

SEBASTIANO TAFARO*

Giustizia e diritti

La realtà attuale è caratterizzata spesso dall'enunciazione, quando non addirittura dalla solenne proclamazione di *diritti*, che poi restano inevasi a causa dell'impossibilità di farli valere, per mancanza di idonei procedimenti di attuazione.

Questo, ad esempio, rappresenta una delle maggiori problematicità in tema dei cosiddetti *diritti umani* o/e *diritti fondamentali*, la cui urgenza e allo stesso tempo la cui criticità sono clamorosi¹.

* PROF. SEBASTIANO TAFARO – Professor onorario della Università degli Studi di Bari.

Riassumo e elaboro qui alcuni spunti oggetto di una comunicazione alla *Ottava Conferenza Polacco-Spagnola* su *La Tradizione del diritto*, tenutasi a Lublino il 2 giugno 2017, presso la KUL – Università Cattolica di Lublino *Giovanni Paolo II*.

¹ Il punto nevralgico dei *diritti umani* e *o fondamentali* risiede nella concreta possibilità di attuazione. Infatti, a dispetto dell'elaborazione teoretica, con forme coercitive e di pressione di vario genere, che si basano molto sulla denuncia della violazioni e su richiami reiterati contro violazioni persistenti, affidando la sanzione a provvedimenti che, come per l'*embargo*, spesso sono più dannosi che utili, perché si ritorcono sulle popolazioni incolpevoli, anziché contro gli autori delle violazioni.

Riassumendo (cfr, sul punto, per tutti: S. Giannini, *La tutela dei diritti umani fondamentali nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto&Diritti*, febbraio 2002 – riv. online). gli strumenti giuridici cui è affidata la tutela dei *diritti umani* va detto che essa può avere effetti differenti, in relazione alla natura delle norme che li riconoscono, a seconda che stabiliscano o meno un obbligo preciso di applicazione diretta o prevedano forme di applicazione graduale, che talora si riduce a un dovere degli Stati i quali dirigono la loro attività secondo un certo programma. In tal caso il rispetto dell'obbligo si accompagna a un ampio margine di discrezione e può essere verificato soltanto dopo un lungo periodo di tempo. Molto poi dipende dall'organo (onu, unesco, consiglio d'Europa, organizzazione degli Stati americani etc.) promotore del divieto. La difesa dei *diritti umani* e *o fondamentali* allo stato appare fondata sulla natura della loro violazione, a seconda che violino un principio riconosciuto meritevole di protezione o, più specificatamente, un atto internazionale, quale potrebbe essere un accordo o una convenzione. In tale ambito l'inosservanza del principio di non discriminazione è stato la premessa di numerose raccomandazioni e convenzioni. Quanto agli strumenti disponibili ed alle procedure, si compendiano in un complesso di *attività preparatorie*, di *studio* e di *impulso* al fine di conseguire l'adozione di specifici provvedimenti formali. Tali provvedimenti possono avere la natura della *raccomandazione internazionale*, spesso inserita in una dichiarazione di principi, oppure di un vero e proprio *accordo* internazionale. La prima con potere vincolante indiretto, mentre riguardo l'attività dell'ente o della conferenza internazionale

Ciò consegue dall'abbandono del modello creato nell'esperienza giuridica romana, con la convinzione che il diritto abbia ragion d'essere di per sé e pre-scinda dall'esistenza di azioni processuali adeguate, con la convinzione della priorità del diritto rispetto al processo.

La rottura e le discrepanze, che ne sono conseguite e che, in concreto, si sostanziano non di rado nella mancata realizzazione dei diritti, sono sotto gli occhi di tutti e stanno imponendo una riconsiderazione dell'approccio al diritto.

Lucidamente già nel 1948 la nona *conferenza internazionale americana*, tenutasi a Bogotà, ha adottato una risoluzione che affermava che **i diritti umani devono essere garantiti da un organo giuridico perché non c'è diritto garantito senza la protezione di un tribunale competente**².

si arresta alla fase propositiva, in quanto l'atto conclusivo, accordo, è, a tutti gli effetti, una fonte giuridica dell'ordinamento internazionale e a tale accordo, infatti, gli Stati partecipano nella loro specifica qualità di soggetti del medesimo ordinamento internazionale. **In tutti i casi gli effetti dell'atto conclusivo sono destinati a operare nell'interno degli ordinamenti dei singoli Stati.** Quali le possibili sanzioni? Si va dall'*esame di rapporti periodici degli Stati*, alle *procedure di soluzione di controversie relative all'interpretazione e all'esecuzione di ogni accordo*, ed infine, all'*esame di petizione o di comunicazioni o di reclami* di individui, vittime di violazioni dei *diritti fondamentali*. Come si vede, **grande rilievo ha l'informazione.** Ma poi chi esamina i *rapporti*? Talora, anzi spesso, l'a valutazione è a rimessa a persone delegate dai Governi! In ambiti regionali si è tentato qualcosa di più. Facendo l'esempio dell'Europa, si ritiene che un passo importante sia stato compiuto con il *Trattato di Amsterdam* con le sue recenti evoluzioni. Il riformulato articolo 7 prevede una procedura di accertamento di una *violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei principi di cui all'art. 6 par. 1*, con l'eventualità di sanzioni nei confronti dei paesi che non rispettano tali principi. Però, ancora qui la procedura è **lenta e farraginoso**: la violazione va constatata dal Consiglio Europeo, il quale delibera all'unanimità su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione e previo parere conforme del Parlamento europeo. Il governo dello Stato in questione viene prima invitato a presentare le sue osservazioni e successivamente il Consiglio dell'Unione, a maggioranza qualificata, può decidere la sospensione del diritto di voto dello Stato in causa in seno al Consiglio, pur rimanendo vincolato agli obblighi che derivano dal trattato. Inoltre, per procedere, si richiede che la violazione sia **grave e persistente, senza considerare la possibilità di sanzionare le violazioni di singoli diritti individuali o quelle episodiche** da parte degli Stati membri; non solo ma poiché la procedura in questione, la cui complessità è notevole, si riferisce alle sole violazioni di principi all'art. 6 par., si esclude la sua applicabilità anche per le violazioni dei principi contenuti nel successivo paragrafo 2 dell'art. 6 che si riferisce ai principi della cedu e a quelli generali comuni agli Stati membri. Successivamente il trattato di Nizza, ampliando la procedura all'art. 7 tue, ha introdotto la necessità di avviso preventivo: in virtù del nuovo art. 7 par. 1 *su proposta di un terzo degli Stati membri, del Parlamento o della Commissione, il Consiglio può constatare che esiste un chiaro rischio di violazione grave dei diritti fondamentali da parte di uno Stato membro e rivolgergli appropriate raccomandazioni.* In tal caso lo stesso Consiglio delibera con la maggioranza qualificata dei 4/5 dei suoi membri previo parere conforme del Parlamento europeo. Insomma:

“um Romae consulitur Saguntum expugnatur!

² Alla risoluzione fu data attuazione attraverso la creazione della *Corte interamericana dei diritti umani*, alla conferenza interamericana dei diritti umani, riunitasi a San José de Costa Rica il 22 novembre 1969. La Corte ha iniziato le sue funzioni nel 1979.

Il fatto è che tra diritto ed effettiva possibilità di farlo valere c'è, *rectius* ci deve essere, un'inscindibile legame, così come fu in gran parte dell'esperienza giuridica romana³.

Ne consegue che il richiamo di quella esperienza non si risolve soltanto in un ricordo storico, ma, se analizzato nelle sue cause, potrebbe fornire indicazioni e suggestioni anche per il presente.

Partiamo, perciò, da essa. Cosa avvenne nell'esperienza giuridica romana è lucidamente stato esposta dal Provera: "È ben nota la propensione dei giuristi romani di ogni epoca a considerare i loro istituti piuttosto sotto il profilo processuale che sotto quello sostanziale; la propensione, in altri termini, a mettere in evidenza la spettanza di un'azione piuttosto che quella di un diritto, la soggezione ad un'azione piuttosto che l'obbligo di eseguire una determinata prestazione. Ne consegue, tra l'altro, che i termini '*ius*', '*obligatio*' ed '*actio*' risultano dalle fonti promiscuamente impiegati per indicare entrambi i lati, attivo e passivo, di un rapporto giuridico sostanziale.

È anche noto, per altro verso, che la conoscenza dei mezzi di tutela spettanti al titolare di un diritto era ritenuta inseparabile da quella della sua disciplina normativa. Basti qui ricordare, a questo proposito, che nelle Istituzioni di Gaio, come del resto in quelle di Giustiniano, la trattazione del processo costituisce parte integrante di quella relativa al diritto privato ed ai suoi istituti. Sembra, in definitiva, che nella concezione romana la considerazione del diritto fosse inseparabile da quella dell'*actio* prevista per la sua tutela"⁴.

Secondo l'illustre romanista si tratterebbe "della conseguenza necessaria di una originale impostazione dogmatica, assolutamente peculiare alla giurisprudenza romana, perché legata alla considerazione del modo in cui concretamente opera il diritto in una società storicamente determinata. Il vecchio *ius civile* attribuiva ai privati, per la soddisfazione e la tutela dei loro interessi, facoltà e poteri dotati di un'intrinseca forza di realizzazione, esplicantesi nell'*actio*, in virtù della quale essi risultavano qualificati alla stregua di pertinenze giuridiche del soggetto e quindi come diritti (in senso soggettivo). In questa prospettiva *ius* e *actio* apparivano come due facce di una stessa medaglia, due aspetti di un'unica realtà, al centro della quale emergevano i vari interessi di cui erano portatori i singoli *patres familias* ed i meccanismi predisposti per la loro difesa.

