato la controparte, nel caso anche con la forza. Davanti al magistrato, l'attore affermava solennemente il suo diritto. L'elemento fondamentale della fase *in iure* era lo scambio tra le parti di dichiarazioni solenni, incompatibili tra loro. Esse erano pronunciate davanti a testimoni, la cui presenza era esplicitamente richiesta: questa era la c.d. *litis contestatio*, momento fondamentale del processo mediante il quale si andava a cristallizzare la situazione processuale e le parti si obbligavano a sottostare al giudicato; nella fase *apud iudicem*, invece, un *iudex privatus* ascoltava le ragioni delle parti ed esaminati i mezzi di prova, emetteva la sua *sententia*, oralmente. Nella fase *apud iudicem* non era più necessaria la presenza di entrambe le parti: la sentenza, in assenza di una parte, interveniva ugualmente ed era sfavorevole a questa. Per ulteriori approfondimenti: G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 67 ss; V. MANNINO, *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*, Torino, 2011, 116 ss.

¹⁸ Processo, che come si vedrà in seguito, nacque per rispondere alla necessità di regolare i rapporti nascenti tra romani e peregrini. Anche questa tipologia processuale risulta divisa in due fasi come il processo per *legis actiones*, con la differenza che nella fase *in iure*, il giudice doveva valutare il contenuto ed il fondamento della domanda e, quindi, concedere o negare l'*actio* richiesta; se riteneva di concedere l'azione, determinava le reciproche pretese delle parti fissandole nella formula che concedeva loro. Per ulteriori approfondimenti: G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 276 ss; V. MANNINO, *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*, Torino, 2011, 139 ss.

¹⁹ M.A. FINO, *Idee*, cit., 65.

²⁰ G. PUGLIESE, *Diritto e processo*, cit., 736.

Da un'affermazione del genere, che parte da una concezione del risultato del processo, ossia la *res iudicata* come 'fonte del diritto' o perlomeno come un atto tale da poter influenzare la creazione di un successivo diritto, è possibile far partire la disamina inerente all'utilizzo o meno delle *res iudicatae* come fonti autonome.

Presupposto essenziale e necessariamente antecedente alla trattazione è rappresentato dal fatto che tale tipo di ragionamento è evidentemente possibile solo in un sistema di stampo casistico, che non prevede solo l'applicazione di norme di diritto vigenti ma anche la possibilità di elaborare un nuovo diritto per assicurare il riconoscimento di tutela e la più equa soluzione dei casi concreti. Mediante le soluzioni giurisprudenziali è possibile, infatti, 'modificare' l'ordinamento che in base al variare del comune sentire e dei cambiamenti sociali si adatterà attraverso l'introduzione di decisioni ritenute, di volta in volta, più idonee a tutelare le situazioni di diritto.

Ora il primo punto su cui soffermare l'attenzione attiene a cosa si intende come 'fattore' di produzione del diritto: aderendo ad una lettura prettamente processualcivilistica l'idea da associare al termine 'fattore' è quella riguardante il particolare effetto che l'ordinamento può attribuire alla sentenza, consistente nel potere potenziale di vincolare per il futuro²¹. L'attribuire effetti normativi va inteso nell'accezione prettamente moderna e, quindi, come il caratteristico risultato che l'ordinamento giuridico può attribuire alla sentenza che diventa un atto vincolante rispetto agli atti posti in essere successivamente; questo vincolo può essere tra l'altro destinato sia ai rapporti sostanziali sia alle decisioni processuali.

Posto l'interrogativo attinente al ruolo delle *res iudicatae* nel diritto romano, è allora opportuno, anche sulla scorta dell'affermazione del Pugliese, approfondire la tematica per cercare di capire se le sentenze fossero idonee a produrre autonomamente diritto oppure no.

4. *Dalle legis actiones al processo formulare*

Partendo dal diritto arcaico e dal processo per *legis actiones* si può sostenere come tale tipologia processuale non si potesse avvicinare al concetto di produzione del diritto mediante l'attività giurisdizionale.

²¹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970, 45 ss.; F. MODUGNO, voce *Norma* (teoria generale), in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 388; F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Roma-Bari, 2002, 135 ss.; N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 494.

In particolare, nel diritto arcaico²² l'ordinamento romano si configurava come un ordinamento aperto, di formazione prevalentemente consuetudinaria, nella misura in cui il riconoscimento del valore normativo di determinati comportamenti costanti derivava dall'assenso della comunità o, più correttamente, delle forze sociali prevalenti. Su questo quadro si inseriscono le pronunce del *rex*²³, titolare unico della *iurisdictio* in questo periodo, che non enunciano precetti destinati a fissare *pro futuro* quali comportamenti ritenere leciti e quali no, ma si muovono, piuttosto, sul piano contingente del singolo caso concreto rispetto al quale il valore di tali pronunce non eccede quello di essere «manifestazioni» di una volontà divina che si reputava rinnovare volta per volta²⁴.

Situazione non molto diversa si determina con il consolidarsi dell'utilizzo del processo per *legis actiones*²⁵: infatti, l'eccessiva sacralità delle azioni e la gestualità da rispettare non permettevano grandi margini di manovra, tali da configurare una possibile introduzione di nuovi principi giuridici mediante le sentenze. In questo periodo, parte della produzione normativa era confluita nel corpo 'legislativo' delle XII Tavole che, tuttavia, non esauriva l'articolata attività di 'normazione' distribuita fra regole di diritto consuetudinario ed elaborazione di strumenti giuridici da parte della giurisprudenza pontificale. Ad esempio, se prendiamo in considerazione le *legis actiones* più antiche, come la *sacramento in rem* o la *manus iniectio*, si può notare come queste rispecchiarono precisamente il contenuto del diritto che l'attore sosteneva di avere²⁶. Mentre nella *sacramento in rem* l'attore sosteneva la titolarità su un bene o una persona, nella *manus iniectio* si effettuava una sorta di azione esecutiva generale. Anche le altre *legis actiones*, che non avevano più riferimenti all'autotutela, comunque mantenevano la corrispondenza tra contenuto del diritto, ossia la situazione giuridica dell'attore, e il formulario pronunciato dall'attore stesso. Secondo la ricostruzione del Lauria²⁷ incentrata sul *dicere*, inoltre, in questo momento la funzione del magistrato si sarebbe limitata alla pronuncia dei *verba legitima*, 'do, dico, addico', riconducendo, appunto, l'espressione *dicere* a «la forma con la quale

²² R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, 154 ss.

²³ Il periodo della monarchia - che va tradizionalmente dal 754 a.C. al 510 a.C. - risulta caratterizzato dalla figura del *rex* il quale oltre ad essere l'organo sovrano radunava su di sé le più importanti cariche come quella di capo dell'esercito, di supremo sacerdote, di rappresentante della città nei rapporti internazionali e, non da ultimo, di sommo giudice. L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 2012, 3 ss.

²⁴ R. ORESTANO, *I fatti*, cit., 167.

²⁵ C. GIOFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, *passim*.

²⁶ G. NICOSIA, *Il processo privato romano. Le origini*, I, Catania, 1980, *passim*; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. Le legis actiones*, I, Torino, 1980, 13 ss.

²⁷ M. LAURIA, 'Iurisdictio', in *Studi Bonfante*, II, Milano, 1930, 529 ss.

quella funzione si esplicava, non il contenuto della funzione»²⁸.

Conseguenza diretta di tale situazione era che la sentenza fosse un mero accertamento in positivo o in negativo di quanto 'giurato' dal ricorrente, suffragata, inoltre, dal fatto che il giudice che pronunciava la sentenza non era munito di *iurisdictio*, essendo questa riservata al magistrato che presiedeva la prima fase del processo.

Anche questa affermazione se si segue la ricostruzione del Marrone²⁹, può essere considerata come parzialmente veritiera in quanto, perfino in epoca pontificale, l'organo giudicante si pone come 'ponte' nella creazione del diritto; difatti, la giurisprudenza, pontificale prima e laica poi, portò un'evoluzione e un'estensione del testo normativo grazie all'autorità politica, religiosa e morale che risultava in grado di persuadere gli organi giudicanti e di indirizzarli, attraverso la ripetizione delle pronunce conformi e/o il valore riconosciuto ai precedenti, l'evoluzione del diritto.

Si può sottolineare³⁰, infatti, come anche la pronuncia giudiziale del diritto arcaico abbia avuto un ruolo di formante per quanto attiene la 'plausibile'³¹ origine giudiziaria di certi illeciti. Il riferimento specifico attiene alla famosa legge di Romolo sul ripudio della moglie da parte del marito, come creazione della prassi dei tribunali locali formati dai *patres* per giudicare i comportamenti ritenuti immorali delle donne. Questa ricostruzione, per cui il diritto dell'epoca arcaica si fosse in un certo senso evoluto su una base casistica giurisprudenziale, troverebbe conferma in una fonte giuridica, D. 1.2.2.24³², in cui Pomponio riporta la vicenda di

²⁸ Varro *ling.* 6.30: *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 quid peragitur. Quod si tum imprudens id verbum emisit ac quem manumisit, ille nihilo minus est liber, sed vitio, ut magistratus vitio creatus nihilo setius magistratus.*

²⁹ M. MARRONE, *L'effetto normativo*, cit., 242 ss.

³⁰ U. VINCENTI, *I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche*, in *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, a cura di U. VINCENTI, Padova, 1998, 3 ss.

³¹ GIOV. GUIDA, 'Res iudicata', cit., 336.

³² D. 1.2.2.24 (Pomp. *l. sing. ench.*): *Et cum placuisset leges quoque ferri, latum est ad populum, uti omnes magistratu se abdicarent, quo decemviri constituti anno uno cum magistratum prorogarent sibi et cum iniuriose tractarent neque vellent deinceps sufficere magistratibus, ut ipsi et factio sua perpetuo rem publicam occupatam retineret: nimia atque aspera dominatione eo rem perduxerant, ut exercitus a re publica secederet. Initium fuisse secessionis dicitur Verginius quidam, qui cum animadvertisset Appium Claudium contra ius, quod ipse ex vetere iure in duodecim tabulas transtulerat, vindicias filiae suae a se abdixisse et secundum eum, qui in servitutem ab eo suppositus petierat, dixisse captumque amore Verginis omne fas ac nefas miscuisse: indignatus, quod vetustissima iuris observantia in persona filiae suae defecisset (utpote cum Brutus, qui primus Romae consul fuit, vindicias secundum libertatem dixisset in persona vindicis Vitelliorum servi, qui prodicionis coniurationem indicio suo detexerat) et castitatem*

Virginia, una giovane di famiglia plebea, desiderata dal decemviro Appio Claudio. Quest'ultimo, non ricambiato dalla giovane, convinse un proprio cliente, Marco Claudio, a rivendicare Virginia come se fosse una sua schiava. Il punto di maggiore interesse del frammento risulta essere il passaggio in cui viene evidenziato il comportamento *contra ius* del decemviro, il quale, senza aspettare il processo, decise di assegnare il possesso interinale della fanciulla, andando in contrasto con un principio di *vetus ius*, «corrispondente ad una vetustissima *iuris observantia*, che avrebbe tratto origine da una sentenza del primo console di Roma, Bruto, il quale avrebbe deciso di lasciare libero [...], nelle more del processo di libertà, un tal Vindice, [...]. Resta che, agli occhi di un giurista del II secolo d.C., qual è Pomponio, e degli stessi compilatori giustinianeî, non ha nulla di incredibile, almeno in riferimento al periodo arcaico, il cennato procedimento di creazione del diritto (della sentenza giudiziaria al *mos alla lex*)»³³.

Tuttavia, anche volendo ammettere un'influenza da parte del collegio pontificale,³⁴ prima, e da parte del *iudex* nel processo per *legis actiones*, poi, questi non hanno lasciato un'impronta così tangibile nell'ordinamento, tanto da non trovare testimonianze dirette e reiterate nelle fonti, neanche in quelle retoriche.

Un caso particolare, invece, in cui, in età repubblicana, le pronunce giudiziali hanno influenzato la creazione del diritto al punto da riuscire a introdurre un nuovo principio giuridico, è quello del tribunale centumvirale in materia di libertà testamentaria. La giurisprudenza prodotta da questo tipo di tribunale assume una particolare centralità e autorevolezza intorno al 241 a.C., in concomitanza con l'aumento delle tribù a 35³⁵, per effetto dello stretto collegamento esistente tra questo organo giudicante e il

filiae vitae quoque eius praeferendam putaret, arrepto cultro de taberna lanionis filiam interfecit in hoc scilicet, ut morte virginis contumeliam stupri arceret, ac protinus recens a caede madenteque adhuc filiae cruore ad commilitones confugit. Qui universi de Algido, ubi tunc belli gerendi causa legiones erant, relictis ducibus pristinis signa in Aventinum transtulerunt, omnisque plebs urbana mox eodem se contulit, populi que consensu partim in carcere necati. Ita rursus res publica suum statum recepit.

³³ U. VINCENTI, *I precedenti*, cit., 6.

³⁴ D. 1.2.2.6 (Pomp. lib. sing. ench.): *Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret certas solemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones. Et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt. Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. Et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est.*

³⁵ F. BOZZA, *Sulla competenza dei centumviri*, Napoli, 1928, 1 ss; G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961, 27 ss.

comizio tributo. Il tribunale centumvirale si occupava esclusivamente di cause successorie³⁶, durante le quali i suoi componenti erano chiamati a svolgere un controllo sulle destinazioni *mortis causa* dei patrimoni familiari per garantire la trasmissione del vincolo agnatizio³⁷ unitamente alla tutela del patrimonio stesso. Tale finalità connotava in maniera non strettamente privatistica l'attività del tribunale in questa materia, che finiva con l'assumere una natura che potremmo definire più squisitamente politica.

Fu allora che venne istituita la *querela inofficiosi testamenti*, che consisteva nell'impugnazione del testamento contrario all'*officium pietas* che poteva essere esperita dall'erede legittimo ingiustamente diseredato. In questo modo venne introdotta quella che oggi viene definita la successione necessaria materiale.

Le soluzioni adottate in materia di testamento inofficioso assumono rilievo perché integrano una fattispecie che, attraverso una serie di sentenze, dette origine alla creazione dei principi normativi mediante i quali fu delimitato l'ambito di applicazione della legge esistente. La prassi del tribunale centumvirale è caratterizzata da una 'incontrovertibilità' del giudicato in quanto quel giudicato aveva valore vincolante non solo per le parti ma anche rispetto ai terzi³⁸, comportando che «all'accertamento contenuto nella sentenza siano attribuiti effetti cd. pregiudiziali, o normativi»³⁹.

³⁶ J. M. RIBAS-ALBA, *La desheredation injustificada en derecho romano. Querella inofficiosi testamenti: fundamentos y regimen clásico*, Granada, 1998, *passim*.

³⁷ L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, *passim*.

³⁸ D. 5.2.13 (Scaev. lib. III resp.): *Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit: eodem testamento ita cavuit: "Ea omnia quae supra dari fieri iussi, ea dari fieri volo ab omni herede bonorumve possessore qui mihi erit etiam iure intestato: item quae dari iussero, ea uti dentur fiantque, fidei eius committo."* Quaesitum est, si soror centumvirali iudicio optinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur. Respondi: si hoc quaeratur, an iure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes bonorumve possessores successuros credat, fidei committere possit, respondi posse. Paulus notat: probat autem nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente. D. 5.2.17 (Paul. lib. II quaest.): *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querellam movere volunt. Unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset: hic si optinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint. 1. Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. Non idem probandum est, si herede non respondente secundum praesentem iudicatum sit: hoc enim casu non creditur ius ex sententia iudicis fieri: et ideo libertates competunt et legata petuntur.*

³⁹ M. MARRONE, *Del divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Studi in onore di Filippo*

Si operò, in particolare, in modo da esercitare un progressivo restringimento del principio decemvirale che concedeva assoluta libertà al testatore⁴⁰, come ci viene testimoniato da Pomponio:

D. 50. 16. 120 (Pomp. *Vad Quintum Mucium*): *Verbis legis duodecim tabularum his "uti legassit suae rei, ita ius esto" latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelae quoque constituendi. Sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.*

Il frammento riportato attesta, infatti, come all'epoca delle XII Tavole non vi fossero limiti alla libertà di testare, di disporre legati o anche di costituire tutele, libertà che fu, poi, limitata attraverso l'elaborazione della giurisprudenza dei centumviri che introdusse delle modifiche al diritto vigente⁴¹. Il passo è stato oggetto di una lettura critica da una parte della dottrina⁴² che rimane scettica sull'autenticità della fonte e sulla possibilità di attribuirgli interamente a Pomponio, intravedendo una possibile interpolazione da parte dei compilatori giustinianei. Sembra, però, da condividersi la lettura data dal Di Lella e ripresa da Letizia Vacca⁴³ che esclude tale interpolazione e focalizza l'attenzione sull'espressione *uti legassit* utilizzata da Pomponio per qualificare una regola che non aveva una portata limitata, ma la coerenza tipica ed esclusiva di un atto normativo autoritario.

Da ciò trova diretta conferma l'assunto che all'epoca delle XII Tavole ci fosse, effettivamente, una illimitata libertà testamentaria che venne via via limitata, come testimoniato dallo stesso Pomponio, o per legge o mediante l'interpretazione della giurisprudenza.

Fra le limitazioni introdotte assume rilievo la formulazione della regola, non riconducibile all'epoca decemvirale, *'sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi'*, regola che introdusse un freno di natura sostanziale alla discrezionalità testamentaria, prevedendo per il testatore il dovere di istituire determinate persone. Solo la presenza di una tale regola e della sua valenza

Gallo, II, Napoli, 1997, 19.

⁴⁰ L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017, 43.

⁴¹ C. 6.28.4.2: *Nam haec corrigentes et maiorum nostrorum sequimur vestigia, qui eandem observationem colere manifestissimi sunt. Scimus etenim antea simili modo et filium et alios omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum, cum etiam centumviri aliam differentiam introduxerunt.*

⁴² S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1932, 38 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967, 4 ss.

⁴³ L. DI LELLA, *Querela*, cit., 7 ss.; G. FRANCIOSI, *Lheres extraneus e le dodici tavole*, in *Labeo*, X, Napoli, 1964, 352; L. VACCA, *Diritto*, cit., 44 ss.

sostanziale può costituire il necessario presupposto per comprendere la possibile sanzione della invalidità del testamento⁴⁴.

Quello che interessa sottolineare attiene, in particolare, al ruolo assunto da questa regola casistica che assurge, nel tempo, ad una vera e propria natura normativa. Le soluzioni adottate dal tribunale dei *centumviri* avevano, infatti, un carattere prettamente equitativo, ma questo carattere equitativo, pur circoscritto alla singola risoluzione, trovò un utilizzo reiterato che lo fece divenire una fonte di rango quasi normativo. Questo ci viene testimoniato in alcuni testi come:

Cic. de orat. 1.38.175: Quid? Si ne parvae quidem causae sunt, sed saepe maximae, in quibus certatur de iure civili, quod tandem os est eius patroni, qui ad eas causas sine ulla scientia iuris audet accedere? Quae potuit igitur esse causa maior, quam illius militis? De cuius morte cum domum falsus ab exercitu nuntius venisset et pater eius re credita testamentum mutasset et, quem ei visum esset, fecisset heredem essetque ipse mortuus, res delata est ad centumviros, cum miles domum revenisset egissetque lege in hereditatem paternam testamento exheres filius. [Nempe] in ea causa quaesitum est de iure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim.

*Val. Max. 7.7.1: Militantis cuiusdam pater, cum de morte filii falsum e castris nuntium accepisset, [qui erat falsus,] aliis heredibus scriptis decessit. peractis deinde stipendiis adulescens domum petiit: errore patris, impudentia alienorum [domum] sibi clausam reperit: quid enim illis inuerecundius? florem iuuentae pro re publica absumperat, maximos labores ac plurima pericula tolerauerat, aduerso corpore exceptas ostendebat cicatrices, et postulabant ut auitos eius lares otiosa ipsi urbi onera possiderent. itaque depositis armis coactus est in foro togatam ingredi militiam: acerbe: cum improbissimis enim heredibus de paternis bonis apud centumuiros contendit: omnibusque non solum consiliis sed etiam sententiis superior discessit.*⁴⁵

⁴⁴ Gai 2.123: *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiam si uiuo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio; sed diuersae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore uiuat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si uero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.*

⁴⁵ La stessa valutazione equitativa si ritrova in: Val. Max. 7.8.2: *Vita Tuditani demens, Aebutiae autem, quae L. Meneni Agrippae uxor fuerat, tabulae testamenti plenae furoris: nam cum haberet duas simillimae probitatis filias - Pletoniam et Afroniam, animi sui potius*

Le fattispecie riportate riguardano entrambe i casi di un figlio *miles* preterito dal testamento del padre in quanto creduto morto. Le testimonianze in esame, ed in particolare quella raccontata da Valerio Massimo, attestano come il giudizio dinanzi al tribunale dei *centumviri* fosse impostato unicamente in termini di equità. Sulla base dell'equità veniva riconosciuto al figlio preterito di far valere la propria posizione in giudizio mediante la proposizione di tutte le azioni volte ad accertare il suo diritto; ai *centumviri* spettava, poi, di giudicare, in modo comparativo, le ragioni del preterito e quelle degli istituiti, riconoscendo, a chiusura del passo riportato, la posizione del figlio e dichiarando, mediante sentenza, l'inefficienza del testamento⁴⁶. Con la dichiarazione di inefficienza si ristabiliva quella che era la "naturale" linea ereditaria e si eliminavano gli effetti di un testamento iniquo.

La forte novità introdotta dal tribunale centumvirale rimane però circoscritta alla materia ereditaria non avendo ulteriori testimonianze di una creazione 'giudiziaria' di nuovo diritto⁴⁷.

inclinazione prouecta quam ullis alterius iniuriis aut officiis commota, Pletoniam tantum modo heredem instituit: filiis etiam Afroniae ex admodum amplo patrimonio xx nummum legauit. Afronia tamen cum sorore sacramento contendere noluit testamentumque matris patientia honorare quam iudicio conuellere satius esse duxit, eo se ipsa indigniorem iniuria ostendens quo eam aequiore animo sustinebat. Val. Max. 7.8.4: *Item Pompeius Reginus uir transalpinae regionis, cum testamento fratris praeteritus esset et ad coarguendam iniquitatem eius binas tabulas testamentorum suorum in comitio incisas habita utriusque ordinis maxima frequentia recitasset, in quibus magna ex parte heres frater erat scriptus, praelegabaturque ei centies et quinquagies sestertium, multum ac diu inter adsentientes indignationi suae amicos questus, quod ad hastae iudicium adtinuit, cineres fratris quietos esse passus est. et erant ab eo instituti heredes neque sanguine Regino pares neque proximi, sed alieni et humiles, ut non solum flagitiosum silentium, sed etiam praelatio contumeliosa uideri posset.*

⁴⁶ L. DI LELLA, *Querela*, cit., *passim*; M. MARRONE, *Di nuovo in materia di querela inefficaci testamenti*, in *Annali del Seminario giuridico di Palermo*, XVII, Palermo, 1960, 6 ss.; L. GAGLIARDI, *Studi sulla legittimazione alla querela inefficaci testamenti in diritto romano e bizantino*, Milano, 2017, 7 ss.

⁴⁷ Importanza testimoniata anche da Tacito: Tac. *dial. de orat.* 38: *Transeo ad formam et consuetudinem veterum iudiciorum. Quae etsi nunc aptior est [ita erit], eloquentiam tamen illud forum magis exercebat, in quo nemo intra paucissimas horas perorare cogebatur et liberae comperendinationes erant et modum in dicendo sibi quisque sumebat et numerus neque dierum neque patronorum finiebatur. primus haec tertio consulatu Cn. Pompeius adstrinxit imposuitque veluti frenos eloquentiae, ita tamen ut omnia in foro, omnia legibus, omnia apud praetores gererentur: apud quos quanto maiora negotia olim exerceri solita sint, quod maius argumentum est quam quod causae centumvirales, quae nunc primum obtinent locum, adeo splendore aliorum iudiciorum obruebantur, ut neque Ciceronis neque Caesaris neque Bruti neque Caelii neque Calvi, non denique ullius magni oratoris liber apud centumviros dictus legatur, exceptis orationibus Asinii, quae pro heredibus Urbinae inscribuntur, ab ipso tamen Pollione mediis diui Augusti temporibus habitae, postquam longa temporum quies et continuum populi otium et assidua senatus tranquillitas et maxime principis disciplina ipsam quoque eloquentiam sicut omnia alia pacauerat.*

4.1. *Il processo per concepta verba*

Il primo forte cambiamento da segnalare, che ha, invece, influenzato la ‘produzione’ giudiziaria, è l’introduzione della figura del *praetor peregrinus* e la successiva evoluzione del processo da *per certa verba* a *per concepta verba*. La nascita della figura del *praetor peregrinus* trova la sua giustificazione nella necessità di regolare i rapporti tra romani e stranieri⁴⁸; rapporti che, specie dal punto di vista della tutela, non trovavano un riscontro concreto nel *ius civile* e nelle azioni che non potevano essere esperite in quanto riservate ai soli *cives* romani.

Grazie al processo formulare e all’editto del magistrato riscontriamo una nuova spinta creativa del diritto tanto da poterci interrogare sulla possibilità di considerare anche le sentenze quali fonti del diritto.

La centralità del ruolo del pretore⁴⁹, e della sua *iurisdictio* nel processo formulare, permette anche di valorizzare ed evidenziare il carattere pubblicistico di questo processo e, soprattutto, come il pretore potesse essere considerato vero e proprio «arbitro del *iudicium*»⁵⁰, a cui compete il potere di concedere l’azione o di negarla⁵¹.

La *iurisdictio*, inoltre, intesa quale attività indiretta di statuire sul caso concreto, si delinea con le *legis actiones* e, in particolare, con la fase *in iure*, ma trova una concreta attuazione solo nel processo formulare a scapito del potere del giudice, la cui discrezionalità può essere fortemente influenzata dal pretore al momento dell’impostazione della singola controversia⁵². Ne consegue un allargarsi del concetto di *iurisdictio*, anche nel linguaggio comune, fino ad arrivare all’utilizzo del termine *iurisdictio*⁵³ in riferimento ad ogni atto attinente il processo, tendendo, addirittura, a designare il complesso delle competenze del magistrato giudicante nell’ambito del processo civile.

⁴⁸ C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 172 ss.

⁴⁹ E. BETTI, *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano*, Padova, 1927, *passim*; G. SEGRÉ, *Interferenze, ravvicinamenti e nessi fra diritto civile e diritto pretorio*, in *Scritti Ferrini*, Milano, 1946, 733; G. MANCUSO, *Praetoris edicta. Riflessioni terminologiche e spunti per la ricostruzione dell’attività edittale del pretore in età repubblicana*, Palermo, 1983, *passim*; M. KASER, *Zum ius honorarium*, in *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Ursicino Alvarez Suárez*, 1978, 231 ss., ora in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Köln-Graz, 1986, 84 ss.; F. GALLO, *L’officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997, *passim*; GIOV. GUIDA, *Ius dicere e iudicare*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, III, Padova, 2015, *passim*.

⁵⁰ F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 194.

⁵¹ GIOV. GUIDA, *‘Ius dicere’ e ‘Iudicare’. Iurisdictio del magistrato e poteri del giudice*, in *LR online*, 2012, 38 ss.

⁵² GIOV. GUIDA, *‘Ius dicere’*, cit., 49.

⁵³ G.I. LUZZATTO, voce *Giurisdizione (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 194.

Con l'affermarsi del processo formulare, infatti, viene a consolidarsi anche la distinzione tra due concetti fondamentali, il *ius dicere* e il *iudicare*: mentre nel periodo più arcaico e con la risoluzione delle controversie mediante il processo per *legis actiones* questi due termini tendevano a sovrapporsi e a confondersi, nel processo per *formulas* emerge maggiormente il concetto di *iudicare*, a discapito del *ius dicere*, a cui si accompagna il rafforzamento sempre più evidente del ruolo del pretore nella dinamica processuale.

In altre parole, il ruolo del giudice non è altro che il riflesso dell'attività del pretore.

Se non ci fosse stato questo notevole mutamento dell'apparato processuale e del concetto di *iudicare*, probabilmente la tematica del ruolo della *res iudicata* come 'fattore' di produzione di nuovo diritto non avrebbe avuto modo di esistere.

Per quanto, quindi, attiene alla funzione delle sentenze all'interno dell'ordinamento romano, mentre abbiamo testimonianza, seppur retorica⁵⁴, del 'peso' delle sentenze all'interno del *ius civile*⁵⁵, occorre muoversi con più prudenza rispetto alla tematica inerente alla produzione diretta di nuovo diritto.

Ciò in quanto la probabile mancanza della motivazione nelle sentenze ha giustificato l'affermazione per cui le *res iudicatae* non possono essere considerate *tout court* fonti del diritto in senso stretto.

Bisogna osservare, infatti, che non ci sono pervenute testimonianze certe inerenti al fatto che le *res iudicatae* fossero giuridicamente motivate e che non vi era una norma esplicita tale da prevedere l'obbligatorietà della motivazione. Questa affermazione non esclude comunque la possibilità che le sentenze potessero essere comunque motivate⁵⁶: l'assenza di una norma esplicita non preclude, infatti, in via definitiva la possibilità di motivare o meno un atto⁵⁷.

⁵⁴ Cic. top 5.28: *Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat. Divisionum autem definitio formas omnis complectitur quae sub eo genere sunt quod definitur hoc modo: Abalienatio est eius rei quae mancipi est aut traditio alteri nexu aut in iure cessio inter quos ea iure civili fieri possunt. Sunt etiam alia genera definitionum, sed ad huius libri institutum illa nihil pertinent; tantum est dicendum qui sit definitionis modus.*

⁵⁵ L. VACCA, *La rilevanza delle res iudicatae*, cit., *passim*.

⁵⁶ M. MARRONE, *Contributo allo studio*, cit., 53 ss.

⁵⁷ A sostegno è possibile segnalare un passo del *de officiis* di Cicerone in cui si rinviene un primo esempio di motivazione: *De off.* 3.16.66: *Ut, quum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscrispsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscrispsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA.*

Va osservato che le “motivazioni” di cui si ha testimonianza, non erano motivazioni in diritto, quindi tali da introdurre un principio giuridico in modo diretto, ma più che altro erano in un certo senso, la «‘diagnosi’ degli elementi di fatto rilevanti ai fini della soluzione»⁵⁸.

Un altro spunto da tenere in considerazione si sostanzia nel fatto che il *iudex* poteva, mediante la “motivazione” della sentenza, tutelarsi nei confronti di una possibile accusa inerente al *iudex qui litem suam fecit*⁵⁹ e, conseguentemente, evitare le sanzioni previste nel caso a suo carico⁶⁰. Inoltre, l’usualità della motivazione - anche limitata al “fatto” - poteva risultare utile al giudice per mantenere il proprio prestigio e la propria considerazione sociale.

Altro fattore da tenere in considerazione, e che ritengo fondamentale nel solco del corretto inquadramento del peso delle sentenze, riguarda i molteplici casi in cui le motivazioni “in fatto” hanno contribuito, mediante la reiterazione di pronunce conformi, al passaggio dal *ius controversum* al

M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere. Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. Un’altra testimonianza ci perviene anche da Valerio Massimo nel suo *Factorum et dictorum memorabilium: Fact. et dict. memorab.*, 8.2.3: *Multo animosius et ut militari spiritu dignum erat se in consimili genere iudicii C. Marius gessit: nam cum C. Titinius Minturnensis Fanniam uxorem, quam inpudicam de industria duxerat, eo crimine repudiatam dote spoliare conaretur, sumptus inter eos iudex in conspectu habita quaestione seductum Titinium monuit ut incepto desisteret ac mulieri dotem redderet. quod cum saepius frustra fecisset, coactus ab eo sententiam pronuntiare mulierem inpudicitiae sestertio nummo, Titinium summa totius dotis damnavit, praefatus idcirco se hunc iudicandi modum secutum, cum liqueret sibi Titinium patrimonio Fanniae insidias struentem inpudicae coniugium expetisse. Fannia autem haec est, quae postea Marium hostem a senatu iudicatum caenoque paludis, qua extractus erat, oblitum et iam in domum suam custodiendum Minturnis deductum ope quantacumque potuit adiuvit, memor, quod inpudica iudicata esset, suis moribus, quod dotem servasset, illius religioni acceptum ferri debere.*

⁵⁸ L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale*, cit., 155 ss.

