

## IL DIRITTO E I MISTAGOGHI

1. — Ho letto da qualche parte, ma non riesco a ricordare dove, che nell'impero cinese di altri tempi (in quel « celeste impero » di maniera ove erano diffuse, secondo l'opinione corrente, le più strane usanze) requisito essenziale delle leggi era il mistero. La gente comune non aveva il diritto di sapere in forza di quale legge un certo comportamento fosse permesso o vietato. Quando il cittadino qualunque compiva

\* Pubblicato in *ANA*. 95 (1984) 241 ss. e qui riedito con correzioni e integrazioni principalmente ispirate alla letteratura successiva (cfr. anche: A. GUARINO, in *Labeo* 31 [1985] 371).

Sul punto: A. GUARINO, *Appunti sull' « ignorantia iuris » nel diritto penale romano*, in *AUMA*. 15 (1942) 166 ss., con la bibliografia precedente. *Adde*: F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (1946) 255; M. SCARLATA FAZIO, *Ignoranza della legge (dir. rom.)*, in *ED*. 20 (1970) 1 ss., con altra bibliografia; M. BRETONI, *Giuristi e profani*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (1982) 120 ss.; M. SCHERILLO, *Note critiche su opere della giurisprudenza romana*, in *Iura* 1 (1950) 221 ss.; M. SOUBIE, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste* (1960) 116; U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del dir. rom.* (1961) 165 ss.; V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Traiano, Studi su Nerazio e Celso* (1979) 6 ss. (nonché: ID., *Empiria e dogmi, La scuola proculiana fra Nerva e Adriano* [1989] 43 ss.); P. FREZZA, *Rc. a SCARANO USSANI*, in *SDHI*. 46 (1980) 569; H. KUPISZEWSKI, « *Ignorantia iuris nocet* », in *Scr. Guarino* (1984) 1357 ss.; L. WINKEL, « *Error iuris nocet* »: *Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung* (1985) spec. 77 ss.; P. CERAMI, « *Ignorantia iuris* », in *SC*. 3 (1993) 57 ss., con bibliografia. Per i frequenti richiami alle mie concezioni in ordine alla storia giuridica romana: A. GUARINO, *Storia del diritto romano*<sup>9</sup> (1993) *passim*. Sulla derivazione postclassica-pregiustiniana del tit. D. 22.6 (il quale, diversamente da CI. 1.18 e da B. 2.4, non è situato all'inizio della compilazione giustiniana, ma fa seguito a D. 22.3-5, titoli rispettivamente intestati « *De probationibus et praesumptionibus* », « *De fide instrumentorum et amissione eorum* », « *De testibus* »): F. EBRARD, *Die Lehre von Rechtschulen und Rechtsliteratur römischer Juristen im Licht eines vorjustinianischen Digestentitels*, in *ZSS*. 45 (1925) 118 ss., cui aderisco tuttora pienamente, tanto più che sono notoriamente un convinto sostenitore dell'ipotesi secondo cui i *Digesta* di Giustiniano furono messi insieme con il ricorso a compilazioni postclassiche precedenti, i cd. « *predigesti* » (sul che, da ultimo: A. GUARINO, *Lo spettro dei Digesti*, in *Iusculum iuris* [1985] 38 ss.).

un'azione illecita, ci pensavano i mandarini imperiali a rivelarglielo e ad avviarlo « in nome della legge » al carcere o al patibolo. Quando poi tra il popolo grosso si diffondeva la conoscenza di una legge, questa era da intendersi automaticamente abrogata e bisognava subito sostituirla con un'altra.

Si tratta, è probabile, di una grottesca deformazione della caratteristica dottrina di Kōng Fúzi (Confucio: 555-479 a. C.), secondo cui la ricerca del « *dao* », del giusto equilibrio di vita, è impresa strettamente personale di ciascuno e le leggi servono solo a correggere coloro che, appartenendo ai ceti inferiori, mancano della capacità aristocratica di avviarsi nel senso giusto. Stando a questa concezione, è comprensibile che il « vile meccanico », una volta giunto a conoscenza della legge, si premurerà di rispettarla solo per evitarne i rigori, tralasciando perciò la ricerca spontanea del « *dao* », ed è ovvio, di conseguenza, che la legge dovrà essere per il suo bene cambiata.

Ma lasciamo da parte le disquisizioni filosofiche. Accettiamo la « cinseria » per come viene solitamente narrata. Diremo davvero che essa è tanto stramba e priva di senso?

2. — Si rifletta. Da che mondo è mondo, il mistero del diritto è stato, ed è forse tuttora, una delle condizioni principali della sua autorevolezza. Meno il volgo ne sa, piú lo riverisce: non solo quando esso si confonde totalmente o parzialmente col sacro, che è misterioso per sua natura, ma anche quando esso ha carattere profano.

Per arrivare alla conoscenza del diritto vigente, per poterlo scrutare bene in faccia, per riuscire a sostenerne oppure a contestarne l'applicabilità ad un proprio caso personale, l'uomo della strada molto difficilmente ce la fa da solo. È pressoché inevitabile che egli debba ricorrere, come per il sacro, ai suoi « iniziati »: i quali nella specie non sono i sacerdoti, ma i giuristi. E i giuristi (o nella veste di consulenti, o in quella di avvocati, o in quella di giudici) lo inizieranno a loro volta, proprio a guisa di mistagoghi (*μυσταγωγοί*), nella ricerca dei principi che si attagliano al caso suo e nella comprensione intima di quei principi e delle inevitabili interpretazioni contraddittorie che essi implicano.

D'altra parte, che cosa succede quando il pubblico dei non specialisti, avendo conseguito la possibilità di attingere il diritto alla fonte, si misura con i problemi della sua applicazione alle proprie faccende? Anche per la naturale tendenza di ciascuno a piegare la norma ai propri interessi specifici, succede il piú delle volte che i soggetti controvertano vivacemente tra loro, col risultato di dare ad ogni principio giuridico

non uno, ma due e spesso anche piú significati diversi, quindi col risultato di render quel principio incerto, di svalutarlo, di disapplicarlo. Dal che segue in definitiva che la legge, o piú in generale la norma giuridica, slitta fatalmente, proprio per la conoscenza che il popolo ne ha acquisito, verso la paralisi, verso la sua pratica abrogazione.

Beninteso, io non voglio sostenere che quei tali imperatori cinesi avessero ragione. Prima che qualche sicofante (ve n'è sempre qualcuno che agguata dietro l'angolo) corra a denunciarmi al sinedrio per opinioni antidemocratiche, mi affretto dunque a conclamare che le leggi, che le norme del diritto debbono essere tutte alla portata conoscitiva di tutti, anche a costo che vengano meno rispettate.

Cerchiamo peraltro di non chiudere gli occhi di fronte alla realtà. La realtà del diritto è talmente intricata, che abbandonare l'uso di esso alla iniziativa dell'uomo della strada significherebbe tradire gli interessi di quest'ultimo e seminar l'anarchia. Non solo occorrono i giudici, per risolvere in qualche modo (augurabilmente, nel modo migliore) le divergenze di interpretazione degli interessati. Occorrono anche i consulenti e gli avvocati, che svelino agli interessati gli aloni di mistero da cui in qualunque società, e non solamente nel « celeste impero », è circonfuso il diritto.

E siccome il principio di libertà giustamente esige che solo gli interessati possano decidere delle proprie iniziative giuridiche, i consulenti e gli avvocati non dovranno assumere nei riguardi dei loro clienti l'atteggiamento insindacabile dell'oracolo (questo è concesso, entro certi limiti, solo ai giudicanti), ma dovranno svolgere nei loro confronti, insisto, l'opera paziente del mistagogo. Del mistagogo che li illumini sui « *pro* » e sui « *contra* », che si ponga eventualmente a loro disposizione per ciò che vi sarà da fare in sede processuale o extraprocessuale, ma che si astenga nel modo piú rigoroso dallo spingersi piú in là.