³ V., a titolo di esempio: A. Guarino, *Il diritto e l'azione nell'esperienza romana*, in, *Studi Arancio-Ruiz* 1, Napoli 1953, Jovene, p. 389-406. H. Kaufmann, *Sulla concezione del diritto in termini di azione*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. civ.* 20, 1966, p. 269-287. R. Santoro, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *Annali Sem. Giur. Univ. Palermo* 30, 1967, p. 103-664. B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*², Milano 1952 XXV+752. Capo II: *Diritto ed azione*.

⁴ G. Provera, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Milano, 1983, p. 325 = Collana della Rivista di Diritto Romano. Giuseppe Provera, *Scritti giuridici*, al sito: <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/scrittiprovera.html>.

Si tratta di una prospettiva che si è venuta affermando nel diritto romano arcaico, per opera della prima giurisprudenza pontificale, impegnata ad ordinare in schemi e concetti elementari una realtà normativa che, radicata negli antichi *mores*, si andava adeguando alle nuove strutture cittadine.

Alla prospettiva sopra indicata restarono legati, se non solo, certo anche in virtù del loro innato tradizionalismo, i giuristi romani delle epoche successive, dalla cui opera dipese, in definitiva, lo sviluppo e l'elaborazione scientifica del loro diritto privato...”.

L'innervamento tra *actio* e *ius* fu poi particolarmente forte riguardo alle *obligationes*, dove l'esistenza e la caratterizzazione del vincolo obbligatorio fu tratto direttamente dalla concessione e dalla specifica configurazione dell'*actio*.

Il tutto in un sistema nel quale l'amministrazione della giustizia era vista come evento di partecipazione sia dei contendenti sia direttamente del *populus*⁵.

Questo valse sia per i *iudicia privata* sia per i *iudicia publica* (compresi i *iudicia criminalia*, che oggi chiameremmo penali).

La pubblicità comportava già di per sé la brevità, tanto che la lite doveva, di norma, concludersi in giornata.

Di tutto ciò sono testimonianza le XII *Tabulae*, le quali non a caso partivano dalle norme concernenti la procedura, oggetto delle tavole di apertura da I a III⁶.

⁵ V. R. Orestano, *Delle 'tipologie' del segreto e della loro sociologia nell'esperienza romana*, in *St. on. Sanfilippo*, VI, Milano 1985, pp. 581 s. l'a. ricorda che “ben salda appare la tradizione che vuole sin *ab antiquo* il massimo della pubblicità dei giudizi”, i quali “avvenivano in *comitio aut in foro*”, sicché al luogo dove si svolgevano i processi fu dato il nome di *Tribunal* derivato dal fatto di essere un “rialto artificiale (*suggestus*) di zolle verdi e di terra battuta, di legname o di marmi”, in modo che tutti potessero vederlo.

⁶ Val la pena ricordare il testo delle prime tavole, per rendersi conto dell'attenzione e della priorità rivestita dal processo nella formazione del *ius*.

Tabula I: 1. *Si in ius vocat, ito. ni it, antestamino: igitur em capito.* 2. *Si calvitur pedemve struit, manum endo iacito.* 3. *Si morbus aevitasve vitium escit, iumentum dato. si nolet, arceram ne sternito.* 4. *Assiduo vindex assiduus esto. proletario iam civi quis volet vindex esto.* 5. *Nex ... forti sanati ...* 6. *Rem ubi pacunt, orato.* 7. *Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coicunto. com peroranto ambo praesentes.* 8. *Post meridiem praesenti litem addicito.* 9. *Di ambo praesentes, solis occasus suprema tempestas esto.* 10.

...cum proletarii et adsidui et sanates et vades et subvades et xxv asses et taliones ... evanuerint, omnisque illa xii tabularum antiquitas ... lege aebutia lata consopita ist ... [Gellius, *noctes atticae* 16, 10. 8].

(Tr.: Tavola I: 1. Se è chiamato in giudizio, vada. se non va, si prendano testimoni: poi lo catturi. 2. Se [il convenuto] indugia o vuol fuggire, gli ponga le mani addosso. 3. Se malattia o vecchiaia sono causa della mancata comparizione, venga dato [dall'attore al convenuto] un semplice veicolo. se lo rifiuta, [l'attore] non è tenuto a dargli un carro coperto. 4. Per una persona possidente, faccia da garante un possidente. per un proletario faccia da garante qualunque cittadino lo voglia. 5. Obbligazione ... plebei patrizi

...(Secondo il Mommsen la prima parte del frammento era *nexi mancipiique idem ius esto* e si voleva intendere che per le obbligazioni nella forma del *nexum* o del *mancipium* vi era eguaglianza di diritti per i patrizi (*fortes*) e per i plebei – *sanati*). 6. Se le parti si accordano, [il magistrato] decida. – Si

deve intendere che se fra le parti si addiveniva ad una *pactio*, il magistrato poteva e doveva decidere senz'altro. Questi decideva sulla *addictio*, vale a dire all'autorizzazione all'attore di tener prigioniero il convenuto non garantito dal *vindex*, e la fissazione dei termini della questione da decidere. 7. Se non si accordano, [le parti] espongano la causa nel comizio o nel foro prima di mezzogiorno. espongano la causa, presenti entrambi. 8. Dopo mezzogiorno [il magistrato] aggiudichi la lite a favore della parte presente. 9. Se entrambe le parti sono presenti, il tramonto del sole sia il limite ultimo [per la discussione]. 10. In quanto scomparvero le antiche denominazioni di proletari e possidenti e clienti, di garanti e subgaranti, dei 25 assi e della legge del taglione e tutta quell'anticaglia delle XII Tavole rimase come assopita dopo la pubblicazione della legge Ebuzaia...).

Tabula II: 1. *De rebus in aeris plurisve d assibus, de minoris vero l assibus sacramento contendebatur; nam ita lege xii tabularum cautum erat. at si de libertate hominis controversia erat, etiamsi pretiosissimus homo esset, tamen ut l assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est ... [gaius, commentarii 4, 14].* (1 b) *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex xii tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. qui agebat, sic dicebat: "ex sponsione te mihi x milia sestertiorum dare oportere aio. id postulo aias an negas." adversarius dicebat non oportere. actor dicebat: "quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des." itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit ... [gaius, commentarii 4, 17 a].* 2. *Moribus sonticus ... aut status dies cum hoste ... quid horum fuit unum iudici arbitrove reove, eo dies diffissus esto.* 3. *Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito.* (Tr. Tavola II: 1. a) Per le liti che avevano un valore di mille assi o più si scommetteva con giuramento una somma di cinquecento assi, per le liti di minor valore una somma di cinquanta assi; così era stabilito infatti nella legge delle XII Tavole. Ma se si trattava di una lite sulla libertà di un uomo, anche se il suo valore era grandissimo, la stessa legge stabiliva che si scommettessero cinquanta assi [e ciò perché gli *adsertores libertatis* non siano troppo onerati]. b) Si agiva mediante richiesta di un giudice, se tale tipo di azione era stabilita da una legge, come avveniva nella legge delle XII Tavole rispetto a ciò che veniva richiesto sulla base di una stipulazione. Chi agiva così diceva: "io affermo che tu mi devi dare diecimila sesterzi in base ad una *sponsio*. io chiedo che tu ammetta o neghi". l'avversario doveva di non dover dare. l'attore diceva: "poiché tu neghi, chiedo a te pretore di assegnarmi un giudice o un arbitro". E così in questo tipo di azione ognuno poteva negare senza penalità. Egualmente per la divisione dell'eredità fra i coeredi, la stessa legge imponeva di agire mediante la richiesta di un giudice. 2. Se vi è una malattia grave ... o è stato fissato un termine con uno straniero ... qualora uno di questi impedimenti vi sia per il giudice, l'arbitro o le parti, detto termine venga differito. 3. Quegli al quale sia mancato il testimonio, vada girando davanti alla casa del testimonio ogni terzo giorno, svillaneggiandolo).

Tabula III: 1. *Aeris confessi rebusque iure iudicatis xxx dies iusti sunt.* 2. *Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito.* 3. *Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicet, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus xv pondo, ne maiore aut si volet minore vincito.* 4. *Si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato.* 5. *Erat autem ius interea paciscendi ac, si pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nudinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertiis autem nudinis capite poenas dabant, aut trans tiberim peregre venum ibant. [Gellius, noctes atticae 20, 1, 46 f.]* 6. *Tertiis nudinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto.* 7. *adversus hostem aeterna auctoritas [esto].*

(Tr. Tavola III: 1. In caso di riconoscimento del debito in giudizio o di condanna pronunciata, vi saranno trenta giorni fissati dalla legge [per l'adempimento]. 2. dopo tale termine abbia luogo la cattura [del debitore]. venga condotto avanti al magistrato. 3. Se non adempie al giudicato o se nessuno dà garanzia per lui avanti al magistrato, il creditore lo porti con sé e lo legghi con corregge o ceppi di quindici libbre; non più pesanti, ma se vuole di minor peso. 4. Se [il debitore] lo vuole,

Il che già di per sé è indice della concatenazione inscindibile tra processo e diritto e della necessità di partire proprio dal primo per affermare il secondo, attraverso un percorso che assicurasse effettività e celerità al *ius*. Infatti la speditezza delle liti pare essere stata, da sempre, viva preoccupazione dei Romani.

Nelle XII Tavole la celerità e la pubblicità erano fondamentale e si concretizzavano nel fatto che ogni controversia dovesse concludersi in giornata⁷.

Agli inizi del principato, Augusto fece approvare una legge (*lex Iulia iudiciorum*) che, per i giudizi, prevedeva un termine massimo di diciotto mesi, di là dai quali sarebbe conseguita l'estinzione della causa⁸.