⁵⁹ Sul concetto di *iudex qui litem sua fecit* due sono i significati che hanno riscosso i maggiori consensi all’interno della dottrina: l’uno descrittivo della condotta del giudice e allusivo a un suo coinvolgimento personale nella controversia; l’altro relativo all’effetto della condotta stessa e cioè al subentrare del giudice nella posizione del convenuto nella lite da lui male amministrata. Nel primo senso: D. STOJCEVIC, *Iudex qui litem suam fecit*, in *RHD*, XVI, 1958, 308 ss; A. BURDESE, *Sulla responsabilità del iudex privatus nel processo formulare*, in *Diritto e processo nell’esperienza romana: atti del seminario torinese in memoria di Giuseppe Provera (Torino 4-5 dicembre 1991)*, Napoli, 1994, 151 ss; nel secondo senso: I. CREMADES - J. PARICIO, *La responsabilidad del juez en el derecho romano clasico*. “Actio adversus iudicem qui litem sua fecit”, in *AHDE*, LIV, 1984, 179 ss.

⁶⁰ N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, in *IURA*, XXXI, Napoli, 1983, 242.

ius receptum e, quindi, al consolidarsi nel *ius civile* di un nuovo principio giuridico. Questo perché, come sottolinea Vincenti, «è proprio attraverso il *consensus* dei giudici che si manifestava in definitiva il *consensus* dei consociati in genere [...] lo *ius controversum* era causa di *disputatio fori* e questa era risolta con la sentenza, conseguente all'opzione di concorrenza: il ripetersi di sentenze simili era il segno inequivoco dell'adesione dell'ambiente sociale e i giudicati erano perciò *pars* del *consuetudine ius*, rendendo una certa regola disputata»⁶¹.

Di conseguenza, più che focalizzare l'attenzione sul valore di 'precedente' bisogna tenere significativamente in considerazione l'influenza concreta che le *res iudicatae* avevano nella determinazione del *ius*.

Bisogna, a tale riguardo, ricordare come in materia di *auctoritas rei iudicatae* queste ultime fossero caratterizzate, fino all'introduzione della *cognitio extra ordinem*, da una natura di 'irripetibilità' e, successivamente, di 'incontrovertibilità'⁶²: 'irripetibilità' che mediante l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicio deductae*⁶³ operava *ipso iure* e 'incontrovertibilità' ricollegabile al diverso ruolo dell'autorità pubblica che pronunciava la sentenza⁶⁴ che esplicava i suoi effetti nelle *cognitiones extra ordinem*.

Abbiamo visto, per quanto attiene la determinazione del *ius*, come il terreno più 'fertile' per attuare questa visione risultasse sicuramente essere il processo formulare. Questo perché era una tipologia processuale basata non sulla ripetizione di formalismi sacrali ma sulla possibilità di esperire, a seconda del caso, una formula sia prevista nell'editto sia "plasmata" sul caso concreto.

L'*edictum* veniva emanato all'inizio dell'anno di carica dal pretore e conteneva le formule che lo stesso decideva di concedere per quelle situazioni ritenute meritevoli di essere tutelate dall'ordinamento e da questo non previste. Erano, infatti, le formule a costituire la base per accedere al processo.

Partendo da questa constatazione è possibile apprezzare maggiormente

⁶¹ U. VINCENTI, *Res iudicatae*, cit., 24 nt. 51.

⁶² M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *Annali Palermo*, XXIV, 1955, 517 ss.

⁶³ Tale tipo di *exceptio* poteva essere opposta nei confronti di chi avesse riproposto una domanda giudiziale in ordine ad un rapporto litigioso già dedotto precedentemente in giudizio ed esaurito con la relativa *litis contestatio*. Con terminologia moderna, si può dire che l'eccezione mirava ad opporre all'attore il fatto che sulla questione, oggetto del nuovo giudizio, vi era già stato un precedente giudizio, definito con una pronuncia passata in giudicato ossia un divieto di *ne bis in idem*.

⁶⁴ N. PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, Torino, 1980, *passim*; R. ORESTANO, *La cognitio extra ordinem: una chimera*, in *SDHI*, XLVI, 1980, 236 ss; I. BUTI, *La cognitio extra ordinem: da Augusto a Diocleziano*, in *ANRW*, II.14, Berlin-New York, 1982, 29 ss; M. A. FINO, *Idee*, cit., 97.

il concetto di formazione del diritto nel e per effetto del processo⁶⁵. Nel momento della redazione dell'editto, il pretore decideva quali formule reiterare rispetto al suo predecessore, quali dismettere e quali invece inserire *ex novo*. Veniva lasciato un ampio potere discrezionale che permetteva di 'innovare' il sistema in base alle nuove necessità di tutela avvertite dalla popolazione. Rientrava, inoltre, nei poteri del pretore, a seguito della pubblicazione dell'editto, la possibilità di concedere una formula discrezionale per quelle situazioni non previste né dal *ius civile* né dal *ius honorarium*, garantendo la concessione di un *actio in factum*. L'eventuale vittoria in giudizio portava al riconoscimento di un 'nuovo' diritto, creato proprio mediante quella formula, diritto che poteva essere inserito nell'ordinamento a seguito di una ripetizione di pronunce conformi.

In aggiunta bisogna tenere in considerazione che, soprattutto nel processo formulare, vi è una corrispondenza tra diritto e azione; spesso, però, questa corrispondenza non è unidirezionale ma bidirezionale⁶⁶, fino a giungere a casi di corrispondenza circolare. Per corrispondenza unidirezionale si intendono quelle circostanze in cui l'azione rileva direttamente il diritto, mentre con la bidirezionalità vi è l'identificazione del diritto che risulta funzionale all'individuazione dell'azione volta a tutelare una determinata fattispecie; la corrispondenza circolare, invece, è configurabile solo in un sistema fondato sul diritto casistico, ossia un sistema per cui non vi era l'automatico riconoscimento di un'azione in caso di violazione ma vi era la ricerca dell'azione più adatta a risolvere la violazione, oltre alla possibilità, in caso di un diritto ancora non tutelato dall'ordinamento, di creare un'azione *ad hoc*.

Al magistrato viene, infatti, riconosciuta una funzione prominente di creazione del diritto, fondata sull'*aequitas*⁶⁷, che gli permette non solo di correggere le inesattezze del *ius civile* ma, soprattutto, di contrapporsi ad esso. L'editto assume così un ruolo centrale nell'evoluzione del diritto assurgendo, in un certo senso, a fonte normativa⁶⁸.

Il connubio tra l'*aequitas* e le formule concesse dal pretore produce come risultato le *res iudicatae*, le quali venivano prese in considerazione non in base alla *ratio decidendi* sottesa alle stesse ma sulla base della persuasività

⁶⁵ G. PUGLIESE, *Diritto*, cit., 733 ss.

⁶⁶ A. BIGNARDI, *De suo iure agere oportet*, cit., 84 ss.

⁶⁷ C. FADDA, *L'equità ed il metodo nei giureconsulti romani*, in *Annali Università di Macerata*, Napoli, 1881, *passim*; R. MARTINI, *Aequitas nell'editto del pretore*, in *Apollinaris*, Roma, 1990, 241 ss.

⁶⁸ L. VACCA, *Considerazioni sull'aequitas come elemento del metodo della giurisprudenza romana*, in *Studi in memoria di Giuliana d'Amelio*, I, *Studi storico-giuridici*, Milano, 1978, 397 ss., ora in *Metodo casistico e sistema prudenziale*, a cura di L. VACCA, Padova, 2006, 6 ss.

nei confronti di un diverso giudice, fondata sul principio di autorità e sull'analogia⁶⁹. Soprattutto in merito all' 'autorevolezza' della decisione occorre soffermare l'attenzione sulla circostanza che, nell'ordinamento romano, spesso i veri artefici della decisione non erano i giudici ma i giuristi. Questo perché la carica magistratuale era frequentemente una carica politica ricoperta da chi non possedeva elevate conoscenze giuridiche e si avvaleva della consulenza di un tecnico del diritto, quale era il giurista, per la decisione del caso concreto.

Il ruolo del giurista risultava essere, inoltre, fondamentale nella redazione delle formule comprese nell'editto emanato dal pretore all'inizio del suo anno di carica.

5. *La sequenza creata dai compilatori: D. 1.3.37-39 e la cognitio extra ordinem*

In questo quadro evolutivo non si può mancare di rendere conto della sequenza presente nel Digesto, creata dai compilatori giustinianeî in materia di rilevanza delle *res iudicatae*:

Paul. 1 *quaest.* D. 1.3.37: *Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo.*

Call. 1 *quaest.* D.1.3.38: *Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere.*

Celsus 23 *dig.* D.1.3.39: *Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.*

⁶⁹ Per approfondimenti sul tema dell'analogia: E. BETTI, *Forma e sostanza della interpretatio prudentium*, Milano, 1951, *passim*; EAD, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, *passim*; N. BOBBIO, voce *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 601 ss; E. MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Macerata, 2005, 9 ss; A. MANTELLO, *L'analogia nei giuristi tardo repubblicani e augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici*, in *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici* (Convegno Como, 17-18 novembre 2006), a cura di C. STORTI, Napoli, 2010, 3 ss.; L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova, 2006, 39 ss; EAD., *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017, 167 ss.

La sequenza riporta frammenti riconducibili ad Autori diversi, di epoche differenti, ed è stata creata appositamente dai compilatori di modo da presentare un discorso unitario riguardo all'utilizzo delle sentenze. In particolare occorre soffermarsi sul passaggio: *rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere*, ossia il riconoscimento da parte dell'imperatore Settimio Severo del valore normativo di una serie di giudicati costanti.

Partendo dal primo frammento si evince come Paolo reputi fondamentale, per l'interpretazione di una legge, rifarsi alla consuetudine presente nella *civitas* ed utilizzata fino a quel momento per i casi dello stesso tipo; il giurista, infatti, sostiene che: *optima enim est legum interpretis consuetudo*. Il secondo frammento, riconducibile a Callistrato, si riferisce al rescritto di Settimio Severo, il quale prescriveva che le ambiguità delle leggi andassero risolte attraverso ciò che era previsto dalla consuetudine o dalle sentenze simili fino a quel momento adottate. La sequenza si chiude con un frammento di Celso, il quale sostiene che ciò che è stato introdotto nell'ordinamento mediante errore non ha valore di consuetudine.

La dottrina si è divisa nella lettura dei frammenti e in particolare riguardo al secondo frammento: Provera, infatti, ha sostenuto come risulti necessario riconoscere un valore generale al rescritto di Settimio Severo, il quale «avrebbe pensato di favorire la certezza del diritto attribuendo ad una serie di giudicati conformi sullo stesso caso o su casi simili, valore di legge, nel senso che il principio di diritto che era alla base di quei giudicati doveva ritenersi definitivamente acquisito all'ordinamento. Evidentemente non era in discussione l'autorità del precedente, ma l'utilizzazione di un criterio idoneo al consolidarsi della interpretazione giudiziale attraverso il succedersi nel tempo, di giudicati conformi»⁷⁰.

Tale lettura risulta, però, decontestualizzare in maniera forte il frammento. Seguendo la ricostruzione di Letizia Vacca⁷¹, infatti, è possibile osservare come l'attestazione del valore normativo fosse seguita da precisi limiti e non fosse generalizzata. Più precisamente dai frammenti si rileva, come non fosse sufficiente una sola pronuncia secondo quanto sottolineato dal Provera, ma che, in ogni caso, l'avvalersi di una serie di sentenze conformi potesse essere ammesso solo subordinatamente alla legge e in funzione interpretativa di questa⁷². Si può inoltre osservare, con riferimento alla consuetudine, come questa risultasse, in un certo senso, formata dai giudicati che non devono, pertanto, essere visti come la prova di una consuetudine ma, più correttamente, come gli atti che ne hanno integrato il contenuto.

⁷⁰ G. PROVERA, *Il valore normativo*, cit., 55 ss.

⁷¹ L. VACCA, *Diritto*, cit., 54 ss.

⁷² GIOV. GUIDA, *Giudicato*, cit., 348.

Ulteriore fattore da tenere in considerazione riguarda il riferimento di Callistrato, che, dato il periodo storico in cui è vissuto, è presumibilmente ascrivibile alla prassi provinciale e alla *cognitio extra ordinem* e non a un periodo a lui precedente.

Da segnalare la lettura del Marrone⁷³ sul corretto significato di *perpetuo*, ed infatti «da sempre — *perpetuo* — e senza eccezioni manifesta e implica una determinata interpretazione del *ius*». Da questa considerazione si rafforza l'idea che in realtà la sequenza facesse riferimento alla prassi provinciale, in quanto se si fosse riferita a Roma, la reiterazione di un principio avrebbe dato luogo ad un *ius receptum* dei giuristi, a cui era già riconosciuto valore normativo.

Per chiudere, infine, la breve ricognizione inerente all'evoluzione processuale romana bisogna prendere in considerazione anche la *cognitio extra ordinem*⁷⁴ che rappresenta l'ultimo passaggio dei mutamenti processuali. La *cognitio* si inserisce nell'opera dell'Imperatore volta ad accentrare tutto il potere su di sé, la cui *ratio* sembra avvalorare la tesi che lo stesso non abbia inteso allargare l'ambito applicativo delle sentenze o la loro funzione all'interno dell'ordinamento.

A questo proposito, bisogna dare conto del fatto che, nella dottrina romanistica, c'è chi ha sostenuto l'ipotesi che la motivazione fosse emersa solo con la *cognitio extra ordinem*, in un momento, quindi, in cui il diritto non veniva più sentito come in continuo divenire ma come un diritto più statico e cristallizzato⁷⁵.

Questa tesi, però, non appare particolarmente condivisibile proprio in virtù dell'opera di accentramento da parte dell'Imperatore di tutti i poteri su di sé; sembra maggiormente condivisibile, invece, il fatto che l'inserimento del *ius appellandi*, e cioè della possibilità di appellare una sentenza⁷⁶ dinanzi

⁷³ M. MARRONE, *L'effetto*, cit., *passim*.

⁷⁴ La *cognitio* nasce come un processo di natura prettamente pubblicistica ma viene successivamente esteso anche ai rapporti di natura privata. Era caratterizzato da: un'unità del procedimento in quanto tutta l'attività processuale si svolgeva davanti allo stesso funzionario statale; un'ampia discrezionalità del giudicante poiché il funzionario-giudice aveva ampi poteri per accertare il fatto; la possibile procedibilità contumaciale essendo necessario e sufficiente solo che il convenuto fosse stato avvertito dell'inizio del procedimento; l'impugnabilità della sentenza risultando prevista la possibilità di appello dinanzi a un funzionario di grado superiore o all'Imperatore; dalla specificità della condanna. La condanna non consisteva più nel pagamento di una somma di denaro, ma poteva imporre anche un comportamento specifico, come la restituzione della cosa. Per ulteriori approfondimenti: G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 766 ss.

⁷⁵ B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motivata*, cit., 329 ss.

⁷⁶ A proposito della possibilità di appellare: D. 49.1.3 (Ulp. *lib. I de appellat.*): *Scio quaesitum, si quis non addiderit in libellis, contra quem adversarium appellet, an praescriptioni subiciatur: et puto nihil oportere praescribi. 1. Sed illud cecidit in quaestionem, si plures*

a funzionari imperiali di grado superiore o dinanzi allo stesso Imperatore, presupponesse una presenza, già in epoca precedente, di un abbozzo di motivazione nelle sentenze pronunciate. La sentenza, in questo periodo, viene vista come un atto autoritativo del potere centrale e la presenza di una motivazione andava a dare un valore ancora più “vincolante” all’atto stesso, postulando non una creazione *ex novo* ma un utilizzo di uno strumento già conosciuto.

6. Osservazioni conclusive

Tirando le fila di queste brevi osservazioni non si può evitare di sottolineare che uno dei motivi che rendono difficile inquadrare le sentenze come fonti di produzione dell’ordinamento deriva dal fatto che il giudice chiamato a decidere le controversie spesso non era un tecnico del diritto, motivo per il quale le stesse risultavano o prive del tutto di motivazione o non argomentate in diritto.

Da ciò consegue il fatto che, pur ammettendosi la presenza in taluni casi di una motivazione, questa risultava atecnica e non in grado di creare un precedente giuridico. Il risultato, seguendo questo ragionamento, è la possibilità di escludere l’esistenza di una dottrina delle corti o «di una ‘Rechtsprenchung’»⁷⁷ che, basandosi sulle singole pronunce giudiziali, potesse configurare il sistema romano come un sistema di diritto giudiziale.

Appare più plausibile, dunque, la ricostruzione secondo la quale nel

habuerit adversarios et quorundam nomina libellis sint complexa, quorundam non, an aequae praescribi ei possit ab his, quorum nomina comprehensa non sunt, quasi adversus ipsos adqueverit sententiae. Et cum una causa sit, arbitror non esse praescribendum. 2. Certe si plures hi sunt, adversus quos pronuntiat, et quorundam nomina in libellis sint comprehensa, quorundam non, hi soli appellasse videbuntur, quorum nomina libellis sunt comprehensa. 3. Quid ergo, si causam appellandi certam dixerit, an liceat ei discedere ab hac et aliam causam allegare? An vero quasi forma quadam obstrictus sit? Puto tamen, cum semel provocaverit, esse ei facultatem in agendo etiam aliam causam provocationis reddere persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit. D. 49.8.1.2 (Macer lib. II de appellat.): Item cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiat. Nam si iudex volenti se ex cura muneris vel tutelae beneficio liberorum vel aetatis aut privilegii excusare, dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasset intellegitur: quod si de iure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse, de iure litigatoris pronuntiasset intellegitur: quo casu appellatio necessaria est.

⁷⁷ M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, cit., 158.

diritto romano la sentenza venisse riportata come una sorta di *exemplum*⁷⁸ e non con valore vincolante; la *res iudicata*, in questo senso, non sarebbe una vera e propria portatrice di un ‘principio di diritto’⁷⁹ da applicare al caso concreto in esame, ma un ‘argomento’ utilizzato per formare il convincimento del giudice ad adottare una soluzione analoga.

Ridurre, a mio parere, la sentenza al mero ruolo di ‘*exemplum*’ costituirebbe un errore, in quanto, come si osserva in generale con riguardo alla polifunzionalità delle pronunce giurisprudenziali, «l’esempio informa ma non suggerisce, e tanto meno impone una decisione conforme»⁸⁰ e la *res iudicata* non ricopriva il semplice ruolo di prova *inartificiales*, ma poteva condurre all’introduzione di un nuovo principio giuridico mediante la consuetudine.

In tal senso, e sempre secondo una linea di considerazioni generali, sembra allora possibile valutare il ‘precedente’ come la «capacità di determinare o almeno indirizzare in senso conforme la decisione di casi successivi» mentre l’ ‘esempio’ come ciò che «può svolgere qualche funzione persuasiva, ed è per questa ragione che viene usato, ma non svolge una funzione propriamente giustificativa, e quindi non ha un’efficacia condizionante o vincolante sulla decisione del caso successivo»⁸¹.

In questo senso, appare chiara la testimonianza fornita da Cicerone nei *Topica* 5.28, che sembra offrire il migliore inquadramento dell’utilizzo della

⁷⁸ Cic., *Reth. ad Her.*, 2.12-2.13: [...] *In causa ratiocinali primum quaeretur, ecquid in rebus maioribus aut minoribus aut similibus similiter scriptum aut iudicatum sit; deinde utrum ea res similis sit ei rei qua de agitur an dissimilis, [...] Absoluta iuridicali constitutione utemur cum ipsam rem quam nos fecisse confitemur iure factam dicemus, sine ulla adsumptione extrariae defensionis. In ea convenit quaeri iurene sit factum. De eo causa posita dicere poterimus si ex quibus partibus ius constet cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto. [...] iudicatum est id de quo sententia lata est aut decretum interpositum. Ea saepe diversa sunt, ut aliud alio iudici aut praetori aut consuli aut tribuno plebis placitum sit; et fit ut de eadem re saepe alius aliud decreverit aut iudicavit, quod genus: M. Drusus, praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur iudicium reddidit, Sex. Iulius non reddidit. Item: C. Caelius iudex absolvit iniuriarum eum qui Lucilium poetam in scaena nominatum laeserat, P. Mucius eum qui L. Accium poetam nominaverat condemnavit. Ergo, quia possunt res simili de causa dissimiliter iudicatae proferri, cum id usu venerit, iudicem con iudice, tempus cum tempore, numerum cum numero iudiciorum conferemus. Cic., *de orat.*, 2.27.116: *Ad probandum autem duplex est oratori subiecta materies: una rerum earum, quae non excogitantur ab oratore, sed in re positae ratione tractantur, ut tabulae, testimonia, pacta conventa, quaestiones, leges, senatus consulta, res iudicatae, decreta, responsa, reliqua, si quae sunt, quae non reperiuntur ab oratore, sed ad oratorem a causa [atque a re] deferuntur; altera est, quae tota in disputatione et in argumentatione oratoris conlocata est.**

⁷⁹ L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 2012, *passim*.

⁸⁰ M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007, 31 ss.

⁸¹ M. TARUFFO, *Precedente*, cit., 32.

res iudicata nel sistema giuridico romano come *pars*⁸² del *ius civile*.

Le decisioni, infatti, venivano calate nel tessuto sociale tendendo a trasformare i giudicati in *ius receptum* andando, talvolta, a creare una vera e propria *regula iuris*⁸³. La *regula* risultava essere un caratteristico strumento della giurisprudenza casistica romana che, sulla base dei precedenti, fissava un principio giuridico più o meno generale, che veniva applicato qualora ricorressero le situazioni in essa rientranti⁸⁴; questa affermazione ci viene confermata dal passo del Digesto 50.17.1⁸⁵, secondo cui «la *regula* stessa, che si fonda, [...] sulle singole decisioni concrete, va sempre reimmessa nella concretezza dei nuovi casi che essa è chiamata a disciplinare»⁸⁶.

Il tema dell'utilizzo delle *res iudicatae* all'interno dell'ordinamento romano risulta, quindi, rimanere un argomento ancora aperto e dibattuto. Il loro utilizzo ha avuto sicuramente un'influenza sull'evoluzione del diritto vigente in tale ordinamento ma, dall'analisi delle fonti, per quanto non si

⁸² Cicerone utilizza, per affrontare la tematica inerente alle componenti del *ius civile* l'angolo visuale, tipico della retorica, della distinzione tra *divisio* e *partitio*. Con la *divisio* si suole generalmente individuare un *genus* astratto che successivamente viene suddiviso in più *species*, le quali presentano caratteristiche specifiche che ne permettono la differenziazione tra loro e rispetto al *genus* di appartenenza. Viceversa nella *partitio* si ha una divisione di un tutto nelle sue componenti costitutive essenziali. «Nel caso della *divisio* di un *genus* in *species*, il venir meno di una delle *species* individuate diminuisce l'estensione del *genus* ma non ne altera la connotazione concettuale. Così, per esempio, se si definisce il diritto positivo di un certo ordinamento come il diritto posto attraverso procedimenti normativi (*genus*), e lo si distingue in varie *species* (leggi, plebisciti, senatoconsulti, editti dei magistrati, ecc.) la soppressione di uno di questi termini diminuisce l'estensione del *ius* ma non ne altera il concetto individuato al momento della formazione del *genus*. Per converso, ciascuna delle *species* ha una sua autonomia concettuale, che non viene modificata dal coesistere o meno con le altre *species*; il concetto di legge può essere qualificato dall'appartenenza al *genus* 'procedimento normativo', ma di per sé non è modificato dal coesistere, all'interno del medesimo *genus*, dei senatoconsulti o delle costituzioni imperiali. Ne discende che mentre nella *divisio* l'inclusione nella categoria concettuale più ampia (*genus*) definisce e qualifica la *species*, almeno nelle sue connotazioni fondamentali, nella *partitio* è il tutto ad essere definito mediante l'individuazione delle sue parti e del rapporto coesenziale fra esse», così L. VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 25.

⁸³ A. PALMA, *Il luogo delle regole*, cit., 72 ss.

⁸⁴ L. VACCA, *Casistica e sistema da Labeone a Giuliano*, in '*Ius controversum*' e '*auctoritas principis*. Giuristi, principe e diritto nel primo Impero, Atti del Convegno Internazionale di diritto romano (Copanello 11-13 giugno 1998), a cura di F. MILAZZO, Napoli, 2003, 341 ss., ora in L. VACCA, *Metodo*, cit., 175 ss.

⁸⁵ D. 50.17.1 (Paul. XVI ad Plaut.): *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.*

⁸⁶ M. TALAMANCA, *Il corpus iuris giustiniano*, cit., 779 ss.

possa non riconoscerne l'importanza assunta all'interno dell'assetto romano, non sembra, peraltro, possibile sostenere un loro 'valore normativo' quanto, piuttosto, una funzione di 'ascendente' dalle stesse esplicata sulla produzione normativa romana.

Claudio Corsetti

*La creazione del diritto dal processo:
il praetor e le actiones in factum*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La nascita del *praetor* e la *iurisdictio* - 3. *Lactio in factum*: presupposti applicativi e funzione - 4. La struttura dell'*actio in factum* - 5. Dall'*actio in factum* al rimedio tipico: notazioni conclusive.

1. *Premessa*

La presenza di lacune all'interno dello svolgimento storico di un ordinamento è un elemento endemico ed ineliminabile, connaturato sia all'inevitabile divenire del contesto sociale ed economico cui si riferisce e sia all'impossibilità, per il dettato normativo, di definire in maniera completa ed onnicomprensiva l'intera realtà fenomenica giuridicamente rilevante.

Ad ogni sistema giuridico, pertanto, è demandato il compito di elaborare sistemi e meccanismi atti a colmarle, i quali possono avere carattere interpretativo, come l'analogia o il ricorso ai principi generali, o arrivare ad imporre all'organo giudicante di rimettersi ad un intervento del legislatore, come nel caso limite del *referé legislatif*.

Tra questi due poli si pongono, nella specificità dell'ordinamento romano, le *actiones in factum*¹ (o decretali), rimedi pretori concessi *ad hoc* per quei singoli casi ritenuti meritevoli di tutela ma non ancora regolati dal diritto. Per queste particolari fattispecie, difatti, può registrarsi come il magistrato giudicante, in assenza di una prescrizione normativa che le

¹ E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, Padova, 1927, 21 ss.; A. WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, in ZSS, LXXVIII, Weimar, 1961, 392-402; G. PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Milano, 1983, 335 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 303; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 205-206; Id., *Actio e diritto subiettivo*, Napoli, 2006, 138; C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, Torino, 1997, 194.

contempli, possa elaborare uno specifico strumento di tutela, che consenta la decisione della controversia - demandata ad uno *iudex privatus* - e, più in generale, il superamento della 'carenza di norme' per il singolo caso.

Le suddette azioni sono rese possibili e poggiano sulla peculiare natura della *iurisdictio*² pretoria nel processo formulare: tale funzione, difatti, lungi dal poter essere identificata con la moderna 'giurisdizione', si esplica mediante l'indicazione, per la singola controversia, delle regole giuridiche da applicare per la sua risoluzione. Più nello specifico, inoltre, l'*agere in factum*, è consentito in ragione del carattere statutivo-costitutivo³ che la *iurisdictio* pretoria assume progressivamente dopo il 367 a.C. e dalla sua combinazione con l'*imperium*⁴ del magistrato, il potere di comando tramite il quale si esprimevano in senso autoritativo i pubblici poteri.

Ciò che vuole qui adombrarsi, però, è se vi sia la possibilità che le azioni decretali, rimedi attinenti al singolo *casus* ma sintomo di una carenza normativa, possano oltrepassare la dimensione della singola fattispecie per divenire diritto generale ed astratto. Questa, è cosa ben diversa dal saggiare l'eventualità di generalizzare la singola *actio in factum*, il che è escluso in maniera recisa dalla natura di rimedio inderogabilmente particolare di tali *actiones*.

Le possibilità di fare in modo che tramite la concessione delle singole azioni decretali si giunga a colmare la corrispondente lacuna dell'ordinamento sono, semmai, da ricercarsi altrove: risiedono, in maniera più ampia, nelle specificità del sistema giuridico romano, nella sua capacità osmotica⁵, amplificata dal dualismo tra *ius civile* e *ius honorarium*, e nella sua spiccata resilienza, che gli consente di aderire in maniera coerente ai mutamenti della società di cui le lacune normative sono espressione, e di evolversi, senza alcuna apparente soluzione di continuità.

² E. BETTI, *La creazione*, cit., 3-10; Id., *Iurisdictio praetoris e potere normativo*, in *Labeo*, XIV, Napoli, 1968, 7 ss; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, *passim*; M. LAURIA, *Iurisdictio*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930, 486-493; C. GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano*, Milano, 1947, 9 ss.; Id., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, *passim*; G. NICOSIA, *Giurisdizione nel diritto romano*, in *Silloghe: scritti 1956-1996*, II, Catania, 1998, 611 ss.; O. TELLEGEN-COUPERUS, *Pontiff, Praetor, and Jurisdictio in the Roman Republic*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, LXXIV, Leida, 2006, 31 ss.; 34-36; GIOV. GUIDA, *Ius dicere e iudicare*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, III, Padova, 2015, 3 ss.

³ G. NICOSIA, *Giurisdizione* (voce), in *Dig. Disc. Priv. - Sez. Civ.*, IX, Torino, 1993, 122.

⁴ Sulla trattazione dell'*imperium* del pretore in correlazione alla *iurisdictio* si veda: L. BOVE, *Iurisdictio* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, 346-348; G. NOCERA, *Reddere ius*, Roma, 1976, 181-183; L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989, 47; F. GALLO, *L'officium*, cit., 104.

⁵ M. BRUTTI, *Il diritto romano come metateoria*, Postfazione a *Actio e diritto subiettivo*, Napoli, 2006, 485.

2. *La nascita del praetor e la iurisdictio*

La figura del pretore, tra le magistrature romane, può essere di certo considerata quella che desta il maggior interesse da parte degli studiosi del diritto⁶, data la centralità che ha rivestito nell'evoluzione dell'ordinamento romano. Ai fini di questa analisi è doverosa una breve ricognizione riguardo la sua origine ed il suo ruolo nella trasformazione del diritto romano, sottolineandone alcune delle attribuzioni.

Il *praetor* viene istituito nel 367 a.C. dalle *leges Liciniae Sextiae* ed i motivi alla base della sua creazione risiedono in un ventaglio di cause che possono essere schematizzate, per semplicità espositiva, in fattori interni alle istituzioni romane ed esterni, ovvero afferenti alla struttura socio-economica.

Per ciò che concerne il primo insieme di motivazioni, l'angolo visuale dal quale occorre osservare la creazione della pretura, è quello del turbolento *iter* delle *leges Liciniae Sextiae*, promulgate a seguito di gravi scontri tra il patriziato e la plebe, che vengono ritenute il frutto di una negoziazione tra le due componenti della *civitas* riguardo l'organizzazione della repubblica.

A tal riguardo, le fonti romane⁷ che trattano dell'istituzione del *praetor* sono fondamentalmente due, e possono essere analizzate congiuntamente:

Liv. 6.42.11: *Et ne is quidem finis certaminum fuit. Quia patricii se auctores futuros negabant, prope secessionem plebis res terribilesque alias minas civilium certaminum venit cum tandem per dictatorem condicionibus sedatae discordiae sunt concessumque ab nobilitate plebi de consule plebeio, a plebe nobilitati de praetore uno qui ius in urbe diceret ex patribus creando.*

⁶ Data la vastità della letteratura che invole a vario titolo il *praetor*, i riferimenti di seguito indicati devono intendersi puramente esemplificativi: E. BETTI, *La creazione, passim*; V. ARANGIO-RUIZ, *Pretore* (voce), in *Enc. It.*, XXVIII, Roma, 1935, 221; C. GIOFFREDI, *Ius, lex, praetor: forme storiche e valori dommatici*, in *SDHI*, XIII-XIV, Roma, 1948, 7-140; U. BRASIELLO, *Pretore gaiano e pretore imperiale*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, II, Milano, 1951, 152-166; F. SERRAO, *La iurisdictio*, cit., *passim*; I. BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, *passim*; F. GALLO, *L'officium*, cit., *passim*; G. PUGLIESE, *I pretori fra trasformazione e conservazione*, in *Scritti Giuridici 1985-1995*, Napoli, 2007, 157-168.

⁷ Questa precisazione risulta necessaria in riferimento a Lyd. 1.38.25-29, in cui l'erudito bizantino tratta della nascita della pretura. Tuttavia, tale fonte risulta scarsamente considerata dagli studiosi alla luce del fatto che l'Autore scrive ad oltre un millennio di distanza dai fatti narrati e riconnette al pretore, nello specifico, unicamente funzioni di difesa militare della *civitas*. In tal senso: U. COLI, *Tribù e centurie dell'antica repubblica romana*, in *SDHI*, XXI, Roma, 1955, 181 ss; O. TELLEGEN-COUPERUS, *Pontiff*, cit., 34-36.

D. 1.2.2.27 (Pomp. *l.sing enchiridii*): *Cumque consules avocarentur bellis finitimis neque esset qui in civitate ius reddere posset factum est, ut praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe ius redderet.*

Il primo dei due passi riportati, tratto dall'*Ab Urbe condita* di Tito Livio, si apre con la minaccia, da parte della plebe di sedizioni civili e di una nuova secessione. Il patriziato, di conseguenza, cede alle rivendicazioni dei plebei concedendo a questi l'accesso alla carica di console ma, di contro, pretende che gli si riservi una carica di nuova istituzione: il pretore. Questa magistratura, riporta Livio, avrebbe avuto il compito di amministrare la giustizia in Roma, o meglio di «*dicere ius in urbe*».