3. — Ai tempi nostri, nei paesi ufficialmente civili (tanto per intenderci, nei paesi membri dell'ONU), non vi è dubbio che tutti i soggetti interessati siano in condizione di conoscere parola per parola le leggi vigenti, i provvedimenti ad esse equiparati o coordinati, gli usi di cui quelle leggi ammettono la vigenza e via di questo passo.

Ciò vale, peraltro, in astratto. Ben diversa è la situazione in concreto.

In concreto, quasi mai se non proprio mai, il « soggetto », cioè colui che deve sottostare all'ordinamento giuridico, conosce realmente l'ordinamento stesso. Molto di rado egli è in grado di verificarlo in tempo utile per decidere con tempestività il comportamento da assumere,

sopra tutto se in relazione a comportamenti giudiziari o extragiudiziali assunti nei suoi confronti da altri. Non sempre egli è comunque capace di « leggere », cioè di capire sufficientemente, il diritto con cui ha da fare. Il rischio di violare il diritto a causa dell'ignoranza o dell'incomprensione dello stesso è insomma per lui concretamente fortissimo.

Se il soggetto è un minore di età, un demente o un altrimenti incapace (anche momentaneo) di agire, di badare oculatamente ai fatti suoi, tutto si accomoda per lui in modi che sappiamo e che non mette conto di stare qui a riferire. Ma il soggetto può avere la piena capacità di intendere e di volere ed essere tuttavia impedito nella conoscenza del diritto vigente dalla sua limitata esperienza della lingua del paese (il che vale quanto meno per gli stranieri ammessi liberamente a viaggiare o a dimorare entro i confini del paese stesso). Oppure il soggetto può trovare difficoltà di comprensione a causa della sua poca o punta dimestichezza con la lingua scritta (il che vale per la vasta gamma degli analfabeti, dei quasi analfabeti, degli analfabeti così così e degli analfabeti di « ritorno »: tutte persone che, anche se da noi l'istruzione di base è obbligatoria, hanno il pieno diritto, se non di sottrarsi, almeno di non trarne frutto e di conservarsi ignoranti). O anche può avvenire che il soggetto sia versatissimo in lettere, ma abbia scarsa o punta familiarità col linguaggio tecnico del diritto: il che, l'ho già detto, vale per la massima parte dei profani.

Non basta. Mettiamo pure che il soggetto sia un uomo di solida e profonda cultura generale, di facoltà intellettive addirittura superiori al livello normale e di vasta e pronta memoria. Egualmente gli sarà assai difficile (dico io: praticamente impossibile) ricordarsi puntualmente di tutto, tenersi pienamente aggiornato su tutto, avere tutto a rapida disposizione per consultazioni e controlli. Sia aggiunto a titolo consolatorio: neanche un rifinito giurista ce la farebbe facilmente al suo posto.

E allora? Allora la non lieta realtà dei paesi civilizzati è che noi tutti, giuristi e non giuristi, siamo spesso costretti a « vivere pericolosamente », come diceva quel tale. Siamo costretti cioè a fare le nostre scelte di comportamento nella fiducia, nulla più che nella fiducia, che il nostro agire corrisponda approssimativamente a quanto esige, nelle sue mille e mille pieghe dispositive, il diritto vigente.

4. — Voglio dirlo in altre parole. Molte delle nostre azioni giuridicamente rilevanti non sono solo fondate sulla convinzione che il criterio sul momento da noi adottato sia un criterio di buon senso, ma sono basate anche (è bene essere chiari) sulla scommessa (il termine di sapore

pascaliano ci sta bene) che il diritto vigente, in particolare la legislazione vigente, obbedisca a sua volta ai dettami del buon senso. E mi si può credere sulla parola se affermo (sia in nome di una lunga esperienza di giurista del contemporaneo, sia anche in ricordo di una breve, ma intensa attività spesa nelle aule parlamentari) che le leggi (o disposizioni di legge) asintattiche, sconclusionate o addirittura estrose (« *vulgo* »: campate in aria), scaturite da momenti di passione e di scontro o da accomodamenti ed emendamenti frettolosi ed abborracciati, quanto meno nel nostro paese davvero non sono poche.

Bene. Quando un'attività produttiva di effetti giuridici sia stata compiuta non per crassa ignoranza o per equivoco grossolano, ma a causa di una ignoranza o di una incomprendione del diritto vigente o del suo linguaggio, della quale qualunque persona di normale cultura sarebbe potuta essere vittima, qual è la soluzione da adottare?

A metterci la coscienza in pace, la prima risposta che vien fatto di dare è quella « *pollice recto* », cioè la soluzione favorevole all'agente. Assolto. Il soggetto andrebbe pertanto esentato dalle conseguenze giuridiche a lui sfavorevoli, se dipendenti da atti posti in essere per ignoranza o per errore di diritto. Il contratto che ha fatto, ma che non era giuridicamente tenuto a fare, non lo obbligherebbe; la somma che ha pagato, ma che non era tenuto a pagare, gli andrebbe restituita; la pena inflittagli per l'infrazione commessa gli andrebbe revocata o disapplicata. E via di questo passo.

Sarebbe, è evidente, l'« *optimum* » delle soluzioni per un mondo di uomini moralmente impegnati e socialmente corretti, ma è altrettanto evidente, direi, che nel basso mondo in cui effettivamente viviamo la soluzione sarebbe parecchio pernicioso. Pernicioso soprattutto per quanto riguarda l'ipotesi dell'ignoranza delle norme penali. A parte le innumerevoli contestazioni giudiziarie cui darebbe luogo (non fosse altro, nel tentativo di ritardare o di ostacolare la sanzione penale), essa metterebbe in crisi la tenuta stessa dell'ordinamento, quindi la tenuta stessa della compagine sociale. Ne verrebbe fuori un disordine a dir poco paralizzante.

Si può capire dunque (e anche giustificare) la ragione per cui gli ordinamenti giuridici moderni, pur favorendo in vari modi la possibilità di giungere per vie indirette all'assoluzione delle ipotesi più umanamente scusabili di ignoranza del diritto, sono orientati nel senso della inescusabilità delle ipotesi di operazioni giuridiche, e sopra di tutto di violazioni di norme penali, commesse per pura ed esclusiva « *ignorantia iuris* ». E su questa linea è anche il diritto italiano vigente, il quale, a scanso di

equivoci, presenta, nella specifica materia del diritto penale, addirittura una norma espressa: « nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale » (art. 5 c.p.). Una norma, quella del codice penale italiano, che solo in minima parte è stata poi « affievolita » da una sentenza (24 marzo 1988 n. 364), non so quanto apprezzabile, della Corte costituzionale.

5. — Il principio ora ricordato, secondo cui l'ignoranza del diritto va sempre a carico di chi vi incorre, risale alle fonti giuridiche romane. Lo si legge in un testo famoso (variamente rielaborato in età postromana), che parla espressamente di « *regula* » e che figura estratto da un *liber singularis de iuris et facti ignorantia* del giurista severiano Giulio Paolo.

Il testo paolino (D. 22.6.9 pr.) suona precisamente così: *regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere* (di regola, l'*ignorantia iuris* nuoce senza remissione a chiunque, l'*ignorantia facti* no). Ma non affrettiamoci a ritenere, come certuni fanno, che dunque il diritto romano fu sempre fermamente ancorato alla regola dell'inescusabilità dell'ignoranza o dell'errore di diritto.