Gaio ricorda, al riguardo, che un efficace strumento per l'accelerazione fu ottenuto attraverso il giuramento (*iusiurandum*), a cominciare da quello imposto all'attore di non agire temerariamente⁹ sino al giuramento *in iure*, detto anche *necessarium*, e al giuramento *voluntarium*¹⁰.

viva a sue spese. se non vive del suo, chi lo ha catturato gli dia una libbra di farro al giorno. se vuole anche di più. 5. Vi era però nel frattempo il diritto di trovare un accordo; se esso non si trovava i debitori restavano prigionieri per sessanta giorni. Durante questi giorni veniva condotto per tre giorni di mercato consecutivi avanti al pretore nel comizio e veniva annunciato l'ammontare della somma che era stato condannato a pagare. Nel terzo giorno di mercato veniva giustiziato oppure mandato al di là del Tevere per essere venduto. 6. Nel terzo giorno di mercato sia tagliato in parti. se [i creditori] ne taglieranno più o meno del dovuto, non andrà a loro pregiudizio. 7. Nei confronti dello straniero la validità [del possesso] è eterna).

⁷ V. A. Arnese, *La ragionevole durata del processo: religio iusiurandi e utilità comune*, in *SDHI LXXXII* (2016), APPENDICE, pp. 2 ss.: "Con enunciazioni concise, «lapidarie», le XII Tavole dettano i tempi del processo e ne regolano la sua durata. Fissano con precisione le attività da compiersi: *causam coicere, perorare litem, addicere*. Atti da svolgersi tutti in rapida sequenza. A battere il ritmo del processo sono tre momenti temporali: «prima» (*ante*) e «dopo» (*post*) il «mezzogiorno» (*meridiem*) e il «tramonto» (*solis occasus*): quasi che nella Roma primitiva esistesse «una specie d'orologio vivente». Nella previsione normativa il processo doveva dispiegarsi nel periodo di luce, iniziare e finire nell'arco di una giornata – che a Roma si apriva all'alba e si chiudeva al tramonto – e concludersi entro il termine massimo (*suprema tempestas*) del calar del sole. Il procedimento si caratterizza, dunque, per la sua «semplicità e rapidità». È una linea, quella volta a risolvere le controversie e a garantirne così una durata breve, che si ritrova con una certa costanza in tutte le stagioni del processo romano". L'a. ricorda l'impegno degli imperatori, da Augusto a Giustiniano, per accelerare i giudizi.

⁸ Gai. 4. 104: ... <e> *lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. Et hoc est quod vulgo dicitur et lege Iulia litem anno et sex mensibus mori.*

⁹ Gai. 4. 172: *permittit praetor iusiurandum exigere non calumniae causa infitias ire ... 174 Actoris quoque calumnia coerecetur ... modo iureiurando.*

¹⁰ Previsto per l'*actio certae creditae pecuniae* ed esteso ad altri *iudicia*: cfr. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, pp. 327 s. Da ultimo v. A. Arnese, *loc.cit.* il quale, richiamando l'affermazione di Gaio di D. 12. 2. 1, *Gaius l. 5 ad ed. prov.: Maximum remedium expediendarum litium in usum venit iurisiurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum vel ex auctoritate iudicis deciduntur controversiae*, sottolinea l'incidenza del giuramento, come mezzo per accelerare la definizione delle liti.

Nei *iudicia privata*¹¹, anche quando alle *legis actiones* subentrò l'*agere per formulas* la struttura stessa del processo era in grado di consentire una celere risoluzione delle cause, soprattutto perché il giudicante, sia nei *iudicia criminalia* che nei *iudicia privata*, veniva scelto dalle parti liberamente e, dal I sec. a. C. da un *album iudicum*¹²; di modo che un giudice pigro o incapace difficilmente avrebbe incontrato

il favore delle parti in causa. Inoltre è verisimile che il ritardo non giustificato o che, comunque, avesse comportato l'estinzione automatica della causa sarebbe stata perseguita come illecito del giudice, sanzionabile come caso di *iudex qui litem suam facit*¹³.

Peraltro il giudicante era chiamato ad un compito relativamente facile: quello di rispondere all'interrogativo postogli dal pretore, cioè verificare se fosse esistente o meno un determinato fatto o una determinata circostanza. In ciò erano di ausilio gli esperti del diritto che assistevano sia il pretore sia lui stesso (che poteva essere anche inesperto di diritto, proprio perché chiamato a verificare soltanto l'esistenza di un fatto) o i giureconsulti, ai quali le parti avrebbero potuto preventivamente sottoporre un quesito¹⁴, in modo che la decisione del giudice fosse abbastanza agevole, perché guidata dall'esame preventivo ed in termini generali della fattispecie operato dal giureconsulto, in conseguenza del quale al giudicante restava semplicemente il compito di verificare la veridicità

¹¹ Per i *iudicia publica* occorrerebbe un discorso più ampio di quanto questa sede mi consenta. In prima approssimazione, mi limito a ricordare che anche per essi intervennero significative disposizioni, a partire da Augusto: v. A. Arnese, *loc. cit.*

¹² Cfr. M. Kaser, *Das römische Privatrecht II*², München 1975 (ZPR²), p. 51, 193, 198 nt. 51, 345; M. Talamanca, *Istituzioni cit.*, p. 330.

¹³ Il ritardo e la mancata pronuncia della sentenza, senza la fissazione, motivata, di altra data per la trattazione (*diffisio*) sono possibili cause di configurazione del reato, documentati sia nella letteratura giuridica sia in alcune epigrafi: cfr. F. Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, in *Labeo* 36 (1990) 2, pp. 218 ss. In questa sede mi limito a sostenere che, come può dedursi dalla lettura della *lex irnitana* e dal papiro di Antinopoli I. 22, le conseguenze relative al mancato giudicato o al suo ritardo immotivato erano a carico del giudice: cfr. p. 234 "La formulazione attestata nel frammento papiraceo e nella *lex Irnitana* sembra, insomma, voler dire: nelle facoltà del giudice; rientra la possibilità di emettere immediatamente la sentenza, o di differire la controversia a nuova data: nel caso in cui egli non abbia fatto né l'uno né l'altro, si agisca contro di lui, *quia litem suam fecit*. È da notare, infatti, che il non fissare il rinvio del giudizio e il *non dicere sententiam* dovevano comportare, per l'attore, la gravissima conseguenza dell'estinzione del processo. Questo, d'altronde, è quanto lascia intendere a chiare lettere la *lex* quando dichiara «*et si ... iudicatum non sit, uti res in iudicio non sit*». L'espressione allude evidentemente alla *mors litis*, e una delle preoccupazioni principali della legge sembra essere proprio quella di evitare che essa si verifichi, o almeno di predisporre una tutela per l'attore, ponendo il caducarsi *dell'actio* a danno del giudice".

¹⁴ Cfr. M. Kaser, ZPR² cit., p. 197. Riguardo all'operare dei giuristi, che non si occupavano del caso concreto, ma indicavano quale era la fattispecie giuridica dalla quale far derivare la decisione, della sterminata bibliografia, rinvio a M. Bretone, *Tecniche ed ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982.

o meno delle affermazioni delle parti¹⁵. Di modo che proprio l'aver conosciuto la figura del giudice come *iudex privatus* aveva in nuce gli elementi essenziali per assicurare giustezza e tempestività delle sentenze¹⁶.

Le cose si complicarono, tuttavia, quando si passò dalla stima della *res* alla stima dell'*id quo interest* (*interesset, interfuit ...*)¹⁷.

Riguardo alla stima dell'interesse anche quando la problematica giuridica fosse stata chiara, risultava complessa proprio la valutazione del fatto, vale a dire di cosa ed in che misura si dovesse considerare interesse leso e, pertanto, da risarcire.

Sul punto le complicazioni e le relative dispute diventarono sempre più complesse ed ingarbugliate. Ce lo dice Giustiniano, in una singolare costituzione che (unico caso in tutto il *Codex*) occupava da sola un intero titolo:

CI. 7, 47, 1, pr. Iust.: *Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem prout possibile est in angustum coartare*¹⁸.

¹⁵ Perciò non era necessario che il giudice fosse esperto di diritto. Il punto è chiarito, prendendo posizione verso autorevole dottrina (ad esempio quella di P. Collinet, il quale ipotizzava che di norma il giudice romano appartenesse ad elevati ceti sociali, e di F. De Martino): v. L. Gagliardi, *La figura del giudice privato del processo civile romano. Per un'analisi storico-sociologica sulla base delle fonti letterarie 8da Plauto a Macrobio*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma* [cur. E. Cantarella e L. Gagliardi], Milano 2007, pp. 199 ss. Opportunamente l'a. richiama il passo di Quintiliano, dove si metteva a nudo la possibile *imperitia (iuris)* dei giudici: *Inst. Or. 2. 17. 27: imperiti enim iudicant ...*, concludendo che "non è sostenibile che le parti non si rimettessero a un giudice privo di conoscenza giuridica, ciò che invece avveniva assai spesso"; anche perché il fatto della "assenza di preparazione giuridica", ... deve essere inteso unicamente in senso tecnico, senza sminuire il ruolo dei giudicanti". Peraltro la mancanza di conoscenze giuridiche erano compensata dalla scelta bilaterale del giudice, la quale di per sé "costituiva un antidoto "contro il rischio di un'eccessiva influenza della personalità di uno solo dei due contendenti: infatti, in sede di accordo sulla nomina del giudice, ciascuna delle due parti avrebbe insistito per ottenere quel giudice sul quale avesse ritenuto di poter esercitare influenza e quindi, ove si fosse raggiunto l'accordo, ciascuna delle due parti sarebbe stata intimamente convinta di avere raggiunto il proprio scopo e pertanto si sarebbe ritenuta sufficientemente tutelata dal giudice", *Ibidem*, p. 214.