L'altra fonte riportata - tratta dall'*Enchiridion* di Pomponio - come rilevato anche dalla Sommariva⁸ - risulta meno approfondita riguardo alle cause della creazione della pretura, in quanto si riferisce genericamente alla necessità, da parte dei consoli, di delegare la funzione giurisdizionale⁹, essendo questi gravemente impegnati nella conduzione delle campagne militari.

Se le premesse riportate da Pomponio appaiono più sfumate e parzialmente divergenti rispetto a quelle di Livio¹⁰, individuando la necessità di creare la carica di pretore nell'impossibilità da parte dei consoli di continuare a gestire l'amministrazione della giustizia, l'espressione con la quale il *praetor* viene definito ripropone il paradigma dello *ius dicere*, utilizzando il sinonimo «*ius reddere*».

È pertanto di palese evidenza che il tratto caratteristico e centrale della figura del pretore risieda nello *ius dicere*, ovvero, sciogliendo l'espressione latina, la funzione di indicare e dichiarare il diritto. Malgrado le assonanze terminologiche tra *ius dicere*/*iurisdictio* e 'giurisdizione', appare da subito chiaro che non è possibile il tentativo di conciliare il moderno concetto di potere giudiziario o funzione giurisdizionale con la *iurisdictio* romana.

Difatti, se negli ordinamenti moderni alla giurisdizione si riconnette quella particolare attività del giudice tesa a conoscere una determinata

⁸ G. B. SOMMARIVA, *Lezioni*, cit., 224-225: l'Autrice ritiene che ciò sia da imputarsi al fatto che, quando Pomponio scrive, la magistratura pretoria aveva già subito un sensibile ridimensionamento nel peso e nelle funzioni.

⁹ Così anche in: G. NOCERA, *Reddere*, cit., 179.

¹⁰ Ciò è probabilmente da attribuirsi a due ordini di ragioni; da una parte, infatti, l'intento delle due opere è profondamente diverso, in quanto l'*Ab Urbe condita* è un'opera di storiografia annalistica, mentre l'*Enchiridion* si focalizza sullo sviluppo dell'ordinamento giuridico. Inoltre, l'inserzione delle rivendicazioni plebee nell'ottica dell'apertura della carica consolare e dell'istituzione della pretura, è perfettamente coerente con l'estrazione sociale di Tito Livio, discendente da una famiglia della *nobilitas* plebea e profondamente legato ai valori repubblicani.

controversia ed a risolverla mediante applicazione del dato normativo al caso concreto, nel sistema giuridico romano per *iurisdictio* si intende un potere attribuito al magistrato non di giudicare, ma di individuare quali siano le regole in base alle quali si debba risolvere una certa controversia.

La *iurisdictio*, infatti, risulta afferire non al momento del giudizio sul caso concreto (demandato, nel sistema formulare, ad uno *iudex privatus* individuato nella *datio iudicis*), ma si sostanzia nella fase *in iure*, in un sottile processo di interpretazione del sistema giuridico al fine di dichiarare quali siano le regole da applicare ad una determinata fattispecie. Si tratta di un potere che si esplica, nel processo *per formulas*, mediante un procedimento ermeneutico di valore costitutivo¹¹, in quanto ciò che viene dichiarato dal pretore non si limita a conferire formale e solenne autorità a quanto richiesto dalle parti, ma si configura come una vera e propria pronuncia-provvedimento, alla quale sono sottoposti sia i richiedenti che il *iudex privatus*.

Tale *interpretatio* magistratuale consiste in un'operazione di alto livello tecnico-giuridico che abbisognava, perciò, del supporto della *scientia iuris*, a maggior ragione che il *praetor* non era necessariamente un esperto del diritto ma, in generale, la pretura costituiva unicamente una tappa all'interno del *cursus honorum*. Per di più, questo tipo di interpretazione del diritto, costitutiva in quanto non meramente descrittiva, ed il necessario affiancamento del magistrato da parte dei giuristi, risulta tanto più indispensabile alla luce del fatto che il pretore attraverso i drastici cambiamenti della realtà economica e sociale intervenuti a partire dall'inizio dell'inarrestabile espansione di Roma nel III secolo a.C..

Difatti, la *res publica* romana muta, nel volgere di pochi secoli, da piccola comunità agricola e pastorale a potenza militarmente e commercialmente egemone nel Mediterraneo; tale cambiamento strutturale e relativamente repentino si riflette anche sul sistema giuridico, *in primis* sulla realtà negoziale, che si trova a dover aderire con sempre maggiore efficacia e puntualità ad un sistema economico tanto complesso quanto dinamico.

Ciò permette di comprendere anche il secondo ordine di fattori alla base della genesi e dello sviluppo della *iurisdictio* pretoria: l'interprete del mutamento della prassi negoziale e l'organo che ha consentito all'ordinamento romano di accompagnare e adattarsi alle trasformazioni socioeconomiche è proprio il pretore attraverso la sua funzione tipica,

¹¹ Così ritenuto da C. GIOFFREDI, *Diritto*, cit., 63 ss; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano I. Le legis actiones*, Roma, 1962, 150; G. NICOSIA, *Giurisdizione*, cit., 122; GIOV. GUIDA, *Ius dicere e iudicare*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, Vol III, Padova, 2015, 18; *Contra*: F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 63 ss.

ossia l'amministrazione della giustizia¹². Questo, verosimilmente, appare rispondere anche a delle esigenze pratiche *lato sensu* 'obbligate', in quanto né il farraginoso meccanismo di approvazione delle *leges*, né la lenta recezione *moribus* potevano soddisfare in maniera puntuale ed efficace quella 'domanda di diritto' propria di ogni mutamento della realtà sulla quale insiste un determinato ordinamento giuridico.

Riguardo agli strumenti utilizzati dal pretore a questo fine, la *iurisdictio* pretoria, in combinazione con l'*imperium*¹³, ovvero il potere di comando, rendono possibile l'emanazione di un atto normativo di portata generale, l'editto, e la predisposizione di uno schema processuale, il rito *per formulas*, strutturalmente più aderente alla fattispecie concreta e sensibilmente più malleabile rispetto al procedimento *per legis actiones*: l'apertura del processo formulare nei confronti della prassi, inoltre, non viene meno nel caso in cui il pretore si limiti ad essere «*viva vox iuris civilis*»¹⁴, ossia applichi alla controversia sottopostagli degli schemi di formule già predisposti

¹² Sul ruolo del pretore in relazione ai mutamenti del III secolo a.C. si veda: A. GUARINO, *Le origini quiritarie*, Napoli, 1973, 296 ss.; L. VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 31 ss.; F. GALLO, *L'officium*, cit., 37; G. PUGLIESE, *Il pretore*, cit., 163 ss.; Id., *Diritto e processo nella esperienza romana*, in *Scritti giuridici (1985-1995)*, Napoli, 2007, 743 ss.

¹³ F. LEIFER, *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht*, München 1914, 69 ss.; E. BETTI, *La creazione*, cit., 12; M. LAURIA, *Iurisdictio*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930, 486-493; F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 199 ss.; G. NOCERA, *Reddere*, cit., 181 ss.; L. VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 47; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 58; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 205; Id., *Actio e diritto subiettivo*, Napoli, 2006, 126; G. NICOSIA, *La giurisdizione nel diritto romano*, in *DDP civ.* 4, IX, Milano, 1993, 121; F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997, 104; GIOV. GUIDA, *Ius dicere*, cit., 35. I rapporti tra *iurisdictio* ed *imperium* sono un tema particolarmente dibattuto in dottrina: a tal riguardo possono identificarsi tre orientamenti di massima. Un primo, riconducibile al Leifer considera la *iurisdictio* come espressione dell'*imperium* e costituisce oggetto di critica *in primis* del Lauria (e successivamente del Nicosia) che, in maniera antitetica considera le due funzioni come totalmente indipendenti e separate. Tra questi due poli interpretativi si pone l'elaborazione del De Martino, seguita e perfezionata dal Pugliese e più recentemente dal Guida. Secondo questo orientamento, benché la *iurisdictio* sia una delle funzioni astrattamente ricomprese nell'*imperium*, possiede una sua autonomia ontologica che le consente di essere attribuita anche separatamente ad un determinato magistrato. Alla luce dell'assetto dei poteri e delle funzioni dell'ordinamento romano ritengo preferibile quest'ultimo orientamento in quanto, da una parte le tesi del Leifer non riescono a spiegare in maniera compiuta l'esistenza di magistrature giurisdicenti ma prive di *imperium* (come gli edili curuli), mentre la linea interpretativa del Lauria non tiene conto di tutti quegli atti che sono espressione della combinazione tra *iurisdictio* ed *imperium* (cd. '*magis imperium quam iurisdictionis*').

¹⁴ Espressione mutuata da D. 1.1.8 (Marcianus, *liber primus institutionum*): *Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis*.

dall'editto¹⁵.

È proprio la combinazione tra questi due elementi – editto e processo formulare - a fare in modo che, a livello sistematico, il diritto riesca a rispondere alle esigenze della prassi, in quanto la fonte normativa predispondeva annualmente in via generale e programmatica gli strumenti di protezione che il pretore avrebbe concesso, allargando l'area delle fattispecie tutelate, e lo strumento processuale consentiva, mediante l'interpretazione tanto del caso concreto quanto dell'editto, di adattare la previsione editto alla fattispecie oggetto di controversia.

Il fil rouge che attraversa l'attività sia legislativa che processuale del pretore è costituito dalla consulenza dei giuristi che assistono il magistrato sia in sede di redazione dell'editto sia nella costruzione e concessione delle singole formule, anche attraverso i pareri rilasciati alle parti.

Il quadro che può tratteggiarsi è quello di un ordinamento in cui piano sostanziale e processuale si influenzano reciprocamente con il comune obiettivo di garantire una efficace protezione delle situazioni giuridiche ritenute meritevoli di tutela. Inoltre, la sottoposizione di questi due livelli ad una costante opera di *interpretatio* da parte della scienza giuridica consente di guidare l'evoluzione dell'ordinamento giuridico in maniera efficiente sul piano delle tutele e dei rimedi elaborati ed in modo che le innovazioni predisposte si innestino in maniera coerente e armoniosa con il tessuto giuridico preesistente.

La pretura, pertanto, ed il suo luogo di azione privilegiato, ovvero il processo formulare, con l'imprescindibile apporto degli interpreti del diritto, si configurano come il punto di incontro e di equilibrio tra le istanze di una collettività in evoluzione, necessariamente foriera di mutamenti giuridici, ed il sistema ordinamentale, strutturalmente incapace di mutare con la stessa rapidità della società e, perciò, intrinsecamente conservatore. Si tratta, difatti, di un meccanismo evolutivo risultante da una tensione dialettica pressoché costante tra trasformazione ed innovazione, come efficacemente sottolineato anche dal Pugliese¹⁶: il diritto di matrice pretoria, difatti, non sovverte la natura del sistema giuridico romano, ma, utilizzando e adattando lo strumentario giuridico e concettuale già acquisito consente al diritto di evolversi, migliorarsi e talvolta correggersi, allargando l'area delle fattispecie riconosciute ed elaborando nuovi strumenti di tutela che non depotenzino l'unità e l'armonia dell'ordinamento.

¹⁵ L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, in *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017, 86. «Questo stesso editto, infatti, nel momento in cui viene posto, non fa altro che generalizzare la tutela processuale concessa inizialmente per singoli casi concreti.»

¹⁶ G. PUGLIESE, *I pretori*, cit., 157-168.

3. *L'actio in factum: presupposti applicativi e funzione*

Lasciando qui da parte lo strumento edittale che consente di predisporre *ex ante*, all'atto dell'ingresso in carica del magistrato giudicante, uno schema di tutela e quindi, indirettamente di riconoscere nuove fattispecie negoziali, ci si vuole concentrare sull'attività del pretore nei confronti di quei casi concreti che non presentino alcuna corrispondenza con il dato normativo preesistente. In tali rapporti giuridici, caratterizzati da un elevato livello di atipicità, il *praetor*, esercitando tanto la *iurisdictio* quanto l'*imperium*, ha a disposizione una rosa di strumenti atti ad indicare il diritto applicabile alla singola controversia, via via più incisivi a seconda del grado di novità del *casus* esaminato.

Difatti, può accadere che sia sufficiente l'interpretazione di uno strumento giuridico già noto, adattandolo a nuove esigenze mediante gli strumenti dell'analogia, delle *actiones utiles* e dell'elaborazione di *fictiones iuris*, o si debba ricorrere alla concessione di una azione *ad hoc*, utilizzando lo strumento dell'*actio in factum* o decretale.

Può notarsi che è proprio in quest'ultima ipotesi che l'equilibrio tra innovazione e conservazione volge in maniera più decisa nei confronti del primo dei due termini: tanto più è atipica una fattispecie concreta, quanto più l'esercizio della *iurisdictio* risulta libero¹⁷, non in quanto arbitrario ma in quanto creatore e tendenzialmente discrezionale. Occorre però precisare che, anche in questo caso, l'attività del pretore non si sgancia in modo netto dal tessuto giuridico, in quanto, nonostante la situazione giuridica per la quale concede un'*actio in factum* non trovi tutela nello *ius* vigente, la formula mediante la quale questa fattispecie viene *ex novo* tutelata è composta utilizzando per quanto possibile la logica, lo strumentario e le categorie propri del sistema giuridico.

Inoltre, è doveroso sottolineare che la concessione dell'azione decretale non è in alcun modo assimilabile ad una attività paralegislativa, in quanto, a differenza dello strumento edittale, il rimedio approntato dal magistrato non è suscettibile di essere direttamente generalizzato ed utilizzato al di fuori del caso concreto e quindi di costituire una qualche aspettativa di tutela per future fattispecie simili.

I presupposti e la funzione dell'*actio in factum* si ritrovano abilmente sintetizzati nelle fonti da un frammento del *liber VIII Quaestionum* di Papiniano:

¹⁷ La definizione di *iurisdictio* 'libera' può riferirsi a E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, Padova, 1927, cit. 8.

D. 19.5.1 pr. (Pap., 8 quaest.) *Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur. sed ne res exemplis egeat, paucis agam. 1 Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit. 2 Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum neque commodatum erit, sed non exhibita fide in factum civilis subicitur actio.*

Questo frammento¹⁸, posto dai compilatori in apertura del titolo del Digesto dedicato alle *actiones in factum* e *praescriptis verbis*, ovvero, in generale, alla tutela delle convenzioni atipiche o contratti innominati, indica che vi sono casi in cui, per la tutela di una fattispecie, si ricorre allo strumento dell'*actio in factum*, ove non sia possibile rintracciare uno strumento adeguato nel novero delle azioni edittali e delle azioni ordinarie. Difatti con l'espressione «*iudicis proditis*» devono intendersi richiamati quegli schemi di formule indicate all'interno dell'editto del pretore, mentre per «*vulgaribus actionibus*», quei rimedi processuali che possono considerarsi comunemente impiegati.

L'*actio in factum* si configura, perciò, come un rimedio che non costituisce l'ordinaria amministrazione della giustizia, fatto che si evince dal «*nonnumquam*» iniziale, ma la cui concessione non doveva essere particolarmente rara o difficoltosa, il che si ricava dall'utilizzo dell'avverbio «*facile*». Pertanto, stando a quanto riporta Papiniano, era possibile che talvolta il pretore si trovasse a raffrontarsi con una fattispecie che, seppur ritenuta meritevole di tutela, non trovava un possibile inquadramento tra i rimedi conosciuti: in tal caso può ricorrersi all'*actio in factum*.

La chiosa del *principium* del frammento riportato, inoltre, introduce la necessità di addurre degli esempi per chiarire la natura e la portata della suddetta azione («*sed ne res exemplis egeat, paucis agam.*»), che costituiscono il contenuto dei successivi §1 e §2. Ambo le ipotesi riportate nei due frammenti trattano di fattispecie in cui vi è incertezza sul negozio giuridico intercorso tra le parti, e quindi sul rimedio processuale da richiedere nella fase patologica del contratto.

Nel primo caso, in cui il proprietario di alcune merci si avvalga di un *magister navis* per il trasporto di queste, potrebbe insistere tra le parti tanto un contratto di locazione dell'imbarcazione, in cui il *mercator* sarebbe locatario e pertanto tutelato da *actio conducti*, quanto una *locatio operis*

¹⁸ Per una esegesi più approfondita del passo si rimanda a C. A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, in *Scritti scelti di diritto romano, III*, Torino, 2014, 23-35.

avente ad oggetto la *vectura* delle merci, in cui costui sarebbe il locatore e disporrebbe pertanto di *actio locati*.

Nel secondo caso, invece, si tratta di ricondurre la *traditio* di una *res* con lo scopo di determinarne il valore allo schema del comodato o del deposito. Gli *exempla* riportati da Papiniano conducono entrambi alla stessa soluzione, il ricorso all'*actio civilis in factum* che, malgrado richiami terminologicamente l'*actio in factum*, si sostanzia in un rimedio profondamente differente. Difatti, per *actio civilis in factum* (o *praescriptis verbis*) deve intendersi un'azione contrattuale generale, fondata sulla sinallagmaticità del contratto, ed utilizzata in via sussidiaria per la tutela *ex fide bona* di contratti innominati. Può ritenersi, pertanto, che vi sia uno iato tra il *principium* del passo e gli esempi riportati da Papiniano, in quanto l'*actio civilis in factum* può essere considerata al più, sulla scorta dei rilievi del Cannata¹⁹ e del Santoro²⁰, una creazione giurisprudenziale della prima età classica, in quanto si basa su una compiuta e matura elaborazione del concetto di *synallagma*.

L'*actio in factum* di cui trattasi in apertura del passo, al contrario, deve ritenersi un rimedio connaturato alla *iurisdictio* pretoria, una delle sue attribuzioni originarie, strettamente correlata alla valutazione del caso concreto in relazione alla sua meritevolezza di tutela, e non diretta a far valere un'obbligazione in quanto parte di un *synallagma*. La distanza tra le due sezioni di cui si compone il frammento può trovare una possibile spiegazione nell'ipotesi per la quale D.19.5.1 pr. ed i successivi §2 e §3 non si trovassero originariamente in quest'ordine all'interno del *liber octavo quaestionum* di Papiniano che, come ritiene anche il Lenel²¹, conteneva anche la trattazione delle *actiones in factum* in generale²².

¹⁹ C. A. CANNATA, *L'actio*, cit., 23 ss.; contra A. BURDESE, *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, 113 ss.

²⁰ R. SANTORO, *Actio praescriptis verbis e praescriptio*, in *Scritti Minori*, I, Torino, 2009, 282 ss. Il Santoro però, mentre ritiene genuino D.19.5.1, ipotizza, che D.19.5.2 non menzionasse l'*actio civilis in factum* ma l'*agere praescriptis verbis*. Ai fini della presente analisi ciò non risulta rilevante, in quanto è sufficiente attestarsi al mero rilevamento dell'incongruenza dei due esempi riportati con l'*actio in factum*. Tale presupposto esegetico risulta condiviso sia da chi, come il Cannata opta per la genuinità di entrambi i frammenti, sia dal Santoro, che ritiene interpolato il §2.

²¹ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsia, 1889, 825, fr. 151-155.

²² Risultano meno convincenti le ipotesi di interpolazione di D.19.5.1-2 avanzate dalla dottrina più risalente, che espunge dai due passi il lemma 'civilem', considerando accordato per i due casi in esame una semplice *actio in factum*. Se si accettassero le tesi interpolazioniste dovrebbe ammettersi non più una semplice inesattezza sotto il profilo dell'ordine con cui sono riportati i frammenti del *liber octavo quaestionum*, ma una aporia sostanziale e giuridica. I due casi del §1 e §2, riguardando la sola incertezza sul rimedio da utilizzare, non risulterebbero altrimenti pertinenti con la premessa del *principium* che indica come

Viepiù che l'indicazione in astratto dei presupposti dell'*actio* in questione non si ritrova in maniera isolata in D.19.5.1 pr., ma trova ulteriore riscontro anche in Pomponio:

D. 19.5. 11 (Pomp., 39 ad Q. Muc.) *Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit.*

e in questo frammento, sulla scorta delle risultanze esegetiche del Santoro²³ e del Burdese²⁴, la condizione necessaria per la concessione di un'*actio in factum* viene rintracciata nell'assenza – e pertanto insufficienza – dei rimedi edittali «*Quia actiunum non plenus numerus esset*». Inoltre, le successive considerazioni sulle *actiones in factum* e la *lex Aquilia* sono tanto pertinenti quanto chiarificatrici della portata di questo rimedio pretorio. A tal riguardo Pomponio sottolinea come lo strumento che ha consentito di sanzionare quelle fattispecie lesive non rientranti, neanche in via *utile*, nella *lex Aquilia* è stato proprio l'*agere in factum*.

Il riferimento indiretto è qui alle ipotesi di *damnum neque corpore neque corpori*, riscontrabile anche in I.4.3.16²⁵, in cui si tratta negli stessi termini di *actiones in factum* allo scopo di correggere ed integrare la *lex Aquilia*. Il passo riportato, infatti, fornisce anche le motivazioni alla base della concessione di un'*actio in factum* in un campo in cui già esiste un riferimento normativo, e

presupposto dell'*agere in factum* la assoluta mancanza di un'azione tipica da proporre e non il mero dubbio sulla scelta dell'*actio*, conseguenza di una fattispecie concreta in bilico tra due figure contrattuali riconosciute. Le tesi interpolazioniste risultano, su tutti, sostenute da: P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 242, 267; P. COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Parigi, 1947, 366 ss..

²³ R. SANTORO, *La tutela delle convenzioni atipiche*, in *Scritti Minori*, Torino, 2009, 381-382.

²⁴ A. BURDESE, *Osservazioni in tema di cd. contratti innominati*, in *SDHI*, LII, Roma, 1985, 478. L'Autore, inoltre, ritiene che in D.19.5.11 Pomponio stia riportando, parzialmente, il pensiero di Quinto Mucio.

²⁵ I.4.3.16: [...] *sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri: veluti si quis, misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret*. La fattispecie di danno qui considerata in astratto è quella arrecata senza alcun contatto fisico e che non abbia prodotto alcuna lesione di *corporis*. In tale ipotesi non viene ritenuta sufficiente né l'*actio legis Aquilia* diretta, né la concessione di un'*actio utilis*, stante la distanza tra dettato legislativo e *casus*. Pertanto si ritiene, continua il passo, che il danneggiante debba essere chiamato a rispondere della lesione in base ad una *actio in factum*, come nel caso in cui un soggetto, mosso da misericordia, liberi dalle catene il servo altrui affinché si dia alla fuga.

quindi, per via traslata, della relazione tra dato legislativo ed *agere in factum*. Nella consapevolezza che una prescrizione normativa non possa essere esaustiva in termini di fattispecie comprese, anche una *lex iusta*, come la *lex Aquilia* può portare ad alcune conseguenze inique nella misura in cui per le particolari modalità di manifestazione del fatto, questo non ricada nel suo campo di applicazione e non si riscontrino gli estremi neanche per la concessione di un'*actio utilis*.

La concessione di rimedi *in factum* assurge quindi a garanzia di coerente applicazione del dato legislativo e da valvola di sicurezza al fine di mantenere la razionalità dell'ordinamento giuridico. Tale tutela, inoltre, può essere richiesta non solo nella circostanza in cui vi sia una mancanza di disciplina in termini assoluti, ma anche nelle situazioni per le quali la disciplina di ordine generale non comprenda il caso di specie, che risulta però meritevole di tutela nella misura in cui la mancata concessione di un'*actio* si sostanzia in una palese iniquità.

4. La struttura dell'*actio in factum*

Una volta delineati, seppur sommariamente, i presupposti per la concessione di un'*actio in factum*, bisogna ora introdurre la struttura di questo tipo di azioni, tentando di identificare come, in concreto, il pretore poteva *dicere ius* riguardo ad una fattispecie che non trovava un puntuale riscontro normativo e soprattutto in che modo una tutela accordata e valevole solo per il caso concreto poteva transitare dal campo delle soluzioni particolari a quello delle situazioni giuridiche tutelate dall'ordinamento in via generale, creando pertanto indirettamente diritto.

Per quanto riguarda il primo punto, ovvero la costruzione concreta di un'*actio in factum*, deve necessariamente osservarsi come tali azioni dovessero avere la *formula in factum concepta*, in quanto non era possibile esprimere la pretesa vantata dall'attore riferendosi al diritto vigente, ma doveva richiamarsi il fatto concreto sottoposto alla cognizione del magistrato nella parte iniziale della formula - ovvero nella *demonstratio* -, a cui si aggiungeva la facoltà accordata al giudice di condannare o assolvere.

Ciò è perfettamente esemplificato da Gai 4.46:

Gai 4.46: *Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo quod factum est adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur [...] et denique innumerabiles eius modi aliae formulae in albo proponuntur.*

Queste formule, come indica Gaio, avevano carattere residuale e venivano richieste per tutti quei casi in cui la *causa petendi*, non potendo attagliarsi ad un diritto già riconosciuto dall'ordinamento, doveva essere espressa mediante l'indicazione del *factum*. Inoltre, tale tipologia di formula *in factum concepta*, trovava numerose esemplificazioni all'interno dell'editto del pretore («*innumerabiles eius modi aliae formulae in albo proponuntur.*»).

Vi è quindi, un sottile equilibrio tra diritto e fatto, in cui il fatto viene evidenziato nei suoi elementi qualificanti e ne risulta giuridicizzato, e, d'altra parte, l'elemento giuridico viene modellato sulla scorta della fattispecie, determinando una reciproca comprensibilità tra linguaggio del diritto e accadimento concreto.

Difatti, la fase *in iure*, ove viene materialmente costruita e concessa la formula dell'*actio in factum* si struttura in questo particolare caso come il momento in cui diviene possibile la sintesi tra una situazione concreta, sconosciuta al diritto, e il sistema normativo in cui, di contro, non è ricompreso il fatto. La risultante, ovvero la formula, reca con sé sia il presupposto di fatto, posto in apertura dell'enunciato formulare, sia la concessione di tutela giuridica, chiaramente dipendente dalla verifica dell'accadimento concreto.

Lo stesso Gaio offre un esempio di ciò nel frammento successivo:

Gai 4.47: *Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. Illa enim formula, quae ita concepta est: IUDEX ESTO. QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIUS, IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO, in ius concepta est. at illa formula, quae ita concepta est: IUDEX ESTO. SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE, QUANTIEA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt.*

Questo brano propone, difatti, due formule (una *in ius* e l'altra *in factum*), per la tutela di una fattispecie di deposito, specificando che entrambe erano riportate nell'editto e che una situazione simile si verificava anche per il comodato.

Focalizzandosi sulla formula *in factum*²⁶, può individuarsi nella parte iniziale il richiamo all'accadimento concreto («*Si paret [...] non esse*»), ovvero al caso di un piatto d'argento depositato dall'attore presso il convenuto e non restituito per dolo del depositario, dalla verifica del quale dipende la condanna, quantificata sulla base del valore dell'oggetto depositato (*quanti ea res erit*), che integra l'elemento giuridico.

A ben vedere, quindi, il fatto concreto permea non solo il presupposto ma è anche il parametro per la determinazione dell'ammontare del risarcimento: questi due elementi, accadimento (mancata restituzione della *res* depositata) e tutela risarcitoria commisurata al valore del bene, sono posti in relazione da una condotta giuridicamente rilevante, ovvero il dolo del depositario.

Nella struttura di tale formula, quindi, si ripercuote quella oscillazione tra *ius* e *factum* che consente al pretore di incardinare una fattispecie di nuova emersione all'interno dei binari della tutela giuridica mediante il processo formulare; il fatto è presente nei suoi elementi qualificanti, mentre la tutela, nel concreto la condanna o l'assoluzione del convenuto, è resa possibile dalla mediazione di una condotta riconosciuta come antiggiuridica, ovvero la presenza o meno di dolo.

Per quanto concerne invece la *formula in ius*, questa utilizza il parametro della *bona fides* per la determinazione degli obblighi del depositario nei confronti del depositante, per la definizione del *quantum* e dell'*an* della condanna. È chiaro che in tal modo la tutela del depositante risulta rafforzata, essendo l'alea della condanna non più limitata al valore del bene depositato ed inoltre, anche la valutazione della condotta del depositario si arricchisce di molteplici sfaccettature, non essendo più sanzionabile solo la mancata restituzione dolosa della *res*, ma, più in generale, l'inadempimento di quanto il depositario era obbligato a fare o dare al depositante *ex fide bona*.

Ne consegue che l'*actio depositi in ius* è costruita in maniera molto più duttile in confronto al corrispondente strumento *in factum*, consentendo una tutela calibrata e modellata sulla fattispecie concretamente in esame, rimediando a qualsiasi violazione della *bona fides* perpetrata nello svolgimento del rapporto di deposito.

È evidente come questo secondo tipo di *formula* sia stata una conquista della giurisdizione pretoria, necessariamente affiancata dalla *scientia iuris*, ed inerisce ad un panorama giuridico mutato rispetto alla tutela del depositante mediante *actio in factum*. Invero, l'*actio depositi in ius*, è specchio del

²⁶ Sul presente frammento e, in maniera più ampia, sui rapporti tra *formula in factum* e *in ius ex fide bona* riguardo le fattispecie di deposito si veda: G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1971, 69 ss.

recepimento all'interno dell'ordinamento del contratto di deposito che, da convenzione atipica si struttura quale contratto tipico. Di ciò si ha un riscontro anche in Ulpiano:

D.2.14.7.1 (Ulp., *14 ad ed.*): *Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.*

In questo frammento, il giurista afferma come quelle convenzioni per le quali è specificatamente prevista un'azione all'interno dell'editto assumono il nome tipico di un contratto, e tra questi egli menziona, appunto, anche il deposito. Tale testo, come riconosce anche il Cannata²⁷, costituisce inoltre la base della moderna distinzione tra contratti tipici ed atipici.

Per ciò che interessa alla presente analisi, quindi, può identificarsi un percorso, di cui il contratto di deposito (e il comodato, come suggerito dallo stesso Gaio nel precedente frammento), può costituire un esempio emblematico, che dalla sede processuale, mediante *actio in factum*, culmina con il riconoscimento da parte dell'ordinamento di un accordo che, da convenzione atipica diviene contratto tipico.

La tipizzazione di un contratto, invero, non può essere considerata in alcun modo un fatto esclusivamente processuale ma sottende ad un mutamento del sistema giuridico: l'inserzione di un nuovo tipo contrattuale tra quelli giuridicamente riconosciuti implica di per sé che il diritto sia mutato. Vi è infatti, una priorità sia logica che giuridica tra ordinamento – riguardato dal punto di vista della sua composizione –, inserzione di un contratto tra quelli tipici e tutelabilità mediante formula *in ius* dello stesso. In altri termini, un contratto è tipico e tutelato *in ius* perché, a monte, contemplato dal diritto.

Nel caso di un accordo, però, in cui si rinviene accanto all'*actio in ius* anche quella *in factum*, bisogna necessariamente inserire quest'ultima in un rapporto di priorità, questa volta non logica ma storica, con la ricezione da parte del sistema giuridico. Difatti, la tutela di una convenzione atipica può solo e soltanto essere in relazione di antecedenza con la corrispondente *actio in ius*: la tutela straordinariamente ha senso ed è tale, se e fintantoché un determinato contratto non sia conosciuto dal diritto, ponendosi in linea

²⁷ C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Scritti scelti di diritto romano*, I, Torino, 2014, 303. *Adde* L. GAROFALO, *Contratto, convenzione e obbligazione in Sesto Pedio*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, I, Milano, 2007, 39 ss.

diacronica con il suo riconoscimento giuridico²⁸.

Si può quindi aderire all'impostazione propria di quegli studiosi²⁹ che evidenziano una relazione cronologica tra le due formule riportate da Gaio in 4.47, in cui quella *in factum* precede quella *in ius*.

5. *Dall'actio in factum al rimedio tipico: notazioni conclusive*

Una volta che si è osservata la possibilità che un rapporto non conosciuto dal diritto riesca a permeare l'ordinamento, passando dalla tutela decretale al far parte del novero delle *actiones in ius*, bisogna identificare il mezzo che consente tale recepimento.

Escluso che ciò avvenga in base ad una *lex* bisogna necessariamente propendere o per l'inserzione all'interno dell'editto pretorio o per la recezione *moribus*: di fatto l'una non esclude l'altra, in quanto, come ipotizzato anche da autorevoli studi³⁰, la concessione di una o più *actiones decretales* poteva costituire il banco di prova per una futura inserzione nell'editto pretorio, oppure, la reiterazione della concessione della tutela per una determinata situazione non conosciuta dallo *ius* determinava, nel corso del tempo, un recepimento consuetudinario. Tra i due meccanismi 'recettivi', inoltre, vi è la fondamentale differenza che, nel caso di recepimento a mezzo di consuetudine, la fattispecie entra nel novero dello *ius civile*, mentre, con l'inserzione nell'editto, diviene parte dello *ius honorarium*.