Il diritto romano si espresse lungo almeno tredici secoli di storia e il giurista Paolo fiorì sullo scorcio del secondo e agli inizi del terzo secolo dopo Cristo, circa nove secoli dopo Romolo (o chi per lui), circa sei secoli dopo le XII tavole, per di più nel pieno di una svolta marcatamente assolutistica impressa dalla dinastia dei Severi al principato. Il *liber singularis* a lui attribuito compare solo in un frammento riprodotto dai *Digesta* di Giustiniano (D. 22.6.9), compilati questi nei primi decenni del sesto secolo dopo Cristo, e può aver subito, nelle varie edizioni che hanno preceduto la recezione nelle Pandette, alterazioni più o meno intense. Se nulla di tutto ciò è avvenuto, se il *liber singularis* è veramente stato scritto da Paolo, se è comunque genuina la *regula iuris* con cui il brano a noi giunto si inaugura, ebbene non possiamo evitare la deduzione che, almeno nell'età dei Severi ed in particolare a mente di Paolo, il principio dell'inescusabilità dell'*ignorantia iuris* aveva ben altro che « carattere pragmatico », cioè puramente e genericamente orientativo per gli operatori giuridici, come è stato, invece, sostenuto da P. Cerami (1993). Se non proprio « carattere normativo » (qualifica che mi sembra alquanto precipitosa), esso aveva veste di constatazione di uno stato di diritto ben saldo e del tutto inequivocabile, insomma di rappresentazione di un *ius non controversum*. Il che, a mio parere, non è suggerito solo dal buon senso, ma è corroborato proprio da Paolo in un passo

famoso (17 *ad Plaut.*, D. 50.17.1), nel quale si ammonisce: *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat.*

Pertanto, non solo è lecito, ma è doveroso che noi ci si chieda se la regola sulla *ignorantia iuris* che *nocet* fu realmente formulata nell'età severiana da Paolo e, piú in generale, se essa valse e si mantenne sempre conforme, per tutti i settori e per tutte le epoche del diritto romano, da Romolo a Giustiniano I. E se non fu cosí, quali furono le vicende ad essa relative?

6. — Il problema sta tutto nel valore da dare alle non poche deviazioni dalla « *regula* » del testo paolino, che si incontrano qua e là nelle fonti di cui disponiamo.

Fuori della materia penalistica, si è unanimi, o quasi, nel qualificare quelle devianze come « eccezioni », non interpretabili estensivamente: eccezioni che quindi confermano la regola della inescusabilità dell'errore di diritto, almeno ai tempi di Paolo. In ordine alla sfera del diritto penale, invece, si diverge. Le ipotesi di *error iuris* che *excusat* (o *non nocet*) sono state anche esse definite come eccezioni da studiosi autorevolissimi, quali W. Rein (1844) e Th. Mommsen (1901), ma un illustre penalista del secolo scorso, K. Binding (1877), analizzando con grande (direi eccessiva) sottigliezza le asserite « eccezioni », ha sostenuto che esse furono in realtà, malgrado gli enunciati puramente astratti di Paolo e di altri, l'espressione viva e immediata di una regola del tutto diversa: la regola per cui la *ignorantia iuris* era nociva solo se dipendeva da colpa dell'agente, cioè da una sua azione volontaria (pur se non intenzionale, se non dolosa), mentre allo stato puro, cioè quando fosse del tutto incolpevole, non era nociva per niente, anzi aveva la stessa efficacia scusante dell'*error facti*.

Il fascino della provocazione esercitata da un autore smagliante come il Binding ha successivamente indotto altri studiosi a distinzioni di vario genere. Per A. Pernice (1895), per C. Ferrini (1899), e piú tardi per P. Voci (1937), l'*ignorantia iuris* non ebbe mai il potere di scusare la violazione di norme penali di evidente fondamento etico (per esempio, la norma incriminatrice dell'unione incestuosa tra genitori e figli), mentre valse di solito come scusante nei confronti delle norme incriminatrici dettate da mera opportunità politica (per esempio, la norma incriminatrice di certe ipotesi di falso documentale). Per E. Volterra (1930) la regola del diritto romano « classico » fu rigidamente quella della inescusabilità in ogni caso, mentre solo in diritto giustiniano si passò a distinguere, come ben visto dal Pernice e dal Ferrini, tra viola-

zioni dei fondamenti dell'etica e crimini di stampo contingente. Per F. De Martino (1937), seguito più tardi da C. Gioffredi (1970), l'*ignorantia iuris* fu, al contrario, ammessa come scusante proprio in età classica, mentre venne largamente combattuta, sino al punto da formularsi la *regula* generale ad essa ostile, dall'assolutismo imperiale postclassico.

Nel lontano 1942, intervenendo a mia volta nella discussione penalistica, io riuscii forse, con un saggio che ha poi riscosso l'approvazione dello Zilletti (1961), a sottrarmi ai troppo rigidi schemi che avevano angustiato le precedenti ricerche.

Rifutandomi di rapportare il discorso ad un diritto penale romano astrattamente unitario e ad una generica distinzione tra età classica ed età postclassico-giustiniana, mi sforzai, in quell'occasione, di fare una cosa che, salvo errore, ancora non era stata fatta in precedenza. Mi sforzai, questo sí, di differenziare il classico dal postclassico, ma di guardare all'interno dei diversi assetti che la reazione penale ha assunto nel quadro complesso, e non sempre coerente, dell'evoluzione giuridica romana: diritto penale privato, repressione criminale ordinaria, repressione criminale *extra ordinem*. Sopra tutto mi sforzai di mettere in chiaro che la tendenza contraria alla ignoranza del diritto vi fu anche a Roma, ovviamente, da sempre, ma che la « *regula* » che formalizza e assolutizza questa tendenza non fu espressa da Paolo, bensí, parecchio dopo di lui, da un compilatore postclassico del *liber singularis de iuris et facti ignorantia*: opericciuola visibilmente raccapazzata, a fini didattici o anche pratici, mettendo insieme (e in parte adattando ai tempi nuovi) brani estratti dalle opere di Paolo e forse di altri giuristi « classici » del tempo suo.

7. — Non credo sia il caso che io torni, nelle pagine che seguono, sulla mia vecchia, ma, credo, tuttora valida argomentazione, che peraltro approfitterò per difendere, sia pur molto brevemente, da critiche mossemi in tempi successivi o da osservazioni fatte nell'ignoranza della prima stesura (1984) del presente scritto.

In questa sede il mio interesse è rivolto ad altro. A spiegarmi come e perché l'*ignorantia iuris*, dentro e fuori il diritto penale, abbia « fatto problema », cioè abbia costituito oggetto di discussioni giuridiche (di così detto *ius controversum*) e di interventi del potere politico, in modo tanto blando e comunque con tanto ritardo. E la tesi che mi pare di poter sostenere è questa.

Ai Romani (lo sanno tutti) mancò in ogni tempo un sistema di sufficiente ed esauriente pubblicità del loro diritto, scritto o non scritto

che fosse. Pertanto mancò ai Romani in ogni tempo la sicurezza astratta (oltre che concreta) che il « *quivis de populo* » fosse nella possibilità di una diretta conoscenza e comprensione dell'ordinamento giuridico. Questa deficienza venne a lungo sottovalutata, nella convinzione che il soggetto avveduto non mancasse di rivolgersi tempestivamente al mistagogo giuridico. Più tardi, nel corso della così detta età classica (I-III sec. d. C.) l'impalcatura mistagogica, giurisprudenziale, si indebolì e venne meno, sí che fu prudente rivolgersi per consiglio ai *principes*. Infine, nell'età dell'assolutismo postclassico, varie motivazioni concorsero a far sí che il problema della *ignorantia iuris* fosse impostato alla maniera in cui lo hanno poi, molto più rigidamente ancora, regolato gli ordinamenti postromani, e alla maniera in cui lo regola, ad esempio, l'ordinamento italiano vigente. La « ragion di stato », prevalendo (sia pure non ingiustamente) su ogni altra considerazione, ha portato, in tal modo, alla moderna (e tutta ipocrita) conclusione che il soggetto non possa non conoscere il diritto (e se non lo conosce tanto peggio per lui). Del che non sarà male tentare una spiegazione più articolata.