¹⁶ Il che non impedi che in alcuni casi il processo avesse durata lunga, ma non erano la regola, almeno nel processo formulare. Caso noto fu il (cosiddetto) processo di Giusta (documentatoci dalle tavole cerate provenienti da Pompei, scoperte intorno agli anni '30 del secolo scorso e oggetto di animate letture), che ci testimonia dell'iter faticoso – per oltre 2 anni – di un processo di *ingenuitas* avente rilevanti implicazioni successorie: cfr.: A. Maiuri, *Tabulae ceratae Herculanenses*, in *La Parola del passato* 1 (1946), pp. 373 ss.; G. Pugliese Carratelli, *Tabulae Herculanenses I* (tab. I-XII), in *La parola del passato* 1 (1946), pp. 379 ss.; G. Pugliese Carratelli, *Tabulae Herculanenses 11* (tab. XIII-XXX), *ibidem* 3 (1948), pp. 165 ss.; V. Arangio-Ruiz, *Les Tablettes d'Herculanum*, in *Rev. int. des droits de l'antiquité* 1 (1948), pp. 1 ss.; V. Arangio-Ruiz, *Il processo di Giusta*, in *La parola del passato* 3 (1948), pp. 129 ss.

¹⁷ Sui tempi e le modalità del passaggio dalla stima del *quanti ea res est (fuit, erit ...)* alla stima dell'interesse rinvio al mio lavoro *La interpretatio ai verba 'Quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli 1980, pp. 61 ss.

¹⁸ Tr.: *Essendosi protratti all'infinito gli antichi dubbi su quello che è interesse a noi sembrò cosa migliore restringere, per quanto sia possibile, un prolissità di tal genere.*

Dunque l'Imperatore, *rectius* i redattori del *Codex*, partivano da un dato indiscusso e dolente: il fatto che proprio intorno alla stima dell'interesse si erano sviluppate dispute tali da potere addirittura essere qualificate 'senza fine'. Esse producevano lungaggini insopportabili, per la cui eliminazione egli sentì il bisogno di intervenire, con l'intento di ridurre al massimo ogni dubbio e, di conseguenza, di velocizzare i processi.

La soluzione adottata appare netta pur nella sua semplicità:

§ 1: Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, quod hoc interest dupli quantitatem minime excedere: in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur.

§ 2: Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt: et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio¹⁹.

Giustiniano usa l'accetta su tutte le dispute e dispone che, ad eccezione dei *delicta*, ogni condanna non dovesse mai poter superare il doppio del valore iniziale della cosa oggetto del contendere.

Questa soluzione apparentemente semplice è stata oggetto di perplessità ed interrogativi nella dottrina contemporanea, la quale ha focalizzato la propria attenzione sulla risarcibilità del danno emergente e del lucro cessante²⁰. I più ritengono che si sia trattato di un'infelice tentativo degli interpreti postclassici di porre una limitazione al danno da risarcire, con riferimento esclusivo al danno

¹⁹ Tr.: § 1: *Ordiniamo dunque che, in tutti i casi che hanno una quantità o natura determinata, come nelle vendite, nelle locazioni ed in tutti i contratti, l'interesse non ecceda minimamente la quantità del doppio. Negli altri casi, poi, che sembrano essere incerti, i Giudici, che sono chiamati a decidere le cause, dovranno ricercare in che cosa realmente consiste il danno e non badare ai raggiri, e ciò affinché, computando il danno all'infinito, non ne divenga impossibile l'indennizzazione, poiché noi sappiamo essere congruo per natura esigere soltanto quelle pene che o con giusto arbitrio o quelle chiuse dalle leggi in un certo limite (o quelle alle quali le leggi stabilirono un certo limite).* § 2: *E ciò la nostra costituzione stabilì non soltanto riguardo al danno ma anche in riferimento al lucro, poiché gli antichi anche da ciò stabilirono gli interessi. E per tutti, secondo quello che è stato detto, la lettura di questa costituzione ponga fine all'antica prolixità.*

²⁰ Sulla quale v. D. Medicus, *Id quod interest, Studien zum römischen Recht der Schadenersatzes*, Köln/Graz 1962, pp. 289 ss. e gli AA. citt. alla nt. prec.

emergente e non anche al lucro cessante²¹. Tuttavia la norma di Giustiniano mi sembra di respiro più vasto di quanto, seguendo siffatta dottrina, si dovrebbe ritenere: a ben guardare la costituzione “ammette allo stesso titolo e negli stessi limiti del danno emergente la piena risarcibilità del lucro cessante”²². L’Imperatore, per tale via, pare accogliere le opinioni dei giuristi severiani, che avevano superato le tesi più restrittive dei predecessori, come ci risulta, ad esempio, dai frammenti nei quali Paolo ed Ulpiano ampliarono le precedenti posizioni di Pedio e di Marcello²³.

In questa sede, non potendo entrare nel merito del provvedimento e della sua portata²⁴, vorrei, invece, partire dalla considerazione delle finalità perseguite da Giustiniano, chiedendomi quali fossero i crediti che con venivano limitati ad una condanna non superiore al doppio e quale fosse la motivazione che l’Imperatore dava all’esigenza di porre un limite (del doppio) alle condanne processuali, perché proprio

riguardo al limite del *duplum* sono sorti molti dubbi e, in particolare, sulla sua praticabilità. Autori come Berger e Ratti²⁵ hanno ritenuto che le disposizioni di Giustiniano fossero state largamente disattese sia nei *Digesta* sia nella prassi bizantina dei secoli VI e VII. Tale convincimento può oggi considerarsi in gran parte abbandonato, poiché è stato posto in luce che la limitazione al *duplum*

²¹ Cfr. K. Below, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München 1964, 124 s.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht* II², cit., p. 345 ed ivi, per la bibliografia nt. 17; Kaser/Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, p. 611 ed ivi nt. 45

²² FM: De Robertis, Rc. a Karl-Heinz Below, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, cit., p. 408.

²³ Cfr. D. 9, 2, 41, pr. Ulp. 41 ad Sab.: *Si quis testamentum deleverit, an damni iniuriae actio competat, videamus. et Marcellus libro quinto digestorum dubitans negat competere. quemadmodum enim, inquit, aestimatio inibitur? ego apud eum notavi in testatore quidem hoc esse verum, quia quod interest eius aestimari non potest, verum tamen in herede vel legatariis diversum, quibus testamenta paene chirographa sunt. ibidem Marcellus scribit chirographo deleto competere legis aquiliae actionem. Sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est in factum et iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit.*

D. 35, 2, 63, pr. Paul. 2 ad l. Iul. et Pap.: *Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. nec enim qui filium naturalem possidet tanto locupletior est, quod eum, si alius possideret, plurimo redempturus fuisset. sed nec ille, qui filium alienum possidet, tantum habet, quanti eum patri vendere potest, nec exspectandum est, dum vendat, sed in praesentia, non qua filius alicuius, sed qua homo aestimatur. eadem causa est eius servi, qui noxam nocuit: nec enim delinquendo quisque pretiosior fit. Sed nec heredem post mortem testatoris institutum servum tanto pluris esse, quo pluris venire potest, Pedius scribit: est enim absurdum ipsum me heredem institutum non esse locupletiozem, antequam adeam, si autem servus heres institutus sit, statim me locupletiozem effectum, cum multis causis accidere possit, ne iussu nostro adeat: acquirit nobis certe cum adierit, esse autem praeposterum ante nos locupletes dici, quam adquisierimus.*

²⁴ In proposito v. FM. De Robertis, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande Compilazione*, Bari 1981, partic. pp. 128 ss., il quale si chiede a quali tipi di contratti fosse riferita la disposizione e se potesse abbracciare anche i quasi contratti.

²⁵ A. Berger, *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden*, Leipzig und Berlin 1911, p. 134.

delle condanne dei debitori (e, quindi, in ultima analisi, dei debiti) era stata già sostenuta dalla giurisprudenza del Principato ed aveva goduto di effettiva vigenza nel diritto giustiniano e nella pratica dei Bizantini²⁶.

In realtà il limite del *duplum* si trova adoperato nel Principato con riguardo ad una pluralità di contesti.

Una cospicua letteratura²⁷ ha operato un accostamento tra la costituzione di Giustiniano e un punto delle questioni di Paolo, nel quale veniva riferito che, secondo la testimonianza di Africano, Giuliano avrebbe limitato al *duplum* il risarcimento conseguibile con l'*actio empti* ed ha supposto che Giustiniano per la sua decisione, esposta in C.I. 7.47.1, avesse avuto presente proprio quella limitazione proposta da Giuliano e accolta, verosimilmente, anche da Paolo. Giustiniano avrebbe generalizzato l'orientamento espresso dai giuristi del Principato riguardo ai danni risarcibili al compratore. Rispetto ai quali, almeno a datare dal secondo secolo, la *stipulatio duplae* sarebbe stata considerata come il paradigma da tener presente per la determinazione del risarcimento, ritenendosi che, in ogni caso, qualsiasi risarcimento non potesse superare il doppio del valore della cosa. In proposito un punto fermo per gli interpreti successivi doveva essere stato il pensiero di Giuliano; il quale (non sappiamo se innovando rispetto alla interpretazione precedente o, piú verosimilmente, dando il suggello della sua autorevolezza ad una linea interpretativa affacciatasi già nel primo secolo) parrebbe aver riflettuto sul fatto che nell'ipotesi peggiore per il venditore, cioè quella di evizione totale e quindi di perdita (per il compratore) della cosa comprata, l'indennizzo, previsto dalle stipulazioni edilizie, era fissato al doppio del valore della cosa, deducendone che il doppio doveva essere ritenuto il massimo di risarcimento conseguibile dal compratore²⁸.

È però da osservare che, pur non sottacendosi la rilevanza e l'influenza che possa aver avuto la *stipulatio duplae*, non pare sostenibile che Giustiniano abbia guardato essenzialmente ad essa. Ciò perché molti sono i casi nei quali i giuristi

²⁶ Sul punto, v., in particolare, V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, Napoli rist. 1961, p. 236²; D. Medicus, *Id quod interest*, Köln/Graz 1962, pp. 90 ss.; R. Knütel, *Stipulatio poenae*, Köln/Wien 1976., pp. 341 ss.

²⁷ Medicus, *Id quod interest*, cit., pp. 63 ss.; R. Knütel, *Stipulatio poenae*, *Studien zum römischen Vertragstrafe*, Köln/Wien 1976, pp. 338 ss.

