

## INDICE

<i>Presentazione</i> di Giulietta Rossetti .....	pag.	XIII
--	------	------

### PARTE PRIMA CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL METODO CASISTICO NEL DIRITTO ROMANO

<i>Prefazione</i> di Carlo Augusto Cannata.....	pag.	3
---	------	---

#### PREMESSA

1. Introduzione .....	pag.	5
I. LA STORIA DELLA REGOLA DELLO <i>STARE DECISIS</i> .....	»	11
2. L'accentramento della giurisdizione dopo la conquista normanna: la sentenza come attestazione della consuetudine. Il precedente come 'Law on evidence' nella trattazione del Bracton .....	»	11
3. Gli Year Books. Il riconoscimento dell'autorità di una serie di giudicati conformi .....	»	15
4. Precisazione nell'uso dei precedenti nelle raccolte di Plowden e Coke .....	»	18
5. Il pensiero dei giuristi del XVII secolo sull'interpretazione del giudice come fatto creativo di diritto e sui limiti entro i quali il giudice successivo è tenuto a seguire il precedente. Obbligo di uniformarsi alla 'reason' del Common Law .....	»	20
6. La dottrina di Lord Mansfield e la formulazione della teoria del precedente nel XVIII secolo. La 'reason' identificata con i giudicati. La serie ufficiale dei Law Reports e la definitiva teorizzazione della regola dello <i>stare decisis</i> nel XIX secolo .....	»	22
II. LA REGOLA DELLO <i>STARE DECISIS</i> NEL SISTEMA INGLESE ATTUALE .....	»	25
7. L'organizzazione delle Corti ed il principio gerarchico come presupposti formali del principio del precedente vincolante .....	»	25
8. Il concetto di <i>ratio decidendi</i> .....	»	27
9. Carattere e limiti dell'obbligo del giudice di seguire le precedenti decisioni .....	»	29

10. ( <i>Segue</i> ) Potere discrezionale del giudice nella ricerca della <i>ratio decidendi</i> dei casi precedenti; la distinzione fra casi affini come strumento interpretativo .....	pag.	32
11. La rilevanza del principio di autorità .....	»	33
III. LE COMPONENTI STORICHE E IDEOLOGICHE DEL CASE LAW INGLESE .....	»	34
12. Molteplicità delle componenti, che confluirono nella concezione anglosassone del diritto .....	»	34
13. Il conflitto fra la Corona e le Corti e la corrispondente polemica fra positivisti e giusrazionalisti come risultato, da un lato, dell'accentramento del potere e, dall'altro, della formazione di un ceto di giuristi (giudici), che pretendono di essere i soli a conoscere la 'reason' del Common Law ..	»	35
14. La teorizzazione del principio della supremazia del 'Law' come fondamento del sistema dei precedenti vincolanti, anche nella concezione attuale .....	»	37

## CAPITOLO PRIMO

IL PROBLEMA DELLA RILEVANZA  
DELLE PRECEDENTI DECISIONI GIUDIZIARIE  
NEL DIRITTO ROMANO

I. LA PRASSI GIUDIZIALE CON VALORE NORMATIVO .....	pag.	41
1. Premessa. Insufficienza dell'analisi della rilevanza della sentenza, in quanto decisione, in rapporto al problema della rilevanza del precedente, poiché in quest'ultimo l'elemento vincolante è costituito dalla <i>ratio decidendi</i> .....	»	41
2. La prassi del tribunale centumvirale, fonte della regolamentazione della <i>querela inofficiosi testamenti</i> .....	»	42
3. La sentenza nel processo formulare. Importanza dell'interpretazione della formula nella fase <i>apud iudicem</i> e della sentenza come risultato di questa interpretazione .....	»	47
4. Il riconoscimento della compensazione come modo legale di estinzione delle obbligazioni, e le <i>usurae</i> come prodotti dell' <i>officium iudicis</i> e della prassi giudiziale .....	»	50
5. <i>Auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum</i> e consuetudine giudiziale nelle fonti giuridiche: Paul. D. 1.3.37; Call. D. 1.3.38; Celsus D. 1.3.39 .....	»	54
II. LE <i>RES IUDICATAE</i> NELLE FONTI RETORICHE .....	»	60
6. La rilevanza delle <i>res iudicatae</i> come mezzo di convincimento del giudice e la tecnica della citazione .....	»	60
7. Cic. <i>top.</i> 5.28: le <i>res iudicatae</i> come fonti del diritto in età repubblicana .....	»	62
8. Tradizionalismo, consuetudine e valore formalmente ricognitivo dell'interpretazione giudiziale nel pensiero di Cicerone .....	»	66