8. — « *Ab ovo* ». Sicuro al cento per cento non è. È tuttavia estremamente probabile, quasi ai confini della certezza, che il problema dell'ignoranza del diritto non si sia posto, anzi non abbia avuto ragione di porsi, in tutto il corso del periodo arcaico della storia giuridica romana: diciamo, dalle origini sino al quarto secolo avanti Cristo.

Mi astengo qui deliberatamente dal fare riferimento alla mia personale, indubbiamente opinabile, ricostruzione di quel periodo. Mi basterà ricordare che anche chi, diversamente da me e da altri, presta largamente fede al racconto della tradizione annalistica (la tradizione secondo cui la *respublica Romanorum* successe d'un sol colpo al *regnum* intorno agli inizi del quinto secolo) suole comunque ammettere che i circa due secoli successivi alla espulsione di Tarquinio il Superbo presentarono solo in embrione i tratti essenziali della repubblica successiva alla così detta « legislazione » licinio-sestia del 367 e di tutta la ulteriore vicenda di assestamento protrattasi, quanto meno, sino alla fioritura di Appio Claudio Cieco (censore nel 312 a. C.).

Veniamo al concreto. Prescindendo da ogni questione circa la piena coincidenza (altra cosa che io personalmente contesto) del *ius civium Romanorum* con l'intero ordinamento statale romano, si può essere tutti d'accordo nel distinguere, per il periodo arcaico (sec. VIII-IV a. C.), tra principi regolatori della così detta « vita privata », quella dei rapporti interfamiliari, e principi regolatori della così detta « vita pubblica »,

quella attinente all'organizzazione e al funzionamento della *res publica Romanorum*. Ebbene, sia rispetto all'una, sia rispetto all'altra sfera dell'ordinamento arcaico, non risulta proposto o proponibile un discorso relativo al grado di conoscenza (o di ignoranza) delle rispettive norme da parte dei soggetti.

Per ciò che concerne i principi regolatori della vita privata (in altri termini, i principi di diritto sostanziale e di diritto processuale che passarono col tempo a costituire il nucleo del *ius civile*), la migliore dottrina giustamente esclude che essi furono considerati in tutto o in parte di rivelazione divina. Sta di fatto però che essi, pur essendo concepiti come prodotto di determinazioni umane, erano fortemente limitati dalla cerchia misteriosa del *fas-nefas*. Non solo la loro validità era subordinata al presupposto che i contenuti non fossero lesivi dei divieti del *nefas*, ma la loro efficacia dipendeva dalla circostanza che fosse specificamente *fas* il modo (tempo, luogo, forma) della loro attuazione: il che vale, si badi bene, tanto per i *mores maiorum* e le *leges regiae*, quanto per le *leges XII tabularum* e per altre leggi dell'epoca.

Tanto per fare degli esempi: si pensi alle unioni tra parenti, ritenute « *ab antiquo* » invalide perché *incestae et nefariae* (cfr. Gai 1.58); si pensi ancora agli argomenti insistentemente portati dal patriziato contro la ammissibilità, quindi contro la validità del *connubium* con i plebei, il quale avrebbe implicato unioni a livello pressoché animalesco (cfr. Liv. 4.2.6: « ... *ferarum prope ritu* »); si pensi infine alla affermazione, semplicistica ma fondamentalmente vera, di Cicerone, là dove dice che l'ignoranza dei *dies fasti* impediva agli antichi Romani di decidere se e quando intentare una causa (*pro Mur.* 11.25: *posset agi lege necne pauci quondam sciebant: fastos enim volgo non habebant*).

Tra i soggetti giuridici e le norme del *ius civile* non vi era dunque, in età arcaica, una linea di comunicazione diretta. Per meglio dire, i « soggetti » non erano in condizione di sapere quale fosse il grado di validità e di efficacia dei precetti del *ius civile*, prima di averne sperimentato sulla propria pelle gli eventuali effetti negativi. Per poter attingere una sicurezza preventiva circa la possibilità religiosa, *fas*, di invocare e far funzionare a proprio favore un certo precetto, essi dovevano perciò ricorrere alla mediazione autorevole dei *pontifices*, « *ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praecisset privatis* » (cfr. Pomp. *sing. enchir.*, D. 1.2.2.6).

Situazione che non accennò a svanire prima dei tempi di Appio Claudio, e del suo più o meno credibile Gneo Flavio, e che riservò per

lungo tempo al pontificato il monopolio di fatto in materia strettamente giuridica.

9. — Sempre nell'età arcaica di Roma, se usciamo dal campo del *ius civile*, ci è necessario constatare che il problema della ignoranza dell'ordinamento da parte dei soggetti era, sia pur per motivi diversi, non meno improponibile che in ordine al regolamento dei rapporti privati. Ciò per una ragione molto chiara, che si avverte del resto, almeno in parte, anche nei più evoluti ordinamenti contemporanei.

La vita della comunità arcaica, la sua così detta vita pubblica, faceva capo a principi di organizzazione, per buona parte nemmeno articolati in specifiche « norme », che si imponevano a tutti come « *condicio sine qua non* » dell'aggregato sociale. Che uno o più singoli soggetti non conoscessero, o conoscessero imperfettamente uno o più di quei principi, non era cosa da potersi prendere in considerazione di fronte alla schiacciante esigenza della efficienza e del buon funzionamento del complesso. Una volta che il soggetto avesse effettuato la sua scelta di appartenere alla comunità, anziché di ritrarsene e di abbandonarla, le istituzioni della comunità assumevano nei suoi confronti carattere anacastico, irrefutabile. Era impensabile, ad esempio, che il cittadino invocasse la propria ignoranza del ruolo specificamente assegnatogli per non pagare il tributo o per essere esentato dal servizio nell'esercito, conseguentemente per sottrarsi alle sanzioni irrogategli a causa delle sue violazioni della disciplina sociale.

Fermiamoci un momento sulle infrazioni della disciplina sociale e sulle sanzioni relative. Esse non vanno confuse con quegli illeciti che erano penalizzati dal *ius civile* in quanto ritenuti lesivi di interessi privati (si pensi al *furtum*): ipotesi che rientrano nel discorso poc'anzi fatto a proposito dei principi regolatori della vita privata. Il *parricidium* e la *perduellio*, tanto per indicare i paradigmi più noti e sicuri, erano perseguiti dagli organi della comunità (il *rex*, i magistrati, i *quaestores parricidii*, i *duoviri perduellionis*: qui non è il caso di scendere a precisazioni) per il fatto che si trattava di azioni scardinanti le basi stesse della vita comune. Reprimere sempre e in ogni caso queste azioni (probabilmente, agli inizi, anche quando fossero state compiute involontariamente, per mero errore di fatto) era necessario per salvare la comunità e per placare gli dei.

Tutti quanti i soggetti, e a maggior ragione gli autori dell'illecito, non potevano non sottomettersi a queste elementari esigenze di necessità.

L'infrattore che sostenesse di averle ignorate avrebbe aggravata, non attenuata la sua responsabilità.

10. — Non disponiamo di veri e propri elementi di prova per ritenere che nel successivo periodo della *respublica* nazionale romana, della *respublica* dei secoli III-I a. C., l'ignoranza dell'ordinamento da parte del soggetto abbia portato al riconoscimento di una sua efficacia scusante. È peraltro assai probabile che in questo periodo il problema del trattamento della ignoranza sia progressivamente emerso in maniera sempre più netta, suggerendo taluni primi accorgimenti (o ripieghi) degni di molto interesse.