A tal proposito, è particolarmente interessante la ricostruzione del Betti³¹, anche se analizzabile solo sul piano della verosimiglianza e non verificabile nelle fonti: egli sostiene che all'inizio non vi era alcun editto e

²⁸ Possono esservi due ordini di motivi che giustificano la presenza di entrambe le formule nell'editto e che quindi, quella *in ius*, non avesse formalmente rimpiazzato quella *in factum* ma vi si sia affiancata. Può, difatti, ipotizzarsi che la *formula in factum* potesse essere utilizzata per la tutela di fattispecie di deposito che si discostavano dal contratto tipo, o, sulle quali, vi fosse comunque un alto grado di incertezza riguardo la qualificazione. Non è poi da escludere che la persistenza nell'editto di tale formula possa giustificarsi con il carattere tratlatizio di questo.

²⁹ G. ROTONDI, *Le due formule classiche dell'actio depositi*, in *Scritti Giuridici, II*, Pavia, 1922, 1 ss; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 549; G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 538-540. *Contra*: F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in *SDHI*, LVII, Roma, 1996, 1-63.

³⁰ E. BETTI, *Lacreazione*, cit., 21-22; G. PUGLIESE, *Actio*, cit. 146; F. GALLO, *L'officium*, cit., 100-103; L. VACCA, *Contributo allo studio*, cit., 86-88.

³¹ E. BETTI, *La creazione*, cit., 21.

che, conseguentemente, lo strumento con il quale i pretori amministravano ordinariamente la giustizia fossero proprio le *actiones decretales*. La prassi di emanare un editto annuale sarebbe invalsa ben dopo l'istituzione della carica pretoria, che all'inizio doveva servirsi di un semplice albo, non avente alcun valore giuridico, con il quale comunicava ai cittadini quali fossero i mezzi di tutela che potevano essere azionati. Di conseguenza, la reiterata concessione di queste proto-*actiones in factum* avrebbe fatto in modo che fossero recepite *moribus* direttamente nello *ius civile*: questa ricostruzione, però, deve necessariamente fermarsi sulla soglia del probabile, non essendovi alcuna fonte che la asseveri con certezza.

Il dato ineliminabile, in qualsiasi ricostruzione che in concreto tenti di esplicitare il rapporto cronologico tra *actio in factum* e riconoscimento ordinamentale è però quello della prassi giurisdizionale: la tutela atipica viene sperimentata nella pratica del giudizio, affinata dall'apporto dei giuristi e nel caso in cui, se reiterata, dia buona prova di sé può essere inserita direttamente nell'ordinamento, tramite editto³², o indirettamente recepita attraverso i *mores*³³.

A prescindere, tuttavia, dal mezzo concretamente utilizzato per includere all'interno dell'ordinamento una convenzione o un mezzo di tutela atipico, tipizzandolo, si vuole qui evidenziare come il luogo di origine di tale mutamento sia non quello più strettamente legislativo, ma l'amministrazione della giustizia da parte del pretore, ovvero, per via traslata, il contatto tra realtà sociale e diritto, in cui convergono *scientia iuris*, fattispecie concreta e poteri del magistrato (*iurisdictio* e *imperium*).

È dalla commistione di questi tre elementi che il caso concreto non previsto dall'ordinamento trova tutela, ed è in questo momento che, per molte fattispecie, può identificarsi la genesi di quel procedimento che le porta ad essere recepite dal diritto, modificandolo. Tale particolare meccanismo di trasformazione del sistema giuridico, è consentito da una molteplicità di fattori, tutti in relazione tra di loro e che fungono allo stesso tempo da garanti della coerenza dell'ordinamento e fucine per la sua evoluzione: la perizia degli interpreti del diritto, che consente di approntare delle *formulae in factum* che siano in armonia con la logica dell'ordinamento e quindi potenzialmente affiancabili ai rimedi già conosciuti; il peculiare

³² L. VACCA, *Contributo allo studio*, cit., 86.

³³ Anche in F. GALLO, *L'officium*, cit., 105. Riguardo l'evoluzione giuridica susseguente ai mutamenti socioeconomici del III secolo a.C. così si esprime l'Autore: «Il pretore interveniva allora nei modi noti: [...] concorrendo alla recezione *moribus* con la concessione nei casi concreti (mediante *decreta*) di nuovi mezzi processuali elaborati, nel solco della tradizione, dai giuristi».

officium del pretore, che diviene il punto di contatto tra realtà e diritto, e che ha a disposizione sia la *iurisdictio* che l'*imperium* per coniugare questi due piani; infine, la tendenziale apertura verso l'esterno del sistema ordinamentale romano, che consente il recepimento di nuovi istituti da luoghi diversi dall'organo detentore del potere legislativo, ovvero i *mores* e gli editti dei magistrati giurisdicenti.

In conclusione, da questa breve disamina, può vedersi come, l'esercizio della *iurisdictio* libera, sia il fulcro dell'adeguamento dell'ordinamento all'evoluzione della prassi negoziale romana: il pretore, difatti, può accordare tutela ad una convenzione atipica concedendo, mediante *actio in factum*, una formula coerente con i principi e gli strumenti dell'ordinamento. In questa particolare ipotesi, innanzi al magistrato, vi è l'utilizzo di criteri che non sono unicamente applicativi dell'ordinamento, ma sono inquadrabili anche nella funzione legislativa, limitata, ovviamente, al caso concreto: il tutto però, è bene ribadirlo, rimanendo nell'ambito della *iurisdictio* pretoria.

Se il 'ragionamento legislativo', che sottende la creazione dello strumento di tutela per una fattispecie specifica, ha un riscontro positivo nella pratica, infine, è lo stesso ordinamento a riceverlo, facendolo divenire da provvedimento valido solo per il caso concreto a tutela accordata dal diritto in via generale, annoverando, quindi, la convenzione non più atipica, tra i contratti tipici.

È il compimento di un percorso, che trova la sua origine nel processo, e nella capacità della *iurisdictio* romana di anteporre ai limiti fisiologici dell'ordinamento la necessità di proteggere una fattispecie meritevole di tutela non ancora contemplata. Si tratta, invero, della possibilità che all'espansione della giurisdizione segua quella del diritto e che ciò avvenga non attraverso l'intervento del legislatore, ma tramite la recettività di cui lo stesso sistema giuridico romano è dotato.

In questo meccanismo osmotico tra prassi negoziale, processo ed ordinamento, termine medio e filtro necessario è appunto la sede giurisdizionale in cui avviene materialmente la creazione dello strumento di tutela del singolo caso e dalla quale può prendere le mosse la modifica e lo sviluppo del diritto stesso. Questo, tuttavia, non è un traguardo il cui raggiungimento è giuridicamente vincolato, ma un esito possibile e dipendente dal riscontro positivo sia sul lato della prassi, ovvero della reiterazione e dell'utilità della tutela di una certa convenzione atipica, sia sul lato del sistema giuridico, in quanto la suddetta convenzione e la sua tutela siano compatibili e coerenti con la struttura di questo. Perciò, solo l'oscillazione tra diritto generale e pratica, permette, con il necessario

apporto interpretativo dei giuristi, la (indiretta) generalizzazione e astrazione della fattispecie tutelata *in factum* e quindi, per via traslata, la creazione del diritto dal processo.

Rita Benigni

*La giurisdizione confessionale: ambiti tradizionali
e nuove sfide per gli ordinamenti occidentali*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La rinascita di una giurisdizione confessionale tra multiculturalismo e degiuridicizzazione della giustizia civile: una nuova sfida per l'Europa – 3. Il sistema costituzionale italiano. La giurisdizione canonica sulla validità del vincolo matrimoniale – 4. (*Segue*) Distinzione degli Ordini e potestà disciplinare.

1. *Premessa*

Le ragioni di un Seminario interdisciplinare sul tema della giurisdizione sono le stesse che animano il Dottorato in Scienze Giuridiche del Dipartimento di Giurisprudenza di Roma TRE, pensato e strutturato in modo da fornire ai giovani studiosi una conoscenza dei principi e dei valori che percorrono il diritto moderno, quali punto di arrivo di una evoluzione che prima ed insieme all'essere giuridica è culturale e sociale, ed è il prodotto di esperienze di popoli e religioni, Imperi, regni, nazioni, Stati, istituzioni sovranazionali che nella loro specificità compongono, come tessere di un mosaico, un quadro giuridico unitario, basato su interconnessioni ed interdipendenze che superano ormai i confini geografici dell'Occidente.

Si tratta peraltro delle stesse ragioni poste a fondamento della Collana del Dipartimento di Roma TRE, che ci ospita, scolpite nel suo titolo, "L'unità del diritto", in cui si riassume plasticamente la visione interdisciplinare e globale poc'anzi accennata.

In tale progettualità, si diceva, sta il senso di un Seminario tra dottorandi appartenenti a diversi Settori disciplinari: fornire a sé stessi e agli altri giovani studiosi punti di osservazione differenti sul tema della giurisdizione, che consentano approfondimenti nei rispettivi ambiti, senza perdere di vista il contesto generale.

In tale quadro le brevi riflessioni che seguono vogliono essere delle basi

di partenza, dal punto di vista di un ecclesiasticista, per eventuali successive ricerche di più ampio respiro, in parte già sviluppate nel contributo del Dott. Gaetano Marcaccio, di seguito nei presenti Atti.

2. La rinascita di una giurisdizione confessionale tra multiculturalismo e degiuridicizzazione della giustizia civile: una nuova sfida per l'Europa.

La giurisdizione confessionale torna oggi quasi con prepotenza all'attenzione del giurista europeo sotto la spinta del massiccio stanziamento in Europa di popolazioni islamiche, un mutamento sociale che ripropone alla nostra attenzione l'acquisizione di efficacia civile di pronunciamenti religiosi, che pensavamo archiviata con il separatismo e l'affermarsi della laicità.

Una rinascita di giurisdizione confessionale indotta dal pluralismo etnico religioso che fa il paio con un ridimensionamento sensibile della giurisdizione ecclesiastica cattolica in materia di nullità matrimoniale, ultimo ambito sopravvissuto alla separazione tra l'Ordine spirituale e quello secolare anche nei Paesi che adottano un sistema concordatario. Entrambi i fenomeni sono legati all'affermarsi negli ordinamenti secolari di una crescente area di giustizia privata, degiuridicizzata ed affidata a forme alternative di composizione delle controversie (procedure arbitrali, di mediazione, conciliazione, negoziazione), le quali escono dall'ambito dei rapporti patrimoniali ed investono anche la famiglia.

Diversi fatti richiamano in tal senso l'attenzione dei giuristi.

Si registrano ormai con frequenza istanze di riconoscimento di atti di ripudio, adottati o asseverati da autorità straniere; ciò pone i Paesi europei davanti alla attribuzione di effetti civili a regolazioni sharaitiche dei rapporti familiari, non necessariamente rispettose della parità tra uomo e donna, dei diritti delle donne (moglie e figlie) e più ampiamente dei minori, ed ancora dei principi che presiedono all'equo processo.

Si tratta di un fenomeno non del tutto nuovo, soprattutto in Paesi con più risalente migrazione islamica come la Francia e la Germania, che è governato dal diritto privato internazionale e segnatamente dalle norme che presiedono alla delibazione delle sentenze straniere, poiché – ed è bene sottolinearlo – ciò che si presenta al vaglio dell'ordinamento statale è in tal caso l'atto giuridico di un ordinamento straniero, altrettanto secolare. L'autorità che lo emette, infatti, pur essendo religiosa, integra le istituzioni statali straniere come "giudice" che sentenzia oppure come autorità non

giudiziale, che, in forme arbitrali, adotta l'atto recepito o convalidato dallo Stato mediante la sentenza che si presenterà poi all'ordinamento terzo.

L'attribuzione di effetti civili ad atti di ripudio va mostrando più di una criticità, in parte legata alla modifica delle procedure di validazione delle pronunce straniere trasferite in capo agli Uffici amministrativi di stato civile¹, soggetti non necessariamente in grado di operare un vaglio adeguato dei profili di contrarietà all'ordine pubblico, ostativi alla registrazione. Non a caso, di recente, anche la Cassazione italiana è stata chiamata a pronunciarsi sulla liceità della trascrizione nei Registri dello stato civile di una sentenza di scioglimento del matrimonio emessa da un Tribunale Sciaraitico, nella specie quello di Nablus Occidentale (Palestina), sulla base della dichiarazione unilaterale del marito, resa in assenza della moglie. Trascrizione censurata e così annullata dalla Corte di Appello di Roma, per violazione dei diritti di difesa della coniuge ricorrente. Con l'Ordinanza del 1° marzo 2019, la Prima Sezione civile, nel rinviare la causa a nuova udienza, ha disposto ulteriori accertamenti sulla normativa palestinese ed ha richiesto all'ufficio del Massimario una relazione sullo stato della dottrina e della giurisprudenza nazionale Europea in tema di riconoscimento degli effetti di un provvedimento di divorzio, giurisdizionale e non, ottenuto da uno dei coniugi dinanzi ad un Tribunale civile o religioso straniero in base al *talāq* (ripudio) o ad altri istituti analoghi. Nei quesiti posti la Corte manifesta chiaramente la volontà di pervenire alla definizione di un criterio di valutazione della conformità di provvedimenti stranieri di divorzio aventi matrice religiosa, basato sulla verifica del rispetto puntuale ed in concreto dei principi e dei diritti processuali e sostanziali fondativi delle democrazie occidentali². A tali criticità si aggiunge la capacità della pronuncia per cui si chiede rilevanza civile di valicare i confini della natura giurisdizionale straniera, fino a ricomprensivi atti di diritto privato (i.e. divorzi privati). Complice anche in tal caso è l'evoluzione del diritto europeo, che apre i nostri sistemi a forme di giustizia familiare sostanzialmente privata e si

¹ Cfr. per l'Italia la legge 31 maggio 1995, n. 218 (Tit. IV), integrata nell'ambito europeo dal Regolamento n. 2201/2003 (cd. Bruxelles II). La Circolare n. 1/50/FG/29(96)1227, 7 gennaio 1997, del Ministero della Giustizia ha stabilito che l'Ufficiale dello stato civile può procedere alla trascrizione se rileva la sussistenza delle condizioni stabilite dalla legge per il riconoscimento, in mancanza deve rivolgersi alla Procura della Repubblica, restando vincolato alle sue determinazioni (conforme Corte di Cassazione, 6 giugno 2003, n. 9085).

² La Corte chiede in particolare di verificare i seguenti profili: a) la natura giurisdizionale o non del Tribunale Sciaraitico; b) i presupposti del ripudio ad opera del marito; c) la sussistenza di corrispondente facoltà di ripudio per la moglie; d) la garanzia del rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa nel procedimento; e) l'oggetto dell'accertamento riservato al Tribunale Sciaraitico

combina con una scarsa sensibilità degli interpreti del diritto (*in primis* Corti e Tribunali) per l'uguaglianza uomo/donna, connessa ad una valorizzazione del consenso individuale e della autodeterminazione, non del tutto condivisibile.

Emblematico in tal senso il Caso Sahyouni c. Mamish, sottoposto alla Corte di Lussemburgo con rinvio pregiudiziale dal Tribunale Regionale di Monaco di Baviera, e pronunciato sul finire del 2017³. Fattispecie nella quale la giurisdizione tedesca, in una prima fase, su richiesta del marito Mamisch, ha attribuito efficacia civile al ripudio pronunciato dal Tribunale della *Shari'a* di Latakia, in Siria, qualificandolo divorzio privato, e assoggettandolo all'applicazione del Regolamento UE n.1259/2010 (cd. Roma III); normativa alla quale il legislatore tedesco ha rinviato anche la regolazione di predetta fattispecie.

La Corte di Lussemburgo si è limitata a chiudere il caso dichiarando *allo stato* inapplicabile ai divorzi privati il Regolamento n.1259/2010⁴, e lo ha fatto senza entrare nel merito delle questioni più rilevanti, vale a dire l'incongruenza del ripudio con i principi di non discriminazione uomo/donna. Per la Corte, per estendere tale regolazione, pensata e riferita solo ai divorzi giudiziali anche a quelli privati, occorrerà un pronunciamento in via legislativa.

Su tali basi il Tribunale Regionale Superiore di Monaco di Baviera, con

³ Cfr. CdUE Causa C.372/16, Soha Sahyouni contro Raja Mamisch, Sentenza della Corte - Prima Sezione, 20 dicembre 2017. Il Giudice tedesco in prima Istanza delibava il divorzio, poi su Ricorso della Mamisch sollevava una questione interpretativa innanzi alla Corte di Lussemburgo ponendo tre quesiti: 1. Se il Regolamento n.1259/2010 della UE si applichi anche alla cosiddetta separazione privata, intervenuta, come nel caso di specie, mediante la dichiarazione unilaterale di uno dei coniugi dinanzi a un tribunale religioso in Siria, sulla base della *shari'a*. 2. In che modo, ex art.10 del Regolamento Roma III, dovrà essere operata la verifica della discriminatorietà della legge straniera designata: se occorra fondarsi su un giudizio astratto della norma oppure sulla valutazione dell'incidenza concreta sul caso di specie, della legge astrattamente discriminatoria. 3. Quale sia l'effetto del consenso al divorzio prestato dal coniuge discriminato, e se esso possa far disapplicare il limite della discriminatorietà di cui all'art.10.

⁴ Per più ampie argomentazioni critiche ci si consenta di rinviare a R. BENIGNI, *La discriminazione della moglie per shari'a Vs. valori fondanti della UE. Una pronuncia mancata (Nota a CdUE Causa C.372/16, Soha Sahyouni contro Raja Mamisch, Sentenza Della Corte - Prima Sezione, 20 dicembre 2017)* in «Federalismi», *Focus Human Rights*, 25 Giugno 2018; vedi anche A. LICASTRO, *La questione della riconoscibilità civile del divorzio islamico al vaglio della Corte di giustizia dell'unione europea (a margine della pronuncia del 20 dicembre 2017, C-372/16)*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», *Rivista telematica* (www.statoe_chiese.it), n. 13 del 2018.

una pronuncia del marzo 2018⁵, ha chiuso il caso negando efficacia civile al ripudio *de quo*. Non lo ha fatto però per ragioni sostanziali, vale a dire in applicazione e a tutela dei principi fondativi delle democrazie occidentali, bensì rielvando un vuoto normativo derivato dalla erronea valutazione del legislatore tedesco circa la estensibilità di Roma III ai divorzi privati. E così, poiché solo al legislatore spetta comporre tale vuoto, indicando se e come la normativa sostanziale dettata dalla norma UE potrà avere applicazione fuori dal caso di divorzio pronunciato da un giudice, il Tribunale bavarese ha ritenuto applicabile la precedente regolazione di diritto internazionale privato, che non contempla la efficacia civile di un divorzio non giudiziale. Insomma, in perfetto parallelo con la Corte UE, tutto si fa dipendere dalla natura privata o non, del divorzio *de quo*, e si lega alla volontà futura dei legislatori europei di equiparare la giustizia familiare privata a separazioni e divorzi giudiziali.

La crescita di uno spazio di rilevanza per una giustizia privata sharaitica, soprattutto in tema di famiglia, è rafforzata dal consolidarsi di Tribunali arbitrali islamici in Paesi occidentali anche europei⁶. In particolare già a partire dagli anni Ottanta del Novecento si è sviluppata nel Regno Unito una rete di Shari'a Councils o Shari'a Courts, organismi di natura religiosa che possono essere investiti dai singoli fedeli musulmani di questioni e controversie familiari, il cui intervento si risolve in pronunciamenti di valenza religiosa, in grado tuttavia di trovare seguito in atti giuridici di natura privatistica essenzialmente patrimoniali⁷. Nel 2007 si è aggiunto a

⁵ cfr. OLG München, Beschluss v. 13.03.2018 – 34 Wx 146/14; al cpv. 54 il Tribunale scrive che la legge tedesca, § 1564, 1 BGB (tornata applicabile a seguito del vuoto normativo di cui al testo) preclude il riconoscimento della decisione privata pronunciata in Siria; infatti per il § 1564 BGB, il divorzio può essere dato solo per ordine di un Tribunale. Una decisione privata è estranea alla legge tedesca. Solo in via incidentale il Tribunale ritiene plausibile la censura della Mamish circa la sua mancata partecipazione al procedimento, profilo non valorizzato ai fini del decidere.

⁶ Tra i primi Paesi a muoversi verso forme di applicazione negoziale della shari'a fu il Canada ed in particolare la Regione dell'Ontario, la cui legislazione è peraltro rivolta anche ad altre giurisdizioni religiose come quella rabbinica; per un primo esame cfr. J.T. SYRTASH, *Religion and Culturw in Canadian Family Law*, Butterworths, Toronto, Vancouver, 1992; A. SARIS, *Les tribunaux religieux dans les contextes canadien et québécois*, in «La Revue Juridique Thémis», 2006, 40, 353-425; A. MACKLIN, *Post-neoliberal multiculturalism: the case of faith-based arbitration*, Annual Meeting of the Canadian Political Science Association, York University, Toronto, June 1-3, 2006 in www.cpsa-acsp.ca; A. EISENBERG, *How we implicitly assess identity all the time: the case of religious arbitration in Ontario*, Canadian Political Science Association Annual Conference, June 1-3, 2006, in www.cpsa-acsp.ca.

⁷ Lo Sharia Council o Tribunale nasce per consentire al fedele musulmano che si trova in Dar al-Harb (fuori dalle Terra islamica - Dal al-Islam) di vivere secondo shari'a. Nella maggior

tali organismi il primo Muslim Arbitration Tribunal (MAT), una Corte arbitrale che opera invece in base all'Arbitration Act del 1996, adottando decisioni sulla base della shari'a giuridicamente vincolanti secondo le procedure e le disposizioni del lodo arbitrale, e non più limitate all'ambito familiare⁸.

Più di recente nel 2016, la crescita numerica degli Shari'a Councils e il dibattito sul tema alimentato da voci sempre più critiche, ha condotto Teresa May, all'epoca Home Secretary, a commissionare il Rapporto "*The independent review into the application of sharia law in England and Wales*", presentato al Parlamento nel febbraio 2018⁹. Dopo aver rilevato che gli Shari'a Councils rispondono all'esigenza di una regolazione religiosa del matrimonio e del divorzio di numerosi musulmani, il Rapporto ne sconsiglia la soppressione, per il rischio di generare una sommersione del fenomeno, suggerendo al contrario interventi anche normativi che possano dare più ampia risposta alle istanze identitarie islamiche. Come rilevato in dottrina, infatti, "*la costruzione di un apparato di tipo giurisdizionale – quali sono le corti di matrice religiosa – per l'applicazione della Shari'a alla vita concreta dei*

parte degli Sharia Council britannici, secondo alcuni autori, non ci sarebbe in tal senso la volontà di sostituire l'ordinamento civile ospitante; cfr. A. NEGRI, *Le Sharia Court in Gran Bretagna. Storia ed evoluzione dei tribunali islamici nel Regno Unito*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 4 del 2018, 6-41, p. 6, il quale riprendendo lo studio di Samia Bano [S. BANO, *Islamic Family Arbitration, Justice and Human Rights in Britain*], in «Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)», 1, 2007, (consultabile in www.go.warwick.ac.uk] osserva che "*delle ventidue Sharia court analizzate, ben dodici sostengono di mantenere contatti frequenti con avvocati britannici, ad esempio indirizzando presso di loro le donne musulmane che hanno contratto pure un matrimonio civile e hanno dunque bisogno di un divorzio anche davanti a un tribunale secolare per sciogliere il loro vincolo; contrariamente a quanto si potrebbe pensare, infatti, i council vogliono evitare in ogni modo contrasti con l'ordinamento britannico e non sostengono la necessità di sostituirlo, anche solo per le questioni familiari e matrimoniali, con quello islamico*".

⁸ Più ampiamente sulla evoluzione delle Corti islamiche nel Regno Unito, cfr. R. SANDBERG, *Interfaith Legal Advisers Network: Religious Courts and Tribunals*, in «Ecclesiastical Law Journal», 2009,11 (2), 210- 212; S. BANO, *An exploratory study of Shariah councils in England with respect to family law*, University of Reading, Reading, 2012, 12; C. DE ANGELO, *Tribunali religiosi e tribunale arbitrale: l'offerta "giudiziaria" islamica in Inghilterra*, in «Diritto e religioni», 2, I, 2014, 387; F. SONA, *Giustizia religiosa e islām. Il caso degli Shari'ah Councils nel Regno Unito*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 34/2016; A. RINELLA – M.F. CAVALCANTI, *I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», Fasc.1, gennaio-marzo 2017

⁹ The independent review into the application of sharia law in England and Wales Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty, February 2018 (in www.gov.uk).

*fedeli, risponde ad una precisa esigenza di tutela e di preservazione della propria identità religiosa, in un sistema sociale sempre più globalizzato, pluralistico e relativistico*¹⁰. Un legame quello tra giurisdizioni confessionali e società pluralista, riecheggiante anche nel celebre discorso di Rowan Williams, Arcivescovo di Canterbury e Lord Chief Justice, che già nel febbraio 2008 si mostrava dichiaratamente favorevole alla costituzione di un sistema di statuti personali sul suolo britannico ed europeo¹¹, avviando un dibattito dottrinale ancora in evoluzione.

Si aggiunge al predetto panorama la recente Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul caso Molla Sali contro Grecia, del dicembre 2018. Nel pronunciarsi su una controversia successoria interna alla Comunità islamica di Tracia, nota minoranza religiosa soggetta alla giurisdizione sharaitica dei Mufty sulla base dei Trattati di pace di Sèvres (1920) e Losanna (1923), la Corte, di fatto, ha aperto la strada alla legittima introduzione negli ordinamenti degli Stati Membri di regimi giuridici speciali su base religiosa, e più precisamente di un sistema giuridico parallelo a quello statale fondato sulla shari'a, sia pure entro i limiti di una applicazione non discriminatoria. Scrive infatti la Corte: "*freedom of religion does not require the Contracting States to create a particular legal framework in order to grant religious communities a special status entailing specific privileges. Nevertheless, a State which has created such a status must ensure that the criteria established for a group's entitlement to it are applied in a non-discriminatory manner*" (par.155)¹².

La posizione della Corte, invero, è in larga parte contraddetta dalla Assemblea Parlamentare del Consiglio di Europa in una Risoluzione di poco successiva, la n. 2253 (2019), dal titolo emblematico, *Sharia, the Cairo Declaration and the European Convention on Human Rights*, in cui l'Assemblea conferma la incompatibilità dei sistemi sharaitici con i valori e i principi iscritti nella Cedu. Essa inoltre, dopo aver constatato che in diversi Paesi europei operano di fatto organismi giurisdizionali confessionali che

¹⁰ Cfr. A. RINELLA – M.F. CAVALCANTI, *I Tribunali islamici in Occidente*, cit., p. 78. Il Rapporto britannico propone di regolare la registrazione del matrimonio religioso e gli Sharia Councils. Proposta al momento rifiutata che lascia tuttavia in vita le Corti islamiche ed aperto il tema.

¹¹ Cfr. R. WILLIAMS, *Civil and Religious Law in England: A Religious Perspective*, in «Ecclesiastical Law Journal», vol. 10, Issue 3, September, 2008, pp. 262-282. Per un primo commento vedi S. BANO, *In Pursuit of Religious and Legal Diversity: A Response to the Archbishop of Canterbury and the 'Sharia Debate' in Britain*, in «Ecclesiastical Law Journal», 2008 10 (3), 282-309.

¹² Corte EDU, Grand Chamber, Case of Molla Sali v. Greece, (Ric. n. 20452/14), 19 December 2018.

applicano la shari'a in contrasto con i predetti principi, ed in particolare in spregio dei diritti delle donne, invita gli Stati in questione, tra cui il Regno Unito, ad adottare più decise e concrete misure atte a rimuovere le criticità rilevate facendone Rapporto al Consiglio.

Una dialettica contrapposta, questa tra giurisprudenza e azione politica del Consiglio, che conferma l'inesistenza di una visione condivisa sul pluralismo ordinamentale e sullo spazio da riconoscere alle giurisdizioni confessionali, in seno ai sistemi di moderna democrazia occidentale.

Il riaffacciarsi di una giurisdizione confessionale, come risposta al pluralismo etnico religioso ed alle istanze identitarie dei nuovi abitanti dell'Occidente, corre parallela alla opposta evoluzione della giurisdizione ecclesiastica cattolica sulla validità del matrimonio, conservata dai sistemi concordatari come l'Italia, la quale vede restringersi gli ambiti di applicazione.

Alla diminuzione delle cause di nullità trattate dai Tribunali ecclesiastici, legata alla secolarizzazione della società che ha generato l'aumento di matrimoni solo civili ed una minore sensibilità anche dei credenti circa la conformità del proprio *status* civile a quello canonico, si somma, per l'Italia, l'irrobustimento per via giurisprudenziale delle fattispecie di non delibabilità delle sentenze canoniche, in ragione del contrasto con l'ordine pubblico ed in particolare della prevalenza dei vincoli di affezione familiare stabilizzati, sulla mera regolarità formale dell'atto di matrimonio (Cassazione Sezioni Unite, 17 luglio 2014, n. 16379). Validità formale che è invece centrale nel diritto canonico, ed in ossequio alla quale si è assistito in passato all'annullamento di matrimoni a distanza di decenni, per impedimento di parentela oppure per vizi del consenso¹³. E così il rapporto tra giurisdizione canonica e statale torna ad alimentare un intenso dibattito, reso evidente dallo spazio occupato nelle Riviste giuridiche di settore, complice anche le

¹³ Le criticità di un matrimonio dichiarato nullo dopo anni balzarono agli occhi della giurisprudenza già sul finire degli anni Ottanta del Novecento. Con diverse pronunce la Cassazione (nn. 5358/1987; 5354/1987; 5823/1987) affermava l'esistenza di un principio di prevalenza del matrimonio fatto sul matrimonio rapporto, e anticipava ciò che più stringatamente avrebbero detto le SS. UU. nel 2008 (sentenza a SS. UU. 19809/08): *“costituisce ostacolo incormontabile per la delibazione della sentenza canonica la coabitazione o la convivenza intervenuta tra i coniugi dopo la celebrazione, configurandosi una incompatibilità assoluta con l'ordine pubblico interno che evidenzia un palese “favor” per la validità del matrimonio e per il quale la successiva prolungata convivenza è considerata espressiva di una volontà di accettazione del rapporto che ne è seguito che esclude la possibilità di rimetterlo in discussione”*. La difficoltà di definire criteri valutativi certi circa la sostanza di questo matrimonio rapporto prevalente sull'atto portò a nuove oscillazioni giurisprudenziali, fino al 2014 ed alla nuova pronuncia a Sezioni Unite che ha avuto conforme attuazione.

più recenti Riforme del processo canonico¹⁴.

Tutti i predetti temi coinvolgono più complessi profili, e sono parti di un più ampio processo evolutivo della giurisdizione civile in Europa e nel mondo. Una evoluzione che dal punto di vista del rapporto tra giurisdizione civile e religiosa è in parte accidentale: conseguenza di mutamenti ed evoluzioni normative e giurisprudenziali estranee alle politiche dei rapporti Stato/Chiesa, ragioni per cui trova inconsapevoli non pochi operatori del diritto. Diviene allora quasi un'urgenza per il giurista, e di certo per lo studioso del diritto ecclesiastico, confrontarsi con tali problematiche in un'ottica interdisciplinare e globale.

3. Il sistema costituzionale italiano. La giurisdizione canonica sulla validità del vincolo matrimoniale

Il discorso sulla *potestas judicialis* confessionale in Italia è largamente occupato dalla permanenza di una giurisdizione dei Tribunali ecclesiastici (cattolici) sulla validità del matrimonio concordatario, le cui sentenze sono in grado di produrre effetti civili e segnatamente di determinare la nullità del matrimonio anche nell'Ordine temporale, con conseguenze per l'intero nucleo familiare, oggi indubbiamente ridotte rispetto al passato, ma non del tutto neutralizzate¹⁵. Tale potestà connota, come noto, soltanto i rapporti tra Stato italiano e Chiesa cattolica, poiché la rilevanza civile di pronunce confessionali sul matrimonio religioso non è riconosciuta ad altri Culti. Non siamo tuttavia in presenza di un privilegio, né di una violazione della uguale libertà delle confessioni iscritta nella nostra Costituzione, la possibilità di delibare la sentenza canonica di nullità è infatti legata alla personalità giuridica internazionale posseduta dalla Chiesa cattolica e mancante in ogni altro Culto ad oggi esistente. Si tratta per conseguenza di una giurisdizione che trova fondamento nel diritto internazionale e che da esso è regolata anche nelle modalità di svolgimento. Le disposizioni dell'Accordo del 1984

¹⁴ Vedi oltre nel testo.