²⁸ Questione aperta, come si è detto a proposito della costituzione di Giustiniano, è quella concernente la natura del risarcimento riconoscibile al compratore, che, secondo una opinione corrente nella dottrina contemporanea escluderebbe il lucro cessante (v., per tutti, KH Below, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, cit., del quale, in particolare, si tengano presenti le conclusioni, pp. 123 ss). A me sembra che l'impostazione seguita dai giuristi romani sia stata altra: essi non sono stati tanto impegnati in una discussione di carattere generale sulla natura del danno risarcibile, bensì nella individuazione di ipotesi concrete di danni da risarcire connesse con il possibile utilizzo della cosa e si sarebbero preoccupati che le richieste di risarcimento non risultassero smodate e fuori di ogni ragionevolezza: da qui sarebbe nata l'esigenza di un tetto di salvaguardia, costituito dal doppio del valore della cosa.

della tarda Repubblica e dell'Impero applicarono il limite del doppio. Sicché è più verisimile che Giustiniano si sia voluto richiamare ad una pluralità di situazioni, racchiudendole tutte nel divieto di superare la condanna al doppio del valore della cosa. .

In particolare di grande rilievo doveva apparire il limite del doppio posto per le *usurae*, sia legali che convenzionali²⁹. Esso risulta applicato, tra il 72 e il 70 a. C.³⁰, già sul finire dell'età Repubblicana da un editto di Lucullo, mentre non è databile la sua introduzione in Roma³¹, dove tuttavia era operante durante il Principato, poiché la giurisprudenza di quel periodo lo menzionava più volte, dandone per scontata la sua applicazione³²; la quale fu anche confermata e, talora

²⁹ Sul divieto di *usurae ultra duplum* legali v. G. Cervenca, *Sul divieto delle cd. «usurae supra duplum»*, in *Index 2* (1971), pp. 291 ss.; sul divieto per le *usurae* convenzionali v. L. Solidoro, «*Ultra sortis summam usurae non exiguntur*», in *Labeo* 28 (1982), pp. 164 ss. A questi contributi rinvio sia per i documentati riferimenti bibliografici, sia per l'esauriva citazione delle fonti.

³⁰ V. G. Cervenca, *Sul divieto delle cd. «usurae supra duplum»*, cit., p. 300 alla nt. 3, il quale ricorda che del provvedimento di Lucullo parla Plutarco (*Luc. 20.3*) come di un intervento per alleviare la condizione degli abitanti dell'Asia minore "oppressi dalle pretese degli usurai", che doveva trovare una solida radice nel diritto delle Province, per il quale Diodoro Siculo menzionava un precedente dell'antico diritto egiziano, risalente sino all'VIII secolo a. C.

³¹ Al riguardo il T. Mommsen, *Römische Geschichte* III⁸, 1856, p. 537, aveva ipotizzato l'introduzione in Roma attraverso un provvedimento di Cesare, del quale però mancano le prove: v. le riflessioni svolte in questa sede dalla L. Solidoro, cit., che richiama le considerazioni di MP. Piazza, «*Tabulae novae*». *Osservazioni sul problema dei debiti negli ultimi decenni della Repubblica*, in *Atti del II Sem. rom. Gardesano*, 1980, 39 ss., spec. pp. 91 ss. Cautela circa i tempi di recepimento in Roma suggerisce la natura straordinaria e transitoria del provvedimento di Lucullo, anche se non è affatto scontato che il divieto del doppio sia entrato in Roma come conseguenza della prassi diffusasi nelle provincie e non sia avvenuto piuttosto il contrario e cioè "che sia stato invece il governatore Lucullo ad ispirarsi ad una norma romana": sul punto v. Solidoro, «*Ultra sortis summam usurae non exiguntur*», cit., 169²⁹.

³² Per la documentazione completa rinvio ai citati contributi del Cervenca e della Solidoro ed alla letteratura da essi discussa. Ricordo che fondamentale è il frammento di Ulpiano di D. 12. 6. 26. 1, *Ulp. 26 ad ed.*: *Supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci nec exigi possunt et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae*. La portata del divieto, che in un primo tempo doveva aver riguardato le *usurae* legali, è discussa, poiché al tempo di Ulpiano potrebbe aver sancito, come sostiene il Cervenca, o meno, come invece opina la Solidoro, la nullità di ogni stipulazione oltre il doppio; mentre a partire dal IV secolo sicuramente sanciva la nullità della stipulazione oltre il limite legale. Ulpiano doveva far riferimento ad un divieto preesistente, che secondo la L. Solidoro, «*Ultra sortis summam usurae non exiguntur*», cit., 172 e 179, poteva provenire da una *lex imperfecta* o da un senatoconsulto o, più verosimilmente, da una costituzione imperiale. Esso era comunque radicato nella pratica giuridica dell'età dei Severi, come dimostra il riscontro fornito da un frammento di Papiniano: D. 22. 1. 9. pr., *Pap. 2 quaest.*: *Pecuniae faenebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum in altero tanto supra modum legitimae usurae respondi non tenere: quare pro modo cuiuscumque temporis superfluo detracto stipulatio vires habebit*. Ed è confermato dai numerosi riferimenti al *modus usurarum* ripetutamente richiamato, che esprime l'aspirazione alla tutela delle ragioni del mutuatario (si pensi all'assillante insistenza sul rispetto delle *centesimae usurae*: v. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 545 s.; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 2006, p. 439 e la puntuale raccolta di fonti operata dalla Solidoro, alle *loc. cit.*). Secondo il

meglio precisata, da alcune costituzioni imperiali ispirate dai giuristi della Cancelleria³³.

Sarebbe interessante, ma non ne è questa la sede, una specifica indagine sul nesso visto dai giuristi romani tra limite della responsabilità individuale e doppio, nei casi in cui si dovesse pagare un valore certo. Qui basti ricordare il ricorso al doppio in molte azioni di natura penale e nella *infitiatio*, oltre che in apposite stipulazioni, proposte anche al di fuori della compravendita³⁴; casi

Cervenca, *Sul divieto delle cd. «usurae supra duplum»*, cit., 297, tuttavia, il divieto delle *usurae ultra duplum* avrebbe riguardato esclusivamente le *usurae* convenzionali per tutta l'età classica e del tardo-antico sino a Giustiniano, il quale, per primo, lo avrebbe esteso anche alle *usurae* legali. Per un piú ampio sguardo sulla disciplina delle *usurae* ed i tentativi di contenimento, cfr. F. Fasolino, *Studi sulle usurae*, Salerno 2006; P. Capone, *Unciaria lex*, Napoli 212 e la mia recensione in TSDP – VI 2013 – rivista online (<http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=265>), sez. Segnalazioni bibliografiche – pp. 1-10; A. Cherchi, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli 2012, e la mia recensione in in SDHI, 82, 2016, pp. 625-630.

³³ L'intervento degli Imperatori a datare da una costituzione di Antonino Caracalla (C. 4, 32, 10 Imp. Ant. a. Crato et Donato militi: *Usurae per tempora solutae non proficiunt ad dupli computationem. tunc enim ultra sortis summam usurae non exiguntur, quotiens tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem*) rivela una costante preoccupazione di tenere a freno l'ammontare degli interessi, cfr., sul punto, Cervenca, *Sul divieto delle cd. «usurae supra duplum»*, cit., 292 s. e Solidoro, «*Ultra sortis summam usurae* cit., 164 ss. L'emanazione, da parte degli Imperatori, di costituzioni miranti a tenere a freno il tasso degli interessi e, comunque, a limitare il debito a non piú del doppio si seguono sino al Codice Teodosiano, che racchiudeva una significativa costituzione del 380, la quale porta il nome degli Imperatori Graziano, Valentiniano II e Teodosio I: C.Th. 4. 19. 1 Imp Grat. Val. et Theod. AAA. *Eutropio pp.: ..Distinguendum vero hoc quoque arbitrati sumus, ut, si contractus debiti ex stipulatione descendit et casu usurae per annorum curricula summam capitibus impleverint, scilicet ut quantitas sortis quantitatis fenoris adaequetur, post sententiam usurae duplices non utriusque debiti currant, sed capitibus quidem duplae, usurarum vero simplae*. La tendenza espressa dalla costituzione del IV secolo, che probabilmente fu emanata dal solo Teodosio a Tessalonica (cfr., CERVENCA, *Sul divieto delle cd. «usurae supra duplum»*, cit., 301^o, il quale sul punto segue le opinioni di Mommsen-Meyer, del Seek e del de Dominicis) era di estremo rigore, come dimostra la *interpretatio visigotica*: Int. C.Th. 4. 19. 1: ... *Hoc quoque praecipimus observari, ut, si debitoris cautio cum omni firmitate proferantur et usurae per annos plures cum capitali debito se aequaverint, a debitore amplius non petatur. Sane post iudicium duplam centesimam, quam reddi iussimus, de illud vero, quod in usuris ante iudicium crevit, simpla tantum centesima detur*. La *interpretatio visigotica* chiarisce la portata della costituzione, che, anche se non lo diceva espressamente, presupponeva l'esistenza del divieto degli interessi *ultra duplum*; infatti l'*interpretatio visigotica* non si limitava alla sola parafrasi della costituzione, ma si premurava di "proclamare apertamente un principio non enunciato dalla costituzione commentata", come, sulla scorta della lettura del Gotofredo, ha osservato il Cervenca, *Sul divieto delle cd. «usurae supra duplum»*, cit., 293; al quale, così come al lavoro della Solidoro citato, rinvio per la disamina di altri provvedimenti collegati a quelli riportati e per il loro significato. Mi limito a notare che la turbolenza degli avvenimenti militari e politici degli anni ai quali appartengono gli interventi imperiali citati difficilmente avrebbe potuto dar luogo a disposizioni innovative, il cui contenuto non fosse già nella consapevolezza dei contemporanei, rielaborata dalla scienza giuridica del tempo, in massima parte espressa dalla Cancelleria imperiale.