Cominciamo con l'assegnare il dovuto rilievo al fatto che, nel periodo considerato, lo spesso diaframma tra soggetto privato e *ius civile*, in precedenza costituito dal monopolio di fatto dei pontefici, venne completamente meno. Vero è che il posto dei pontefici fu preso da una giurisprudenza laica nobiliare di altissima autorità sociale, ma va considerato che gli esponenti di questa giurisprudenza (i quali, pur se, non di rado, come tutti sanno, erano anche *pontifices*) non esplicarono la loro funzione a mo' di pontefici, cioè al fine di salvaguardare i loro interroganti dalle reazioni del *fas-nefas*. Essi si adoprarono a scopi meno elevati (e, si noti, più o meno spesso contrastando tra loro): nell'intento, cioè, di agevolare i loro clienti, mediante la sottile e cauta *interpretatio* di un diritto che non aveva più nulla di misterico, di occulto, ma che ciò non pertanto era pieno di oscurità, di ambiguità, di trabocchetti e di lacune da colmare.

« *Tenuis scientia* » definisce scherzosamente la giurisprudenza laica dei suoi tempi Cicerone, polemizzando con S. Sulpicio Rufo, in una famosa sequenza di « gags » dell'orazione in difesa di L. Licinio Murena (*pro Mur.* 11.25: « *dignitas in tam tenui scientia non potest esse* »). In fondo egli non ha torto: non perché la giurisprudenza fosse una scienza meschina e da poco (come molti affrettatamente traducono), ma perché la giurisprudenza, lungi dall'essere l'« *ars boni et aequi* » dell'immaginario Giuvenzio Celso figlio (cfr. *Ulp. 1 inst.*, D. 1.1.1.1), era, alle strette, un « *artificium* », un esercizio di destrezza minuziosa applicato a « *res parvae* », a questioni piccole piccole, anche se gravide (ma Cicerone qui volutamente tace) di importanti conseguenze pratiche (*ibid.*: *res enim sunt parvae, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatae*).

Ciò premesso, riproponiamoci le domande già posteci in ordine al diritto romano arcaico e guardiamo anzi tutto ai principi regolatori della

vita privata. Nella *respublica* nazionale romana tali principî, fortemente accresciuti di numero rispetto al passato, ancor meno che prima costituivano un *totum* organico, rifacendosi a fonti e modalità di produzione piuttosto diverse tra loro. Alla base di tutto vi era il vecchio *ius civile*, arricchito peraltro da nuove interpretazioni e da numerose (ma non numerosissime) *leges publicae* (generalmente *plebiscita*) a carattere integrativo o di ritocco. Accanto ad esso fiorì successivamente il *novum ius civile* (più tardi spesso denominato *ius gentium*), formatosi nel commercio mediterraneo con ricorso ad istituzioni non soltanto romane, che era applicabile a Romani e stranieri ed era disciplinato, attraverso l'intervento giurisdizionale in caso di liti, dal *praetor peregrinus*. Dilagò, infine, nella fase di crisi della *libera respublica*, il *ius honorarium* (anche questo denominato così solo in epoca più tarda): quella sorta di sempre più vasto (e disordinato) « diritto alternativo » che venne posto a disposizione dei soggetti dalla prassi giudiziaria dei pretori e degli altri magistrati giudicenti, « *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam* » (cfr. Papin. 2 *defn.*, D. 1.1.7.1).

Tenere d'occhio questa congerie di principî, di statuizioni, di riferimenti ad altri ordinamenti mediterranei, di interpretazioni non sempre consolidate, di prassi giudiziarie non sempre ferme e coerenti, era impresa di difficoltà estrema per il soggetto. Non solo quando il soggetto fosse uno straniero, ma anche quando il soggetto fosse un cittadino.

Ben vero. La *respublica Romanorum* non coincideva ormai più con la *civitas* e il suo contado, ma si estendeva a vaste plaghe dell'Italia peninsulare, dal Rubicone in giù, ed aveva nuclei di cittadini (organizzati in *coloniae* oppure no) sia in Italia che fuori, là dove erano state costituite le prime province: dunque anche al *civis Romanus* più attento, essendo egli spesso insediato a grande distanza dall'*urbs* delle quattro *regiones*, poteva facilmente capitare di non sapere quale fosse il suo diritto. D'altra parte, è illusorio mettere sullo stesso piano tutti i *cives* della *respublica*. Per quanto quest'ultima abbia fittamente cercato di contrastare l'inquinamento della genuina romanità ed abbia operato in vari e riconducibili modi per limitare la *civitas Romana* di pieno diritto ad elementi, sia pur di estrazione straniera e non di rado servile, che dessero sufficienti garanzie di partecipazione alla « nazionalità » romana, l'operazione approdò a risultati notoriamente imperfetti (specie dopo le concessioni di cittadinanza seguite alla guerra sociale dei primi anni dell'ultimo secolo avanti Cristo) e comportò collateralmente la

formazione di varie categorie di cittadini di minor diritto esclusi totalmente o parzialmente dalla partecipazione alle funzioni di governo, ma ammessi ad usufruire del solo *ius privatum*.

È ovvio che in un ambiente tanto vasto e tanto vario la *ignorantia iuris* sia stata non solo molto (anzi, sempre maggiormente) diffusa, ma anche spesso (anzi, sempre più spesso) addotta dai soggetti come scusante. Tanto più che era l'epoca, questa, in cui andava affermandosi in giurisprudenza la vasta gamma di esenzioni basate sul così detto *error facti*, cioè la gamma delle opinioni giurisprudenziali che pervenivano, sempre più numerose e più vastamente concordi tra loro, a ritenere come nati morti o comunque come inservibili, « *inutilia* » (noi diremmo, con linguaggio moderno, « nulli »), i negozi conclusi dalle parti (o anche solo da una tra esse) sulla base di rilevanti errori nella valutazione degli elementi di fatto (per esempio, l'oggetto).

È dubbio, tuttavia, anzi mi sembra da escludere, che si sia formato, sia pure, un « canone » generale della rilevanza (oppure della irrilevanza) della *ignorantia iuris* come scusante. Come per l'*error facti*, così per l'*error iuris* la giurisprudenza operò caso per caso. E, se giunse alla tipizzazione di « *genera errorum* » (in analogia ai *genera furtorum* ed ai *genera legatorum*), vi pervenne con molta fatica, senza troppo preoccuparsi di distinguere tra *error facti* ed *error iuris*, ma preoccupandosi piuttosto di individuare le categorie di soggetti più « deboli » cui si potessero perdonare, almeno entro certi limiti, gli sbagli commessi: le donne, i campagnoli, i militari, gli stranieri e via dicendo.

11. — Se ora, sempre con riguardo alla *respublica* nazionale romana, passiamo all'ignoranza dei principi regolatori della vita pubblica, non vedo quali motivi possano esservi stati per mutare in età preclassica l'impostazione caratteristica del precedente periodo arcaico.

Di motivi per cambiare non ve ne furono, aggiungerei, neanche per ciò che attiene alla connessa sfera del così detto processo criminale comiziale, venutosi progressivamente ad affermare nei confronti degli illeciti politici di maggiore gravità. Bisogna tener presente, infatti, che il fulcro del processo comiziale aveva il suo fondamento, almeno a mio avviso, in un verdetto « definitivo » (di assoluzione o di condanna) che il magistrato precedente emetteva sulla base del suo *imperium* sul soggetto. Le riunioni dei *comitia* popolari, che eventualmente facevano seguito, su richiesta del condannato, al verdetto magistratuale di condanna, non portavano ad una conferma o ad una invalidazione del verdetto stesso, ma portavano esclusivamente ad un voto maggioritario di com-

mutazione o non commutazione della condanna nel bando assoluto e totale del condannato da Roma, nella sua *aqua et igni interdictio*.