¹⁵ Si ricorda che soltanto con la legge 10 dicembre 2012, n. 219, i figli nati fuori del matrimonio sono stati equiparati a tutti gli effetti a quelli nati nel matrimonio, sia nei rapporti con i genitori ed i fratelli/sorelle, che con gli altri parenti. In precedenza la nullità del matrimonio rendeva i figli "naturali", con gravi ripercussioni sui loro diritti in particolare successori, ma anche sulla posizione degli altri parenti, nonni, zii, etc. Per il coniuge tuttavia, la dichiarazione di nullità consente soltanto la timida tutela del matrimonio putativo ancora oggi.

(art.8 Acc. ed art. 4, Prot.Add.) nel concordare la delibazione fanno rinvio agli artt. 796 e 797 cpc, che fino al 1995 hanno regolato l'efficacia civile di tutte le sentenze straniere, per essere poi sostituite dalla legge n. 281 del 1995 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), per la quale le sentenze straniere incidenti sullo *status* giuridico delle persone sono oggi soggette a semplice trascrizione nei Registri di stato civile da parte degli Ufficiali di stato civile. Tale normativa non è tuttavia applicabile alla delibazione delle nullità canoniche per cui restano vigenti i predetti articoli a fronte del loro richiamo in un Trattato internazionale.

Il rapporto tra nullità canonica da una parte e nullità civile, separazione e divorzio dall'altra, è tra i temi classici del diritto ecclesiastico, tanto più italiano. Nel nostro ordinamento infatti dopo la breve sospensione del periodo liberale, che introduceva il matrimonio civile e la connessa esclusiva competenza del giudice temporale in materia¹⁶, con il Concordato del '29 la Chiesa cattolica riacquisiva la giurisdizione esclusiva, facendosi di nuovo sistema di giustizia parallelo, sostitutivo di quello civile. Una sostituzione appena stemperata dall'introduzione del divorzio nel 1970 e conservata, sia pure su base volontaria, dall'Accordo di Revisione del 1984, il quale ha reso facoltativo il ricorso al giudice canonico, confermando la piena competenza ecclesiastica a decidere con effetti anche secolari, grazie alla procedura di delibazione¹⁷. Un sistema parallelo di giustizia che, ed è bene sottolinearlo, limita il giudizio alla validità del vincolo matrimoniale e non tocca mai, neppure nella vigenza del Concordato del '29, la competenza a conoscere, giudicare e regolare i rapporti tra coniugi, patrimoniali e non, e tantomeno il rapporto di genitorialità o i diritti dei figli; materie che sono rimaste sempre nella esclusiva competenza dello Stato e sotto la giurisdizione del giudice ordinario, secolare.

Il rapporto tra le due giurisdizioni, come sopra accennato, vive oggi importanti mutamenti sul versante di entrambi gli ordinamenti. Ex parte Stato è ormai consolidata la prevalenza sulla validità formale del matrimonio atto, del matrimonio fatto, inteso come comprovata costituzione di un *consortium more uxorio*, che è stata elevata a principio di ordine pubblico dalle già richiamate Sezioni Unite nel 2014¹⁸. Accanto a tale stabilizzazione

¹⁶ Si ricorda che l'Italia non limiterà mai in alcun modo il matrimonio religioso, e non adotterà fino al 1970 una normativa sul divorzio civile.

¹⁷ Su tutti i profili del Capoverso si rimanda al successivo contributo di G. MARCACCIO in questo Volume, ed alla corposa bibliografia ivi contenuta.

¹⁸ Cassazione Sezioni Unite, 17 luglio 2014, n. 16379; la Corte richiama più precisamente una convivenza protrattasi per oltre tre anni dalla celebrazione che si manifesti come consuetudine di vita coniugale esteriormente riconoscibile e che sia fonte di doveri reciproci

giurisprudenziale va segnalato il ripensamento circa le conseguenze della delibazione della nullità canonica sulla sentenza di separazione. Fino al 2018 si era ritenuto che la delibazione intervenuta dopo il passaggio in giudicato della sentenza civile di separazione, in analogia a quanto statuito espressamente per il divorzio avente forza di giudicato, consentisse la dichiarazione di nullità ma senza travolgere le statuizioni patrimoniali. Il matrimonio, pur dichiarato *tamquam non esset ab origine*, continuava a produrre effetti patrimoniali tra i coniugi separati o già divorziati. Con una Ordinanza dell'11 maggio 2018 la Cassazione ha rivisto tale lettura, statuendo che la delibazione della nullità canonica in presenza di una sentenza di separazione, sia pure passata in giudicato, travolge completamente l'atto ed il rapporto, azzerando anche le statuizioni patrimoniali¹⁹.

Sul versante canonico invece, come in un gioco di equilibrio per vasi comunicanti, la velocizzazione dei tempi del processo conseguente alle Riforme avviate già da Papa Ratzinger e più di recente al *Motu proprio Mitis iudex Dominus Iesus* di Papa Francesco, che ha introdotto il *Processus matrimonialis brevior coram Episcopo*²⁰, aumentano gli spazi per le conseguenze civili della delibazione, sia pure al netto del limite dell'ordine pubblico menzionato. Alla richiesta di delibare la nullità può infatti pervenirsi ormai in un anno (poco più o anche poco meno) dall'avvio del procedimento canonico, vale a dire quando nel processo civile ordinario si è ancora alla separazione o comunque lontani da una pronuncia di divorzio passata in giudicato²¹, unica evenienza, per quanto appena detto, in grado di salvare almeno gli effetti patrimoniali dell'unione matrimoniale. Ciò rimette di fatto in mano al giudice canonico non solo la validità del vincolo, ma anche le conseguenze della nullità sul rapporto matrimoniale, ad esso sottratte dagli approdi giurisprudenziali sulla intangibilità delle statuizioni patrimoniali già emesse dal giudice ordinario. Un giurisprudenza che, è bene

e/o di responsabilità genitoriale.

¹⁹ Cassazione civile, Sez. I, Ordinanza 11 maggio 2018 n. 11553

²⁰ FRANCESCO, *Motu proprio "Mitis iudex Dominus Iesus"*, 15 ottobre 2015. Per un primo esame cfr. G. BONI, *La riforma del processo di nullità matrimoniale: il complicarsi progressivo del quadro delle fonti normative*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», Rivista telematica (www.statoeChiese.it), rispettivamente nn. 9, 10 ed 11 del 2016, e n. 6 del 2018. Ulteriori riferimenti bibliografici sul nuovo processo sono rinvenibili in AA. Vv., *La riforma dei processi matrimoniali di Papa Francesco*, Ancora, Milano, 2016.

²¹ Non cambia di molto la tempistica il cosiddetto divorzio breve davanti all'Ufficiale di stato civile (previsto dal combinato disposto delle leggi nn. 162/2014 e 55/2015, per cui vedi oltre nota 27) che tra i tempi della procedura e quelli di attesa ex lege (6 mesi o un anno dall'Accordo di separazione) non assicura una pronuncia con forza di giudicato in tempi utili ad impedire la delibazione.

ricordarlo, aveva faticato ad affermarsi, prevalendo sulle opposte posizioni solo agli albori del XXI secolo²².

Le evoluzioni dei due ordinamenti restituiscono così l'idea di una rincorsa tra giurisdizione civile e canonica, l'una intenta a recuperare terreno e l'altra a non perderlo. In tale dinamica sembrano potersi collocare anche le attenzioni di parte canonica volte al superamento di alcune criticità del nuovo *iter* breve, che non vede più protagonista il Tribunale ecclesiastico, bensì il Vescovo, e presenta diversi punti deboli circa il rispetto dei diritti di azione e difesa delle parti²³. La dottrina canonistica, a difesa della piena delibabilità del pronunciamento *in brevior*, ricorda che il Vescovo è un giudice, poiché la *potestas iudicialis* appartiene ad esso che la esercita in via ordinaria per mezzo dei Tribunali diocesani, allo stesso fine si richiama l'Accordo dell'84, che all'art.9, comma 2 lett b), assoggetta la verifica del principio del contraddittorio al cosiddetto ordine pubblico attenuato, ritenendo sufficiente che alla parti sia stato assicurato il diritto di agire e resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano. Si aggiunge alla dottrina il rinnovato impegno del Tribunale della Segnatura Apostolica a farsi garante della regolarità canonica del pronunciato e della sua delibabilità²⁴. A tal fine con la Lettera circolare del 30 gennaio 2016, la Segnatura Apostolica²⁵, oltre ad adeguare l'*iter* per la concessione del decreto di esecutività delle sentenze emanate nel Processo brevior, ha confermato le sue precedenti Circolari, ed in particolare quella inviata a tutti i Tribunali ecclesiastici italiani il 14 novembre 2002²⁶ *relativa a talune questioni riguardanti la tutela del diritto di difesa nel processo di nullità del matrimonio*. Circolare emessa in seguito alla Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Pellegrini contro Italia, nel

²² La Cassazione aveva introdotto la intangibilità delle statuizioni patrimoniali già nella sentenza 18 aprile 1997, n. 3345, ma è soltanto con la successiva sentenza 23 marzo 2001, n. 4202, che si definirà compiutamente la intangibilità delle statuizioni di ordine economico rese nella sentenza di divorzio in forza degli effetti sostanziali del giudicato, ex art. 2909 cc.

²³ Per un esame approfondito del tema, cfr. G. BONI, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis iudex* (pubblicato in due parti) nel febbraio 2017 in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», Rivista telematica (www.statoechiese.it).

²⁴ Si ricorda che al Tribunale della Segnatura apostolica spetta il rilascio del decreto di esecutività (art. 8, c.2 Acc.) che sostituisce la formula civile di giudicato, istituto ignoto al Diritto canonico.

²⁵ Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, Lettera circolare, 30 gennaio 2016, Protocollo n. 51324/16.

²⁶ Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, Lettera circolare 14 novembre 2002, Protocollo n.33840/02 VT.

quale il nostro Paese veniva condannato per aver delibato una sentenza canonica adottata in spregio dei diritti di difesa della moglie e dei principi dell'equo processo, tutelati dalla Convenzione Europea del 1950²⁷. In essa la Segnatura sollecitava i Tribunali al rispetto delle regole che presiedono all'equo processo civile, dettagliando il da farsi per modalità e tempistica. E così nel richiamare oggi detta Circolare, e nel ribadire il suo ruolo di controllore, il Tribunale della Segnatura opera nel quadro di *“una sorta di self-restraint ex parte Ecclesiae volto a favorire una corretta applicazione degli accordi concordatari (...) in vista della delibazione delle sentenze di nullità emanate, anche tramite un processus brevior”*²⁸.

L'attenzione rivolta alle procedure che conducono alla pronuncia, al rispetto delle regole del contraddittorio giudiziario e così dei diritti processuali delle parti sono argomenti che, *mutatis mutandis* (in verità neanche troppo), si ritrovano nella delibazione delle sentenze di ripudio ed anche nella legislazione civile sui divorzi privati. E del resto il nuovo *iter* canonico appare molto vicino alle forme civilistiche di giustizia senza giudice, alle negoziazioni, separazioni e divorzi privati noti anche al nostro ordinamento. Il riferimento in Italia è chiaramente alle procedure brevi innanzi all'Ufficiale di stato civile, ufficio evidentemente non giudiziario che pronuncia al termine di un *iter* velocizzato ma disegnato con occhio rivolto alle regole dell'equo processo; un *iter* che si conclude con un Atto di accordo che non è una sentenza – poiché non è riferibile ad un giudice - ma per espressa previsione normativa *“tiene luogo dei provvedimenti giudiziari che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio”*²⁹.

E così la giurisdizione canonica sul matrimonio cattolico avente effetti civili (i.e. concordatario), richiede oggi persino più di ieri un approccio interdisciplinare che varca i confini dell'Italia.

²⁷ Cfr. Corte EDU, Caso Pellegrini c. Italia, (Ric. n. 30882/96), 20 luglio 2001.

²⁸ M. FERRANTE, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico*, in «JusOnline», n. 3, 017, 239-283, p. 252.

²⁹ Cfr. art. 12, comma 3, Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 132, Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile, Convertito con Legge 10 novembre 2014, n. 162, che ha introdotto la possibilità di evitare il procedimento di fronte al tribunale mediante la negoziazione assistita da avvocati e gli accordi di separazione e divorzio conclusi davanti all'Ufficiale dello stato civile. Le misure acceleratorie del divorzio sono state ulteriormente abbreviate dalla Legge 6 maggio 2015 (cd. Legge sul divorzio breve, già cit. nota 20).

4. (Segue) *Distinzione degli Ordini e potestà disciplinare*

La giurisdizione canonica sulla validità del matrimonio non esaurisce gli spazi di giurisdizione confessionale del nostro ordinamento, anche se può distogliere l'attenzione dall'altro profilo: quello della autonomia e della connessa potestà disciplinare sui fedeli/consociati riconosciuta alle confessioni.

Attualmente i Paesi dell'Europa occidentale e l'Italia tra essi, passati tutti per un processo di separazione almeno istituzionale tra Stato e Chiese, non conoscono organi confessionali integranti il Potere giudiziario statale, l'espressione giurisdizione confessionale non individua pertanto tribunali, corti, consigli ecclesiastici o più ampiamente religiosi, quali parti costitutive dell'apparato statale. Nelle diverse realtà nazionali europee possono invece rinvenirsi Organi istituzionali di una confessione religiosa cui spetta un potere giudiziale ampiamente inteso, inerente l'applicazione delle regole che governano il corpo sociale (il rapporto tra consociati e tra costoro e la confessione) e la vigilanza sul rispetto dei dettami della fede da parte del singolo; in entrambi i casi con conseguente potestà sanzionatoria.

Il potere di autoregolazione è un connotato irrinunciabile di ogni formazione sociale poiché è funzionale alla tutela della propria identità ed in ultima analisi alla conservazione di sé stessa. Istanze identitarie che la confessione religiosa, dominata da imperativi di origine divina che regolano a tutto tondo la vita terrena del fedele-consociato, avverte con maggior pregnanza, e per le quali richiede una robusta *potestas judicialis* che gli Stati in genere garantiscono³⁰.

I contenuti della potestà giudiziale così individuata, le modalità del suo esercizio e le sue ricadute sul piano degli ordinamenti temporali europei, hanno avuto nell'arco dei secoli diverse estensioni e declinazioni. Come dimenticare, tra gli altri, gli effetti di una pronuncia di eresia nel lungo periodo di azione dei Tribunali di Inquisizione e dello stretto connubio tra Chiesa e potere temporale, suo braccio secolare nella esecuzione delle pene inflitte che andavano dalla morte, alle conseguenze patrimoniali e civili, quali la perdita di proprietà, di diritti a ricoprire uffici, cariche, professioni, e persino a risiedere in un luogo.

In tutte Europa l'attuale regolazione della potestà giudiziale delle confessioni religiose è il frutto di una evoluzione storica che prende avvio nel

³⁰ Rientrano in tale quadro le pronunce in cui la Corte EDU si chiama fuori dai contrasti interni alle confessioni; in argomento cfr. D. DURISOTTO, *Istituzioni europee e libertà religiosa*, ESI, Napoli, 2016, pp. 227-232, con ampi riferimenti bibliografici.

318 d.c. con la *episcopalis audientia*, il primo riconoscimento civilistico della pratica cristiana di risolvere le controversie insorte tra fedeli rimettendosi al giudizio del Vescovo, piuttosto che ad autorità esterne³¹. Una competenza inizialmente legata alla volontà delle parti, che in seguito estenderà i suoi confini e muterà procedure ed effetti fino a farsi privilegio del foro, sistema di giustizia parallelo e per ampia parte sostitutivo di quello secolare, come nel caso, già visto, della validità del matrimonio.

A differenza di quanto accaduto per la giurisdizione sul vincolo matrimoniale l'evoluzione dei rapporti tra Stato e Chiesa non ha conservato alcun sistema di giustizia parallelo nell'esercizio della potestà di autogoverno e disciplinare. In tale ambito la confessione adotta atti rivolti ai singoli consociati che al cospetto degli Stati sono essenzialmente fatti giuridici o comunque atti tra privati.

Per quanto concerne più specificamente l'Italia, attualmente, alle confessioni religiose è indubbiamente riconosciuta una potestà di autogoverno e disciplinare, nel più ampio quadro dei diritti e delle libertà individuali ed associative iscritte nella Costituzione, e del principio di laicità e pluralismo religioso-confessionale.

A tracciare gli assi partitivi della potestà di Stato e confessioni religiose è in primis l'art.7 della Costituzione, che al comma primo, sebbene posto a regolare i rapporti con la Chiesa cattolica, individua con valenza estensibile ad ogni altra confessione due Ordini reciprocamente indipendenti e, *mutatis mutandis*, sovrani: quello dello Stato e quello della Chiesa (i.e. confessioni religiose)³². Prende qui nuova e più completa forza giuridica il dualismo dei poteri, temporale e spirituale, iscritto nel DNA del Cristianesimo, ed in verità già incarnato dal dettato costantiniano sulla *episcopalis audientia* e dai suoi successivi sviluppi. Un dualismo per il quale il potere temporale, oggi lo Stato Repubblicano, per sua libera scelta e attraverso un atto di potestà normativa, riconosce e definisce una sfera di rapporti e regolazioni a sé estranea e soggetta alla potestà normativa e giurisdizionale di una confessione; una giurisdizione che, nei limiti precisati ancora una volta dal legislatore temporale/statuale, può produrre effetti giuridici nell'ordinamento civile. Si tratta di due sfere di autonomia normativa e giurisdizionale limitative l'una dell'altra ma non del tutto separate né separabili, nella misura in cui il cittadino può essere fedele,

³¹ Per un primo esame cfr. M.R. CIMMA, *L'episcopalis audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Giappichelli, Torino, 1989; G. VISMARA, *La giurisdizione civile dei vescovi*, A. Giuffrè, Milano, 1995.

³² Per un'ampia ricostruzione in argomento, si veda J. PASQUALI CERIOLI, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose: contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2006.

mentre il fedele è in ogni caso soggetto attivo o passivo di diritti e doveri, libertà e tutele promananti dagli ordinamenti temporali.

I due Ordini così individuati dialogano secondo le regole del rapporto Stato - ordinamento sottordinato, ancorate al rispetto dei diritti umani e dei valori fondativi della nostra democrazia, e ciò vale per tutte le Confessioni con l'eccezione della Chiesa cattolica. Nei rapporti tra quest'ultima e lo Stato la dialettica sarà quella che presiede ai rapporti tra ordinamenti sovrani, ma soltanto in ragione del fatto che essa possiede soggettività internazionale. E del resto la sua giurisdizione è ormai confinata alla rilevanza civile delle sentenze di nullità del vincolo matrimoniale, con i limiti dell'ordine pubblico già ricordati.

Nel quadro delineato, l'articolo 8 della Costituzione riconosce alle confessioni religiose l'autonomia statutaria, indicata in dottrina come privilegiata rispetto alle altre realtà associative, laddove, in particolare, accanto al potere di definire l'assetto istituzionale include la *potestà disciplinare*. Si tratta di uno "*strumento indispensabile per l'effettiva realizzazione dell'autonomia e della libertà del gruppo*"³³, che opera per il tramite di organi e procedure definite in *interna corporis* culminando in una pronuncia sanzionatoria, finanche di espulsione del fedele/consociato oppure di esclusione del medesimo dall'assunzione di incarichi o dalla partecipazione ai riti e alle pratiche religiose.

La reciproca indipendenza degli Ordini comporta da una parte la non ingerenza dello Stato nelle decisioni di merito, e dall'altra il potere del medesimo Stato di definire l'efficacia civile o penale di quei pronunciamenti, e più in generale le ricadute di tale esercizio di potestà nell'ordinamento secolare³⁴.

Sotto il primo profilo pervengono a maggior dettaglio le normative pattizie che inseriscono la regolazione delle potestà disciplinare nelle prime norme dei patti, inerenti la definizione dell'autonomia istituzionale. Così *in primis* l'art. 2 dell'Accordo del 1984 recita: "*è assicurata alla Chiesa la libertà*

³³ Cfr. A. LICASTRO, *L'intervento del giudice nelle formazioni sociali e religiose a tutela dei diritti del fedele espulso*, in «www.olir.it», febbraio 2005.

³⁴ Più ampiamente in argomento cfr. P. BELLINI, *Diritti inviolabili dell'uomo e formazioni religiose (contributo all'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione)*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, Giuffrè, Milano, 1976, I, pp. 213-247; C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose*, Il Mulino, Bologna 1992, pp. 187-190; 199-208; P. FLORIS, *Autonomia confessionale: principi-limite fondamentali e ordine pubblico*, Jovene, Napoli, 1992; A. VITALE, *Il rilievo giuridico civile dei poteri confessionali nel sistema della separazione degli ordinamenti*, in V. TOZZI - F. PETRONCELLI HUBLER (a cura di), *La rilevanza di alcuni aspetti delle potestà confessionali nel sistema giuridico civile: contesti e scopi*, EdiSud Salerno, 1993; A. LICASTRO, *Contributo allo studio della giustizia interna alle confessioni religiose*, Giuffrè, Milano, 1995.

di organizzazione, di pubblico esercizio del culto, di esercizio del magistero e del ministero spirituale nonché della giurisdizione in materia ecclesiastica". Una garanzia ripresa dalle disposizioni delle Intese ad oggi sottoscritte, le quali garantiscono al Culto che la *giurisdizione in materia ecclesiastica* o, con formula analoga, *gli atti in materia spirituale e disciplinare* si svolgono *senza alcuna ingerenza statale*.

Allo Stato resta pertanto preclusa ogni possibilità di esigere o impedire procedimenti e provvedimenti disciplinari, ed anche di valutarne il merito, ciò nel rispetto della laicità che non potrebbe tollerare una invasione nelle controversie dottrinali/disciplinari, e men che mai teologiche. Numerosa la casistica cui far riferimento a partire dal più noto caso Cordero (1972), al più recente Vallauri (2009), entrambi Professori della Università del Sacro Cuore incorsi in giudizi di eterodossia cui è conseguita la perdita dell'incarico di docenza³⁵. Accanto a tali pronunce merita di essere ricordata la espulsione di un Testimone di Geova, confermata dal Tribunale di Bari a seguito del Ricorso del consociato, il quale lamentava la violazione del proprio diritto di difesa nel procedimento disciplinare che aveva condotto alla sua estromissione. Per il Tribunale il diritto a difendersi è connotato dell'equo processo, e tuttavia ciò che occorre assicurare è *"il rispetto del suo nucleo essenziale, costituito dal contraddittorio, epperò non necessariamente nelle stesse forme previste dalla legge*

³⁵ Cfr. rispettivamente Corte Costituzionale 29 dicembre 1972, n. 195; Consiglio di Stato 18 aprile 2005, n. 1762 e Corte EDU, Lombardi Vallauri c. Italia, 20 ottobre 2009, (Ric. N. 39128/2005). Sia Franco Cordero che Luigi Lombardi Vallauri sono Professori dell'Università del Sacro Cuore, le loro nomine, ai sensi dell'art.38 Conc. '29, sono condizionate al gradimento positivo dell'autorità ecclesiastica. Entrambi a seguito di tesi scientifiche giudicate eterodosse perdono il gradimento e sono in automatico rimossi dall'incarico di docenza. Tutte le giurisdizioni adite hanno confermato il diritto di revoca del gradimento (i.e la potestà disciplinare) esercitato dall'autorità ecclesiastica. Ciò vale anche per la Corte Edu che ha sanzionato l'Italia per un altro profilo: non aver vigilato sul rispetto dei principi del contraddittorio in un procedimento di cui acquisisce gli effetti civili. Entrambe le sentenze sono ampiamente annotate, per un primissimo esame sul Caso Cordero cfr. *Foro italiano*, 1973, c. 6 e ss., nota di richiami di A. PIZZORUSSO e osservazione di A.C. JEMOLO, *Perplexità su una sentenza*; S. LARICCIA, *Libertà delle Università ideologicamente impegnate e libertà di insegnamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1972, p. 2196; F. FALCHI, *La sentenza 195/1972 della Corte costituzionale punto di svolta per il «gradimento» dei docenti dell'Università cattolica*, in R. BOTTA (a cura di), *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, Napoli, ESI, Napoli, 2006. Sul caso Vallauri si veda M. MASSA, *Lombardi Vallauri c. Italia: due sfere di libertà ed un confine evanescente*, in www.forumcostituzionale.it; L. ZANNOTTI, *Quando manca la libertà nella scuola. Una riflessione dopo l'ennesimo caso di dissenso dentro l'Università Cattolica*, in «Diritto ecclesiastico», 1999, 1057-1077; M. TOSCANO, *Nuovi segnali di crisi: i casi Lombardi Vallauri e Lautsi davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», Rivista telematica (www.statoechiese.it), maggio 2010.

*italiana, o dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*³⁶.

Sul versante dello Stato, l'indipendenza e la sovranità nel proprio Ordine comporta, come accennato, la definizione della rilevanza del fatto/atto confessionale sul piano dell'ordinamento civile.

In linea generale gli atti adottati dalla confessione nell'esercizio della sua potestà disciplinare restano sprovvisti di efficacia esecutiva diretta, ed ampiamente subordinati nei loro effetti civili alla libertà di assoggettamento ad essi del fedele/consociato. E così la perdita di diritti di godimento, come l'allontanamento dalla casa parrocchiale per il prete rimosso dalla Parrocchia o ancora l'esecuzione di sanzioni pecuniarie, in assenza di una volontaria sottomissione al provvedimento disciplinare, non consentiranno di avvalersi della pronuncia confessionale come titolo esecutivo né per l'allontanamento né per precettare somme. Occorrerà a tal fine munirsi di un regolare titolo esecutivo promanante da un giudice italiano, ottenuto secondo il diritto sostanziale e processuale nazionale. L'atto sanzionatorio tuttavia, potrà in tal caso valere come presupposto *in facto* del diritto a rientrare nella libera disponibilità della casa parrocchiale, configurando un possesso senza titolo, oppure fondare un credito, contrattuale o extracontrattuale. È ovvio per contro che *“al soggetto renitente [...] non sarà «reus incorrigibilis» dato di poter sottrarsi alle censure religiose dotate d'una «significazione religiosa» e produttive di «conseguenze religiose». Non potrà essergli quindi risparmiata la perdita dei «benefici spirituali» che dipendano «costitutivamente» dalla Confessione di originaria appartenenza*³⁷, quali ad esempio l'accesso ai sacramenti³⁸.

³⁶ Tribunale di Bari Sez. IV, 14 dicembre 2004; per un primo esame cfr. N. COLAIANNI, *Sull'ammissibilità e i limiti del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti spirituali e disciplinari delle autorità confessionali. (Parere pro veritate)*, in www.olir.it, gennaio 2005; A. LICASTRO, *L'intervento del giudice*, cit.. Più ampia casistica è riferita da S. MARTUCCI, *Appartenenza confessionale e ostracismo: qualcosa di nuovo, anzi d'antico, nelle dinamiche dell'affiliazione religiosa*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 29/2015, 5 ottobre 2015.

³⁷ Cfr. P. BELLINI, *Disciplinarietà confessionale e stato di diritto*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», Rivista telematica (www.statoechiese.it), luglio 2007, p. 11.

³⁸ Si ricorda che con riferimento alle persone ecclesiastiche e religiose il Trattato del Laterano all'art.23 cpv, richiamava un più alto impegno dello Stato, stabilendo che *“avranno senz'altro piena efficacia giuridica anche a tutti gli effetti civili, in Italia le sentenze ed i provvedimenti emanati da autorità ecclesiastiche ed ufficialmente comunicati alle autorità civili, circa le persone ecclesiastiche o religiose e concernenti materie spirituali e disciplinari”*. La giurisprudenza aveva però stemperato l'impegno escludendo un'efficacia incondizionata ed incontrollabile; in continuità l'art 2 del Prot. Add. all'Acc.dell'84, lett. c) precisa che tale norma sarà interpretata nel senso fatto già proprio dallo Stato italiano, per cui *“gli effetti civili delle sentenze e dei provvedimenti emanati da un'autorità ecclesiastica, previsti da tale disposizione, vanno intesi in armonia con i diritti costituzionalmente garantiti ai cittadini italiani”*. Cfr. C. CARDIA, *Stato*

Resta infine da valutare quanto pesa la volontà del fedele/consociato di assoggettarsi a regole, provvedimenti o sanzioni. Si tratta di un tema in cui occorre particolare equilibrio, le religioni possono infatti indurre comportamenti pienamente consapevoli, non avvertiti come limitazioni e sofferenze dal fedele consociato, e tuttavia capaci di essere costringenti, offensivi e così potenzialmente rei agli occhi del resto del mondo. Si pensi alla natura potenzialmente ingiuriosa di richiami operati pubblicamente oppure al sospetto di violenza privata ricollegabile all'uso del burqa, che agli occhi dell'Occidente può essere persino impensabile in termini di libera scelta.

Altrettanto vero è del resto, che la fede o il legame consociativo possono sfociare in forme di pressione illecite, e condurre l'individuo anche ad atti estremi di violenza su sé stesso, oppure ad accettare forti limitazioni dei propri diritti, quali, ad esempio l'integrità fisica (nel caso di sanzioni corporali) e l'uguaglianza tra uomo e donna; ed ancora possono far rinunciare alla libertà di muoversi (nel caso di scelte di vita conventuale) e di sviluppare relazioni sociali (nel caso di culti che limitano o escludano il contatto con altri che non siano i correligionari); infine con più semplicità, possono far ritenere persino giuste procedure inquisitorie e sommarie, o comunque non rispettose del diritto di difendersi.

Con tutte le cautele del caso, appare allora incontestabile che la potestà di recessione dello Stato a tutela ed in ossequio di questa pur speciale formazione sociale che è la confessione religiosa, non può superare i limiti pre-statali/pre-giuridici consistenti nei diritti fondamentali dell'individuo e nei valori fondativi dello Stato di diritto, ivi compresa la laicità: qui viene in gioco *“la «irrinunciabilità-indisponibilità» che contrassegna quei diritti siccome riferibili nel nostro contesto culturale alle «essenziali facoltà della persona»”*³⁹.

La ritrazione dello Stato è in tal caso inammissibile, anche ammantandosi della volontà del soggetto di sottoporsi al suo dovere religioso e/o alla sanzione confessionale. Ferma la necessità di verificare la effettiva libertà di autodeterminazione, l'individuo eserciterebbe in tal caso un diritto indisponibile: la rinuncia ad un valore fondativo della società degli uomini. Mentre da parte sua lo Stato consentirebbe indirettamente ciò che nega in via diretta, vale a dire la possibilità per la giurisdizione confessionale di farsi esecutiva, e più ampiamente il potere della confessione di invadere l'Ordine proprio dello Stato, imponendo con la forza della coercizione sul proprio fedele le regole religiose in sostituzione di quelle civili, con l'ulteriore effetto

e confessioni, cit. pp.201-208, più ampiamente, Id., *Contenuto e limiti del sindacato civile sugli atti e provvedimenti ecclesiastici* di cui all'art. 23 cpv. del Trattato lateranense, in «Il Foro italiano», 1981, n. 11.

³⁹ P. BELLINI, cit..

ed *“accidente ben più serio di spezzare la organica unità dell'ordine civile”*⁴⁰.

Lo studio della potestà disciplinare offre allora al giurista di oggi la possibilità di riflettere sulla modalità di una corretta interazione tra i due Ordini, confessionale e statale, anche in vista delle nuove sfide proposte dalla multiculturalità e dal pluralismo religioso, che hanno riportato in Europa popolazioni ed individui fortemente legati alla propria religione il cui agire civile resta plasmato volontariamente dalla fede di appartenenza. Una fede che sul piano consociativo induce la accettazione di forti vincoli di solidarietà e legami disciplinari pregnanti, fino alla radicale, cieca obbedienza. Ai musulmani, cui corre immediatamente il pensiero, devono in tal senso aggiungersi i numerosi adepti di nuovi culti e movimenti religiosi o pseudo tali, per i quali la forza performante del gruppo è un tratto distintivo, in grado di far scegliere persino la morte per ottemperare ad un obbligo di fede⁴¹.

Di fronte a tali fenomeni la distinzione tra l'Ordine religioso/ideologico e quello temporale/secolare sembra doversi ridefinire, non solo nella interrelazione tra confessione e Stato, governata dagli artt. 7 ed 8 della Costituzione, ma più ampiamente nel rapporto tra Stato e individuo, società civile e persona. Va infatti ricordato che il diritto di ognuno di noi di aderire e vivere secondo i dettami di una fede teistica, oppure di una credenza ateistica o di un'altra ideologia che offra una visione complessiva del mondo o di singoli aspetti del vivere (approcci bioetici, salutistici, alimentari, animalisti etc.), esiste ed è riconosciuto entro i limiti di valori e principi giuridici fondamentali, scritti nei secoli passati col sacrificio di intere generazioni. Un sacrificio che ci ha consegnato un livello di progresso e di maturità giuridica e culturale non rinunciabile; un patrimonio di valori e principi di cui gli ordinamenti giuridici nazionali e sovranazionali devono essere custodi e garanti, uscendo dalla timidezza che li ha contraddistinti fino ad ora, e di cui si è fatto cenno nel paragrafo primo.