CAPITOLO SECONDO  
IL PRECEDENTE NELLA CASISTICA GIURISDIZIONALE  
DEL DIRITTO ROMANO

1. Il precedente nell'attività giurisdizionale del <i>rex</i> . La ricostruzione del de Francisci .....	pag. 71
2. ( <i>Segue</i> ) Le ricostruzioni del Kaser, del Gioffredi, dell'Orestano .....	» 74
3. ( <i>Segue</i> ) Osservazioni critiche. Le pronunzie del <i>rex</i> hanno valore solo formalmente ricognitivo dell'ordinamento superiore di carattere sacrale; si prospetta inoltre la necessità di tener conto, anche relativamente a quest'epoca, dell' <i>interpretatio</i> dei pontefici, in quanto unici tecnici del diritto .....	» 78
4. Le XII Tavole non segnano una frattura nel carattere casistico del <i>ius</i> , che si costituisce attraverso l'attività giurisdizionale, e che si concreta ancora in parte nella determinazione dei <i>mores</i> . Lo stesso risultato del <i>ius dicere</i> può confluire, peraltro, nella consuetudine ed essere considerato parte di essa .....	» 82
5. Il <i>decretum</i> può essere inteso come precedente, ma solo nel senso di formula decisionale, non di <i>ratio decidendi</i> .....	» 86
6. L'editto come cristallizzazione della casistica del <i>ius honorarium</i> . Il problema della codificazione dell' <i>edictum</i> .....	» 89
7. L'editto come sistema normativo aperto nei commentari dei giuristi del III secolo .....	» 91
8. Osservazioni conclusive .....	» 94

CAPITOLO TERZO  
IL METODO CASISTICO NEI RESPONSII DEI GIURISTI  
E NELLE COSTITUZIONI IMPERIALI

1. Il problema formale dell' <i>interpretatio prudentium</i> quale fonte del diritto .....	pag. 97
2. ( <i>Segue</i> ) Il <i>ius respondendi ex auctoritate principis</i> . Il valore del responso del giurista patentato e il riconoscimento dell'efficacia vincolante del parere unanime dei giuristi: Gai 1.7 .....	» 101
3. Il metodo casistico, l'assenza di motivazioni dei responsi ed il problema della <i>ratio decidendi</i> in età repubblicana ...	» 107
4. La tecnica dell'astrazione del criterio decisionale nei <i>digesta</i> di Alfeno Varo. Rapporti fra responsi e regole casistiche in età classica. Paul. D. 50.17.1: la <i>regula</i> come principio giuridico, che trova il fondamento della sua validità, ed al tempo stesso i suoi limiti, nel metodo casistico di cui è espressione .....	» 110

5. Carattere scientifico e razionale del metodo giurisprudenziale romano: coincidenza dei principi individuati nelle singole decisioni con la <i>ratio</i> dello stesso sistema giuridico	pag.	115
6. Il principio di autorità ed il tradizionalismo come criteri guida formali del metodo giurisprudenziale romano .....	»	119
7. Valore normativo, dal punto di vista formale, dei rescritti e dei decreti imperiali .....	»	123
8. L'estensione, nella pratica, delle decisioni imperiali come <i>exempla</i> ai successivi casi simili .....	»	125
9. La 'massimazione' delle costituzioni imperiali e l'utilizzazione di esse, da parte dei giureconsulti, con la stessa tecnica usata per i responsi, e che implica la rilevanza delle soluzioni casistiche come 'precedenti' .....	»	129

CAPITOLO QUARTO  
OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

1. Il metodo casistico dei giuristi romani come metodo in cui l'individuazione dei principi giuridici interni all'ordinamento coincide con la soluzione del caso concreto, o meglio con i principi giuridici utilizzati per questa soluzione. Rilievi conclusivi .....	pag.	137
2. Rapporti fra la concezione dei <i>mores</i> come ordinamento originario, la teorizzazione della funzione formalmente ricognitiva, ma sostanzialmente creatrice degli interpreti, la consuetudine interpretativa ed i principi fondamentali del diritto casistico come diritto in cui necessariamente si attribuisce rilevanza ai precedenti .....	»	142
3. Considerazioni comparatistiche .....	»	144

PARTE SECONDA  
INTERPRETAZIONE CASISTICA  
E SCIENZA GIURIDICA EUROPEA

LA RILEVANZA DELLE *RES IUDICATAE*  
NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO CASISTICO ROMANO

1. Premessa .....	pag.	151
2. Le <i>res iudicatae</i> nelle fonti retoriche .....	»	156
3. La <i>res iudicata</i> quale <i>pars</i> del <i>ius civile</i> .....	»	159
4. La ' <i>rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas</i> ' .....	»	161
5. Osservazioni conclusive .....	»	165

L'INTERPRETAZIONE ANALOGICA  
NELLA GIURISPRUDENZA CLASSICA

1. L'interpretazione analogica nella concezione tradizionale dei giuristi continentali quale strumento per colmare le 'lacune' del diritto codificato .....	pag.	167
2. La differente rilevanza dell'analogia nel sistema casistico-giurisprudenziale romano quale risulta da alcuni testi di Salvio Giuliano .....	»	170
3. La concezione giustiniana.....	»	175
4. Il 'ragionamento analogico' nel 'sistema chiuso' codificato e nel 'sistema aperto' giurisprudenziale .....	»	176
5. Il 'ragionamento analogico' come strumento logico-scientifico di costruzione del 'sistema giuridico' .....	»	182