Mentre il meccanismo fortemente autoritario del processo comiziale rende impensabile che il *reus* potesse ragionevolmente invocare a sua scusa l'ignoranza dei principi che giustificavano la sua condanna, è invece astrattamente concepibile che nelle più recenti procedure criminali, quelle dette delle *quaestiones perpetuae*, sia stata ritenuta degna di considerazione la comprovata e scusabile ignoranza da parte dell'imputato (che, più esattamente, era un cittadino « accusato » da un altro cittadino) delle *leges* istitutive delle *quaestiones* stesse e delle figure criminose da esse previste. È astrattamente pensabile per almeno due motivi. Primo, perché le nuove procedure criminali « accusatorie » avevano una certa analogia di struttura e di funzionamento, su cui non mi soffermo, con il processo privato di repressione dei *delicta*, cioè degli illeciti privati. Secondo, perché le leggi istitutive delle *quaestiones perpetuae* (di cui la più antica fu la *lex Calpurnia de pecuniis repetundis* del 149 avanti Cristo) contenevano solitamente formulazioni molto dettagliate delle ipotesi criminose da reprimere: all'evidente scopo di limitare ogni possibile equivoco nei destinatari e di prevenire il fenomeno della *fraus legis*, cioè l'azione di chi « *salvis verbis legis sententiam eius circumvenit* » (cfr. Paul. *sing. ad l. Cinciam*, D. 1.3.29).

In concreto, peraltro, non risulta che le giurie delle *quaestiones perpetuae* abbiano mai svolto analisi specifiche di *ignorantia iuris* degli accusati, andando cioè oltre la presa in considerazione dell'appartenenza dell'accusato ad una delle già indicate categorie di soggetti giuridici meno maturi della normalità. Risulta solo, questo sí, che i *defensores* (e i retori che gli stavano alle spalle) non risparmiavano gli sforzi (Cicerone insegna) per giustificare i loro assistiti anche col ricorso all'argomento della inevitabilità (o persino della scusabilità) della loro *ignorantia iuris*.

12. — Queste illazioni relative all'ordinamento privatistico e a quello pubblicistico del periodo « preclassico » (illazioni tutte convergenti nel risultato che non si formò, in quel periodo, né un dogma della scusabilità, né un dogma dell'inescusabilità dell'*ignorantia iuris*) sembrano, peraltro, ricevere una sostanziale smentita da un'opinione espressa da M. Antistio Labeone, giurista eminente dell'età augustea, e riferita in senso chiaramente adesivo dal *liber singularis de iuris et facti ignorantia*, di cui abbiamo visto che è attribuito nei *Digesta* a Giulio Paolo.

A prendere per oro colato quanto si legge nel frammento (cfr. D.

22.6.9.3), Labeone si sarebbe posto il problema dell'*ignorantia iuris*, avrebbe accolto la regola generale della sua inescusabilità, ma avrebbe significativamente precisato che l'*ignorantia iuris* non potesse essere addotta a propria scusante dal soggetto solo quando gli fosse stato facile informarsi adeguatamente, e cioè quando avesse avuto la possibilità di far capo ad un giureconsulto, oppure quando fosse stato dotato di una propria preparazione giuridica: *sed iuris ignorantiam non prodesse ita accipiendum (Labeo) existimat, si iuris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia.*

Siccome il brano si chiude con l'affermazione (sembrerebbe di Paolo) che l'ipotesi di disinformazione giuridica fatta da Labeone si verifica « in realtà piuttosto raramente » (« *quod raro accipiendum est* »), l'impressione che si trae dalla sua lettura è che da Labeone a Paolo, da Augusto ai Severi, l'inescusabilità sarebbe stata affermata esclusivamente in linea di principio, mentre nei fatti l'*ignorantia iuris* sarebbe stata una scusante del soggetto, di quasi ogni soggetto. Tuttavia l'impressione ora detta nasce da un equivoco che bisogna affrettarsi ad eliminare.

Premesso che il « Leitmotiv » tanto del titolo D. 22.6 intitolato « *de iuris et facti ignorantia* », quanto del titolo CI. 1.18, forte di tredici costituzioni imperiali sul tema, non è nel senso che l'ignoranza del diritto scusi, ma è proprio nel senso contrario, e cioè che l'*ignorantia iuris* di regola « *nocet* » (« *non prodest* », « *non excusat* »), il fr. D. 22.6.9, in cui è inserita la citazione di Labeone, si apre, come sappiamo, con una dichiarazione di principio, che più recisa non potrebbe essere: « *Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere* ». Solo subordinatamente a questa enunciazione vengono esposte, nei righe che seguono, talune ipotesi di *ignorantia iuris* e di *ignorantia facti* che meritano, ad avviso di Paolo, o di chi ha compilato sotto il nome di lui il *liber singularis*, una considerazione speciale: o perché l'*ignorantia facti nocet* (mentre di regola *non nocet*) o perché l'*ignorantia iuris non nocet* (mentre di regola *nocet*).

Per quanto riguarda Labeone, dal fr. 9.3 il referente specifico del suo pensiero non risulta, ed è appunto per ciò che si può essere indotti a conferire alle sue parole una portata generale. Ma una più attenta analisi ha già da molto tempo fatto intendere agli studiosi che il riferimento era al così detto « *edictum successorium* », in particolare a quella clausola dell'editto pretorio in materia di *bonorum possessio*, con la quale si fissava il termine massimo di cento giorni « utili » affinché le per-

sone autorizzate a formulare l'*adgnitio bonorum possessionis* entro un certo « *ordo* » di successibili (mettiamo: entro l'*ordo* « *unde liberi* ») si decidessero a fare questa richiesta. Trascorsi invano i cento giorni utili, erano infatti autorizzati alla *adgnitio* i componenti dell'*ordo* successivo (stando all'esempio qui fatto, i componenti dell'*ordo* « *unde legitimi* »).

Ora, se ben si guarda, il computo dei giorni utili era per i profani (nonché, direi, per molti giuristi) qualcosa di veramente complesso, non tanto dal punto di vista strettamente contabile, quanto dal punto di vista della valutazione dei giorni inutili. Le controversie al riguardo erano presumibilmente assai frequenti e non investivano solo dati di fatto (per esempio, il giorno della morte del *de cuius*, il giorno della rinuncia alla successione da parte dell'erede *iure civili*), ma investivano anche punti di diritto (per esempio, se un certo impedimento sofferto dall'aspirante alla *bonorum possessio* fosse da considerare giuridicamente valido oppur no). Meno male che la vicenda si svolgeva davanti al pretore e che a due passi dal *tribunal* pretorio vi erano in abbondanza i giurisperiti. Ricorrere a costoro, per chi non fosse « *sua prudentia instructus* », era cosa piuttosto facile, e doveva essere raro il caso che non vi si provvedesse. Che se poi qualche superficiale o qualche sprovveduto si asteneva dal farlo, peggio per lui: la sua *ignorantia iuris* sarebbe stata inescusabile.

È chiaro, insomma, che l'intervento di Labeone nei riguardi dell'*edictum successorium* felicemente dovette troncare una disputa piuttosto viva. Di qui il successo della sua soluzione presso i giuristi successivi sino a Paolo e ad Ulpiano, documentato dai vari passi dei *Digesta*, che ometterò qui di trascrivere. Una sola cosa è da aggiungere: la scomparsa del riferimento limitativo all'*edictum successorium* nel contesto del *liber singularis de iuris et facti ignorantia* è ulteriore indizio a favore dell'ipotesi, già da tempo avanzata, che questa operetta non sia stata scritta in realtà da Paolo, ma sia stata compilata da qualche scolastico del periodo postclassico, utilizzando e generalizzando vari squarci delle opere del giurista severiano.

Ma prima di chiudere il discorso relativo al *liber singularis* sarà bene portare avanti la nostra analisi dei periodi storici del diritto romano.

13. — Posto in luce il limitato ambito di riferimento della tesi di Labeone sul rilievo della *ignorantia iuris*, non perciò siamo in condizione di ritenere che in età « classica », cioè nel periodo detto del

principato (sec. I-III d.C.), l'ignoranza del diritto da parte del soggetto sia stata considerata alla stessa stregua dell'età preclassica.