L'ignavia degli ordinamenti occidentali di fronte ai mutamenti indotti dalla nuova società multireligiosa e multi-etnica si è del resto già manifestata

⁴⁰ P. BELLINI, cit., p.16 il quale più ampiamente scrive, essere *“sin anche superfluo rilevare che i principi costituzionali d'un coerente Stato liberale-laico – come interdicono agli organi civili di farsi strumento di attuazione potestativa della disciplinarietà confessionale - così precludono [e a più valida ragione] che a tanto possano esser ammessi a provvedere in proprio, con effetto nell'ordine civile, gli stessi apparati confessionistici: in forza dei meccanismi di coercizione materiale dei quali si trovino a poter disporre”*.

⁴¹ Si ricorda in particolare la questione delle emotrasfusioni per i Testimoni di Geova. Si segnala in argomento l'interessante prospettiva giuridico-letteraria di SILVIA ANGELETTI, *The Children Act: alla ricerca del “superiore interesse del minore” tra famiglie, comunità religiose e giudici*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 20 del 2019, con ampi riferimenti bibliografici.

davanti ad un fenomeno apparentemente diverso, che presenta invece forti analogie, la relativizzazione dei diritti umani generata dal proliferare dei medesimi. L'inerzia normativa ha in tal caso attivato un pericoloso processo di cannibalismo giuridico, laddove quando *“un nuovo diritto configge con altri, ma il legislatore anziché procedere al loro raccordo, compie lo strappo definitivo: i diritti individuali prevalgono sul resto, sui doveri, obblighi, principi fondamentali, assurgono come guglie e cuspidi che crescono solo in verticale e fanno il deserto attorno sé”*⁴². Il mancato intervento del legislatore innesca insomma una reazione a catena che può far saltare il sistema, pericolo che non può ritenersi scongiurato neppure laddove si lascia al giudice la composizione del conflitto, come accade nei rinascenti rapporti tra giurisdizioni religiose e secolari. La supplenza delle Corti e degli Uffici amministrativi può infatti generare una *“Babele ermeneutica nella quale ognuno va per conto suo”* col rischio di una *“estinzione per consunzione: senza combattimento”*⁴³, dei valori e principi fondativi delle nostre democrazie.

⁴² C. CARDIA, *L'esercizio del governo ecclesiastico in un contesto secolarizzato*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», Rivista telematica (www.statoe_chiese.it), n. 40, del 2017, p.13.

⁴³ C. CARDIA, cit..

Gaetano Marcaccio

Giurisdizione ecclesiastica e diritti dello Stato

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Nascita ed evoluzione della giurisdizione ecclesiastica negli ordinamenti secolari pre-separatisti – 3. Ordinamento separatista e ordinamento neo-confessionista: la rilevanza civile della giurisdizione ecclesiastica nello Stato liberale e in quello fascista – 4. Gli spazi di *potestas iudicialis* canonica matrimoniale nell'ordinamento costituzionale, tra laicità e libertà religiosa – 5. (Segue) Le recenti innovazioni e i nuovi scenari di interazione.

1. Premessa

Il termine giurisdizione assume differenti significati a seconda dell'angolo di visuale dal quale lo si osserva. Nel diritto canonico indica qualsiasi potere spettante alla Chiesa per reggere e governare i fedeli, che comprende «*sia l'ordinaria potestà di governo spettante alla gerarchia ecclesiastica nei confronti dei fedeli, sia la potestas iudicialis (cosiddetta giurisdizione in senso stretto), e cioè il potere di applicare nei singoli casi controversi le norme giuridiche canoniche dettate dagli organi competenti della Chiesa cattolica*»¹. Nel diritto italiano, invece, designa la sola *potestas iudicialis*, intesa quale attività di garanzia e conservazione del diritto e dell'ordine, mediante la composizione delle controversie con pronunce stabili e definitive². Alla luce di ciò, appare opportuno specificare in via preliminare che, nel prosieguo del lavoro,

¹ S. LARICCIA, *Giurisdizione ecclesiastica*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 469-470. In argom., cfr. F. SALERNO, *Foro canonico*, in *Enc. Dir.*, vol. XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 1 ss..

² Cfr. G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, X ed., Zanichelli, Bologna, 2007, p. 480. Il dibattito dottrinario sul concetto di giurisdizione è annoso ed è tuttora vivo. Svariati studiosi hanno provato a fornirne una definizione corretta ed onnicomprensiva, senza giungere però ad esiti soddisfacenti. Di qui, la posizione di altra dottrina che ritiene improduttiva o, addirittura, impossibile tale attività. In argom., cfr. G. SERGES, *Principi in tema di giurisdizione*, in F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, II ed., Giappichelli, Torino, 2010, pp. 629-630.

esso verrà declinato unicamente in tale seconda accezione; ragion per cui, ogniqualvolta si adopererà l'espressione giurisdizione ecclesiastica ci si riferirà esclusivamente al potere dei giudici confessionali di comporre giudizialmente alcune controversie.

A tale precisazione se ne affianca un'altra, che delimita ulteriormente i confini dell'analisi, circoscrivendola all'esperienza della sola Chiesa cattolica. La scelta origina sia da ragioni legate alla nostra storia, sia da motivazioni più marcatamente giuridiche, connesse all'antichissimo riconoscimento da parte del Cristianesimo – e, successivamente, del Cattolicesimo – dell'esistenza di una dualità di potestà che traspare chiaramente nel principio evangelico del «*rendete a Cesare ciò che è di Cesare e a Dio ciò che è di Dio*»³. Simile consapevolezza non è riscontrabile nelle altre due grandi religioni monoteiste, Ebraismo ed Islam, che nascono e si forgiavano come sistemi monisti ed avvertono ancora oggi più di qualche difficoltà a scindere completamente la sfera temporale da quella spirituale⁴. Ne consegue pertanto la grande difficoltà, se non vera e propria impossibilità, di vagliare per esse alcuni profili di interazione tra esperienza secolare e religiosa.

Da ultimo, una specificazione sulla individuazione del tema. Nel contesto pluri-religioso attuale, nel quale persone di fedi e culture differenti si trovano a dover necessariamente convivere, interrogarsi sulle relazioni tra giurisdizione ecclesiastica e diritti dello Stato potrebbe sembrare una scelta discutibile. Seppur nella diffusa consapevolezza che alcune pronunce canoniche abbiano tuttora una certa valenza civile, agli occhi di molti la tematica in oggetto potrebbe apparire anacronistica o, addirittura, un semplice retaggio del passato in via di superamento.

Non è così. Come avremo modo di vedere, oggi il ordinamento italiano riconosce alcuni spazi giuridici alle pronunce dei giudici della Chiesa addirittura nella convinzione che, per tal via, possano trovare attuazione quei principi di laicità e di libertà religiosa fatti propri dalla Costituzione e dalle Carte sovranazionali ed internazionali.

Naturalmente ad una tale strutturazione giuridica ci si è giunti con il trascorrere dei secoli. Nella storia, infatti, l'incidenza della giurisdizione

³ Cfr. *Vangelo Matteo* 22.21; *Vangelo Marco* 12.17; *Vangelo Luca* 20.25. In argom., cfr. G. DALLA TORRE, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica delle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, III ed., AVE, Roma, 2007; G. DALLA TORRE, *Dio e Cesare. Paradigmi cristiani nella modernità*, Città Nuova, Roma, 2008; O. CONDORELLI, *Le radici storiche del dualismo cristiano nella tradizione dottrinale cattolica: alcuni aspetti ed esempi*, in «Diritto & Religioni», anno VI, n. 2, 2011, pp. 450 ss.

⁴ *Ex multis*, cfr. P. LILLO, *Ebraismo ed Islamismo: tensioni monistiche ed aperture pluralistiche*, in «Dir. eccl.», fasc. 1, 2002, pp. 103 ss..

ecclesiastica nei vari tipi di ordinamenti secolari è risultata estremamente cangiante, e comunque fortemente condizionata tanto dai contingenti rapporti tra potere temporale e spirituale, quanto dal grado di evoluzione del diritto statale in relazione ai principi di laicità e libertà religiosa. Elementi che consentono di individuare due macro-periodi, nettamente distinti tra loro: il primo, che va dall'Impero romano alla fine del XVIII secolo, nel quale il potere secolare e la *potestas* della Chiesa si intrecciano, senza mai unirsi del tutto, ed i richiamati corollari non trovano spazi né giuridici né sociali; l'altro, dal separatismo ai giorni nostri, che in netta rottura con il passato determina la divisione – per quanto possibile – delle faccende temporali da quelle spirituali, nonché la progressiva emersione della laicità e della libertà religiosa. Proprio per questo, un'analisi storico-giuridica sull'evoluzione del rapporto tra giurisdizione ecclesiastica ed ordinamenti secolari succedutisi nel tempo può risultare essenziale per comprendere i motivi che giustificano – e, in un certo senso, promuovono – una loro persistente interazione.

2. *Nascita ed evoluzione della giurisdizione ecclesiastica negli ordinamenti secolari pre-separatisti*

La giurisdizione ecclesiastica nasce agli albori del Cristianesimo, in via di prassi, quando i fedeli della nuova religione monoteista iniziano a devolvere al capo della comunità locale il compito di comporre le controversie civili sorte tra loro. La scelta non origina soltanto dai motivi fideistici che impongono loro di non farsi giudicare dagli ingiusti giudici dell'Impero⁵, ma scaturisce soprattutto dalla necessità di tutelare la loro incolumità personale.

Nel primo periodo di diffusione del Cristianesimo⁶, l'Impero romano non conosce alcuna forma di tolleranza religiosa intra-ordinamentale. Al pari degli altri ordinamenti secolari del tempo, contempla una mera tolleranza religiosa esterna, che se da un lato consente ad ogni altro popolo di pregare gli dei che preferisce⁷, dall'altro non riconosce ai propri sudditi

⁵ Prima Lettera ai Corinzi, (I Cor. 6, 1-10). In argom., cfr. G. VISMARA, *La giurisdizione civile dei vescovi (secoli I-IX)*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 5-6.

⁶ Cfr. S. FERRARI, *Diritto e religione nella storia d'Europa. Premesse storiche allo studio del diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 7 ss..

⁷ «I popoli antichi, al modo stesso che consideravano cosa tutta propria e per essi ottima, la loro religione, così ritenevano pure la religione particolare e propria degli altri popoli come ottima per essi», F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa. Lineamenti storici e sistematici*, a cura di F.

una libertà di tal specie, anzi osteggia – anche con la forza – qualsiasi tentativo di uscire dal circuito prestabilito di divinità nazionali⁸. Si presenta, poi, particolarmente efferato nei confronti dei cristiani i quali, oltre ad opporsi alla venerazione delle divinità romane, rifiutano il culto imperiale e manifestano a più riprese la loro carica rivoluzionaria, sia politica che valoriale⁹. L'avversione sfocia in feroci persecuzioni, che impongono ai cristiani di rimanere nascosti nelle catacombe, perché nemici pubblici da sterminare. Nello scenario delineato, è chiaro che le decisioni dei giudici confessionali cui ci si riferiva in precedenza non abbiano, né possano avere, alcuna rilevanza nell'ordinamento secolare.

La condizione dei cristiani muta con la salita al soglio imperiale di Costantino il quale, presagendo anche gli enormi benefici politici che avrebbe potuto trarre da tale mossa¹⁰, trasforma il Cristianesimo in *religio licita* (Editto di Milano, 313 d.C.). Indi, adotta una serie di provvedimenti che favoriscono la Chiesa, tra cui due costituzioni imperiali che attribuiscono rilevanza giuridica civile alla giurisdizione ecclesiastica, ormai passata nelle mani dei vescovi con la strutturazione di un più solido apparato clericale¹¹. Al netto delle acese discussioni che dividono la dottrina romanistica sulla natura e sui limiti della giurisdizione dei vescovi nella tarda antichità¹², il

Margiotta Broglio, *Il Mulino*, Bologna, 1974, p. 31. Analog., cfr. P.G. CARON, *Corso di storia dei rapporti fra Stato e Chiesa*, vol. I, *Chiesa e Stato dall'avvento del Cristianesimo agli inizi della monarchia assoluta*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 2; M. CANONICO, *I sistemi di relazione tra Stato e Chiesa*, II ed., Giappichelli, Torino, 2015, pp. 6 ss.; C. CARDIA, *La libertà religiosa tra ascesa e crisi dei diritti umani*, in *Libertà religiosa, diritti umani, globalizzazione*, Atti del convegno (Senato della Repubblica 5 maggio 2016), a cura di R. Benigni, *Prefazione* di G. Napolitano, Roma TrE-Press, Roma, 2017, p. 28.

⁸ In argom., cfr. A.C. JEMOLO, *Culti (libertà dei)*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, 1962, p. 456; F. RUFFINI, *Lezioni di diritto ecclesiastico italiano*, Giappichelli, Torino, 1930, p. 15; F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, cit., p. 29-30; P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano. Parte generale*, II ed., Giuffrè, Milano, 1978, pp. 264 ss.; L. SPINELLI, *Diritto ecclesiastico. Parte generale*, II ed., UTET, Torino, 1987, pp. 27 ss.; F.P. CASAVOLA, *Laicità e Stato. L'esperienza italiana*, in AA. VV., *Lessico della laicità*, Studium, Roma, 2007, p. 101; M. CANONICO, *I sistemi di relazione tra Stato e Chiesa*, cit., pp. 5 ss..

⁹ Alcuni precetti cristiani minano dalle fondamenta la società romana. Tra questi, «*il comandamento dell'amore del prossimo e il rispetto della persona umana – di ogni persona, uomo o donna, schiavo o libero, connazionale o forestiero – implicano [implicavano] un ribaltamento di consuetudini, di istituti, di precetti dalle radici millenarie*», A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 24.

¹⁰ *Ex multis*, cfr. H. SCULLARD – M. CARY, *Storia di Roma. Il principato e la crisi dell'Impero*, vol. III, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 308 ss..

¹¹ La prima viene adottata nel 318 d.C. ed è rinvenibile nella *Collectio Sirmondiana: Sirm.* 1; la seconda risale al 333 d.C. ed è inserita nel Codice Teodosiano: *C. Th.* 1.27.1.

¹² Il dibattito verte principalmente sull'attribuzione o meno «*ai tribunali ecclesiastici di*

dato che rileva è la penetrazione delle decisioni vescovili nell'ordinamento secolare, rafforzata dalla loro inappellabilità innanzi ai tribunali laici¹³. Da questo momento in poi, la rilevanza civile di siffatte pronunce costituisce una costante, che viene confermata, sebbene con alcune modifiche, anche dagli imperatori successivi.

Naturalmente, ciò non deve far pensare ad una struttura in cui la giurisdizione ecclesiastica surclassa quella secolare, né ad un apparato in cui la divisione delle competenze sia chiara e netta. È più realistico immaginare uno scenario in cui le due giurisdizioni si mischiano e si confondono, non solo riconoscendo al giudice ecclesiastico la possibilità di decidere questioni temporali, ma anche attribuendo a quello statale la facoltà di pronunciarsi in materia religiosa¹⁴. Al punto che, nel 546, la *Novella* 123 al *Corpus Iuris Civilis* legittima ufficialmente addirittura la revisione da parte del tribunale laico delle sentenze ecclesiastiche nei cui giudizi sia coinvolto un religioso¹⁵.

Questa confusione tra sacro e profano rispecchia la più accesa monoteofonia che caratterizza il territorio imperiale, nel quale non si rinvengono spiragli per quei principi di laicità e libertà religiosa che avrebbero potuto costituire il presupposto per il superamento della mescolanza. Anzi, riflettono quel legame indissolubile che porta gli imperatori cristiani, da Costantino in poi, a ritenersi «*legittimati ad*

competenze giurisdizionali originarie ed esclusive», F. PERGAMI, *Giurisdizione civile e giurisdizione ecclesiastica nella legislazione del Tardo Impero*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. In memoria di Arnaldo Biscardi*, Atti del convegno (Siena 13-15 dicembre 2001), LED Edizioni Universitarie, Milano, 2011, p. 215. In particolare, la Costituzione del 318 sembra attribuire alla *episcopalis audientia* una natura meramente arbitrale, confermata poi dalle Costituzioni di Arcadio ed Onorio del 398 (C.I. 1.4.7); mentre quella del 333 pare fornirle una competenza giurisdizionale originale ed esclusiva.

¹³ Cfr. F. PERGAMI, *Giurisdizione civile e giurisdizione ecclesiastica nella legislazione del Tardo Impero*, cit., p. 216. L'A. si riferisce altresì ad I. CREMEDAS UGARTE, *Derecho romano, comunidad cristiana y episcopalis audientia*, in «Seminarios complutenses de derecho romano. Revista complutense de derecho romano y tradición romanística», n. 8, 1996, pp. 99 ss.; J. HARRIES, *Law and Empire in Late Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 101 ss..

¹⁴ Emblematico un caso del 369 d.C., riportato in Costituzione 20 *C. Th.* 11.36, che riferisce del ricorso di un certo Cronopio al proconsole d'Africa, finalizzato a contestare la decisione sinodale che gli rifiuta la qualifica di vescovo. Ricorso che lascia presupporre la possibilità per il giudice laico di rivedere la decisione ecclesiastica. In argom., cfr. F. PERGAMI, *Giurisdizione civile e giurisdizione ecclesiastica nella legislazione del Tardo Impero*, cit., pp. 216 ss..

¹⁵ «*Contro la decisione vescovile, infatti, era espressamente ammesso l'appello al tribunale civile: la decisione del tribunale laico avrebbe acquistato il carattere della definitività [...] se confermativa della prima pronuncia [...], mentre sarebbe stata oggetto di possibile nuovo gravame, secondo le regole ordinarie [...] in caso di difformità*», F. PERGAMI, *Giurisdizione civile e giurisdizione ecclesiastica nella legislazione del Tardo Impero*, cit., p. 223.

*intervenire anche in questioni strettamente religiose e persino teologiche, sino a prendere l'iniziativa di convocare alcuni dei concili e di seguirne da vicino lo svolgimento cercando attivamente di influire sulle decisioni»*¹⁶. Tant'è che, alla metà del IV secolo, Costanzo II afferma «*quel che io voglio deve valere come canone della Chiesa*». Oppure, quasi duecento anni dopo, Giustiniano si auto-attribuisce «*il compito di custode della purezza del dogma cristiano e di garante dell'onestà degli ecclesiastici*»¹⁷.

La contiguità diventa poi la grande caratteristica del regime cesaropapista che si instaura nella parte orientale dell'Impero e persiste per secoli. L'Occidente invece, dopo la caduta della *pars occidentalis* dell'Impero romano (V sec. d.C.), vive una storia differente, certamente influenzata dalla graduale acquisizione di potere da parte del vescovo di Roma. Sebbene in queste lande già alla fine del Quattrocento si diffondano le tesi gelasiane di separazione tra potere secolare e spirituale¹⁸, costantemente riproposte nel tempo con formule differenti, nella lotta continua tra il nuovo potere imperiale ed il papato, mai nessun sovrano temporale pensa di allontanarsi definitivamente dal Cristianesimo o, più semplicemente, di privare la Chiesa di alcune sue funzioni. Tutto ciò si riflette anche sulla giurisdizione ecclesiastica, che conserva una certa rilevanza civile pure nei momenti in cui prevale l'Impero. Emblematico il caso della incidenza secolare della *potestas iudicialis* della Chiesa tra il IX ed l'XI secolo¹⁹, ossia in pieno cesaropapismo occidentale.

La situazione non cambia, anzi si rafforza, con l'avvento della teocrazia, frutto dello Scisma d'Occidente (1054) e della pedissequa Riforma gregoriana. Dalla metà dell'anno Mille alla fine del XIII secolo vive la *res publica gentium christianarum*, società all'interno della quale vi è una vera e propria compenetrazione tra faccende temporali e religiose. Questo archetipo di ordinamento è regolato dall'*utrumque ius*, risultato dell'unione tra diritto sacro e secolare, ed è abitato dal *civis-fidelis*, soggetto sottoposto a precetti tanto giuridici quanto religiosi, che avverte più di qualche difficoltà

¹⁶ A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., p. 29.

¹⁷ M. CANONICO, *I sistemi di relazione tra Stato e Chiesa*, cit., p. 40. Il riferimento è alla Novella 6 al *Corpus Iuris Civilis*, benché tutto il CIC contenga molteplici disposizioni contro eretici, blasfematori, scismatici, pagani, ebrei e tutti coloro che minano in ogni altro modo la serenità della Chiesa o della dottrina cristiana.

¹⁸ Sulla scorta del passo evangelico «*rendete a Cesare quello che è di Cesare e a Dio quello che è di Dio*» (Matteo 22.21; Marco 12.17; Luca 20.25), per papa Gelasio: «*Due sono [...] quelle che reggono principalmente questo mondo: la sacra autorità dei vescovi e la potestà regale. Delle quali tanto più grave è la responsabilità dei sacerdoti in quanto devono rendere conto a Dio di tutti gli uomini, re compresi*» (Lettera all'imperatore di Costantinopoli Atanasio, 494 d.C.).

¹⁹ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., pp. 56-57.

nel cercare di scindere tra obblighi di legge e di fede²⁰.

Tutto ciò influenza in vario modo anche il settore della giurisdizione, che subisce vari cambiamenti²¹, tutti tesi alla concessione di maggior spazio civile ai giudici della Chiesa. È opportuno partire, però, dai mutamenti interni al sistema giurisdizionale ecclesiastico, frutto della politica accentratrice perseguita da Roma. Tra i più importanti, la concessione al *civis-fideles* del diritto di ricorrere al papa avverso ogni decisione vescovile, anche semplicemente interlocutoria e non definitiva; oppure, quella di instaurare la causa direttamente innanzi al pontefice, evitando di adire preliminarmente il vescovo competente per territorio (c.d. giudizio *omisso medio*). Ancora, il riconoscimento ai vescovi della possibilità di chiedere al papa un parere giuridico preventivo per risolvere una questione complessa. In realtà, questa corsa verso il centro viene giustificata dall'attribuzione alla figura del pontefice – afferma papa Alessandro III – dei doveri di «*aprire le orecchie ai reclamanti*»²² e di «*giudicare bene*»²³, ma ben presto presenta i propri limiti. Le difficoltà soprattutto organizzative di un apparato estremamente verticistico spingono i papi a delegare sempre più spesso a vescovi o altri prelati locali il potere di giudicare in loro nome, limitandosi a fornire il principio giuridico da applicare (c.d. *lettere decretali*)²⁴.

Se questo è quanto accade sul piano interno, circa l'esterno è solo il caso di ricordare che nella *res publica christiana* il rapporto tra giurisdizione ecclesiastica e ordinamento secolare si stringe di molto. Basti pensare alle due maggiori questioni che dividono i giuristi dell'epoca. La prima afferisce all'impugnabilità o meno dinanzi al vescovo di una decisione resa da un giudice laico, risolta dalla maggior parte dei canonisti dell'epoca in senso sfavorevole²⁵. La seconda riguarda l'attribuzione o meno al giudice canonico

²⁰ Ad esempio, nella società del tempo il battesimo è il titolo che consente l'ingresso sia nella comunità religiosa, sia in quella civile; oppure, il mancato rispetto di alcuni precetti confessionali determina conseguenze in ambito sia fideistico che secolare. Cfr. C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea, legislazione italiana*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2015, pp. 40 ss..

²¹ Per qualche richiamo storico sui diversi spazi riconosciuti al foro ecclesiastico nei vari territori italiani, cfr. O. GIACCHI, *La giurisdizione ecclesiastica nel diritto italiano*, II ed., Giuffrè, Milano, 1970, pp. 4 ss.; F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, cit., pp. 219 ss..

²² *Collectio Wigorniensis*, ed. Lohmann (ZSS, KA, 22, 1933, p. 134).

²³ PETRUS CANTOR, *Verbum abbreviatum*, 65 (PL 205, col. 199).

²⁴ La lettera decretale contiene sia la delega a giudicare, che il principio da seguire nella decisione. Inizialmente, tale principio risolve soltanto il caso concreto; col tempo, acquista valore di precedente da seguire per la composizione di controversie simili. In argom., cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., pp. 104 ss..

²⁵ Tra questi vi è papa Innocenzo IV, il quale si oppone a tale pratica in ragione del principio della distinzione dei due fori. Cfr. Papa INNOCENZO IV, *Apparatus a Liber Extra*, X 1.29.38

della competenza a giudicare le controversie di natura civile che incidono indirettamente sulla salvezza dell'anima, come i giudizi concernenti negozi rafforzati dal giuramento²⁶. Prescindendo dalle ragioni a sostegno dell'una o dell'altra tesi, ciò che rileva è il dato fattuale, incontrovertibile, della forte interazione tra giurisdizione ecclesiastica ed ordinamento secolare. Che consente alle pronunce rese dalla prima di trovare spazi nel secondo.

Si aggiunga, infine, la nascita di nuovi settori che presuppongono la commistione spirituale-temporale. I quali, da un lato, attribuiscono la competenza decisoria ai tribunali ecclesiastici e quella esecutiva all'autorità secolare; dall'altro, prevedono che gli effetti della sentenza canonica si ripercuotano nell'ordinamento temporale. Emblematico il caso dell'Inquisizione, materia in cui la Chiesa giudica l'eretico, il braccio secolare esegue la pena comminatagli²⁷ e l'ordinamento temporale assorbe la sentenza facendone derivare conseguenze anche sul piano civile²⁸.

La fine della teocrazia coincide con la nascita di uno Stato nazionale forte, suggellato dalla dimostrazione di supremazia di Filippo il Bello su papa Bonifacio VIII e sulla Chiesa in genere. Tali avvenimenti fungono da presupposto logico per la successiva maturazione di un nuovo modello di relazioni Stato-Chiesa, detto giurisdizionalismo²⁹, fondato sul controllo e sul condizionamento del primo sulla seconda mediante l'esercizio dei c.d. *iura maiestatica circa sacra*³⁰. Come prevedibile, il mutamento condiziona

significantibus; a X 1.33.6 solitae benignitatis, a X 2.2.7 verum.

²⁶ Tanto «perché l'eventuale spergiuo mette [metteva] a repentaglio la salvezza dell'anima», A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., p. 204. L'A. precisa: «presso i civilisti la difesa dell'ambito riservato alla giurisdizione temporale è [fu] netta, con qualche spunto critico nei confronti della Chiesa».

²⁷ La competenza del braccio secolare origina dalla volontà della Chiesa di non macchiarsi con l'esecuzione di pene violente, che però non esita a comminare, lasciando la mera attuazione materiale ad altri soggetti. Quanto esposto è confermato dalle bolle *Ad abolendam* (1184) di papa Lucio III ed *Excommunicamus* (1231) di papa Gregorio IX.

²⁸ La conseguenza giuridica più frequente è l'espropriazione all'eretico di tutti i suoi beni. Ciò è possibile proprio in ragione della riferita commistione temporale-spirituale, che consente addirittura a papa Innocenzo III di equiparare, nella decretale *Vergentis in senium* (1199), il crimine di eresia al *crimen laesae maiestatis*.

²⁹ Sul giurisdizionalismo, A.C. JEMOLO, *Giurisdizionalismo*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 185 ss.; F. RUFFINI, *Lezioni di diritto ecclesiastico italiano*, cit., pp. 18 ss.; P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*, cit., pp. 283 ss.; F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, cit., pp. 83 ss.; L. SPINELLI, *Diritto ecclesiastico*, cit., pp. 63 ss.; M. CANONICO, *I sistemi di relazione tra Stato e Chiesa*, cit., pp. 107 ss.; C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, cit., pp. 69 ss.; C. FANTAPPIÈ, *Giurisdizionalismo. Dalla classificazione dogmatica alla nozione storico-politica*, in D. EDIGATI – L. TANZINI (a cura di), *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani. Premesse, ricerche, discussioni*, Aracne, Roma, 2015, pp. 305 ss..

³⁰ Con l'avvento del giurisdizionalismo, «la Chiesa, come istituzione universale, cosmopolitica

anche il rapporto tra giurisdizione ecclesiastica e ordinamento secolare. Se da un lato la prima continua ad emanare alcune sentenze che conservano una certa rilevanza nel secondo, dall'altro subisce molto di più l'influenza dell'autorità temporale, che incide su di essa attraverso due importanti diritti maiestatici. Innanzitutto, lo *ius nominandi*, che consente allo Stato di concorrere alla nomina degli ufficiali ecclesiastici e dei vescovi, quindi dei soggetti che collaborano attivamente nell'esercizio del potere giurisdizionale della Chiesa. In secondo luogo, lo *ius appellationis*, che permette ai privati di ricorrere al sovrano per ottenerne la modifica o la dichiarazione di inefficacia di sentenze o provvedimenti ecclesiastici ritenuti ingiusti³¹, i quali verranno nuovamente valutati nella forma e nel contenuto, ed alla luce del diritto canonico, agendo il sovrano quale *custos et vindex canonum*³². Almeno inizialmente l'appello al sovrano, o appello per abuso, è finalizzato ad evitare illegittime intrusioni dei giudici ecclesiastici in materie di stretta competenza statale; col tempo, subisce l'effetto inverso, legittimando un progressivo sconfinamento dell'autorità secolare nel campo della giurisdizione ecclesiastica, riducendo gli spazi di quest'ultima, depotenziandola e privandola di autonomia.

Tale condizione di controllo statale sulla Chiesa e sul suo operato, giustificato dall'attribuzione al sovrano di un potere divino di supervisione, persiste fino alla diffusione del separatismo che, spingendo per l'indipendenza e l'indifferenza tra ordine secolare e spirituale, influenza anche le relazioni tra la *potestas iudicialis* ecclesiastica e l'ordinamento temporale.

sarà superiore e rispettabile, ma la Chiesa cattolica in quanto vive in uno Stato e dà vita in questo ad istituti particolari, costituisce una collettività che deve soggiacere alla sovranità civile, deve ammettere la superiorità dello Stato, e deve riconoscere in questo una quantità di diritti sopra di essi», F. RUFFINI, Relazioni tra Stato e Chiesa, cit., p. 87.

³¹ Cfr. P.G. CARON, *L'appello per abuso*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 3; A.C. JEMOLO, *Giurisdizionalismo*, cit., p. 188; F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, cit., pp. 89-90; C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, cit., p. 71.

³² Il sovrano agisce quale *custos et vindex canonum* in ragione di una duplice legittimazione, storica e gius-pubblicistica. La prima origina tanto dalla struttura dell'ordinamento imperiale romano, che attribuisce all'imperatore la qualità di supremo capo religioso, quanto dagli scritti di papa Leone Magno, che riconosce espressamente all'imperatore la qualifica di supremo custode dei canoni ecclesiastici. La seconda, invece, nasce dal principio assolutistico secondo il quale spetta al principe la funzione di proteggere i sudditi contro ogni violenza, compresa quella che potrebbe derivare dagli abusi dell'autorità ecclesiastica. In argom., cfr. P.G. CARON, *L'appello per abuso*, cit., pp. 8 ss.

3. *Dal separatismo dell'Italia liberale al neo-confessionismo fascista: gli effetti sulla giurisdizione ecclesiastica*

Verso la fine del XVIII secolo, l'avvento delle tesi separatiste agevola la cessazione del controllo statale diffuso sulla Chiesa e sulla sua giurisdizione, ponendo il seme per la crescita di un rapporto Stato-Chiesa impostato su paradigmi del tutto nuovi. Esse propendono per la scissione tra faccende secolari e fideistiche, ma soprattutto rappresentano la rivoluzione copernicana nelle relazioni tra potere temporale e spirituale, concedendo ad ognuno di essi un preciso e autonomo ambito operativo, nel quale l'altro non può entrare³³. Alla luce delle difficoltà pratiche nella realizzazione di un sistema separatista a compartimenti stagni ed assolutamente impenetrabili³⁴, gli ordinamenti optano per soluzioni meno nette. Su tali basi nascono i due modelli classici di separatismo, quello statunitense e quello francese, estremamente diversi sotto molti aspetti³⁵, ma accomunati dall'affermazione

³³ Sul separatismo, cfr. F. RUFFINI, *Lezioni di diritto ecclesiastico italiano*, cit., pp. 102 ss.; F. MARGIOTTA BROGLIO, *La qualificazione giuridica delle relazioni fra lo Stato Italiano e la Chiesa Cattolica. Rassegna critica degli orientamenti della dottrina e spunti ricostruttivi*, in «Arch. Giur.», fasc. 1-2, vol. CLXV, STEM Mucchi, Modena, 1963; F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, cit., pp. 141 ss.; P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*, cit., pp. 289 ss.; M. TEDESCHI, *Il sistema separatista*, in Id., *Saggi di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 1987; F. ONIDA, *Separatismo*, in *Enc. Dir.*, vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989; C. CARDIA, *Stato laico*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990; G. LEZIROLI, *Stato e Chiesa. Per una storia del dualismo giuridico cristiano*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 104 ss.; P. BELLINI, *La politica ecclesiastica italiana. Dal liberalismo al fascismo*, in *Dalla legge sui culti ammessi al progetto di legge sulla libertà religiosa (1 marzo 2002)*, Atti del convegno (Ferrara 25-26 ottobre 2002), a cura di G. Leziroli, Jovene, Napoli, 2004, pp. 15-16; M. CANONICO, *I sistemi di relazione tra Stato e Chiese*, cit., pp. 137 ss.; C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, cit., pp. 74 ss..