³⁴ Cfr. Kaser, *RPR*², partic., p. 134 ed ivi nt. 17, pp. 139 ss. ed ivi ntt. 57, 58, 60, 61, p. 40, p. 385 ed ivi nt. 15, 586³⁵. Di particolare interesse appare, poi, la casistica esposta dalle costituzioni, per la quale, tuttavia è necessario rinviare ad un'altra apposita analisi.

che fanno ipotizzare un tentativo di quantificazione massima e preventiva dell'importo dovuto dal debitore.

Vi è, comunque, un dato che mi pare vada tenuto presente.

Al di fuori delle azioni penali, che possono essere in triplo e anche in quadruplo, mi pare che, invece, negli altri casi il limite massimo che si incontra sembrerebbe essere stato sempre quello del doppio³⁵. Di modo che appare legittimo concludere che in tutta l'esperienza romana si tentò di non consentire che un debitore potesse essere gravato oltre il doppio del debito contratto.

Queste considerazioni, credo, possono gettare ulteriore luce sul contenuto e sulla portata dell'intervento di Giustiniano di C. 7. 47. 1.

Il quale non può essere compreso appieno se non si tengano presenti sia i precedenti, del Principato e del tardo-antico, sia l'insieme della politica legislativa di Giustiniano. La quale mirava al contenimento delle pretese dei creditori ed al temperamento delle situazioni che rendessero eccessivamente onerosa e insopportabile la condizione dei debitori.

Rispetto a questi obiettivi la costituzione del 531 pare costituire il punto terminale diretto a riassumere in via generale le direttive di contenimento dell'ammontare dei debiti, attraverso la determinazione di un tetto per le condanne giudiziali.

Dunque, con Giustiniano nessuno rischiava più del doppio e gli interessi usurai ebbero una sforbiciata decisiva: magari anche oggi si potesse o si saprebbe fare altrettanto contro le vessazioni sempre più disumane del Fisco e delle Finanziarie! O si?!

La lungimiranza dell'Imperatore va, pertanto, tenuta in considerazione e, potrebbe divenire un paradigma anche ai nostri giorni.

Giorni nei quali le soluzioni dell'esperienza giuridica romana appare di grande attualità, per l'esigenza sempre maggiormente attuale di snellire l'apparato giudiziario e ridefinire profili e compiti dei giudici.

Il nostro tempo, peraltro, assiste alla riscoperta e al rilancio a tutti i livelli sia riguardo al 'pubblico' sia riguardo al 'privato' della *mediazione*, vale a dire di un modello alternativo di risoluzione delle liti, affidato non più al 'giudice di carriera e membro dell'apparato statale', bensì (come era in Roma) a 'privati'. Infatti, si pensa di risolvere le difficoltà di *accesso alla giustizia* attraverso l'intro-

³⁵ Gli esempi, naturalmente, potrebbero essere molti e meritano una propria specifica indagine. Qui mi limito a menzionare almeno un indice che a me sembra rivelatore: l'azione *in factum* contro *nautae, caupones* e *stabularii*, sorta per le esigenze del commercio, si proponeva di offrire il miglior grado di garanzia possibile ed era ispirata a massima severità, malgrado ciò non andava oltre il doppio: D. 4. 9. 7. 1, *Ulp. 18 ad ed.: Haec actio in factum in duplum est*. Mi pare dunque plausibile che, fuori dalle azioni penali, il limite massimo di garanzia concesso al creditore fosse costituito, per l'appunto, dal *duplum*.

duzione della mediazione e conciliazione, come forma parallela e stragiudiziale di composizione delle liti.

È questa la soluzione escogitata in sede europea all'interno dell'UE.

L'Unione, infatti, dopo un lungo e faticoso percorso ha emanato una direttiva che si muove in questa direzione e impegna gli Stati membri a introdurre forme di conciliazione spontanea e preventiva delle liti.

Si tratta della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, entrata in vigore il 12.6.2008, la quale promuove il ricorso alla mediazione come metodo di risoluzione consensuale delle controversie in materia civile e commerciale.

La direttiva rappresenta un esempio del riconoscimento del diritto alla giustizia come diritto fondamentale e segna un passo avanti rispetto alla *Carta dei diritti fondamentali dell'UE* del 2000, nella quale il diritto alla giustizia, previsto al capo VI, era considerato nell'ottica dell'organizzazione tradizionale della giustizia, vale a dire quella dei Tribunali, con attenzione accentuata sulle procedure penali. La nuova direttiva si fonda sulla raggiunta consapevolezza che le difficoltà di accesso alla giustizia in campo civile e commerciale ledono e/o vanificano il diritto stesso. Essa ha aperto la strada alle nuove forme di risoluzione che si basano sul ricorso alla decisione di terzi estranei sia alle parti sia all'apparato giudiziario³⁶.

Queste strade, frutto della crisi irreversibile del sistema giudiziario e soprattutto del modello di 'giudice apparato', si articolano nelle forme della mediazione, della conciliazione e degli arbitrati: per tutte non si può sfuggire alla suggestione del *iudex privatus* romano e delle giurie popolari (dei processi pubblici). A condizione che, però, se ne rispetti lo spirito e non soltanto il modello formale. Preciso: la peculiarità del *iudex privatus* risiedeva nel fatto di poter essere scelto liberamente tra parti **in condizioni paritarie**. Questo oggi non o non sempre appare assicurato perché, ad esempio nel cosiddetto *diritto spontaneo* (vale a dire, quel diritto che i Gruppi dominanti – finanziarie e multinazionali – impongono nel commercio giuridico) la scelta dell'arbitro favorisce proprio i più forti e poco garantiscono gli uomini comuni³⁷. Inoltre recenti trattati accordano priorità alla libertà di commercio anche a scapito del *bene comune* e arrivano addirittura ad eludere il controllo giurisdizionale,

³⁶ Sul punto, rinvio al mio articolo *Mediazione e conciliazione: storia, origini, attualità*, in *La mediazione. Dalla storia la creazione di valore*, Napoli 2011 (ed. Simone), pp. 7-46.

³⁷ Sulle procedure alternative, che si collocano nella scia del processo formulare romano, rinvio, da ultimo, alle considerazioni ed alla bibliografia contenuta in I. Buonocore, *Sull'arbitrato quale filtro alla giustizia togata*, in *Annali del Dipartimento jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture*, Taranto 2008, pp. 63 ss.; Idem, *Sull'arbitrato come metodo alternativo di risoluzione delle controversie e sull'efficacia esecutiva del lodo. Differenze con l'efficacia del verbale di accordo della mediazione*, in *Journal of modern science*, Warszawa 2016, pp. 161 ss.

attraverso organi e meccanismi di risoluzione delle controversie funzionale al solo interesse delle multinazionali. È il caso del CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, letteralmente “Accordo economico e commerciale globale”): un trattato di libero scambio tra Canada e Unione europea. Con esso viene stabilito il principio secondo il quale un’impresa del Canada che facesse un investimento in un paese dell’UE e la quale si ritenesse danneggiata da un contratto collettivo per esempio, può fare causa allo stato non attraverso i tribunali ordinari, ma attraverso una corte speciale. solitamente questo *tipo di tribunali privati* danno ragione alle imprese, questo mette le multinazionali in una condizione di vantaggio rispetto ai cittadini normali e rispetto agli Stati. Questo sistema, l’ICS, *Investor Court System*, prevede che le imprese possano fare ricorso, **ma gli Stati e i cittadini non possono rivolgersi alla stessa Corte**. Siamo testimoni di uno spostamento di potere decisionale nelle mani delle multinazionali. È un ribaltamento della gerarchia dei valori. Un governo che opera nel bene dei cittadini potrebbe essere citato in giudizio ed essere costretto a pagare fior di risarcimenti alle multinazionali³⁸.

³⁸ La clausola ICS consente agli investitori canadesi nell’UE – e agli investitori UE in Canada – di citare in giudizio lo Stato davanti ad un tribunale speciale con lo scopo di ottenere il risarcimento dei danni dovuti ad una normativa che lede i loro interessi e i loro diritti. In astratto, né la clausola ISDS né la clausola ICS impediscono alle autorità di adottare qualsivoglia provvedimento nell’interesse pubblico. Tuttavia le misure di pubblico interesse possono essere spesso tali da danneggiare gli interessi degli investitori stranieri e da far scattare la richiesta dei danni. Il solo rischio di dover pagare colossali risarcimenti è in grado di frenare ed annacquare le politiche pubbliche. Le cause vengono giudicate da arbitri che fanno capo ad un’istituzione internazionale: il più delle volte è l’*International Centre for Settlement of Investment Disputes*, istituito dalla Banca Mondiale proprio per dirimere le controversie sotto la clausola ISDS. Di regola, gli arbitri sono tre (ciascuna parte in causa ne sceglie uno; il terzo viene nominato di comune accordo); il pubblico non ha accesso alle udienze né agli atti processuali; l’esito della causa è noto, ma talvolta non è nota l’entità delle compensazioni; la richiesta di danni attraverso la clausola ISDS non impedisce agli investitori di intentare una causa parallela presso i tribunali nazionali ed in base alla legislazione nazionale. **Gli arbitri decidono senza tener conto della legislazione nazionale: tengono conto solo del testo del trattato internazionale in cui è inserita la clausola ISDS, che diventa così una legge al di sopra della legge.** Nel CETA, la clausola ICS (articolo 8.9 e seguenti) lascia completamente intatta la sostanza della clausola ISDS: la possibilità degli investitori stranieri di citare in giudizio lo Stato per ottenere risarcimenti in caso di trattamento discriminatorio, ingiusto, iniquo e in caso di esproprio ed esproprio indiretto. L’ICS prevede (articolo 8.12 ed allegato 8-A) che vengano risarciti l’esproprio diretto e l’esproprio indiretto. L’esproprio diretto equivale alla nazionalizzazione. Deve essere compensato con il prezzo di mercato che l’investimento aveva prima che la nazionalizzazione diventasse nota (articolo 8.12.2). Nello stesso modo va compensato anche l’esproprio indiretto, che si verifica (allegato 8-A, articolo 1.b) quando un provvedimento dell’autorità pubblica priva sostanzialmente un investitore dei fondamentali attributi di proprietà pur senza un formale passaggio di proprietà. In pratica, l’esproprio indiretto riguarda i provvedimenti che limitano i guadagni. L’esistenza di un esproprio indiretto, stabilisce il testo, va valutata caso per caso (allegato 8-A, punto 2), tenendo conto “fra l’altro” (e quindi non esclusivamente) dell’impatto economico dei provvedimenti pubblici, della durata di questi provvedimenti, del loro oggetto, del loro scopo e del loro carattere. Una definizione di cui è veramente difficile precisare i limiti.