A prescindere da ciò che si legge in un famoso passo del giurista Nerazio Prisco, che mi riservo di prendere in esame tra poco, occorre pure che ci domandiamo se e quale peso abbiano avuto, nel corso del periodo classico, il progressivo allargamento del mondo romano, il progressivo estendersi dell'intervento dei *principes* in ogni campo, la progressiva decadenza della giurisprudenza « privata », la progressiva supremazia del « *ius novum* » sul « *ius vetus* » di tradizione nazionale-repubblicana.

Anche se le cose non cambiarono in modo radicale rispetto al periodo preclassico (il che dipese almeno in parte dal fatto che i *principes* dei primi due secoli non si impegnarono a fondo per farle cambiare e per instaurare bruscamente l'impero assolutistico), sarebbe da ciechi negare che mutamenti di sostanza progressivamente si verificarono. Il principato di tipo « augusteo », durato in qualche modo sino a Traiano (117 d.C.), fu ben più rispettoso del retaggio repubblicano di quanto lo fu più tardi il principato di tipo « adrianeo », durato sin verso la fine del secondo secolo della nostra era. Né è seriamente contestabile che nel terzo secolo, quanto meno a partire dal riconoscimento della cittadinanza romana a tutte le comunità organizzate site nell'impero (riconoscimento effettuato con la *constitutio Antoniniana* del 212), ebbe inizio il processo di liquidazione della romanità tradizionale, al quale sarebbe conseguito l'assolutismo dichiarato di Diocleziano (285 d.C.) e dei suoi successori.

In siffatta situazione è comprensibile, addirittura ovvio che si siano potuti verificare in concreto casi scusabili di ignoranza del diritto da parte di soggetti pienamente capaci in astratto. Contingenze di questo tipo erano comportate dalla vastità e varietà dell'impero, dall'appartenenza di molti improvvisati *cives Romani* a civiltà diverse da quella romana e italica, dalla diffusa ignoranza del latino nelle province orientali e in molte province occidentali, insomma da una gamma di cause di incomprendimento o di equivoco circa il diritto romano che sarebbe stato poco serio, e per di più spesso impolitico, rifiutarsi di prendere in considerazione.

Che fare? Erano ormai lontani i tempi in cui si potevano ottenere lumi da autorevoli e influentissimi *iurisconsulti*. I giuristi « privati » vi erano ancora, anche se in numero non sufficiente per tener testa alla grande estensione dell'impero, ma la loro autorevolezza non era più quella di una volta e andava scemando ogni giorno di più. Il primo colpo la

categoria dei *iuris prudentes* lo aveva avuto dalla concessione del *ius publice respondendi* ai soli e pochi giuristi che riscuotessero stima e fiducia dai *principes*, quindi dalla automatica svalutazione della massa dei non beneficiati quanto all'attività del *respondere*. Il secondo e più grave colpo venne inferto ai *prudentes*, nella fase adrianea del principato, con la disapplicazione del *ius publice respondendi* e con l'inquadramento dei giuristi di maggiore affidamento tra gli *amici principis*, tra i suoi *consiliarii*, o addirittura tra i burocrati dell'amministrazione imperiale.

Andò a finire, con ciò, che l'ultima parola in materia di diritto spettò ai *principes*: o come interpreti del diritto vigente, o come giudici supremi delle cause civili e criminali, o come innovatori del diritto attraverso le loro costituzioni, non a caso dette anche « *leges* » *principales*. E i *principes*, mentre da un lato affermarono nel modo più rigoroso il dovere di tutti gli abitanti dell'impero di rispettare il diritto di Roma, dall'altro lato non si fecero scrupolo (e spesso, come può succedere, addirittura si compiacquero) di approfittare dei loro poteri discrezionali per concedere, in casi singoli o di fronte a serie limitate di ipotesi, esenzioni o assoluzioni « graziose » dal rispetto della regola secondo cui *ignorantia iuris* « *non excusat* ».

La giurisprudenza, particolarmente quella tardo-classica, fece il resto, riunendo le eccezioni in blocchi organici e giustificando le stesse eccezioni essenzialmente con il rilievo della parziale incapacità di intendere e di volere dei soggetti: o in quanto minori di età, o in quanto rustici (e più in generale incolti), o in quanto militari, o in quanto donne. Categorie tanto note, quanto incontestate, sulle quali è inutile che io torni a soffermarmi in questa sede.

14. — È venuto invece il momento di fermarci all'esame di un passo famoso, dal quale risulterebbe che in piena età classica, anzi proprio nella fase augustea di quel periodo, sarebbe stato autorevolmente affermato a titolo di principio, di regola generale, che *ignorantia iuris*, ben diversamente dall'*error facti*, non vale come scusa.

D. 22.6.2 (Nerat. 5 membr.): *In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit et esse debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.*

Non vi è dubbio che nel seno del tit. D. 22.6 questo testo di Nerazio abbia un valore determinante. Esso viene infatti a rincalzo del fr. 1, estratto da Paul. 44 *ad ed.* e appartenente alla stessa massa, sabiniiana. Nel fr. 1 si premette che « *ignorantia vel facti vel iuris est* »

e si correda questa distinzione con un certo numero di esempi. Nel fr. 2 si corrobora la distinzione con una generalizzazione (« *in omni parte* »): in qualsiasi argomento l'*error in iure* non va posto sullo stesso piano dell'*error facti*, perché il diritto può e deve essere « *finitum* », mentre i fatti traggono in inganno, il più delle volte, anche le persone più avvedute. Dunque, se l'*error facti* spesso giustifica chi vi sia incorso, l'*error in iure* evidentemente no.

Già, ma è di Nerazio la generalizzazione? Contro i molti, me compreso, che lo hanno negato sono insorti in parecchi e, da ultimo, lo Scarano Ussani (1979), al quale non è sembrato strettamente necessario discutere uno per uno, come forse sarebbe stato doveroso, i rilievi critici sinora formulati, sia pure per dimostrarli tutti inconsistenti, ed è parso invece sufficiente rilevare che i dubbi sul testo sono stati in massima parte superati dalla letteratura più recente. Per quanto mi riguarda, i dubbi rimangono sostanzialmente tali e quali. E mi conforta in ciò la circostanza che una parte della letteratura più recente (da ultimo, ad esempio, il Cerami) non sembri averli affatto superati.

Più che probabilmente, come tutti riconoscono, il nostro passo si ricollega ad un altro squarcio (a sua volta non immacolato) del libro quinto delle *membranae* neraziane, in cui il giurista sosteneva l'ammissibilità del così detto titolo putativo per l'usucapione:

D. 41.10.5.1: ... *sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio. quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut eius, cuius in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.*

L'errore dell'usucapiente è *tolerabilis*, quindi scusa, quando verte sul fatto di un terzo: d'accordo. D'accordo anche che Nerazio possa aver colto l'occasione per sottolineare a questo proposito che deve trattarsi di *ignorantia facti*, non *iuris*. Assolutamente incredibile è però che a questo punto Nerazio sia stato colto da un « *raptus* » generalizzante, che lo ha portato ad esplodere nelle parole « *in omni parte* ». Questo « attacco » di D. 22.6.2, come è stato ben visto da tempo, altro non è, altro non può essere che l'opera del compilatore del titolo D. 22.6, il quale è forse stato Triboniano, o forse è stato qualche studioso pregustiniano, ma non è stato certamente Nerazio o un editore successivo delle sue *membranae*.