³⁴ Le ragioni di tale impossibilità risiedono sia nell'esistenza di materie miste, ove precetti giuridici e religiosi si intersecano ineluttabilmente (es. matrimonio), sia nell'identità dei soggetti destinatari delle norme di diversa natura, che spesso assumono la duplice veste di cittadini e di fedeli. In tema di inattuabilità del separatismo puro, cfr. F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, cit., pp. 178-179; P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*, cit., pp. 292 ss.; L. SPINELLI, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 80; M. TEDESCHI, *Il sistema separatista*, cit., pp. 211-212; M. TEDESCHI, *Alle radici del separatismo americano*, in Id., *Saggi di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 1987, pp. 247 ss.; M. CANONICO, *I sistemi di relazione tra Stato e Chiese*, cit., pp. 143 ss..

³⁵ Per motivi storici, politici e sociali differenti, il separatismo americano presenta uno spiccato afflato religioso e tende ad includere ogni confessione all'interno dell'ordinamento, diffidando invece dai sostenitori dell'ateismo e dell'agnosticismo. Di contro, quello francese si mostra sin da subito "nemico delle religioni", cercando di ridurre al massimo gli spazi pubblici concessi ad ogni confessione. Sui due separatismi, cfr. F. RUFFINI, *Lezioni di diritto*

di alcuni principi del tutto innovativi.

Sulla scorta dell'imprescindibile postulato della divisione e della reciproca indifferenza tra sfera temporale e spirituale, che impone al potere secolare di non occuparsi delle faccende ecclesiastiche e alla Chiesa di non influenzare quelle temporali, lo Stato separatista pianta il seme per la nascita di una primigenia laicità e di un'embrionale libertà religiosa. Conseguentemente, assume un approccio tendenzialmente paritario nei confronti delle diverse fedi³⁶, depotenzia la rilevanza giuridica delle idee religiose individuali³⁷, cancella il valore civile del diritto canonico e delle regole religiose. Limitatamente al nostro tema, in applicazione del principio di reciproca indifferenza tra ordinamenti, da un lato elimina l'influenza del potere temporale sulla giurisdizione della Chiesa di cui ai vecchi diritti maiestatici, dall'altro ridimensiona gli spazi ordinamentali attribuiti alla *potestas iudicialis* ecclesiastica, fin quasi a cancellarli. Ciò anche in conseguenza della soppressione di alcune materie miste, precedentemente sottoposte a regole sia civili che canoniche, le quali determinavano interferenze pure sul piano giurisdizionale. Emblematico il caso francese, che non attribuisce più rilevanza al matrimonio religioso e che regola gli enti ecclesiastici come se fossero privati, caducando in radice ogni problema di individuazione della giurisdizione (ecclesiastica o secolare) competente.

Dalla fine degli anni Quaranta dell'Ottocento l'onda del separatismo investe anche alcuni Stati italiani pre-unitari, tra cui quello sabauda, che costituirà il motore della successiva unità nazionale. Proprio in questi anni, il Regno di Sardegna adotta una serie di misure legislative che lo traghettano dalla precedente impostazione giurisdizionalista a quella separatista. Tra queste spicca il nuovo testo costituzionale (Statuto Albertino, 1848) che, sebbene appaia ancora troppo legato al vecchio confessionismo, al punto da qualificare una certa fede come religione di Stato, in realtà pone le fundamenta

ecclesiastico italiano, cit., pp. 115 ss. e 132 ss.; F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, cit., pp. 174 ss.; C. CARDIA, *Le sfide della laicità. Etica, multiculturalismo, Islam*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2007, pp. 22 ss. e 29 ss.; M. CANONICO, *I sistemi di relazione tra Stato e Chiesa*, cit., pp. 148 ss. e 151 ss.; C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, cit., pp. 78 ss. e 75 ss..

³⁶ Riferendosi al separatismo francese, Francesco Ruffini afferma che «il legislatore pone tutti quanti i culti sopra una medesima linea; e prende tutte le precauzioni, non solo perché tutti si possano esercitare liberamente, non solo perché l'un culto non opprime l'altro, ma ancora perché nessun culto si possa fare, com'egli dice, esclusivo o dominante o persecutore», F. RUFFINI, *Lezioni di diritto ecclesiastico italiano*, cit., p. 133. Tali considerazioni valgono anche per quello americano.

³⁷ «Lo Stato è la casa comune per tutti, e tutti sono liberi di coltivare la religione e le opinioni che preferiscono, anche perché la qualità di fideles non incide più sulla vita pubblica», C. CARDIA, *La libertà religiosa tra ascesa e crisi dei diritti umani*, cit., p. 21.

giuridiche dalle quali nascerà il separatismo italiano³⁸. Emblematico il caso della seconda parte del suo art. 1 il quale, proclamando la tolleranza per ogni culto esistente in conformità alla legge, legittima una progressione normativa che ben presto arriva a ritenere che «*la differenza di culto non forma eccezione al godimento dei diritti civili e politici e all'ammissibilità alle cariche civili e militari*» (c.d. Legge Sineo, 19 giugno 1848, n. 735)³⁹.

Se queste innovazioni rappresentano una prima apertura agli embrionali principi di laicità e libertà religiosa, negli anni che seguono si registrano molti altri interventi che rappresentano il frutto più maturo di quel separatismo peninsulare intriso di moderatismo, che cerca di mediare tra esigenze statali ed ecclesiastiche, evitando contrasti accesi con la religione⁴⁰. Tra questi, particolarmente rilevante per quanto di nostro interesse la prima Legge Siccardi del 9 aprile 1850, n. 1013, che sopprime il foro ecclesiastico⁴¹

³⁸ Sul separatismo italiano, cfr. P. BELLINI, *Le leggi ecclesiastiche separatiste e giurisdizionaliste (1848-1868)*, in *La legislazione ecclesiastica*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, a cura di P.A. D'Avack, Neri Pozza, Milano, 1967; G. CAPUTO, *Il separatismo cavouriano*, in *La legislazione ecclesiastica*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, a cura di P.A. D'Avack; G. PEYROT, *La legislazione sulle confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *La legislazione ecclesiastica*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, a cura di P.A. D'Avack, pp. 519 ss.; F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, cit., pp. 155 ss.; A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia. Dalla unificazione ai giorni nostri*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 1981, pp. 3 ss.; M. TEDESCHI, *Il sistema separatista*, cit., pp. 205 ss.; G. LEZIROLI, *Stato e Chiesa*, cit., pp. 110 ss.; P. LILLO, *I limiti all'esercizio della libertà religiosa nell'Italia liberale*, in «Quad. dir. e pol. eccl.», n. 1, 2003; P. BELLINI, *La politica ecclesiastica italiana*, cit., pp. 11 ss.; C. CARDIA, *Le sfide della laicità*, cit., pp. 37 ss.; C. CARDIA, *Risorgimento e religione*, Giappichelli, Torino, 2011; A. FERRARI, *La politica ecclesiastica dell'Italia post-unitaria unitaria: un modello post-Westphaliano*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 7, 2013; M. CANONICO, *I sistemi di relazione tra Stato e Chiese*, cit., pp. 157 ss.; D. MENOZZI, *Art. 7. Costituzione italiana*, Carocci, Roma, 2017, pp. 11 ss..

³⁹ Prima della Legge Sineo si ricordino due importanti riconoscimenti di libertà religiosa, afferenti, però, a culti specifici: da un lato, la Lettera-patente del 17 febbraio 1848, n. 673, diretta ai Valdesi; dall'altro, il Regio Decreto del 29 marzo 1848, n. 688, ed il Decreto Luogotenenziale del 15 aprile 1848, n. 700, diretto agli Israeliti. Con la legge 735/1848, invece, il riconoscimento diviene generalizzato e dà attuazione sia all'art. 1, II° parte, St. Alb., che all'art. 24 St. Alb., per il quale «*tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve le eccezioni determinate dalle Leggi*».

⁴⁰ Cfr. A. FERRARI, *La politica ecclesiastica dell'Italia post-unitaria*, cit., pp. 10-11.

⁴¹ Sulla Legge Siccardi, cfr. P. BELLINI, *Le leggi ecclesiastiche separatiste e giurisdizionaliste*, cit., pp. 155 ss.; O. GIACCHI, *La giurisdizione ecclesiastica nel diritto italiano*, cit., pp. 33 ss.; F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, cit., p. 278; A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia*, cit., pp. 4-5; F. DE GREGORIO, *La legge Siccardi 1013 del 9 aprile 1850 iter storico-politico*,

e crea una giurisdizione unitaria e valida per ogni cittadino. La norma abolisce la competenza civile e penale dei tribunali ecclesiastici⁴², stabilendo che «*gli ecclesiastici sono soggetti, come gli altri cittadini a tutte le leggi penali dello Stato*» (art. 3) e che «*le cause civili tra ecclesiastici e laici od anche tra soli ecclesiastici, spettano alla giurisdizione civile sia per le azioni personali che per le reali o miste di qualunque sorta*» (art. 1). Afferma, poi, la competenza esclusiva dei tribunali civili ad applicare le pene stabilite dalle leggi dello Stato; conseguentemente, riserva ai giudici ecclesiastici la comminazione delle sole pene spirituali, che non possono più essere eseguite dall'autorità statale (art. 4)⁴³. Tutto ciò, in stretta applicazione de «*la più intima essenza dell'idea di separazione: la quale sta appunto in questo, che lo Stato non assuma fra i suoi scopi quello di concorrere ad attuare con l'apporto dei suoi apparati legislativi giurisdizionali o esecutivi, il compito ecclesiastico; né esiga che la Chiesa concorra coi suoi mezzi a realizzare il compito statale; ma che entrambi procedano ciascuno per la propria strada, senza interferenze reciproche nei rispettivi campi d'esclusiva competenza*»⁴⁴.

In seguito all'Unità del 1861, la Legge Siccardi, così come tutta la normativa piemontese, si estende all'intero territorio nazionale⁴⁵, consentendo al Regno d'Italia di avere, sin dalla sua nascita, un sistema giurisdizionale uguale per tutti i cittadini. Un sistema che, da un lato non concede spazi civili alle pronunce ecclesiastiche, nemmeno nelle materie storicamente demandate alla *iurisdictio Ecclesiae* come quella matrimoniale, dall'altro si disinteressa della *potestas iudicialis* interna alla Chiesa ed afferente alle sanzioni spirituali (cfr. art. 4 Legge Siccardi).

in ID., *Osservazioni su alcuni temi di storia e diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 61 ss.; C. CARDIA, *Risorgimento e religione*, cit., pp. 84-85;

⁴² Come rileva Carlo Cardia, «*i tribunali ecclesiastici erano competenti in materia di matrimonio, decime, patronato ecclesiastico, e nelle cause civili nelle quali fosse convenuto un chierico. In materia penale, i giudizi sui reati di eresia, bestemmia, di offesa alla religione erano riservati alle curie vescovili*», C. CARDIA, *Risorgimento e religione*, cit., p. 84, nt. 35.

⁴³ Per completezza espositiva, si ricordi che l'art. 6 della riferita legge sopprime altresì il diritto di asilo per coloro che si rifugiano nelle chiese ovvero in altri luoghi fino ad allora considerati immuni.

⁴⁴ P. BELLINI, *Le leggi ecclesiastiche separatiste e giurisdizionaliste*, cit., p. 156. Analog., cfr. G. CAPUTO, *Il separatismo cavouriano*, cit.; M. TEDESCHI, *Il sistema separatista*, cit.; F. DE GREGORIO, *La legge Siccardi 1013 del 9 aprile 1850 iter storico-politico*, cit., pp. 65-66.

⁴⁵ Sull'estensione della legislazione piemontese all'Italia unita (c.d. piemontesizzazione d'Italia), cfr. P. BELLINI, *Le leggi ecclesiastiche separatiste e giurisdizionaliste*, cit., pp. 165 ss.; G. D'AMELIO, *La proclamazione dell'Unità d'Italia e i problemi di politica ecclesiastica*, in *La legislazione ecclesiastica*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, a cura di P.A. D'Avack, pp. 55 ss.; L. SPINELLI, *Diritto ecclesiastico*, cit., pp. 120 ss..

Nella stessa direzione va anche la Legge delle Guarentigie del 13 maggio 1871, n. 214, nota per aver regolamentato la situazione del papa in seguito alla caduta dello Stato pontificio ed alla conseguente annessione di Roma all'Italia⁴⁶. Questa norma elimina ogni possibile residua intromissione statale nell'esercizio del potere giurisdizionale ecclesiastico tant'è che il suo art. 17 abolisce definitivamente l'appello per abuso, indi priva lo Stato del principale strumento per sindacare qualunque tipologia di provvedimento ecclesiastico, anche di natura strettamente giurisdizionale⁴⁷. Tale scelta evidenzia il deciso, definitivo e formale abbandono di uno dei più importanti diritti maiestatici, tipico degli ordinamenti giurisdizionalisti, ma stridente con quelli separatisti. Ed esalta ancora una volta il mutato rapporto Stato-Chiesa, che porta il comma 2 dello stesso articolo a rimettere al giudice dello Stato ogni valutazione circa l'eventuale rilevanza civile del provvedimento ecclesiastico, che è comunque tendenzialmente esclusa (comma 3)⁴⁸.

Come è facile intuire, l'innovazione separatista in tema di rilevanza secolare della *potestas iudicialis* ecclesiastica e di non ingerenza statale nelle decisioni dei giudici della Chiesa rappresenta una svolta fondata su ragioni molto più profonde della semplice promulgazione di leggi che dispongano in tal senso. In questi anni, l'essenza separatista penetra nella coscienza dello Stato, il quale fa propria la volontà «*di distinguere e tener distinta [anzi di «scindere»] l'esperienza di vita nella civitas dalla esperienza di vita nella ecclesia*»⁴⁹, superando quella secolare sinergia tra potere temporale e cattolicità. Di questo percorso, i mutamenti nel campo giurisdizionale rappresentano un'importante testimonianza nella misura in cui lo Stato, da un lato, attrae a sé ogni competenza civilmente rilevante, dall'altro lascia alla Chiesa la libertà di esercitare la propria giurisdizione in senso stretto, fondata sul diritto canonico, ma limitandone gli effetti al campo fideistico.

Se l'ordinamento separatista e liberale funge da argine alla rilevanza secolare delle pronunce ecclesiastiche, quello neo-confessionista fascista determina la reviviscenza di una porzione di giurisdizione ecclesiastica civilmente rilevante, senza mai porre in dubbio, però, l'eliminazione

⁴⁶ *Ex multis*, cfr. C. CARDIA, *Risorgimento e religione*, cit., pp. 171 ss..

⁴⁷ Sull'art. 17 della Legge delle Guarentigie, cfr. P.G. CARON, *L'appello per abuso*, cit., pp. 463 ss.; S. LARICCIA, *Giurisdizione ecclesiastica*, cit., pp. 480-481; O. GIACCHI, *La giurisdizione ecclesiastica nel diritto italiano*, cit., pp. 47 ss.; D. MENOZZI, *Art. 7*, cit., p. 22.

⁴⁸ Riferendosi agli atti dell'autorità ecclesiastica, i commi 2 e 3 dell'art. 17, L. 214/1871, affermano: «2. *La cognizione degli effetti giuridici, così di questi come di ogni altro atto di esse Autorità, appartiene alla giurisdizione civile.* 3. *Però tali atti sono privi di effetto se contrari alle Leggi dello Stato od all'ordine pubblico, o lesivi dei diritti dei privati, e vanno soggetti alle Leggi penali se costituiscono reato.*».

⁴⁹ P. BELLINI, *La politica ecclesiastica italiana*, cit., p. 15.

dell'appello per abuso. Sullo sfondo, la rinnovata colleganza tra Stato e Chiesa cattolica, che soddisfa i loro opposti interessi⁵⁰ e costituisce l'approdo più maturo di quel percorso di riavvicinamento iniziato nei primi anni del Novecento. Il nuovo sodalizio è suggellato dai Patti Lateranensi del 1929, che chiudono definitivamente la c.d. Questione romana⁵¹ e determinano una rinnovata primazia della Chiesa cattolica, alla quale viene riservata una posizione privilegiata sul piano giuridico e sociale⁵². Tutto ciò, senza mai mettere in discussione alcune delle fondamentali conquiste del separatismo, tra cui il principio della scissione tra le due entità nonché, almeno formalmente, quello di libertà religiosa, che però viene drasticamente ridotto nei fatti⁵³.

Tra i nuovi vantaggi che il fascismo riconosce alla Chiesa, una

⁵⁰ Se da un lato Mussolini individua nel Cattolicesimo un ottimo mezzo politico, tanto da affermare nel Congresso fascista di Roma del 7 novembre del 1921 che «*il Cattolicesimo può essere utilizzato per l'espansione nazionale*», dall'altro la Chiesa intravede nella nuova colleganza con lo Stato l'occasione per recuperare qualche privilegio perso nel periodo liberale, per riconquistare una minima sovranità territoriale e per arrestare l'avanzata del comunismo. Sul rapporto tra fascismo e Chiesa cattolica, cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *Italia e Santa Sede. Dalla grande guerra alla Conciliazione. Aspetti politici e giuridici*, Laterza, Bari, 1966; F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il fascismo e i tentativi di conciliazione*, in *La legislazione ecclesiastica*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, a cura di P.A. D'Avack; A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia*, cit.; M. TEDESCHI, *Fascismo e Chiesa cattolica in Italia*, in ID., *Saggi di diritto ecclesiastico*, cit.; P. BELLINI, *La politica ecclesiastica italiana*, cit.; M. CANONICO, *I sistemi di relazione tra Stato e Chiese*, cit.

⁵¹ Cfr. C. CARDIA, *Risorgimento e religione*, cit., pp. 171 ss..

⁵² Più che con gli interventi legislativi, il clima conciliativo «*si determina poco per volta, senza una linea direttiva ben precisa, grazie a contatti personali o ad intese ufficioso con la S. Sede, attraverso l'ordinaria azione di governo o l'emanazione di semplici circolari ministeriali, istruzioni, comunicati ufficiosi di stampa o l'applicazione di norme ecclesiastiche vigenti, ma non più applicate, o, in alcuni casi, l'adozione di nuovi, specifici provvedimenti legislativi*», F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il fascismo e i tentativi di conciliazione*, cit., p. 254.

⁵³ Nel periodo fascista, la riduzione in concreto degli spazi di libertà religiosa è progressiva. Origina dalla qualificazione della Chiesa cattolica come religione di Stato di cui ai Patti Lateranensi e prosegue con la previsione di una norma specifica sui culti acattolici (c.d. Legge sui culti ammessi, 24 giugno 1929, n. 1159), e di un decreto attuativo che riduce di molto i loro spazi di libertà (R.D. 28 febbraio 1930, n. 289). Tutto ciò si riverbera nei campi più disparati. Nel settore penale, il nuovo codice punisce il vilipendio o la bestemmia della sola religione di Stato. In quello amministrativo, il combinato disposto della Legge sui culti ammessi e del T.U. Pubblica Sicurezza limita enormemente la libertà di riunione dei fedeli acattolici (cfr. art. 2 R.D. 289/1930 e art. 18 R.D. 18 giugno 1931, n. 773). Per alcune confessioni vieta addirittura lo svolgimento di qualsiasi tipologia di rito; ed è il caso non solo dei Pentecostali, con la Circolare Buffarini Guidi, ma anche di Testimoni di Geova e delle Associazioni degli Studenti della Bibbia (anni '39 e '40). Sfocia, infine, nella promulgazione dell'inumana legislazione razziale antisemita, che priverà gli Ebrei di tutto, anche della vita.

posizione importante è occupata proprio dalla rinascita di una porzione di giurisdizione ecclesiastica civilmente rilevante, che si fonda su una base giuridica del tutto nuova. Essa rivive all'interno di un atto internazionale di natura pattizia che, lungi dal ristabilire quel legame tra trono e altare tipico delle epoche pre-separatiste, plasma la nuova amicizia tra Stato e Chiesa cattolica sull'indiscutibile presupposto della loro separazione. In ragione di ciò, ogni concessione alla seconda è frutto di un accordo, di una trattativa tra le parti, e gode tendenzialmente di un campo limitato e ben definito. Cosa che accade anche per la rinata rilevanza secolare delle sentenze ecclesiastiche.

L'art. 34 del Concordato del 1929 riserva a tribunali e dicasteri ecclesiastici la competenza per «*le cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa dal matrimonio rato e non consumato*», prevedendo altresì che le loro pronunce possano penetrare nell'ordinamento civile, a determinate condizioni e all'esito di un procedimento di controllo formale. A prescindere dalle modalità di concreto funzionamento di un sistema ormai superato⁵⁴, l'originaria impostazione concordataria attribuisce ai giudici della Chiesa un potere giurisdizionale esclusivo in una determinata materia, escludendo ogni spazio per la giurisdizione statale. Fa salva, però, la competenza statale in ogni altro ambito, tanto che il combinato disposto degli artt. 1 e 34, Conc. '29, esclude che qualsiasi altra sentenza ecclesiastica possa avere rilevanza nell'ordinamento civile.

Pertanto, se la mentovata reviviscenza di giurisdizione ecclesiastica civilmente rilevante sembra riavvolgere il nastro del passato, l'arretramento è soltanto parziale ed è conseguenza di un patto anche politico, che non determina affatto un complessivo ritorno alla situazione pre-separatista di compenetrazione tra poteri e giurisdizioni. Tanto emerge da una pluralità di elementi, che vanno tutti nella direzione indicata. Innanzitutto, dalla salda competenza dello Stato a giudicare ogni tipo di controversia civilmente rilevante, ad eccezione di una sola materia rigidamente predeterminata nel quadro di un più ampio accordo di diritto internazionale. In secondo luogo, dall'incapacità delle pronunce rese dalla giurisdizione ecclesiastica di produrre effetti secolari⁵⁵, sempre ad esclusione dell'ipotesi di cui all'art. 34, Conc. '29. Da ultimo, dall'assenza per lo Stato di un potere di sindacare nel merito le decisioni dei giudici della Chiesa, anche se afferenti a nullità matrimoniali.

⁵⁴ *Ex mutis*, cfr. O. GIACCHI, *La giurisdizione ecclesiastica nel diritto italiano*, cit., pp. 71 ss..

⁵⁵ Nonostante l'incapacità a produrre effetti civili, lo Stato si impegna espressamente ad assicurare «*alla Chiesa cattolica il libero esercizio [...] della sua giurisdizione in materia ecclesiastica*» (art. 1, Conc. '29).

4. *Gli spazi di potestas iudicialis canonica matrimoniale nell'ordinamento costituzionale, tra laicità e libertà religiosa*

Al termine della Seconda Guerra Mondiale, l'Italia si adagia in un nuovo archetipo di ordinamento secolare, dando vita ad una repubblica democratica, plasmata sul modello dello Stato laico sociale. La sua spiccata vena antropocentrica muta l'essenza ed il fine dell'apparato statale, che ora tende a rivestire il ruolo di massimo garante dei diritti e delle libertà del cittadino, anche mediante la ricerca attiva e costante di soluzioni che soddisfino i bisogni dei consociati⁵⁶.

L'evoluzione investe pure la Costituzione del 1948⁵⁷, influenzandone le disposizioni afferenti al religioso. Ciò consente l'emersione di una laicità – assente *per tabulas*, ma presente nello spirito costituzionale, come affermerà molto più tardi la Consulta⁵⁸ – e di una libertà religiosa finalmente mature, declinate in maniera positiva, aperta e plurale; sicuramente molto differenti da quelle ottocentesche⁵⁹ o tipiche di esperienze straniere coeve⁶⁰.

Naturalmente il cambiamento di assetto statale e costituzionale, così come i mutamenti di prospettiva in materia religiosa, non producono effetti immediati. Non determinano l'improvvisa caduta di quella posizione di privilegio, anche sociale, lungamente goduta dalla Chiesa cattolica, per il sol fatto che il nuovo spirito costituzionale disponga in tal senso. Anzi, negli anni

⁵⁶ Cfr. P. LILLO, *Diritti fondamentali e principi costituzionali*, in AA. VV., *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, vol. II, CEDAM, Padova, 2000, p. 1122, che parla di «funzionalizzazione della sovranità statale alla realizzazione e alla salvaguardia delle libertà fondamentali della persona umana»; A. FERRARI, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Carocci, Roma, 2012, p. 41; C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, cit., pp. 98-99.

⁵⁷ Cfr. R. BOTTA (a cura di), *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006; G. TESAURO, *Corte costituzionale e libertà religiosa*, in *Libertà religiosa, diritti umani, globalizzazione*, Atti del convegno (Senato della Repubblica 5 maggio 2016), a cura di R. Benigni, Prefazione di G. Napolitano, p. 55.

⁵⁸ Cfr. Corte cost., 12 aprile 1989, n. 203, che definisce la laicità «uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale».

⁵⁹ Emblematico il caso della nuova libertà religiosa, la quale si distacca dall'impostazione ottocentesca che tende a tutelarla soltanto in negativo, ossia come spazio da preservare al cittadino, ed assume una veste antropocentrica, che ne allarga gli orizzonti (cfr. A. FERRARI, *La libertà religiosa in Italia*, cit., pp. 41, 50) preservando tutti quei comportamenti che ne costituiscono pratica attuazione, anche in pubblico (cfr. L. MUSSELLI, *Libertà religiosa e di coscienza*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, IV ed., vol. IX, UTET, Torino, 1994, p. 222). In argom., cfr. P. MONETA, *Stato sociale e fenomeno religioso*, Giuffrè, Milano, 1984; C. CARDIA, *Stato laico*, cit..

⁶⁰ L'esempio classico è la Francia che, in attuazione della *laïcité*, cerca di eliminare la religione da ogni spazio pubblico e di ridurre l'esperienza religiosa individuale alla sola sfera privata.

immediatamente successivi alla promulgazione della Carta fondamentale, il *favor* strisciante per tale confessione continua ad emergere in vari momenti, anche altissimi. Caratterizza il dibattito in sede di Assemblea costituente, influenza la redazione e l'interpretazione di alcune disposizioni costituzionali⁶¹, legittima la persistente vigenza di discipline meno favorevoli per gli acattolici⁶², condiziona la coscienza generale dei cittadini⁶³. Insomma, incide in vario modo su tutto il periodo immediatamente successivo alla promulgazione della Costituzione (c.d. periodo di eversione costituzionale), nel quale secondo autorevole dottrina persiste ancora un regime quasi confessionale⁶⁴.

Come è ragionevole supporre, all'interno di una realtà socio-giuridica di tal tipo, ancora fortemente legata alla primazia del Cattolicesimo, le norme concordatarie che attribuiscono ai tribunali della Chiesa il potere di decidere in via esclusiva e con effetti nell'ordinamento secolare le controversie sorte in alcune materie predeterminate non trovano opposizioni particolari, né in dottrina, né tantomeno in giurisprudenza⁶⁵. Ragion per cui, continuano a vivere assolutamente indisturbate.

La situazione muta nei decenni successivi, in seguito al rafforzamento giuridico e sociale di quei principi di laicità e libertà religiosa rimasti precedentemente imbrigliati in un sistema che attribuiva loro un'effettività

⁶¹ Si ricordi, in particolare, il dibattito in Assemblea costituente sulla redazione dell'art. 8 Cost., conclusosi con la vittoria di una formula che legittima possibili trattamenti di favore per la Chiesa cattolica (cfr. A. FERRARI, *La libertà religiosa in Italia*, cit., p. 49; M. MADONNA, *Profili storici del diritto di libertà religiosa nell'Italia post-unitaria*, Libellula, Tricase, 2012, pp. 50-51; P. CARETTI, *Art. 8. Costituzione italiana*, Carocci, Roma, 2017, pp. 36-37). Nonché le discussioni ermeneutiche sulla qualificazione dell'art. 19 Cost., che negli anni immediatamente successivi alla Costituzione viene ritenuta una norma meramente programmatica, priva di immediata precettività. Cfr. M. MADONNA, *Profili storici del diritto di libertà religiosa nell'Italia post-unitaria*, cit., p. 55-56; G. AMATO, *La libertà religiosa nell'attuale scenario internazionale*, in *Libertà religiosa, diritti umani, globalizzazione*, Atti del convegno (Senato della Repubblica 5 maggio 2016), a cura di R. Benigni, *Prefazione* di G. Napolitano, p. 38. In giurispr., cfr. Cass., Sez. Un., 7 febbraio 1948.

⁶² Tra queste la persistente vigenza di molte norme (anche penali) che favoriscono la Chiesa cattolica; oppure, la perpetuata applicazione a svantaggio degli acattolici di leggi ed atti amministrativi che contrastano con i diritti e le libertà previsti in Costituzione.

⁶³ Emblematiche la generale avversione all'ateismo e la persistente diffidenza nei confronti degli acattolici, fenomeni che sfociano nella diffusa solidarietà a quel vescovo che aveva condannato pubblicamente la scelta di una coppia di sposarsi con il solo rito civile.

⁶⁴ Cfr. A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia*, cit., pp. 311 ss.; S. LARICCIA, *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, in «Dir. eccl.», parte I, fasc. 2, 1995, pp. 389 ss.; A. FERRARI, *La libertà religiosa in Italia*, cit., pp. 53 ss.; M. MADONNA, *Profili storici del diritto di libertà religiosa nell'Italia post-unitaria*, cit., pp. 54-55; D. MENOZZI, *Art. 7*, cit., pp. 103 ss..

⁶⁵ Cfr. Cass., 23 ottobre 1964, n. 2651; Cass., 8 aprile 1981, n. 2011.

scarsissima, se non del tutto nulla. Dagli anni Sessanta del secolo scorso⁶⁶, gli interventi del legislatore e dei giudici costituzionali⁶⁷, uniti alle nuove posizioni di papa Paolo VI⁶⁸ e del Concilio Vaticano II⁶⁹ in tema di rapporto Stato-Chiesa e di libertà connesse alla religione⁷⁰, determinano la progressiva diffusione di questi corollari, sia nell'ordinamento, che nella coscienza di una società ancora convintamente cattolica e fortemente condizionata dalle posizioni della Chiesa. Ed incentivano altresì la creazione di un sostrato politico e culturale capace di stimolare l'apertura di quel lungo processo di riforma del testo concordatario⁷¹, che si concluderà soltanto circa venti anni dopo.

Nel 1984, nel dichiarato intento di adeguare il Concordato allo spirito costituzionale ed agli insegnamenti del Concilio Vaticano II⁷², l'Accordo di Villa Madama riforma il testo pattizio vigente tra Italia e Santa Sede, cancellando le sue disposizioni più marcatamente anacronistiche e con essi contrastanti. Tra queste, il vecchio art. 34, sostituito da una norma

⁶⁶ Cfr. A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia*, cit., pp. 315 ss..

⁶⁷ Cfr. G. TESAURO, *Corte costituzionale e libertà religiosa*, cit.; S. LARICCIA, *Il decennio 1958-1968: un decennio importante per la storia dei rapporti tra Stato e Chiesa*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 17, 2018, pp. 5, 18 ss..

⁶⁸ Cfr. C. CARDIA – R. BENIGNI (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI. Il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e amore per l'Italia*, Atti del convegno (Roma, Basilica di San Paolo fuori le Mura, 8 novembre 2017), Roma TrE-Press, Roma, 2018.

⁶⁹ Cfr. F. DE GREGORIO, *Il Concilio Vaticano II e la libertà religiosa*, e G. ZIZOLA, *Il Concilio Vaticano II. Appunti per un bilancio*, entrambi in F. DE GREGORIO, *Variazioni sul tema della laicità. Dialogando a proposito di alcuni principi del Concilio Vaticano II e della libertà religiosa. Un dibattito storico-culturale ancora aperto*, Aracne, Roma, 2006.

⁷⁰ Cfr. G. LEZIROLI, *Stato e Chiesa*, cit., pp. 133 ss.; S. LARICCIA, *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, cit., p. 390; M. MADONNA, *Profili storici del diritto di libertà religiosa nell'Italia post-unitaria*, cit., pp. 61 ss.; G. DALLA TORRE, *Libertà religiosa*, in ID., *Il punto. Etica, Politica, Diritto*, Studium, Roma, 2016, pp. 46-47; Card. G. BETORI, *Magistero della Chiesa e libertà religiosa: evoluzione e impegno attuale*, in *Libertà religiosa, diritti umani, globalizzazione*, Atti del convegno (Senato della Repubblica 5 maggio 2016), a cura di R. Benigni, *Prefazione* di G. Napolitano, p. 50; S. LARICCIA, *Il decennio 1958-1968*, cit., pp. 13 ss..