CONTROVERSIALITÀ DEL DIRITTO  
E IMPIANTO CASISTICO

1. <i>Jus controversum</i> e diritto giurisprudenziale nella riflessione di alcuni autori.....	pag.	189
2. Condizionamento della concezione normativa nella 'lettura' delle 'opinioni interpretative' dei giuristi romani come opinioni dottrinarie, di per sé non fonti del diritto .....	»	191
3. Un diritto giurisprudenziale è necessariamente caratterizzato da un procedimento euristico di tipo problematico, come tale 'controvertibile' .....	»	193
4. L' <i>interpretatio</i> dei giuristi, volta ad individuare la soluzione di casi concreti 'probabilmente più giusta', non è riconducibile all'idea dell'interpretazione come individuazione delle norme applicabili .....	»	195
5. Nell'analisi tecnica dei 'fatti giuridicamente rilevanti' possono emergere elementi, che inducono ad una 'nuova' o 'diversa' soluzione .....	»	197
6. La struttura problematica delle opere dei giuristi venne in parte oscurata dalla compilazione giustiniana in cui si voleva proporre un <i>corpus</i> normativo, chiuso e non contraddittorio, e ciò condizionò la tradizione 'romanistica' di Civil Law.....	»	199

GIUSTINIANO FRA VOLGARISMO E CLASSICISMO

1. Volgarismo e classicismo nell'età postclassica.....	pag.	205
2. Diritto classico e classicismo. Diritto volgare e volgarismo .....	»	209
3. Il diritto della compilazione giustiniana: il problema del		

rapporto fra il diritto giurisprudenziale classico, il diritto postclassico e le riforme di Giustiniano.....	pag.	211
4. Modello classico, prassi e legislazione postclassica, diritto giustiniano. La riforma in materia di <i>usucapio</i> e <i>longi temporis praescriptio</i> .....	»	216
5. Osservazioni conclusive .....	»	225

#### INTERPRETATIO E CASO CONCRETO

1. Superamento dell'idea dell'interpretazione 'ricognitiva' nella dottrina più moderna.....	pag.	227
2. La rilevanza della valutazione del 'fatto concreto' e l'utilizzazione 'scientifica' delle precedenti decisioni .....	»	230
3. Il carattere creativo dell' <i>interpretatio iuris</i> nell'attività dei giuristi romani .....	»	232
4. Il procedimento logico-scientifico di formazione del diritto giurisprudenziale romano come diritto casistico .....	»	235
5. La rappresentazione del 'sistema' nelle opere dei giuristi .	»	237
6. Le 'regole casistiche' .....	»	240
7. Regole casistiche e massime giurisprudenziali .....	»	242

#### CULTURA GIURIDICA E ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO

1. Il problema dei fattori di formazione del 'nuovo diritto europeo' .....	pag.	246
2. La scienza giuridica come strumento di razionalità e coerenza nel progetto di armonizzazione del diritto europeo..	»	248
3. Storia del diritto e scienza giuridica.....	»	250
4. Il ruolo del giurista colto nel superamento del particolarismo giuridico .....	»	251
5. Storia del diritto e comparazione giuridica nella formazione del giurista europeo .....	»	256

#### L'INTERPRETAZIONE CASISTICA FRA STORIA E COMPARAZIONE GIURIDICA

1. I rapporti fra dottrina e giurisprudenza in una nuova scienza del diritto europeo .....	pag.	261
2. L'interpretazione casistica come strumento di elaborazione di un sistema scientifico, che tenga conto della pratica .....	»	265
3. La regola casistica nel diritto giurisprudenziale romano ....	»	268
4. Regola casistica e astrazione della <i>ratio decidendi</i> nell'utilizzazione delle sentenze.....	»	269

5. Necessità di superare il divario fra scienza del diritto e pratica del diritto .....	pag.	271
6. Il processo normativo come risultato di un'interazione fra prassi, scienza e legislazione. Due esempi: il modello francese e il modello tedesco.....	»	274

INTERPRETAZIONE E *SCIENTIA IURIS*.  
PROBLEMI STORICI E ATTUALI

1. Interpretazione dei giudici e interpretazione dei giuristi ...	pag.	277
2. Nuova rilevanza dell'interpretazione giurisprudenziale nel diritto europeo .....	»	280
3. Necessità del recupero della <i>scientia iuris</i> per l'elaborazione del diritto europeo.....	»	281
4. Interpretazione giurisprudenziale ed elaborazione scientifica .....	»	282
5. La scienza giuridica come scienza pratica nella storia del diritto.....	»	284
6. La rinascita della scienza giuridica nel 'Medioevo sapienziale' .....	»	286
7. Il diritto giurisprudenziale nella tradizione del Civil Law e nella tradizione del Common Law .....	»	287
8. L'apporto della prospettiva storico-comparatistica nell'elaborazione della nuova scienza giuridica.....	»	289
9. Il modello romanistico come strumento utile alla comprensione della tecnica dell'interpretazione giurisprudenziale..	»	291
10. Osservazioni conclusive .....	»	293
APPENDICE.....	pag.	295