Eliminato l'attacco generalizzante, ridotto il discorso di Nerazio nei limiti dell'usucapione, si capiscono agevolmente le parole da « *error* »

in poi, anche se il modo di esprimersi proprio felice non è. Il riferimento non è all'ordinamento giuridico nel suo complesso, ma è allo specifico *ius usucapionis*, ed il concetto è semplice. In caso di usucapione si può scusabilmente divergere nell'interpretazione dei fatti che la fondano, ma non si può errare in ordine ai requisiti giuridici richiesti: « *error in iure (sc. usucapionis) non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet* ». Il « punto di diritto » può e deve essere identificato nei suoi estremi (nei suoi « confini ») senza ombra di incertezze e di discussioni: « *cum ius finitum et possit et esse debeat* ».

Questa lettura del passo neraziano, nella quale mi conforta anche l'autorità del Frezza (1980), non mi sembra sia in contrasto, come invece sostiene il Cerami (il quale peraltro anch'egli l'accetta), con l'opinione poc'anzi illustrata di Labeone. Non mi pare sia dubbio, infatti, che entrambi i giuristi, ciascuno in relazione al caso specifico discusso, abbiano ritenuto, al fondo, inescusabile la *ignorantia iuris*.

15. — L'emersione di una esplicita regola « *iuris ignorantia non excusat* » non può essere dunque attribuita nemmeno alla giurisprudenza dell'età classica. La *regula* si mostra legata, nella storia giuridica di Roma, al progressivo affermarsi della struttura costituzionale assolutistica. Si mostra legata, in altri termini, essenzialmente al periodo post-classico del diritto romano, all'epoca in cui la funzione mistagogica dei giuristi, già decaduta durante la fase ultima del principato, venne completamente o quasi completamente a mancare.

In un ambiente in cui sul piano normativo dominava la volontà del principe, sul piano giudiziario le decisioni delle cause civili e criminali erano essenzialmente rimesse alla *cognitio* inquisitoria di un funzionario imperiale, sul piano extragiudiziale era svanita la figura del giureconsulto rispondente e sussistevano solo le figure secondarie dei causidici e degli scolastici; in questo ambiente popolato da sudditi e quasi digiuno della genuina cultura romana, i soggetti giuridici si trovarono ad essere praticamente soli di fronte ad un diritto che non conoscevano o che comunque (malgrado i « prologhi » magniloquenti di cui abbondavano le costituzioni imperiali) essi non capivano. Come nel « Celeste impero » da cui abbiamo preso le mosse, il mistero era una connotazione tipica, per i sudditi, dell'ordinamento giuridico vigente.

Le pietre miliari che pongono in evidenza questo processo di trasformazione sono numerose, ma mi limiterò a segnalarne tre. In primo luogo, la costituzione di Valentiniano II e Teodosio I (con l'aggiunta di Arcadio) del 27 maggio 391 (CTh. 1.1.2, cfr. CI. 1.18.12) in cui si

legge: « *perpensas serenitatis nostrae longa deliberatione constitutiones nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus* ». In secondo luogo, l'*oratio ad senatum* di Valentiniano III del 7 novembre 426 (*oratio* confermata e arricchita da Teodosio II), di cui il passaggio più significativa (cfr. CTh. I.4.3) è quello comunemente noto come « legge delle citazioni » ed esprime in maniera inequivoca la profonda decadenza sia dei giuristi, sia dei giudici del tempo. In terzo luogo, la costituzione *Tanta-Δέδωκεν* di Giustiniano I (16 dicembre 533), in cui si fa severo divieto di commenti giurisprudenziali ai *Digesta* e si proclama (al paragrafo 18) che, ove si profilino mutamenti e novità nel diritto, ci si debba rivolgere esclusivamente all'imperatore: « *Augustum imploretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis deus praeponuit, ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere* ».

Ipotesi circoscritte di rilevanza dell'*ignorantia iuris* furono (è bene ribadirlo) riconosciute a Roma anche nella ultima età preclassica e nell'età classica, ma in esse i giuristi romani non ravvisarono altrettante eccezioni nei confronti di una ancora inesistente regola « *ignorantia iuris non excusat* », e tanto meno ravvisarono altrettante conferme di una improbabile regola « *ignorantia iuris excusat* ». Le varie ipotesi vennero riconosciute solo in base a motivazioni specifiche, solo perché di volta in volta furono ritenute degne di attenzione e di rilievo le ragioni specifiche della loro ammissibilità. E solo o essenzialmente, si aggiunga, perché non incombeva ancora sulla libera valutazione dei giuristi l'inumana pretesa che il diritto debba essere conosciuto ad ogni costo, senza possibilità di scusanti, dai soggetti.

16. — Resta che saldiamo i conti, nei limiti in cui ciò è possibile, col problema del *liber singularis de iuris et facti ignorantia*.

Solo il Signore sa (questo è evidente) se il *liber singularis* in questione sia stato scritto veramente da Paolo, cioè dal giurista severiano cui D. 22.6.9 lo attribuisce, o sia stato compilato utilizzando materiale di Paolo e di altri, solo in età postclassica. L'accettazione di questa seconda possibilità, da me espressa nel 1942 sulle tracce di F. Ebrard (1925) e successivamente confortata quanto meno da F. Schulz (1945), da M. Scherillo (1950), da A. Soubie (1960) e da U. Zilletti (1961), questo mio orientamento è soltanto un'ipotesi: un'ipotesi che non vedo perché debba essere qualificata di « ipercritica » dal già più volte citato Cerami (1993).

Ipercritica l'ipotesi forse sarebbe, se io avessi drasticamente sostenuto che il *liber singularis* è un falso al cento per cento, una sorta (a suo modo) di « donazione di Costantino », ed avessi asserito che il materiale dell'opera non è di Paolo, che le citazioni di Labeone sono spudorati glossemi e via di questo passo. Io ho sostenuto, al contrario, che il materiale del *liber singularis* è essenzialmente classico ed è in gran parte proveniente proprio da Paolo (ed eventualmente da altri giuristi della sua epoca): piú o meno lo stesso di quanto ammette il Cerami, quando afferma che esso è ascrivibile a Paolo « nella sostanza, se non pure nella veste letteraria ». Il punto di frizione sta solo nel convincimento mio personale che: da un lato, Paolo non aveva uno specifico motivo, in questo come in altri casi su cui sorvolo, di scrivere un'opericciuola ricalcata sui suoi commentari; dall'altro lato, i tempi di Paolo non erano ancora maturi perché si avvertisse una « *regula iuris* » nella diversità di trattamento tra *ignorantia iuris* e *ignorantia facti*. Di qui la mia (e non solo mia) congettura della non genuinità (questo sí) dell'impostazione del *liber* manifestata nel *principium* di D. 22.6.9 (« *Regula est iuris quidem ignorantia cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere* », con quel che segue).

Vero è che al Cerami sembra incredibile che qualcuno abbia voluto perdere il tempo nello scrivere un *liber de iuris et facti ignorantia* dopo che la sopra ricordata costituzione imperiale del 391 (quella di CTh. 1.1.2) aveva tanto vibratamente vietato che si ignorassero o si dissimulassero dai soggetti giuridici le leggi imperiali. Senonché il *liber singularis* può essere ben stato confezionato prima del 391, cioè prima che Valentiniano II e i suoi colleghi, sdegnati dall'*ignorantia iuris* dilagante nell'impero, emanassero il loro divieto. Non solo. A prestare maggiore attenzione, il divieto ora detto concerneva solo le « *perpensas serenitatis nostrae longa deliberatione constitutiones* », mentre un ambito piú vasto (di riferimento a tutto il diritto vigente, anche non di diretta derivazione imperiale) fu intravvisto solo dall'*interpretatio Wisigothica* (« *Leges nescire nulli licet aut quae sunt statuta contemnere* »). CTh. 1.1 è pur sempre intitolato « *De constitutionibus principum et edictis* ».

E in ogni modo se in D. 22.6 ed in CI. 1.18 si trova addirittura il titolo generale « *De iuris et facti ignorantia* », non è questo il segno inconfondibile della persistenza del delicato problema ancora ai tempi di Giustiniano primo?