⁷¹ Cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *Lo scenario politico e culturale della Revisione*, in A.G. CHIZZONITI (a cura di), *Agostino Casaroli: lo sguardo lungo della Chiesa*, Vita e Pensiero, Milano, 2015, pp. 89 ss.; S. LARICCIA, *Il decennio 1958-1968*, cit., pp. 20 ss.. Limitatamente ai mutamenti interni alla cattolicità, cfr. G. DALLA TORRE, *I cattolici italiani e la riforma concordataria del 1984*, in A.G. CHIZZONITI (a cura di), *Agostino Casaroli: lo sguardo lungo della Chiesa*, cit., pp. 97 ss.. Nel suo diario privato, il politico socialista Pietro Nenni ricorda che, nel corso di un incontro con papa Paolo VI dell'aprile 1965, anche il pontefice propende per la revisione del Concordato. Posizione confermata nel marzo 1966, nel corso di una visita di Paolo VI al Presidente della Repubblica Giuseppe Saragat.

⁷² «La Santa Sede e la Repubblica italiana tenuto conto del processo di trasformazione politica e sociale verificatosi in Italia negli ultimi decenni e degli sviluppi promossi nella Chiesa dal Concilio Vaticano II» (cfr. primo considerando dell'Accordo del 1984).

che apporta cambiamenti dirompenti in tema di giurisdizione ecclesiastica civilmente rilevante.

L'art. 8, comma 2, dell'Accordo prevede la possibilità per «*le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, che siano munite del decreto di esecutività del superiore organo ecclesiastico di controllo*», di essere dichiarate efficaci nell'ordinamento italiano, con sentenza della Corte d'appello competente, resa su domanda di parte, dopo aver controllato la sussistenza di alcune condizioni predeterminate⁷³. La disposizione presenta subito un duplice pregio. Da un lato, elimina la competenza esclusiva dei giudici della Chiesa in materia di nullità del matrimonio concordatario⁷⁴, creando un sistema di doppia concorrente giurisdizionale⁷⁵, che consente a chiunque voglia ottenere una simile pronuncia di adire tanto il giudice confessionale, quanto quello statale, al ricorrere delle condizioni previste dal

⁷³ Il testo concordatario richiede le seguenti condizioni: l'afferenza della pronuncia ecclesiastica ad un matrimonio c.d. concordatario; il rispetto nel corso del procedimento canonico del diritto di difesa delle parti, interpretato alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento italiano; la ricorrenza delle altre condizioni richieste dalla legge italiana per dichiarare l'efficacia interna di sentenze straniere.

⁷⁴ Sull'eliminazione o meno della giurisdizione ecclesiastica esclusiva in tema di nullità matrimoniale la dottrina è stata lungamente divisa. Da una parte, i sostenitori della sua persistenza, i quali facevano principalmente riferimento all'origine tutta canonica del vincolo matrimoniale, la quale si sarebbe riverberata sull'individuazione del giudice dotato di giurisdizione. Dall'altra, i fautori della sua eliminazione, che fondavano la loro tesi su una pluralità di elementi: l'origine contemporaneamente canonica e civile del vincolo, giusta l'intervenuta trascrizione del matrimonio concordatario; la mancata riproduzione di una riserva espressa nel Nuovo Accordo; l'abrogazione delle disposizioni del vecchio Concordato non espressamente riprodotte nel testo del 1984 (art. 13, Accordo '84); la sussistenza tra le condizioni da verificare per la delibazione della sentenza canonica della sua non contrarietà ad altra pronuncia resa dal giudice italiano e la non contestuale pendenza innanzi a tale giudice di un giudizio tra le stesse parti e avente il medesimo oggetto (art. 797, nn. 5 e 6, c.p.c., il quale, nonostante sia stato abrogato dalla L. 218/1995, è dichiarato – da costante giurisprudenza di legittimità – ultra-attivo dopo la sua abrogazione, «*almeno in riferimento alle delibazioni delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*»: *ex multis*, cfr. Cass., Sez. Un., 18 luglio 2008, n. 19809; analog. Cass., Sez. I, 10 maggio 2006, n. 10796). La controversia viene risolta dalla Corte di Cassazione, che si pronuncia in favore dell'abrogazione della giurisdizione esclusiva (cfr. Cass., Sez. Un., 13 febbraio 1993, n. 1824; Cass., Sez. I, 18 aprile 1997, n. 3345; Cass., Sez. Un., 18 luglio 2008, n. 19809). Ciò nonostante la Corte costituzionale, e con essa parte della dottrina, sono di contrario avviso: in giurispr., cfr. Corte cost., 1° dicembre 1993, n. 421; in dottr., cfr. R. COPPOLA, *Rapporti tra giurisdizione civile ed ecclesiastica*, in C. CARDIA (a cura di), *Studi in onore di Anna Ravà*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 265 ss..

⁷⁵ Cfr. C. CARDIA, *Matrimonio concordatario. Nuovo equilibrio tra ordinamenti*, in G. DALLA TORRE – C. GULLO – G. BONI (a cura di), *Veritas non auctoritas facit legem. Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, L.E.V., Città del Vaticano, 2012, pp. 181 ss..

Codice civile. Dall'altro, sopprime il recepimento automatico ed officioso delle pronunce canoniche di nullità, sostituendolo con un *iter* che necessita dell'istanza di almeno una delle parti interessate. Fa salva, però, la possibilità per alcune pronunce ecclesiastiche di generare, a determinate condizioni, effetti nell'ordinamento secolare.

Proprio la mancata radicale caducazione della rilevanza civile delle pronunce canoniche potrebbe apparire agli occhi di alcuni la dimostrazione dell'incompletezza dell'aggiornamento del testo pattizio ai principi costituzionali e conciliari. In realtà, così non è. Anzi, una valutazione di tal tipo risulta affrettata e riduttiva, certamente bisognosa di essere calmierata dai concetti di laicità e libertà religiosa vigenti nel nostro ordinamento.

Muovendo dalle parole della Corte costituzionale, «*il principio di laicità [...] implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale*»⁷⁶. Tale definizione, oltre a tradursi nell'apertura ad ogni possibile posizione sulla fenomenologia religiosa, pure atea o agnostica, implica – dal punto di vista pratico – l'impegno dello Stato nel cercare di soddisfare ogni lecito bisogno religioso o areligioso del consociato⁷⁷. Ad essa si affianca la libertà religiosa, che pure viene vissuta in un'ottica pluralista e finalmente positiva: vale a dire, non più finalizzata ad individuare e positivizzare quei divieti che dovrebbero garantirne il godimento, ma funzionalizzata a fornire all'individuo gli strumenti di cui necessita per vivere un'esperienza religiosa piena ed appagante, qualora richiesta⁷⁸.

Sulla scorta di tali precisazioni, ogni giudizio di valore sull'art. 8,

⁷⁶ Corte cost., 12 aprile 1989, n. 203. In dottr., tra i tanti, cfr. C. CARDIA, *Stato laico*, cit.; S. LARICCIA, *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, cit.; M. TEDESCHI (a cura di), *Il principio di laicità nello stato democratico*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1996; P. CAVANA, *Interpretazioni della laicità: esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, AVE, Roma, 1998; S. DOMIANELLO, *Sulla laicità nella costituzione*, Giuffrè, Milano, 1999; C. MIRABELLI, *Prospettive del principio di laicità*, in «Quad. dir. e pol. eccl.», n. 2, 2001; F. FINOCCHIARO, *Alle origini della laicità statale*, in «Dir. eccl.», fasc. 4, 2002; F. MARGIOTTA BROGLIO, *La laicità dello Stato*, in G. PRETEROSI (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Laterza, Roma-Bari, 2005; C. CARDIA, *Le sfide della laicità*, cit.; M. JASONNI, *Alle radici della laicità*, II ed., Il Ponte, Firenze, 2009.

⁷⁷ «*Parlare di laicità dello stato non vuol dire che lo Stato-comunità non possa e non debba essere carico di valori religiosi [...]. Certo, il concetto di laicità dello Stato non esclude la presenza di valori religiosi nella comunità*», S. LARICCIA, *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, cit., p. 387.

⁷⁸ Nella sterminatezza dei lavori sul tema, ci si limita a richiamare una delle opere più recenti che consente di cogliere a pieno il concetto di libertà religiosa positiva: *Libertà religiosa, diritti umani, globalizzazione*, Atti del convegno (Senato della Repubblica 5 maggio 2016), a cura di R. Benigni, *Prefazione* di G. Napolitano.

comma 2, dell'Accordo muta. Il sistema derivato dalle modifiche del 1984, lungi dall'entrare in contrasto con i corollari suddetti, ne costituisce un evidente mezzo di attuazione e concretizzazione. Infatti, da un lato assicura al consociato la possibilità di rivolgersi all'autorità giudiziaria cattolica per ottenere una pronuncia sulla validità o meno del vincolo matrimoniale efficace nel solo ordinamento canonico; dall'altro, gli riconosce la facoltà di instaurare un particolare procedimento civile che gli consenta di far entrare detta sentenza nell'ordinamento secolare; dall'altro ancora, gli fornisce il diritto di adire sin dall'origine soltanto il giudice dello Stato per ottenere una pronuncia sull'eventuale nullità, che avrà un'efficacia meramente civile. Pertanto, tutela la libertà religiosa del cattolico che voglia farsi giudicare dalla sola autorità canonica o che voglia dare rilevanza civile al provvedimento confessionale ottenuto. Ma garantisce altresì la libertà del credente di non adire necessariamente i tribunali ecclesiastici o, ancor di più, quella di colui che abbia mutato le proprie convinzioni religiose dopo essersi sposato con rito concordatario, indi non voglia più sottoporsi al giudizio di una Corte che rappresenta una confessione che nel frattempo ha ripudiato⁷⁹. Tutto ciò, nell'ampia cornice del principio di laicità, che – sancisce la Consulta – *«implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni»*⁸⁰.

In base alle considerazioni esposte, la persistente vigenza di una porzione di giurisdizione ecclesiastica con possibile rilevanza civile non tradisce i principi di laicità e libertà religiosa. Così come non li rinnega la previsione di un'eventuale efficacia civile per le sole pronunce canoniche, e non anche per quelle rese da altre confessioni, giusta le motivazioni storiche e giuridiche che sorreggono tale scelta. Per le prime, riveste un ruolo fondamentale la secolare vicinanza tra società italiana e Cattolicesimo⁸¹, che persiste ancora oggi e rappresenta tuttora una valida spinta al mantenimento di un sistema che consenta l'ingresso di alcune pronunce canoniche nell'ordinamento secolare. E ciò, non per un'ingiusta ed impensabile reviviscenza dell'ormai superato criterio che giustifica trattamenti differenziati tra confessioni più o meno numerose, bensì per assecondare le istanze dei vari cittadini cattolici

⁷⁹ Cfr. C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, cit., p. 396. In argom., si ricordi la recentissima pronuncia della Cass., Sez. VI, 9 marzo 2018, n. 5670, che afferma l'inesistenza nell'ordinamento italiano del diritto del coniuge cattolico praticante di sottoporre esclusivamente al tribunale rotale la questione dello scioglimento del vincolo matrimoniale. E questo, anche per non limitare lo *ius poenitendi* o la riservatezza delle scelte religiose dell'altro coniuge.

⁸⁰ Corte cost., 12 aprile 1989, n. 203.

⁸¹ Cfr. G.B. VARNIER (a cura di), *Fattore religioso, ordinamenti e identità nazionale nell'Italia che cambia*, Accademia Ligure di Scienze e Lettere, Genova, 2004; C. CARDIA, *La Chiesa tra storia e diritto*, Giappichelli, Torino, 2010; S. FERRARI, *Diritto e religione nella storia d'Europa*, cit..

che, ancora oggi, vogliono sottoporsi al giudizio dell'autorità confessionale in cui credono. Per le altre, è assorbente il richiamo alla strutturazione della cattolicità, debitamente evidenziata dall'art. 7, comma 1, Cost., che «*considera la Chiesa cattolica come un ordinamento primario, sovrano e indipendente*»⁸², cioè come «*una istituzione con tutti i caratteri e tutte le funzioni fondamentali di un ordinamento giuridico autonomo*»⁸³.

Ma vi è di più. Il legame che sussiste tra il sistema del 1984 ed i mentovati principi di laicità e libertà religiosa determina anche un altro importante effetto. Con discreta probabilità, esso incarna una delle ragioni più forti per le quali siffatto modello non ha mai avvertito l'esigenza di adeguarsi alle modifiche sul metodo di recepimento delle sentenze straniere in Italia, di cui alla riforma del sistema di diritto internazionale privato e, successivamente, ai Regolamenti UE.

L'affermazione che precede necessita di essere approfondita. In accoglimento delle tesi internazionaliste sull'eliminazione degli ostacoli al commercio internazionale ed alla libera circolazione dei valori giuridici e dei provvedimenti giudiziari⁸⁴, la legge 31 maggio 1995, n. 218 determina il generale passaggio da un modello che condiziona il recepimento delle pronunce straniere all'esito di un preventivo giudizio di verifica condotto dal giudice nazionale, ad un altro che riconosce loro efficacia automatica, al ricorrere di alcuni requisiti prestabiliti, della cui sussistenza può eventualmente chiedersi un accertamento pretorio *ex post*⁸⁵. Analogamente nello spazio UE, in relazione alla materia matrimoniale, prima il Regolamento Bruxelles II⁸⁶, poi Bruxelles II bis⁸⁷, che abroga il precedente, fissano il principio del riconoscimento automatico delle decisioni rese dai giudici di uno Stato membro, al ricorrere di determinate condizioni e sempre salva la possibilità

⁸² C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, cit., p. 260.

⁸³ *Atti dell'Assemblea Costituente*, 21 novembre 1946, p. 419, intervento on. Giuseppe Dossetti. Nel prosieguo del suo intervento, il costituente sottolinea come la dottrina abbia concordemente attribuito alla Chiesa la natura di ordinamento originario e sovrano.

⁸⁴ «*Nell'elenco degli intralci, gli studiosi di diritto internazionale-privato annoveravano di solito, e in veste di capofila, proprio il giudizio di delibazione che, in quel tipo di prospettiva, compariva ormai come un tentativo anacronistico di sottrarsi al diritto convenzionale o come un inutile aggravamento procedurale dello stesso*», M.C. FOLLIERO, *Giurisdizione ecclesiastica matrimoniale e diritto internazionale privato*, EDISUD, Salerno, 1996, p. 59.

⁸⁵ Artt. 64 ss.. In argom., cfr. C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. III, XXV ed., Giappichelli, Torino, 2016, pp. 391 ss..

⁸⁶ Artt. 14 ss., Regolamento (CE), n. 1347/2000, 29 maggio 2000.

⁸⁷ Artt. 21 ss., Regolamento (CE), n. 2201/2003, 27 novembre 2003. Si ricordi, inoltre, che tale Regolamento sostituisce Bruxelles II, che pertanto è abrogato (cfr. Considerando n. 28).

di contestazione⁸⁸. Principio indirettamente confermato dal Regolamento Roma III, che instaura invece una cooperazione rafforzata ex art. 20 TUE in tema di divorzio e separazione, vincolante per i soli Stati che hanno deciso di parteciparvi⁸⁹.

I rovesciamenti di prospettiva non investono le pronunce canoniche di nullità matrimoniale, che continuano ad essere assoggettate al procedimento di delibazione. Infatti, ai sensi dell'art. 2 della legge 218, la riforma del sistema di diritto internazionale privato «non pregiudica [pregiudicano] l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia»; indi, non travolge quanto pattiziamente previsto dall'Accordo del 1984. Similmente, l'art. 40 del vecchio Bruxelles II e l'art. 63 del vigente Bruxelles II bis salvano espressamente il contenuto del Concordato modificato, che quindi non subisce i loro effetti circa il recepimento automatico delle sentenze⁹⁰.

Se questo è il quadro di diritto positivo generale, almeno fino ad ora, non si ravvisa alcuna richiesta di revisione del sistema di recepimento previa delibazione delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale fissato pattiziamente dalle Alte Parti contraenti, entrambe probabilmente consapevoli dell'apprezzabile coordinamento tra esigenze religiose e costituzionali raggiunte dal Concordato riformato.

5. (Segue) *Le recenti innovazioni e i nuovi scenari di interazione*

Completano il nostro discorso sull'interazione tra giurisdizione ecclesiastica e ordinamento secolare due brevi considerazioni, che evidenziano gli argini che lo Stato erge nei confronti di alcune sentenze ecclesiastiche di nullità le quali, se deliberate, metterebbero in crisi la *ratio* di laicità e libertà religiosa sottesa al sistema delineato, accettandone invece le storture.

La prima. È ben possibile che, per il medesimo rapporto matrimoniale, gli interessati ottengano una prima pronuncia di cessazione degli effetti

⁸⁸ Il modello vale anche per la più generale materia civile e commerciale, nella quale i vecchi artt. 33 ss. del Regolamento (CE), n. 44/2001, 22 dicembre 2000, (c.d. Bruxelles I) sono ora sostituiti dagli artt. 36 ss. del Regolamento (UE) n. 1215/2012, 12 dicembre 2012, (c.d. Bruxelles I bis), che ha abrogato il precedente (art. 80).

⁸⁹ Il Regolamento (UE), n. 1259/2010, 20 dicembre 2010, trova applicazione dal 21 giugno 2012 ed obbliga i seguenti Stati: Austria, Belgio, Bulgaria, Francia, Germania, Italia, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Romania, Slovenia, Spagna e Ungheria.

⁹⁰ Limitatamente all'ambito in cui trova applicazione, ossia ai giudizi di separazione e divorzio, anche Roma III fa salvi gli effetti di alcune convenzioni internazionali di cui sono parti uno o più Stati membri (art. 19).

civili del matrimonio (c.d. divorzio), resa dal tribunale statale, seguita da una sentenza canonica di nullità matrimoniale, pronunciata dai giudici della Chiesa. In passato, sul presupposto che la sentenza canonica di nullità caducasse il matrimonio dalle fondamenta rilevandone un vizio originario, la Corte di Cassazione abbracciava l'indirizzo per il quale la successiva deliberazione di una pronuncia ecclesiastica di nullità matrimoniale avrebbe travolto la precedente sentenza di divorzio, assorbendone tutti gli effetti e le statuizioni⁹¹. Ragion per cui, non era raro il caso di colui che, condannato con sentenza di divorzio al pagamento di alcune somme a vantaggio dell'ex coniuge, adiva i tribunali ecclesiastici all'esclusivo fine di ottenere una sentenza di nullità da deliberare⁹². E ciò, anche in considerazione del fatto che, molto verosimilmente, dalla deliberazione sarebbe derivato un provvedimento economico di entità decisamente inferiore, se non pari a zero⁹³. Con un'importante sentenza del 2001, che completa un'altra pronuncia del 1997⁹⁴, gli Ermellini risolvono l'evidente situazione di iniquità precedentemente esposta affermando il seguente principio: «una

⁹¹ *Ex multis*, cfr. Cass., 9 ottobre 1974, n. 2724; Cass., Sez. Un., 13 ottobre 1975, n. 3275; Cass., Sez. I, 3 novembre 1988, n. 5923. In dottr., cfr. C.M. BIANCA, *Art. 117*, in L. CARRARO – G. OPPO – A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, vol. I, t. I, CEDAM, Padova, 1977.

⁹² Cfr. D. DURISOTTO, *Nullità canoniche e divorzio. Percorsi dottrinali e giurisprudenziali*, in «Arch. Giur.», fasc. 2, vol. CCXXV, STEM Mucchi, Modena, 2005, pp. 279 ss.; R. BOTTA, *I limiti degli sforzi interpretativi compiuti dalla Cassazione*, in S. DOMIANELLO (a cura di), *Gli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari. De iure condito e de iure condendo*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 45 ss..

⁹³ La diffusa convinzione di ottenere un provvedimento economicamente più favorevole ha ragioni giuridiche ben precise. Ancorché in tempi recentissimi si registri una tumultuosa situazione in seno alla Suprema Corte sull'individuazione dei criteri sui quali parametrare l'assegno divorzile, in quel periodo tutta la giurisprudenza era ferma nella sua commisurazione al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio. Di contro, in ipotesi di deliberazione di una sentenza canonica di nullità matrimoniale, sia i provvedimenti economici provvisori presi dalla Corte d'appello delibante, che quelli definitivi presi dal giudice competente in materia, sarebbero stati parametrati – e lo sono tuttora – agli artt. 129 e 129 bis c.c., afferenti al matrimonio putativo. Il primo disciplina il caso della buona fede di entrambi i coniugi e prevede un'indennità che può avere una durata massima di tre anni; il secondo regola l'ipotesi della malafede di uno dei due, il quale dovrà all'altro una «congrua indennità» pari almeno al mantenimento per tre anni, nonché a prestargli gli alimenti, in mancanza di altri obbligati. Sulle ragioni del diverso regime patrimoniale, cfr. P. MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, III ed., Giappichelli, Torino, 2002, pp. 167 ss..

⁹⁴ Cass., Sez. I, 18 aprile 1997, n. 3345: «la sentenza di divorzio contiene una implicita valutazione della validità del vincolo, nei limiti di un accertamento incidentale ed ai soli fini del decidere». Ciò «rende applicabile il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile e dunque la sentenza ecclesiastica non travolge più la sentenza di divorzio».

volta che nel giudizio con il quale sia stata chiesta la cessazione degli effetti civili di un matrimonio concordatario venga accertata la spettanza, ad una delle parti, dell'assegno di divorzio, ed una volta che su di essa si sia formato il giudicato, la relativa statuizione si rende intangibile ai sensi dell'art. 2909 c.c. anche nel caso in cui ad essa sopravvenga la delibazione di una sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio»⁹⁵. Aldilà delle complicate – e, da alcuni, contestate – giustificazioni giuridiche che la sorreggono⁹⁶, in attesa di un intervento normativo risolutore, tale pronuncia ristabilisce sicuramente la giustizia nel senso più puro del termine, ed aiuta a superare una di quelle storture a cui si è accennato in precedenza⁹⁷.

La seconda, invece, attiene alla delibabilità o meno di una sentenza canonica di nullità matrimoniale afferente ad un rapporto coniugale di lunga durata. La questione nasce dall'assenza nell'ordinamento canonico di un termine decadenziale per la proposizione dell'azione di nullità⁹⁸; ragion per cui, anche un matrimonio molto risalente, viziato nell'atto originario, può essere invalidato in ogni tempo. Sul punto, la giurisprudenza della Cassazione si è interrogata lungamente, assumendo posizioni altalenanti, ma tendenzialmente favorevoli alla delibazione di tali sentenze⁹⁹.

⁹⁵ Cass., Sez. I, 23 marzo 2001, n. 4202.

⁹⁶ Muovendo dall'assenza di principi concordatari che impediscano la piena operatività dell'art. 2909 c.c., la Corte di Cassazione afferma che l'intervenuta attribuzione di un assegno divorzile con sentenza di divorzio passata in giudicato è una spettanza che «non può essere rimessa in discussione – al di fuori degli eccezionali e tassativi casi di revocazione previsti dall'art. 395 c.p.c. – fra le stesse parti». Pertanto, «ove su tale statuizione si sia formato il giudicato ai sensi dell'art. 324 c.p.c., questo resta intangibile, in forza dell'art. 2909 c.c.». La Corte fa salve entrambe le sentenze, ma impedisce alla pronuncia canonica successivamente delibata di travolgere le statuizioni economiche previste da quella civile già passata in giudicato. In argom., cfr. L. DE LUCA, *Cessazione degli effetti civili e successiva delibazione di sentenza canonica relativa alla invalidità dello stesso matrimonio*, in C. CARDIA (a cura di), *Studi in onore di Anna Ravà*, cit., pp. 307 ss.; D. DURISOTTO, *Nullità canoniche e divorzio*, cit., pp. 306 ss., il quale riporta anche le principali posizioni critiche avverso la sentenza in oggetto.

⁹⁷ L'orientamento del 2001 è stato più volte confermato dalla Suprema Corte: Cass., Sez. I, 4 marzo 2005, n. 4795; Cass., Sez. I, 18 settembre 2013, n. 21331. Diverso il caso delle statuizioni patrimoniali adottate in sede di separazione personale dei coniugi, che invece vengono travolte dalla successiva delibazione della sentenza di nullità canonica. In argom., cfr. Cass., Sez. I, 11 maggio 2018, n. 11553; in dottr. cfr. contributo di R. BENIGNI presente in questo volume.

⁹⁸ Cfr. P. MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, cit., p. 157.

⁹⁹ La diatriba sul tema è annosa. Nel 1987, la Corte di Cassazione tenta un primo mutamento di prospettiva, ritenendo contraria all'ordine pubblico quella sentenza ecclesiastica che dichiara nullo un matrimonio celebrato molti anni prima (Cass., Sez. I, 18 giugno 1987, n. 5354; Cass., Sez. I, 3 luglio 1987, n. 5823). Le sue determinazioni sono presto sovvertite dalle Sezioni Unite del 1988, per le quali la riferita preclusione non è «espressione di principi

Dal 2011, invece, si registra un deciso *revirement* dei giudici di legittimità, che erigono un rigido muro all'ingresso delle sentenze canoniche che invalidano matrimoni di lunga data, ritenendole contrarie all'ordine pubblico. «*La prolungata convivenza – affermano – deve [...] considerarsi come manifestazione della volontà di accettazione del rapporto, che è incompatibile con il successivo esercizio della facoltà di rimetterlo in discussione, travolgendo i diritti derivanti dal matrimonio dichiarato nullo*»¹⁰⁰. Pertanto, «*è ostativa alla delibazione [...] la convivenza prolungata dei coniugi successivamente alla celebrazione del matrimonio e non la semplice durata del matrimonio medesimo*»¹⁰¹, circostanza questa che esalta e centralizza il concetto di matrimonio-rapporto. Completano il mutamento le Sezioni Unite del 2014¹⁰² le quali, da un lato, definiscono i contorni del concetto di *convivenza come coniugi*, valorizzando sia l'elemento della vita coniugale comune, stabile e continua, che l'importanza dei diritti, dei doveri e delle responsabilità da essa derivanti, anche nei confronti dell'eventuale prole; dall'altro, precisano che tale forma di convivenza «*protrattasi per almeno tre anni dalla data di celebrazione del matrimonio [...] è costitutiva di una situazione giuridica disciplinata da norme costituzionali, convenzionali ed ordinarie, di "ordine pubblico italiano" e, pertanto, [...] è ostativa [...] alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica Italiana delle sentenze definitive di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici*». Benché ancora contestato da alcuni, anche l'orientamento appena esposto si fa portatore delle istanze provenienti dalla coscienza civile, che – come rileva Carlo Cardia – «*non ammette che un matrimonio durato a lungo possa essere dichiarato nullo per ragioni che spesso sfuggono ad una verifica oggettiva, e*

o di regole con le quali la Costituzione e le leggi dello Stato delineano l'istituto del matrimonio», motivo per cui non si ritiene che la «*stabilità del vincolo [...] impedisce di dare rilievo al difetto genetico dell'atto costitutivo*» (Cass., Sez. Un., 20 luglio 1988, n. 4700). Nel 2003, un altro tentativo di tutelare il matrimonio con convivenza pluriennale (Cass., Sez. I, 6 marzo 2003, n. 3339), smentito però da un nuovo intervento delle Supremo Consesso che, distinguendo tra incompatibilità assolute e relative, ritiene delibabili le pronunce canoniche di nullità anche se afferenti ad un matrimonio molto risalente (Cass., Sez. Un., 18 luglio 2008, n. 19809). In argom., cfr. C. CARDIA, *Matrimonio concordatario*, cit., pp. 189 ss.; N. MARCHEI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche e (prolungata) convivenza tra i coniugi*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», Rivista telematica (www.statoe_chiese.it), gennaio 2012, pp. 7 ss.; N. COLAIANNI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la (limitata) ostatività della convivenza coniugale*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», Rivista telematica (www.statoe_chiese.it), n. 26, 2014, pp. 8 ss.

¹⁰⁰ Cass., Sez. I, 20 gennaio 2011, n. 1343. Analog., Cass., 8 febbraio 2012, n. 1780.

¹⁰¹ Cass., Sez. I, 15 giugno 2012, n. 9844.

¹⁰² Cfr. Cass., Sez. Un., 17 luglio 2014, n. 16379. Analog., Cass., Sez. VI, 15 maggio 2018, n. 11808.

*non sono percepite da coloro che fanno parte della famiglia*¹⁰³. Così facendo la Corte tende a ricondurre l'interazione tra giurisdizione ecclesiastica e ordinamento secolare nei ranghi della ragionevolezza e del rispetto dei principi di laicità e libertà religiosa, evitando lo sfruttamento per fini poco nobili delle fragilità di un sistema che persegue tutt'altre finalità¹⁰⁴.

Sia consentito concludere con una notazione, che si lega a doppio filo con quanto esposto in premessa. A dispetto di quanti ritengano perente il tema dell'interazione tra giurisdizione ecclesiastica e diritti dello Stato, in seguito al *Motu Proprio* di papa Francesco dell'8 dicembre 2015, che introduce per alcune cause di nullità matrimoniale un processo più snello e veloce, da svolgersi innanzi al vescovo e non davanti ad un vero e proprio organo giurisdizionale, si aprono nuovi spazi di indagine sulla natura (giudiziale o meno) del provvedimento che ne viene fuori, sulla sua eventuale delibabilità e, in caso positivo, sui nuovi paradigmi di interazione tra questa nuova forma di giurisdizione ecclesiastica ed i diritti dello Stato. Ed è recentissima la sentenza della Corte d'appello di Lecce che, per la prima volta in Italia, affronta il problema della delibazione di un provvedimento che scaturisce da *processus brevior*, esprimendo tra l'altro parere positivo alla sua delibazione¹⁰⁵. Naturalmente, le speculazioni giuridiche non potranno fermarsi al contenuto del riferito pronunciamento, soprattutto perché la Corte salentina affronta il problema solo implicitamente, senza fornire alcuna motivazione sul punto ed accogliendo una domanda di delibazione proposta congiuntamente da entrambi i coniugi, quindi in presenza di una pacifica ed univoca volontà. Ciò che rileva è altro: a prescindere dalla soluzione concretamente adottata, la pronuncia in oggetto evidenzia in maniera lampante la persistente attualità di uno spazio di profonda riflessione dedicato all'interazione tra giurisdizione ecclesiastica e diritti dello Stato. Spazio che non sembra destinato ad esaurirsi, almeno nel prossimo futuro.

¹⁰³ C. CARDIA, *Matrimonio concordatario*, cit., p. 198.

¹⁰⁴ Esemplificando, si faccia l'ipotesi – nient'affatto fantasiosa – di un matrimonio-rapporto caratterizzato da una convivenza trentennale, stabile e pacifica, di cui si chiede la nullità canonica e la conseguente delibazione della pronuncia che la dichiara al solo fine di evitare le più gravose conseguenze patrimoniali che potrebbero derivare da un eventuale giudizio civile di divorzio.

¹⁰⁵ Cfr. Corte d'appello di Lecce, 2 febbraio 2018, n. 7.

Il volume raccoglie i contributi del Seminario interdisciplinare dal titolo “La Giurisdizione: profili storico-teorici e giuridici” svoltosi il 31 maggio 2018, nel Dipartimento di Giurisprudenza di RomaTRE, nell’ambito della programmazione delle attività formative del Dottorato di ricerca in Discipline giuridiche. I contributi dei dottorandi Giulia Maria Guida, Claudio Corsetti e Gaetano Marcaccio, introdotti da due brevi saggi dei propri Tutor, la Prof. Barbara Cortese e la Prof. Rita Benigni, affrontano il tema della “giurisdizione” a partire dal punto di vista del Diritto romano e del Diritto ecclesiastico, per poi aprirsi a riflessioni storico giuridiche più ampie. Come sottolineato nella Prefazione del Prof. Giuseppe Grisi, Coordinatore del Dottorato, la definizione di *lurisdictio* ed il suo rapporto con l’*Imperium*, ed ancora la sostanza creativa e/o costitutiva della *lurisdictio* - oggetto dei Contributi di Diritto romano - sono le basi di “una trama il cui ordito si presenta già fitto ed intricato in epoca romana” e si ripropone in tutte le sue dimensioni nelle epoche successive, compresa la nostra. Un intreccio che anima fin dalle origini il rapporto tra giurisdizione secolare e confessionale, sviluppatosi in un percorso che vede ancora oggi il permanere di sentenze canoniche di nullità matrimoniale aventi effetti civili. A tali delibazioni si affiancano più di recente quelle di pronunce confessionali a-cattoliche, non solo in materia matrimoniale, sotto la spinta del diffondersi di strumenti di composizione stragiudiziale dei conflitti e del pluralismo etnico-religioso - temi affrontati nei contributi di Diritto ecclesiastico. Le fila del discorso sulla giurisdizione avviate in epoca romana si ricongiungono insomma all’oggi, in un quadro di unità del diritto che rende le riflessioni offerte dai presenti contributi un importante punto di partenza per successivi approfondimenti.