Appare di tutta evidenza che i nuovi grandi accordi commerciali, che l'Europa sta negoziando con il Canada, con la Corea e gli Stati Uniti hanno un difetto di origine, sono cioè concepiti come strumenti per l'abbattimento delle barriere tariffarie doganali, ma anche delle barriere regolamentari. Questo è un problema per la sostenibilità del commercio. Il commercio dovrebbe favorire uno sviluppo armonico del mondo, ma questo passa in secondo piano, perché l'abbattimento delle barriere è di ispirazione tipicamente liberista, l'interesse primario è concentrato quindi sui risultati delle imprese e delle multinazionali.

Contro tutto ciò vi è qualche rimedio o dobbiamo rassegnarci al totale schiacciamento dell'uomo, dell'ambiente e dei loro valori?

Riterrei di sí. Occorre, però, ancora una volta riscoprire gli insegnamenti del diritto romano e della sua secolare tradizione, radicata nella Cultura e nell'Esperienza radicata nel *Jus civile*, cioè *nel diritto continentale* o *diritto romano-germanico* (per gli anglofoni, *Civil Law*). Essa non privilegia il 'patto' o il 'trattato' di per sé e prioritariamente persino dinanzi alla legge. Ciò perché il 'contratto' non è legato ad una causa, come nel *Code Napoléon* e nella tradizione, di ascendenza romanistica, italiana e di molti paesi dell'Europa continentale e dell'America Latina, ma si sostanzia esclusivamente nell'accordo, quale che ne sia il contenuto. In sostanza nel diritto romano e nella tradizione europea e latino-americana, che risalgono alla 'causa' dell'accordo, la validità del contratto dipende dalla **giustizia della causa**, mentre nella *Common law* dipende esclusivamente dai patti.

In conseguenza di ciò il bene comune e l'interesse generale finiscono per essere completamente oscurati e soggiacciono al perseguimento di interessi particolari, nello specifico soprattutto delle grandi imprese, ed i valori essenziali possono essere obliterati a favore degli interessi di gruppi, vale a dire delle multinazionali. Avviene, infatti, che, in séguito al CETA, poiché gli Stati UE (articolo 8.4) non possono limitare l'accesso al mercato agli investitori canadesi (e il Canada non può limitare l'accesso al mercato agli investitori UE), all'entrata in vigore della clausola ICS, **gli investitori canadesi potranno chiedere un risarcimento danni per le norme in quel momento già esistenti e tali da limitare il numero di imprese attive in un dato settore economico o le loro attività, anche quando la limitazione derivi da provvedimenti diretti alla tutela dell'ambiente o della salute o, comunque, dei valori essenziali.**

Per evitare queste apparentemente paradossali e nefaste conseguenze forse può essere utile la lezione dei giuristi romani.

Essi suggerirono al *praetor*³⁹ di riconoscere ogni accordo, ma soltanto a condizione che non fosse contro il diritto e le sue leggi e fosse conforme alla buona fede ed ai princípi generali.

*Praetor ait: pacta conventa, quae neque dolo malo neque ad versus leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo*⁴⁰.

Dunque ogni accordo sarebbe potuto essere valido soltanto se non fosse stato contrario alla buona fede o ad un provvedimento normativo della *Respublica*, come piú volte i giuristi confermarono⁴⁰.

Ulpiano, inoltre, forse avvertí l'esigenza di generalizzare il limite posto per il riconoscimento dei patti, chiarendo che il richiamo alla buona fede andava inteso in senso ampio, di là dagli stessi *iudicia bonae fidei*, e consisteva nel mancato rispetto dei princípi generali del *ius*, vale a dire dei *boni mores*:

D. 16. 3. 1. 7, Ulp. l. 30 ad ed.: *Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est.*

Avendo presente che i *mores (maiorum)* erano l'essenza stessa del diritto, sembra plausibile che la precisazione di Ulpiano, fatta per spiegare il diniego di validità al patto di 'non prestare il dolo', costituiva un rinvio di carattere universale e stesse ad indicare che i contraenti, quali che fossero le loro finalità e ragioni, avrebbero potuto sí disporre liberamente, ma non avrebbero mai potuto stravolgere il *ius* stesso, nelle sue fondamenta (cioè il sistema)⁴¹.

³⁹ Il quale era costantemente supportato dal ausilio dei giureconsulti che sedevano nel suo consiglio o che lo facevano destinatario ultimo delle proprie riflessioni (per lo piú *responsa*): cfr. G. Bassanelli Sommariva, *Lezioni di diritto privato romano II. Ius dicere – ius dicere*, Santarcangelo di Romagna 2011, p. 125.

⁴⁰ Lo affermavano Paolo, nel commento all'editto (D. 2. 14. 27. 3, l. 3 *ad ed.*; D. 13. 6. 17. Pr, l. 29 *ad ed.*), e ancora Ulpiano sia nel commento all'editto che in quello a Sabino: rispettivamente D. 16. 3. 1. 7, l. 30 *ad ed.* e D. 50. 17. 23, l. 29 *ad Sab.*

⁴¹ Del limite ai patti mi sono occupato in *Regula e ius antiquum in D. 50. 17. 23. L'analisi di Ulpiano*, Bari 1984, nel quale, in riferimento al pensiero di Ulpiano e al principio da lui commentato, osservo: "... può affermarsi che quel principio aveva assunto i caratteri di una regola. La quale veniva giustificata in base ad esigenze sempre piú ampie e non piú direttamente collegate con il processo, nel cui ambito era stata elaborata. Illuminante è il ricordato riferimento ulpiano del commento all'editto, in D. 16. 3. 1. 7. Lì il giurista, ricordato che non doveva riconoscersi l'accordo di non prestare il dolo («*illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit*»), spiegava: «*nam haec conventio contra bonam (idem contraque bonos mores est et ideo ne sequenda est*». Si avverte nel brano un'esigenza di generalizzazione, alla ricerca di motivazioni che guardavano all'ordinamento come tale e non muovevano dal processo. Non vi è nessun riferimento al *iudicium* e alla sua natura; al suo posto vi è il ricorso diretto alla buona fede. La quale solo indirettamente si collegava al *iudicium bonae fidei*, in quanto ne costituiva il criterio ispiratore e il fondamento, ma nello stesso tempo ne restava a monte e distinta. Il tentativo di allargamento insito nel passaggio

Conferma della generalità assunto dalla necessità di non contravvenire i *boni mores* in nessun patto, oltre che in quello (intronò al quale erano scaturite le puntualizzazioni, esaminate, dei giuristi) del *pactum ne dolus praestetur*, è dato da una costituzione del 213, emanata da Antonino Pio:

C. I. 2. 3. 6 Imp. Antoninus A. Iuliae Basiliae: *Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est.*

Il provvedimento era un rescritto⁴²; pertanto doveva servire a confermare il *ius* preesistente, ribadendone i contenuti. Questo induce a pensare che l'Imperatore o chi per lui della Cancelleria imperiale, in consonanza con quanto visto in Ulpiano⁴³. Di modo che si deve pervenire alla conclusione, sopra delineata, che non potesse mai valere **nessun patto contro i *boni mores*, quale che fosse il suo contenuto.**

Ora se leggiamo la realtà odierna alla luce della chiave di lettura che ci forniscono le fonti romane possiamo, senza incertezze, pervenire anche noi alla conclusione che **non si dovrebbe MAI far valere un patto che contraddica il nostro sistema e la nostra civiltà ed esperienza giuridica.**

Nel caso di trattati, come il menzionato CETA o similari, spetta a noi giuristi, eredi ed interpreti della tradizione giuridica, custodi dei 'valori' della società (*sacerdotes della vera philosophia*) spiegare che non vi è trattato che tenga, se non rispetti l'uomo e l'ambiente, e che non è possibile sovvertire il sistema con organi giudicanti che eludano il nostro sistema giuridico e non assicurino una effettiva parità tra le parti: ogni riserva di giurisdizione che pretenda di consegnarci a siffatti organi è priva di fondamento e riconoscibilità, traducendosi in **negazione di giustizia.**

Perciò i Governi ed i magistrati devono essere aiutati a capire e devono essere spinti a rivendicare la propria insostituibilità.

Ciò che contrasti il *bene comune* i principi ed i valori della nostra società, così come ogni violazione dell'ambiente, non vanno consentiti e si deve affermare

dall'appello alla natura di buona fede del giudizio all'invocazione diretta della buona fede, è evidenziato dal richiamo contrattuale dei *boni mores*. Non mi pare sia temerario affermare **che** con essi si intendesse stabilire un rinvio a concezioni ancora più **generali dell'ordinamento giuridico**⁴⁰. Che i *boni mores* indicassero le esperienze più caratterizzanti della concezione della vita e della organizzazione della società romana è posto in evidenza dalla documentata indagine di J. Plešcia, *The Development of the Doctrine of Boni Mores in Roman Law*, in *RIDA* 34, 1987, pp. 292 SS. D'altra parte è pacifico che i *mores* furono la prima e principale fonte di produzione del *ius*: per tutti, cfr. M. Marrone, *Istituzioni* cit., p. 39.

⁴² Presumibilmente, il provvedimento si inseriva nei numerosi rescritti resisi necessari per chiarire i termini del *ius romanum* ai nuovi *cives*, dopo l'estensione della cittadinanza romana a tutto l'Impero, avvenuta l'anno prima: cfr. quanto osservo in *Regula e ius antiquum* cit., p. 73.

⁴³ Nel 213 Ulpiano non era più a capo dell'*officium a libellis*, ma questo non esclude un possibile legame tra la costituzione ed il suo commento: v. *Regula e ius antiquum* cit., p. 72.

a chiare lettere ed a gran voce che i violatori dei *beni comuni* e/o dei *valori essenziali*, non potranno mai in nessuna sede pretendere o, a maggior ragione, ottenere alcun risarcimento o indennizzo per il fatto di venire impediti, in nome di *pacta contra boni mores*, a realizzare i loro guadagni.

Questo è quanto mi permetterei di auspicare e quanto spero di vedere nel futuro, di là dalle manipolazioni e dai maneggi, spesso avvolti nel segreto, di governanti e assemblee irresponsabili, influenzati, se non manipolati, dal potere sempre piú assoluto ed egemone delle finanziarie e delle multinazionali. Ma occorre che ci armiamo approfondendo e rivendicando le nostre ragioni.

Va sostenuto che ancorché misure di pubblico interesse siano tali da danneggiare gli interessi degli investitori stranieri **non potrà scattare mai nessuna** richiesta di danni!

Sul cammino da intraprendere non ci sono soltanto le fonti e la tradizione del diritto romano.

Essa partí dalla *buona fede*.

Dalla *buona fede* possiamo partire anche noi. Essa è parte fondamentale e fondante della *Convenzione Sul Diritto Dei Trattati, Con Annesso, adottata a Vienna il 23 Maggio 1969*, nella quale è richiamata sin dalla parte introduttiva⁴⁴ e successivamente piú volte richiamata, come base per l'interpretazione⁴⁵ e l'applicazione dei trattati⁴⁶. Inoltre, l'art.46 sembrerebbe imporre che nella conclusione lo Stato contraente si attenga alla pratica abituale ed alla buona fede: i quali mancano in modo evidente nel caso di trattato che stravolga l'ordinamento dello Stato ed i valori cui esso si ispira⁴⁷.

Vi è materia piú che sufficiente perché anche noi passiamo, come fecero i giuriconsulti romani, alla valorizzazione dei richiami alla buona fede, necessaria in ogni momento della formazione e dell'esecuzione dei Trattati, facendone derivare il divieto di ogni clausola o modalità che violi i *boni mores*, cioè i prin-

⁴⁴ “*Constatando* che i principi del libero consenso e della buona fede e la regola *pacta sunt servanda* sono universalmente riconosciuti”.

⁴⁵ “**Articolo 31. Regola generale di interpretazione.** 1. Un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo”.

⁴⁶ “**Articolo 26. Pacta sunt servanda.** Ogni trattato in vigore vincola le parti e deve essere da esse eseguito in buona fede”. **Allegato all'atto finale della conferenza.** “La Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto dei trattati, *Ribadendo* il principio secondo cui ogni trattato in vigore vincola le parti e deve essere eseguito da esse in buona fede, ...”

⁴⁷ “**Articolo 46. Disposizioni del diritto interno riguardanti la competenza a concludere trattati.** Il fatto che il consenso di uno Stato a vincolarsi a un trattato sia stato espresso in violazione di una disposizione del suo diritto interno riguardante la competenza a concludere trattati non può essere invocato dallo Stato in questione come viziante il suo consenso, a meno che questa violazione non sia stata manifesta e non riguardi una norma del suo diritto interno di importanza fondamentale. 2. Una violazione è manifesta se essa è obiettivamente evidente per qualsiasi Stato che si comporti in materia secondo la pratica abituale e in buona fede”.

cipi ed i valori base dell'ordinamento nazionale e della *Costituzione materiale*; la quale, ancorché non espressamente dichiarata, è comunque vigente e performante, soprattutto quando ci si riferisca ai valori dell'uomo e della natura o alla Giustizia (effettiva e non di fatto negata); così come allo stretto nesso tra diritti e loro tutela reale.

BIBLIOGRAFIA DI RIFERIMENTO

- Arnese, *La ragionevole durata del processo: religio iusiurandi e utilità comune*, in *SDHI LXXXII* (2016), *Appendice*.
- V. Arangio-Ruiz, *Les Tablettes d'Herculanum*, in *Rev. int. des droits de l'antiquité* 1 (1948).
- V. Arangio-Ruiz, *Il processo di Giusta*, in *La parola del passato* 3 (1948), pp. 129 ss.
- V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, Napoli rist. 1961. Below, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München 1964.
- Berger, *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden*, Leipzig und Berlin 1911.
- Biondi, *Istituzioni di diritto romano*², Milano 1952 XXV+752. Capo II: *Diritto ed azione*.
- M. Bretone, *Tecniche ed ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982.
- I. Buonocore, *Sull'arbitrato quale filtro alla giustizia togata*, in *Annali del Dipartimento jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture*, Taranto 2008, pp. 63 ss.
- I. Buonocore, *Sull'arbitrato come metodo alternativo di risoluzione delle controversie e sull'efficacia esecutiva del lodo. Differenze con l'efficacia del verbale di accordo della mediazione*, in *Journal of modern science*, Warszawa 2016, pp. 161 ss.
- P. Capone, *Unciaria lex*, Napoli 212.
- G. Cervenca, *Sul divieto delle cd. «usurae supra duplum»*, in *Index* 2 (1971), pp. 291 ss.
- A. Cherchi, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli 2012.
- F. Fasolino, *Studi sulle usurae*, Salerno 2006.
- S. Giannini, *La tutela dei diritti umani fondamentali nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto&Diritti*, febbraio 2002 – riv. online.
- L. Gagliardi, *La figura del giudice privato del processo civile romano*. E. Cantarella e L. Gagliardi], Milano 2007, pp. 199 ss.
- A. Guarino, *Il diritto e l'azione nell'esperienza romana*, in *Studi Arangio-Ruiz* 1, Napoli 1953, Jovene, p. 389-406.
- H. Kaufmann, *Sulla concezione del diritto in termini di azione*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. civ.* 20, 1966, p. 269-287.
- R. Knütel, *Stipulatio poenae*, *Studien zum römischen Vertragstrafe*, Köln/Wien 1976.
- F. Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, in *Labeo* 36 (1990) 2, pp. 218 ss.
- A. Maiuri, *Tabulae ceratae Herculanenses*, in *La Parola del passato* 1 (1946), pp. 373 ss.
- M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 2006.
- D. Medicus, *Id quod interest*, *Studien zum römischen Recht der Schadenersatzes*, Köln/Graz 1962.
- R. Orestano, *Delle 'tipologie' del segreto e della loro sociologia nell'esperienza romana*, in *St. on. Sanfilippo*, VI, Milano 1985, pp. 581 s.
- MP. Piazza, *«Tabulae novae»*. *Osservazioni sul problema dei debiti negli ultimi decenni della Repubblica*, in *Atti del II Sem. rom. Gardesano*, 1980, 39 ss.
- J. Plescia, *The Development of the Doctrine of Boni Mores in Roman Law*, in *RIDA* 34, 1987, pp. 292 SS.
- G. Provera, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Milano, 1983, p. 325 = Collana della Rivista di Diritto Romano. Giuseppe Provera, *Scritti giuridici*, al sito: <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/scrittiprovera.html>.
- G. Pugliese Carratelli, *Tabulae Herculanenses I* (tab. I-XII), in *La parola del passato* 1 (1946), pp. 379 ss.

- G. Pugliese Carratelli, *Tabulae Herculanaenses* 11 (tab. XIII-XXX), *ibidem* 3 (1948), pp. 165 ss.
- R. Santoro, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *Annali Sem. Giur. Univ. Palermo* 30, 1967, p. 103-664. .
- L. Solidoro, «*Ultra sortis summam usurae non exiguntur*», in *Labeo* 28 (1982), pp. 164 ss.
- S. Tafaro, *La interpretatio ai verba 'Quanti ea res est' nella giurisprudenza romana L'analisi di Ulpiano*, Napoli 1980.
- Regula e ius antiquum in *D. 50. 17. 23. L'analisi di Ulpiano*, Bari 1984.
- S. Tafaro, *Mediazione e conciliazione: storia, origini, attualità*, in *La mediazione. Dalla storia la creazione di valore*, Napoli 2011 (ed. Simone), pp. 7-46.
- S. Tafaro, recensione a Capone, *Unciaria lex*, in [/index.php?com=statics&option=index&cID=265](#), sez. *Segnalazioni bibliografiche* – pp. 1-10.
- S. Tafaro, recensione a Cherchi, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano classico*, in *SDHI*, 82, 2016, pp. 625-630.
- M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990.

GIUSTIZIA E DIRITTI

Sommario

La proclamazione di diritti senza contestuale strumenti che ne assicurino l'effettività è fonte di crisi di diritto e della Giustizia. Occorre proporre un nuovo 'modello', per il quale il diritto ed il processo romano appaiono fonte di suggestioni e di spunti innovativi applicabili anche all'oggi. In particolare è inammissibile l'enfaticizzazione dei 'Trattati' sino al punto di minacciare l'uomo e l'ambiente. Il diritto romano indica la via per impedire l'assoggettamento agli interessi economico-finanziari di pochi.

Justice and rights

Summary

The proclamation of rights without contextual means to ensure, is not an effective source of justice and leads to a justice crisis. A new 'model' must be proposed, which sees the Roman law and process as a source of innovative suggestions and ideas that apply to the present. In particular, it is important to emphasize the 'Treaties' as threatening to man and the environment. The Roman law indicates the way to prevent the underlying economic and financial reign of the few.

Keywords: Human Rights, Interpretation of law, roman law, *ius civile*, European law, obligations, tort law.
